(الجزء الثانى)

من شرحى

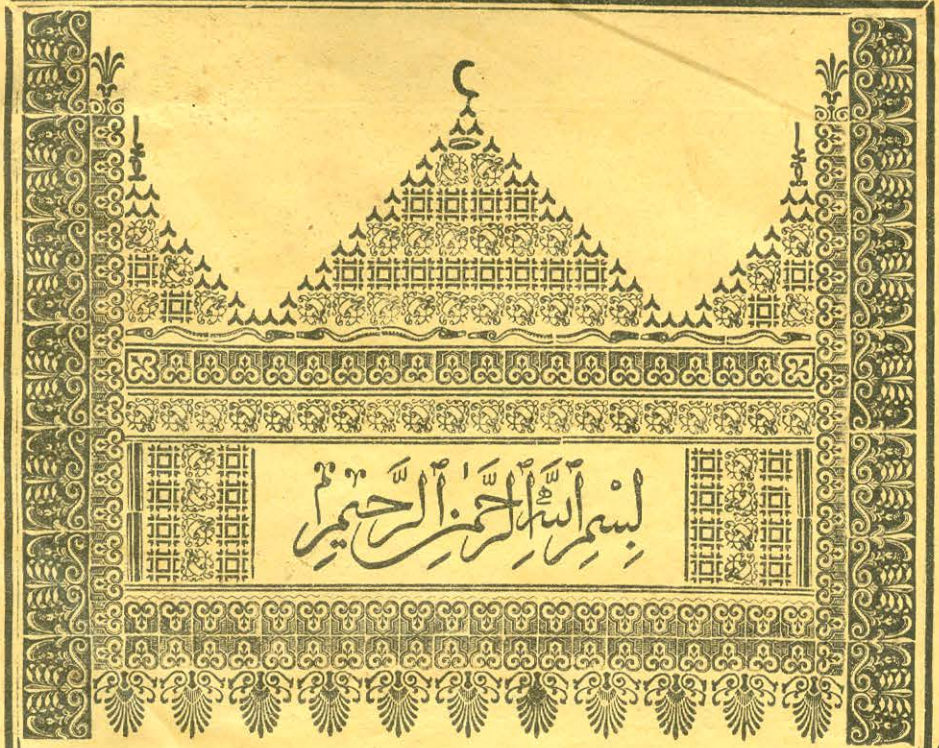
مختصر الوقاية

للعلامة المحقق مولانا على القارى ومولانا الياس
رحمهما الله تعالى

87 (4)

شرع فى طبعه بمصارف ورثة الحسينى سنه ١٣٢٨

КАЗАНЬ.
Типо-Литографія Императорскаго Университета.
1910.



بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب البيع)

(وهو) فى اللغة تمليك المال بالمال وفى الشرع

اعلم أن المقصود من بيان كتاب البيع بيان الحلال الذى هو بيع شرعا والحرام الذى هو الربا ونحوه من العقود الفاسدة ولهذا قيل لمحمد رحمه الله تعالى الا تصنف شيئا فى الزهد فقال قد صنفت كتاب البيع ومراده بينت فيه ما يحل وما يحرم وليس الزهد الا اجتناب الحرام والرغبة فى الحلال كما يشير اليه قوله صلى الله عليه وسلم حيث ذكر الرجل يطيل السفر اشعث اغبر يقول يارب يارب ومطعمه حرام ومشربه حرام وملبسه حرام وغذى بالحرام فانى يستجاب لذلك ثم (هو) فى اللغة مشترك بين اخراج الشىء عن الملك بمال وبين ضده وهو ادخال الشىء فى الملك بمال ومن هذا القبيل حديث لا يبع احدكم على بيع اخيه اى لا يشتر على شرائه كذا فى الصحاح ولا يبعد ان يكون البيع فى الحديث على بابه وهو يتعدى الى المفعول الثانى بنفسه وبحرف الجر نحو بعت هذا فلانا وبعته منه وكذا لفظ الشراء مشترك بين فعل المشترى وفعل البايع ومنه قوله تعالى (وشروه بثمن بخس) اى باعوه وهذا اذا كان الضمير للاخوة واما اذا كان للسيارة فالشراء على بابه وكذا قوله تعالى (ولبئس ماشروا به انفسهم) اى باعوا حظها او اشتروه واما قوله تعالى (ان الله اشترى من المؤمنين انفسهم واموالهم بان لهم الجنة) فعلى حقيقته وكذا قوله تعالى (اولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى والعذاب بالمغفرة) اى استبدلوه واختاروه عليه

وفى الشرع (مبادلة مال بمال) اى على وجه التمليك (بتراض) لقوله تعالى (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) وهو عقد مشروع بقوله تعالى (واحل الله البيع وحرم الربوا) وبالسنة وهى كثيرة شهيرة وباجماع الامة على جوازه وانه احد اسباب الملك وبانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فاقرهم عليه حتى قال يا معشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة وقد باع واشترى بمباشرة وتوكيل وقد صح عند ارباب السير ان النبى صلى الله عليه وسلم اتجر لخديجة لكن قبل البعثة بخمسة عشر سنة فانه بعث على رأس الاربعين وخرج تاجرًا الى الشام لخديجة لما بلغ خمسا وعشرين سنة قبل ان يتزوجها بشهرين وخمسة وعشرين يومًا وكان ابو بكر تاجرا فى البز وعمر فى الطعام وعثمان فى البز والتمر وعباس فى العطر ومن هنا قال اصحابنا افضل الكسب بعد الجهاد التجارة ثم الزراعة ثم الصناعة وعندى ان افضلها الكتابة (وينعقد) البيع (بايجاب) اى اثبات والمراد به ما يذكر اولا من كلام المتعاقدين لانه يثبت خيار القبول للآخر (وقبول) وهو ما يذكر آخرا من كلامهما اوما يقوم مقامه من قبض المبيع كما لو قال بعتك هذا بدرهم فقبضه المشترى ولم يقل شيئا والمعنى انه ينعقد بمجموع الايجاب والقبول ولا بد ان يكون احدهما يدل على ايجاب كا عطيتك وجعلت لك هذا بكذا والآخر على القبول كاخذت ورضيت واجزت ويشترط سماع المتعاقدين كلامهما (بلفظى ماض) كبعت واشتريت وانما شرط الماضى فيهما لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع لان الواضع لم يضع له لفظا خاصا والشرع يستعمل فيه اللفظ الذى وضع للاخبار عن الماضى لانه يستدعى سبق المخبر عنه ليكون الكلام صحيحا فكان الماضى ادل من غيره على تحقق الوجود فكان انسب بالانشاء المحصل للوجود (وبتعاط) اى وينعقد ايضا بمعاطاة وهى ههنا اعطاء البائع المبيع للمشترى على وجه البيع والتمليك واعطاء المشترى الثمن للبائع كذلك بلا ايجاب وقبول (مطلقا) اى سواء كان المبيع خسيسا وهو مايكون قيمته دون نصاب السرقة او نفيسا وهو مايكون قيمته مثل نصابها او اكثر وبه قال الخراسانيون وقال الكرخى والعراقيون ينعقد به فى الخسيس للعادة دون النفيس

(مبادلة مال) متقوم (بمال) متقوم تمليكا وتملكا (بتراض) قيد به ليخرج بيع المكره اذ الغرض بيان البيع النافذ والمال مايجرى فيه التنافس والابتذال فصفة المالية للشىء انما يثبت بتمول كل الناس او بتمول البعض اياه والقيمة انما تثبت باباحة الانتفاع به شرعا فالخمر مال ولكن ليس بمتقوم والبيع من الاضداد ويقع فى الغالب على اخراج المبيع من الملك قصدا و الشراء كذلك ويقع فى الغالب على اخراج الثمن من الملك قصدا (وينعقد بايجاب وقبول) سواء اوجب البائع اولا وقبل المشترى اوبالعكس فان الايجاب هو المذكور اولا سمى به لانه يوجب الجواب على صاحبه والانعقاد عبارة عن انضام كلام احدهما الى الآخر وحاصله التيسر والحصول (بلفظى ماض) كبعت واشتريت ولا ينعقد بلفظين احدهما مستقبل نحو ان يقول البائع ابيعك او اشترمنى ويقول المشترى اشتريت اويقول المشترى بعنى فيقول البائع بعت (و) ينعقد بتعاط مطلقا) اى فى الاشياء النفيسة والخسيسة عند الجمهور وهو الصحيح وشرط فى بيع التعاطى الاعطاء من الجانبين عند شمس الائمة الحلوانى وقيل الاعطاء من احد الجانبين يكفى كما اذا ساوم ولم يكن معه وعاء فذهب بالمبيع مع وعاء البائع ثم جاء واعطى الثمن والمراد بالنفيس مايكثر ثمنه كالعبيد وبالخسيس ما يقل ثمنه كالبقل واللحم والخنزير والرمانة

لعدمها واجيب بان جواز اصل البيع انما هو باعتبار الرضاء من الجانبين الا ان الرضاء لما كان باطنيا اقيم الايجاب والقبول مقامه لدلالتهما عليه والتعاطى ادل عليه منهما لانهما قد يوجدان بغير رضاهما اواحدهما ومذهب الشافعى واحمد ان البيع لا ينعقد بالتعاطى لان الافعال لا دلالة لها بالوضع على مقاصد الناس لكن قد يقال ان فى القرائن من الفوائد ما تدل على المقاصد وقال مالك ينعقد بكل ما يعده الناس بيعا لان المقصود المبادلة بالرضاء فمتى حصلت ثبت حكم البيع ولان الشارع لم يثبت عنه اشتراط اللفظ فوجب الرجوع الى العرف المعروف الذى هو التعاطى مطلقا واختلف فى التعاطى باحد الجانبين مع بيان الثمن والاظهر جوازه لتعارف الناس عليه وكذا بدون بيان الثمن اذا كان معلوما قال الطرابلسى وهو الصحيح وقد اشار محمد فى الجامع الصغير الى ان تسليم المبيع يكفى (واذا اوجب واحد) من المتعاقدين البيع (قبل الآخر) واحدا كان الآخر اومتعددا (كل المبيع بكل الثمن اوترك) وليس للمتعاقد ان كان واحدا ولا لواحد ان كان العاقد متعددا ان يقبل فى بعض المبيع ببعض الثمن لتفرق الصفقة عليه فان رضاء الموجب ببيع ذلك البعض وحده غير معلوم والرضاء ببيع المجموع ليس رضاء ببيع بعضه وحده اذ قد يضم الردى الى الجيد ويبيعهما جميعا معا فيفوت غرضه (الا اذا بين) الموجب (ثمن كل) مما قبل الآخر وما ترك لان ذلك دليل على رضاه بالتفريق ولان الايجاب حينئذ فى معنى ايجابات متعددة اما اذا كرر فى البيان لفظ البيع بان قال بعتك هذين بالف بعت هذا بخمسمائة وبعت هذا بخمسمائة فباتفاق واما اذا لم يكرر بان قال بعتك هذين بالف كل واحد بخمسمائة فعند ابى يوسف ومحمد جاز خلافا لابى حنيفة والمختار قولهما وكذا جاز اذا رضى الآخر فى المجلس ان كان المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد اومكيل اوموزون (وما لم يقبل) الآخر (بطل الايجاب ان رجع الموجب) مشتريا كان اوبائعا (او) ان (قام احدهما) اى احد العاقدين عن المجلس اما ان رجع الموجب فلان الايجاب لما لم يفد حكم البيع بدون القبول كان للموجب ان يرجع قبله لخلو رجوعه عن ابطال حق غيره فاذا رجع بطل ايجابه واما ان قام احد العاقدين عن المجلس فلان القيام دليل الرجوع ولهما ذلك قبل القبول

(واذا اوجب واحد) من المتعاقدين البيع) قبل الآخر فى) المجلس ان شاء (كل المبيع بكل الثمن اوترك) وهذا خيار القبول وهو يمتد الى آخر المجلس وعند الشافعى على الفور وليس للآخر ان يقبل بعض المبيع دون البعض (الا اذا بين ثمن كل) واحد بان قال بعت هذا بدرهم وذلك بدرهم فقبل احدهما بدرهم يجوز وقيل لايجوز الا ان يقول بعت هذين بعت هذا بدرهم وبعت هذا بدرهم وقبل المشترى احدهما جاز واما اذا لم يعد لفظ البيع لايصح قبول احدهما وان سمى لكل واحد منهما ثمنا (وما لم يقبل) الآخر (بطل الايجاب ان رجع الموجب عنه) اى عن الايجاب لانه خلا عن ابطال حق الغير (اوقام احدهما) عن المجلس لان القيام دليل الاعراض والرجوع

لانه

لانه لو لم يثبت الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه وهذا يسمى خيار القبول (واذا وجدا) اى الايجاب والقبول فى البيع الصحيح (لزم) ولاخيار لواحد من العاقدين وبه قال مالك وهو رواية عن احمد ومختار النخعى والثورى قال الشارح وقال الشافعى لا يلزم بل لاحدهما الخيار مادام المجلس وبه قال احمد لنا ماروى مالك من حديث ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه ووجه الدلالة انه صلى الله عليه وسلم عبر عن المنع من البيع باستيفاء المبيع فاذا استوفى جاز البيع سواء استوفى فى المجلس او بعده والبيع لا يجوز الا بعد ثبوت الملك وقوله عليه السلام لحبان بن منقذ وكان يغبن فى البيع اذا ابتعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة ايام والخلابة بكسر الخاء المعجمة الخداعة فانه يدل على لزوم البيع بالايجاب والقبول ولان فى اثبات الخيار لاحد المتبايعين ابطال حق الآخر وهو غير جائز لقوله صلى الله عليه وسلم لاضرر ولاضرار ولان البيع عقد معاوضة فيلزم بالايجاب والقبول كالنكاح واما ما رواه اصحاب الكتب الستة واللفظ للشيخين عن نافع عن عبد الله بن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم قال البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا الا بيع الخيار او يكون بيعهما بيع خيار وفى لفظ لهما اذا تبايع المتبايعان بالبيع فكل واحد منهما بالخيار من بيعه ما لم يتفرقا او قال يكون بيعهما على الخيار فاذا كان بيعها على الخيار فقد وجب فقال محمد بن الحسن وهو منقول عن ابراهيم النخعى مأول بان المراد بالخيار فيه خيار القبول فان احدهما اذا اوجب كان لكل منهما قبل القبول الخيار مادام فى المجلس ولم يأخذ احدهما فى عمل آخر وفى لفظ الحديث اشارة اليه فانهما متبايعان حالة البيع حقيقة وعلى هذا فالتفرق بالاقوال لا بالابدان كما فى قوله تعالى (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته) فان الزوج اذا طلق امرأته على مال يحصل الفرقة بقبولها وقال ابو يوسف مأول بان المراد بالتفرق فيه التفرق بالابدان بعد الايجاب قبل القبول انتهى والمراد بقوله الا بيع الخيار الا اذا تبايعا بيع الخيار والمعنى ان يقول احدهما لصاحبه اختر فيكون اخترت فيكون هذا الزمان للبيع ويسقط خيارهما وان كان المجلس قائما وحمل بعضهم الخيار على خيار الشرط وهو بعيد لرواية الترمذى البيعان بالخيار مالم يتفرقا او يختار وفى لفظ او يقول احدهما لصاحبه

(واذا وجدا) اى الايجاب والقبول (لزم) البيع فلا خيار لواحد منهما وقال الشافعى رحمه الله لكل منهما خيار المجلس ما لم يتفرقا بدنا

اختر بدل اويختار وكان ابن عمر اذا اشترى شيئا واحب ان يكون له فارق صاحبه فمشى قليلا ثم رجع فحمل على التفرق بالابدان ويدل عليه زيادة ابى داود والترمذى ولا يحل له ان يفارق صاحبه خشية ان يستقيله اى خشية ان يفسخ العقد وانما اطلاق قوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود) وهذا عقد قبل التخيير وقوله تعالى (لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) وبعد الايجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقفة على التخيير فقد اباح الله تعالى اكل المشترى قبل التخيير وقوله تعالى (واشهدوا اذا تبايعتم) امر بالتوثق بالشهادة لئلا يقع التجاحد فى البيع فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله لزم ابطال هذه النصوص قال بعض المحققين ولا مخلص له من هذا الا ان يمنع لزوم العقد قبل الخيار ويقول انما يعرف لزومه شرعا وقد اعتبر فيه اختيار التراضى بعد الايجاب والقبول بالاحاديث التى رويناها ثم قال ولا مخلص لنا الا بتسليم امكان اعتبار الخيار فى لزوم العقد وادعاء انه غير لازم من الحديث المذكور بناء على ان حقيقة المتبايعين المتشاغلان بامر البيع لا من تم البيع بينهما وانقضى لانه مجاز والمتشاغلان يعنى المتساومين يصدق عليهما عند ايجاب احدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد وهذا هو خيار القبول

(ويعرف المبيع بالاشارة) اذا كان محسوسا (لا بذكر القدر والوصف) اى لا حاجة بذكرهما حينئذ والمعنى يشترط لصحة البيع معرفة المبيع بما ينفى جهالته قطعا للمنازعة فان كان حاضرا يكتفى بالاشارة لان بها كفاية فى التعريف فاذا قال بعتك هذه الصبرة من الحنطة اوهذه الثياب وهى مجهولة العدد بهذه الدراهم وهى مرئية له فقبله جاز البيع ولزم لان الباقى جهالة القدر وهى لا تضر لعدم منعها من التسليم والتسلم (الا فى السلم) فان المبيع فيه لابد من معرفة قدره ووصفه على مايجىء فى بابه انشاء الله سبحانه وحاصله ان المبيع اذا كان غائبا فان كان مما يعرف بالا نموذج كالكيلى من الحبوب والوزنى من الثمن والعسل والعددى المتقارب كالجوز واللوز فرؤية بعضه كرؤية كله وان لم يعرف به كالثياب والدواب فلا بد من ذكر جميع اوصافه قطعا للمنازعة وله خيار الرؤية ويشترط معرفة قدر الثمن ووصفه لو كان فى الذمة اذا اختلف نقد البلد قطعا للمنازعة لا معرفة قدر

الثمن

(ويعرف المبيع بالاشارة) اليه وان لم يعرف القدر والصفة (لا بذكر القدر والصفة) بان قال بعت كذا قدرا من حنطة بكذا فان لم يكن مشارا اليه لم يصح العقد (الا فى السلم) لانه انما يقع عادة بما ليس موجودا فى ملك البائع فيعرف بذكر القدر والصفة

الثمن المشار اليه ووصفه اذ الاشارة ابلغ اسباب التعريف ونفينا تعيين النقدين المضر وبين فى البيع فيجوز للمشترى دفع غير المعين فى العقد عندنا وعينه زفر ومالك والشافعى بالتعيين فى عقود المعاوضة وفسوخها كما يتعين فى الهبة والشركة والوكالة والغصب والصدقة (و) يعرف (الثمن باحدهما) اى بالاشارة او بذكر القدر والصفة فيعرف بالاشارة ان كان معينا بها وبذكر القدر والصفة ان لم يكن (ويصح البيع بثمن حال) وهو الاصل (ومؤجل باجل معلوم) لاطلاق قوله تعالى (واحل الله البيع) ولما فى البخارى عن عائشة من انه صلى الله عليه وسلم اشترى طعاما من يهودى الى اجل ورهنه درعا له من حديد وفى لفظ للصحيحين طعاما نسيئة ولقوله عليه السلام من اسلف فى تمر فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم وعلى ذلك انعقد الاجماع (ولا يضر الجزاف) بتثليث الجيم والضم اشهر وهو البيع بالحدس او بالظن بلا كيل ولا وزن وهو فارسى معرب گزاف بالكاف العجمية (الا فى) بيع (الجنس بالجنس) لما روى الجماعة الا البخارى من حديث عبادة بن الصامت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد ولان الجهالة فى الجزاف غير مانعة من التسليم فلا يضر كجهالة القيمة بان اشترى شيئا بدرهم ولم يدر قيمته وانما امتنع الجزاف فى الجنس بالجنس لما فيه من احتمال الربا واحتماله ملحق بحقيقته احتياطا وفى الذخيرة ان هذا الاستثناء اذا كان شيئا يدخل تحت الكيل وادناه نصف الصاع واما اذا كان قليلا لا يدخل تحته فيجوز بيعه بجنسه جزافا (ومطلق الثمن) وهو الذى لم يقيد فى صلب العقد او فى المجلس بوصف ولا بنقد بلد نحو عشرة دراهم (يحمل على الاروج) اى اغلب ما يتعامل به فى تلك البلد سواء استوت مالية النقود او اختلفت لان ما غلب التعامل به معلوم بالعرف والمعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص (فان استوى رواج النقود فسد) البيع (ان اختلفت ماليتها) لان مثل هذه الجهالة يفضى الى المنازعة واما لو استوت المالية والرواج جاز البيع (وان بيع ذو افراد كل واحد) منها (بكذا) درهما (فان لم تتفاوت)

(و) يعرف (الثمن باحدهما) اى بالاشارة او بذكر القدر والصفة والحاصل ان الاصل فى البيع ان يلاقى عينا ليتحقق القدرة على التسليم فيعرف بالاشارة دون ذكر القدر والصفة اما الثمن فلا يجب ان يكون عينا لانه يثبت فى الذمة فيكتفى فيه بالاشارة او ذكر القدر والصفة (ولا يضر الجزاف) فى جواز البيع كما اذا قال بعت هذه الصبرة من الحنطة بتلك الصبرة من الشعير ولم يعلم قدرهما جاز البيع لان الجهالة لا تمنع من التسليم (الا فى بيع الجنس بالجنس) فانه لا يجوز مجازفة لاحتمال الربوا) وهذا اذا كان شيئا يدخل تحت الوزن او الكيل فاما اذا كان قليلا فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفة وان كان فى جنس واحد (ويقع مطلق الثمن) بان ذكر قدره وجنسه ولم يذكر صفته كما اذا قال بعت بعشرة دراهم (على الاروج) الغالب فى تلك البلد لان المتعارف بين الناس المعاملة بالنقد الغالب فكان التعيين بالعرف كالتعيين بالنص فانصرف المطلق اليه (فان استوى رواج النقود فسد البيع ان اختلف ماليتها) وعيارها) اى جودتها ورداءتها لان الثمن المسمى مطلق مجهول وهذه الجهالة تفضى الى النزاع اذ المطالب يطالب باعلى النقود والمطلوب يسلم ادناها وكل جهالة هذه صفتها تمنع جواز البيع اما اذا استوى رواجها وماليتها جاز البيع ويعطى المشترى اى نوع شاء اذ لا نزاع عند عدم الاختلاف فى المالية (وان بيع) شىء (ذو افراد كل واحد منها بكذا فان لم تتفاوت)

تلك الافراد بان بيعت صبرة كل قفيز بدرهم او بيع ثوب كل ذراع بدرهم (صح) البيع (فى واحد) عند ابى حنيفة وفى الكل عند ابى يوسف ومحمد وبه يفتى وهو قول مالك والشافعى واحمد لان المبيع معلوم بالاشارة فلا يحتاج الى معرفة قدره ومافيه من الجهالة لايضر لان رفعها بيدهما بان يكيلا الصبرة فى المجلس ولابى حنيفة ان الثمن مجهول لان جملة الافراد غير معلومة فيكون مابازائها من الثمن مجهولا الا ان الاقل هو الواحد معلوم فيصح البيع فيه ويفسد فيما عداه الا ان ترتفع الجهالة بتسمية جميع الافراد اوبالكيل فى المجلس (والا) اى وان تفاوتت الافراد فى القيمة كمالو باع غنما كل شاة بدرهم (فلا) يصح البيع (اصلا) اى لا فى جملة الافراد ولافى واحد منها وهذا عند ابى حنيفة واما عندهما فيصح فى الكل وهو قول مالك والشافعى واحمد والوجه مامر الا ان الافراد هنا متفاوتة فلا يجوز البيع فى واحد منها عند ابى حنيفة بخلاف الصبرة (وان باع الصبرة) اى كومة طعام بلاكيل ولاوزن (على انها مائة صاع بمائة) درهم (فان نقص) المبيع عن المائة (اخذ المشترى) الموجود (بالحصة) لان الكيل ذوجزء والثمن ينقسم على اجزاء المبيع (اوفسخ) البيع لان الصفقة لما تفرقت عليه لم يتم رضاؤه بالموجود وبه قال مالك والشافعى واحمد (وان زاد) على المائة (فللبائع) مازاد لانه باق على ملكه فان البيع وقع على قدر معين وما يكون كذلك لايتناول غيره (وفى المذروع) بان باع ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة فوجد المشترى الثوب اقل من ذلك (اخذ) المشترى (الا قل بكل الثمن اوترك) لان الذراع وصف للمذروع والثمن لاينقسم على الاوصاف فكان كل الثمن مقابلا بكل العين غيرانه ثبت الخيار للمشترى لانه فاته وصف مرغوب فيه وقع عليه العقد (والا كثر له) اى للمشترى ولاخيار للبائع لان الزائد هنا صفة فكان هذا بمنزلة ما اذا باع بشرط انه معيب فاذا هو سليم (وان قال) بعتك هذا الثوب على انه عشرة اذرع (كل ذراع بدرهم) فوجده المشترى اقل او اكثر

الافراد (صح) البيع (فى) فرد (واحد) كما اذا باع صبرة من الحنطة كل صاع بدرهم صح فى صاع واحد عند ابى حنيفة الا ان يسمى جملة صيعانها بان قال هذه الصبرة عشرة صيعان كل صاع بدرهم يصح فى الكل وقالا يصح فى الكل سمى اولم يسم (والا) وان تفاوتت افراده كما اذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم (فلا) يصح البيع (اصلا) لافى واحد ولا فى الجميع ان لم يسم عدد الافراد فههنا ثلثة اوجه اما ان يبين جملة الصيعان وجملة الاغنام ولم يبين جملة الثمن او بين جملة الثمن ولم يبين جملة الصيعان وجملة الاغنام ففى هذين الوجهين يجوز البيع فى الكل اجماعا لان المبيع لما صار معلوما بالتسمية وقد بين ثمن كل صاع وكل شاة فصار الثمن معلوما ضرورة وكذا عكسه وان لم يبين جملة الثمن ولا جملة الصيعان والاغنام فعنده لايجوز الا ان يعلم عدد الصيعان والاغنام فى المجلس وعندهما لايجوز فى الكل (وان باع صبرة) حنطة (على انها مائة صاع بمائة درهم فان نقص (الصاع) عن مائة فالمشترى بالخيار ان شاء (اخذ) المشترى (الموجود بحصة) من الثمن (اوفسخ) البيع لانه لم يتم رضى المشترى بالموجود فله الخيار (وان زاد) الصاع على المائة (فللبائع) الزيادة لان البيع قد وقع على قدر معين فلا يستحق المشترى الزيادة عليه والقدر ليس بوصف حتى يتبع الاصل (وفى المذروع) اى باع المذروع على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم فوجده اقل من الاذرع التى سماها فالمشترى بالخيار ان شاء (اخذ الاقل بكل الثمن اوترك) البيع (و) ان وجده اكثر من الاذرع التى سماها كان (الاكثر له) اى للمشترى ولاخيار للبائع واصله ان الذراع فيما يذرع يشبه الاوصاف اذ الاسم لايتغير بزيادة الذراع ونقصانه بل يتغير وصفه فيصير اطول واقصر وهما من الاوصاف فان زاد مسلم للمشترى لان الصفة تابعة فتستحق باستحقاق المتبوع كما لو باع عبدا على انه معيب فاذا هو سليم وان نقص فقد فات الوصف المرغوب فيختل رضاه فله الخيار فى الاخذ وعدم الاخذ كما لو اشتراه سليما فوجده معيبا ولا يحط شىء من الثمن لان الوصف لايقابله شىء من الثمن والفاصل بين القدر والوصف ان مالاينقص الباقى بفواته فهو اصل ومايتقص الباقى بفواته فهو وصف فعلم من هذا ان القدر فى المكيلات والموزونات اصل والذراع فى المذروعات وصف فاذا نقص قفيز واحد من مائة قفيز لايتعيب الباقى ويشترى الباقى بالثمن الذى كان حصته مع القفيز الواحد وان نقص الذراع الواحد من الثوب لايشترى الباقى بالثمن الذى كان يشترى معه فان الثوب العتابى اذا كان خمسة عشر ذراعا يشترى بخمسة عشر دينارا اما اذا انتقصت خمسة اذرع منه لايشترى الباقى بعشرة دينار لانه لايكفى للجبة وخمسة عشر تكفى (واذا قال) بعت المذروع على انه عشرة اذرع (كل ذراع بدرهم) فوجد المشترى اقل من عشرة او اكثر

(فبالحصة) اى فيأخذ الكل بالحصة (فيهما) اى فى الزيادة والنقصان وله الترك لان الذراع وان كان وصفا الا انه يصلح ان يكون اصلا لانه ينتفع به بانفراده فاذا سمى له ثمن صار اصلا وانما كان الخيار للمشترى لتفرق الصفقة عليه فى النقصان ولزيادة الثمن فى الزيادة وعن الشافعى فى القديم قولان احدهما يصح العقد وله الخيار كمذهبنا والآخر لايصح (وصح بيع البر فى سنبله) وهو قول مالك واحمد والشافعى فى القديم وقال فى الجديد لايصح لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وهذا منه لانه لايدرى قدر الحب واجيب بان ذلك محمول على نحو بيع الطير فى الهواء والسمك فى الماء وفى المبسوط اوعلى بيعه فى السنبل قبل ان يشتد (و) صح بيع (الباقلاء) بكسر القاف وتشديد اللام مقصورا وبتخفيفها ممدودا (ونحوه) مماله قشران كالسمسم والارز والحمص الاخضر وسائر الحبوب المغلفة والجوز واللوز والفستق والبندق (فى قشره الاول) وفى نسخة فى قشره الخارج وانما قال الاول لان فيه خلافا للشافعى اما فى قشره الثانى فيجوز اجماعا والمنصوص عن الشافعى فى بيع الباقلاء الاخضر انه لايجوز وقال مالك واحمد وكثير من اصحاب الشافعى يجوز وكذا الجوز واللوز الرطبان واما اليابس منهما فيجوز بلا خلاف لنا ماروى الجماعة الا البخارى عن نافع عن ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة نهى البائع والمشترى يقال زهى النخل يزهو اذا بدت فيه الحمرة اوالصفرة وما فى الصحيحين عن انس ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع النخل حتى يزهو قيل ما يزهو قال يحمار او يصفار وفى زكاة البخارى عن ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها وكان اذا سئل عن صلاحها قال حتى تذهب عاهتها وماروى ابو داود والترمذى وابن ماجه من حديث حماد بن سلمة عن حميد عن انس ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد قال الترمذى حديث حسن غريب لانعرفه مرفوعا الا من حديث حماد بن سلمة ورواه ابن حبان فى صحيحه والحاكم فى مستدركه وقال صحيح على شرط مسلم وفى رواية عن بيع الحب حتى يفرك وقال البيهقى ان كان بكسر الراء باسناد الافراك الى الحب وهو الاشبه وافق حتى يشتد وان كان بفتح الراء على مالم يسم فاعله خالفه واقتضى تنقيته عن السنبل حتى يجوز بيعه ووجه الدلالة

(فبالحصة فيهما) اى فى الاقل والاكثر فان وجده اقل فله الخيار ان شاء اخذ الاقل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع وكذا ان وجده اكثر فله الخيار ان شاء اخذ كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه اذا قال كل ذراع بدرهم جعل الذراع اصلا لان مقابلة الثمن به من خواص كونه اصلا فان الثمن لايقابل الاوصاف ونزل كل ذراع بمنزلة الثوب (وصح بيع البر فى سنبله والباقلاء) الاخضر (ونحوه) كالارز والسمسم والجوز واللوز والفستق (فى قشره) الخارج (الاول) وقال الشافعى لايصح بيع الباقلا الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق فى قشره الاول وله فى بيع السنبلة قولان وانما قال فى قشره الاول لان فيه خلاف الشافعى رحمه الله اما فى قشره الثانى فيجوز اتفاقا

ان حكم مابعد الغاية يخالف حكم ماقبلها فظاهر الحديث يقتضى الجواز عند وجود الغاية وعند الشافعى لايجوز حتى يخرج البر من سنبله والباقلا من قشره الاول قلنا انه مال منتفع به لانه يدخر فى سنبله قال الله تعالى (فما حصدتم فذروه فى سنبله) فيجوز بيعه فيه وبيع نحو الباقلا فى القشر كالشعير فى سنبله فان قيل يجوز بيع النخل قبل الزهو عندكم ومقتضى ما استدللتم به من الحديث انه لايجوز اجيب بانه محمول على بيع التمر على النخل بشرط الترك الى ان يحمر اويصفر بدليل قوله ارايت لو اذهب الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه اذ الاذهاب انما يتوهم اذا اشتراه قبل الادراك بشرط الترك اومحمول على السلم يعنى لايجوز السلم فيه حتى يوجد بين الناس بدليل قوله اذا منع الله الثمر فبم يستحل احدكم مال اخيه فيكون دليلا لنا على اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد الى حين الحلول (و) صح (بيع ثمرة لم يبد صلاحها) وقال مالك والشافعى واحمد وشمس الائمة السرخسى وخواهر زاده من اصحابنا لايجوز والحيلة فى جوازه ان يباع مع الشجرة فيكون تبعا لها والاصح الجواز عندنا لانه منتفع به فى المال فصار كبيع الطفل والجحش (اوقد بدا) صلاحها وهذا بلاخلاف بين العلماء وانما الخلاف فى تفسير بدو صلاحها فعندنا على ما فى المبسوط هو ان يأمن العاهة والفساد وعلى مافى الخلاصة عن التجريد ان يكون منتفعا به وعند الشافعى هو ظهور النضج ومبادى الحلاوة (و) اذا صح بيع الثمرة (يجب) على المشترى (قطعها) فى الحال ليتفرغ ملك البائع عن ملكه كبيع الشجرة دون الثمر وهذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع (وشرط تركها) اى الثمرة (على الشجر) وترك الزرع فى الارض (يفسد البيع) اما اذا لم يبد صلاحها اوبدا ولم يتناه عظمها فباتفاق واما اذا تناهى عظمها فعند ابى حنيفة وابى يوسف يفسد لانه شرط لايقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير اولانه مشتمل على منهى عنه وهو صفقة فى صفقة لانه اجارة فى بيع ان كان للمنفعة حصة من الثمن واعارة فى بيع ان لم تكن لها وقال محمد لايفسد استحسانا وهو قول مالك والشافعى واحمد ومختار الطحاوى لتعامل الناس به من غير نكير وفى الاسرار الفتوى على قول محمد وفى التحفة الفتوى على قولهما لان التعامل لم يكن بشرط الترك وان كان بالاذن بالترك من غير شرط انتهى وفى الذخيرة قال ابو الليث المخلص فى طريق الاذن للمشترى فى الترك على انه متى رجع عن الاذن كان مأذونا له فى

(وصح بيع ثمرة لم يبد صلاحها اوقد بدا) فبيع الثمار قبل الظهور لايصح اتفاقا وان باعها بعد ان تصير منتفعا بها يصح وان باعها قبل ان يصير منتفعا بها بان لم تصلح لتناول بنى ادم وعلف الدواب فالصحيح انه يصح لانها وان لم تكن منتفعا بها فى الحال فهى بمعرض ان تصير منتفعا بها فى المال بواسطة الترك وقال الشافعى رحمه الله لايصح بيع ثمرة بعد ما صارت منتفعا بها قبل الادراك (ويجب) على المشترى (قطعها) اى قطع الثمرة فى الحال ليتفرغ ملك البائع (وشرط تركها على الشجر يفسد البيع) لانه شرط مخالف لمقتضى عقد البيع وهو شغل ملك الغير وهذا اذا لم يتناه عظمها فان تناهى عظمها وباعها مطلقا اوشرط القطع صح وان باعها بشرط الترك لم يصح قياسا عند ابى حنيفة رحمه الله وابى يوسف رحمه الله وصح استحسانا عند محمد رحمه الله وذكر فى الاسرار ان الفتوى على قوله لانه شرط متعارف بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لان الثمار على رؤس الاشجار تزيد وهذه الزيادة تحدث بعد البيع من ملك البائع اعنى الارض والشجر فكانه ضم المعدوم الى الموجود فاشتراهما معا فيفسد البيع

الترك باذن جديد واحتج لنا بعض المحققين بما روينا من قوله عليه السلام من اشترى نخلا قد ابرت فثمرته للبائع الاان يشترط المبتاع فجعله للمشترى بالشرط يدل على جواز بيعه مطلقا لانه لم يقيد دخوله فى البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بدا صلاحه واعترض عليه بان النزاع فى جواز بيعه مستقلا لاتبعا لانه لاخلاف فيه واحتج ايضا بما فى موطأ مالك عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت ابتاع رجل ثمرة حائط فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام عليه حتى تبين له النقصان فسأل رب الحائط ان يضع به اويقيله فحلف لايفعل فذهب ام المشترى الى النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال يأبى ان يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحايط فاتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال هوله ولو لاصحة البيع لم يترتب الا قاله عليه واما النهى المذكور فهم قد تركوا ظاهره فانهم جوزوا البيع قبل ان يبدو صلاحها بشرط القطع وهذه معارضة صريحة لمنطوقه فقد اتفقنا على انه متروك الظاهر هذا واذا رضى البائع ببقائها يطيب الفضل فى الثمرة للمشترى لانه حصل له بطريق مباح وان لم يرض وتركها المشترى تصدق بما زاد من ذات الثمرة لحصول الزيادة بمعنى من الشجر بلا اذن المالك فلايطيب له ويعرف الزيادة بالتقويم يوم البيع والتقويم يوم الادراك فالزيادة تفاوت بينهما وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشىء لانه زادت جودة بتغير الطعم واللون وذا من اثر الشمس والقمر لاذاتا (كاستثناء قدر) كما يفسد البيع استثناء مقدار (معلوم) من الثمر مقطوعة اوغير مقطوعة لانه ربما لايبقى شىء بعد المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقى معلوم بالمشاهدة وفى المواهب لو باع الثمرة واستثنى منها ارطالا معلومة صح البيع فى ظاهر الرواية لان الاصل ان ماجاز افراده بالعقد جاز استثناؤه من العقد كما لو استثنى جزأ مشاعا ومالايجوز افراده بالعقد لايصح استثناءه منه كما لو استثنى عضوا من الشاة ونحوها وقيل يفسد وهو رواية الحسن واختارها الطحاوى لجهالة ما بقى من بعد الاستثناء

(فصل صح) بالاجماع (خيار الشرط) والقياس ان لايصح لما فيه من الغرر ولظاهر نهيه عليه السلام عن بيع وشرط الا ان النص وردبه وهو ما رواه ابن ماجه فى سننه ان حبان بن منقذ بن عمر وكان رجلا قد اصابته آمة فى رأسه فكسرت لسانه وكان لايدع على ذلك التجارة فكان لا يزال يغبن فاتى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال اذا انت بايعت

(كاستثناء قدر معلوم منها) اى باع الثمر على الشجر واستثنى قدرا معلوما يفسد البيع لجهالة ما بقى بعد الاستثناء بل ربما لايبقى شىء بعد الاستثناء وهذه رواية الحسن عن ابى حنيفة رحمه الله وفى ظاهر الرواية وهو قول مالك رحمه الله انه يصح البيع

فصل فى خيار الشرط

وهو التخيير بين الفسخ والاجازة (صح خيار الشرط) من قبيل اضافة الحكم الى سببه اى الخيار الذى يكون بسبب الشرط

فقل لا خلابة ثم انت فى كل ساعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال فاذا رضيت فامسكها فان سخطت فارددها على صاحبها وحبان بفتح المهملة وتشديد الموحدة ومنقذ بالمعجمة والخلابة بكسر المعجمة الخداعة (لكل منهما) اى لكل من البائع والمشترى (ولهما) اى معا ولغيرهما باذنهما وافسد زفر العقد بالخيار لغير العاقد وهو القياس (ثلاثة ايام او اقل)بالنصب فيهما على الظرفية وقال سفيان الثورى وابن شبرمة يجوز الخيار للمشترى لا للبائع لانه ثبت على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص وهو المشترى لما اخرجه الحاكم وسكت عنه عن ابن عمر قال كان حبان بن منقذ رجلا ضعيفا وكان قد سفع فى رأسه مامومة اى ضرب فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار ثلاثة ايام فيما اشتراه وكان قد ثقل لسانه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بع اى اشتر فقل لا خلابة وكنت اسمعه يقول لا خدابة لا خدابة يعنى بابدال اللام دالا لثقل لسانه وبتكراره لاظهار بيانه وكان يشترى الشئ ويجئ به الى اهله فيقولون له ان هذا غال فيقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خيرلى فى بيعى اى شرائى واجيب بان خيار الشرط انما جاز لحاجة الناس اليه لدفع الغبن بالتأمل والتفكر وذلك يستوى فيه البائع والمشترى على ان لفظ ابن ماجه اذا بايعت وهو يشتمل البيع والشراء بل رواه البخارى فى تاريخه الاوسط اذا بعت فقل لا خلابة والاصل كونه على بابه وان جاز البيع بمعنى الشراء كما تقدم (لا اكثر) اى لا يصح خيار الشرط اكثر من ثلثة ايام وهذا عند ابى حنيفة وهو قول زفر والشافعى وقال مالك مدة الخيار ما يمكن اختيار المبيع فى مثله ويختلف باختلاف الاشياء فان كان المبيع مما لا يبقى اكثر من يوم كالفاكهة لم يجز فيه ان يشترط اكثر من يوم وان كان فيه صفة لا يمكن الوقوف عليها فى ثلاثة ايام يجوز ان يشترط فيه اكثر من ثلاثة ايام لانه شرع للحاجة الى التأمل وهى تندفع بذلك وقال ابو يوسف ومحمد واحمد يصح اكثر من ثلاثة ايام اذا كان مدة معلومة كالتأجيل فى الثمن سواء طالت اوقصرت ولحديث ابن عمر انه اجاز الخيار الى شهرين ولابى حنيفة ان شرط الخيار يثبت بالحديث على خلاف القياس فلا يزاد على المدة المذكورة فيه وذلك ان التقدير الشرعى اما ان يمنع النقصان والزيادة كما فى الحدود او يمنع احدهما كاقل الحيض واكثره وهو ههنا لا يمنع النقصان بالاجماع فيمنع الزيادة والا لم يكن له فائدة ولانه صلى الله عليه وسلم ضرب الثلث لمن كان فى غاية ضعف المعرفة ولم يزده عليها

(لكل واحد منهما) اى من البائع والمشترى منفردا (ولهما) جميعا(ثلثة ايام او اقل ولا يصح اكثر منها) عند ابى حنيفة وزفر رحمهما الله والشافعى رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد يصح اذا كانت المدة معلومة طالت اوقصرت والقياس يقتضى عدم جواز شرط الخيار لانه مخالف لمقتضى البيع وهو اللزوم وانما جوزنا لقوله عليه الصلوة والسلام لحبان بن منقذ بن عمر والانصارى وكان يغبن فى البياعات اذا بايعت شيئا فقل لاخلابة بينى وبينك ولى الخيار ثلثة ايام فبقى ما وراءها على ظاهر القياس

(الا انه) اى البيع بشرط الخيار اذا كان اكثر من ثلاثة ايام (يجوز ان اجازه) من له الخيار (فى الثلاثة) وقال الشافعى وزفر لا يجوز لان البيع انعقد فاسدا لفساد الشرط الثابت فيه فلا ينقلب صحيحا باسقاطه كما باع درهما بدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد وكما لو نكح امرأة وتحته اربعة نسوة ثم طلق الرابعة ولابى حنيفة انه باجازته فى الثلاثة اسقط المفسد قبل تقرره فصار كما لو باع جذعا فى سقف ثم نزعه وسلمه وفى المحيط شرط الخيار ابدا او مطلقا او موقتا بوقت مجهول فاسد خلافا لمالك واحمد (وكذا) يجوز البيع (ان شرط انه) اى المشترى (ان لم ينقد الثمن الى ثلثة) ايام (او اكثر فلا بيع) بينهما اما الى ثلاثة فعند علمائنا الثلثة واما الى اكثر من الثلثة فعند محمد فقط لكن ان نقد فى الثلاثة صح عند الثلاثة والقياس ان لا يجوز البيع بهذا الشرط وهو قول زفر ومالك والشافعى واحمد لانه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بشرط وهو عدم نقد الثمن فى ثلاثة ايام فلا يجوز كالبيع بشرط اقالة صحيحة بل اولى ولنا انه فى معنى خيار الشرط فى الحاجة والمقصود لانه يتخير فى الثلاثة بين الفسخ والامضاء وشرط الخيار جوز لهذا المقصود وفى المجتبى ولو قال بعد البيع جعلتك بالخيار ثلاثة ايام صح بالاجماع ولو زاد على الثلاثة او اطلق فسد البيع عند ابى حنيفة وزفر والشافعى كالشرط الفاسد اذا لحق بالبيع الصحيح وقال ابو يوسف ومحمد يجوز كما فى شرط الخيار (ولا يخرج مبيع عن ملك بائعه مع خياره) اى مع ان الخيار لبائعه لانه باشتراطه الخيار له لم يتم رضاه ولا يخرج المبيع عن ملك مالكه الا بعد تمام رضاه ولهذا ينفذ عتق البائع ويملك التصرف فيه دون المشترى وان قبضه باذن البائع وفى مذهب الشافعى ثلاثة اوجه احدها كمذهبنا وهو قول مالك وثانيها ان الملك ينتقل بنفس العقد وهو قول احمد وثالثها انه موقوف فان امضى البيع تبين ان الملك قد انتقل بنفس العقد وان فسخ تبين انه لم ينتقل فاذا عرفت ذلك (فهلكه) اى فهلاك المبيع (فى يد المشترى) فى مدة خيار البائع يوجب ضمانه (بالقيمة) لان البائع ما رضى بقبضه الا بجهة العقد والمقبوض بجهة العقد يكون مضمونا بالقيمة (كالمقبوض على سوم الشراء) اذا لم يكن مثليا وهلك فى يد المشترى لان الاصل هو الضمان بالقيمة وانما يعدل عنه عند تمام البيع ولم يوجد وهذا

(الا انه) اى البيع بشرط الخيار اذا كان اكثر من ثلاثة ايام (يجوز ان اجازه) اى يجوز البيع ويرتفع الفساد ان شرط الخيار اكثر من ثلثة ايام واجاز فى الثلث خلافا لزفر رحمه الله والشافعى رحمه الله وانما يجوز البيع ان اجاز فى الثلث مع انه انعقد فاسدا لان المفسد قد زال قبل تقرره بدخول اليوم الرابع فيجوز العقد وقيل ان العقد لم يقع فاسدا بل موقوفا والفساد يجىء باتصال اليوم الرابع فاذا اجاز قبل الرابع فقد منع اتصال المفسد بالعقد فصار كان الخيار لم يكن مشروطا فى اليوم الرابع (وكذا) اى مثل خيار الشرط خيار النقد وهو قوله (ان اشترى بشرط انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام او اكثر فلا بيع بينهما) وهذا فى معنى شرط الخيار فان الحاجة مست الى انفساخ العقد عند عدم النقد دفعا للضرر عنه فعند ابى حنيفة رحمه الله شرط نقد الثمن جائز الى ثلثة ايام والى الزيادة غير جائز كشرط الخيار وعند محمد يجوز الزيادة على الثلث كشرط الخيار واما عند ابى يوسف رحمه الله فلا يجوز شرط نقد الثمن الى الزيادة على الثلث مع انه يجوز شرط الخيار الى الزيادة لان القياس ما قال ابو حنيفة رحمه الله فجرى فى خيار النقد على القياس وفى خيار الشرط اخذ بالاثر وهو ما روى ابن عمر رضى الله عنه انه اجاز خيار الشرط زيادة على الثلث وان نقد فى الثلث صح عندهم لزوال المفسد قبل تقرره وعند زفر رحمه الله لا يجوز خيار النقد (ولا يخرج المبيع عن ملك بائعه مع خياره) لان العين لا يخرج عن ملكه بطريق التجارة الا برضائه وباشتراط الخيار فات رضاؤه وفيه خلاف الشافعى رحمه الله فان قبضه المشترى وهلك (فهلكه فى يد المشترى عليه بالقيمة) اى فعليه قيمته ان لم يكن مثليا وان كان مثليا فعليه المثل وقال ابن ابى ليلى لا شىء عليه لانه امين ونحن نقول البائع ما رضى بقبضه الا بجهة العقد والمقبوض بجهة العقد مضمون بالقيمة لان الضمان الاصلى هى القيمة وانما يتحول الى الثمن عند تمام الرضاء ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه اما لو هلك فى يد البائع انفسخ كما فى البيع البات (كالمقبوض على سوم الشراء) بان ساوم الشىء وسمى ثمنه وقبض ذلك الشىء وهلك فى يده ضمن قيمته اما اذا لم يسم ثمنه لم يضمن

ويخرج) المبيع عن ملك البائع (مع خيار المشترى) لان البيع من جانب البائع لازم فاذا قبضه المشترى (فهلكه فى يده بالثمن) وقال الشافعى رحمه الله بالقيمة (كتعيبه) اى كتعييب المبيع بفعل المشترى او بفعل الاجنبى او بآفة سماوية او غير ذلك لان المشترى عجز عن رد المبيع كما قبض فيسقط خياره ولزم العقد وكذا الهلاك فانه لا يخلو عن مقدمة العيب فيجب على المشترى الثمن (ولكن لا يملكه المشترى) اذا كان الخيار له عند ابيح رحمه الله والا لزم اجتماع البدلين فى ملك شخص واحد وهو غير معهود فى الشرع فقد خرج عن ملك البائع ولم يدخل فى ملك المشترى نظيره ما اشترى متولى الكعبة عبد الخدمة الكعبة فانه يخرج عن ملك البائع ﴿ ٤١ ﴾ ولم يدخل فى ملك المشترى وعندهما يملكه المشترى لئلا يؤدى الى ما لا نظير له فى الشرع وهذا اصل تبتنى عليه مسائل اشار اليها بقوله (فلا يثبت احكام) الملك عنده (كعتق قريبه) اى لو اشترى قريبه المحرم عليه بالخيار لا يعتق عنده فى ايام الخيار خلافا لهما (ونحوه) كما اذا اشترى زوجته بالخيار لا يفسد النكاح عنده وعندهما يفسد ولو ولدت المشتراة فى مدة الخيار فى يد البائع لا تصير ام ولد للمشترى عنده خلافا لهما وكما اذا حلف ان ملكت هذا العبد فهو حر فاشتراه على انه بالخيار لا يعتق فى ايام الخيار عنده وعندهما يعتق وكذا اذا اشترى امة بالخيار فحاضت ايام الخيار لا تعد هذه الحيضة من الاستبراء عنده وعندهما تعد من الاستبراء ولو ردت هذه الامة بالخيار على البائع لا يجب الاستبراء على البائع عنده لان الاستبراء انما يجب بالانتقال من ملك الى ملك ولم يوجد عنده وعندهما يجب الاستبراء على البائع اذا ردت الامة بعد القبض وكما اذا اشترى بالخيار وقبض المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك فى يده هلك من مال البائع لان قبض المشترى قد ارتفع بالرد لان المشترى لم يملكه فلم يصح الايداع بل رده الى البائع رفع للقبض فيكون الهلاك قبل القبض فيكون من مال البائع وعندهما امانة لانه لما ملكه المشترى صح ايداعه ولم يرتفع القبض فكانه هلك فى يد المشترى فيكون الهلاك من ماله وكما اذا اشترى العبد الماذون شيئا بالخيار فابرأه بائعه عن الثمن فى مدة الخيار صح الابراء وبقى خياره فان اختاره كان المبيع له بلا ثمن وان فسخ عاد المبيع الى البائع لان عنده لم يملكه فكان الرد والفسخ امتناعا عن التملك والماذون يملكه كما لو وهب له شىء فامتنع عن القبول وعندهما بطل خياره لانه ملكه عندهما فكان الرد والفسخ من العبد تمليكا من البائع بلا بدل وهو تبرع والماذون لا يملكه وكما اذا اشترى ذمى خمرا على ان المشترى بالخيار وقبضها ثم اسلم المشترى بطل البيع عنده لانه لم يملكها فلو لم يبطل البيع لتملكها المشترى عند اسقاط الخيار بعد اسلامه فيلزم تملك الخمر وذا لا يجوز وعندهما نفذ البيع ولا يبقى الخيار لانه ان بقى كان له ولاية الرد والرد يكون تمليكا والمسلم لا يملك تمليك الخمر

قول مالك والوجه المشهور فى مذهب الشافعى وفى وجه آخر يضمنه بالثمن وهو قياس قول احمد قيد بالهلاك لانه لو تعيب فى يد المشترى كان البائع بالخيار ان شاء الزم البيع وان شاء فسخه وضمن المشترى النقصان لانه مضمون عليه بجميع اجزائه كالمغصوب ولو تعيب فى يد البائع فان تعيب لا بفعله فالمشترى ان شاء اخذ بجميع الثمن وان شاء فسخ كما فى البيع المطلق عن خيار الشرط وقيد الهلاك بكونه فى يد المشترى لانه لو كان فى يد البائع انفسخ البيع بلا شىء كالبيع المطلق (ويخرج) المبيع عن ملك بائعه (مع خيار المشترى) لان البيع من جهة بائعه لازم اذ الخيار شرع نظرا لمن هو له فيعمل فى حقه دون الآخر وفى مذهب الشافعى هنا ايضا ثلاثة اوجه كما فيما اذا كان الخيار للبائع على ما تقدم (فهلكه فى يده) اى فضمان هلك المبيع فى يد المشترى (بالثمن كتعيبه) اى كضمان تعيب المبيع فى يد المشترى بعيب لا يرتفع فى مدة الخيار فانه بالثمن سواء تعيب بفعله او بفعل غيره او بآفة سماوية وقال زفر والشافعى فى قول ضمانه بالقيمة كما لو كان الخيار للبائع قيدنا العيب بكونه لا يرتفع فى مدة الخيار لانه لو كان يرتفع فيها كان على خياره فان ارتفع فيها فله الفسخ بعد ارتفاعه وان لم يرتفع لزم العقد لتعذر الرد (لكن لا يملكه المشترى) عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يملكه وهو قول مالك واحمد والشافعى لانه لو لم يملكه لكان خارجا من ملك البائع لا الى مالك ولم يعرف هذا بالشرع ولابى حنيفة ان الثمن لم يخرج عن ملك المشترى لان الخيار يعمل فى حق من هو له فلو دخل المبيع فى ملكه لدخل بلا عوض ولاجتمع فى ملكه العوض ومعوضه ولم يعرف هذا فى الشرع وعرف فيه الخروج عن ملك شخص لا الى مالك فى صور منها ما اذا اشترى متولى امر الكعبة عبد الخدمتها فانه يخرج عن ملك مالكه ولا يدخل فى ملك احد ومنها مال التركة اذا استغرقه الدين فانه يخرج عن ملك الميت ولا يدخل فى ملك الورثة ولا الغرماء ومنها الوقف على ما سيجىء انشاء الله تعالى (فلا يثبت احكام الملك) للمشترى اذا كان الخيار له عند ابى حنيفة لعدم ملكه (كعتق قريبه) بان اشترى قريبه بالخيار فانه لا يعتق فى مدته عند ابى حنيفة ويعتق عندهما (ونحوه) اى ونحو القريب

فى العتق بالشراء وهو العبد الذى كان مشتريه بشرط الخيار قال ان ملكت عبدا فهو حر فانه لا يعتق فى مدة الخيار عند ابى حنيفة ويعتق عندهما وانما قلنا ان مشتريه قال ان ملكت لانه لو قال ان اشتريت يعتق فى المدة باتفاق اما عندهما فلوجود الملك واما عند ابى حنيفة فلان المعلق بالشرط كالمطلق عند وجود ذلك الشرط وهو لو اطلق العتق بعد شرائه بالخيار يعتق (والفسخ) اى فسخ من له الخيار الشرط بالقول سواء كان بائعا اومشتريا او اجنبيا (لا يعمل) عند ابى حنيفة ومحمد (الا ان يعلم صاحبه) اى صاحب الفاسخ وهو العاقد الذى لا خيارله (فى المدة) اى مدة الخيار سواء كان غائبا او حاضرا وقال ابو يوسف يعمل وان لم يعلم صاحبه وهو قول مالك والشافعى واحمد لان من له الخيار مسلط على الفسخ من جهة من لاخيار له فلا يتوقف فسخه على علمه كالاجارة وصار كالوكيل بالبيع فتصرف فيما وكل وان لم يعلم موكله ولهما ان من لاخيار له قديلحقه الضرر اذا فسخ بغير علم من الخيار فان الخيار اذا كان للبائع ومضت المدة يظن المشترى ان البيع تم بناء على الظاهر فيتصرف فى المبيع ثم يظهر انه ملك لغيره فيلحقه الضمان بالهلاك واذا كان للمشترى فالبائع لا يطلب لسلعته مشتريا بناء على ان البيع تم بمضى المدة فاذا اخبره المشترى بعد ذلك انه كان فسخ العقد تضرر وقال الكرخى وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية بخلاف خيار العيب فانه لا يصح فسخه بدون علم صاحبه باتفاق (بخلاف الاجازة) فانها تعمل وان لم يعلم صاحب المجيز لانه لا ضرر فيها اذ العقد لازم من طرفه قيدنا الفسخ بكونه بالقول لانه لو كان بالفعل بان اعتق او وطىء اوباع فان العقد ينفسخ وان لم يعلم صاحبه لان فسخه حينئذ حكمى وهو لا يشترط فيه العلم كعزل الوكيل وقيد علم صاحبه بكونه فى المدة لانه لوكان بعدها بان فسخ حال غيبته ومضت المدة قبل علمه تم العقد ثم اعلم انه يثبت الخيار لكل من العاقد والمشروط له من غير العاقدين فان اجازاحدهما البيع وفسخ الاخر يعتبر الاسبق منهما ردا كان اواجازة لان السابق ان كان ردا انفسخ العقد والمفسوخ لايجاز وان كان اجازة تبرم وبعد ابرامه لاينفرد احد العاقدين بفسخه فان وجدا معا فالفسخ احق على الاصح وقيل تصرف العاقد احق (ويسقط الخيار بمضى المدة) لانه لايثبت الا فيها فيكون مقدرا بمضيها (وما) اى وبفعل ما (يدل على الرضى كالركوب) فى الدابة اذاكان له منه بد اما ركوبها لينظر الى سيرها فلا يبطل خياره لانه لابدله منه للامتحان (والوطى) اى كالوطى فى الامة لانه لايحل فى غير الملك (وشراء احد الثوبين او احد الثلاثة على ان يعين)

(والفسخ) اى فسخ من شرط له الخيار سواء كان بائعا اومشتريا (لايعمل) فى انتقاض البيع (الا ان يعلم صاحبه) الفسخ (فى المدة) اى فى مدة الخيار فلو فسخ فى حال غيبة صاحبه فان بلغه الخبر قبل مضى المدة انتقض البيع لحصول العلم به وان بلغه بعد مضى المدة تم البيع وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله لان العقد منعقد مع الخيار وبالفسخ يرتفع الانعقاد فى حق الاخر وهو لايخلو عن الضرر وقال ابو يوسف والشافعى يجوز الفسخ بغير علم صاحبه (بخلاف الاجازة) اى ان اجاز البيع من له الخيار يعمل اجازته وان لم يعلم بها فى المدة لانه لا الزام فيها (ويسقط الخيار بمضى المدة) اى اذا مضت مدة الخيار تم البيع وقال مالك اذا مضت المدة ولم يجز البيع بطل (البيع وبكل مايدل على الرضاء كالركوب والوطى والاعتاق وغير ذلك) لان هذه التصرفات دليل التملك وكذلك الاخذ بالشفعة فلو اشترى دارا على انه بالخيار ثلثة ايام فباع الرجل دارا بجنبها واخذها المشترى بالشفعة صح اخذه وكان اخذه بالشفعة رضاء بالبيع (وشراء احد الثوبين او احد ثلثة اثواب على ان يعين

(واحدا) من الثوبين او الاثواب (صح) وهذا خيار التعيين (لا يصح فى الاكثر) من الثلثة وعند مالك رحمه الله يصح كما فى الثلثة وعند زفر رحمه الله والشافعى رحمه الله لا يصح فى الكل وهو القياس لجهالة المبيع لان المبيع احد الثوبين او احد الاثواب وهو مجهول ولكنا نقول جوز ذلك لمكان الحاجة الى التروى ولاختيار الاوفق والجهالة ههنا لا يفضى الى النزاع لان الامر مفوض الى المشترى فيختار اياشاء ويرد الباقى والحاجة تندفع بالثلثة لاشتمالها على الجيد والردى والوسط وفى الاربعة لم توجد الحاجة فلم يجوز (وشراء عبدين بالخيار فى احدهما ان فصل الثمن عين محل (الخيار اى ان باع عبدين على وانه بالخيار فى احدهما اوكان الخيار للمشترى ان فصل الثمن وعين محل الخيار كما اذا باع سالما وغانما بالفين كل منهما بالف على ان البائع والمشترى بالخيار فى سالم ثلثة ايام (صح البيع وفسد فى الاوجه الباقية) وهذه المسئلة على اربعة اوجه احدها ان يفصل الثمن ويعين الذى فيه الخيار كما ذكرنا والثانى ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذى فيه الخيار كما اذا باع سالما وغانما بالفين على ان البائع او المشترى مخير فى احدهما والثالث ان يفصل الثمن ولا يعين الذى فيه الخيار كما اذا باعهما بالفين كل واحد بالف وشرط الخيار فى احدهما والرابع ان يعين الذى فيه الخيار ولا يفصل الثمن كما اذا باعهما بالفين بشرط الخيار فى سالم ففى الوجه الاول صح البيع وفى الاوجه الثلثة فسد لجهالة المبيع او الثمن فان من فيه الخيار غير داخل تحت حكم البيع فبقى الاخر وحده وهو مجهول فصار المبيع مجهولا والثمن يثبت بطريق الحصة بالتقسيم فيكون مجهولا (وعبد مشترى بشرط كتبه) او خبزه او امة مشتراة بشرط انها بكر (ولم توجد) هذه الاوصاف فى المشترى يتخير المشترى لفوات الوصف المرغوب ومارضى بدونه فاذا اخذ المشترى (اخذ بثمنه) جميعا (او تركه) لان الاوصاف لا يقابلها شىء من الثمن وهذا الشرط لا يفسد البيع لان شرط شرط فى البيع ورجع الى بيان صفة المبيع لا يفسد العقد لكونه ملائما كاشتراط صفة السلامة عن العيب (ويورث خيار التعيين) كما اذا اشترى احد الثوبين على ان يعين اياشاء فمات المشترى يقوم وارثه مقامه وله ان يعين اياشاء (والعيب) لان الوارث يستحق المبيع سليما عن العيب كالميت فاذا وجد فيه عيبا له ان يرده (لا) يورث خيار (الشرط) فان العقد يتم بموت من له الخيار ويبطل خياره بموته وقال مالك رحمه الله ينفسخ العقد وقال الشافعى رحمه الله خيار الشرط يورث ويقوم وارث من له الخيار مقامه واجمعوا على انه لو مات من عليه الخيار بقى الخيار لمن له الخيار (و) كذا لا يورث (خيار الرؤية) لان الخيار ثبت للعاقد بالنص كما سيجىء والوارث ليس بعاقد فلا يثبت له الخيار

المشترى (احدا) اى واحدا وشاء فى ثلاثة ايام (صح) ويسمى هذا خيار التعيين وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يصح (لا فى الاكثر) اى لا يصح شراء احد اكثر من ثلاثة على ان يعين واحدا لان الحاجة تندفع بالثلاثة لاشتمالها على الجيد والردى والوسط (وشراء عبدين) وكذا بيعهما (بالخيار فى احدهما صح ان فصل) البائع (الثمن وعين محل الخيار) لان المبيع معلوم والثمن معلوم قيد بالعبدين لان شراء الكيلى والوزنى او العبد الواحد على انه بالخيار فى نصفه جائز سواء فصل الثمن اولم يفصل لان النصف من الشىء الواحد لا يتفاوت (وفسد البيع فى الاوجه الباقية) وهى ما اذا لم يفصل الثمن ولم يعين محل الخيار او فصل ولم يعين او عين ولم يفصل لجهالة الثمن والمبيع فى الاول وجهالة المبيع فى الثانى وجهالة الثمن فى الثالث (وعبد مشترى) كمرمى اسم مفعول من الشراء وفى نسخة مشترى (بشرط كتبه) اى بشرط انه كاتب (ولم يوجد) الشرط (اخذ) المشترى ذلك العبد (بثمنه او ترك) وهو قول الشافعى لان الكتابة وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط ويثبت بفواته الخيار للمشترى لانه لم يرض بالعبد دونه ويكتفى بادنى مايطلق عليه اسم الكاتب لوجود الشرط نص عليه محمد فى الزيادات وهو قول الشافعى (ويورث خيار التعيين و) خيار (العيب) اى يثبت كل منهما ابتداء لوارث من هو له لاستحقاقه المطالبة بعده (لا الشرط) اى لا يورث خيار الشرط (و) لا خيار (الرؤية) وقال مالك والشافعى يورث خيار الشرط لانه حق فى المبيع فيجرى فيه الارث كخيار العيب وخيار التعيين ولنا ان خيار الانسان لا ينتقل الى غيره بل ينقطع بموته وانما يورث مايحتمل الانتقال واما خيار العيب فان المورث استحق المبيع سليما فكذا وارثه وخيار التعيين فانه يثبت للوارث ابتداء فى ضمن اختلاط ملكه بملك البائع وتوضيحه ان الثابت بالشرط لا يورث ويسقط ولكنه ورث المبيع مجهولا مختلطا بملك الغير فيثبت له خيار التعيين ابتداء كمن اختلط ماله بمال رجل يثبت له خيار التعيين *

فصـــل

(صح شراء ما لم يره) سواء ذكر وصفه اولم يذكر كمن اشترى زينا فى زق اوبرا فى عدل اودرة فى حقة اوثوبا فى كم واتفقا على انه موجود فى ملكه ولم ير المشترى شيئا من ذلك (ولمشتريه خياره) اى خيار مالم يره وفى نسخة الخيار (عندها) اى عند الرؤية (الى ان يوجد مبطله) اى مبطل خيار الرؤية وهو مايدل على الرضاء وقال الشافعى لا يصح شراء مالم يره ان لم يكن جنسه معلوما للمشترى وان كان معلوما يجوز على قوله القديم ولايجوز على قوله الجديد واختار كثير من الشافعية الجواز منهم القفال وعن مالك الجواز وعدمه وقال بعض اصحابه لايصح بلا ذكر صفة ولاتقدم رؤية لهما فى عدم الجواز نهيه عليه السلام عن بيع الغرر والغرر ما يكون مستور العاقبة وهو موجود فيما لم يره ونهيه عليه السلام عن بيع ماليس عند الانسان والمراد ما ليس بحاضر مرئى للمشترى لاجماعنا على ان المشترى ان كان رآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضرا عند العقد ولنا العمومات المجوزة للبيع مثل قوله تعالى (واحل الله البيع وحرم الربوا) ومارواه ابن ابى شيبة فى مصنفه والدار قطنى والبيهقى فى سننيهما مرسلا حدثنا اسماعيل بن ابى بكر بن عبدالله بن ابى مريم عن مكحول رفعه الى النبى صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ان شاء اخذ وان شاء ترك قال الدار قطنى ابوبكر بن ابى مريم ضعيف واجيب بان تضعيف ابن ابى مريم لجهالة عدالته لاينافى علم غير المضعف لها وقد رواه ايضا الحسن البصرى وسلمة بن المحبق عن النبى عليه السلام وروى الدار قطنى مسندا عن داهر بن نوح عن عمر بن ابراهيم بن خالد الكردى عن وهب اليشكرى عن ابن سيرين عن ابى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه قال الكردى واخبرنى فضيل بن عياض عن هشام عن ابن سيرين عن ابى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم بمثله قال عمر ايضا واخبرنى القاسم بن الحكم عن ابى حنيفة عن ابن سيرين عن ابى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم بمثله لكن قال الدار قطنى وعمر بن ابراهيم هذا يضع الاحاديث ولم يروه غيره اى مسندا وانما يعرف هذا عن ابن سيرين من قوله وقال ابن قطان فى كتابه والراوى عن الكردى داهر بن نوح وهو لايعرف ولعل الجناية منه هذا وتأويل

فصل فى خيار الرؤية

(صح شراء مالم يره) كما اذا اشترى زينا فى زق اوبرا فى جوالق واتفقا على انه موجود فى ملكه لقوله عليه الصلوة والسلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه وقال الشافعى لايصح العقد لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه الصلوة والسلام من اشترى الحديث (ولمشتريه الخيار عندها) اى عند الرؤية ان شاء اخذ وان شاء ترك وخيار الرؤية غير موقت بل يبقى (الى ان يوجد مبطله) لان الحديث اثبت خيارا مطلقا للمشترى فلا يتوقت ويبقى

النهى عن بيع ماليس عند الانسان بيع ما ليس فى ملكه بدليل قصة الحديث قال حكيم بن حزام فقلت يارسول الله يأتينى الرجل يطلب منى بيعة ليست عندى فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستجيدها فاشترى بها فاسلمها اليه فقال صلى الله عليه وسلم لاتبع ماليس عندك والنهى عن بيع الغرر ينصرف الى مالايكون معلوم العين كالطير فى الهواء والسمك فى الماء اذا عرف هذا فيخير المشترى فقط (وان) كان (رضى قبلها) ان هذه وصلية اى وللمشترى ان يرد المبيع عند الرؤية وان رضى قبل الرؤية بان قال بعد تمام العقد رضيت بذلك المبيع على اى وصف كان لان هذا الخيار تعلق ثبوته بالرؤية فكان عدما قبلها فلايصح اسقاطه قبلها ثم لارواية فى الرد قبل الرؤية واختلف فيه المشايخ فقيل لايملكه المشترى كالاجازة وقيل يملكه وهو ظاهر مذهب اصحابنا (لا لبائعه) اى لا خيار لبائع مالم يره وكان ابوحنيفة اولايقول قياسا على المشترى ثم رجع الى انه لا خيارله لما روى الطحاوى والبيهقى عن علقمة بن ابى وقاص ان طلحة اشترى من عثمان مالا فقيل لعثمان انك قد غبنت فقال عثمان لى الخيار لانى بعت مالم اره وقال طلحة لى الخيار لانى اشتريت مالم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى ان الخيار لطلحة ولاخيار لعثمان وكان ذلك بمحضر من الصحابة فقد اتفقوا على جواز الشراء (ويبطله) اى ويبطل خيار الرؤية (و) يبطل (خيار الشرط) ايضا (تعيبه) اى المبيع بتعد اوغيره عند المشترى دفعا للضرر عن البائع لانه خرج عن ملكه سليما فلا يعود اليه معيبا (وتصرف) من المشترى وهو بالرفع عطف على تعيبه (يوجب) ذلك التصرف (حقا لغيره كالبيع بلاخيار والاعتاق والتدبير والرهن والاجارة (قبل الرؤية وبعدها) اما قبل الرؤية فلتعذر الفسخ فى هذه التصرفات لوقوعها صحيحة لابتناء صحتها على قيام الملك وقد وجد وبعد صحتها لا يمكن رفعها واما بعد الرؤية لانها دليل على الرضاء (وما) اى وتصرف من المشترى وهو مبتدأ صفته (لايوجبه) اى حقا لغير المشترى (كالبيع بخيار ومساومة) بعدها اى كمساومة لسلعة وهو عرض المبيع للبيع (وهبة بلا تسليم يبطل) خيار الرؤية خبر المبتدأ (بعدها) اى بعد الرؤية لوجود مايدل على الرضاء (فقط) اى ولايبطل خيار الرؤية قبلها لانها لاتزيد على صريح الرضاء وهو لا يبطل خيار الرؤية قبلها الا انه اذا تعلق به حق الغير صار ذلك الحق مانعا من الفسخ ولاحق

(وان رضى) المشترى (قبلها) اى قبل الترؤية لان الخيار تعلق ثبوته بالرؤية فلا يثبت قبلها ويكون معدوما فلايصح اسقاطه لكن لو فسخ البيع قبل الرؤية ينفذ الفسخ لان العقد غير لازم (لا) يصح الخيار (لبائعه) اى لبائع ما لم يره بان ورث شيئا فباعه قبل الرؤية فانه لاخيار له اذا رآه وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا وله الخيار ثم رجع وقال لاخيار له (ويبطله) اى يبطل خيار الرؤية (وخيار الشرط تعيبه) قبل الرؤية وبعدها (وتصرف) لايفسخ كالعتاق والتدبير و (يوجب حقا لغيره كالبيع المطلق بلا خيار) والرهن والاجارة والهبة مع التسليم فان هذه التصرفات يبطله (قبل الرؤية وبعدها) لانه لما تعلق بالبيع حق الغير تعذر الفسخ فيسقط الخيار (وما لايوجبه) اى تصرف لايوجب حقا للغير (كالبيع بخيار) والشرط للبائع (ومساومة) بان عرضه على المبيع (وهبة بلا تسليم يبطل) الخيار (بعدها) اى بعد الرؤية لان ههنا يسقط الخيار بصريح الرضاء وبدليله ايضا وهذا التصرف دليله (فقط) اى لاقبل الرؤية لان الخيار لايبطل قبلها بصريح الرضاء فلا يسقط ايضا بدليله الا اذا تعلق به حق الغير كان مانعا من الفسخ كما ذكرنا وان باع قبل الرؤية بشرط الخيار للمشترى ورد المشترى عليه بخيار الشرط ثم رآه لايكون له الرد بحكم خيار الرؤية

هنا ويبطل خيار الرؤية ايضا قبض المبيع بعد الرؤية لانه يدل على الرضاء لانه موكد لحكم العقد فشابه البيع ثم اعلم ان قوله كالبيع بلاخيار يعنى للبائع سواء كان بلا خيار اصلا اوبخيار للمشترى اولغيره لان البيع حينئذ من جانبه بات لازم وان قوله كالبيع بخيار يعنى للبايع لان البيع من جانبه حينئذ غير بات وان قوله فى المسئلة الاولى الرؤية وبعدها منصوب بيبطل (ويعتبر رؤية المقصود) لانه بها يحصل العلم بالمبيع ولايشترط رؤية غيره ولايكتفى بها وحدها حتى لورأى سائر اعضائه دون ماهو المقصود كان باقيا على خياره (كوجه الامة) والعبد وانما كان المقصود فى الرقيق وجهه لان سائر الاعضاء فيه تبع لوجهه لان القيمة فيه تتفاوت بتفاوته مع التساوى فى سائر الاعضاء (والدابة) اى ووجهها (وكفلها) هذا هو الصحيح وقال محمد يكفى رؤية الوجه اعتبارا بالرقيق وقال بعض المشايخ وهو مذهب الشافعى لابد من رؤية الوجه والكفل والقوائم واما فى ما يطعم من السمن والعسل ونحوهما فلا بد من الذوق لان العلم بما هو المقصود لا يحصل الا به (وموضوع علم) الثوب (المعلم) لان ماليته تتفاوت بحسبه (وظاهر غيره) اى غير المعلم لان برؤية ظاهره يعلم حال البقية اذ لا يتفاوت اطراف الثوب الواحد الا يسيرا وذا غير معتبر واطلق المصنف وهو مقيد بما اذا كان مطويا وفى المحيط قيل هذا فى عرفهم اما فى عرفنا فما لم ير الباطن لا يسقط خياره وعند الشافعى لابد من نشره ورؤية كله فى قول وهو قول زفر لانه ليس بمثلى فلا يعرف كله بدون ذلك (وبيوت) فى الدار (مقصودة) هذا قول زفر وهو الاصح لان بيوتها تختلف بالشتوية والصيفية والعلوية والسفلية وعامة الروايات على انه يكفى رؤية صحن الدار دون بيوتها وكذا رؤية خارجها وهو مبنى على عادة اهل الكوفة فى ذلك الزمان فان دورهم كانت على نمط واحد لا تختلف الا بالكبر والصغر وبكونها جديدة او عتيقة وذلك يظهر برؤية خارجها واما اليوم فلا بد من النظر الى داخلها لتفاوت بيوتها ومرافقها وفى المحيط وبعضهم شرط رؤية الكل وهو الاظهر كما قال الشافعى (و) يعتبر (نظر وكيله بالشراء او القبض لا نظر رسوله) اما نظر وكيله بالشراء فباتفاق واما نظر وكيله بالقبض فعند ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد الوكيل بالقبض والرسول سواء وللمشترى ان يرده اذا رآه (و) يعتبر (جس الاعمى) فيما يعرف بالجس كشاة اللحم

(و) لاتعتبر رؤية كل المبيع لتعذرها اذ البواطن والدقائق لاترى بل (تعتبر رؤية المقصود) من المبيع (كوجه الامة والغلام) لان العلم به وبصفاته يتحقق برؤية الوجه والنظر الى غيره من الجسد لايبطل الخيار (ووجه الدابة وكفلها) وشرط بعضهم رؤية القوائم وعن محمد رحمه الله رؤية الوجه يكفى كما فى بنى آدم (وموضع علم) الثوب (المعلم) فمالم ير موضع العلم لا يسقط خياره لان المالية يتفاوت بحسبه (وظاهر) ثوب (غيره) اى غير المعلم وعند زفر رحمه الله لابد من نشره ورؤية كله (وبيوت) من الدار (مقصودة) حتى لو كان فى الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان طابقان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولايشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا فى بلد يكون العلو مقصودا كما فى سمرقند وبعضهم شرط رؤية الكل وهو الاظهر (ويعتبر نظر وكيله بالشراء) فرؤيته تسقط الخيار اجماعا (او) نظر وكيله (بالقبض) حتى لو اشترى طعاما لم يره فوكل رجلا بالقبض فقبضه الوكيل بعد ما رآه فليس للمشترى ان يرد اذا رآه (لا) يعتبر (نظر رسوله) فان ارسل رسولا بالقبض فقبضه الرسول بعد ما رآه فللمشترى ان يرده وصورة الوكيل ان يقول المشترى لغيره كن وكيلا عنى بقبض المبيع وصورة الرسول يقول المشترى لغيره كن رسولا عنى بقبضه وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وعندهما الوكيل والرسول سواء وللمشترى ان يرده اذا رآه وصح عقد الاعمى بان اشترى او باع وقال الشافعى رحمه الله لايصح شراؤه لانه لايجوز شراء ما لم يره وله الخيار اذا رآه (و) يعتبر (جس الاعمى) المبيع اذا كان مما يعرف بالجس

(وشمه) فيما يعرف بالشم كالمسك وماء الورد (وذوقه) فيما يعرف بالذوق (و) يعتبر (وصف العقار) للاعمى (عنده) اى عند العقار (ومن راى شيئا ثم شرى) ما رآه بعد مدة (فله الخيار ان تغير) المشترى لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فصار كانه لم يره قيد بتغيره لانه لو لم يتغير لم يكن له الخيار لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وقد رضى به مادام على تلك الصفة (والقول للبائع) مع يمينه (فى عدم تغيره) ان اختلفا فى تغيره وكان المدة قريبة يعلم انه لا يتغير فى مثلها لان الاصل بقاء ما كان على حاله فلا يصدق المشترى فى دعوى التغير الا ببينة الا اذا بعد المدة بان رأى امة شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة لان الظاهر يشهد له (و) القول (للمشترى) مع يمينه (فى عدم رؤيته) ان اختلف فيها لانها امر حادث والمشترى ينكره فيكون القول له ولو اشترى شيئا مغيبا فى الارض كالجزر والفجل والبصل والثوم واصول الزعفران وما اشبه ذلك يجوز وبه قال مالك واحمد وله الخيار اذا رأى جميعه ورؤية بعضه لا تبطل خياره عند ابى حنيفة لان هذه الاشياء تتفاوت بالصغر والكبر والجودة والرداءة وقال ابو يوسف ومحمد رؤية بعض احد هذه الاشياء كرؤية كله لان بعض الواحد منها يستدل به فى العادة على جميعه فصارت كالمكيل والموزون والعددى المتقارب

فصل

فى خيار العيب (ولمشتر) خبر مقدم (وجد بمشتريه) اى بمشتراه (عيبا نقص) بفتح القاف المشددة (ثمنه عند التجار) يعنى وقبضه غير عالم بالعيب (رده) مبتدأ الخبر المقدم (او اخذه) بصيغة المصدر اى اخذ المشترى (بثمنه) قيد النقص بكونه عند التجار لان المرجع فى معرفة ذلك اليهم وفى الذخيرة كل شئ اذا رجع الى اهل صنعته يعدونه عيبا فهو عيب وان لم يوجب نقصا فى العين ولا فى منافعها لانه عندهم يوجب نقص ثمنه نظيره الظفر الاسودان كان ينقص الثمن فهو عيب كما فى الاتراك وان كان لا ينقصه فليس بعيب كما فى الحبش وانما كان للمشترى الخيار بالعيب لان مطلق العقد يقتضى السلامة فعند فواتها يتخير المشترى كيلا يتضرر بلزوم مالا يرضى به وانما لم يكن له ان يأخذه ويأخذ النقصان لتضرر البائع لانه ما يرضى بزوال المبيع عن ملكه الا بكل الثمن وفى البخارى ويذكر عن العداء بن خالد قال كتب لى النبى صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى محمد رسول

(وشمه) اذا كان مما يعرف بالشم (وذوقه) اذا كان مما يعرف بالذوق لان هذه الاشياء تفيد العلم كما فى البصير (و) يعتبر (وصف العقار عنده) اى عند الاعمى اذا كان المبيع عقارا بابلغ ما يمكن فاذا قال رضيت سقط خياره وعن ابى يوسف انه يقاد الى ذلك الموضع فاذا صار بحيث لو كان بصيرا رآه فقال رضيت يسقط خياره وقال الحسن بن زياد وهو رواية عن ابى حنيفة يوكل بصيرا يقبضه وهو ينظر اليه (ومن رأى شيئا ثم اشترى بعده فله الخيار ان تغير) لانه اشترى شيئا لم يره لانه بالتغير صار شيئا اخر فلا تفيد الرؤية السابقة وان لم يتغير فلا خيار له (وان اختلفا فى التغير) فقال المشترى تغير وقال البائع لم يتغير (كان القول للبائع) مع يمينه (فى عدم تغيره) وعلى المشترى البينة وهذا اذا كانت المدة قريبة يعلم انه لا يتغير فى مثل تلك المدة فان بعدت المدة بان رأى امة شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير فالقول للمشترى وان اختلفا فى الرؤية (فالقول للمشترى فى عدم الرؤية) مع الحلف لانه ينكر امرا حادثا

فصل فى خيار العيب

(ولمشتر وجد بمشتريه عيبا نقص ثمنه عند التجار رده) مبتدأ خبره لمشتر (او اخذه) اى المبيع (بكل ثمنه) وليس للمشترى امساكه واخذ نقصان العيب

الله من الغداء بن خالد بيع المسلم المسلم لاداء ولاخبثة ولا غائلة ثم قال البخارى وقال قتادة الغائلة الزنا والسرقة والاباق وروى ابن شاهين فى المعجم عن ابيه قال حدثنا عبدالعزيز بن معاوية القرشى قال قال حدثنا عباد ابن ليث قال حدثنا عبدالحميد بن وهب قال قال لى العداء بن خالد بن هوذة الا اقرأ لك كتابا كتبه لى رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى العداء بن خالد ابن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا او امة لاداء ولاغائلة ولاخبثة بيع المسلم من المسلم ففى هذا الحديث ان المشترى العداء وفى الاول انه النبى صلى الله عليه وسلم وصحح فى المغرب ان المشترى كان العداء وتعليق البخارى انما يكون صحيحا اذا لم يكن بصيغة التمريض كيذكر بل بنحو قوله وقال قتادة وفى قوله صلى الله عليه وسلم بيع المسلم المسلم دليل على ان بيع المسلم المسلم ما كان سليما ويدل عليه قضاؤه بالرد فيه على ما فى سنن ابى داود من حديث عائشة رضى الله عنها ان رجلا ابتاع غلاما فاقام عنده ماشاء الله ان يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبى صلى الله تعالى عليه وسلم فرده فقال الرجل يارسول الله قد استغل غلامى فقال عليه السلام الخراج بالضمان وفسر الخطابى الداء بما يكون فى الرقيق من الادواء التى يرد بها كالجنون والجذام ونحوهما والخبث ما كان خبيث الاصل مثل ان يسبى من له عهد يقال هذا سبى خبثة اذا كان ممن يحرم سبيه وهذا سبى طيبة بوزن خبرة ضده ومعنى الغائلة ما يغتال حقك من حيلة وما يدلس عليك فى المبيع من عيب وتفسير الداء يوافق تفسير ابى يوسف الغائلة بما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة وهو قول الزمخشرى الغائلة الخصلة التى تغول المال اى تهلكه من اباق وغيره والخبثة هو الاستحقاق وقيل هو الجنون (والاباق والبول فى الفراش وسرقة صغير يعقل) اى يميز (عيب) لان هذه الاشياء توجب نقصان القيمة عند التجار كالسعال القديم لدلالته على داء مستحكم والشعر والماء فى العين لانه يضعف البصر وقيد الصغير بالعقل لان الذى لايعقل لايكون ذلك عيبا منه وقيد السرقة بالصغير تبعا للوقاية وهو قيد فى الجميع ولو قال والسرقة من صغير يعقل لكان اولى وقد تكلف بان اللام فى الاباق والبول للعهد اى اباق الصغير وبوله ويقدر بخمس سنين ثم الاباق عيب باتفاق ان خرج الآبق من البلد الى غير مولاه سواء ابق من المولى اوممن كان عنده باجارة او

(والاباق والبول فى الفراش وسرقة صغير يعقل عيب) اما سرقة صغير لا يعقل فليس بعيب وكذا البول فى الفراش لايكون عيبا فى الصغير جدا والعيب فى السرقة لا يختلف بين ان تكون من المولى اومن غيره الافى الماكولات فان سرقة مايوكل لاجل الاكل من المولى لايعد عيبا ومن غير المولى يعد عيبا وسرقة مايوكل لا لاجل الاكل بل للبيع من المولى وغيره عيب

اعارة اووديعة اوغصب وهو يعرف منزله ويقوى على الرجوع اليه وان لم يخرج من البلد اختلف المشايخ والاشبه ان يقال ان كانت البلدة كبيرة كمصر وسمرقند يكون عيبا وان كانت صغيرة بحيث لايخفى عليه اهلها وبيوتها لايكون عيبا كالحرمين الشريفين ولافرق فى السرقة بين ان يكون من المولى اومن غيره الا اذا سرق من المولى شيئا يؤكل فان التقصير من المولى حيث احوجه الى ذلك الا اذا سرقه ليبيعه اوليعطى غيره ولو سرق نحو الفلس والفلسين لايكون عيبا (و) من (بالغ عيب آخر) حتى لو سرق عند البائع قبل بلوغه ثم سرق عند المشترى بعد بلوغه لايرد بهذا العيب ولو سرق عند كل منهما قبل بلوغه اوسرق عند كل منهما بعد بلوغه يرد به ولو اشترى بشرط البراءة لان سبب هذه الاشياء يختلف باختلاف الصغر والكبر واختلاف الاسباب دليل اختلاف المسببات فالبول فى الفراش فى الصغر لضعف المثانة وفى الكبر لآفة فى القوة الماسكة والاباق فى الصغر لحب اللعب والسرقة فيه لقلة المبالات وهما فى الكبر لخبث فى الطباع فرار من عمل الخدمة فى الاباق ورغبة فى المال فى السرقة (وجنون الصغير) عند البائع ولو ساعة وقيل اكثر من يوم وليلة وقيل المطبق دون غيره (عيب ابدا) هكذا قال محمد ومعناه عند جمهور المشايخ سواء وجد عند المشترى فى حال الصغر او الكبر لان الثانى عين الاول فان السبب متحد وهو آفة فى الدماغ وقيل معناه سواء وجد عند المشترى اولم يوجد والى هذا مال الحلوانى وشيخ الاسلام خواهرزاده وهو رواية المنتقى وظاهر مذهب مالك والشافعى واحمد وقال جمهور المشايخ وهو الصحيح والمذكور فى الاصل والجامع الكبير لايرد بالجنون عند البائع حتى يعاود عند المشترى لان الآفة التى هى سببه قد لاتتمكن فتزول وقد تتمكن فلا تزول ولان الله تعالى قادر على ازالة تلك الآفة كسائر الآفات فلم يكن من ضرورة وجودها مرة وجودها دائما وجنون الكبير ايضا عيب ويشترط معاودته فى المشترى عند الجمهور (والبخر) بفتح الموحدة والمعجمة نتن رايحة الفم (والذفر) بالمعجمة والمهملة والفاء رايحة مؤذية تحت الابط (والزنا) اى فعله (والتولد منه عيب فيها) اى فى الامة لان ذلك يخل بالمقصود منها والبخر والذفر يخل بالقرب للخدمة والزناء بالاستفراش والتولد من الزنا يخل بطلب الولد (لافيه) اى ليس هذه الاشياء عيبا فى العبد لان الغالب طلب

(ومن بالغ عيب اخر) معنى هذا انه اذا ظهرت هذه العيوب عند البائع فى صغره ثم حدثت عند المشترى فى صغره فهو عيب يرد به لاتحاد العيب باتحاد السبب واذا وجدت هذه الاشياء فى الصغر فباعه فوجدت عند المشترى بعد البلوغ لم يرد لاختلاف العيب باختلاف السبب فان وجدت هذه الاشياء بعد البلوغ عند البائع ثم وجدت عند المشترى يرد به لان شرط استحقاق الرد وجود العيب الواحد عند البائع والمشترى فاما العيب الذى فى يد البائع لايوجب الرد للمشترى بعيب حدث فى يده فالاباق والبول فى الفراش والسرقة فى حال الصغر لعب اللعب ولضعف المثانة وقلة التامل فى العواقب وفى حال الكبر لخبث فى الباطن ودآء فيه وخبث فى الطبيعة ورغبة فى المال فاختلف السبب فيختلف العيب (وجنون الصغير عيب ابدا) يعنى اذا جن عند البائع فى الصغر ثم جن فى يد المشترى فى الصغر اوفى الكبر يرده لانه عين الاول لان السبب متحد وهو افة فى الدماغ وقيل اذا اشترى عبدا قد جن عند البائع فله ان يرده وان لم يجن عند المشترى والجمهور على انه لايرده مالم يعاوده عند المشترى وهو الصحيح (والبخر) هو نتن رائحة الفم (والذفر) بالذال المعجمة والتحريك وهو مراد الفقهاء رائحة موذية وهى فى الابط (والزنا والتولد منه عيب فيها) اى فى الامة (لافيه) اى فى الغلام لان المقصود بالامة الاستفراش وزناها وكونها ولد زنا يخل بهذا المقصود والمقصود بالعبد الاستخدام وزناه وكونه ولد زنا لا يخل بهذا المقصود الا ان يكون الزنا عادة له وقال الشافعى الزنا عيب مطلقا كالسرقة

استخدامه من العبد الا اذا كان البخر والذفر فاحشا او يكون الزنا عادة له بان يقع منه اكثر من مرتين لان ذلك يخل بالاستخدام لانه يترك حاجة مولاه ويذهب فى متابعة هواه (والكفر عيب فيهما) اى فى الامة والعبد لان طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر للعداوة الدينية ولو اشتراه على انه كافر فاذا هو مسلم فلا خيار له لان الاسلام زوال عيب الكفر فصار كما لو اشتراه معيبا فاذا هو سليم فانه لاخيار بالاجماع وقال الشافعى واحمد له الخيار لانه وجده على خلاف ما شرط وربما يتعلق له بهذا الشرط غرض مثل ان يستخدمه فى محقرات الامور ولا يستجيز من نفسه ان يستخدم المسلم فيها (والتزوج عيب فيهما) اما فى الامة فلفوات غرض الاستمتاع واما فى العبد فلوجوب المهر والنفقة عليه (والحبل عيب فى الامة) لانه ينقص ماليتها لا فى البهيمة لانه يزهدها (والاستحاضة) عيب (وارتفاع حيض بنت سبع عشر سنة) اى عدمه وانقطاعه (عيب) قيد بسبع عشرة لانه اقصى زمن البلوغ عند ابى حنيفة اما كون الاستحاضة عيبا فلانها لداء فى عرق المرأة وقد اشار الى ذلك النبى صلى الله عليه وسلم حيث قال لفاطمة بنت ابى حبيش حين سألته وكانت تستحاض ان ذلك عرق وليس بالحيضة واما عدم الحيض فى البالغة فلداء فى بطنها اذ العادة الاصلية فى النساء التى جبلن على السلامة ان يحضن فى او انه فاذا كان بخلافه كان لداء فى الباطن وانما يعرف هذا بقول الامة لا طريق لمعرفة ذلك الا هذا (وان ظهر) للمشترى (عيب قديم) اى كان عند البائع (بعدما مات) المبيع (او) بعدما (اعتقه) المشترى غير عالم بالعيب عتقا (مجانا) اى ليس على مال (او) بعدما (دبره او استولد) رجع بالنقصان) لانه استحق المبيع بوصف السلامة فصار كما لو تعيب عنده اما الموت فلان الملك ينتهى به والامتناع حكمى لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع وهو قول زفر لان امتناع الرد فيه بفعله ووجه الرجوع وهو الاستحسان وقول الشافعى واحمد ان الاعتاق انهاء الملك لان الآدمى لم يخلق محلا للملك وانما يثبت فيه على خلاف الاصل موقتا بالاعتاق والشىء ينقرر بانتهائه فيصير الملك كانه باق والرد متعذر ولهذا يثبت الولاء بالعتق وهو من آثار الملك فبقاؤه كبقاء الملك قيدنا العتق بكونه قبل العلم بالعيب لانه لو كان بعده لا يرجع بالنقصان لان اقدامه على الاعتاق يدل على رضائه بالعيب وقيد بكونه مجانا لانه لو كان على مال لم يرجع واما

(والكفر عيب فيهما) لان طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر (والاستحاضة وارتفاع حيض بنت سبع عشرة سنة عيب) لانهما دليل داء فى الباطن وانما يعرف هذا بقول الامة لا طريق لمعرفة ذلك الا هذا ثم ان اختلفا يستحلف البائع مع هذا ان كان بعد القبض فترد بنكوله وان كان قبل القبض فكذلك فى الصحيح وعن محمد ترد بلا يمين البائع (وان ظهر عيب قديم بعد ما مات) العبد المشترى فى يد المشترى قبل رؤية العيب (او اعتقه مجانا او دبره او استولد) الامة المشتراة (المشترى) رجع على البائع (بالنقصان) فان الموت لا يبطل الرجوع بنقصان العيب لان الملك قد ينتهى بالموت وامتناع الرد بامر حكمى لا بفعل المشترى اذ لا صنع له فيه واما الاعتاق مجانا فالقياس فيه ان يرجع بالنقصان وهو قول الشافعى لان امتناع الرد بفعله وهو الاعتاق فصار كانه حابس له ويريد الرجوع بنقصان العيب وفى الاستحسان له ان يرجع بنقصان العيب لان الاعتاق انهاء للملك اى اتمام له لان الملك فى الآدمى يثبت على منافاة الدليل الى غاية العتق والشىء ينتهى ويتقرر بمضى مدته فيشبه الموت فيرجع فيه كما يرجع فى الموت واما التدبير والاستيلاد كالاعتاق فان المحل بهما يخرج من ان يكون قابلا للا نتقال من ملك الى ملك فقد تعذر الرد فيرجع بنقصان العيب

التدبير والاستيلاد فلانهما بمنزلة الاعتاق وطريق معرفة النقصان ان يقوم وبه عيب ويقوم بلاعيب فان كان تفاوت مابين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن وعلى هذا (لابعد ما اعتق) اى لايرجع المشترى بالنقصان ان ظهر عيب قديم فى المبيع بعدما اعتقه (على مال) اوبعد (ما كاتبه او) بعد (ما قتله او) بعدما (اكل كله او) بعد (ما لبس) الثوب (فتخرق) اما الاعتاق على مال فلانه ازال ملكه عنه بعوض فصار كالبيع وهو فيه لايرجع فكذا هذا وعن ابى حنيفة وهو قول ابى يوسف والشافعى واحمد انه انهاء للملك وان كان بعوض فكان كالعتق مجانا ولهذا ثبت فيه الولاء والكتابة كالاعتاق على مال لحصول العوض فيها واما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابى يوسف ومحمد معه فى رواية البنابيع انه يرجع وبه قال الشافعى واحمد لان المقتول مات باجله فكانه مات حتف انفه ولان قتل المولى لاينعلق به حكم دنيوى من قصاص اودية فصار كالموت حتف الانف وانما يتعلق به حكم اخروى من استحقاق العقاب اذا كان بغير حق ووجه الظاهر ان القتل فعل مضمون اذلو باشره فى ملك غيره ضمن لقوله عليه السلام ليس فى الاسلام دم مفرج اى مهدر وانما سقط ضمانه عن المولى لاجل انه ملكه فكان ذلك السقوط فى معنى عوض سلم له وصار كانه باعه به بخلاف الاعتاق فانه لايوجب الضمان لاستحالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما اكل الكل ولبس الثوب فالمذكور هنا قول ابى حنيفة والقياس ان يرجع بالنقصان وهو قولهما ومذهب الشافعى واحمد وبه اخذ الطحاوى وفى الخلاصة وعليه الفتوى لانه فعل بالطعام والثوب ما يقصد بشرائهما ويعتاد فيهما فاشبه الاعتاق بخلاف القتل والاحراق ونحوهما من الاستهلاك فانه ليس غرضا معتادا من الشراء ووجه قول ابى حنيفة وهو الاستحسان ان الرد تعذر بفعل مضمون فاشبه البيع والقتل وانما سقط عنه الضمان لاجل انه ملك وانما اكل بعض الطعام فالمذكور قول ابى حنيفة وهو انه لايرجع بنقصان ما اكل وما بقى اعتبارا بالكل ولايرد الباقى لان الطعام كشىء واحد فلايرد بعضه بالعيب دون البعض كما لو باع البعض وعندهما يرجع بالنقصان فى الكل وليس له ان يرد الباقى لان اكل الكل لايمنع الرجوع عندهما فالبعض اولى والطعام كشىء واحد فلا يرد بعضه بالعيب وفى شرح الطحاوى ان الرجوع بنقص الكل قول ابى يوسف والرد والرجوع قول محمد وفى قاضيخان وعليه الفتوى ولو باع بعض الطعام منعنا

(لا) يرجع بالنقصان (بعدما اعتق) العبد (على مال اوكاتبه) ثم اطلع على عيب لانه زال ملكه بعوض فصار كالبيع وعن ابى حنيفة وهو قول ابى يوسف انه يرجع لان البدل والمبدل ملكه فصار كالاعتاق بلامال (اوقتله) لان القتل فعل مضمون اذلو باشره فى ملك الغير يضمن وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فصار كانه استفاد عوضا عن العبد فلا يرجع وعن ابى يوسف انه يرجع لان المقتول مات باجله فكانه مات حتف انفه (او) كان المشترى طعاما (فاكل بعضه) ثم اطلع على عيب لايرد مابقى ولايرجع بنقصان ما اكل ومابقى لان الطعام فى الحكم كشىء واحد فلايرد بعضه بالعيب دون البعض كمالو باع البعض وعن ابى يوسف ومحمد انه يرجع بنقصان العيب فى الكل وعنهما انه يرد مابقى ويرجع بنقصان العيب فيما اكل او (اكل كله) لانه تعذر الرد بفعل مضمون منه فى المبيع فلا يرجع بنقصان العيب بسلامة العوض له وعندهما يرجع (او) كان المشترى (ثوبا ولبس فتخرق) لم يرجع لماذكرنا انه تعذر الرد بفعل مضمون وعندهما يرجع

الرجوع بنقص الباقى منه كالزائل عن ملكه فانه لايرجع بنقصه واجازه زفر لماقدمناه فى بيع نصف العبد وعن ابى يوسف ومحمد رحمهما الله يرد الباقى من الطعام ويرجع بنقصان عيب ماباعه اعتبارا للنقص بالكل وبهذه الرواية يفتى واختارها الفقيه ابو جعفر والفقيه ابو الليث لان التبعيض لايضره (وبعد ما حدث) عطف على ما بعد ما مات اى وان ظهر عيب قديم بعد ما حدث (عيب) عند المشترى كما لو ظهر عيب بالثوب بعد ما قطعه (رجع) المشترى (به) اى بالنقصان لان فى رده اضرارا بالبائع فانه خرج عن ملكه سليما ويعود عليه معيبا (الا ان ياخذه البايع كذلك) اى معيبا فان المشترى لايرجع بالنقصان لان البائع رضى بالضرر بل يتخير المشترى بين ان يأخذه ولايرجع بشىء وبين ان يرده (مالم يختلط بملك المشترى) وقيد به لانه ان اختلط بملك المشترى كما لو قطع الثوب وخاط فاختلط بخيطه اوبصبغه احمر او اصفر او اسود وهو قولهما لان السواد عندهما زيادة وعند ابى حنيفة نقصان فاختلط بصبغه اولت السويق بسمن فاختلط بسمنه ثم ظهر عيب فان بائعه لايأخذه بل يرجع مشتريه بنقصانه اذ الفسخ فى الاصل بدون الزيادة لايمكن لانها لاتنفك عنه ومع الزيادة لايمكن لان العقد لم يرد عليها والفسخ لايرد الا على ماورد عليه العقد والفرق بين ما اختلط بملك المشترى وبين مالم يختلط ان امتناع الرد فيما لم يختلط لحق البائع فيقدر على اسقاطه بخلاف ما اختلط فانه لحق الله وهو شبهة الربا (فلايرجع) المشترى (ان باع) بعد حدوث العيب عنده (قبله) اى قبل الاختلاط بملكه لانه صار حابسا له بالبيع لان الرد غير ممتنع بان رضى البائع به (لابعده) اى ويرجع المشترى ان باع بعد الاختلاط بملكه لانه غير حابس للمبيع بالبيع لامتناع الرد قبله بالاختلاط ثم اعلم ان الزيادة فى المبيع على نوعين متصلة ومنفصلة والمتصلة نوعان متولدة كالسمن والجمال وهى لاتمنع الرد بالعيب فى ظاهر الرواية لان فسخ العقد فيها ممكن لانها تبع محض باعتبار التولد والاتصال ومتصلة غير متولدة كالصبغ وهى تمنع الرد بالعيب اتفاقا والمنفصلة نوعان متولدة كالولد والثمر وهى تمنع الرد بالعيب اذ لاسبيل الى فسخها قصدا لان العقد لم يرد عليها ولاتبعا لانقطاع التبعية بالانفصال وغير متولدة من المبيع كالكسب وهى لاتمنع الرد بالعيب بل يفسخ العقد فى الاصل ويسلم الكسب للمشترى لانه متولد من المنافع وهى غير مبيعة بحال (و) ان ظهر عيب قديم (بعد كسر الجوز) ونحوه من اللوز والفستق والبندق والبيض والقثاء والخيار (رجع) كما اذا اشترى ثوبا فقطعه ولم يخطه فوجد به عيبا (يرجع به) اى بنقصان العيب لامتناع الرد بسبب القطع لكونه عيبا حادثا (الا ان يا خذه) البائع ويقبله (كذلك) اى معيبا لان الرد امتنع لحق البائع وقد رضى به فزال المانع هذا (مالم يختلط) المبيع بملك المشترى) فان اختلط بان قطع الثوب وخاطه اوصبغه احمر اواصفر اولت السويق بسمن ثم اطلع على عيب فانه لايأخذه البائع ويرجع المشترى بنقصان العيب لاختلاط المبيع بملك المشترى وهو الخيط والصبغ والسمن فيمتنع الرد لحق الشرع للزيادة الحادثة اذهو فى معنى الربوا وحرمة الربوا حق الشرع (فلايرجع) المشترى على البائع بنقصان العيب (ان باع) ما اختلط بملك المشترى (قبله) اى قبل ظهور العيب ورؤيته لان المشترى حبس المبيع عن البائع بالبيع (لابعده) يعنى يرجع المشترى على البائع ان باعه بعد ظهور العيب ورؤيته لان الرد كان ممتنعا قبل البيع للزيادة الحادثة فى الثوب من ملك المشترى فلم يكن المشترى حابسا للمبيع بالبيع والاحسن فى العبارة فيرجع ان باعه بعده لاقبله والاصل ان فى كل موضع لوكان المبيع قائما على ملك المشترى ويمكنه رده برضاء البائع فاذا باعه لايرجع بنقصان العيب لامتناع الرد بفعله لانه بالبيع صار ممسكا للمبيع معنى فكان المبيع فى يده وهو يريد ان يرجع بنقصان العيب وثمه ليس له ذلك فكذا اذا باعه وفى كل موضع لوكان المبيع قائما على ملكه ولا يمكنه رده وان رضى البائع به فاذا اخرجه عن ملكه يرجع بنقصان العيب لان الرد كان ممتنعا قبل بيعه فلم يصر المشترى ممسكا للمبيع ببيعه هكذا ذكروا وعلى هذا الاصل ينبغى ان يرجع المشترى على البائع ان باع المشترى ما اختلطه بملكه قبل ظهور العيب ورؤيته لان المبيع لوكان قايما على ملك المشترى لا يمكنه رده وان رضى البائع به لان

المشترى (بالنقصان فى المنتفع به) ولم يرده الابرضاء البايع لان الكسر عيب حدث عنده وقال مالك واحمد فى رواية لايرده ولايرجع بالنقصان لانه ليس من البائع تلبيس فانه لايعلم ما فى بطنه واما لو ظهر العيب قبل الكسر فلابرجع بالنقصان لانه دليل الرضى بالعيب (و) رجع (بالكل) اى كل الثمن (فى غيره) اى فى غير المنتفع به كالقرع اذا وجده مرا لانه ليس بمال فكان البيع فيه باطلا وهذا كله اذا وجد الكل فاسدا واما اذا وجد البعض فاسدا فان كان قليلا صح البيع استحسانا لان الكثير من الجوز لايخلو عن قليل فاسد فصار كالتراب فى الحنطة وفى القياس يفسد لان الثمن لم ينفصل والقليل ما لايخلو عنه الجوز والبيض عادة كالواحد والاثنين او الثلاثة فى المائة وان كان الفاسد كثيرا لايصح فى الكل ويرجع بكل الثمن عند ابى حنيفة لجمعه فى العقد بين ماله قيمة ومالا قيمة له فصار كالجمع بين حر وعبد وعندهما يصح العقد فيما اذا كان صحيحا وقيل يفسد العقد فى الكل اجماعا لان الثمن لم ينفصل فيكون بيعا بالحصة ابتداء (واذا ادعى) المشترى (الاباق) او السرقة او البول فى الفراش ممالا يعلم الا بالتجربة والاختيار وانكر البايع ان هذا العيب وجد عند المشترى (اثبت) المشترى اولا انه ابق عنده حتى ينتصب البائع خصما له (بالبينة) متعلق باثبت (او نكول البائع عن الحلف على العلم) اى على انه مايعلم انه ابق عند المشترى لان هذا تحليف على فعل غير الحالف وهو العبد فلا يكون على البت وهذا اعنى تحليف المشترى للبائع قول ابى يوسف ومحمد لان المشترى ادعى عليه مالو اقر به لزمه فاذا انكر له ان يحلفه رجاء النكول كما فى سائر الدعاوى واختلف المشايخ على قول ابى حنيفة رحمه الله فقال بعضهم يحلف عنده ايضا وقال بعضهم لايحلف وهو الصحيح لان الحلف انما يترتب على دعوى صحيحة ولايصح الدعوى الامن خصم ولايصير المشترى خصما الابعد قيام العيب عنده ولم يثبت عنده (ثم برهن) المشترى ايضا (على انه ابق عند البائع) لاحتمال انه حدث عند المشترى فلا يستحق الرد على البائع (او حلفه) اى المشترى البائع (انه باعه وسلمه) اليه (وما ابق قط اوماله حق الرد بهذه الدعوى) ولا يحلفه بالله ما ابق عندك قط لاحتمال انه باعه وقد كان ابق عند غيره وبه يرد المشترى عليه (ولاثمن على المشترى) اى لايجبر على المشترى دفع الثمن (اذا ادعى العيب) لاحتمال ان يكون صادقا فى دعواه فلو قضى عليه

المبيع اختلط بملك المشترى فيمتنع فينبغى ان يرجع بنقصان العيب (وبعد كسر الجوز) اى من اشترى جوزا (ونحوه) كالبيض و البطيخ والقثاء والخيار وكسرها فوجدها فاسدة (رجع بالنقصان) اى بنقصان العيب (فى المنتفع به) اى اذا كان ينتفع به الانسان او الحيوان مع فساده ولايرده لتعذره بالكسر لانه عيب حادث وقال الشافعى يرده اذا كسر مقدارما لابد منه للعلم بالعيب (و) رجع (بالكل) اى بكل الثمن (فى غيره) اى فى غير المنتفع به اصلا بحيث لايصلح لاكل الناس ولا بعلف الدواب كالقرع اذا وجده مرا او البيضة اذا كانت مذرة هذا اذا ذاقه فوجده كذلك فتركه فان تناول شيئا منه بعد ماذاقه لايرجع عليه بشئ (اذا اشترى عبدا) فجاء بالعبد الى البائع (وادعى الاباق) يسال القاضى عن البائع أبه هذا العيب فى يد المشترى ام لا فان اقر ثبت العيب فى حق سماع الدعوى وان انكر (اثبت المشترى اولا انه ابق عنده) اى عند المشترى بالبينة (او بنكول البائع عن الحلف على العلم) اى يحلف البائع ما تعلم انه ابق عند المشترى وهذا قولهما واختلف المشائخ على قول ابى حنيفة فقيل يحلف عنده ايضا وقيل لا يحلف عنده وهو الاصح لان التحليف شرع لدفع خصومة متحققة لالانشائها ولو حلف البائع هذا لاتنقطع الخصومة بينهما بل تتحقق خصومة اخرى فانه متى نكل عن اليمين يتحقق العيب فى الحال فيتحقق بينهما خصومة اخرى وهو ان هذا العيب هل كان عند البائع ام لا ويحتاج الى استحلاف البائع مرة اخرى (ثم برهن) المشترى اى اقام البينة (انه ابق عند البائع اوحلفه انه باعه وسلمه وما ابق قط اوحلف بالله ماله حق الرد عليك بهذه الدعوى) وانما يحلف على البتات لاعلى العلم لانه تحليف على فعل نفسه ولا يحلف بالله لقد باعه ومابه هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشترى ولا بالله لقد باعه وسلمه ومابه هذا العيب لانه ترك النظر للمشترى ايضا لانه ان ابق بعد البيع قبل التسليم لايحنث لانه حينئذ يتعلق بدفع

بدفع الثمن ربما ظهر العيب فاسترد الثمن من البائع وانتقض القضاء (حتى يتبين عدمه) اى عدم العيب بان يحلف البائع ان هذا العيب لم يكن فيه (ومداواة المعيب وركوبه) يعنى اذا داوى المشترى المعيب بعد العلم بالعيب اوركب (فى حاجته) اوتصرف فيه بمايدل على الرضاء كالعرض على البيع والاجارة واللبس والسكنى والرهن والكتابة والاستخدام مرة ثانية (يكون) ذلك (رضا) ولاخلاف فيه لاحد ثم عند الشافعى يبطل خيار الرد بتاخيره من غير عذر وعندنا لايبطل مالم يوجد منه تصرف يدل على استبقاء الملك (لالرده) اى ليس ركوب المشترى المعيب رضا به اذا كان لرده على بائعه (اوسقيه اوشراء علفه) حال كون المشترى (ولابد منه) اى من الركوب اما لصعوبة انقياد المعيب اولعجز المشترى عن المشى بان كان مريضا اوشيخا كبيرا وهو قيد فى السقى وفى شراء العلف لان الركوب لرد لايكون رضا كيف كان لكونه سببا للرد (ولو اشترى عبدين صفقة ووجد باحدهما عيبا رده خاصة ان قبضهما) وقال زفر والشافعى فى قول ليس له ان يرد المعيب وحده لان فيه تفريق الصفقة وهو لايخلو عن تضرر البائع برد المعيب وحده لان العادة جرت بضم الجيد الى الردى ولنا انه تفريق بعد تمام الصفقة لانها تمت بالقبض لان خيار العيب لايمنع تمامها فيكون الفسخ بعد القبض فى ملك المشترى من كل وجه فيقصر الرد على مافيه علة وهو المعيب وانما وضع المسئلة فى عبدين لكونهما ما ينتفع باحدهما دون الآخر فلو اشترى شيئين لاينتفع باحدهما دون الآخر كنعلين اوخفين فوجد فى احدهما عيبا بعد قبضهما فانه يردهما اويمسكهما باتفاق لانهما فى الصورة شيآن وفى المعنى والمنفعة شئ واحد والمعتبر هو المعنى دون الصورة والمبنى ولو قال المشترى فيما يمكن افراد احدهما بالانتفاع عن الآخر انا امسك المعيب وآخذ النقصان ليس له ذلك لانه لما رضى بالعيب فات حقه فى وصف السلامة فلم يكن له المطالبة بالنقصان (والا) وان لم يقبضهما بل قبض احدهما وظهر ان به اوبالآخر عيبا (اخذهما اوردهما) وليس له ان يأخذ السليم ويرد المعيب لان فى ذلك تفريق الصفقة قبل تمامها لان تمامها بقبضهما لكونه مفيد الملك التصرف فيهما ومؤكد الملك رقبتهما (كما فى الكيلى والوزنى) اى كان كما ان من شرى مايكال اوما يوزن من نوع واحد فوجد ببعضه عيبا فانه يرده كله اوياخذه كله وليس له ان يأخذ السليم ويرد

العيب حتى تبين عدمه) يحلف البائع وغير ذلك لان المشترى انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب لان حقه فى السليم (ومداواة المبيع وركوبه فى حاجته رضاء) الاصل ان المشترى اذا تصرف فى المبيع بعد ماعلم بالعيب كتصرف الملاك بطل حقه لانه دليل الرضاء بالعيب (لا) يكون ركوبه (لرده او لسقيه اوشراء علفه و) الحال انه (لابد له منه) رضاء لانه يحتاج فى رده الى سوقه وربما لا ينقاد له مالم يركبه وكذا فى السقى وشراء العلف ولو اختلفا فقال البائع ركبته لحاجتك وقال المشترى لابل لرده عليك فالقول قول المشترى (ولو اشترى عبدين صفقة) واحدة الصفقة ضرب اليد على اليد فى البيع ثم جعلت عبارة عن العقد (ووجد باحدهما عيبا رده خاصة ان قبضهما) جميعا قيل هذا فى شيئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع كالعبدين اما اذا لم يمكن افراد احدهما بالانتفاع كزوجى الخف ومصراعى الباب فانه يردهما اويمسكهما وقال زفر له رد هما لارد احدهما (والا) اى وان لم يقبضهما سواء لم يقبض واحد منهما اوقبض احدهما وسواء وجد بغير المقبوض عيبا اوبالآخر (اخذهما) جميعا (اوردهما) وعن ابى يوسف انه اذا وجد بالمقبوض رده خاصة والاول هو الصحيح وانما جاز رد احدهما بعد قبضهما لان الصفقة قد تمت بالقبض لان العيب لايمنع تمام الصفقة وتفريق الصفقة بعد التمام جائز بخلاف ماقبل القبض فان الصفقة لاتتم مع عدم القبض فان للقبض شبها بالعقد فانه يثبت ملك التصرف واليد كما ان العقد يثبت ملك الرقبة فالتفريق فى القبض كالتفريق فى العقد كما اذا اوجب البائع فى شيئين وقبل المشترى احدهما (كما فى الكيلى) كالحنطة (والوزنى) كالذهب يعنى لوكان المبيع كيليا اووزنيا من نوع واحد ووجد ببعضه عيبا رده كله اواخذه وليس له ان يرد المعيب خاصة

المعيب سواء كان قبل القبض او بعده (وان قبض) الكيلى او الوزنى (واستحق البعض) منه (لم يرد الباقى) لان الشركة بينهما ليست بعيب اذ التبعيض فيهما لايضر والاستحقاق لايمنع تمام الصفقة لان العقد حق العاقد وتمامه برضاه وقد وجد لابرضى المالك قدم القبض على استحقاق البعض لان البعض لو استحق قبل القبض كان للمشترى ان يرد الباقى لتفرق الصفقة عليه قبل تمامها (بخلاف الثوب) فان مشتريه اذا قبضه واستحق منه بعضه له خيار الرد فى الباقى لان الشركة فيه عيب عرفا وقد كانت وقت البيع قبل ظهور الاستحقاق (وصح) البيع (ان برىء) فيه البائع (من كل عيب) اى ان باع بشرط البراءة من كل عيب وليس للمشترى ان يرده بعيب (وان لم يعدها) اى العيوب والاصح فى مذهب الشافعى ويروى عن مالك انه لايبرأ فى غير الحيوان ويبرأ فى الحيوان مما لا يعلمه دون مايعلمه لما روى ان ابن عمر باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد به عيبا فاراد رده فلم يقبله ابن عمر فترافعا الى عثمان فقال عثمان لابن عمر اتحلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه والفرق بين مالا يعلمه ومايعلمه وبين الحيوان وغيره ان كتمان مايعلمه تلبيس بخلاف مالا يعلمه وان الحيوان قل مايخلو عن عيب خفى او ظاهر فيحتاج البائع فيه الى شرط البراءة من كل عيب ليثق بلزوم العقد بخلاف غير الحيوان وقال احمد فى رواية وهو قول الشافعى لايبرأ البائع عن العيب فان خيار العيب ثابت بالشرع فلاينتفى بالشرط كسائر مقتضيات العقد ولنا ان الابراء اسقاط ولهذا جاز بلا قبول كالطلاق والعتاق والجهالة فى الاسقاط لاتفضى الى المنازعة فلا تكون مفسدة ويدخل فى البراءة من كل عيب العيب الموجود عند العقد والحادث بعد العقد قبل القبض فى ظاهر الرواية عن ابى يوسف رحمه الله وهو قول ابى حنيفة رحمه الله ايضا وقال محمد لايدخل الحادث وبه قال ابو يوسف رحمه الله ايضا وزفر ومالك والشافعى لان البراءة يتناول الثابت فينصرف الى الموجود عند العقد هذا والمصراة وهى الناقة او الشاة يحقن اللبن فى ضرعها ايام ليرى انها كثيرة اللبن اذا بيعت لاترد عندنا وردها مالك والشافعى مع لبنها ان كان باقيا او مع صاع من تمر لفقده لما روى ابو هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاتلقو الركبان لبيع ولايبع بعضكم على بيع بعض ولاتناجشوا ولايبع حاضر لباد ولاتصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد ان يحلبها ان رضيها امسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر متفق عليه وفى رواية لمسلم وابى داود

(وان قبض) اما قبل القبض فظاهر لان فيه تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وكذا بعد القبض لان المكيل والموزون كشئ واحد ولو كان شيئا واحدا حقيقة ووجد ببعضه عيبا بعد القبض لايرد المعيب فقط بخلاف العبدين فان كلو احد منهما مال بصفة الانفراد وقيل هذا اذا كان الكيلى والوزنى فى وعاء واحد اما اذا كانا فى وعاءين فهو كعبدين حتى يرد الوعاء المعيب دون الاخر (و) لو (استحق البعض) من الكيلى والوزنى (لم يرد الباقى) لان الشركة فى المكيل والموزون لايعد عيبا لان التبعيض لايضر هما والاستحقاق لايمنع تمام الصفقة لان تمامها برضاء العاقدين وهذا اذا كان بعد القبض اما لو استحق البعض قبل القبض فللمشترى حق الفسخ فى الباقى لتفريق الصفقة قبل التمام (بخلاف) ما اذا استحق بعض (الثوب) فان له الخيار فى رد الباقى اذ التشقيص فيه عيب يضره (وصح ان برىء) عند البيع (من كل عيب وان لم يسم) العيوب ولم يعدها فليس للمشترى ان يرده بعيب قال الشافعى لايصح البراءة من كل عيب مالم يسم فيقول برأت من عيب كذا وكذا وفى جواز البيع بهذا الشرط له قولان وعند زفر يصح البيع ويبطل الشرط ثم يدخل فى هذه البراءة العيب الموجود عند العقد والعيب الحادث بعد العقد قبل القبض عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند محمد وزفر لايدخل حادث

من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلثة ايام فان ردها رد معها صاعا من طعام
اى تمر لاسمراء وفى رواية لابى داود من اشترى غنما مصراة احتلبها فان
رضيها امسكها وان سخطها ففى حلبتها صاع من تمر فجعلاها عيبا واثبتا له الخيار
اذا تبين بعد الحلب خلاف ما تحلبه تمسكا بهذا الحديث واحتج لنا بعض مشايخنا
بقوله عليه السلام البيعان بالخيار مالم يتفرقا وقال بعضهم التصرية ليست
بعيب وليس للمشترى ولاية الرد بسببها من غير شرط لان البيع يقتضى سلامة
المبيع وبقلة اللبن لانفوت صفة السلامة واللبن ثمرة وبعدمها لاينعدم السلامة
فبقلتها اولى قال وانما ترك اصحابنا العمل بحديث ابى هريرة هنا لمخالفته
الكتاب وهو قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) والسنة المشهورة
الموجبة لايجاب القيمة عند تعذر المثل صورة وهو قوله صلى الله عليه وسلم
من اعتق شقصا له فى عبد قوم فعليه نصيب شريكه ان كان موسرا الحديث
ولمخالفته الاجماع المنعقد على وجوب المثل والقيمة عند فوات العين وتعذر
الرد قال ولاينفع فى رد حديثه عندنا مخالفة الاصول فانه قريب من المتواتر
انه لما روى الوضوء مما مسته النار قال له ابن عباس رضى الله عنهما انا
نتوضاء بالماء السخين انتوضاء منه ولما روى من اصبح جنبا فلا صوم له
قالت عائشة ونحن اعلم بذلك منه وكذلك رد عليه على رضى الله عنه
وشرط عيسى بن ابان فقه الراوى لتقديم الخبر على القياس واختاره ابوزيد
الدبوسى وخرج عليه حديث المصراة وتابعه اكثر المتأخرين ونفاه الكرخى
ومن تابعه من اصحابنا وقبلوا خبر كل عدل ضابط وقدموا على القياس ومنعوا
ايضا ان ابا هريرة لم يكن فقيها وقالوا بل كان فقيها وكان يفتى فى زمن
الصحابة وما كان يفتى فى زمانهم الا فقيه مجتهد مع انه كان من المتبحرين
من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اسحاق الحنظلى ثبت عندنا فى الاحكام
ثلاثة آلاف من الاحاديث روى ابوهريرة منها الفا وخمسمائة وقال البخارى
روى عنه سبعمائة نفر من اولاد المهاجرين والانصار وقد روى جماعة من
الصحابة عنه فلا وجه لرد حديثه بالقياس وهذا غاية التحقيق والله ولى
التوفيق والمختار فيه الرجوع بالنقص على رواية شرح الطحاوى يعنى انه
لما امتنع الرد بسبب الزيادة المنفصلة منها يرجع بحصة النقصان من الثمن
ولا يرجع على رواية الاسرار لان اجتماع اللبن فى الضرع وجمعه لايكون
عيبا ولانه مغتر بكبر ضرعها لابقول البائع ووجه المختار ان الموجود من

التصرية غرور منه للمشترى بالفعل حيث تزاد رغبته فى شرائها فاغتراره بواسطة الفعل كاغتراره بقول البائع انها حلوب غزيرة اللبن وانما صح البيع بناء على ان شرط كونها حلوبا لايفسد البيع لانه شرط وصف مرغوب فيه وهو رواية الطحاوى والله سبحانه اعلم

فصل

بطل بيع ما ليس بمال) سواء كان ثمنا اومثمنا لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال (كالدم والميتة) والتراب (والحر واتباعه) من ام الولد والمكاتب الذى لم يرض فان الذى رضى يجوز بيعه على اظهر الروايتين عن ابى حنيفة ومعه الشافعى والمدبر المطلق فان المقيد يجوز بيعه عندنا وعند مالك والشافعى واحمد يجوز بيع المطلق ايضا (و) بطل (بيع مال غير متقوم) فى حق الاسلام (كالخمر والخنزير بالثمن) وهو الدراهم والدنانير حالا اومؤجلا لان الدراهم والدنانير غير مقصودة وانما هى وسائل فاذا كانت عوضا لغير المتقوم كان غير المتقوم هو المقصود وفى ذلك اعزازله وقد امر الشارع باهانته وكذا اذا باعهما بما ثبت فى الذمة من مكيل اوموزون واما لو باعهما بالعرض فالبيع فاسد لعدم تعينها بتعيين وسيأتى والفرق بين الباطل والفاسد ان الباطل هو الذى لايكون صحيحا باصله والفاسد مايكون صحيحا باصله لابوصفه فيفيد الملك بالقيمة عند القبض وفى الايضاح لو نفى العوض وقال بعتك هذا بغير ثمن يبطل ولو قال بعتك هذا وسكت عن الثمن يفسد لان البيع يقتضى المعاوضة فعند السكوت يحمل على قيمته فصار كانه قال بعته بقيمته وهى مجهولة فيفسد (و) بطل (بيع قن ضم الى حر) بيع (ذكية) اى مذبوحة شرعية (ضمت الى ميتة) حتف انفها واما التى خنقت اوجرحت فى غير موضع الذبح كما هو عادة بعض الكفار وذبايح المجوس فمال الا انها غير متقومة كالخمر والخنزير (وان سمى ثمن كل) وهذا عند ابى حنيفة وقول الشافعى ورواية عن احمد وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان سمى ثمن كل واحد منهما جاز فى القن والذكية والافلا وبه قال الشافعى فى قول واحمد فى رواية ومتروك التسمية عامدا كالميتة عندنا لان حرمته منصوص عليها فلايجوز العقد فيما ضم اليه ولاينفذ بيعه بالقضاء (وصح) البيع (فى قن ضم الى مدبر) اوام ولد اومكاتب وقال زفر لايصح (او) ضم (الى قن) شخص (غيره)

فصل فى البيع الصحيح والباطل والفاسد والمكروه

فالصحيح ما كان مشروعا باصله ووصفه والباطل مالايكون مشروعا باصله ولا بوصفه والفاسد ماكان مشروعا باصله دون وصفه والمكروه ما كان مشروعا باصله ووصفه لكن جاوره شىء اخر منهى عنه وقد يجعل الفاسد اعم من الباطل فكل باطل فاسد ولاينعكس (وبطل بيع ماليس بمال كالدم والميتة والحر واتباعه) اى المكاتب والمدبر وام الولد فان هذه الاشياء لاتعد مالا عند احد ممن له دين سماوى ومن ليس له دين سماوى فهو بمنزلة الجماد وهذا الان صفة المالية بتمول كل الناس اوبتمول البعض كما مر فى اول كتاب البيع وكل ماليس بمال فالبيع فيه باطل سواء جعل مبيعا اوثمنا وقال الشافعى يجوز بيع المدبر (و) بطل (بيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير) فيما بين المسلمين ومسلم وكافر (بالثمن) اى بالدراهم والدنانير والتقوم يثبت باباحة الانتفاع شرعا فقد يثبت صفة التقوم بدون المالية فان حبة من الحنطة ليست بمال لعدم تمول الناس اياها حتى لايصح بيعها وان ابيح الانتفاع بها شرعا (و) بطل (بيع قن) القن من العبد الذى ملك هو وابوه وعن ابن الاعرابى عبد قن اى خالص العبودية وعلى هذا صح قول الفقهاء لانهم يعنون به خلاف المدبر والمكاتب (ضم الى حر) وبطل بيع (ذكية) اى مذبوحة (ضمت الى ميتة وان سمى ثمن كل) منهما هذا عند ابى حنيفة وعندهما ان سمى لكل واحد ثمنا صح فى القن والذكية (وصح) البيع (فى قن ضم الى مدبر) اومكاتب اوام ولد (اوقن غيره)

اى غير البائع (بحصته) اى حصة القن من الثمن وعند زفر لايصح (كملك) اى كما صح بيع ملك (ضم الى وقف) وقيل لايصح فى الملك وهو عند مالك والشافعى فى قول واحمد فى رواية لان الوقف محرر عن الملك والتمليك فصار كقن ضم الى حر وفى نوادر الفقيه ابى الليث والاصح ان البيع يجوز فى الملك لان الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الاموال وانما لايباع لاجل حق تعلق به وذلك لايوجب فساد العقد فيما ضم اليه كالمدبر ونحوه بخلاف المسجد حيث يبطل العقد فيما ضم اليه لانه ليس بمال ولهذا لاينتفع به انتفاع الاموال فصار كالحر (وفسد بيع العرض بالخمر) ونحوها مما هو مال غير متقوم (وعكسه) وهو بيع الخمر ونحوها بالعرض فى شرح الوقاية اى البيع فاسد فى العرض حتى يجب قيمته عند القبض ويملك هو بالقبض لكن البيع فى الخمر باطل حتى لايملك عين الخمر (ولايجوز بيع المباحات قبل ان تملك) لانها وقت البيع غير مملوكة للبائع (و) لابيع (مالا قدرة على تسليمه الابحيلة) كسمك لم يصد اوصيد وارسل وهو لايعود فلو قبضه البايع وسلمه قالوا ينبغى ان يكون على الروايتين فى تسليم الاباق بعد بيعه بناء على انه باطل اوفاسد (او) الا (بضرر) كجذع فى سقف وذراع من ثوب يضره القطع اولم يذكر موضع القطع اولم يذكر ولو قطع البايع الجذع اوقطع الثوب وسلم قبل الفسخ عاد صحيحا لزوال المانع من الصحة وقيد القدرة على تسليمه بالحيلة لانها لوكانت بغير ذلك كمالو صاد السمك والقاه فى حظيرة صغيرة بحيث يمكن اخذه منها بلاحيلة جاز البيع لانه مقدور التسليم وكذا لو اجتمع فيها بنفسه وسد المدخل جاز والافلا (و) بيع (ما فيه غرر كحمل) اى جنين (فى بطن ولؤلؤ فى صدف ولبن فى ضرع) لما روى ابن ماجه من حديث ابى سعيد الخدرى ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما فى بطون الانعام حتى تضع وماروى الشافعى بسنده عن ابن عباس انه كان ينهى عن بيع اللبن فى ضرع الغنم والصوف على ظهرها قال البيهقى وروى مرفوعا والصحيح انه موقوف ولقول ابن عباس نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر غنم ولا لبن فى ضرع رواه الطبرانى والدارقطنى مرفوعا وابو داود موقوفا عليه قيل لايباع اصواف الغنم على ظهورها ولا البانها فى ضروعها وفى شرح الوقاية ذكروا للبن فى الضرع علتين احدهما انه لايعلم لبن اودم

وقف) فانه يصح البيع فى الملك بحصته فى الاصح وقال زفر لا يصح البيع فى القن والملك (وفسد بيع العرض بالخمر والخنزير وعكوفسه) فالبيع فى العرض فاسد حتى يملك ويجب قيمته عند القبض لكن فى الخمر والخنزير باطل حتى لا يملك عينهما (ولايجوز بيع المباحات) كالسمك فى الماء والطير فى الهواء والحطب فى الصحراء (قبل ان تملك) وتحرز وينبغى ان يكون هذا البيع باطلا سواء كان بالدراهم اوبالدنانير او بالعروض لان المباحات قبل الاحراز ليست بمال لان المال مايجرى فيه المضايقة والابتذال والظاهر انها مادامت مباحة ليست كذلك و(لا) يجوز بيع (مالا قدرة على تسليمه الا بحيلة) وان كان مالا مملوكا كعبد ابق اذا كان عند غير المشترى لموكا وكالطير اذا اخذه ثم ارسله فى الهواء وكالسمك اذا صيد والقى فى حظيرة لايؤخذ الا بحيلة لانه غير مقدور التسليم ولوكان يؤخذ بغير اصطياد وحيلة جاز ولو اجتمعت فى حظيرة لا باصطياده لم يصح بيعها امكن اخذ ها بلا اصطياد اولم يكن لانه غير مالك لها وان سد موضع دخول الماء فصرن فى الماء بحال لايستطعن الخروج عنها لايصح البيع عند بعض المشائخ لانه لم يملكها لان هذا القدر ليس باحراز وقيل يصح البيع اذا امكن الاخذ بغير اصطياد لانه لما فعل هذا صار اخذا لهن حكما فصرن ملكاله كمالو وقع شىء فى شبكة وهذا الخلاف فيما اذا لم يهىء الحظيرة للاصطياد لها اما اذا هيئها له ملكها بلا خلاف وهذا البيع ينبغى ان يكون فاسدا لانه باع ملكه لكنه غير مقدور التسليم فصار كبيع الابق (او) لا قدرة على تسليمه (الا بضرر كالجذع فى السقف والذراع من الثوب يضره القطع اما اذا كان الثوب لايضره القطع كالكر باس يجوز بيع الذراع منه وهذا البيع فاسد ولو اخرج البائع الجذع اوقطع الذراع من الثوب قبل فسخ المشترى العقد انقلب صحيحا لزوال المانع من الصحة (ولا بيع مافيه غرر) هو ما انطوت عنك بغيته وخفيت عليك عاقبته (كحمل)

او ريح وهذا يقتضى بطلان البيع لانه مشكوك الوجود فلايكون مالا والاخرى ان اللبن يوجد شيئا فشيئا فيختلط ملك المشترى بملك البائع هذا ولايجوز بيع النتاج ايضا وهو ان تنتج الناقة ثم تنتج التى فى بطنها وهو حبل الحبلة لمافى مصنف عبدالرزاق عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبلة قال والمضامين مافى اصلاب الابل والملاقيح ما فى بطونها وحبل الحبلة ولد ولد هذه الناقة وفى الموطأ اخبرنا ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال لاربا فى الحيوان وانما نهى فى الحيوان عن ثلاثة عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة فالمضامين ما فى بطون اناث الابل والملاقيح ما فى ظهور الجمال وفى الصحيحين عن ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبلة وكان بيعا يتباعه اهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور الى ان ينتج التى فى بطنها (و) لابيع (مايفضى جهالته الى المنازعة) كصوف على ظهر الغنم لانه يفضى الى التنازع فى موضع القطع وكل بيع يفضى الى التنازع فهو فاسد (ولا) يجوز بيع (المزابنة) وهو من اضافة الاعم الى اخصه ويسميها بعض المتأخرين اضافة بيانية (وهى بيع تمر مجذوذ) اى مقطوع (بمثله على النخل خرصا) اى تقديرا وحزرا (و) لا (المحاقلة) وهى بيع الحنطة فى سنبلها بمثل كيلها لما روى مسلم عن زيد بن ابى انيسة قال حدثنا ابوالوليد المكى وهو جالس عند عطاء بن ابى رباح عن جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمحاقلة ان يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم والحقل هو الزرع الذى اذا تشعب قبل ان تغلظ ساقه والمزابنة ان يباع النخل باوساق من التمر والمخابرة ان يزرع الارض على الثلث اوالربع واشباه ذلك قال زيد قلت لعطاء بن ابى رباح اسمعت جابر بن عبدالله يذكر هذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وقال الشافعى يجوز بيع المزابنة فيما دون خمسة اوسق لما فى الصحيحين عن داود بن الحصين عن ابى سفيان عن ابى هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم رخص فى بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة اوسق اوفى خمسة اوسق شك داود قال دون خمسة اوفى خمسة وروى مسلم عن سهل بن ابى حثمة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر وقال ذلك الربا تلك المزابنة الاانه رخص فى بيع العرية النخلة والنخلتين يأخذها اهل البيت بخرصها كيلا وفى لفظ رخص فى العرية

هو ما كان فى البطن (ونتاج) هو مايحمله هذا الحمل وقد كانوا يعتادون ذلك فى الجاهلية فابطل النبى عليه الصلوة والسلام ذلك (ولبن فى ضرع) فانه لا يدرى ان ما فى الضرع لبن اوريح اودم وهذا البيع باطل (ولا) يجوز بيع (مايفضى جهالته الى المنازعة) كالصوف على ظهر الغنم لانه يقع التنازع فى موضع القطع وعن ابى يوسف انه يجوز بيع هذا الصوف (و) بيع (المزابنة وهى بيع تمر مجذوذ) اى مقطوع (بمثله على نخيل خرصا) اى حزرا والمزابنة من الزبن وهو الدفع فان هذا البيع يؤدى الى النزاع والدفاع وهذا البيع فاسد لشبهة الربوا

أن يؤخذ بمثل خرصها تمرا يأكل اهلها رطبا ورواه الطحاوى ايضا بطرق مختلفة وقال وقد جائت هذه الآثار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وتواترت الرخصة فى بيع العرايا فقبلها اهل العلم جميعا ولم يختلفوا فى صحة مجيئها ولكنهم تنازعوا فى تأويلها انتهى والشافعى ذهب الى ظاهره من الاسناد وعنه فى خمس اوسق قولان احدهما الجواز وهو منقول المزنى عنه وهو الاظهر والآخر عدمه وهو مختار المزنى ومذهب احمد لان النهى عن المزابنة محقق والرخصة فى خمسة اوسق مشكوك فيها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثلا بمثل وما على النخل تمر فلا يجوز بيعه بالتمر الا كذلك واما العرية التى فيها الرخصة فهى العطية دون البيع وبه قال مالك وتفسيرها ان يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لانسان ثم يشق عليه الدخول فى بستانه كل يوم ولا يرضى بالخلف فى الوعد والرجوع فى الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه وهذا جائز عندنا لان الموهوب لا يصير ملكا للموهوب له مادام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة وانما سمى بيعا مجازا لانه فى صورته ثم ذلك المروى اتفق انه كان اقل من خمسة اوسق او خمسة اوسق فظن الراوى ان الرخصة مقصورة على ذلك القدر وقال قوم العرايا ان يكون له النخلة او النخلتان فى وسط النخل الكثير لرجل آخر وكان اهل المدينة يخرجون وقت الثمار الى حوايطهم باهليهم فيضر ممر صاحب النخلة صاحب النخل الكثير فرخص رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يعطى صاحب النخلة خرصها له من ذلك تمرا لينصرف عنه ويخلص التمر كله له وهذا مروى عن مالك والتأويل الاول قول ابى حنيفة رحمه الله قال الطحاوى وهو انسب واولى مما قال مالك لان العرية انما هى العطية (و) لا بيع (الملامسة و) لا بيع (القاء الحجر و) لا بيع (المنابذة) لان فى كل واحد من هذه البياعات تعليق الملك بالخطر وفيه معنى القمار وقد كان فى الجاهلية يتساوم الرجلان السلعة فاذا لمسها المشترى او نبذها اليه البائع اووضع المشترى عليها حصاة لزم البيع فالاول الملامسة والثانى المنابذة والثالث القاء الحجر روى مسلم والبخارى من حديث ابى سعيد الخدرى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى من الملامسة والمنابذة فى البيع والملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل او بالنهار ولا يقلبه الا بذلك والمنابذة ان ينبذ الرجل الى الرجل ثوبه وينبذ الآخر اليه ثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض

(والملامسة والقاء الحجر والمنابذة) هذه بيوع كانت فى الجاهلية وهى ان يتساوم الرجلان على سلعة فاذا لمسها المشترى اووضع عليها حصاة اونبذها اليه البائع لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثانى بيع القاء الحجر والثالث المنابذة وقد نهى النبى عليه الصلوة والسلام عن هذه البيوع ولانه ينعقد البيع متعلقا باحد هذه الافعال فيكون فاسدا لانه كالقمار

(ولا) بيع (المراعى) اى الكلاء النابت فى ارض غير مملوكة اوفى ارض البائع بدون تسبب منه امالو تسبب بان سقى الارض اوهياها للانبات جازله بيع كلاءها لانه ملكه حتى لو احتشه انسان بغير اذنه كان له استرداده وقال بعضهم لايجوز بيعه لانه ليس بملكه لان الشركة فيه ثابتة بالنص فلاتنقطع بدون الحيازة وتهيئة الارض للانبات ليست بحيازة وكونه نابتا فى ارضه لايقطع شركتهم عنه ولايصير مملوكا له فلم يستفد المشترى بهذا العقد شيئا لم يكن له فيبطل والنص قوله عليه السلام المسلمون شركاء فى ثلثة فى الماء والكلاء والنار رواه احمد وابو داود والمراد بالماء الذى فى الانهار والآبار لاما اخذ وجعل فى اناء فانه محرز يجوز بيعه وبالكلاء ما ينبت فى ارض غير مملوكة وما نبت فى ارض مملوكة بلا انبات رب الارض لان رب الارض لايكون محرزا له بكونه فى ارضه ومعنى اثبات الشركة فى النار الانتفاع بضوئها والاصطلاء وتجفيف الثياب بها اما اذا اراد ان يأخذ الجمر فليس له ذلك الاباذن صاحبه ذكره القدورى (ولا اجارتها) اى ولايجوز اجارة المراعى التى هى الكلاء لان اجارتها تقع على استهلاك عين غير مملوكة وتلك الاجارة غير جائزة كما استأجر بقرة لشرب لبنها لايصح لان محل الاجارة المنافع لا الاعيان فالاجارة على استهلاك عين مباحة اولى والحيلة فى اجارة المراعى فى الارض المملوكة ان يستأجر موضعها من الارض ليضرب فيه فسطاطا او ليجعله حظيرة لغنمه فيصح الاجارة ويستبيح له صاحب المرعى الانتفاع بالمرعى فيحصل مقصودها (ولا) بيع (النحلة الامع الكوارات) بضم الكاف وتشديد الواو وفى الصحاح كورة النحل عسلها فى الشمع اما عدم جواز بيع النحل وحده فعند ابى حنيفة رحمه الله وابى يوسف رحمه الله وقال محمد ومالك والشافعى واحمد يجوز بيعه وحده اذا كان مجموعا لانه حيوان ينتفع به ويتمول فيصح بيعه وان لم يوكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلايصح بيعه كالزنبور وفى الذخيرة الفتوى على قول محمد (ولا) بيع (اجزاء آدمى) لكرامته فلا يجوز بيع شعر الانسان لانه جزؤه ولا بيع لبن المرأة ولو فى قدح حرة كانت اوامة ولايضمن متلفه وقال الشافعى يجوز حرة كانت اوامة ويضمن متلفه لانه مشروب طاهر كلبن الشاة وقال ابو يوسف ان كانت امة يجوز وان كانت حرة لايجوز اعتبارا للبن باصله لكونه متولدا منه ولهما انه اجزاء

(و) لابيع لم يرد بها رقاب (المراعى) لان بيع رقبة الارض جائز اذا كانت مملوكة له وانما المراد به مايحل المراعى من الكلاء اطلاقا لاسم المحل على الحال اما عدم جواز البيع فلانه ورد على ماليس بمملوك للبائع اذ بمجرد نبات الكلاء فى ارضه لاينقطع شركة الناس عنه ولايصير مملوكا له فيبقى على اصل الاباحة مالم يوجد الاحراز فان رب الارض لايكون محرزا له بكونه فى ارضه وينبغى ان يكون هذا البيع فاسدا واما اذا نبت الشجر فى ارض مملوكة فهو مملوك لصاحب الارض وان نبت لابانباته (ولا اجارتها) لانها اجارة على استهلاك العين ولو وردت على استهلاك عين مملوكة بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لايصح لان محل عقد الاجارة المنافع دون الاعيان فاذا وردت على استهلاك عين مباح فاولى ان لايجوز (ولا) بيع (النحل) ينبغى ان يكون هذا البيع فاسدا وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند محمد والشافعى رح يجوز اذا كان محوزا مجموعا (الامع الكوارات) وهو معسل النحل اذا سوى من طين حتى لو باع كورات فيها عسل بما فيها من النحل جاز (ولا) يجوز بيع (اجزاء الادمى) كشعره وكلبن امرأة ولوفى قدح حرة كانت اوامة وقال الشافعى يجوز حرة كانت اوامة وقال ابو يوسف رحمه الله ان كانت امة يجوز وان كانت حرة لايجوز وصب اللبن فى عين رمدت عند بعض اصحابنا لايجوز وقيل يجوز اذا علم انه يزول به الرمد

الآدمى بدلالة ان الشرع اثبت به حرمة الرضاع بمعنى البعضية والآدمى بكل اجزائه مكرم مصون عن الابتذال والامتهان بالبيع الافيما حل فيه الرق والرق لايحل اللبن لانه ضعف حكمى فيختص بمحل القوة التى هى ضده وهو الحى ولاحيوة فى اللبن لانه جماد وليس حله على الاطلاق بل باعتبار حاجة الفعل لانه لايتعدى بغيره حتى لو استغنى عنه لم يبح شربه حتى لايجوز صبه فى عين رمدة عند بعض اصحابنا (ولا) بيع (اجزاء الخنزير) لنجاسة عينه فلا يصح بيع شىء منه اهانة له كالخمر (الاشعره) لينتفع به للخرز للضرورة (ولا) بيع (جلد الميتة قبل دبغه) لحرمة الانتفاع به لقوله عليه السلام لاتنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ واما بعد الدبغ فيباع وينتفع به لطهارته لما فى صحيح مسلم عن ابن عباس قال تصدق على مولاة لميمونة بشاة فماتت فمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلا اخذتم اهابها فدبغتموه فانتفعتم به فقالوا انها ميتة فقال انما حرم اكلها (ولا) بيع (دود القز) بتشديد الزاى لانه من الهوام كالزنبور والحية والعقرب (ولا) بيع (بيضته) لانه غير منتفع به باعتبار ذاته بل باعتبار غيره وذلك معدوم فى الحال وفى وجوده خطر فى المآل (خلافا لهما) قال محمد يجوز بيع دود القز وبيضه وهو قول الشافعى واحمد واختيار الصدر الشهيد وعليه الفتوى اعتبارا بالعادة وقال ابو يوسف يجوز بيع دود القز ان ظهر فيه القز تبعا له والا لا واضطرب قوله فى بيض الدود (ولا) بيع (العلو بعد سقوطه) بان كان علو لرجل وسفل لآخر فسقطا اوسقط العلو وبقى السفل فباع صاحب العلو موضع العلو لان هذا البيع لم يصادف البيع من المحل لان محل البيع المال والثابت لصاحب العلو بعد الانهدام حق التعلى وحق التعلى ليس بمال لانه يتعلق بهواء الساحة وهو ليس بمال قيد بعد السقوط لان بيع العلو قبل السقوط جاز باعتبار البناء القائم (ولا) بيع (شخص على انه امة وهو عبد) ولا على انه عبد وهو امة والقياس ان يجوز وهو قول زفر لان هذا اختلاف وصف الذكورة والانوثة واختلاف الوصف يوجب الخيار للمشترى دون الفساد فصار كما لو اشترى كبشا فاذا هو نعجة او بالعكس اوعبدا على انه خباز فاذا هو كاتب اوبالعكس وجه الاستحسان ان

(واجزاء الخنزير الاشعره) وهذا البيع باطل لانه نجس العين لاينتفع به وبجلده واما الانتفاع بشعره للخرز فانما يجوز للضرورة (وجلد الميتة قبل دبغه) لحرمة الانتفاع به لقوله عليه الصلوة والسلام لاتنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم الجلد الغير المدبوغ وهذا البيع باطل وبعد الدباغ يباع وينتفع به لطهارته بالدباغ (و دود القز وبيضه) عند ابى حنيفة رح وينبغى ان يكون هذا البيع باطلا (خلافا لهما رح) لكن عند ابى يوسف يجوز بيع الدود اذا ظهر فيه القز والا لا واضطرب قوله فى بيضه وعند محمد يجوز بيعهما كيف ما كان وعليه الفتوى باعتبار العادة (ولا) يجوز بيع (العلو بعد سقوطه) اى اذا كان العلو لرجل والسفل للاخر فسقطا اوسقط العلو وبقى السفل فباع صاحب العلو علوه يبطل البيع اذا بعد السقوط لم يبق الا حق التعلى وهو ليس بمال وان سقط العلو بعد البيع قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل التسليم (و) بيع (شخص على زعم انه امة وهو عبد) اوعلى زعم انه عبد وهو امة وهذا البيع باطل خلافا لزفر رح ولو اشترى بهيمة على زعم انه ذكر فاذا هى انثى صح البيع وللمشترى الخيار والاصل ان الذكر والانثى من بنى آدم جنسان لتفاحش التفاوت فى المقاصد والمعانى المطلوبة فالمبتغى من العبيد الاستخدام خارج البيت ومن الاماء الاستخدام داخله كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد وانهما فى الحيوانات جنس واحد لتقارب المقاصد والمعانى المطلوبة فالمبتغى من الكل اللحم والركوب والحمل ومتى اجتمعت الاشارة والتسمية فى العقد فان كان المشار اليه مع المسمى جنسين مختلفين تعلق العقد بالمسمى وبطل بعدمه كما اذا اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج وان كان المشار اليه من جنس المسمى ولكنه فارقه بوصفه تعلق العقد بالمشار اليه وانعقد لوجوده وخير المشترى لفوات الوصف كشراء عبد على انه خباز فاذا هو كاتب

تفاوت الاغراض بين النوعين ملحق باختلاف الجنسين لان المقصود من البيع حصول الانتفاع بالمبيع على غرض المشترى فاذا لم يحصل غرضه ولا اكثره فكانه لم يحصل اصلا وهذا اذا كان الوصف متفاحشا اذ قلة التفاوت لايفسد البيع كما اذا اشترى كبشا فظهر نعجة فان المقصود من الكل الاكل لكنهما مختلفان وصفا فقل التفاوت (وشراء ماباع) اى ولايجوز شراء البائع لنفسه اولغيره من المشترى اومن وكيله اومن وارثه ماباع بثمن حال اومؤجل بنفسه اوبوكيله (باقل مما باع قبل نقد ثمنه الاول) ان كان المبيع لم ينقص ذاته واتحد الثمنان جنسا وقال الشافعى يجوز لان الملك تم بقبض المبيع فصار شراء البائع باقل كشراء غيره به وكشرائه بمثل الثمن الاول اوباكثر منه ولنا ماروى عبد الرزاق فى مصنفه عن معمر والثورى عن ابى اسحاق السبيعى عن امرأته انها دخلت على عائشة فى نسوة فسألتها امرأة فقالت يا ام المؤمنين كانت لى جارية فبعتها من زيد بن أرقم بثمانمائة الى العطاء ثم ابتعتها منه بستمائة فنقدته الستمائة وكتبت عليه ثمانمائة فقالت عائشة بئس ما اشتريت بئس ما اشترى اخبرى زيد بن ارقم انه ابطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان يتوب فقالت المرأة لعائشة ارأيت ان اخذت رأس مالى ورددت عليه الفضل فقالت عائشة (فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف) فهذا الوعيد الشديد دل على فساد هذا العقد والحاق هذا الوعيد بهذا الصنع الاكيد لايهتدى اليه العقل فدل ذلك على انها قالته سماعا وقال ابن الجوزى قالوا العالية امرأة مجهولة لايقبل خبرها قلنا بل هى معروفة جليلة القدر ذكرها ابن سعد فى الطبقات فقال العالية بنت انفع بن شراحيل امرأة ابى اسحاق السبيعى سمعت عن عائشة وجعل فى مسند ابى حنيفة البائع الى العطاء زيد بن ارقم والمشترى بستمائة المرأة وهو فى سنن ابى داود عن ابن عمر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا تبايعتم بالعينة واخذتم اذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لاينزعه حتى يرجعوا الى دينكم وروى احمد بن حنبل فى كتاب الزهد باسناد قال ابن القطان رجاله ثقات عن ابن عمر قال اتى علينا زمان وما يرى احدنا احق بالدينار والدرهم من اخيه المسلم ثم اصبح الدينار والدرهم احب الى احدنا من اخيه المسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا ضن الناس اى بخلوا بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعينة واتبعوا اذناب

البقر

(و)لايجوز (شراء ماباع باقل مما باع قبل نقد ثمنه الاول) حتى لو اشترى امة بالف درهم حالة اونسية وقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن فسد البيع عندنا خلافا للشافعى ولو اشترى بمثل الثمن الاول اواكثر جاز وذلك لان الثمن قبل القبض لايدخل فى ضمان البائع فاذا عاد اليه عين المبيع بالصفة التى خرج عن ملكه تقابل خمسمائة قصاصا وسلم للبائع خمسمائة مع سلامة الجارية له فهذه الزيادة ربح مالم يضمن لانها نشأت من زيادة الثمن الاول على الثمن الثانى والثمن الاول لم يدخل فى ضمان البائع بخلاف ماإذا اشترى بمثل الثمن الاول اواكثر لان الربح ثمه حصل للمشترى والمبيع دخل فى ضمانه

البقر وتركوا الجهاد فى سبيل الله ادخل الله عليهم ذلا لايرفعه عنهم حتى يراجعوا دينهم والعينة بالكسر بيع السلعة بثمن مؤجل ثم شراؤها بانقص منه حالا ولان الثمن لايدخل فى ضمان البائع قبل قبضه فاذا عاد اليه المبيع بالصفة التى خرج بها عن ملكه فصار بعض الثمن قصاصا ببعضه وبقى فضل بلاعوض فكان ذلك ربح مالم يضمن وهو حرام بالنص قيد الشراء بكونه باقل مما باع لانه لو كان بمثله اواكثر منه جازلان الفضل فى الاكثر يحصل للمشترى والمبيع داخل فى ضمانه وقيد بكونه قبل نقد الثمن لانه لو كان بعده جاز وقيدنا بكون الشراء من المشترى منه اومن وارثه لان المشترى لوباعه من رجل او وهبه لرجل اواوصى به لرجل ثم اشترى البائع الاول من ذلك الرجل جاز لان اختلاف سبب الملك كاختلاف العين وقيدنا بكون المبيع لم ينقص لانه لو تعيب فى يد المشترى فباعه من البائع باقل من الثمن جاز لان مانقص من الثمن بمقابلة العيب الحادث فكان البائع مشتريا ماباع بمثل الثمن الاول معنى وقيدنا النقصان بكونه فى الذات لانه لو كان فى القيمة بان تغير سعره لم يجز شراؤه باقل مما باع لان تغير السعر غير معتبر فى حق الاحكام كمافى حق الغاصب وقيدنا باتحاد الثمنين جنساً لانه لو اشتراه بجنس آخر غير جنس الثمن الاول جاز وان كان الثمن الثانى اقل لان الربح لايظهر عند اختلاف الجنس والدينار جنس الدرهم هنا وفى الشفعة خلافا لزفر وشراء من لايصح شهادته للبائع وهو ولده ووالده وزوجته ومكاتبه فهو كشراء البائع بنفسه وقال ابو يوسف ومحمد يجوز غير العبد والمكاتب لتباين الاملاك بخلاف العبد لان كسبه لمالكه وبخلاف المكاتب لان للسيد فى كسبه حق الملك فكان تصرفه كتصرفه ولابى حنيفة ان شراء هؤلاء كشراء البائع بنفسه لاتصال منافع الاملاك بينهم وهو نظير الخلاف فى الوكيل بالبيع اذا عقد مع هؤلاء وشراء الموكل باقل مما باع وكيله لايجوز لان وكيله لما باع باذنه صار كانه باع بنفسه ثم اشترى باقل وشراء الوكيل باقل مما باع لنفسه اولغيره بامره قبل نقد الثمن لايجوز اما شراؤه لنفسه فلان الوكيل بالبيع اصيل فى الحقوق فكان هذا شراء البائع من وجه والثابت من وجه كالثابت من كل وجه فى باب المحرمات واما شراؤه لغيره بامره فلان شراء المأمور واقع له من حيث الحقوق فكان هذا شراء ما باع لنفسه من وجه وشراء البائع من وارث المشترى باقل مما اشتراه المورث لايجوز لقيام الوارث مقام المورث بخلاف شراء وارث البائع باقل مما باع مورثه فانه يجوز (ولا) يجوز (شراء ما باع مع شئ) متعلق بشراء (لم يبعه) صفة لشئ

(وشراء ماباع مع شئ لم يبعه)

بثمنه الاول فيما باع) وصح فيما لم يبعه حتى لو اشترى امة بخمسمائة وقبضها ثم باعها واخرى معها من البائع قبل نقد الثمن بخمسمائة و صح الشراء فى التى لم يشتريها من البائع وفسد فى الاخرى لانه لابد ان يجعل بعد الثمن بمقابلة امة لم يشتريها منه فكان مشتريا للاخرى باقل مما باع ضرورة وهو فاسد عندنا (و) لم يجز بيع (زيت على ان يوزن بظرفه وان يطرح للظرف كذا رطلا)

لان هذا الشرط يخالف مقتضى العقد لان مقتضاه ان يطرح عنه مقدار وزن الظرف اى مقدار كان وزن الظرف فاذا شرط ان يطرح عنه مكان كل ظرف كذا رطلا وجاز ان يكون الرطل انقص او اكثر فكان شرطا مخالفا لمقتضى العقد ولاحد المتعاقدين فيه منفعة فيفسد العقد (بخلاف شرط طرح) مقدار (وزن الظرف) فانه يجوز البيع لان هذا الشرط يوافق لمقتضى العقد (ولايجوز البيع بشرط لايقتضيه العقد وفيه نفع لاحدهما) اى احد العاقدين اونفع (المبيع) الذى (يستحق) النفع اى يكون المبيع اهلا لاستحقاق النفع بان يكون ادميا حتى لو كان النفع لمبيع لايستحق النفع كشرط ان لايبيع الدابة المبيعة لايكون هذا الشرط مفسدا وحاصل المذهب ان كل شرط يقتضيه العقد اى يجب بالعقد بلا شرط كشرط الملك للمشترى فى المبيع اوشرط تسليم المبيع لايفسد العقد لانه ثبت بمطلق العقد فلا يزيده الشرط الا تاكيدا وكل شرط لايقتضيه العقد الا انه يلايم البيع اى يؤكد موجبه كالبيع بشرط ان يعطى المشترى بالثمن رهنا او كفيلا وهو معلوم بالاشارة او التسمية لايفسد العقد ايضا لان الرهن شرع وثيقة وتاكيد الجانب الاستيفاء واستيفاء الثمن موجب العقد فما يؤكده يلايم العقد والكفالة وثيقة لجانب المطالبة والمطالبة موجب العقد فما يؤكدها يلايم العقد فلا يفسده فان لم يكونا معلومين فسد البيع لان جهالة الرهن والكفيل يفضى الى النزاع فالمشترى يعطيه رهنا او كفيلا والبائع يطالبه باخر وكل شرط لايلائم العقد الا ان الشرع ورد بجوازه كخيار الشرط والاجل او لم يرد الشرع بجوازه لكنه متعارف كشراء نعل على ان يحذوه البائع او بشركه لايفسد ايضا استحسانا للتعامل وهو حجة يترك به القياس وكل شرط لايقتضيه بشرط العقد ولايلائمه ولم يرد الشرع بجوازه وليس بمتعارف والحال ان فيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق كما ذكرنا يفسد العقد كبيع عبد بشرط ان لايبيعه المشترى فان العبد يعجبه ان لاتتناوله الايدى وان لم يكن فيه منفعة لاحد كشراء دابة اوثوب بشرط ان لايبيعه بطل الشرط وصح البيع فى ظاهر المذهب وعن ابى يوسف انه يفسد به البيع وقال الشافعى رحمه الله

(بثمنه الاول) متعلق بشراء وكذا (فيما باع) يعنى ان من باع امة بخمسمائة مثلا وقبضها المشترى ثم اشتراها منه وامة اخرى معها قبل نقد الثمن بخمسمائة فان الشراء فى التى لم يبعها منه صحيح لانه لم يفسد فيها وفى الاخرى وهى التى باعها منه باطل لانه لابد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التى لم يبعها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع ضرورة (وزيت) اى ولايجوز شراء زيت ونحوه (على ان يوزن) الزيت (بظرفه ويطرح للظرف) كل مرة (كذا رطلا) الا ان يكون ذلك وزنه لان هذا شرط مخالف لما يقتضيه العقد لانه يقتضى ان يطرح عنه مقدار وزن الظرف اى مقدار كان فاذا شرط ان يطرح عنه مقدار معين وكان ذلك الظرف انقص من ذلك المقدار او اكثر منه كان ذلك الشرط مخالفا لمقتضى العقد ولاحد العاقدين فيه نفع لان ذلك المقدار ان كان اكثر من وزن الظرف فللمشترى فيه نفع وان كان اقل من وزنه فللبائع فيه نفع (بخلاف شرط طرح وزن الظرف) فان الشراء يجوز لانه شرط يوافق مقتضى العقد لانه يقتضى طرح وزن الظرف وما يوافق مقتضى العقد يؤكده ولا يفسده (والبيع) اى ولا يجوز البيع (بشرط لايقتضيه العقد) احترز به عما يقتضيه كشرط الملك للمشترى فى المبيع وشرط تسليم المبيع وشرط حبس المبيع لاستيفاء الثمن وشرط انتفاع المشترى بالمبيع لان هذا كله يثبت بمطلق العقد فلا يزيده الشرط الا تأكيدا (وفيه نفع لاحدهما) جملة حالية اما البائع فكما لو باع شيئا بشرط ان يقرضه المشترى درهما او يهدى اليه هدية او باع دارا على ان يسكنها شهرا واما المشترى فكما لو اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قباء او قميصا (او) فيه نفع (لمبيع يستحق) اى يكون اهلا للاستحقاق على غيره بان يكون آدميا كبيع عبد بشرط ان لايبيعه المشترى لان العبد يعجبه ان لايتناوله الايدى واحترز بهذا عما لو اشترى دابة اوثوبا بشرط ان لايبيعه المشترى فان الشرط باطل والبيع صحيح فى ظاهر المذهب وعن ابى يوسف ان البيع فاسد وجه الظاهر ان لامطالب لهذا الشرط فكان لغوا ولابد من تقييد الشرط بكونه لايلايم العقد احترازا عما يلايمه كالبيع بشرط ان يعطى المشترى بالثمن رهنا او كفيلا فان البيع لايفسد ولابد ايضا من تقييد مالا يلايم العقد بان الشرع لم يرد بجوازه فان ماورد بجوازه لايفسد كالبيع

بشرط الخيار اوالاجل وكذا ما تعارف الناس عليه كشراء نعل على ان يحذوه اويشركه البائع فان البيع لايفسد استحسانا للتعامل وهو حجة يترك بها القياس وانمالايجوز البيع بشرط لايقتضيه العقد لنهيه عليه السلام عن بيع وشرط الا ان ما ذكرناه من الشروط الجائزة مستثنى من هذا النهى فبقى ماعداه داخلا تحته ولان الثمن مقابل بجميع المبيع والشرط زيادة لايقابلها شئ من العوض فاشبه الربوا ولانه ذريعة الى وقوع النزاع فيعرى معه العقد عن مقصوده روى الطبرانى فى معجمه الاوسط عن عبدالله بن ايوب المقرى عن محمد بن سليمان الذهلى عن عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت بها ابا حنيفة وابن ابى ليلى وابن شبرمة فسالت ابا حنيفة عن رجل باع بيعا وشرط شرطا فقال البيع باطل والشرط باطل ثم اتيت ابن ابى ليلى فسألته فقال البيع جائز والشرط باطل ثم اتيت ابن شبرمة فسألت فقال البيع جائز والشرط جائز فقلت سبحان الله ثلثة من فقهاء العراق اختلفوا فى مسئلة واحدة فاتيت ابا حنيفة فاخبرته فقال ما ادرى ماقالا حدثنى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع وشرط البيع باطل والشرط باطل ثم اتيت ابن ابى ليلى فاخبرته فقال ما ادرى ماقالا حدثنى هشام ابن عروة عن ابيه عن عائشة انها قالت امرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اشترى بريرة فاعتقها البيع جائز والشرط باطل ثم اتيت ابن شبرمة فاخبرته فقال لاادرى ماقالا حدثنى مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر قال بعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ناقة وشرط لى حملانها الى المدينة البيع جائز والشرط جائز (ولا) يجوز بيع الرقيق (بشرط الاعتاق) وقال مالك يجوز وهو رواية الحسن عن ابى حنيفة وقول للشافعى واصح الروايتين عن احمد (والى اجل) عطف على شرط اى لايجوز البيع بثمن غير معين الى اجل (جهل) كالحصاد والدياس وقدوم الحاج لان هذه الاشياء تتقدم وتتأخر لكونها من افعال العباد تثبت بحسب ما يبدو لهم فكان التأجيل بها يفضى الى المنازعة والآجال شرعت بالاوقات قال الله تعالى (يسئلونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس) قيدنا بالثمن غير المعين لان تأجيل المبيع المعين يفسد البيع سواء كان الاجل مجهولا اومعلوما وكذا تأجيل الثمن المعين لانه مبيع وكذا تأجيل العقد لكونه خلاف موجب العقد وهو التابيد ولو باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات صح لان هذا تأجيل الدين والجهالة فى الدين محتملة بخلاف ما اذا اشترط فى اصل العقد لان العقد لايحتمل فيه الجهالة (وصح) البيع (ان اسقط) الاجل المجهول (قبل

يجوز البيع بشرط الاعتاق وهو رواية عن ابى حنيفة رحمه الله (و) لايجوز البيع بثمن مؤجل (الى اجل مجهول) كالنيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يدر العاقدان ذلك لان الاجل مجهول وجهالته يؤدى الى المنازعة اذ البيوع مبنية على المماكسة والمضايقة حتى لو كان ذلك معلوما للعاقدين صح لان المانع الجهالة ولم يوجد وكذا التاجيل الى قدوم الحاج والحصاد والدياس والقطاف والجزاز للجهالة لانها تتقدم وتتأخر (وصح) البيع (ان اسقط) الاجل

(قبل الحلول) خلافا لزفر رحمه الله واعلم ان القوم قد اجمعوا على هذه المسائل وصرحوا بعدم جواز البيع فيها ولم يبينوا ان البيع فيها باطل او فاسد ونحن ذكرنا فى اثناء المسائل تصريحا واشارة التفصيل فلا ينبغى لك ان لا تنبه لما هو الحق (فان قبض المشترى) هذا شروع فى بيان احكام البيع الفاسد واما البيع الباطل فلا يفيد حكما اصلا ويكون المقبوض فيه امانة عند القابض لان العقد اذا بطل بقى مجرد القبض باذن المالك وذا لا يوجب الضمان وقيل يكون مضمونا بالقيمة لانه يصير كالمقبوض على سوم الشراء قيل الاول قول ابى حنيفة والثانى قولهما رحمهم الله (المبيع بيعا فاسدا برضاء بائعه) صريحا بان اذنه بالقبض اودلالة كقبضه (فى مجلس عقده) والبائع لاينهاه فان البيع تسلط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه صح استحسانا فى الصحيح وان قبضه بعد الافتراق عن المجلس لايصح قبضه ولا يملكه (وكل من عوضيه مال) احتراز عن البيع الباطل وانما ذكره مع التقييد بقوله بيعا فاسدا لان الفاسد قد يطلق على الباطل كما ذكرنا (ملكه) جزاء لقوله فان قبض وقال الشافعى رحمه الله لايملكه وان قبض باذنه صريحا (واذا هلك) فى يد المشترى (لزمه مثله حقيقة) اى صورة ومعنى فى ذوات الامثال كالبر والشعير لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى فقط (او معنى) كالقيمة فهى مثل من حيث المالية كما فى بيع ذوات القيم مثل الحيوانات ويعتبر قيمته يوم القبض وقال محمد رحمه الله قيمته يوم اتلفه (فان كان الفساد بشرط زائد) باع الى اجل مجهول

الحلول) كما لو اسقط الاجل الى الحصاد من هو حقه وهو المشترى قبل ان يأخذ الناس فى الحصاد وقال زفر والشافعى لايصح لانه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا ولنا ان المفسد فيما نحن فيه خارج عن صلب العقد وقد سقط قبل تقرره فينقلب العقد جائزا وهو قول مشايخ العراق وقال غيرهم ان العقد انعقد موقوفا وبالاسقاط تبين انه كان جائزا وهو الصحيح لان فساد العقد باعتبار افضائه الى المنازعة وقد مجى الاجل لامنازعة (وان قبض المشترى المبيع بيعا فاسدا) وكان قبضه (برضا بائعه صريحا) اى رضا صريحا كما قبضه او اخذه اوسلمه وهذا قبل الافتراق اوبعده (اودلالة) قبل الافتراق (كقبضه) بحضرة البائع (فى مجلس عقده وكل من عوضيه) اى البيع (مال) جملة حالية (ملكه) اى المشترى المبيع ملكا خبيثا بالقيمة وقال مالك والشافعى واحمد لا يملكه لان البيع الفاسد محظور لكونه منهيا عنه والنهى يقتضى التحريم والملك نعمة لكونه ذريعة الى قضاء المآرب ووسيلة الى درك المطالب والنعمة لاتناط بالمحظور لاشتراط الملايمة بين المناط والمناط به ولنا ان ملزوم الملك وهو البيع تحقق فيتحقق الملك لان البيع الفاسد بيع حقيقة لصدور ركنه وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى من اهل فان اهل الشىء من يكون قادرا عليه لتندفع به حاجته مضافا الى محل قابل لحكمه اذ الكلام فيه فيترتب حكمه وهو الملك والنعمة اى الملك ما انيطت بالمحظور بل بالبيع وهو غير محظور انما المحظور ما يتصل به من الشرط الفاسد ونحوه كما فى البيع وقت النداء فان النهى ورد فيه لمعنى غير البيع وهو الاشتغال عن السعى بسبب البيع وانما شرط ان يكون كل من عوضيه مالا ليثبت ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ويشترط ايضا ان لايكون للبائع خيار الشرط لان شرط الخيار يمنع الملك فى البيع الجائز ففى الفاسد اولى وانما لم يحل وطى الجارية ولا اكل الطعام لان فى كل منهما اعراضا عما هو واجب عليه وهو الرد (ولزمه) اى المشترى (مثله حقيقة) اى صورة (اومعنى) وهو قيمته يوم القبض لانه يدخل به فى ضمانه وعند محمد يوم التلف لانه به يتقرر عليه وانما لزم المشترى مثله لانه مضمون بالقبض كالغصب والمثل صورة ومعنى لايكون الا فيما هو من ذوات الامثال وهو اعدل من المثل معنى فلا يصار اليه مع امكان الاول (فان كان الفساد) لجهالة الاجل او (بشرط زائد) فيه نفع لاحد العاقدين وكانت العين باقية

فلمن

(فلمن له الشرط) وهو المنتفع به (فسخه) بحضرة صاحبه لان منفعة الشرط لما كانت عائدة اليه كان الفسخ له دون الاخر لان فى فسخ الاخر ابطال حق من له منفعة الشرط وهو تصحيح العقد بابطال ذلك الشرط وهذا عند محمد وقالا لكل واحد من المتعاقدين الفسخ لانه حق الشرع فانتفى اللزوم عن العقد (والا) اى وان لم يكن الفساد لشرط زائد بل كان فى صلب العقد بان كان فى احد العوضين كما لو باع درهمين بدرهم اوثوبا بخمر (فلكل منهما) اى من العاقدين فسخه بعد القبض لان اعدام الفساد واجب حقا للشرع وقبل القبض لكن بمحضر من الآخر لان البيع الفاسد قبل القبض لما لم يفسد الملك كان فسخه امتناعا عن القبض وانما توقف على حضور الآخر لانه الزام موجب للفسخ فلا يلزمه الا بعلمه (فان خرج) المبيع بيعا فاسدا (من ملك المشترى) ببيع صحيح اوبهبة وتسليم اوبعتق (اوبنى) المشترى (فيه) اوغرس اواتخذه مسجدا (فلا فسخ) لان المشترى ملك المبيع بالقبض فينفذ تصرفه فيه وينقطع حق البائع من الاسترداد سواء كان تصرفا لايحتمل النقض كالاعتاق او يحتمله كالبيع لان بهذه التصرفات تعلق حق العبد وبالبيع الفاسد تعلق حق الشرع وهو الفسخ فغلب حق العبد لحاجته على حق الشرع لغناه قيد الخروج بكونه من الملك لان المشترى لو آجر المبيع او انكحه لم ينقطع حق الفسخ لان النكاح لايمنع فسخ البيع فيفسخ وترد الامة على البائع والنكاح على حاله والاجارة تفسخ بالاعذار ودفع الفساد عذر وقال مالك والشافعى واحمد لاينقطع حق الفسخ بشىء من ذلك وقال ابو يوسف ومحمد لاينقطع بالبناء والغرس بل ينقض ويرد المبيع على صاحبه (وطاب للبائع ربح ثمنه) اى ثمن المبيع بيعا فاسدا اذا كان دراهم اودنانير (بعد التقابض) متعلق بربح (ولا للمشترى) اى ولا يطيب للمشترى (ربح مبيعه) اى مبيع البيع الفاسد بعد التقابض (فيتصدق) المشترى (به) اى بربحه حتى لو اشترى امة شراء فاسدا بالف درهم وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض طاب للبائع ماربح فى الثمن ولم يطب للمشترى ماربح فى الامة والفرق ان الامة مما يتعين فيتعلق العقد بعينها فيتمكن الخبث فى ربحها فيتصدق به والدراهم والدنانير لاتتعينان فى العقود فلا يتعلق العقد بعينها فلا يتمكن الخبث فى ربحهما هذا والبيع الباطل لايفيد الملك بالقبض ولو كان باذن من المالك

واحد من العاقدين حق الفسخ لحق الشرع لالحق احد المتبايعين فانهما راضيان بالعقد (والا) اى وان لم يكن الفساد بشرط زائد بان يكون الفساد فى صلب العقد كبيع درهم بدرهمين (فلكل منهما) حق الفسخ بمحضر من الآخر (فان خرج) المبيع (عن ملك المشترى) بان باعه اووهبه وسلمه او اعتقه (اوبنى فيه) دارا اومسجدا (فلا فسخ) وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد والفسخ لحق الشرع وحقه اذا اجتمع مع حق العبد يقدم حق العبد لان الله تعالى اغنى والعفو منه ارجى لانهاونا لحق الشرع (وطاب للبائع ربح ثمنه بعد التقابض) اى لو اشترى امة بشراء فاسد بالف درهم وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض طاب للبائع ماربح فى الثمن (ولا يطيب (للمشترى ربح مبيعه) اى الامة (فيتصدق به) اى بالربح واصله ان الخبث نوعان خبث لعدم الملك ظاهرا وخبث لفساد فى الملك والمال نوعان ما يتعين كالعروض ومالا يتعين كالنقود فالخبث لعدم الملك يعمل فى النوعين كالمودع والغاصب اذا تصرفا فى العروض والنقود وربحا يتصدقا بالربح عند ابى حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله لتعلق العقد بمال غيره ظاهرا فيما يتعين فيتمكن حقيقة الخبث وفيما لايتعين يتمكن شبهة الخبث لتعلق العقد به من حيث سلامة المبيع به او تقدير الثمن به فصار ملك الغير وسيلة الى الربح من وجه فيتمكن فيه شبهة الخبث اما الخبث لفساد الملك كما فى الشراء الفاسد فيعمل فيما يتعين كالعروض مثلا لافيما لايتعين كالدراهم والدنانير لان فساد الملك دون عدم الملك لان فى فساد الملك شبهة عدم الملك والشبهة ملحقة بالحقيقة فى الحرمة فان النبى عليه الصلوة والسلام نهى عن الربوا والريبة واما الدراهم والدنانير فغير متعينة فى العقد ولو كانت متعينة كانت فيهما شبهة الخبث بسبب

الفساد فعند عدم التعيين يكون فى تعلق العقد بها شبهة فيكون فيهما شبهة الشبهة ولا اعتبار لها

ولا ملك التصرف لانه يبنى على العقد الصحيح اوالقبض فى العقد الفاسد ثم المقبوض فى البيع الباطل امانة عندابى حنيفة لان العقد باطل والباطل غير معتبر والقبض باذن المالك فيكون امانة وقالا انه مضمون بالقيمة لو كان قيميا وبالمثل لو كان مثليا اذا هلك عند المشترى كالمقبوض فى البيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء هذا واذا اشترى مكيلا كالتمر او موزونا كالسمن كيلا ووزنا حرم عليه بيعه واكله اوشىء منه حتى يكيله اويزنه واصله ان الاموال ثلاثة انواع مقدرات كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة والمذروعات وان اشترى شيئا منها مشارا اليها مجازفة صح التصرف فيه بعد القبض لانه معلوم بالاشارة و ان اشترى شيئا منها بشرط كيل اووزن اوذرع اوعد فان لم يقبض بطل التصرف فيه وبعد القبض لم يجز التصرف فى المكيل والموزون لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى فيكون لصاحبه الزيادة وعليه النقصان رواه البزار عن ابى هريرة والنهى عن البيع يقتضى الفساد اذا كان لمعنى فى البيع وقد وجد اذ البيع يتناول مايجوز به الكيل والوزن وهو مجهول فربما يزيد اوينقص فما لم يكل لنفسه اويزن لايتمايز المبيع عن غيره فكان المبيع مجهولا فيفسد البيع ولان اصل القبض شرط جواز التصرف فى المبيع فكان تمام القبض شرطا ايضا والكيل والوزن فيما بيع كيلا ووزنا من تمام القبض لان القدر المقصود عليه فيما بيع كيلا ووزنا حتى يلزمه رد الزيادة ان زاد ونقص الثمن بحصته ان نقص والقبض غير معتبر لتوهم الزيادة والنقصان ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان يحضره المشترى لان الشرط صاع البائع والمشترى ولم يوجد ولو كاله البائع بحضرة المشترى قيل لايكفى لظاهر مارويناوالصحيح انه يكفى وعليه الجمهور اذلغرض منه اعلام المبيع وافرازه وذا حاصل بالكيل مرة والحديث محمول على بيع العين مما كان مكيلا مكايلة بعدما اشتراه كذلك فانه يحتاج الى كيلين والعددى المتقارب كالجوز والبيض كالموزون فى اظهر الروايتين عن ابى حنيفة وقالا هو كالمذروع وهو رواية عنه اذلا يجرى الربا بين المعدودين كمالا يجرى بين المذروعين (وكره) وهو رواية عندنا وعند الشافعى (النجش) بفتح النون والجيم ويسكن وهو ان يزيد فى الثمن ولا يريد الشراء بل يرغب غيره (و) كره (السوم) اى سوم

(وكره النجش) وهو بفتحتين وروى بالسكون وهو ان يساوم السلعة بايريد من ثمنها ولايريد شراءها ترغيبا لغيره فى الثمن الزائد قال عليه الصلوة والسلام لاتناجشوا (والسوم

الشخص السلعة وهو طلبها بالثمن (على سوم غيره اذا رضيا) اى رب السلعة والذى ساوم اولا (بثمن) قيد به لانهما لو لم يرضيا بثمن فلا بأس به لانه بيع من يزيد (و) كره (تلقى الجلب) اى المجلوب وهو مايجاء به من بلد الى بلد للتجارة (المضر باهل البلد) قيد باهل البلد لان الذى لايضر بهم لا بأس به الااذا لبس السعر على الجالبين (و) كره بيع (الحاضر زمان القحط) وهو ان يجلب البادى السلعة فيأخذ الحاضر ليبيعها له بعد وقت باعلى من السعر الموجود وقت الجلب وقيل هو ان يجئ البادى بالطعام الى المصر فلا يتركه السمسار الحاضر بيعه بنفسه بل يتوكل عليه ويبيعه ويغلى على الناس السعر وانما نهى عنه لانه لو ترك بيعه بنفسه لربما رخص السعر وقيل هو ان يكون اهل البلد فى قحط وهو يبيع من اهل البدو طمعا من الثمن الغالى وعلى هذا فاللام بمعنى من روى الشيخان من حديث ابى هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقى الركبان وان يبيع حاضر لباد وان تسال المرأة طلاق اختها وعن النجش والتصرية وان يستام الرجل على سوم اخيه ورويا ايضا عن طاوس عن ابن عباس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يتلقى الركبان وان يبيع حاضر لباد قال قلت لابن عباس ما قوله حاضر لباد قال لايكون له سمسارا (و) كره (البيع وقت النداء) للجمعة لقوله تعالى (وذروا البيع) ولان فيه اخلالا بالواجب وهو السعى اذا قعدا للبيع اووقفا له قيل ولو تبايعا وهما يمشيان لابأس به وهذا مشكل فان الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا ثم المعتبر هو النداء الاول اذا وقع بعد الزوال على المختار وانما كره البيع فى جميع هذه الصور ولم يفسد خلافا لمالك لان النهى عنها لمعنى مجاور للبيع لافى صلبه ولا فى شرط صحته والنهى الوارد لمعنى مجاور لايقتضى الفساد بل يقتضى الكراهة (و) كره تحريما (تفريق صغير) اى غير بالغ (عن ذى رحم محرم منه) سواء كان صغيرا اوكبيرا ببيع وغيره لماروى الترمذى فى البيوع وفى السير وقال حسن غريب عن ابى ايوب الانصارى قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة ورواه احمد فى مسنده بزيادة قصة فيه ولفظه عن ابى عبد الرحمن الحبلى قال كنا فى البحر وعلينا عبد الله ابن قيس الفزارى ومعنا ابوايوب الانصارى فمر

على سوم غيره) وهو ان يزيد فى الثمن بعد تقرره لارادة الشراء) قال عليه الصلوة والسلام لايسوم الرجل على سوم اخيه وهذا (اذا رضيا بشىء) فاما اذا ساومه بشىء ولم يكن احدهما راضيا الى صاحبه فلا بأس للغير ان يساومه ويشتريه لان هذا البيع بيع من يزيد (و) كره (تلقى الجلب المضر باهل البلد) الجلب جمع الجالب كالخدم جمع الخادم او بمعنى المجلوب فهوما قرب من بلد تعلق به حق العامة فيكره ان يستقبله البعض ويشتريه ويمنع العامة عن شرائه لما فيه من تضيق الامر على الحاضرين فان كان لايضر باهل البلد لا بأس به الا ان يلبس السعر على الواردين واشترى منهم بارخص الثمنين فحينئذ يكره لما فيه من تعمية الاسعار على الواردين والاضرار بهم (وبيع الحاضر للبادى زمان القحط) قيل صورته ان الرجل اذا كان له طعاما وعلفا واهل المصر فى قحط منهما وهو لايبيعهما منهم لكن يبيعهما من اهل البادية رغبة فى الثمن الغالى واهل المصر فى قحط يتضررون بذلك فيكره لانه اضرار باهل المصر وقيل صورته ان يجئ البادى بالطعام الى مصر فيتوكل الحاضر عن البادى ويبيع الطعام ويغالى السعر على الناس فانه منهى عنه لانه لو ترك لباع بنفسه ورخص فى السعر (والبيع وقت النداء) الى ان يتم الجمعة والمعتبر الاذان الاول بعد الزوال (و) كره (تفريق صغير عن ذى رحم محرم (منه) بخلاف الكبيرين والزوجين والاصل فيه ان من ملك مملوكين واحدهما صغير اوكانا صغيرين واحدهما ذورحم محرم من الاخر لم يفرق بينهما لقوله عليه الصلوة والسلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله تعالى بينه وبين احبته يوم القيمة ولان الصغير يستانس بالصغير وبالكبير والكبير يشفق على الصغير ففى التفريق بينهما ايحاش الصغير وعن ابى يوسف انه لايجوز فى قرابة الولاد ويجوز فى غيرها

بصاحب المقاسم وقد اقام السبى فاذا امرأة تبكى فقال ما شان هذه قالوا فرقوا بينها وبين ولدها فانطلق ابو ايوب فاتى بولدها حتى وضعه فى يدها فانطلق صاحب المقاسم الى عبدالله بن قيس فاخبره فارسل اليه عبدالله ابن قيس فقال ماحملك على ما صنعت قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من فرق الحديث وفى المعرفة للبيهقى بسنده عن جعفر بن محمد عن ابيه عن جده ان اباأسيد جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم بسبى من البحرين فنظر عليه السلام الى امرأة منهن تبكى فقال ماشأنك قالت باع ابنى فقال عليه السلام لابى اسيد ابعت ابنها قال نعم قال فيمن قال فى بنى عبس فقال عليه السلام ار كب بنفسك فأت به وروى الدار قطنى فى سننه عن ابى موسى قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين الوالدة وولدها وبين الاخ واخيه وروى ابن ماجه والترمذى وقال حديث حسن غريب عن على ابن ابى طالب قال وهب لى رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين اخوين فبعت احدهما فقال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم ياعلى ما فعل غلا ماك فاخبرته فقال رده رده وفى سنن الدار قطنى والمستدرك عن على قال قدم على النبى صلى الله عليه وسلم سبى فامرنى ببيع اخوين فبعتهما وفرقت بينهماثم اتيت النبى صلى الله عليه وسلم فاخبرته فقال ادركهما فارتجعهماوبعهما جميعا ولا تفرق بينهما قال الحاكم صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يشفق على الصغير ويقوم بحوايجه للشفقة الثابتة من قرب القرابة ففى التفريق بينهما ايحاش الصغير وترك الترحم عليه وهى منهى عنه ثم المنع من التفريق معلل بالصغر والقرابة المحرمة للنكاح فلا يدخل فيه الكبيران لان كل واحد منهما يقوم بحوايجه ولايستأنس بالاخر عادة بل ربما يتأذى به ولان النبى صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين كانتا امتين اختين كبيرتين وسيرين بالسين المهملة على ماذكره ابن الهمام ولا محرم غير قريب كامرأة الاب ولا قريب غير محرم كابن العم ولا الزوجان وان كانا صغيرين لعدم هذه القرابة ولو اجتمع مع الصغير عدد من اقاربه لا يفرق بينه وبين احد سواء اختلفت جهة القرابة كالعم والخال اواتحدت كخالين عند ابى يوسف لانه يستوحش بفراق الكل وقيل لو

اتحدت

اتحدت الجهة يترك واحد ويفرق بينه وبين الباقى ان شاء امالو اجتمع مع ابويه فلا يفرق بينه وبين واحد منهما لانه لايستغنى باحدهما عن الاخر وفى شرح الوافى مسبية معهاصبى ادعت انه ابنها لايثبت نسبه منها لانها تحمل النسب على الغير ولايفرق لان قول واحد مقبول فى الديانات خصوصا فيما يبنى على الاحتياط واذا وقع تفريق بين صغير وذى رحم محرم منه ببيع نفذ فى الكل عند ابى حنيفة ومحمد وهو قول الشافعى وعن ابى يوسف لايجوز فى قرابة الولاد لقوتها ويجوز فى قرابة غيرها لضعفها وهو الاصح فى مذهب الشافعى وقال مالك لايجوز فى الام فقط وعن ابى يوسف ايضا وهو قول احمد لايجوز فى الكل لان الامر بالرد فى الحديث السابق لايكون الا فى البيع الفاسد وهو قول الحسن بن زياد وذكر الطحاوى قول محمد مع ابى يوسف وذكره الكرخى مع ابى حنيفة رحمه الله ولابى حنيفة رحمه الله ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فينفذ والنهى عن بيع احدهما لمعنى مجاور للبيع غير متصل به وهوالاضرار بالصغير فلا يفسد العقد كالنهى عن السوم على سوم غيره (لابيع من يزيد) اى لايكره لماروى اصحاب السنن الاربعة عن انس بن مالك ان رجلا من الانصار اتى النبى صلى الله عليه وسلم فسأله فقال اما فى بيتك شىء قال بلى حلس اى كساء نلبس بعضه ونبسط بعضه وقعب اى قدح نشرب فيه الماء قال ايتنى بهما فاتاه بهما فاخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من يشترى هذين فقال رجل انا آخذهما بدرهم قال من يزيد على درهم مرتين اوثلاثا قال رجل انا آخذهما بدرهمين فاعطاهما اياه فاخذ الدرهمين فاعطاهما الانصارى وقال اشتر باحدهما طعاما فانبذ الى اهلك واشتر بالآخر قدوما فائتنى به فاتاه به فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده قال اذهب فاحتطب وبع ولا ارينك خمسة عشر يوما فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاءه وقداصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبا وببعضها طعاما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خيرلك من ان تجىء والمسئلة نكتة فى وجهك يوم القيمة قال الزيلعى فى شرح الكنز ومن مشايخ بخارى من جعل بيع الوفاء كبيع المكره منهم الامام ظهير الدين والصدر الشهيد حسام الدين والصدر السعيد تاج الاسلام وصورته ان يقول البائع للمشترى بعت منك هذا العين بدين لك على انى متى قضيت

(لا) يكره (بيع من يزيد) لورود الاثر فيه ولان حاجة الفقراء ماسة الى هذا

الدين فهو لى فجعلوه فاسدا باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على ايفاء الدين فيفيد الملك عند اتصال القبض وينقض بيع المشترى كبيع المكره لان الفساد باعتبار عدم الرضا فكان حكمه كحكم بيع المكره فى جميع ماذكرنا ومنهم من جعله رهنا منهم السيد الامام ابو شجاع وعلى السغدى والامام القاضى الحسن الماتريدى قالوا لما شرط عليه اخذه عند قضاء الدين كان بمعنى الرهن لانه هو الذى يؤخذ عند قضاء الدين والعبرة فى العقود للمعانى دون الالفاظ حتى جعلت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وبالعكس كفالة والاستصناع عند ضرب الاجل سلما فاذا كان رهنا لايملكه ولا ينتفع به واى شىء اكل من زوائده يضمن ويسترده عند قضاء الدين ولو استأجره البائع لا تلزمه اجرته كالرهن اذا استأجر المرهون وانتفع به وسقط الدين بهلاكه فيثبت به جميع احكام الرهن ومن مشايخ سمرقند من جعله بيعا جائزا مفيدا بعض احكامه منهم الامام نجم الدين النسفى فقال اتفق مشايخنا فى هذا الزمان فجعلوه بيعا جائزا مفيدا البعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البعض وهو البيع لحاجة الناس اليه ولتعاملهم فيه والقواعد قد تترك بالتعامل وجوز الاستصناع لذلك وقال صاحب النهاية وعليه الفتوى ومن المشايخ من جعله باطلا واعتبره بالهازل وقال فى الكافى والصحيح ان العقد الذى جرى بينهما ان كان بلفظ البيع لايكون رهنا ثم ينظر ان كانا اشترطا الفسخ فى البيع فسد البيع وان لم يذكرا ذلك فى البيع وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء او بالبيع الجائز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك وان ذكرا البيع من غير شرط ثم ذكرا الشرط على وجه الميعاد جاز البيع ويلزمه الوفاء بالميعاد لان المواعيد قد تكون لازمة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العدة دين فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس اليه وقال جلال الدين فى حواشى الهداية وصورته ان يقول البائع للمشترى بعت منك هذا العين بالف درهم على انى لو دفعت اليك ثمنك تدفع العين الى ثم قال ويسمى هذا بيع الوفاء وهذا البيع موجود فى المصر يتعامل به ويسمونه بيع الامانة والله تعالى اعلم *

فصل الاقالة

فصل
(فى الاقالة) الاقالة فى اللغة الرفع وفى الشرع رفع البيع السابق وقال ابو حنيفة رحمه الله (الاقالة

(الاقالة) مندوبة لما فى سنن ابى داود وابن ماجه عن ابى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اقال مسلما بيعته اقال الله عثرته زاد ابن

ماجه

فسخ فى حق المتعاقدين) وفائدة كونها فسخا فى حقهما انها لاتبطل بالشروط الفاسدة ولو كانت بيعا فى حقهما لبطلت بالشروط الفاسدة كالبيع (فتبطل) اى الاقالة (بعد ولادة المبيعة) لانه لايمكن جعلها فسخا اذ الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد لان الفسخ رفع ما كان ثابتا ورفع ما كان زائدا على ماكان ثابتا محال (وبيع) جديد (فى حق ثالث) وفائدة ذلك ان المبيع اذا كان عقارا ونحوه مما يجب فيه الشفعة فى اصل البيع ثم تقايلا البيع وعاد المبيع الى ملك البائع وطلب الشفيع الشفعة فى الاقالة (فيجب بها الشفعة) لانها بمنزلة البيع فى حق ثالث وهو الشفيع وقال ابو يوسف رحمه الله الاقالة بيع جديد الا ان لايمكن جعلها بيعا بان كان المبيع منقولا ولم يقبضه المشترى اوتقايلا فى بيع العروض بالعروض بعد هلاك احدهما فتجعل فسخا الاان لايمكن جعلها بيعا وفسخا بان باع العروض بالدراهم ,تقايلا بعد هلاك العروض اوتقايلا فى المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الاول فتبطل لان بيع المنقول قبل القبض لايجوز والفسخ يكون بالثمن الاول وقال محمد رحمه الله الاقالة فسخ الا اذا تعذر جعلها فسخا فتجعل بيعا الا ان لايمكن جعلها فسخا وبيعا فتبطل (وصحت بمثل الثمن الاول وان شرط غير جنسه او اكثر منه) اى اذا تقايلا على غير جنس الثمن الاول او على اكثر منه فعند ابى حنيفة رحمه الله يجب الثمن الاول لان الاقالة فسخ عنده والفسخ لايكون الا على الثمن الاول فذلك شرط فاسد والاقالة لايفسد به وعندهما فى شرط الزيادة يكون بيعا اذ البيع اصل عند ابى يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جعلها بيعا ممكن فاذا زاد فقد قصد البيع فيجعل بيعا (وكذا) فى شرط (الاقل) وعند ابى يوسف رحمه الله يكون بيعا لانه الاصل عنده وعند محمد رحمه الله فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو اقال وسكت عن الكل يكون فسخا فهذا احق وان اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابى حنيفة رحمه الله ويلغو ذكر جنس اخر وعندهما يكون بيعا اما عند ابى يوسف فللاصل واما عند محمد رحمه الله فلجعله بيعا يجب الثمن الاول عنده اذا تقايلا على الاقل منه (الا اذا تعيب) المبيع فح يجب الاقل والمحطوط بازاء العيب فانه لما احتبس عند المشترى بعض المبيع لايبعد ان يحتبس عند البائع بعض الثمن

ماجه يوم القيمة وفى رواية البيهقى من اقال نادما وهى تصح بايجاب كاقلتك وقبول فى المجلس من الاخر وبتعاط ايضا (فسخ فى حق المتعاقدين) عند ابى حنيفة الا ان لايمكن جعلها فسخا (فتبطل) الاقالة (بعد ولادة المبيعة) بعد القبض لان الزيادة المنفصلة تمنع الفسخ بخلاف المتصلة عند ابى حنيفة رحمه الله (بيع) جديد (فى حق الثالث) ان وجد كالشفيع (فيجب) بها اى بالاقالة (الشفعة) للشفيع الذى سلم الشفعة فى البيع لانه ثالث وكذا الاستبراء فى اقالة الامة وقال ابو يوسف والشافعى فى القديم ومالك بيع فى حق الكل بعد القبض الا اذا تعذر جعلها بيعا بان كانت قبل القبض فى المنقول اوكانت بعد هلاك احد العوضين فى المقايضة فيجعلها ابو يوسف فسخا الا اذا تعذر جعلها فسخا بان تقايلا قبل القبض فى المنقول على خلاف الجنس اوالمقدار فتبطل الاقالة لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول وقد سميا ثمنا آخر فتبطل الاقالة ويبقى البيع الاول على حاله وقال محمد والشافعى فى الجديد وزفر فسخ فى حق الكل ان كانت بالثمن الاول او باقل الا اذا تعذر جعلها فسخا بان تقايلا بعد القبض بالثمن الاول بعد الزيادة المنفصلة اوتقايلا بعد القبض بخلاف جنس الثمن الاول فيجعل بيعا الا اذا تعذر جعلها بيعا بان تقايلا قبل القبض فى المنقول على خلاف الجنس اوالمقدار فتبطل الاقالة ويبقى على حاله (وصحت) الاقالة (بمثل الثمن الاول) جنسا وقدرا (وان شرط غير جنسه) كما لو كان الثمن دراهم واقال على دنانير لان غير جنس الثمن ليس ثابتا فى المفسوخ ورفع ماليس ثابتا محال فيكون تسمية غير جنس الثمن فى الاقالة شرطا فاسدا والاقالة لاتبطل بالشروط الفاسدة (او) ان شرط (اكثر منه) اى الثمن لان الزيادة يتعذر الفسخ عليها لانها لم تكن ثابتة فى المفسوخ فيكون تسميتها شرطا فاسدا فيلغو وهذا يؤيد قول ابى حنيفة ومحمد ان الاقالة فسخ اذ لوكانت بيعا لبطلت بالشرط الفاسد كالبيع (وكذا) تصح الاقالة بمثل الثمن الاول وان شرط (الاقل) فلو تقايلا بخمسمائة والمبيع بحاله لم يتعيب وكان الثمن الفاصحت الاقالة بالف لانه لايمكن تصحيحها بخمسمائة فيبطل ذكر الخمسمائة وتبقى الاقالة فتجب على البائع رد الالف على المشترى (الا اذا تعيب) المبيع بان حدث به عيب عند المشترى

فان الاقالة تصح بالاقل حينئذ ويكون المحطوط من الثمن بازاء العيب وهذا كله عند ابى حنيفة واما عندهما ففى اكثر من الثمن يكون بيعا لان البيع اصل عند ابى يوسف وكان جعلها بيعا ممكنا وبالزيادة ظهر قصد البيع فيجعل بيعا عند محمد وكذا فى اقل من الثمن يكون بيعا عند ابى يوسف لانه الاصل عنده وفسخا بالثمن الاول عند محمد لانه سكوت عن بعض الثمن الاول وهو لو اقال وسكت عن الثمن الاول يكون فسخا فهذا احق (ولم يمنعها) اى الاقالة (هلاك الثمن بل) يمنعها (هلاك المبيع) لان الاقالة رفع البيع ورفعه يستدعى قيامه وقيامه بالمبيع دون الثمن ولهذا لو هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع ولو هلك الثمن قبله لايبطل (وهلاك بعضه) اى المبيع (يمنع) من الاقالة (بقدره) اعتبارا للجزء بالكل فيجوز الاقالة فى الباقى ويمتنع فى الهالك ولو باع بشرط الاقالة اذا رد البائع الثمن عند اكثر المشايخ له حكم الرهن فلا يباح للمشترى ان ينتفع به بدون اذن البائع ويسقط الدين بهلاكه وعند بعض المشايخ هو باطل لانه تلاعب وقال نجم الدين النسفى اتفق مشايخنا فى هذا الزمان على جوازه لحاجة الناس اليه وتعاملهم به والقواعد قد تترك بالتعامل كما فى الاستصناع وفى النهاية وعليه الفتوى وفى الخانية الصحيح ان العقد ان كان بلفظ البيع لايكون رهنا ثم ينظر فان ذكر الشرط فيه يفسد وان ذكر قبله او بعده على وجه المواعدة يصح العقد ويلزم الوفاء بالعهد لحاجة الناس *

فصل التولية

(التولية) لغة جعل الشىء واليا لغيره وشرعا (ان يشترط) البائع (فى البيع انه بما شرى به) اى بقدره وجنسه لا بنفسه لان نفس ما شرى به صار ملكا للبائع الاول فلايمكن البيع به الا اذ صار ملكا للمشترى ولو قال بما قام عليه بدل قوله بما شرى لكان اولى لان الصبغ والقصارة ونحوهما يضم الى الثمن الاول (والمرابحة به) اى بما شرى فهى ان يشترط البائع فى البيع انه بما شرى (مع فضل) واما اذا كان باقل من الثمن فوضيعة وهما بيعان جائزان لتعامل الناس بهما من غير نكير ولما روى عبد الرزاق فى مصنفه عن معمر عن ربيعة ابن ابى عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال التولية والاقالة والشركة سواء لا باس به وروى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن الحسن وابن سيرين وطاوس انهم قالوا التولية بيع وفى البخارى عن عائشة ان ابابكر قال للنبى صلى الله عليه وسلم خذ بابى انت

وامى

(ولم يمنعها هلاك الثمن بل هلاك المبيع) لان شرط صحة الاقالة قيام العقد لانها رفع العقد فتقتضى قيام البيع وقيامه بالمبيع لا بالثمن لان المبيع محل اضافة العقد بخلاف الثمن فانه يثبت له حكم الوجود فى الذمة بسبب العقد ومايكون وجوده بسبب العقد كان هو حكم العقد وحكم العقد لايكون محل العقد لان محل العقد شرط العقد وشرط الشىء يسبقه وحكم الشىء يعقبه وبينهما تناف فاذا كان المبيع محل العقد والثمن حكمه فلم يبق العقد بهلاك المبيع لان الشىء لايكون بدون المحل ويبقى بهلاك الثمن لان الثمن حكمه (وهلاك بعضه) اى بعض المبيع (يمنع) الاقالة (بقدره) باعتبار البعض بالكل

(فصل فى التولية والمرابحة

البياعات بحسب الثمن الذى يذكر بمقابلة السلعة انواع اربعة المساومة وهى التى لايتلفت الى الثمن السابق ومنها بيع الوضيعة وهى البيع باقل من الثمن الاول ومنها المرابحة والتولية وقولنا بحسب الثمن الذى يذكر بمقابلة السلعة يخرج الصرف (التولية) فى اللغة ان يجعل شخصا واليا وفى الشرع (ان يشترط فى البيع انه بما شرى) من الثمن السابق بلا زيادة ربح (والمرابحة) ان يشترط فى البيع (انه به) اى بما شرى من الثمن السابق (مع فضل ربح) معلوم

وامى احدى راحلتى هاتين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بالثمن وفى سيرة ابن اسحق فلما قرب رضى الله عنه الراحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم افضلهما ثم قال اركب فداك ابى وامى يارسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انى لا اركب بعيرا ليس لى فقال هى لك يارسول الله قال لا ولكن بالثمن الذى ابتعتها به قال كذا وكذا قال اخذتها بذلك قال هى لك يارسول الله فركبا وانطلقا وفى طبقات ابن سعد وكان ابوبكر قد اشتراهما من نعم بنى قشير بثمانمائة درهم فاخذ احديهما وهى القصوى ولان شرائط الجواز متحققة فيهما وقد مست الحاجة اليهما لان غير الفطن فى الشراء يحتاج الى ان يعتمد على فعل الماهر فيه فيشترى عنه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح ليتلايغبن باكثر مما لو لم يعتمد على فعله ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن التهمة والخيانة اذ لو لم يبنيا على ذلك فات المقصود (وشرطهما) اى المرابحة والتولية وكذا الوضيعة (شراؤه) اى شراء البائع المبيع (بمثلى) اى كيلى اووزنى اوعددى متقارب (وله) اى للبائع (ضم اجرة القصارة والحمل ونحوهما) اى نحو القصارة مما زاد فى عين المبيع ونحو الحمل ممازاد فى قيمته لان ما زاد فى عين الشئ اوفى قيمته ملحق به وانما كان الحمل مما يزيد فى قيمة المبيع لان القيمة يختلف باختلاف المكان فيضم اجر الفتل والطراز والصبغ والغسل والخياطة ونحوها والاصل ان ما جرى عرف التجار على الحاقه برأس المال يلحق به ومالا فلا واما اجرة الدلال فلا تضم اتفاقا وتضم نفقة المبيع وكسوته لانفقة المشترى على نفسه فى سفره من وقت شرائه للبيع وقيد بالاجرة لانه لو فعل القصارة اوالحمل اونحوهما بيده لايضم (ويقول قام على بكذا) ولايقول شريت بكذا متحرزا عن الكذب اذالمشترى به ما ذكر ثمنا فى العقد (فان ظهر خيانته فى المرابحة) باقرار البائع اوبالبينة اوبنكوله عن اليمين وقد ادعاها المشترى (اخذه) اى المبيع (بثمنه) كله (اورده) بالفسخ (و) ان ظهرله خيانة (فى التولية حط) الخيانة من الثمن ولا يفسخ هذا عند ابى حنيفة (وعند ابى يوسف حط فيهما) اى فى المرابحة والتولية وهو قول الشافعى فى المختصر واحمد (وعند محمد) وهو قول للشافعى (خير فيهما) بين الاخذ بكل الثمن والفسخ ولو اشترى بالف مؤجلة وباع بربح مائة او باع تولية بلا بيان خير المشترى للبائع بين اخذه بكل الثمن وبين

(وشرطهما شراؤه) اولا بمثلى كالمكيلات والموزونات فان فائدة هذين البيعين ان الغبى فى التجارة يحتاج الى ان يعتمد على فعل الزكى فيطيب نفسه بمثل ما شرى اوبزيادة ربح ليتلايغبن ولهذا المعنى انما يظهر فى ذوات القيم فى ذوات القيم مجهولة تعرف بالظن والحرز فلا يطيب نفس المشترى (وله ضم اجر القصار والحمل ونحوهما) كالصبغ والفتل والطرز وسوق الغنم لان عرف التجار جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال ولايعدون ذلك خيانة ولكن لايقول اشتريت بكذا لئلا يكون كاذبا بل يقول (قام على بكذا فان ظهر) اى للمشترى الثانى (خيانة) من البائع (فى المرابحة) فهو بالخيار ان شاء (اخذه بثمنه) الذى ذكره الخائن (اورده) على الخائن (بثمنه) اى بثمن المبيع (وفى التولية يحط) قدر الخيانة من الثمن وهذا عند ابى حنيفة (وعند ابى يوسف يحط) من ثمنه قدر الخيانة (فيهما وعند محمد رحمه الله يخير فيهما) لمحمد رحمه الله انهما باشرا عقدا باختيارهما بثمن سماه فيعقد بجميع الثمن وذكر المرابحة والتولية للترويج والترغيب فيجرى مجرى الوصف فاذا ظهرت الخيانة فات الوصف المرغوب فى الثمن فيخير ولابى يوسف رحمه الله ان الاصل هو لفظ المرابحة والتولية ولهذا ينعقد البيع بقوله وليتك بما اشتريته او بعتك مرابحة على ما اشتريته اذا كان ذلك معلوما وذكر الثمن جار مجرى التفسير فلا بد من بناء العقد الثانى فى حق الثمن على الثمن الاول وقد الخيانة لم يكن ثابتا فى العقد الاول فلا يمكن اثباته فى العقد الثانى فيحط ضرورة غير انه يحط فى التولية قدر الخيانة من رأس المال وفى المرابحة منه ومن الربح حتى لو ابتاع ثوبا بعشرة على ربح خمسة فظهر ان البائع كان اشتراه بثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان وما قابله من الربح وهو درهم فيأخذ الثوب باثنى عشر درهما ولابى حنيفة رحمه الله فى الفرق بينهما ان التولية بناء على العقد الاول من كل وجه فلو لم يحط فى التولية لم يبق تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيصير مرابحة فيتغير التصرف ولو لم يحط فى المرابحة ويثبت جميع المسمى يبقى مرابحة الا ان الربح فيها اكثر مما ظنه المشترى فلم يتغير التصرف فاذا امكن تقرير المرابحة مع اعتبار التسمية اعتبرناهما واثبتنا الخيار لفوات الرضاء

رده اتفاقا وفى المحيط من اشترى شيئا وصار مغبونا غبنا فاحشا له ان برده على البائع بحكم الغبن وقال القاضى ابو على النسفى فيه روايتان عن اصحابنا ويفتى برواية الرد رفقا للناس وكان صدر الاسلام ابو اليسر يفتى بان البائع ان قال للمشترى قيمة متاعى كذا اوقال متاعى يساوى كذا فاشترى بناء على ذلك فظهر بخلافه له الرد بحكم التغرير وان لم يقل ذلك فليس له الرد وبعضهم لايفتون بالرد بكل حال والصحيح ان يفتى بالرد اذا وجد التغرير وبدونه لايفتى والله تعالى اعلم*

فصل الربوا

فصل فى الربوا

الربوا فى اللغة الفضل يقال هذا يربو على ذلك اى يفضل ويسمى المكان المرتفع ربوة لفضله على سائر الاماكن وفى الشرع (فضل مال) حقيقة اوحكما كما فى ربوة النسيئة مثل بيع الدرهم بالدرهم متساويا نسية (خال عن عوض شرط لاحد المتعاقدين فى المعاوضة) فلو لم يكن الفضل خاليا عن العوض لايكون ربوا كبيع كر بر وكر شعير بكرى بر وكرى شعير فان للثانى فضلا على الاول لكن غير خال عن العوض فانه يصرف الجنس الى خلاف الجنس ولو شرط الفضل لغير المتعاقدين لايكون ربوا ايضا وكذا لو كان الفضل الخالى عن العوض فى غير المعاوضة لا يكون ربوا كالفضل فى الهبة

(الربوا) لغة الفضل والزيادة يقال هذا يربو على هذا اى يفضل ومنه قوله تعالى (وما اوتيتم من ربا ليربوا فى اموال الناس فلا يربوا عند الله) وسمى المكان المرتفع ربوة لفضله على سائر البقاع وشرعا (فضل خال عن عوض) اى لا يقابله عوض فى معاوضة مال بمال (شرط لاحد المتعاقدين فى المعاوضة) فى شرح الوقاية اى فضل احد المتجانسين على الاخر بالمعيار الشرعى اى الكيل والوزن ففضل قفيزى شعير على قفيز بر لايكون ربا وكذا فضل عشرة اذرع من الثوب الهروى على خمسة اذرع منه لايكون ربا وقال خال عن عوض ليحترز عن بيع كر بر وكر شعير بكرى بر وكرى شعير فان للثانى فضلا عن الاول لكنه غير خال عن العوض بصرف الجنس الى خلاف الجنس وقال شرط لاحد المتعاقدين لانه لو شرط لغيرهما لايكون ربا وقال فى المعاوضة لان الفضل الخالى عن العوض الذى فى الهبة ليس ربوا انتهى وفى جمع العلوم الربا شرعا عبارة عن عقد فاسد وان لم يكن فيه زيادة لان بيع الدرهم بالدرهم نساء ربوا وان لم يتحقق فيه الزيادة اقول ولا يبعد عد النساء زيادة مجازا ثم ثبوت حرمة الربوا بالكتاب نحو قوله تعالى (لاتاكلوا الربوا) وبالسنة نحو ما رواه احمد وابو داود من حديث ابن مسعود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن آكل الربوا وموكله وشاهده وكاتبه وباجماع الامة قال الاسبيجابى اتفقوا على انه اذا انكر ربا النساء يكفر واختلفوا فى ربا الفضل فان ابن عباس لا يرى الربوا الا فى النسيئة وعنه انه رجع الى قول غيره والحاصل ان الاصل فى حرمة الربوا قوله تعالى (واحل الله البيع وحرم الربوا) ومعناه اللغوى الذى هو مطلق الفضل والزيادة ليس مرادا بالاجماع فكان النص مجملا وقد ورد بيانه

بقوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فان اختلفت الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد رواه الستة من حديث عبادة بن الصامت الا البخارى واخرجه المسلم عن ابى سعيد الخدرى عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله سواء وزاد بعد قوله يدا بيد فمن زاد او استزاد فقد اربى الآخذ والمعطى فيه سواء والتقدير فى هذه الرواية بيعوا مثلا بمثل وروى محمد بن الحسن فى اول بيوع الاصل قال حدثنا ابوحنيفة عن عطية العوفى عن ابى سعيد الخدرى عن رسول صلى الله عليه وسلم انه قال الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا والفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا وهكذا الى آخر الاشياء الستة فالتقدير فبيعها مثل بمثل او بباع مثل بمثل وهو خبر بمعنى الامر بل آكد منه تحقيقا لمعنى البيع وفى رواية لابى داود عن عبادة بن الصامت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب تبره وعينه والفضة بالفضة تبرها وعينها والبر بالبر مدى بمدى والتمر بالتمر مدى بمدى والملح بالملح مدى بمدى فمن زاد اوازداد فقد اربى ولابأس ببيع الذهب بالفضة والفضة اكثرهما يدا بيد واما نسية فلا ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير اكثرهما يدا بيد واما نسية فلا وفى القاموس المدى بضم مكيال الشام ومصر وهو غير المد جمعه امداد وبرواية الطحاوى عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين ولكن بيعوا الذهب بالورق والورق بالذهب والبر بالشعير والشعير بالبر والتمر بالملح والملح بالتمر يدا بيد كيف شئتم وقد اتفق القائسون ان الحكم ليس مقصورا على الاشياء الستة لان النص معلل بالاتفاق خلافا لداود الظاهرى نافى القياس وعثمان البتى لكن اختلفوا فى العلة فقال علماؤنا (وعلته) اى علة وجوب المساواة وحرمة الفضل اوعلة كون المال ربويا (القدر اى الكيل اوالوزن مع الجنس) فلا ربا فيما لا يدخل تحت كيل او وزن كالحفنة من القمح والذرة من الذهب ولا فى مكيل او موزون مع خلاف جنسه وبه قال احمد فى رواية وقال مالك علته الاقتيات والادخار مع الجنس لانه صلى الله عليه وسلم خص بالذكر كل مقتات ومدخر وقال الشافعى فى القديم علته الطعم مع الكيل او الوزن وفى الجديد علته الطعم

(والعلة) اى علة حرمة الفضل ووجوب المساواة (القدر) وهو عبارة عن التساوى فى الصورة فثبت به المماثلة فيها (اى الكيل) فى المكيلات (والوزن) فى الموزونات (مع الجنس) وهو عبارة عن التشاكل فى المعانى فيثبت به المماثلة صورة ومعنى فالمماثلة صورة ومعنى علة حرمة الفضل والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا فعندنا اباحة البيع فى هذه الاموال اصل كما هى فى سائر الاموال والفساد بعارض بعارض عدم المساواة لوجود الفضل الخالى عن العوض فالحديث اوجب المساواة وانما يتصور وجوبها فى محل يقبلها وذا انما يحصل بالقدر والجنس وباعتبار كونه قابلا للمساوات تجب المساوات ويحرم الفضل وعند الشافعى رحمه الله حرمة البيع فى هذه الاموال اصل والجنسية شرط والجواز بعارض المساوات والعلة الطعم فى المطعومات والثمنية فى الاثمان وعند مالك رحمه الله الاقتيات والادخار

فى الاشياء الاربعة والثمنية فى الذهب والفضة والجنسية شرط لاتعمل العلة بدونه وبه قال مالك واحمد فى رواية لما روى مسلم من حديث معمر بن عبدالله ان النبى صلى الله عليه وسلم قال الطعم مثلا بمثل وفى رواية لا تبيعوا الطعام بالطعام الا مثلا بمثل وفى رواية الا سواء بسواء ونصبهما على الحال ووجه الدلالة ان الطعام مشتق من الطعم ومتى ترتب الحكم على اسم مشتق كان مأخذ الاشتقاق علة له والطعم بالفتح مايؤذنه الذوق من حلاوة ومرارة وما بينهما وبالضم الطعام ولنا ما روينا عن ابى سعيد الخدرى وغيره قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة الى ان قال مثلا بمثل الحديث ووجه الدلالة انه صلى الله عليه وسلم اوجب المماثلة فى الجنس الواحد تتميما للفائدة فى حق العاقدين اذ لو كان احد العوضين اقل من الاخر لكانت الفائدة تامة لاحد العاقدين دون الاخر والمماثلة باعتبار الصورة القدر وباعتبار المعنى الجنس وروى الشيخان عن سعيد بن المسيب ان ابا سعيد الخدرى وابا هريرة حدثاه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سواد بن غزية وامره على خيبر فقدم عليه بتمر جنيب يعنى الطيب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اكل تمر خيبر هكذا قال لا والله يارسول الله انا نشترى الصاع بالصاعين والصاعين بالثلاثة من الجمع فقال صلى الله عليه وسلم لا تفعل ولكن بع هذا واشتر بثمنه من هذا وكذلك الميزان انتهى والجمع تمر ردى مخلوط وفى رواية لهما قال ابو سعيد جاء بلال الى النبى صلى الله عليه وسلم بتمر برنى فقال من اين هذا قال كان عندنا تمر ردى فبعت منه صاعين بصاع فقال اوه عين الربوا لاتفعل ولكن اذا اردت ان تشترى التمر فبعه ببيع آخر ثم اشتر به ووجه الدلالة انه اشترط فى الجنس المماثلة وهى لاتتحقق الا بالكيل اوالوزن ثم قال البيهقى الاشبه ان قوله وكذلك الميزان من قول ابى سعيد انتهى والظاهر انه مرفوع لما فى الصحيحين لاتفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا وقال فى الميزان مثل ذلك فان ضمير قال اما اليه صلى الله عليه وسلم فهو ظاهر واما الى ابى سعيد فيفيد انه نقل فى الميزان مثل ما نقل فى المكيال والله تعالى اعلم بالاحوال وفى الكفاية اختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم والمقصود فالحنطة والشعير جنسان عندنا وعند الشافعى لكونهما مختلفين اسما ومعنى وعند مالك جنس واحد

والبر

(والبر والشعير والتمر والملح كيلى) وان ترك الناس الكيل فيه (والذهب والفضة وزنى) وان ترك الناس الوزن فيه (وغيرها) اى غير المذكورات وفى نسخة اخرى وغيرهما اى غيرما ذكرناه من كيلى ووزنى (على العرف) يبنى عملا بالادنى عند عدم الاقوى وعن ابى يوسف ان العرف يعتبر فيهما ايضا لان النص فيهما انما كان لانه العادة فى ذلك الوقت فكانت العادة هى المنظور اليها وقد تبدلت فلو باع حنطة بجنسها متساويا وزنا او ذهبا بجنسه متساويا كيلا لايجوز عند ابى حنيفة ومحمد وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما لو باعه مجازفة (فان وجد الوصفان) اى القدر والجنس (حرم الفضل والنساء) بوجود علة حرمتهما فلا يجوز بيع الجص بمثله متفاضلا لوجود الكيل مع الجنس ولا بيع الحديد بمثله متفاضلا لوجود الوزن مع الجنس (فان عدما) اى فقد الوصفان (حلا) اى الفضل والنساء لعدم علة حرمتهما مع ان الاصل الاباحة (وان وجد احدهما) اى احد الوصفين بان وجد القدر دون الجنس كالحنطة بالشعير او الجنس دون القدر كثوب هروى بجنسه وحيوان بجنسه (حرم النساء فقط) اى دون الفضل فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة ربا النساء باحدهما وقال مالك لايجوز بيع حيوان باثنين من جنسه يقصد بهما امر واحد من ذبح وغيره وقال الشافعى ماعدا الذهب والفضة والماكول والمشروب لايحرم فيه شئ من جهة الربوا ولنا ماروى احمد فى مسنده عن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى الحيوان اثنان بواحد لا باس به يدا بيد ولا يصلح نساء وفى رواية لاخير فيه نساء (ولايجوز) بيع (الكيلى بمثله الا متساويا كيلا) وان تعارفوا فيه الوزن (و) لا (الوزنى) بمثله الامتساويا وزنا) وان تعارفوا فيه الكيل وهذا عند ابى حنيفة ومحمد لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث عبادة مثلا بمثل سواء بسواء ووجه الدلالة انه صلى الله عليه وسلم شرط فى جواز بيع المكيل بجنسه والموزون بجنسه المساواة بما اعتبر فيه من القدر وحصول المساواة بغير ذلك لاتعرف بها المساواة فى ذلك فلا يجوز

(وكل شئ نص رسول الله عليه الصلوة والسلام على تحريم التفاضل فيه كيلا (مثل البر والشعير والتمر والملح فهو كيلى ابدا) وان اعتاد الناس بيعه وزنا (وكل مانص) رسول الله عليه الصلوة والسلام (على تحريم التفاضل) وزنا (مثل الذهب والفضة فهو وزنى ابدا ومالم ينص عليه مثل غيرها) اى غير المذكورات (فمحمول على العرف وعادة الناس فان تعارفوا فيه الكيل فهو مكيل وان تعارفوا فيه الوزن فهو موزون وان تعارفوا فيه الكيل والوزن فهو مكيل وموزون وعند ابى يوسف رحمه الله ان المعتبر فى كل الاشياء هو العرف وان كان على خلاف المنصوص عليه فعلى هذا لو باع البر بجنسه متساويا وزنا او الذهب بجنسه متساويا كيلا لم يجز عندهما وان تعارفوا ذلك خلافا له (فان وجد الوصفان) اى القدر والجنس (حرم الفضل) لوجود علة الحرمة كقفيزين من بر بقفيز منه (وحرم النساء) ايضا — وان كان مع التساوى كقفيز بر بمثله احدهما اوكلاهما نسية (وان عدما) اى الوصفان (حلا) اى الفضل والنساء لعدم العلة فيجوز المكيل بالموزون بالتفاضل والنساء وهو ظاهر (وان وجد احدهما) فقط (وعدم الاخر حرم النساء) فقط مثل ان يسلم ثوبا هرويا فى هروى سواء كان الثوبان متساويين فى الاذرع او احدهما ازيد فان احد جزئى العلة وهو الجنسية موجود هنا لا الجزء الاخر وهو الكيل او الوزن او يسلم حنطة فى شعير سواء كانا متساويين فى الكيل او احدهما ازيد فان احد جزئى العلة وهو الكيل هنا موجود دون الاخر وهو الجنسية ولايحرم الفضل فى الصورتين كما اذا باع خمسة اذرع من الثوب الهروى بستة اذرع منه يدا بيد فحرمة ربوا الفضل يتعلق بالوصفين وهذا ظاهر واما حرمة النساء فباحدهما وذلك لان جزء العلة وان كان لايوجب الحكم لكنه يورث الشبهة نظرا الى انه مال الربوا من وجه لوجود المستوى بينهما من وجه اما ذاتا بالقدر واما معنى بالجنس والنقد خير من النسيئة فيتحقق شبهة الربوا والشبهة فى باب الربوا ملحقة بالحقيقة فان قيل ينبغى ان يثبت حرمة الفضل باحد الوصفين كما يثبت حرمة النساء وح لايجوز بيع قفيز حنطة بقفيزى شعير مثلا يدا بيد قلنا حرمة ربوا الفضل قوى من حرمة ربوا النساء لان حقيقة الفضل اقوى من شبهة واحد الوصفين جزء العلة فله شبهة العلة ويمكن ان يثبت بشبهة العلة شبهة المعلول كما يثبت بحقيقة العلة حقيقة المعلول ولكن لايمكن ان يثبت بشبهة العلة ما هو اقوى وهو حقيقة المعلول وقال الشافعى رحمه الله الجنس بانفراده لايحرم النساء (ولايجوز بيع الكيلى) كالحنطة (بمثله الامتساويا كيلا فلم يجز بيع الحنطة متساويا وزنا (و) لايجوز (بيع الوزنى بمثله الامتساويا وزنا) فلم يجز بيع الذهب بمثله متساويا كيلا لان الحنطة مكيلة فشرط جوازه المساواة كيلا والذهب موزون فشرط جوازه المساواة وزنا وبالعكس لايعرف المساواة فيما هو المعيار فيه شرعا فلم يجز كما لو باع مجازفة

(والجيد) مما يجرى فيه الربوا (والردى) منه (سواء) حتى لا يصح بيع الجيد بالردى الا مثلا بمثل فلو باع قفيزا من حنطة جيدة بقفيزين رديين منها لايجوز لان وصف الجودة غير معتبرة شرعا (وجاز بيع حفنة) هى ملاء الكف (بحفنتين) وكذا جاز بيع التفاحة بالتفاحتين لعدم القدر لانه يعرف بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل المحرم اذ المراد به الفضل على القدر وعند الشافعى رحمه الله لايجوز بيع المطعومات حفنة بحفنتين واذا كان كل واحد من البدلين لايدخل تحت نصف صاع فهو فى حكم الحفنة اذ لا تقدير فى الشرع بما دونه بخلاف نصف الصاع لورود التقدير به شرعا فى صدقة الفطر وغيرها فادنى ما فيه الربوا فى المكيلات نصف صاع وذا منوان واما اذا كان احد البدلين لايبلغ حد نصف صاع والاخر يبلغ حد نصف صاع او اكثر فبيع احدهما بالاخر لايجوز حتى لو باع حفنة بقفيز لا يجوز (و) جاز بيع (فلس بفلسين باعيانهما) اى يكون كل واحد من البدلين معينا ولا يكون احدهما نسية وقال محمد رحمه الله لايجوز كما لو باع الدرهم بالدرهمين لان الفلوس الرائجة ثمن كالدراهم ولهما انه باع عينا عدديا بعينين عدديين فيجوز كالجوزة بالجوزتين وثمنية الدراهم بالخلقة واما ثمنية الفلوس فبالاصطلاح وقد ابطل العاقدان ثمنيتهما قصدا لتصحيح العقد فان قيل اذا خرج فى حقهما من ان يكون ثمنا فيعود وزنيا فكان هذا بيع قطعة صفر بقطعتى صفر وهو فاسد فلم يكن فى ابطال وصف الثمنية تصحيح العقد قلنا الاصطلاح فى الفلوس على صفة الثمنية والعددية جميعا والعاقدان اعرضا عن اعتبار صفة الثمنية فيها وما اعرضا عن اعتبار صفة العددية فيها واتفقا على ابقائها عددية تصحيحا لعقدهما ولو لم يتعينا بان كانا بغير عينهما او كان احدهما غير عين لايجوز

كما لو باع مجازفة ويكفى التعيين فى بيع المال الربوى بمثله ولا يشترط التقابض قبل التفرق عندنا وشرطه مالك والشافعى كالصرف لما روينا من قوله يدا بيد والمراد به القبض وانما كنى عنه بها لانها آلة ولانه المراد فى النقدين فكذا فى غيرهما ولانه اذا لم يقبض فى المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية على غيره فيتحقق شبهة الربوا وهى مانعة كالحقيقية كما فى الحال والمؤجل ولنا انه باع عينا بعين فلا يشترط فيهما التقابض كما لو باع ثوبا بثوب او بثوبين وافترقا لا عن قبض وهذا لان المطلوب من العقد التمكن من التصرف وذا يترتب على التعيين غير انه فى النقود لايتحقق الا بالتقابض فاشتراطه فى الصرف للتعيين لا لنفسه وغير النقود يتعين بالتعيين فلاحاجة الى التقابض والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد عينا بعين اذ اليد آلة التعيين فلم يكن حمله على القبض اولى بل حمله على هذا احق لما فى رواية عبادة بن الصامت عينا بعين وتعاقب القبض لايعتبر تفاوتا فى المالية عرفا بخلاف الحال والمؤجل لكن ما فى الصحيحين عن عمر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالورق ربا الاهاء وهاء والبر بالبر ربا الاهاء وهاء الحديث يرجح حمله على القبض كيف ومعنى هاء خذ وهو من اسماء الافعال قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابيه كذا حققه بعض المتأخرين (والجيد والردى سواء) لاطلاق الحديث ولحديث جيدها ورديها سواء لان الجودة لا يجوز الاعتياض عنها الا ان بيع قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة ردية ودرهم لايجوز بالاجماع وما لا يجوز الاعتياض عنه بالبيع لا يكون مالا متقوما كالخمر (وجاز بيع حفنة) من كيلى (بحفنتين) وتفاحة بتفاحتين وبيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وتمرة بتمرتين لانعدام علة الربوا بانعدام جزئها وهو القدر اذ المراد بالمماثلة القدر بالنص ولا تقدير فى الشرع بحفنة ولا حفنتين ولذا يضمن الحفنة والحفنتان بالقيمة عندنا كما لو باع مادون نصف صاع بمادون نصف صاع جاز لانه لا تقدير فى الشرع بمادون نصف الصاع بخلاف مادون نصف صاع بنصف صاع او اكثر فانه لا يجوز الا مثلا بمثل لوجود القدر من احد الجانبين لوقوع التقدير بنصف الصاع فى الشرع كما فى صدقة الفطر وعند مالك والشافعى واحمد لايجوز ذلك الا فى رواية مالك عن ورواية عن احمد وروى المعلى عن محمد انه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شئ حرم فى الكثير فالقليل منه حرام والى هذه الرواية مال بعض المحققين (و) جاز (فلس بفلسين باعيانهما) اى الفلس والفلسين بان كان كل من الفلس والفلسين معينا وهذا عند ابى حنيفة وابى

يوسف وبه قال مالك والشافعى فى الاصح وعند محمد واحمد لا يجوز كبيع درهم بدرهمين قيد باعيانهما لانهما لو كانا او احدهما بغير عينه لم يجز بالاتفاق اما ان كانا بغير اعيانهما فلانه بيع الكالى بالكالى اعنى النسيئة بالنسيئة وهو منهى عنه واما ان كان احدهما بغير عينه فلان الجنس بانفراده يحرم النساء

(و) جاز (اللحم بالحيوان) من غير جنسه ومن جنسه ايضا عند ابى حنيفة وابى يوسف والمزنى من اصحاب الشافعى وقال محمد لا يجوز اذا كان من جنسه الا اذا كان اللحم اكثر مما فى الحيوان ليكون اللحم مقابلا باللحم والزائد مقابلا بالسقط لانه لو لم يكن كذلك لتحقق الربا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم وصار كبيع دهن السمسم بالسمسم فانه لا يجوز الا بطريق الاعتبار وقال مالك والشافعى واحمد لا يجوز بجنسه اصلا لا بطريق الاعتبار ولا بغيره ومذهب مالك واحمد انه يجوز بغير جنسه والاصح فى مذهب الشافعى انه لا يجوز بغير جنسه لعموم النهى فيما روى مالك فى الموطأ وابوداود فى المراسيل عن سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان وهو مع قوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث الآخر اذا اختلف الانواع فبيعوا كيف شئتم دليل مالك واحمد ولابى حنيفة انه بيع موزون بغير موزون فيصح كيف ما كان كما لو باع الثوب بالقطن وهذا لان الحيوان ليس بموزون بل هو عددى متفاوت والمراد بالنهى فى حديث ابن المسيب ما اذا كان احدهما نسيئة لما فى السنن الاربعة عن سمرة بن جندب ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة قال الترمذى حديث حسن صحيح واخرج عن الحجاج بن ارطاة عن ابى الزبير عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيوان اثنين بواحد لا يصح نساء ولا باس به يدا بيد وقال حديث حسن (و) جاز (الدقيق بجنسه) والنخالة بجنسها (كيلا) ونص الشافعى فى القديم والجديد انه لا يجوز بيع الدقيق بالدقيق كيلا وحكى البويطى والمزنى عن الشافعى جوازه وهو مذهب احمد وقيد بالكيل لان بيع الدقيق بالدقيق وزنا لا يجوز لان الدقيق كيلى ولهذا لا يجوز بيع الحنطة بالدقيق وزنا ولو كان وزنيا لجاز (و) جاز (الرطب بالرطب) اتفاقا (و) كذا التمر بالتمر والرطب (بالتمر) وعكسه مثلا بمثل وهذا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز بيع الرطب بالتمر وهو قول مالك والشافعى واحمد لما روى مالك فى الموطا عن عبد الله بن يزيد مولى الاسود بن سفيان عن زيد بن ابى عياش عن سعد بن ابى وقاص انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه

(و) جاز بيع (اللحم بالحيوان) لانه بيع موزون بغير موزون فيجوز كيف ما كان وقال محمد رحمه الله والشافعى رحمه الله اذا باعه بلحم من جنسه بان باع شاة بلحم شاة لا يجوز الا ان يكون اللحم المفرز اكثر من اللحم الذى فى الشاة قياسا ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقى بازاء السقط والدقيق بجنسه متساويا (كيلا) لوجود الشرط وهو المساواة وتوهم التفاوت هدر كما فى البر بالبر وفيه خلاف الشافعى رحمه الله (والرطب بالرطب وبالتمر) متساويا خلافا لابى يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله والشافعى رحمه الله فعندهم لا يجوز لانه ينقص الرطب بالجفاف

وسلم يسأل عن شرى التمر بالرطب فقال صلى الله عليه وسلم اينقص الرطب اذا يبس قالوا نعم فنهاه عن ذلك ومن طريق مالك رواه اصحاب السنن الاربعة وقال الترمذى حديث حسن صحيح فافسد صلى الله عليه وسلم البيع واشار الى ان العلة النقصان عند الجفاف وبه تبين ان شرط جواز العقد المماثلة فى اعدل الاحوال وهو مابعد الجفاف وذا لايعرف بالمساواة كيلا فى الحال لان قفيز الرطب ربما يصير نصف قفيز عند الجفاف وكان ذلك كبيع الدقيق بالحنطة حيث لايجوز للتفاوت بعد الطحن ولابى حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم حين اهدى له رطب اكل تمر خيبر هكذا فسمى الرطب تمرا كذا قيل وهوانما يتم فى الجملة اذا كان المهدى رطبا وليس كذلك بل كان تمرا لما فى الصحيحين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث اخا بنى عدى الانصارى فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال صلى الله عليه وسلم اكل تمر خيبر هكذا فقال لا الحديث وله ايضا قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث عبادة بن الصامت والتمر بالتمر مثلا بمثل والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم وذلك ان الرطب ان كان تمرا جاز البيع باول الحديث وهو قوله التمر بالتمر وان كان غير تمر فبآخره وهو قوله اذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم وهذا حسن فى باب المناظرة لدفع الخصم كما قال ابو حنيفة حين دخل بغداد وكانوا اشداء عليه لمخالفته الخبر فسألوه فاجاب بما تقدم فاورد عليه الحديث السابق فقال هذا الحديث دائر على زيد ابن ابى عياش فهو ممن لايقبل حديثه وقد اجيب بانه على تقدير صحة السند فالمراد عنه النسيئة لما فى سنن ابى داود عن يحى بن كثير عن عبد الله بن يزيد ان ابا عياش اخبره انه سمع سعد بن ابى وقاص يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وكذا رواه الطحاوى واذا صحت الزيادة يجب قبولها على المختار عند المحدثين وان كان الاكثر لم يروها لكن قد رد ترديده بين كونه تمرا اولا بان ههنا قسما ثالثا وهو كونه من الجنس ولايجوز بيعه بالآخر كالحنطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما فكذا الرطب بالتمر لايساويهما الكيل وانما يساوى فى حال اعتدال البدلين وهو ان يجف وابو حنيفة يمنعه ويعتبر التساوى حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لايمنع لكن فيه ان التعليل فى معرض النص غير مقبول واما ماذكره الشارح بان التفاوت بين الرطب والتمر

باصل الخلقة فيكون ساقط الاعتبار كالتفاوت بين الجيد والردى ففى غاية من السقوط (و) جاز (العنب بالزبيب) عند ابى حنيفة خلافا لمن تقدم والوجه ما بيناه فى الرطب والتمر من الجانبين وقيل لايجوز اتفاقا كالحنطة المقلية بغير المقلية (و) جاز (البر) حال كونه (رطبا) اى غير يابس (او) حال كونه (مبلولا بمثله اوباليا بس المنقع) فيجوز البر الرطب بمثله وباليا بس (و) جاز (التمر) المنقع (والزبيب المنقع) اسم مفعول من انقعه فى الخابية اذا القاه فيها ليبتل ويخرج منه الحلاوة واسم الشراب نقيع (بالمنقع منهما) اى بمثله وباليابس فمن هذا بمعنى الباء اى جاز بيع التمر المنقع بمثله وباليا بس والزبيب المنقع بمثله وباليا بس (متساويا) وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف لانهما يعتبران التساوى فى الحال اذ التساوى شرط صحة العقد فيشترط عند العقد لابعده الا ان ابا يوسف ترك هذا الاصل فى بيع الرطب بالتمر لحديث سعد ففى الباقى على اصله وقال محمد لايجوز بشىء من ذلك لانه يعتبر المماثلة فى اعدل الاحوال وهو حال اليبس ولم يوجد فى هذه الصورة (و) جاز (لحم حيوان بلحم حيوان آخر) اى غير جنسه (متفاضلا وكذا اللبن) اى جاز لبن حيوان بلبن حيوان آخر من غير جنسه متفاضلا وعن الشافعى ان اللحمين واللبنين جنس واحد لاتحاد المقصود منهما وهو التغذى وظاهر مذهبه وهو اختيار المزنى ان اللحوم اجناس مختلفة كمذهبنا وكذا الاصح من مذهبه فى الالبان انها اجناس مختلفة لان اصولها مختلفة الاجناس حتى لايضم بعضها الى بعض فى الزكات ومختلفة الاسماء باعتبار الاضافة كدقيق البرمع دقيق الشعير ومختلفة المقصود فان بعض الناس يرغب فى بعض اللحوم والالبان دون البعض وقد ينفعه البعض ويضره البعض وقال مالك اللحوم ثلثة الطيور والدواب اهليتها ووحشيتها والبحريات وبه قال احمد فى احدى الروايات وعنه روايتان اخريان كقول الشافعى قيد الحيوان بكونه من غير الجنس لانه لوكان من الجنس كلحم البقر بلحم الجاموس ولبن البقر بلبن الجاموس لم يجز بيع احدهما بالاخر متفاضلا لانهما جنس واحد ولهذا يضم احدهما الى الاخر فى الزكات وكذا لحم المعز والضان ولبنهما ولحم العراب والبخت ولبنها بخلاف شعر المعز وصوف الغنم فانهما جنسان لاختلاف الصورة والمقصود (وكذا) جاز (خل الدقل) وهو نوع من التمر ردى (بخل العنب) متفاضلا لاختلاف اصليهما وانما خص خل

(والعنب بالزبيب) متساويا وهو كبيع الرطب بالتمر على الخلاف وقيل لايصح اتفاقا (و)جاز بيع (البر رطبا كان اومبلولا بمثله اوباليابس) متساويا (والتمر) المنقع (والزبيب المنقع بالمنقع منهما) اى من التمر والزبيب (متساويا) متعلق بجميع ما سبق وعند محمد لا يجوز فى جميع ذلك (و)جاز بيع (لحم حيوان) كلحم الضان (بلحم) حيوان (اخر) كلحم البقر (متفاضلا) لعدم اتحاد الجنس (وكذا) جاز بيع (لبن) الحيوان (بلبن حيوان اخر) (متفاضلا) كلبن الغنم بلبن البقر لاختلاف الاصول واللحوم والالبان وفى احد قولى الشافعى جنس واحد (وكذا) بيع (خل الدقل) وهو نوع من اردأ التمر يتخذ منه الخل غالبا (بخل العنب) متفاضلا للاختلاف بين اصليهما

الدقل بالذكر مع ان الحكم فى خل كل تمر مع خل العنب واحد لانهم كانوا يجعلون الخل من الدقل (و) جاز (شحم البطن بالالية او باللحم) وكذا عكسه متفاضلا سواء كانت من اجناس او من جنس واحد من الحيوان لانهما اجناس مختلفة لاختلاف الاسامى والصورة والمقاصد كالشعر والصوف (و) جاز (الخبز بالبر والدقيق) متفاضلا لان الخبز عددى وهو قول محمد او وزنى وهو قول ابى يوسف والبر كيلى بالنص وكذا الدقيق لانه جزؤه فلم يجمعهما القدر من كل وجه وعن ابى حنيفة انه لايجوز وبه قال الشافعى واحمد لان فى الخبز اجزاء الدقيق وذلك يورث شبهة المجانسة والفتوى على الجواز (وان كان احدهما) اى جاز ان لم يكن احد البدلين الذين هما الخبز والبر او الخبز والدقيق نسئة وان كان احدهما (نسئة) اما ان كان البر هو النسئة فالجواز باتفاق لامكان ضبطه وان كان الخبز هو النسئة فعند ابى يوسف اذا ذكر وزنا معلوما ونوعا معلوما وعليه الفتوى لحاجة الناس اليه (لا البر) اى لا يجوز البر (بالدقيق او بالسويق) اى بدقيق البر اوسويقه متفاضلا او متساويا اما متفاضلا فلان كل واحد من الدقيق والسويق بر من وجه وان اختص باسم لان كل واحد منهما من اجزاء البر لان الطحن لم يعمل الا تفريق الاجزاء والمجتمع لا يصير بالتفريق جنسا آخر واما متساويا فلان المعيار فيه الكيل وهو غير مستو بينهما وبين البر لاكتنازهما وتخاخل البر ويجوز عند مالك واحمد فى رواية بيع البر بالدقيق وبالسويق كيلا ووزنا (ولا الدقيق بالسويق) اى دقيق البر بسويقه (متفاضلا اومتساويا) وهذا عند ابى حنيفة لبقاء المجانسة من وجه اذ السويق اجزاء حنطة مقلية والدقيق اجزاء حنطة غير مقلية وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يجوز بحال فكذا بيع الدقيق بالسويق وقال ابو يوسف ومحمد يجوز الدقيق بالسويق كيف ما كان لانهما جنسان مختلفان لاختلاف اسمهما والمقصود منهما لان احدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر فان الدقيق يصلح للخبز والعصيد ونحوهما ولا يصلح لشىء من ذلك السويق بل يلت بالسمن او العسل ويوكل (ولا يجوز السمسم بالحل) بفتح الحاء المهملة وهو دهن السمسم المسمى بالشيرج (الا ان يكون الحل اكثر مما) اى من حل او من الذى (فى السمسم) ليكون قدر الحل بمثله والزائد بالثفل وكذا بيع الزيتون بزيته والجوز بدهنه واللبن بسمنه والسمن بزبده والعنب بعصيره على ما فى الهداية وغيره وعند

(و) كذا شحم البطن بالالية او باللحم) لانها اجناس مختلفة لاختلاف المقاصد (والخبز بالبر والدقيق) متفاضلا لان الخبز عددى اووزنى والبر والدقيق كيلى فلم يجمعهما القدر من كل وجه (وعن ابى حنيفة رح انه لاخير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين (وان كان احدهما) نسية فان كان البر نسية جاز بالاتفاق وان كان الخبز نسية جاز عند ابى يوسف خلافا لهما وعليه الفتوى (ولايجوز بيع البر بالدقيق اوبالسويق) متفاضلا (اومتساويا) لشبهة المجانسة لان احدهما بر والاخر اجزاء البر والمعيار فيهما الكيل وهو غير مسوّ بينهما لاكتناز الدقيق والسويق وتخاخل حبات البر فلذلك لم يجز البيع اصلا لشبهة الفضل (اوبيع) الدقيق (بالسويق) عند ابى حنيفة رح (متفاضلا اومتساويا) لبقاء المجانسة من وجه اذ السويق اجزاء حنطة مقلية والدقيق اجزاء حنطة غير مقلية (وبيع الحنطة المقلية وغير المقلية لايجوز بحال لان الكيل غير مسوّ بينهما لتخاخل المقلية فكذا بيع الدقيق بالسويق وعندهما يجوز متساويا ومتفاضلا لانهما جنسان مختلفان (ولا) يجوز (بيع السمسم بالحل الا ان يكون الحل اكثر مما فى السمسم) وهذا على اربعة اوجه ان علم ان الحل الذى فى السمسم اكثر من الحل المنفصل لايجوز لتحقق الفضل الخالى عن العوض من حيث زيادة الدهن والتجير وكذا ان علم انه مثله لان الثفل يكون فضلا خاليا عن العوض وان كان الدهن المنفصل اكثر جاز والفضل بالثفل وهذه الثلثة بالاجماع وان لم يعلم انه مثله او اكثر منه او اقل منه جاز عند زفر رح وعند نا لا يجوز لشبهة الفضل

مالك والشافعى واحمد لايجوز اصلا (ويستقرض الخبز وزنا لا عددا) وهذا عند ابى يوسف فى الكافى وعليه الفتوى لانه موزون فيعلم بالوزن لا بالعدد لتفاوت آحاده قدرا فلا يتحقق التساوى وعند ابى حنيفة لايجوز مطلقا وان وزن فهو متفاوت بتفاوت الخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر والاستقراض انما يصح فى المثلى لان من شرطه القدرة على اداء مثل المستقرض وقد فات شرط صحته فلا يصح واجازه محمد بالعدد ايضا للتعامل والقياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع وفى مذهب الشافعى وجهان فى استقراض الخبز احدهما كقول ابى حنيفة وهو الاصح والثانى الجواز وزنا وعددا وبه قال احمد وهو اختيار ابن الصباغ لحاجة الناس اليه (ولا ربا بين السيد وعبده) لان العبد وما فى يده لسيده هذا اذا لم يكن مأذونا مديونا وكذا لا ربا بين السيد وام ولده ولا بين المدبر وسيده لان كسب كل واحد منهما لسيده بخلاف المكاتب لانه صار كالحر يدا وتصرفا (و) لا ربا (بين مسلم وحربى فى داره) اى دار الحرب وقال ابو يوسف ومالك والشافعى واحمد يقع بينهما الربوا لاطلاق النصوص الواردة ولابى حنيفة ومحمد ان مال اهل الحرب مباح فى دارهم فكان المرابى آخذا بالربوا مالا مباحا بلا غدر فيصح والمراد بالنصوص الربا فى مال محظور ومال الحربى فى دار الحرب غير محظور بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بقدر الامان وما رواه مكحول عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب ذكره محمد بن الحسن واسند البيهقى فى المعرفة فى كتاب السير عن الشافعى قال قال ابو يوسف انما قال ابو حنيفة هذا لان بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربا بين اهل الحرب واظنه قال واهل الاسلام قال الشافعى وهذا حديث ليس له ثبات ولا حجة فيه وقال فى المبسوط هذا مرسل ومكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول والله تعالى اعلم *

فصل

(ولا يجوز بيع مشترى منقول قبل قبضه) لان فيه غررا وهو انفساخ العقد بهلاكه قيد بالمنقول لان بيع العقار يجوز قبل قبضه لانه لا يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك وهو مقدور التسليم وقال محمد وزفر والشافعى لايجوز ايضا لانه مبيع لم يقبض فلا يصح بيعه كالمنقول وقال احمد لايجوز بيعه قبل

(ويستقرض الخبز وزنا لا عددا) عند ابى يوسف رح وعليه الفتوى لانه موزون فيعلم المساواة بالوزن لا بالعدد لتفاوت احاده قدرا فلا يتحقق التساوى به وعند ابى حنيفة لايصح وزنا ولا عددا لانه وان وزن فهو متفاوت بتفاوت الخبز والخباز والعجين والتنور والتقدم والتاخر اى اول التنور واخره (وعند محمد يصح بهما للتعامل والقياس يترك بالتعامل كالاستصناع (ولا ربا بين السيد وعبده) فيصح بيع درهم بدرهمين لان العبد وما فى يده لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان العبد ماذونا غير مديون فان كان مديونا لا يصح (ولا بين مسلم وحربى فى داره) اى فى دار الحرب لقوله عليه الصلوة والسلام لا ربوا بين مسلم وحربى فى دار الحرب وفيه خلاف ابى يوسف والشافعى رحمهما الله تعالى

فصل

(لا يجوز بيع مشترى منقول قبل قبضه) اى لو اشترى شيئا مما ينقل ويحول لا يجوز له بيعه قبل قبضه طعاما كان المنقول او غيره لانه يحتمل ان يهلك المبيع قبل القبض وعاد الى قديم ملك البائع فينفسخ العقد الاول فيكون المشترى بائعا لملك غيره ومتى قبض ثم البيع فيكون بائعا لملك نفسه وقال مالك يجوز بيع المشترى قبل القبض فى غير الطعام (واما بيع العقار قبل القبض فيجوز عنده ابى حنيفة وابى يوسف لان الهلاك فى العقار نادر وقال محمد لايجوز قياسا على المنقول

القبض ان كان مكيلا او موزونا او معدودا او الاجاز وقال مالك يجوز جميع التصرفات ان كان غير طعام لانه صلى الله عليه وسلم قال فى الطعام يدا بيد و قبل القبض لايتأتى ذلك ولما روى هو عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه ولنا ماروى ابو داود وابن حبان فى صحيحه والحاكم فى مستدركه وصححه عن عبدالله بن عمر قال ابتعت زيتا فى السوق اى اشتريته فلما استوجبته لقينى رجل فاعطانى فيه ربحا حسنا فاردت ان اضرب على يده فاخذ رجل من خلفى بذراعى فالتفت فاذا هو زيد بن ثابت فقال لاتبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم وعن حكيم بن حزام قلت يارسول الله انى رجل ابتاع هذه السلع وابيعها فمايحل لى منهما ومايحرم قال لاتبيعن شيئا حتى تقبضه ورواه الطحاوى عن حكيم بن حزام قال قلت اشترى طعاما فاربح فيه قبل ان اقبضه فسألت النبى صلى الله عليه وسلم فقال لاتبعه حتى تقبضه وفى الصحيحين عن ابن عباس الذى نهى عنه النبى صلى الله عليه وسلم هو الطعام قبل ان يقبض قال ولا احسب كل شىء الامثله انتهى والتخصيص على الشىء لا ينفى الحكم عما عداه قيد بالبيع لان المشترى لو وهبه او تصدقه او اقترضه قبل قبضه يصح على الاصح وهو قول محمد خلافا لابى يوسف وقيد بالمشترى لان بيع المهر او الميراث اوبدل الخلع اوبدل العتق قبل القبض جائز اتفاقا لان العقد لاينفسخ بهلاكه (وصح التصرف) اى تصرف البائع (فى الثمن قبله) اى قبل قبضه (و) صح (الحط عنه) اى عن الثمن بان نقص منه (و) صح (المزيد فيه) اى الذى زيد فى الثمن على ان المزيد اسم مفعول اوالزيادة فيه على انه مصدر ميمى سواء كان ذلك من المشترى اومن اجنبى وسواء كان من جنس المزيد اومن غير جنسه (ان بقى المبيع) هذا شرط لصحة الزيادة والمراد ببقاء المبيع بقاؤه محلا للمقابلة فى حق المشترى حقيقة بان لم يبعه المشترى ولم يتصدق به ولم يهبه او وهبه ولم يسلم حتى لو باعه اوتصدق به اووهبه وسلم لايصح الزيادة وعن محمد يصح لبقاء المبيع كذا فى المحيط (و) صح المزيد (فى المبيع) عطف على فيه اى وصح المزيد فى المبيع سواء بقى المبيع اوهلك ويكون لذلك المزيد حصة من الثمن حتى لو هلك قبل قبضه سقط

(وصح التصرف فى الثمن قبله) اى قبل قبضه مثل ان ياخذ البائع من المشترى عوض الثمن ثوبا واشتراه به لانه ليس فيه احتمال انفساخ العقد بالهلاك لانه دين ثابت فى الذمة ولا يتعين بالتعين (و) صح للبائع (الحط عنه) اى عن الثمن سواء بقى المبيع اولا (و) صح للمشترى (المزيد) للبائع (فيه) اى الثمن (ان بقى المبيع) وان هلك المبيع لايصح الزيادة فى الثمن فقوله ان بقى المبيع يتعلق بالمزيد (و) صح للبائع المزيد (فى المبيع) لاجل المشترى وينبغى ان يصح للمشترى ان يحط من المبيع للبائع ولم يذكره فى المتن والاصل ان الزيادة والحط يلتحقان باصل العقد فيصير كان العقد على هذا القدر حتى كان للبائع حبس المبيع الى ان يستوفى اصل الثمن والزيادة (واذا اوفى المشترى الثمن استحق مع الزيادة وليس للبائع ان يمنع عن تسليم الزيادة وعند زفر والشافعى لا يصح الزيادة والحط على اعتبار الالتحاق باصل العقد بل على اعتبار ابتداء الهبة

لعصته

لحصته شئ من الثمن والاصل ان الزيادة والنقصان يلحقان باصل العقد عندنا فيصير العقد كانه ورد على ذلك القدر وعند زفر والشافعى لايلحقان به بل يكونان هبة مبتدأة قيد زيادة الثمن ببقاء المبيع لان الزيادة تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع فيستدعى قيام العقد وقيامه بقيام المعقود عليه (لكن الشفيع ياخذ) العقار الذى حط من ثمنه والذى زيد فيه (بالا قل) فيأخذ بما بقى فى الحط وبدون الزيادة فى المزيد لان حق الشفيع تعلق بالعقد الاول ولايملك العاقد ان التصرف فيه بما يرجع الى اضراره فلم تظهر الزيادة فى حقه وظهر الحط فيه (وصح تاجيل كل دين) حال سواء ثبت فى الذمة بعقد او باستهلاك حتى لو باع شيئا بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان الحلول حق البائع فله اسقاطه بتأجيله تيسيرا على من عليه الثمن ولانه يملك اسقاط المطالبة مطلقا بالابراء فلان يملك اسقاطها مدة معينة بالتاجيل اولى ولو اجله الى اجل مجهول فان كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح لا يصح وان كانت متعارفة كالحصاد والدياس يصح كما فى الكفالة (الا القرض) وهو ما ثبت فى الذمة باستقراض فانه لايصح تأجيله حتى لو اجله مدة معلومة عند الاقراض اوبعده لايثبت الاجل وله المطالبة فى الحال وقال مالك يصح تأجيل القرض كسائر الديون وقال الشافعى لايجوز تأجيل غير القرض كالقرض ولنا ان القرض اعارة وتبرع ابتداً ولهذا يصح بلفظ الاعارة ومعاوضة انتهاء حتى يلزمه رد مثله فعلى اعتبار الابتداء لايلزم التأجيل فيه كالاعارة فان المعير وان وقت الاعارة له ان يسترد ها من ساعته اذ لا جبر فى التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح التأجيل فيه لانه مبادلة الدارهم بمثلها نسئة وهو حرام (ويدخل البناء والمفاتيح) المتصل اغلاقها به (والعلو والكنيف فى بيع الدار) لان العرصة اصل فى الدار لقرار البناء عليها وانما دخل البناء وما اتصل به فى بيع الدار بطريق التبعية لاتصاله بالعرصة اتصال قرار فما لا يكون متصلا بالبناء لايدخل فى بيع الدار الا اذا جرى العرف ان البائع يسامح به فانه يدخل بلا ذكر فيدخل العلو بلا ذكر لاتصاله بالبناء ولا يدخل المفتاح فى القياس لانه غير متصل بالبناء فصار كثوب موضوع فى الدار ويدخل فى الاستحسان اذ العادة ان البائع لا يمنعه عن المشترى بل يسلمه مع الدار اليه ولا يدخل الباب الموضوع ولا القفل ومفتاحه ويدخل السلم المتصل بالبناء ولو كان من خشب ولا يدخل غير المتصل الا فى عرف

(لكن) فى الزيادة على الثمن والحط عنه (الشفيع ياخذ بالا قل) من الثمن اما فى الزيادة فلان حق الشفيع تعلق بالثمن الاول فلا يملك الغير ابطال حقه الثابت واما فى الحط فلانه الحق باصل العقد وينبغى للشفيع اذا زيد فى المبيع اوحط عنه ان ياخذ الجميع ولم يفهم من المتن (وصح تاجيل كل دين) حال حتى لو باع شيئا بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان الحلول حقه فله اسقاطه بتأجيله تيسيرا على من عليه الدين لو اجله الى اجل مجهول فان كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح لايصح وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يصح (الا القرض) فان تأجيله لا يصح حتى لو اجله عند الاقراض مدة معلومة اوبعد الاقراض لايثبت الاجل وله ان يطالب فى الحال وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله فلانا الف درهم الى سنة وهو يخرج من ثلث ماله حيث يلزم من ثلث ماله ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية فيلزم نظرا للموصى وقال مالك رح التاجيل فى القرض لازم (ويدخل البناء والمفتاح) للغلق (والعلو والكنيف) وهو المستراح (فى بيع الدار) وان لم يذكر الاصل ان العرصة اصل فى الدار وانما دخل البناء وما كان متصلا بالبناء بطريق التبعية لا تصال البناء بالعرصة ولهذا يدخل بلا ذكر لكونه متصلا بالبناء والمفتاح لايدخل قياسا لانه غير متصل بالبناء وفى الاستحسان يدخل بتبعية الغلق للعرف والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل

اهل مصر فانه يدخل ذكره الزيلعى ويدخل الحجر الاسفل من الرحى وبه قال مالك والشافعى واحمد ويدخل الحجر الا على منها استحسانا وهو الاظهر فى مذهب الشافعى (لا الظلة) اى لا تدخل الظلة فى بيع الدار وهى السدة التى فوق الباب على ما فى المغرب او الساباط الذى يكون احد طرفيه على الدار والطرف الآخر على دار اخرى اوعلى اسطوانات فى السكة على ما فى جامع فاضيخان (الابذكر كل حق هولها) اى للدار (اوبمرافقها) اى بذكر مرافقها وهى حقوقها ومنافعها (اوبكل قليل) اى بذكر كل قليل (وكثير هو فيها اومنها) وهذا عندابى حنيفة وعندهما يدخل الظلة ان كان مفتحها فى الدار لانها حينئذ من توابع الدار فصارت كالكنيف والعلو ولابى حنيفة ان الظلة تابعة للدار من حيث ان قرار احد طرفيها على بناء الدار وليست بتابعة لها من حيث ان قرار طرفها الآخر على غير بنائها فلا تدخل بلا ذكر الحقوق وتدخل بذكرها عملا بالشبهين (و) يدخل (الشجر) فى بيع الارض بلاذكره صغيرا كان اوكبيرا مما يثمر ومما لا يثمر (لا الزرع) اى لايدخل الزرع (فى بيع الارض) بلاذكره والفرق بينهما ان اتصال الشجر بالارض للقرار فكان كالبناء واتصال الزرع بها لا للقرار فكان كالمتاع وانما دخل الجنين فى بيع امه من غير ذكر مع ان اتصاله ليس للقرار لانه جزء منها (ولا) يدخل (الثمر) وهو بالمثلثة (فى بيع الشجر) الا بشرطه سواء كان لذلك الثمر قيمة وقت البيع اولم يكن لقوله صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترط المبتاع ومن باع نخلا مؤبرا فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع رواه اصحاب الكتب الستة ولان اتصال الثمر باصله وان كان اتصال قرار كاتصال الشجر بالارض الا ان قطع الثمر له غاية معلومة فصار فى حكم المقطوع ويقال للبائع اقطع الثمر وسلم الشجر وكذا اذا بيعت الارض وبها زرع يؤمر البائع بالحصاد والتسليم وقال مالك والشافعى واحمد يترك الثمر حتى يظهر صلاحه ويترك الزرع حتى يستحصد لان الواجب هو التسليم المعتاد ولم يجر العادة بقطع الثمر قبل بدو صلاحها ولاحصاد الزرع قبل استحصاده وصار كما لو مضت مدة الاجارة وفى الارض زرع لم يدرك (ولا) يدخل (العلو فى بيع بيت) فرقه بيت (الا بشرطه) لاتبعا ولا بذكر ما ذكر لان البيت اسم لمستف له دهليز ويصلح للبيتوتة فيه والشىء لا يكون تبعا لمثله ولامن حقوقه ومرافقه (ولا)

(لا) يدخل (الظلة) هى كل ما اظلك من بناء اوجبل اوسحاب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون الساباط الذى يكون على ظهر الطريق اى الذى يكون احد طرفى جذوعه على حائط الدار المبيعة وطرفه الاخر على حائط الجار المقابل اوعلى الاساطين المنصوبة بحذاء الدار وذكر فى المغرب ظلة الدار السدة التى فوق الباب (الا بذكر كل حق هو لها اوبمرافقها او بكل قليل وكثير هو لها او منها) فلا تدخل الظلة فى بيع الدار الا بذكر احد هذه الالفاظ وهذا عند ابى حنيفة وعندهما تدخل بلا ذكر ان كان مفتحها فى الدار المبيعة (و) يدخل (الشجر) وان لم يسم (لا الزرع) الا بتسمية (فى بيع الارض) لان الزرع مودع فى الارض لالقرار فصار كالمتاع الذى فيها بخلاف الشجر فان اتصاله بالارض للقرار كالبناء وذكر القدورى والاسبيجابى ان الزرع انما لايدخل فى بيع الارض بلا ذكر اذا لم ينبت بعد اونبت وصار له قيمة واما اذا نبت ولم يصر له قيمة بعد قيل يدخل وقيل لايدخل هنا ايضا (و) كذا لا يدخل (الثمر فى بيع الشجر) الا بشرطه (ولا العلو فى بيع بيت الا بشرطه) متعلق بقوله لا الزرع الى آخره

(ولا) يدخل العلو (فى بيع المنزل الا بذكر ما ذكر) اى كل حق هو له الى اخره والحاصل ان العلو يدخل فى بيع الدار وان لم يذكر بكل حق ويدخل فى بيع المنزل ان ذكر ولا يدخل فى بيع البيت وان ذكر بكل حق لان البيت اسم لمسقف واحد له دهليز والمنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف فكان الدار ﴿ ٦٣ ﴾ اعم من اخيتها لاشتمالها عليهما (فاستتبعت) العلو على تقدير ذكر الحقوق وعدمه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله بلا تفاوت والشىء لا يستتبع مثله والمنزل دون الدار وفوق البيت فله منزلة بين المنزلتين فيوفر على الشبهين حظهما فيدخل فيه العلو تبعا ان ذكر ما ذكر قالوا هذا الجواب على هذا التفصيل بناء على عرف اهل الكوفة وفى عرفنا يدخل العلو فى الكل سواء باع باسم الدار او البيت او المنزل لان كل مسكن يسمى خانه سواء كان صغيرا او كبيرا الا دار السلطان فانها تسمى سراى هكذا قالوا وهو لا يوافق عرفنا الان (كالطريق والشرب والمسيل) فانها لا تدخل فى البيع الا بذكر ما ذكر لان هذه الاشياء وان كانت تابعة للمبيع من حيث انها لا يقصد عينها وانما يقصد بها الانتفاع بالمبيع الا انها اصل بنفسها من حيث انها يتصور قيامها بدون المبيع فكانت تابعة للمبيع من وجه دون وجه فلا تدخل الا بذكر الحقوق والمرافق (وتدخل) هذه الاشياء (فى الاجارة) بلا ذكر ما ذكر لان الاجارة شرعت للانتفاع ولا يتحقق الانتفاع الا بهذه الاشياء ولا كذلك فى البيع لانه لم يشرع للانتفاع فان الانسان كما يشترى الشىء لينتفع به فقد يشتريه ليبيعه ومن اشترى جارية فولدت عنده ولدا لا باستيلاده (يوخذ الولد ان استحقت امه بالبينة وان اقر بها) اى بالام لا يؤخذ الولد والفرق ان البينة حجة مطلقة فيثبت بها الملك من الاصل ولهذا يرجع المشترى على البائع بالثمن عند الاستحقاق بالبينة والولد كان متصلا بها يومئذ فيثبت الاستحقاق فيهما والاقرار حجة قاصرة فيثبت بها الملك فى المخبر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة باثباته بعد انفصال الولد فلا يظهر الاستحقاق فى حق الولد ولهذا لا يرجع المشترى على البائع بالثمن عند الاستحقاق بالاقرار (والمالك باع غيره) اى الفضولى (ملكه) بلا اذنه (فسخه) اى فسخ البيع ان شاء مطلقا سواء بقى العاقدان والمبيع اولا (وله) اى وللمالك (اجازته) لا مطلقا بل (ان بقى العاقدان والمبيع وكذا) شرطه بقاء (الثمن) ان كان (عرضا) فكل عقد صدر من الفضولى وله مجيز حال وقوعه انعقد موقوفا على الاجازة عندنا وعند الشافعى رح تصرفات الفضولى كلها باطلة ولا تتوقف على الاجازة

فى (بيع منزل) فوقه بيت تبعا (الا بذكر ماذكر) من الحقوق والمرافق لان المنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف فكانت الدار اعم منها لاشتمالها عليها فاتبعت العلو وان لم يذكر الحقوق لانها اسم لكل ما ادير عليه الحايط والعلو مما ادير عليها الحايط فيدخل والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله بلا تفاوت والشىء لا يستتبع مثله وليس من اجزائه وتوابعه ليدخل بذكر التوابع والمنزل دون الدار وفوق البيت فله منزلة بين منزلتين فتوفر على شبهين حظهما فتدخل العلو فيه تبعا بذكر التوابع عملا بشبهه فى الدار ولا يدخل بدونه عملا بشبهه بالبيت وفى شرح الوافى قالوا هذا على عرف اهل الكوفة واما على عرفنا فيدخل العلو فى الكل سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار (كالطريق) اى كما لا يدخل الطريق فى بيع ماله طريق (والشرب) فى بيع ماله شرب (والمسيل) فى بيع ماله مسيل الا بذكر الحقوق او المرافق لان كل واحد منهما تابع للمبيع من حيث انه خارج عن حدوده ويقصد للانتفاع به فيه واصل من حيث انه يتصور بدون المبيع فكان تبعا من وجه دون وجه فلا يدخل الا بذكر ماذكر عملا بالشبهين (وتدخل) هذه الثلثة (فى الاجارة) من غير ما ذكر لان الاجارة لم تشرع الا للانتفاع وهو لا يتحقق فيما له طريق او شرب او مسيل الا بطريقه او شربه او مسيله بخلاف البيع فانه شرع لملك الرقبة والانتفاع من ثمراته (ويؤخذ الولد) اى الذى ولدته الامة عند المشترى لا بالاستيلاد (ان استحقت امه ببينة وان) استحقت بان (اقر) المشترى (بها) لمدعيها (لا) اى لا يؤخذ بل تؤخذ امه وحدها ويدخل فى البيع ملبوس الغلام والجارية لو كان خسيسا للعرف ولا يدخل لو كان نفيسا الا بالشرط لعدم العرف (ولمالك باع غيره) بالرفع فاعل باع (ملكه) بالنصب على انه مفعول باع اى ملك المالك والمعنى اذا باع شخص ملك غيره انعقد بيعه وبه قال مالك وهو بيع الفضولى ولمالك (فسخه) اى فسخ البيع وهو مبتدأ خبره الظرف المقدم (وله) اى للمالك (اجازته ان بقى العاقدان) والمعقود له وهو المالك (والمبيع وكذا ان بقى الثمن) حال كونه (عرضا) لانه مبيع من وجه وقال الشافعى فى الجديد واحمد فى رواية لا ينعقد لانه اضاف ذلك المبيع الى محل لا ولاية له عليه لانها تكون بالملك المطلق للتصرفات او باذن المالك الذى له ولاية التصرف ولم

يوجد واحد منهما فيلغو والتصرف الشرعى كما يتوقف على الاهل والمحل يتوقف على الولاية الشرعية فاذا فاتت لا ينعقد ولان بيع الابق لاينعقد مع كونه مملوكا لعدم القدرة على تسليمه فما لايملكه البائع اولى ولنا ماروى عن عروة وغيره ان النبى صلى الله عليه وسلم دفع الى عروة البارقى دينارا ليشترى به شاة للاضحية فاشترى به شاتين وباع احديهما بدينار وجاء بشاة ودينار الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام بارك الله لك فى صفقتك ووجه الدلالة ان عروة باع الشاة الثانية من غير اذن النبى صلى الله عليه وسلم وقد اجازه عليه السلام وروى الطبرانى فى معجمه والترمذى فى جامعه مثل هذا عن حكيم بن حزام الا ان حكيما اعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا ليشترى به اضحية فاشترى اضحية بدينار فباعها بدينارين ثم اشترى اضحية بدينار وجاءه بدينار واضحية فتصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدينار ودعا له بالبركة ولان هذا تصرف صدر من اهله لانه عاقل بالغ مضافا الى محله لانه مال متقوم ولا ضرر فى انعقاده على المالك لانه مخير فان رأى فيه مصلحة اجازه والافسخه فينعقد ويتوقف نفوذه على اجازة المالك بل فيه نفع له حيث سقط عنه مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن وفيه نفع العاقد من حيث صيانة كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشترى فيثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه على ان الاذن ثابت دلالة لان كل عاقل راض بتحصيل التصرف النافع له وكذا كل ماله مجيز حالة وقوعه من العقود والفسوخ والنكاح والطلاق فهو على الخلاف وان لم يكن له مجيز حالة العقد لا يتوقف ويقع وانما شرط بقاء العاقدين والمعقود عليه وله لان الاجازة تصرف فى العقد فيفتقر الى قيامه وقيامه بقيام هذه الاشياء وخص المصنف بيع الفضولى بالحكم لان شراءه لايتوقف على الاجازة بل ان وجد نفاذا على الفضولى نفذ عليه وان لم يجد نفاذا عليه بان كان محجورا عليه يتوقف وقال الشافعى فى القديم يتوقف كالبيع وبه قال مالك واحمد فى رواية ولنا ان الثمن فى الشراء لازم لذمة المشترى بالتزامه فينفذ بخلاف البيع فان قيامه بالمبيع وهو ملك لغيره ويتضرر بلزوم العقد فيه فيتوقف على رضاه ولم يفرق بينهما صاحب المواهب حيث قال ويجوز تصرف الفضولى من الايجاب والقبول عندنا (وهو) اى الثمن اذا اجاز المالك البيع (ملك للمجيز) وهو المالك (وامانة عند بائعه) وهو الفضولى لانه حينئذ بمنزلة الوكيل لان الاجازة

(وهو) اى الثمن (ملك للمجيز) اى ان اجاز المالك البيع فالثمن ملكه (وامانة عند بائعه) اى الفضولى فلو هلك لاشىء عليه

اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة (وله) اى للبائع الفضولى (فسخه) اى البيع (قبل الاجازة) دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولى فى النكاح فانه ليس له الفسخ قبل الاجازة لان الحقوق لا ترجع اليه لانه سفير محض فاذا حصل منه العقد انتهى امره فصار كاجنبى (وجاز اعتاق المشترى من الغاصب) ان اجيز بيع الغاصب (لا بيعه) اى لايجوز بيع المشترى من الغاصب (ان اجيز بيع الغاصب) يعنى من اشترى عبدا من الغاصب فاعتقه ثم اجاز المولى ذلك الشراء جاز العتق وان باعه المشترى فاجاز المولى الشراء الاول لم يجز الشراء الثانى وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر وهو رواية عن ابى يوسف رحمهم الله لا يجوز العتق ايضا وهو القياس وقول مالك والشافعى وهذه ثانية المسئلتين اللتين جرت المحاورة فيهما بين ابى يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف فيهما لمحمد رويت لك ان العتق باطل عند ابى حنيفة رحمه الله وقال محمد رويت لى ان العتق جائز عنده وحاصل الخلاف راجع الى ان اعتاق المشترى من الغاصب موقوف عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله على ان ينفذ الشراء باجازة المالك وباطل عند محمد رحمه الله لان الاعتاق لايصح الا فى الملك الكامل لما روى ابو داود والترمذى فى الطلاق وقال حديث حسن صحيح عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لانذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك ولابى حنيفة رحمه الله وهو وجه الاستحسان ان ملك المشترى من الغاصب ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك فيتوقف الاعتاق بتوقفه واذا نفذ نفذ بحقوقه

فصل

(يصح السلم) وهو لغة السلف وشرعا اسم لعقد يوجب الملك فى الثمن عاجلا وفى المثمن اجلا وهو مشروع على خلاف القياس لكونه بيع معدوم ولكنه جائز بالكتاب لما روى الحاكم فى المستدرك فى تفسير سورة البقرة وقال صحيح على شرط الشيخين عن ابن عباس انه قال اشهد ان السلف المضمون الى اجل مسمى قد احله الله تعالى فى الكتاب واذن فيه قال الله تعالى (يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه) الاية ورواه الشافعى فى مسنده بالسند

(وله) اى للبائع (فسخه) اى البيع (قبل الاجازة) دفعا للضرر عن نفسه فان حقوق العقد ترجع اليه بخلاف الفضولى فى النكاح حيث لا يكون له الفسخ قبل الاجازة لان الحقوق لا ترجع اليه لانه سفير محض ومعبر (و) من غصب عبدا وباعه واعتقه المشترى (جاز اعتاق المشترى من (الغاصب) ان اجيز بيع الغاصب وهذا عند ابى حنيفة رح وابى يوسف رح وقال محمد رح وزفر رح وهو رواية عن ابى يوسف رح انه لا يجوز لانه لا اعتاق بدون الملك اذ البيع موقوف والموقوف لا يفيد الملك ولهما ان الملك يثبت موقوفا فيتوقف الاعتاق بتوقف الملك وينفذ بنفاذه لان الاعتاق من حقوق الملك والشئ اذا نفذ نفذ بحقوقه واذا توقف توقف بحقوقه (ولا) يجوز (بيعه) اى بيع المشترى من الغاصب (ان جيز بيع الغاصب) لان بالاجازة يثبت للبائع وهو المشترى الاول ملك بات فاذا طرأ على المالك الموقوف لغيره ابطله

فصل

فى بيع السلم هو بمعنى السلف سمى هذا العقد به لكونه معجلا على وقته فان اوان البيع بعد وجود المعقود عليه فى ملك العاقد والسلم انما يكون عادة بما ليس بموجود فى ملكه فلكون العقد معجلا على وقته سمى سلما وسلفا (يصح السلم

وهو ما اخرجه الائمة الستة فى كتبهم عن ابى المنهال عن ابن عباس قال قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة والناس يسلفون فى الثمار السنة والسنتين والثلث فقال صلى الله عليه وسلم من اسلف فى تمر فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم وما اخرجه البخارى عن عبد الله بن ابى اوفى انه قال انا كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر وعمر رضى الله عنهما فى الحنطة والشعير والتمر والزبيب وبالاجماع فان الامة اجمعت على جواز السلم لحاجة الناس وضرورتهم اليه وانما يصح السلم (فيما يعلم قدره ووصفه) بكيل اووزن اوذراع اوعد بخلاف مالا يعلم قدره ووصفه بكيل حيث لا يصح السلم فيه لحديث ابن عباس ولان ما لا يعلم قدره ووصفه مجهول جهالة تفضى الى المنازعة فلا يصح السلم فيه وذلك (كالمكيل) نحو البر والشعير وسائر الحبوب وغيرها ولو اسلم فى الحنطة وزنا اختلف فيه والفتوى على جوازه لتعامل الناس (والموزون) نحو الدهن (مثمنا) قيد به لان الموزون الثمن وهو الدارهم والدنانير لايكون مسلما فيه لانه ثمن والمسلم فيه مبيع فلا يكون ثمنا فعلماؤنا والشافعى حصروا جواز الموزون بالمثمن منه وعممه مالك لظاهر قوله عليه السلام ووزن معلوم ولانه يمكن ضبط النقدين بالصفة فيجوز السلم فيهما ولنا انهما خلقا اثمانا والمسلم فيه مبيع فيه والنص مقيد به لانه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ولو اسلم فى الثمن بان اسلم حنطة اوعروضا فى احد النقدين يكون باطلا عند ابن ابان وبيعا صحيحا بثمن مؤجل عند ابى بكر الاعمش حملا لكلام العاقلين على الصحة وهو انهما قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم وقول ابن ابان اصح لان المعقود عليه هو المسلم فيه وهذا الخلاف اذا اسلم غير شئ من النقدين فى احدهما واما اذا اسلم احدهما فى الاخر فانه لايجوز بالاجماع لان القدر بانفراده يحرم النساء (والمذروع) اى وكالمذروع (كالثوب مبينا طوله وعرضه ورقته) اى رقته وغلظه لان مقدار المالية فى الثياب يعلم بذكر هذه الاشياء والتفاوت بغيرها يسير فلا يضر لانه لايفضى الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وهذا فى غير الحرير واما فى الحرير فلا بد فيه من ذكر الوزن ايضا لان قيمة الثوب منه مختلف باختلاف وزنه وفى المجتبى والقياس انه لا يجوز السلم فى المذروعات لتعذر ثبوتها فى الذمة ولهذا لا يضمن بالمثل فى الاستهلاك كالجواهر لكن ترك ذلك باجماع الفقهاء وفى الخلاصة ولو اطلق ذكر الذراع فله ذراع وسط (والمعدود) اى وكالمعدود

(فيما يضبط ويعلم قدره ووصفه)لان المسلم فيه دين وهو يعرف بالوصف فاذا امكن ضبط صفته ومعرفة قدره يصح السلم فيه وذلك (كالمكيل والموزون) حال كونه (مثمنا) بخلاف الدراهم والدنانير لانهما اثمان فلا يصح فيهما(والمذروع كالثوب) والبساط والحصير (مبينا طوله وعرضه ورقته) اى غلظته ورقته لان مقدار والمالية يصير معلوما بذكر هذه الاشياء والتفاوت اليسير بعدها ليس بمعتبر (والمعدود)

(متقاربا) وهو ما لا يتفاوت آحاده فى القيمة ويضمن بالمثل كالجوز والبيض لانهما معلوما القدر بالعدد والتفاوت بين آحادهما بالصغر والكبر ساقط الاعتبار فيما بين الناس قيد بالمتقارب لان المتفاوت كالبطيخ والرمان والسفر جل لا يصح فيه السلم عددا لتفاوت آحاده فى القيمة (فيصح) السلم (فى السمك) اى فى الصغار واختلف فى الكبار (المليح) اى الذى قدد وملح وانما يصح السلم فيه بالوزن لا بالعدد لتفاوت آحاده بالكبر والصغر قيد بالمليح لان الطرى لايصح السلم فيه فى غير حينه لانه منقطع من ايدى الناس حتى لو كان فى حينه جاز السلم فيه وقيل لا فرق بين الطرى والمليح وعن ابى حنيفة رحمه الله تعالى لا يصح فيهما (لا فى الحيوان) اى لا يصح السلم فى الحيوان وهو قول الثورى والاوزاعى وقال الشافعى واحمد يصح وهو قول مالك الافى الخلفات وهى الحوامل من النوق فانها مجهولة لما روى ابو داود فى مسنده والبزار فى مسنده والحاكم فى مستدركه وقال صحيح على شرط مسلم عن عبدالله بن عمرو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امره ان يجهز جيشا فنفدت الابل فامره ان يأخذه من قلائص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة ومن ههنا بمعنى على كما فى رواية نحو قوله تعالى (ونصرناه من القوم الذين كذبوا بآياتنا) ولا نه مبيع معلوم الصفة فيجوز السلم فيه كالثياب واعترض بما رواه ابن حبان فى صحيحه وعبد الرزاق فى مصنفه من حديث ابن عباس واصحاب السنن الاربعة من حديث سمرة بن جندب ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسئة واجيب بانه محمول على ان يكون النساء فى الحيوان من طرفين واما ما فى آثار الطحاوى بسنده الى ابى رافع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه ابل من ابل الصدقة فامر ابا رافع ان يقضى الرجل بكره فرجع اليه ابو رافع فقال لم اجد فيها الا خملا خيارا رباعيا فقال اعطه اياه ان خيار الناس احسنهم قضاء فمحمول على القرض ولنا ما اخرجه الحاكم فى مستدركه وقال صحيح الاسناد والدار قطنى فى سننه عن عكرمة عن ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف فى الحيوان وما رواه محمد فى الآثار عن ابى حنيفة رحمه الله عن حماد بن ابى سليمان عن ابراهيم النخعى قال دفع عبدالله بن مسعود الى زيد بن الخويلد البكرى مالا مضاربة فاسلم زيد الى عريس بن عرقوب

متقاربا) كالجوز والبيض لان المتقارب وهو ما لايتفاوت احاده فى القيمة معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيصح فيه السلم عددا والصغير والكبير فيه سواء لان هذه التفاوت ساقط الاعتبار بخلاف البطيخ والرمان لتفاوت احادهما تفاوتا فاحشا وكما يصح السلم فيه عددا يصح كيلا لانه مما يعلم بالكيل وقال زفر لا يصح كيلا (فيصح فى السمك المليح) اى القديد الذى فيه ملح وزنا وجنسا معلومين لكونه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم لانه غير منقطع بخلاف السمك الطرى فلا يصح فيه السلم فى غير حينه لانه منقطع عن ايدى الناس خصوصا فى الشتاء لانجماد الماء حتى لوكان فى بلد لا ينقطع يصح مطلقا (لا فى الحيوان) للتفاوت الفاحش فيه وقال الشافعى يصح ان بين جنسه ونوعه وسنه وصفته

الشيبانى فى قلايص فلما حلت اخذ بعضا وبقى بعض فاعسر عريس وبلغه ان المال لعبد الله فاتاه يسترفقه فارسل عبد الله الى زيد وقال اردد ما اخذت وخذ رأس مالك ولا تسلمن ما لنا فى شئ من الحيوان ولان الحيوان يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا فانك ترى عبدين او امتين متفقين فى الاوصاف المشروطة ومع ذلك باختلاف الصباحة والملاحة والفصاحة والكياسة وحسن السيرة والصورة يساوى احدهما الفا والآخر الوفا قال (الشاعر) الارب فرد يعدل الالف زافدا * والف تراهم لايساوون واحدا * فلايجوز السلم فيه كالجواهر بخلاف الثياب فانها يصنع العبد وهو انما يصنع بآلة فاذا اتحدت الآلة والصانع لم يبق الا التفاوت اليسير وهو لا يضر وحديث عبدالله بن عمرو السابق قال ابن قطان فى كتابه انه ضعيف مضطرب الاسناد وبينه فلايحتج به ولا يصح السلم فى اللحم عند ابى حنيفة ولو منزوع العظم على الاصح فى الروايتين عنه ويصح عندهما كما لك والشافعى مطلقا ان بين جنسه ونوعه وسنه وصفته وموضعه وقدره كشاة خصى ثنى سمين من الجنب كذا رطل بكذا يصح كما يصح فى الالية والشحم والسمك وزناوبه يفتى (واطرافه) اى ولا يصح السلم فى اطراف الحيوان كالرؤس والاكارع وهى جمع كراع وهومادون الركبة فى الدواب وبه قال الشافعى فى الاظهر لانها عددية متفاوتة قيل هذا قول ابى حنيفة واما عندهما فيجوز كما فى اللحم وقيل لايجوز باتفاق (وجلوده) اى ولايصح السلم فى الجلود عددا غير مبين الطول والعرض والصفة اذالتفاوت بين رأس ورأس وكراع وكراع معتبر فى ما بين الناس وبما كسون لاجله ولو اسلم فى الرؤس والاكارع وزنا اختلفوافيه وقال مالك والشافعى واحمد رحمهم الله فى رواية يجوز السلم فى الجلود والرؤس والاكارع عددا ووزنا لانها معلومة القدر والصفة بالذكر ولان الجلود فى معنى الثياب لانها تتخذ منها الفرو والخفاف قيدنا بالعدد غير المبين الطول والعرض والصفة لان السلم فيها وزنا يجوز وكذا عددا اذا بين طولها وعرضها (والجواهر) اى ولايجوز السلم فى الجواهر لانها عددية متفاوتة لتفاوت آحادها فى المالية بالصغر والتدوير بخلاف اللآلى الصغار التى تباع وزنا فانها يصح السلم فيها لانها تعلم بالوزن (ولا بصاع) اى ولايصح السلم بمكيال (ولاذراع معينين لم يدر قدره) لان القدرة على التسليم وقت وجوبه شرط وهى لاتتحقق الابقاء ما عينه من المكيال والذراع الى وقت التسليم

(ولا فى اطرافه) كالروس والاكارع لانها عددية متفاوتة فالتفاوت بين رأس ورأس وكراع وكراع معتبر فيما بين الناس ولو اسلم فيها وزنا اختلفوا فيه (ولا فى جلوده) عددا للتفاوت الا اذا بين الطول والعرض والصفة ولاوجه للقول بعدم الصحة فى الجلود لانه اذا بين الطول والعرض والصفة يكون مثل الثياب و يصح السلم فيها بالشرائط فكذا فى الجلود وقال مالك يصح السلم فى رؤس الحيوان وجلوده عددا (ولا فى الجواهر) والخرز لانها عددية متفاوتة وفى صغار اللآلى التى تباع وزنا يصح السلم فيها لانها تعلم بالوزن (ولا بصاع وذراع معينين لم يدر قدره) اى قدر كل واحد منهما لانه يتاخر فى السلم التسليم فربما يضيع الصاع والذراع قبله فيفضى الى المنازعة ولا بدان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة ونحوها فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يصح لتمكن المنازعة فيه الا فى قرب الماء استحسانا للتعامل فيه كذا روى عن ابى يوسف

وبقاؤه غير معلوم لاحتمال انه يضيع فيقع النزاع وانما جاز البيع فيهما لان السلم يتأخر فيه التسليم فيكون الضياع محتملا بخلاف البيع (وشروطه) اى السلم وفى بعض النسخ وشرطه (بيان جنسه) اى جنس المسلم فيه (كبر) اوشعير (و) بيان (نوعه كسقية) بفتح فكسر فتشديد التحتية اى حنطة سقية سيحا (و) بيان صفته (كجيد و) بيان (قدره) كذا كيلا بمكيال معروف اوكذا وزنا بميز ان معروف لان المسلم فيه قد يختلف بالجنس والنوع والصفة والقدر فلا بد من بيان هذه الاشياء لقطع المنازعة (و) بيان (اجله) فلا يجوز السلم فى حال ولا مؤجل باجل مجهول وقال الشافعى يجوز السلم فى الحال وبه قال عطاء وابو ثور واختاره ابن المنذر لانه مبادلة مال بمال فلا يكون الاجل فيه شرطا كالبيع ولنا ما مر من قوله عليه السلام من اسلف فى شىء فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم (واقله) اى اقل الاجل فى السلم (شهر) كذا روى عن محمد وهو الاصح وعليه الفتوى (و) من شروط السلم بيان (قدر راس المال فى) رأس المال (الكيلى و) فى رأس المال (الوزنى و) فى رأس المال (العددى) ولو قال وقدر رأس المال الكيلى الى آخره لكان اولى ثم ماذكره ان كان رأس المال عند العقد غير مشار اليه فباتفاق وان كان مشارا اليه فعند ابى حنيفة رحمه الله خلافالهما حتى لو قال سلمت اليك هذه الدراهم فى كر بر ولم يبين وزن الدراهم اوقال سلمت اليك هذا البر فى من زعفران ولم يبين قدر البر لايصح عنده ويصح عندهما واما رأس المال الذراعى اذا كان مشارا اليه عند العقد لايشترط بيان قدره باتفاق (و) من شروطه بيان (مكان ايفاء مسلم) اى مسلم فيه (لحمله مؤنة) وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله ووجه فى مذهب الشافعى وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يشترط مكان الايفاء ولكن ان شرطا مكانا صح وان لم يشترط يتعين مكان العقد وهو قول ابى حنيفة رحمه الله اولا والاصح فى مذهب الشافعى لان التسليم وجب بالعقد فيتعين له مكان العقد كما فى البيع ولابى حنيفة رحمه الله ان تعين مكان العقد اما بالتعيين صريحا اولضرورة وجوب التسليم فى الحال ولم يوجد واحد منهما بخلاف البيع فانه واجب التسليم فى الحال فيتعين له موضع بالعقد وقيد المسلم فيه بان يكون لحمله مؤنة لانه لو لم يكن كذلك كالمسك والزعفران والكافور القليلة لايحتاج فيه الى بيان الايفاء عندهم لان قيمته لايختلف باختلاف المكان

(وشروطه) سبعة (بيان جنسه) كبر وشعير (و) بيان (نوعه كسقية) وبخسية يقال حنطة سقية اى التى تسقى سيحا فعيل بمعنى مفعول وبخسية ينسب الى بخس وهو الارض التى يسقيها السماء لانها مبخوسة الحظ من الماء (و) بيان (صفته كجيد) وردى ووسط (و) بيان (قدره) نحو كذا كيلا بمكيال معروف اوكذا وزنا (و) بيان (اجله) فلا يصح السلم الا مؤجلا وقال الشافعى يصح حالا ومؤجلا (واقله) اى اقل اجله (شهر) فى الاصح وعليه الفتوى وقيل ثلثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم (و) بيان (قدر رأس المال) وان كان مشارا اليه فيما يتعلق العقد على مقداره كما فى الكيلى والوزنى والعددى وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لايشترط معرفة القدر بعد التعيين بالاشارة حتى لو قال لغيره اسلمت هذه الدارهم فى كر بر ولم يدر وزن الدراهم اوقال اسلمت اليك هذا البر فى كذا منا من الزعفران ولم يدر قدر البر لم يجز عنده وعندهما يجوز واجمعوا على ان رأس المال اذا كان ثوبا اوحيوانا يصير معلوما بالاشارة ولا يجب بيانه (و) بيان (مكان ايفاء المسلم فيه (ان كان) لحمله مؤنة) كالبر ونحوه وقالا ليس بشرط ولكن ان شرطاه صح وان لم يشترطاه يتعين مكان العقد للتسليم وما لم يكن لحمله مؤنة كالمسك والكافور لايحتاج فيه الى بيان الايفاء عندهم ويو فيه فى اى موضع شاء وهو الاصح وفى رواية يو فيه فى مكان العقد ولو عينا مكانا قيل لا يتعين وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق عن رب السلم ولو عينا المصر فيماله حمل ومؤنة يكتفى به لان المصر مع تباعد اطرافه كمكان واحد فى هذا الحكم

(وقبض رأس المال) اى مال السلم (قبل الافتراق) اى افتراق العاقدين بالابدان (شرط بقائه) خبر لمبتدأ مقدم اى شرط بقاء السلم صحيحا وبه قال الشافعى ولهذا صح السلم مع تأخير التسليم الى آخر المجلس ولو مكثا الى الليل اوسارا فرسخا اونام احدهما وجوز مالك تاخيره اليوم واليومين والثلث بشرط وقيل لايجوز فان اخر اكثر بغير شرط فقولان ولافرق بين كون رأس المال مما لايتعين كالنقود اومما يتعين كالعروض اما ان كان مما لايتعين فلئلا يفترقا عن دين بدين وهو بيع الكالى بالكالى اى النسية بالنسية لما رواه ابن ابى شيبة واسحاق بن راهويه والبزار فى مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة عن عبدالله بن دينار عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم ولفظ البزار قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرور وعن بيع الكالى بالكالى وعن بيع عاجل باجل فالغرور ان تبيع ما ليس عندك والكالى بالكالى دين بدين والعاجل بالاجل ان يكون له عليك الف درهم مؤجلة فيتعجل عنها بخمسماءة واما ان كان من العروض فلان السلم اخذ عاجل باجل والمسلم فيه آجل فوجب ان يكون رأس المال عاجلا ليكون حكمه على وفق اسمه ولو ابى المسلم اليه قبض رأس المال اجبر عليه ومن شروط السلم وجود المسلم فيه من وقت العقد الى وقت التسليم حتى لو كان موجودا حال العقد معدوما وقت التسليم لايجوز بالاجماع ولو كان معدوما حال العقد موجودا وقت التسليم اومعدوما بينهما لايجوز عندنا وهو قول الاوزاعى والمعتبر وجوده فى السوق الذى يباع فيه فى ذلك المصر وقال مالك والشافعى يشترط وجوده حال حلوله فقط ولنا مارواه ابو داود وابن ماجه واللفظ له عن ابى اسحاق عن رجل بحرانى قلت لعبد الله ابن عمر اسلم فى نخل قبل ان تطلع قال لا قلت لم قال لان رجلا اسلم فى حديقة نخل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل ان تطلع النخل فلم تطلع النخل شيئا ذلك العام فقال المشترى اؤخرك حتى تطلع فقال البائع انما النخل هذه السنة فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للبائع اخذ من نخلك شيئا قال لا قال بم تستحل ماله اردد عليه ما اخذت منه ولا تسلموا فى نخل حتى يبدو صلاحه وفيه مجهول كما علمت ومافى البخارى عن ابى البخترى قال سالت ابن عمر عن السلم فى النخل فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح وعن بيع الورق نسأ بناجز وسألت ابن عباس عن السلم فى النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يؤكل

منه

(وقبض راس المال) سواء كان مما لايتعين كالنقود او يتعين كالعروض (قبل الافتراق) بالابدان (شرط بقائه) اى بقاء عقد السلم على الصحة وقال مالك ترك قبض رأس المال يوما اويومين جائز وقد جمعوا جملة الشروط فى قولهم شعر * اعلام قدر رأس المال فى المكيل * والموزون والمعدود والتعجيل * واعلام المسلم فيه جنسا ونوعا * وقدرا وصفة والتاجيل * وبيان مكان الايفاء فيما له حمل * ومؤنة والقدرة على التحصيل * وفى هذا قيل بالفارسى

شعر

صحت عقد سلم را شرطها شد بى خلل * علم وجنس ونوع وقدر ووصف شد بنجم اجل * موضع ايفاء ورأس المال هم بايد تعين ليك نزديك امام المتقين صدر الاجل *

منه فقد ثبت عن هذين الصحابيين الكبيرين فى العلم والتتبع انهما فهما من نهيه عن بيع النخل حتى يصلح بيع السلم فقد دل الحديث على اشتراط وجوده عند العقد والاتفاق على اشتراطه عند المحل (فلو كان) رأس المال (دينا وعينا) من جنس واحد بان اسلم مائة درهم نقدا ومائة درهم دينا على المسلم اليه فى الكر (بطل) السلم (فى حصة الدين) لانه دين بدين وصح فى حصة النقد لوجود قبض رأس المال فى المجلس وقال زفر يشيع الفساد ويبطل العقد فى حصة العين ايضا لان هذا الفساد فى صلب العقد (ولا يجوز) اى لا يصح (التصرف فى رأس المال) قبل قبضه (و) لا التصرف فى (المسلم فيه قبل قبضه) باستبدال اوتولية اوشركة او اقالة بخلاف ارتهان اوحوالة اما فى رأس المال فلان قبضه فى المجلس حق الله تعالى وفى التصرف فيه قبل قبضه تعرض لتفويت ذلك واما فى المسلم فيه فلما اخرجه ابو داود وابن ماجه والترمذى فى علله الكبير وقال لا اعرفه الا من هذا الوجه وهو حسن عن ابى سعيد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اسلم فى شىء فلا يصرفه الى غيره وما روى عبد الرزاق فى مصنفه عن معمر عن قتادة عن ابن عمر انه قال اذا اسلفت فى شىء فلا تأخذ الا رأس مالك او الذى اسلفت فيه ولو اسلم فى رطب فاخذ مثله تمرا اوبالعكس صح عند ابى حنيفة رحمه الله نظرا الى التساوى فى الحال ولم يصح عندهما نظرا الى التفاوت فى المال ولو اخذ دقيقا اوسويقا اومقليا عن بر او اخذ دقيقا عن سويق اوبالعكس لايصح لاختلاف الجنس فكان استبدالا وان تقايلا عقد السلم منعنا رب السلم شراء شىء من المسلم اليه برأس المال استحسانا ولم يمنعه زفر قياسا لانه لما بطل السلم بقى رأس المال دينا فى ذمته فيصح الاستبدال به كسائر الديون ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم فى شىء فلا يصرفه الى غيره رواه ابو داود والترمذى وحسنه ورواه الدار قطنى عن ابراهيم بن سعيد الجوهرى ولفظه فلا يأخذ الا ما اسلم فيه اورأس ماله (والاستصناع) استفعال من الصنع وهو العمل من نحو خف وطست وصورته ان يقال لخفاف اخرزلى خفا من اديمك يوافق رجلى ويريه رجله بكذا (باجل) يضرب مثله للسلم (سلم) فيعتبر فيه شروط السلم سواء (تعاملوا فيه) كالخفاف (اولا) كالثياب وقال ابو يوسف ومحمد هو فيما تعاملوا فيه استصناع لانه بلفظه فيحمل عليه ويكون ذلك الاجل

(فلوكان) رأس المال بعضه (دينا) على المسلم اليه (و) بعضه (عينا) (بطل) العقد (فى حصة الدين) يعنى لو اسلم مائتى درهم فى كر بر مائة دين على المسلم اليه لرب السلم ومائة نقد بطل فى حصة الدين لانه بيع دين بدين والنبى عليه السلام نهى عن بيع الكالى بالكالى وصح فى حصة النقد لوجود قبض بعض رأس المال فى المجلس ولا يشيع الفساد كما قال زفر لان الفساد طار اذ السلم قد صح لان قبض رأس المال شرط بقاء السلم على الصحة لاشرط انعقاده صحيحا والفساد الطارى لايشيع (ولا يجوز التصرف) بالشركة والتولية وغيرهما (فى رأس المال والمسلم فيه قبل القبض) صورة الشركة ان يقول رب السلم لاخر اعطنى نصف رأس المال حتى تكون شريكا فى المسلم فيه وصورة التولية ان يقول اعطنى مثل ما اعطيت للمسلم اليه حتى يكون المسلم فيه لك ومثل هذه التصرفات بيع بعض المبيع قبل القبض اوبيع كله وذا لايجوز (والاستصناع) هو ان يقول للخفاف اخرزلى خفا من اديمك يوافق رجلى ويريه رجليه بكذا اويقول للصانع اصنع لى خاتما من فضتك وبين وزنه وصفته بكذا فان كان (باجل فهو سلم) سواء كان (تعاملوا فيه) كالخف ونحوه (اولا) كالثوب ونحوه فيشترط قبض رأس المال واستقصاء الوصف ولايكون له خيار الرؤية كما فى مطلق السلم وهذا عند ابى حنيفة وعندهما اذا كان الاستصناع باجل فيما فيه تعامل فهو ليس بسلم واما اذا لم يكن فيه تعامل فهو سلم عندهم والحاصل ان المبيع لما كان دينا امكن تصحيحه سلما واستصناعا لكنهما رجحا الاستصناع اعمالا للفظ فى حقيقة وحملا للتأجيل على التعجيل فى المدة بخلاف ما لا تعامل فيه لانه لايمكن تصحيحه استصناعا فيحمل على السلم ضرورة وهو رجح السلم لان

جوازه بالكتاب والسنة المستفيضة واجماع الامة وجواز الاستصناع بالتعامل وفيه شبهة لان عند زفر والشافعى لايجوز

(و)الاستصناع (بلا) ذكر (اجل فيما يتعاملون فيه بيع) ولا يجوز فيما لا تعامل فيه لعدم المجوز فيعمل فيه بالقياس ثم ذكر فروع انه بيع (فيجبر الصانع على العمل)ولاخيارله وعن ابى حنيفة انه له الخيار (ولا يرجع الامر عن امره) وعند من يقول الاستصناع عدة يصح رجوع الامر كما يصح للصانع الامتناع عن العمل(والمبيع)هو (العين لا العمل) وقال ابو سعيد البردعى المعقودعليه العمل وانما ينعقد بيعا عند التسليم والصحيح ان المعقود عليه العين (فلو جاء) تفريع على ان المبيع عين (بما صنعه غيره) اى غير الصانع (اوهو) اى الصانع (قبل العقد فاخذه) المستصنع صح (ولا يتعين) المصنوع (له) اى للامر بلااختياره لان فى اثبات الخيارله اضرار الصانع اذ ربما لا يرغب غيره فى شرائه بتلك الصنعة (فيصح بيعه) اى بيع الصانع المصنوع (قبل رؤية الامر) لان العقد لم يتعين فيه قبل اختياره فاذا احضره ورآه المستصنع فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى ما لم يره ❊مسائل شتى (وصح بيع الكلب) والفهد (والسباع) كالذئب والاسد(علمت اولا) لانها اموال متقومة وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وعند ابى يوسف لايصح بيع الكلب العقور وعند الشافعى لايصح بيع الكلب مطلقا وذكر شمس الائمة السرخسى رح ان الكلب ان كان بحال يقبل التعليم ويصاد به يجوز بيعه والا لا قال وهو الصحيح من مذهبنا وانما لايجوز بيع العقور الذى لا يقبل التعليم وان قبل يجوز وهكذا يقول فى الاسد ان كان بحال يقبل التعليم ويصادبه يجوز بيعه والا لا يجوز البيع واما القرد فقد اختلف الروايات فيه عن ابى حنيفة وبيع الفيل جائز والهرة يجوز بيعها

للا ستعجال لا للاستهال بخلاف مالم يتعاملوا فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابى حنيفة ان الاستصناع يحتمل السلم فكان حمله عليه اولى لان جوازه بالكتاب والسنة واجماع الامة وجواز الاستصناع بالتعامل وقيدنا الاجل بكونه يضرب مثله للسلم لانه لو قال على ان يفرغه غدا اوبعد غد لا يكون سلما لان ذكر المدة للفراغ من العمل للمطالبة وقال زفر والشافعى لايصح الاستصناع وهو القياس لانه لايمكن تجويزه اجارة لانه استيجار على العمل فى ملك الاخر اذ الاديم ملك الصانع ولا بيعا لانه بيع مالبس عنده ولا سلما لفقد شرايطه ولكن جوزناه استحسانا بالتعامل الراجع الى الاجماع العملى من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليوم بلا نكير والتعامل بهذه الصفة اصل مندرج فى قوله عليه السلام لايجتمع امتى على ضلالة (و) الاستصناع (بلا اجل فيما يتعاملون) الناس (فيه بيع) لاعدة وكان الحاكم الشهيد يقول الاستصناع مواعدة وانما ينعقد بالتعاطى اذا جاءبه الصانع مفروعا منه ولهذا ثبت الخيار لكل منهما والصحيح عند الجمهور انه بيع لان محمدا سماه شراء وذكر فيه القياس والاستحسان وفصل بين ما فيه تعامل وبين مالا تعامل فيه والمواعدة يجوز قياسا واستحسانا فى الكل قيل وحكم الحاكم احكم والله سبحانه وتعالى اعلم لكن الصحيح انه بيع (فيجبر الصانع على العمل) ولو كان مواعدة لما اجبر (ولا يرجع الامر) عنه ولو كان مواعدة لكان له الرجوع (والمبيع) فى الا ستصناع (هوالعين لاعمله) اى عمل الصانع وقال ابو سعيد البر دعى عمله نظرا الى ان الاستصناع مشتق من الصنع وهو العمل وقداشار المصنف الى مايدل من الفروع على ان المبيع فى الاستصناع العين بقوله (فلوجاء بما صنعه غيره) قبل العقد اوبعده (او) بماصنعه (هو قبل العقد) فالظرف متعلق بصنعه المقدر (فاخذه) الامر العين (صح) ولوكان المعقود عليه عمله لم يصح وبقوله (ولا يتعين له) اى للامر (بلا اختياره) اذالذى يدخله خيار الرؤية بيع العين لابيع العمل (فصح)للصانع (بيعه قبل رؤية الامر) اى المستصنع لعدم تعينه حينئذ لان تعينه باختيار الامر واختيار الامر بعد رؤيته ولايثبت للمستصنع خيار الرؤية اذا جاءبه الصانع على الصفة المشروطة عند ابى حنيفة خلافا لهما

مسائل شتى

(وصح بيع الكلب) ولو كان عقورا (والسباع علمت اولا) وشرط الائمة

لجواز بيع الكلب ونحوه ان يكون معلما اوقابلا للتعليم وقال الشافعى لايصح بيع الكلب مطلقا لانه نجس العين كالخنزير وكذا عندنا فى رواية وهو قول احمد وبعض اصحاب مالك والمشهور من مذهبه الجواز واما اقتناء الكلب لصيد اولحفظ الزرع اوالمواشى اوالبيوت فجائزة بالاجماع لهم ما روى البخارى ومسلم من حديث ابى سعيد الانصارى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغى وحلوان الكاهن ولنا ماروى ابو حنيفة فى مسنده عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس قال رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثمن كلب الصيد (والذمى فى) احكام (البيع كالمسلم) لانه مكلف بموجب المعاملات فما جاز للمسلم من البيعات جاز له ومالا فلا كالربوا (الا فى الخمر والخنزير فهما) فى عقد الذمى (كالخل والشاة فى عقدنا) فيكون الخمر عندهم مثليا والخنزير قيميا لماروى عبد الرزاق فى مصنفه عن سفيان الثورى عن ابراهيم بن عبد الاعلى الجعفى عن سويد بن غفلة قال بلغ عمر بن الخطاب ان عماله يأخذون الجزية من الخمر فناشدهم ثلاثا فقال له بلال انهم ليفعلون ذلك قال فلا تفعلوا ولّوهم بيعها فان اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها واكلوا اثمانها ورواه ابو عبيد فى كتاب الاموال وقال كانوا يأخذون من اهل الذمة الخمر والخنزير فى جزية رؤسهم وخراج اراضيهم بقيمتها ثم يتولى المسلمون بيعها فهذا الذى انكره بلال ونهى عنه عمر ورخص لهم ان يأخذوا ذلك من اثمانها اذا كان اهل الذمة المتولين بيعها لانها مال لهم وليس بمال للمسلمين انتهى وسويد بن غفلة بفتح المعجمة والفاء ابوامية الجعفى ولد عام الفيل قدم المدينة حين دفنوا النبى صلى الله عليه وسلم سمع من ابى بكر وعمر (ودرهم نثر فوقع فى ثوب رجل فهوله) اى الدرهم للرجل (ان اعده) اى اعد الرجل الثوب (له) اى لوقوع الدرهم (او) ان (كفه) اى جمع الرجل الثوب بعد وقوع الدرهم فيه لان الحكم لايضاف الى السبب الصالح الا بالقصد وقد وجد مايدل عليه وهو اعداد الثوب اوجمعه (والا) اى وان لم يعد الرجل الثوب ولم يجمعه على الدرهم (فللاخذ) اى فالدرهم لاخذه لانه مباح سبقت يده (واعتبر) انت اوهو بصيغة المجهول الماضى (به) اى بهذا الذى قلناه فى الدرهم الذى نثر (سائر المباحات) فلو افرخ طير اوباض فى ارض رجل ان كان ارضه مهيأة لذلك فهوله والافلاخذه بخلاف مالو عسل النحل فى ارضه فانه يملك

(والذمى فى البيع كالمسلم) لقوله عليه الصلوة والسلم اذا بذلوا الجزية فلهم ماللمسلمين وعليهم ماعلى المسلمين ولانه مكلف يحتاج كالمسلم فاستويا فى مباشرة العقود التى هى وسيلة الى اقامة التكاليف (الا فى الخمر والخنزير فهما) عندهم (كالخل والشاة فى عقدنا) حتى يكون الخمر من ذوات القيم الا مثال والخنزير من ذوات القيم (ودرهم نثر اوسكر نثر فوقع فى ثوب رجل فهوله ان اعده) اى الثوب (له) اى للدرهم (اوكفه) اى ماوقع الدرهم فيه (والا) اى وان لم يعد الثوب اولا يكفه (فللاخذ واعتبر به) اى بالدرهم المنثور (سائر المباحات) كما اذا افرخ طير اوباض اوتكنس ظبى فى ارض رجل فهولرب الارض ان اعد ارضه للاصطياد لانه صار آخذا له حكما فيعتبر بمالو اخذه حقيقة وان لم يعد ارضه للاصطياد فهو للاخذ لانه مباح سبقت يده اليه وكذا اذا نصب شبكة للجفاف فتعلق بها صيد فهو للاخذ وان نصبها للصيد فهوله

(فصل فى الصرف)

(هو بيع بعض الثمن بالثمن) اى بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة (جنسا بجنس او بغير جنس) سمى هذا البيع صرفا لانه يحتاج فيه الى نقل بدليه من يد والصرف هو النقل والرد لغة والاموال انواع نوع ثمن بكل حال كالنقدين صحبه الباء اولا قوبل بجنسها اوبغير جنسها ونوع مبيع بكل حال كالثياب والدواب والمماليك ونوع ثمن من وجه ومبيع من وجه كالمكيل والموزون فانه اذا كان متعينا فى العقد كان مبيعا وان لم يكن متعينا وصحبه الباء وقسا بدله مبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة فى الاصل فان كان رائجا كان ثمنا كالفلوس وان كان كاسدا كان سلعة وهذا لان الثمن عند العرب ما يكون دينا فى الذمة والنقود لاتستحق بالعقد الا دينا فى الذمة فكانت ثمنا بكل حال والعروض لاتستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والمكيل والموزون يستحق عينا بالعقد تارة ودينا تارة اخرى فكان ثمنا فى حال ومبيعا فى حال ومن حكم الثمن ان لا يشترط وجوده فى ملك العاقد ولا يبطل العقد بفوات تسليمه وان بيع بجنسه اوبغير جنسه يكون (شرطه التقابض) فى العوضين (قبل الافتراق) وان اختلفا فى الجودة والصياغة فان افترقا قبل قبض العوضين اواحدهما بطل العقد (وان وقع) القبض (فى البعض) كما اذا باع فضة وقبض ثمنها ثم افترقا (صح) البيع (فيه) اى فى بعض المقبوض وبطل فيما لم يقبضه كما فى بيع (اناء الفضة) وقبض بعض ثمنه ثم افترقا بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض (وصار) الاناء (مشتركا) بينهما لانه صرف كله وقد وجد التقابض فى البعض دون البعض فيصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد شرطه والفساد طار لانه صح ثم يبطل بالافتراق لاعن قبض فلا يتعدى الى مابقى

عسله وان لم يعد ارضه لان العسل مما يحصل من الارض فيكون تبعا لها كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع بجريان الماء فيها ولهذا يجب فى العسل العشر اذا اخذ من الارض العشرية

فصل

الصرف) لغة النقل والرد قال الله تعالى (ثم انصرفوا صرف الله قلوبهم) وسمى به لانه يحتاج فيه الى نقل بدليه من يد الى يد وشرعا (بيع الثمن) اى المخلوق للثمنية وهو الذهب والفضة مطلقا (بالثمن جنسا بجنس) كذهب بذهب اوفضة بفضة فيشترط فيه التساوى وزنا وان اختلفا جودة وصياغة لما تقدم من اهدار الشارع اعتبار الجودة عند المقابلة بالجنس (او) جنسا (بغير جنس) كذهب بفضة اوفضة بذهب فلا يشترط فيه التساوى وزنا بل جاز فيه التفاضل لقوله عليه السلام فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد (ويشترط) فى الصرف سواء كان بالجنس اوبغيره (التقابض) من الطرفين باليد لا بالتخلية (قبل الافتراق) بالابدان باجماع العلماء ولما روى مالك فى الموطاء عن عمر انه قال لاتبيعوا الذهب بالذهب الامثلا بمثل ولاتبيعوا الورق بالذهب احدهما غائب والاخر حاضر وان استنظرك ان يلج بيته فلا تنظره الايدا بيد هات وهات انى اخشى عليكما الربوا (وان وقع) التقابض (فى البعض صح) العقد (فيه) اى فى ذلك البعض وبطل فى الباقى (فى اناء فضة) اى حال كون ذلك البعض فى اناء الفضة يعنى ان من باع اناء فضة وقبض بعض ثمنه ثم افترقا بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض (وصار) الاناء (مشتركا) بينهما لان هذا العقد صرف كله والتقابض فى المجلس شرط فى الصرف وقد وجد فى البعض دون البعض فيصح فيما وجد فيه ويبطل فيما لم يوجد وهذا الفساد طارى لانه لعارض الافتراق لاعن قبض فلا يتعدى الى مالم يوجد فيه قيد البعض بكونه فى اناء لانه لوكان فى نقرة لم يكن الحكم لزوم اشترا كهما لان النقرة تتبعض بلا ضرر بخلاف الاناء وليس الصحة فى بعض الاناء الذى نقد ثمنه والبطلان فى بعضه الذى لم ينقد ثمنه من تفريق الصفقة لان هذا تفريق من جهة الشرع باشتراط القبض

فصار كهلاك احد العبدين (وكذا) يصح العقد (فى السيف المحلى) اذا بيع ووزن حليته مثلا خمسون بماقة ونقد المشترى خمسين (ان خلصت الحلية بلا ضرر ويصرف القبض الى ثمنها) اى ثمن الحلية وان لم يبين انه ثمنها لان قبض حصة الحلية واجب فى المجلس لحق الشرع وقبض حصة السيف غير واجب فيه والتسليم مطلق فيجعل المنقود من حصة الحلية لان الظاهر من حال المسلم العاقل ان يؤدى الواجب ولايخل به وكذا لو قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان المثنى قد يعبر به عن الواحد كما فى قوله تعالى (يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان) والمراد احدهما لانهما يخرجان من المالح لامن العذب وفى قوله تعالى (نسيا حوتهما) والناسى صاحب موسى بدليل (فانى نسيت الحوت) وفى قوله تعالى (قد اجيبت دعوتكما) والداعى كان موسى عليه السلام وفى قوله عليه السلام لمالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما اى اذا كنتما فى سفر فاذنا واقيما والمراد احدهما فيحمل ما نحن فيه على ذلك نظرا الى ظاهر حال المسلم هنالك بخلاف مالو صرح وقال خذها من ثمن السيف فان الظاهر حينئذ عارضه التصريح بخلافه (وان) افترقا (لم يقبض شئ) والحال ان الحلية تتخلص بلا ضرر (بطل) العقد (فيها) اى فى الحلية لان العقد فيها صرف وقد فات شرطه وهو القبض فى المجلس قيد البطلان بكونه فى الحلية لان العقد حينئذ يصح فى السيف لانه مقدور على تسليمه ويمكن افراده بالبيع لكونه يتخلص بلا ضرر كالطوق والامة فاما اذابيعت امة مع طوق اذا بيعتا بنقد نسئة فسد العقد فيهما عند ابى حنيفة وفى الطوق عندهما (وان لم تخلص) الحلية الا بضرر والحال انه لم يقبض شئ (بطل) العقد (اصلا) اى فى الحلية وفى السيف اما فى الحلية فلفقد شرط الصرف وهو القبض فى المجلس واما فى السيف فلتعذر تسليمه بدون الضرر ولو باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز بان يصرف كل جنس بخلاف جنسه تصحيحا للعقد كما لو باع كر بر وكر شعير بكرى بر وكرى شعير وافسده الشافعى وزفر ولو باع ما غالبه فضة اوذهب بخالصة لم يجز الا متساويا وزنا لان العبرة للغالب فكان كل منهما له حكم خالص ولهذا لا يستقرض الاوزنا ولو باع ما غالبه غش بآخر من جنسه متفاضلا جاز ويكون الغش فى كل واحد منهما متقابلا بالخالص الذى فى مقابله لكن بشرط التقابض قبل الافتراق لوجود الفضة اوالذهب

(وكذا) صح البيع فى كل (السيف المحلى) اى لو باع سيفا محلى بماقة درهم وحليته خمسون وقبض من الثمن خمسين صح البيع فى السيف والحلية جميعا (ان خلصت الحلية) من السيف (بلا ضرر) اما صحة البيع فى الحلية فلانه لما باع فقد قصد الصحة ولا صحة الا بان (يصرف القبض) اى قبض الخمسين (الى ثمنها) اى ثمن الحلية فيحمل عليه تحريا لصحة البيع (واما صحة البيع فى السيف فلانه امكن افراده بالبيع لانه تخلص حليته بلا ضرر فكانت الخمسون التى لم ينقد ثمن السيف وان لم يبين وسكت عن هذا لما ذكرنا من تحرى صحة البيع (وان لم يقبض شيئا) من الثمن (بطل) البيع (فيها) اى فى الحلية فقط لان البيع فيها صرف وقد فات شرطه وصح فى السيف لما ذكرنا انه لما كان تخلص الحلية عنه بلاضرر امكن افراده بالبيع وهذا اذا كان الثمن ازيد مما فيه من الحلية فان كان مثله او اقل لم يصح البيع للربوا وكذا اذا لم يدر لاحتمال الربوا خلافا لزفر (وان لم تخلص) الحلية من السيف بلا ضرر وافترقا بلا قبض بطل البيع (اصلا) اى فى الحلية والسيف اما فى الحلية فلعدم قبض الثمن (و اما فى السيف فلانه لا يمكن تسليمه الا بضرر فصار كبيع الجذع فى السقف

كتاب الشفعة

هى فى الاصل اسم للملك المشفوع بملكه من قولهم كان وترا فشفعته باخر ونظيرها الاكلة واللقمة فى ان كلا منهما فعلة بمعنى مفعول والشفع هو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشترى الى ملك الشفيع (وفى) عرف الفقهاء (هى تملك العقار على مشتريه جبرا بمثل ثمنه) وسببها الاتصال وشرطها معاوضة مال بمال (وتثبت للخليط (بقدر عدد رؤس الشفعاء) لا بقدر انصباء الملك وقال الشافعى رح الشفعة على مقادير انصباء الملك وبيانه داربين ثلثة لاحد فيها نصفها ولاخر ثلثها ولاخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الاخر ان الشفعة يقضى بينهما نصفان عندنا بقدر رؤسهما وعند الشافعى رح اثلاثا بقدر ملكهما (للخليط) اى للشريك (فى نفس المبيع) وليس للشريك فى الشرب والطريق والجار شفعة مع الخليط فى الرقبة (ثم) ان سلم الخليط فى نفس المبيع تثبت الشفعة (للخليط فى حق المبيع) وعن ابى يوسف رح ان مع وجود الشريك لا شفعة لغيره سلم اولا (كالشرب) هو بالكسر النصيب من الماء وفى الشريعة عبارة عن نوبة الانتفاع بالماء سقيا للزرع اوالدواب (والطريق خاصتين كشرب نهر لا يجرى فيه السفن) قيل اريد به اصغر السفن وما يجرى فيه السفن فهو مشترك عام وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وعن ابى يوسف رح الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قرى احان او ثلثة او بستانان او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام والقراح من الارض كل قطعة على حيالها وعامة المشايخ على ان الشركاء على النهر اذا كانوا لا يحصون فهو نهر كبير وان كانوا يحصون فهو نهر صغير فتجب الشفعة لكنهم اختلفوا بعد هذا فى ما يحصى وما لا يحصى بعضهم قدرها لا يحصى بخمسمائة وبعضهم بمائة وبعضهم باربعين وبعض مشايخنا قالوا الاصح ما قيل فيه انه مفوض الى رأى كل مجتهد فى زمانه ان راهم كثيرا كانوا كثيرا و ان راهم قليلا كانوا قليلا وقيل الخاص ما يتفرق ماؤه فى الشط بين الشركاء ولا يبقى اذا انتهى الى الاخر ولا يكون له منفذ والعام بخلافه

فى الكل من الجانبين مع عدم التخلص الا بضرر ولو باعه بخالصة من فضة او ذهب لا يجوز الا ان يكون الخالص اكثر مما فى غالب الغش منه كبيع الزيتون بالزيت والشيرج بالسمسم ويجوز التبايع والاستقراض برايج المغشوش وزنا ان كان رواجه به اوعدا ان راج بهما او بهما ان راج بهما لان المعتبر فيما لانص فيه العادة والله تعالى اعلم

كتاب الشفعة

(هى) لغة الضم ومنه الشفع فى الصلوة لضم ركعة الى اخرى والشفع هو ضد الوتر والشفيع لانضمام رأيه الى رأى المشفوع له فى الطلب وشفاعة المذنبين لانها تضمهم الى الفائزين وشرعا (تملك العقار على مشتريه جبرا بمثل ثمنه) الذى اشتراه به لما فى صحيح مسلم عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فى كل شرك ربع اوحايط لا يصلح ان يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ اويدع فان ابى فشريكه احق به حتى يؤذنه (وتثبت) الشفعة (بقدر رؤس الشفعاء) عندنا (لا) بقدر (الملك) كما قال مالك والشافعى فى الجديد واحمد فى رواية فلو كانت داربين ثلثة لاحدهم نصفها والاخر ثلثها والاخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة فان القاضى يقضى بها نصفين عندنا لكل واحد نصف واثلاثا عندهم لصاحب الثلث ثلثان ولصاحب السدس ثلث لان الشفعة من حقوق الملك لكونها لتكميل المنفعة فيقدر بقدره كالربح والغلة والولد والثمرة ولنا ان التساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فى الاستحقاق والشركاء متساوون فى سبب الشفعة ولهذا لو انفرد واحد منهم اخذ الكل وان قل نصيبه فيستوون فى الاستحقاق كما لو استوت الانصباء والربح ونحوه متولدات من الملك فيستحق بقدره (للخليط) متعلق بتثبت (فى نفس المبيع) متعلق بالخليط وهو الشريك الذى لم يقاسم ولو كان ذميا لمساوات المسلم فى سببها وهو امر دنيوى وهما فيه سواء (ثم للخليط) اى الشريك (فى حق المبيع كالشرب) بكسر المعجمة وهو النصيب فى الماء ومنه قوله تعالى (لها شرب ولكم شرب يوم معلوم (والطريق) اى وكالممر (خاصين) حال (كشرب نهر لا يجرى فيه السفن)

بضمتين جمع سفينة (وطريق لا ينفذ) وقيل مفوض الى المجتهد فى كل عصر (ثم لجار ملاصق) و (بابه فى سكة اخرى) قيد به لانه لو كان بابه فى سكة الدار لكان خليطا فى حق المبيع والحاصل انها له وان كان بابه فى سكة اخرى اوللجار المقابل فى السكة الغير النافذ فعندنا الشفعة لكل واحد من هذه الثلثة على هذا الترتيب وهو قول سفيان الثورى وعبدالله بن المبارك كما ذكر الترمذى فى جامعه وقال مالك والشافعى واحمد لا شفعة للجار لما روى البخارى عن ابى سلمة عن جابر بن عبدالله قال قضى رسول الله بالشفعة فى كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفى رواية الشفعة فيما لم يقسم الى آخره وفى لفظ له انما جعل النبى صلى الله عليه وسلم الشفعة فى كل مالم يقسم فاذا وقعت الحدود الحديث ولان الشفعة تثبت على خلاف القياس لما فيها من تملك مال الغير بغير رضاه فيقتصر على مورد النص وهو ما لم يقسم ولنا ما فى البخارى عن ابى رافع انه سمع النبى صلى الله عليه وسلم يقول الجار احق بسقبه وما روى ابو داود فى البيوع والترمذى فى الاحكام وقال حسن صحيح والنسائى فى الشروط عن الحسن بن سمرة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال جار الدار احق بدار الجار او الارض ورواه احمد فى مسنده والطبرانى فى جامعه وابن ابى شيبة فى مصنفه وفى بعض الفاظهم الجار احق بشفعة الدار وفى رواية لابى داود فى سننه عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار احق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا فان قيل المراد بما رويتم الجار الذى يكون شريكا لما اخرجه البخارى عن عمرو بن الشريد قال وقفت على سعد بن ابى وقاص فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على احدى منكبى اذجاء ابو رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا سعد ابتع منى بيتى فى دارك فقال سعد والله ما ابتاعهما فقال المسور والله لتبتاعنهما فقال سعد والله لا ازيدك على اربعة آلاف منجمة اومقطعة قال ابو رافع لقد اعطيت بها خمسمائة دينار ولولا انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الجار احق بسقبه ما اعطيتكها باربعة آلاف درهم وانا اعطى بها خمسمائة دينار فاعطاها اياه اجيب بان هذا معارض بما اخرجه النسائى وابن ماجه عن عمرو بن الشريد عن ابيه ان رجلا قال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ارضى ليس فيها

(وطريق لاينفذ ثم يثبت للجار الملاصق) وهو الذى على ظهر الدار المشفوعة (وبابه فى سكة اخرى) صورته منزل مشترك بين اثنين فى دار لقوم فى سكة غير نافذة فان باع احد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريك فيه احق بالشفعة فان سلم فالشركاء فى الدار احق بالشفعة من الشركاء فى السكة فان سلموا فاهل السكة احق فان سلموا فالجار الملاصق

لاحد شرك ولا فسخه الا الجوار فقال الجار احق بصقبه وفى غريب الحديث الصقب بفتحتين ما قرب من الدار والسين لغة فى الصاد واجيب عن حديث جابر بان تخصيص مالم يقسم بالذكر لا يدل على نفى الحكم عما عداه وقوله اذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة من كلام الراوى فلا يكون حجة فى عدم استحقاق الشفعة للجار مع ما روينا من مرفوع الاخبار ولو سلم انه من كلام النبى صلى الله عليه وسلم فمعناه لا شفعة بسبب القسمة دفعا لتوهم ان القسمة تثبت بها الشفعة كالبيع لما فيها من معنى التمليك من كل واحد من الشريكين للآخر وفى معانى الآثار ان قيل لم اوجبت الشفعة على هذا الترتيب ولم يجعلها لهم جميعا اذا ضروا وطلبوا قيل لان الشريك فى المبيع خليط فيه وفى الطريق فمعه من اسباب الشفعة مثل مامع الشريك فى الطريق وسبب آخر ليس مع الشريك فى الطريق فكان اولى منه ومع الشريك فى الطريق شركة فيها وملازقة للمبيع ومع الجار ملازقة للمبيع فقط فكان الشريك فى الطريق اولى من الجار وفى شرح مختصر القدورى ولو سلم الشريك فى المبيع الشفعة وجبت للشريك فى الطريق فان سلمها وجبت للجار (ويطلبها) اى ويطلب الشفيع الشفعة لانها حق ضعيف يبطل بالاعراض فلابد فيه من الطلب بما يفهم منه طلب الشفعة ولو كان ماضيا فى الاصح كطلبت الشفعة اذا طلبها اوانا طالبها وهو اختيار الفقيه ابى جعفر والفقيه ابى الليث والشيخ الامام ابى بكر محمد بن الفضل لان الاعتبار للمعنى وقال بعضهم يقول اطلب الشفعة وآخذها ولا يقول طلبتها واخذتها فان قال ذلك بطلت شفعته لان ذلك كذب محض قلنا يذكر للحال عرفا كبعت واشتريت (فى مجلس علمه بالبيع) ليعلم بذلك عدم اعراضه عنه وهذا عند ابى حنيفة اذا اخبره رجلان اورجل وامرأتان اوعدل وعند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اخبره واحد حرا كان اوعبدا وصبيا كان اوامرأة وهى نظير اختلافهم فى عزل الوكيل وقوله فى مجلس علمه بالبيع رواية هشام عن محمد انه يشترط الطلب فى مجلس العلم ان طلب فيه صح وان قام عنه بطلت وبه اخذ الكرخى وفى ظاهر الرواية كما علم بالبيع من غير مهلة واختارها العامة سواء كان عنده احد اولم يكن لقوله عليه السلام الشفعة كحل العقال رواه ابن ماجه فى سننه عن ابن عمر (وهو) اى طلب الشفيع فى مجلس

(ويطلبها) اى ويطلب الشفيع الشفعة بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كطلبت الشفعة او اطلبها الان او انا طالبها ونحوه (فى مجلس علمه بالبيع) هذا اختيار الكرخى رح واصح الروايتين عن محمد رح وعند عامة المشائخ يطلبها كما علم من غير توقف حتى لو بلغه خبر البيع ولم يطلب واخر ساعة بطلت شفعته وهو رواية عن محمد رح وقال ابن ابى ليلى ان اخر الطلب الى ثلثة ايام فله الشفعة (وقال السفيان الثورى له مهلة يوم (وقال شريك هو على شفعته مالم يبطلها صريحا او دلالة بمنزلة سائر الحقوق المستحقة وذكر فى المبسوط اذا علم الشفيع بالبيع وهو بمحضر من المشترى فالجواب واضح ان يطلبها وكذلك ان كان بمحضر من الشهود فينبغى له ان يشهد هم على الطلب وكذلك ان لم يكن بحضرته احد حين سمع ينبغى ان يطلب الشفعة والطلب صحيح من غير الاشهاد والاشهاد لمخافة الجحود فينبغى له ان يطلب حتى اذا حلفه المشترى امكنه ان يحلف انه طلبها كما سمع (وهو طلب مواثبة) لقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة لمن واثبها

علمه

علمه (طلب مواثبة) سمى به للدلالة على غاية التعجيل حتى كان الشفيع ليثب ويطلب روى عبد الرزاق فى مصنفه عن شريح انه قال انما الشفعة لمن واثبها (ثم يشهد) الشفيع (على طلبه) قال قاضيخان اذا صدر منه طلب المواثبة يحتاج الى طلب الاشهاد وانما سمى الثانى طلب الاشهاد لان الاشهاد شرط بل يمكنه اثبات الطلب عند انكار الخصم وكيفية هذا الطلب ان ينهض من مجلس علمه ويشهد على طلبه (عند العقار) لتعلق الحق به (او) عند (ذى يد من بائع) بان كان لم يسلم العقار الى المشترى لان له حينئذ يدا فكان خصما (او) عند (المشترى) ولم يكن ذا يد لان الملك له ويقول الشفيع ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وكنت طلبت الشفعة وانا الآن اطلبها فاشهدوا على ذلك (فان اخر) الشفيع (احدهما) اى احد هذين الطلبين (بطلت) الشفعة اما الطلب الاول فلان مجرد السكوت فيه ساعة دليل الاعراض ودليل الشىء كصريحه واما الطلب الثانى فلان مدته مقدرة بالتمكن منه نفيا للضرر عن المشترى (ثم يطلب) الشفيع (عند القاضى) ويسمى طلب الخصومة وبتاخيره لا يبطل طلب الشفعة عند ابى حنيفة رحمه الله وهو رواية عن ابى يوسف رحمه الله وفى الهداية والكافى وعليه الفتوى (وبتاخيره شهرا) من غير عذر مرض اوحبس وفى نسخة وتاخيره شهرا (تبطل عند محمد) وهو قول زفر واختيار الكرخى (وبه) اى بقول محمد (يفتى) اليوم والمعنى ان تصحيح صاحب الذخيرة والمفتى قاضيخان فى جامعه الصغير اصح من تصحيح غيرهما (فاذا طلب) الشفيع عند القاضى (سأل القاضى الخصم) عن ملك الشفيع ما يشفع به فان انكر الخصم انه ملكه كلف القاضى الشفيع باقامة البينة على انه ملكه وقال زفر وهو رواية عن ابى يوسف لا يكلف على ذلك لان اليد دليل الملك فان عجز الشفيع عن اقامة البينة استحلف القاضى الخصم عند ابى يوسف انه ما يعلم ان الشفيع مالك لما يطلب به الشفعة وعند محمد استحلفه على البتات فيحلف بالله ما الشفيع بمالك لما يطلب به الشفعة (فان اقر) الخصم (بملك) الشفيع (ما يشفع به اونكل) الخصم (عن الحلف على العلم) على احد (بانه) اى الشفيع (مالكه) اى مالك لما يشفع به (اوبرهن الشفيع) على ملكه لما (ثم يشهد على طلبه) وهو طلب التقرير والاشهاد لانه يحتاج اليه لاثباته عند القاضى ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعده الى طلب الاشهاد والتقرير حتى لو سمع الشراء بحضرة البائع اوالمشترى او الدار وطلب المواثبة واشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين (عند العقار) لتعلق الحق به (او عند ذى يده) اى صاحب يد العقار (من بائع) اى اذا كان المبيع فى يده (او مشتر) اى ان قبضه لان الملك له فاذا فعل ذلك استقرت شفعته ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن حتى لو لم يطلب بعدما تمكن من الطلب الثانى عند الدار او البائع او المشترى بطلت شفعته وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابى يوسف انه يشترط تسمية المبيع وتحديده (فان اخر احدهما) اى احد الطلبين (بطلت) الشفعة كما ذكرنا (ثم يطلب عند القاضى) وهو طلب الخصومة والتملك (وبتاخيره) اى بتاخير هذا الطلب بغير عذر كالمرض ونحوه (شهرا تبطل) الشفعة عند محمد رح وهو قول زفر رح لانه لو لم يسقط حقه بتاخير الخصومة يتضرر المشترى فانه يتعذر عليه التصرف لمخافة ان ينقض الشفيع تصرفه وقدر بشهر لانه فى حكم الاجل وما دونه عاجل (وبه يفتى) وعند ابى حنيفة رح وهو رواية عن ابى يوسف لا تسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب وهو ظاهر الرواية وذكر فى الهداية والكافى ان الفتوى على قول ابى حنيفة لكن ماذكره المص رح اختيار شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه ومثله فى فتاوى قاضيخان والخلاصة وعن ابى يوسف رح انه اذا ترك المخاصمة اختيارا فى مجلس من مجالس القضاء تبطل الشفعة

(فاذا) تقدم الشفيع الى القاضى وادعى الشراء و(طلب الشفعة) وصورة ذلك ان يقول الشفيع للقاضى ان فلانا اشترى دارا وبين مصرها ومحلتها وحدودها وانا شفيعها بدار لى وبين حدودها فمره بتسليمها الى وبعد ذلك (سأل القاضى) الخصم مالكية الدار المشفوع بها (فان اقر بملك ما يشفع به) او انكر واستحلف (ونكل عن الحلف على العلم بانه مالكه) وانما يحلف على العلم لانه حلف على مافى يد غيره وهذا قول ابى يوسف وعند محمد يحلف على البتات (اوبرهن الشفيع) على ان الدار التى يشفع بها ملكه

يشفع به وحينئذ (سأله) اى القاضى الخصم (عن الشراء) فان انكر امر القاضى الشفيع باقامة البينة فان عجز الشفيع عن البينة استحلف الخصم ان كان المشترى بالله ما اشتريت هذه الدار وان كان البايع بالله ما بعت هذه الدار (فان اقر) الخصم (به) اى بالشراء (اونكل عن الحلف اوبرهن الشفيع) على الشراء (قضى) القاضى (له) اى للشفيع (بها) اى بالشفعة لثبوتها وينبغى للقاضى قبل سؤال الخصم ان يسأل الشفيع عن موضع الدار من مصرها ومحلتها وحدودها لانه ادعى حقافيها فصار كما لوادعى ملك رقبتها فاذا بين سأله هل قبض المشترى الدار ام لا لانه اذا لم يقبضها لا يصح دعواه على المشترى حتى يحضر البائع فاذا بين سأله عن سبب شفعته وحدود ما يشفع به لان الناس يختلفون فيه فلعل دعواه سبب غير صالح اولعله محجوب بغيره فاذا بين سببا صالحا وانه غير محجوب بغيره سأله متى علم وكيف صنع حين علم لان الشفعة تبطل بطول الزمان وبالاعراض وبما يدل عليه فاذا بين سأله عن طلبه الاشهاد كيف كان وعند من اشهد وهل كان الذى اشهد عنده اقرب من غيره فاذا بين ولم يخل بشئ من الشروط تمت دعواه فيسأل الخصم حينئذ كما مر (فلزمه) اى اذا قضى القاضى بالشفعة لزم الشفيع (احضار الثمن) من غير مهلة (و) حبس المشترى (الدارله) اى لاجل الثمن حتى يدفعه الشفيع اليه (ولا يسمع) القاضى (البنية على بايع) لم يسلم العقار الى المشترى (حتى يحضر المشترى فيفسخ) القاضى البيع (بحضوره ويقضى بالشفعة) لان الملك للمشترى واليد للبائع والقاضى يقضى بهما للشفيع فلابد من حضورهما قيد بالبائع لان المشترى الذى سلم البائع اليه العقار اذا خاصمه الشفيع لا يشترط فى سماع البينة عليه حضور البائع لان حكم العقد فى حق البائع قد انتهى بالتسليم الى المشترى فصار البائع كاجنبى آخر وقيدنا البائع بكونه لم يسلم العقار الى المشترى لان الذى سلمه اليه لا يسمع القاضى البينة عليه اصلا ولا يكون خصما للشفيع وفى قوله فيفسخ بحضوره اشارة الى علة اخرى وهى ان البيع اذا كان ينفسخ فى حق المشترى فلابد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه (والعهدة) اى ويقضى بعهدة الحقوق فيما اخذ الشفيع بخاصمة البائع (على البائع) فعليه التسليم وضمان الثمن عند الدرك وقال الشافعى العهدة على المشترى سواء اخذها من يد البائع

(ثم سأله) القاضى الخصم (عن الشراء) هل اشترى ام لا (فان اقربه) اى بالشراء (او) انكر واستحلف و(نكل عن الحلف) بالله ما اشتريت هذه الدار او بالله ما استحق فى هذه الدار الشفعة وانما يحلف على البتات لانه حلف على فعل نفسه (اوبرهن الشفيع) على الشراء (قضى له بالشفعة فلزمه احضار الثمن) وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد رح انه لا يقضى القاضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن رح عن ابى حنيفة رح (و)اذا قضى بالشفعة قبل احضار الثمن فللخصم ان(يحبس الدار له) اى لقبض الثمن لانهما نزلا منزلة البائع والمشترى والشفيع ان يخاصم البائع اذا كان المبيع فى يده لان البائع يصير مستحقا عليه يدا فكانت الخصومة من قبله كالمالك(و)لكن(لايسمع)القاضى (البينة على البائع) فى يده المبيع (حتى يحضر المشترى فيفسخ البيع بحضوره)لان الملك للمشترى واليد للبائع والشفيع يريد استحقاقهما جميعا والقاضى يقضى بهما للشفيع فيشترط حضورهما بخلاف ما اذا كان المبيع فى يد المشترى حيث لا يشترط حضور البائع لان حكم العقد فى حق البائع قد انتهى بالتسليم الى المشترى فصار بائعه كاجنبى اخر(ويقضى بالشفعة والعهدة على البائع) فيجب عليه تسليم المبيع وعند استحقاق المبيع ضمان الثمن على البائع فيطلب منه وقال الشافعى رح العهدة على المشترى بكل حال سواء اخذها من يد البائع اومن يد المشترى

البائع او المشترى لان حقوق العقد عنده ترجع الى المالك (وللشفيع) اذا قضى القاضى له بالشفعة ولم يكن راى المبيع (خيار الرؤية و) له اذا وجد به عيبا خيار (العيب) فيرد ان شاء (وان شرط المشترى) للبائع (البراءة منه) من العيب لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الاترى انه مبادلة مال بمال فيثبت للشفيع فيه خيار الرؤية والعيب كما فى الشراء ولا يسقط ماله من خيار الرؤية برؤية المشترى ولا ماله من خيار العيب بشرط المشترى للبائع البراءة منه لانه لا يملك اسقاط حق الشفيع (والقول للمشترى) اى اذا اختلف مع الشفيع (فى الثمن) لان الشفيع يدعى استحقاق العقار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه (وبينة الشفيع) اذا اقام كل منهما بينة على صحة قوله (احق من بينته) اى المشترى وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله بينة المشترى احق لانها اكثر اثباتا فصارت كبينة البائع اذا اختلف مع المشترى فى قدر الثمن ولهما انه لاتنافى بين البينتين فى حق الشفيع لاحتمال انه اشترى مرة بالاقل ومرة بالاكثر وللشفيع ان يأخذ بايهما شاء (ولو ادعى المشترى ثمنا) ادعى (بائعه) ثمنا (اقل منه اخذ) الشفيع العقار (بقوله) اى بقول البائع (قبل القبض) اى قبل قبض البائع الثمن لان الثمن ان كان كما قال البائع فظاهر وان كان كما قال المشترى فقد حط البايع من الثمن والحط عن المشترى حط عن الشفيع قيد ما ادعاه البائع بكونه اقل مما قال المشترى لانه لو كان اكثر تحالفا وترادا وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك لان النكول بمنزلة الاقرار مما يدعيه صاحبه وان حلفا فسخ القاضى العقد بينهما واخذها الشفيع بما قال البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع كما لو رد عليه بعيب بقضاء قاض (و) اخذ الشفيع العقار (بقول المشترى بعلة) اى بعد قبض البايع الثمن (و) اخذ الشفيع (فى حط بعض الثمن) سواء كان الحط قبل اخذ الشفيع او بعده (اوفى زيادته) اى زيادة

(و) اذا قضى (للشفيع) بالمبيع فله الرد بسبب (خيار الرؤية والعيب وان شرط المشترى البراءة عنه) لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء لتحول الصفقة اليه فيثبت له الخيار ولا يسقط بشرط البراءة من المشترى ولا برؤيته لان المشترى ليس بنائب عن الشفيع (و) ان اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن يكون (القول للمشترى) مع يمينه (فى) قدر (الثمن) لان الشفيع يدعى حق الاخذ عند نقد الاقل والمشترى ينكر والقول للمنكر مع يمينه (و) لو اقاما البينة يكون (بينة الشفيع احق من بينته) اى بينة المشترى وقال ابو يوسف والشافعى رح بينة المشترى احق لانه يثبت الزيادة وبينة مثبت الزيادة اولى ولابى حنيفة ومحمد رح ان بينة الشفيع احق لانه لاتنافى بين البينتين فى حق الشفيع لاحتمال انه اشترى مرتين مرة بالاقل ومرة بالاكثر وللشفيع ان يأخذ بايهما شاء (ولو ادعى المشترى ثمنا وبائعه اقل منه اخذ) الشفيع (بقوله) اى بقول البائع (قبل القبض) اى قبل قبض البائع الثمن سواء كان المبيع فى يده اوفى يد المشترى لان الثمن ان كان كما قال البائع فظاهر وان كان اكثر كما قال المشترى فقد حط البائع الثمن عن المشترى والحط عنه حط عن الشفيع (واخذ) الشفيع (بقول المشترى) ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع (بعده) اى بعد قبض البائع الثمن لان حكم البيع فى حق البائع قد انتهى بوصول الثمن اليه فصار هو كاجنبى اخر فلا يقبل قوله بعد ذلك فى مقدار الثمن وبقى الاختلاف بين الشفيع والمشترى فيكون القول للمشترى مع يمينه كما مر وانما قال وبائعه اقل منه اذلو ادعى البائع الاكثر يتحالفان اى البائع والمشترى ويترادان

وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الاخر فيأخذ الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضى العقد بينهما واخذ الشفيع بما قال البائع لان فسخ العقد لا يوجب بطلان حق الشفيع واذا حط البائع عن المشترى بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع (واخذ) المبيع بالاقل (فى حط) بعض (الثمن) خلافا للشافعى رح وكذا اذا اخذ الشفيع بالثمن ثم حط البائع عن المشترى بعض الثمن فانه يحط ذلك عن الشفيع ايضا حتى يرجع بذلك القدر على المشترى لانه ظهر انه اخذ منه فوق حقه وان زاد المشترى للبائع فى الثمن لم يلزم الزيادة على الشفيع (و) اخذ المبيع (فى زيادته) اى فى زيادة الثمن

المشترى الثمن (باقلهما) متعلق باخذ وانما اخذ فيهما بالاقل لان الحط من الثمن والزيادة فيه يلتحقان عندنا باصل العقد الا ان الزيادة لا تظهر فى حق الشفيع لتضرره بها وتظهر فى حق المشترى لو لايته على نفسه (و) اخذ الشفيع (فى حط الكل بالكل) لان حط الكل لا يلتحق باصل العقد إذ لو التحق به لكان هبة اوبيعا بلا ثمن وهو فاسد ولا شفعة فيهما (و) اخذ الشفيع (فى الشراء بثمن مثلى) كيلى او وزنى اوعددى متقارب (بمثله) الباء الاولى متعلقة بالشراء والثانية بأخذ المقدر (و) اخذ الشفيع (فى) الشراء (بثمن غيره) اى غير المثلى (بقيمة الثمن) لان الشرع جعل للشفيع ولاية التملك على المشترى بمثل ما يملك به والمثل نوعان كامل وهو صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى والمثلى من النوع الاول وغيره من النوع الثانى فيراعى فى اخذ الشفعة ذلك كما فى الاتلاف (ففى) شراء (عقار بعقار اخذ كل) من العقارين بالشفعة (بقيمة الآخر) لان كلا منهما ثمن للآخر وهو من ذوات القيمة (وفى ثمن) اى واخذ الشفيع فى بيع بثمن (مؤجل بحال) كل من الجارين متعلق باخذ المقدر (اوطلب) الشفعة عطف على اخذ المقدر (فى الحال) بتخفيف اللام بمعنى الوقت (واخذ بعد الاجل) الذى وقع العقد عليه حتى لو لم يطلب فى الحال بطلت شفعته وهذا عند ابى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف اخيرا (و) اخذ الشفيع (فى بناء المشترى وغرسه بالثمن وقيمتهما) اى البناء والغرس (مقلوعين او كلف المشترى قلعهما) وعند ابى يوسف رحمه الله لا يكلفه ولكنه ان شاء اخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعين وان شاء ترك (وليست) الشفعة (الا فى بيع) اى بسبب بيع (اوفى هبة بعوض) اى مصاحبة بعوض فلا شفعة فى دار تزوج الرجل عليها اوخالع المرأة بها اواستأجر بها دارا او غيرها او صالح بها عن دم عمد او اعتق عليها عبدا وقال الشافعى يجب فيها الشفعة لان كلا منها عقد معاوضة فثبتت الشفعة فى العقار المملوك بسببه

(باقلهما) اى باقل الثمنين لان الشفيع ابطال الحق الثابت للشفيع وان حط البائع عن المشترى كل الثمن لم يسقط عن الشفيع (و) اخذ المبيع (فى حط الكل بالكل) اى بكل الثمن لانه لا يلتحق باصل العقد لان حط جميع الثمن لو التحق باصل العقد فاما ان يصير العقد هبة ولا شفعة فى الهبة او يصير بيعا بلا ثمن فيكون فاسدا ولا شفعة فى البيع الفاسد فيؤدى الى ابطال حق الشفيع (و) اخذ الشفيع (فى شراء بثمن مثلى) كالمكيل والموزون والعددى المتقارب (بمثله) لقدرته على المثل الكامل (و) اخذ (فى) الشراء (بثمن غيره) اى غير المثلى كالعروض والعقار (بقيمة الثمن) لعجزه عن المثل الكامل ويعتبر قيمته وقت الشراء لا وقت الاخذ (ففى بيع عقار بعقار اخذ كلا) اى الشفيع كلو احد منهما (بقيمة الاخر) وفى بيع دار بعرض اخذها بقيمة العرض وقال اهل المدينة اخذها بقيمة الدار (و) يختار الشفيع (فى ثمن (مؤجل) بيع دار به ان شاء اخذها (بحال اوطلب) الشفعة (فى الحال و) صبر حتى ينقضى الاجل ثم (اخذ) الدار (بعد الاجل) ولو سكت عن الطلب حتى يطلب بعد الاجل بطلت الشفعة وفى قول ابى يوسف رح الاخر لم يبطل وليس له ان ياخذ فى الحال بثمن مؤجل وقال زفر رح والشافعى رح فى القول القديم ومالك له ذلك وهذا اذا كان الاجل معلوما اما اذا كان الاجل مجهولا نحو الحصاد والدياس وما اشبه ذلك فقال الشفيع انا اعجل الثمن واخذها لم يكن له ذلك لان الشراء بالاجل المجهول فاسد فى حق الشفيع وحق الشفيع لا يثبت فى الشراء الفاسد (و) اذا بنى المشترى فى ف العرصة اوغرس ثم قضى للشفيع بالشفعة ه وبالخيار (فى بناء المشترى وغرسه) ان شاء اخذها (بالثمن وقيمتهما) اى كالبيع قيمة البناء والغرس (مقلوعين او كلف المشترى قلعهما) وعن ابى يوسف رح انه لا يكلف الشفيع بالقلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال مالك رح والشافعى رح (وليست) الشفعة (الا فى بيع صحيح) لان الشفعة انما تثبت عندنا بخلاف القياس بالاثار فى معاوضة مال بمال فيقتصر عليها لانها انما تجب عند رغبة البائع عن تملك الدار والبيع يعرفها الا ترى انه يكتفى بثبوت البيع فى حق البائع ولهذا كان للشفيع ان ياخذ بالشفعة اذا اقر البائع بالبيع وان كذبه المشترى لثبوت البيع باقرار البائع وان لم يثبت ملك المشترى لانكاره (اوفى هبة) مشروطة (بعوض) لانها فى معنى البيع لكن بشرط التقابض وعدم الشيوع فى الموهوب فى عوضه وينبغى ان يكون العوض مشروطا فى العقد وان لم يكن العوض مشروطا فى العقد فلا شفعة خلافا لمالك رح

كالبيع ولنا انها تملكات بسبب لا تثبت فيها خيار الشرط فلا يجب فيها الشفعة كالملك بالهبة المحضة والوصية والميراث (ولا فى شجر) عطف على ما قبله بالمعنى اى ولا شقعة فى نكاح ولا خلع الى اخر العقود التى ليست ببيع ولا هبة بعوض (ولا فى ثمر) بالمثلثة (بيعا) اى الشجر والثمر (قصدا) اى بدون ارض فانهما لو بيعا معها كان فيهما الشفعة تبعا لها وكذا لا شفعة فى بناء بيع قصدا وفيه الشفعة لو بيع مع الارض لان هذه الاشياء نقلية ولا شفعة فى نقلى لان الشفعة انما وجبت فى العقار لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك فى النقلى لا يدوم مثل دوامه فى العقار كما اشار اليه قوله صلى الله تعالى عليه وسلم اللهم انى اعوذ بك من جار السوء فى دار المقامة فان جار البادية يتحول (ولا) شفعة (فى البيع) بسبب البيع (بخيار) للبائع لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه (الا بعد سقوطه) اى سقوط الخيار بان اسقط البائع لان المانع من خروج المبيع عن ملكه قد زال فصار البيع كانه وقع لازما من الاصل قيدنا الخيار بكونه للبائع كما هو الظاهر من البيع بخيار لان خيار المشترى يوجب الشفعة اما عند ابى يوسف ومحمد فلان المشترى صار مالكا اما عند ابى حنيفة رحمه الله فيخرج المبيع عن ملك البائع وحق الشفعة يعتمد انقطاع حق البائع لا ثبوت الملك للمشترى حتى لو اقر البائع بالبيع وانكر المشترى يجب الشفعة (ولا) شفعة (فى البيع) اى فى عقار البيع (الفاسد) اما قبل قبض المبيع فلعدم زوال الملك عنه واما بعد قبضه فلاحتماله للفسخ لان كل واحد من المتعاقدين بسبيل من فسخه اذ فسخه حق الشرع وفى اثبات الشفعة إسقاط حق فسخه وفى اسقاط حق فسخه تقرير فساده (الا بعد سقوط فسخه) فان باعه المشترى من آخر فان فيه الشفعة لان امتناع حق الشفعة انما كان لثبوت حق الفسخ وقد سقط فصار كما لو كان فى البيع خيار البائع فاسقطه (ولا) شفعة (فى رد) اى بسبب رد عقار (بخيار) سواء

(ولا) تجب الشفعة (فى شجر وثمر بيعا قصدا) بلاعرصة ولو بيعا بتبعية العرصة تجب فيهما الشفعة وكذا لا شفعة فى بناء بيع قصدا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة فى السفل وان لم يكن طريق العلو فى السفل لانه التحق بالعقار بماله من حق القرار (ولا فى البيع بخيار) البائع لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملك البائع (الا بعد سقوطه) اى سقوط الخيار لزوال المانع بخروج المبيع عن ملكه وتكلموا فى ان طلب الشفيع يشترط عند البيع ام عند سقوط الخيار والاصح انه يشترط عند سقوط الخيار وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة اما عند ابى يوسف رح ومحمد رح فلانه صار مالكا للمبيع واما عنده فلخروج المبيع عن ملك البائع وحق الشفعة يعتمد على انقطاع حق البائع لا على ثبوت الملك للمشترى كما ذكرنا فان اخذ الشفيع فى ايام الخيار فقد وجب البيع ولا خيار للشفيع لان الخيار لا يثبت الا لمن شرط له والشرط للمشترى دون الشفيع (ولا فى البيع الفاسد) اما قبل القبض فلبقاء ملك البائع فى المبيع واما بعد القبض فلاحتمال الفسخ لان لكل واحد من المتعاقدين فسخه والفسخ مستحق حقا للشرع (الا بعد سقوط فسخه) بان باع المشترى من آخر فحينئذ وجبت الشفعة لان امتناع حق الشفعة انما كان لثبوت حق الفسخ فاذا سقط حق الفسخ وجبت الشفعة وللشفيع ان ياخذه بالبيع الثانى بالثمن المذكور فيه اوينقض البيع الثانى ويأخذه

بالبيع الاول بقيمته لانه اجتمع له سببان فله ان ياخذ بايهما شاء فان اخذ بالثانى اخذ بالثمن لان الشراء الثانى صحيح وان اخذ بالاوّل اخذ بالقيمة لان المبيع فى البيع الفاسد مضمون بالقيمة (ولا فى رد بخيار) اى من اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها للمشترى بخيار رؤية او شرط او عيب بقضاء القاضى فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فيعود الى قديم ملك البائع فلا يتجدد للشفيع حق الشفعة لان الشفعة فى انشاء العقد ولا فرق فى هذا بين

القبض وعدمه

(الا فى خيار العيب) فانه ان ردها (بلا قضاء) فللشفيع الشفعة لان الرد بغير قضاء بمنزلة البيع المبتداء خلافا لزفر رح والمراد بالرد بالعيب بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من كل وجه وان كان بغير قضاء لعدم تمام الملك للمشترى ولهذا يتفرد الراد به من غير ان يحتاج الى رضاء صاحبه اوقضاء قاض (ولا) شفعة (لمن باع) فيما باع وكيلا كان او اصيلا لان اخذه بالشفعة يكون سعيا فى نقض ماتم من جهته وهو مردود شرعا (او) لمن (بيع له) وهو المؤكل فانه اذا وكل وكيلا ببيع داره فباع الوكيل وللمؤكل دار اخرى بجنب الدار المبيعة لا شفعة للمؤكل فان تمام البيع به فانه لولا توكيله لما جاز بيعه (او) لمن (ضمن الدرك) عن البائع وهو شفيع لانه يقرر البيع فكان كالبائع (بل) تجب الشفعة (لمن اشترى) سواء اشترى اصالة او وكالة (او اشترى له) اى لموكل وكل بالشراء لان الشفعة انما تبطل باظهار الرغبة عن الدار لا باظهار الرغبة فيها فلا يكون ابطالا للشفعة وفائدته انه لو كان المشترى او المؤكل بالشراء شريكا فى الدار وللدار شريك اخر فلهما الشفعة ولو كان هو شريكا وللدار جار فلا شفعة للجار مع وجوده (ويبطلها تسليمها بعد البيع) فقط (لا قبله) ولو سلم بعد البيع وهو لا يعلم بالشراء فتسليمه جائز لانه اسقاط فلا يتوقف على العلم (و) يبطلها (الصلح) عن شفعة على عوض (مع بطلانه) اى بطلان الصلح فلا يجب العوض ورده ان اخذه لانه اسقط حقه ولكنه طمع فى غير مطمع فيكون العوض

كان خيار رؤية اوشرط اوعيب (الا) فى رد بسبب (خيار عيب بلا قضاء) لان الشفعة ثبتت فيه خلافا لزفر (ولا) شفعة (لمن باع) سواء كان وكيلا او اصيلا لان اخذه بالشفعة سعى فى نقض ماتم به وهو الملك للمشترى وسعى الانسان فى نقض ما تم به مردود (اوبيع له) اى ولا شفعة لمن بيع لاجله وهو الموكل لان تمام البيع له اذ لو لا توكيله لما جاز ذلك البيع (اوضمن الدرك) اى ولا شفعة لمن ضمن عن البائع ما يلحقه فى ذلك البيع لان فى ضمانه تقريرا للبيع فكان كالبائع (بل) الشفعة (لمن) اى الشفيع (شرى اواشترى له) واجاز لان الشفعة تبطل باظهار الشفيع الرغبة عن المشفوع ولا يبطل باظهار الرغبة فيه وفى الشراء اظهار الرغبة فيه فلا يكون ابطالا للشفعة وفى البيع اظهار الرغبة عنه فيكون ابطالا لها وفائدة ذلك انه لو كان المشترى اوالموكل بالشراء شريكا فى الدار ولها شريك آخر فلكل منهما الشفعة ولو كان هو شريكا وللدار جار فلا شفعة للجار (ويبطلها) اى الشفعة (تسليمها بعد البيع) لان الشفيع اسقط حقه بعد تقرر سببه (لاقبله) اى لا يبطل الشفعة تسليمها قبل البيع لانه اسقطها قبل وجود سببها ان كان سببها البيع وقبل وجود شرطه ان كان سببها اتصال الاملاك والبيع شرطه وهو الصحيح (و) يبطلها (الصلح) اى صلح الشفيع عن شفعة على عوض (مع بطلانه) اى بطلان الصلح لانه اسقطها باختياره فيرد العوض لانه اخذه بغير استحقاق لان المال لا يستحق الا بمقابلة ملك وحق الشفعة ليس بملك بل حق تملك فلا يصح الاعتياض عنه (و) يبطلها (موت الشفيع) بعد البيع قبل القضاء بالشفعة ولا ينتقل حق الاخذ بالشفعة الى وارثه وقال مالك والشافعى ينتقل لانه حق ثبت لازالة الضرر عن المال فكان موروثا ولنا ان حق الشفعة حق تملك وهو وصف قائم بالشفيع فلا ينتقل الى وارثه بعد موته قيدنا بقبل القضاء بالشفعة لان موت الشفيع لو كان بعد القضاء قبل نقد الثمن وقبض المبيع لا يبطل شفعته والبيع لازم لوارثه (لا المشترى) اى لا يبطل الشفعة موت المشترى لان المستحق

باق

رشوة (و) يبطلها (موت الشفيع) بعد البيع قبل القضاء بالشفعة ولم يكن لوارثه حق الاخذ بالشفعة وقال الشافعى رح يورث عنه حق الاخذ بالشفعة لانها حق المورث فيخلفه وارثه فى حقوقه ولنا ان حق الشفعة حق التمليك وهو قائم بالشفيع فلا يبقى بعد موته واما ان مات بعد القضاء بالشفعة قبل نقد الثمن لا تبطل شفعته وتصير لورثته (لا) يبطل الشفعة (موت المشترى) لان المستحق باق وبموت المستحق عليه لم يتغير سبب

الاستحقاق

(و) يبطلها (بيع ما يشفع به) المشترى بعد شراء المشترى سواء علم بالشراء اولا (قبل القضاء) بالشفعة لان الاستحقاق بالجوار او الشركة وقد زال قبل التملك بخلاف ما لو باع الشفيع داره على انه بالخيار بعد شراء المشترى فانه يكون على الشفعة لان الملك لم يزل (ويشفع) حصة (احد) الجماعة (المشترين) اى اذا اشترى خمسة مثلا دارا من رجل فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم وترك الباقى لانه ليس فى هذا الاخذ ضرر بتفريق الصفقة على المشترين لان الشفيع يقوم مقام احد المشترين ولا فرق فى هذا بين ما قبل القبض وبعده وهو الصحيح (وروى الحسن عن ابى حنيفة رح انه فصل بين القبض وعدمه فقال ان

اخذ قبل القبض نصيب احدهم ليس له ذلك وبعد القبض له ذلك لانه متى اخذ قبل القبض نصيب احدهم من يد البائع يتضرر البائع بتفريق اليد بخلاف ما بعد القبض لانه ليس فى ذلك يد البائع ولكنا نقول قبل القبض لا يمكن اخذ نصيب احدهم اذا نقد الشفيع ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته لئلا يؤدى الى تفريق اليد على البائع كاحد المشترين (الا) يشفع نصيب (احد) (الجماعة الباعة) اى ان اشترى رجل دارا من خمسة مثلا اخذ الشفيع كلها اوتركها وليس له ان ياخذ البعض دون البعض لانه تفريق الصفقة على المشترى وثمنه لا يتفرق وايضا يتحقق فى الاول دفع ضرر الجار لا فى الثانى وقال الشافعى رح له ان يأخذ حصة احدهم كما فى الفصل الاول (فان) سمع الشفيع ان المشترى زيدا و(سلم) الشفعة (بشراء زيد فظهر شراء غيره) فهو على شفعته لتفاوت الناس فى الجوار فالرضاء بجوار زيد لا يكون رضاء بجوار غيره ولو ظهر ان المشترى زيد وغيره فله ان يأخذ نصيب غير زيد لان التسليم لم يوجد فى حق غيره او سمع (الشراء بالف) درهم وسلم الشفعة (فظهر) الشراء (باقل) من الف (او بمثلى) كحنطة او شعير وقيمتهما الف او اكثر فتسليمها باطل (و) لا تسقط الشفعة الا ان سمع الشراء بالف وسلم الشفعة (ثم ظهر انه بقيمى) كعرض (قيمته الف) او اكثر فانه لا تبقى له الشفعة لان الشفيع انما يأخذ ههنا بقيمة العرض فان كانت قيمته الفا فقد سلم المبيع به وان كانت قيمته اكثر فتسليمه المبيع بالالف تسليم بالاكثر بالطريق الاولى ولو ظهر ان المبيع بدنانير قيمتها الف او اكثر صح التسليم وبطلت الشفعة وان كانت اقل فهو على شفعته وقال زفر رح له الشفعة فى الوجهين والاصل ان الغرض فى الشفعة يختلف باختلاف قدر الثمن وجنسه والمشترى فاذا سلم على بعض الوجوه ثم ظهر خلافه بقيت الشفعة بحالها كما كانت لان التسليم لم يوجد على الوجه الذى استحقه (واذا باع دارا الا مقدار ذراع فى طول الحد الذى يلى الشفيع فلا شفعة له لعدم الجوار وهذه حيلة فى اسقاط الشفعة وكذا الوهب له قدر ذراع من الجانب الذى هو متصل بملك الجار ثم يبيع ما بقى منه فلا تجب الشفعة للجار لان ملكه لا يلاقى المبيع ثم الحيلة لاسقاط الشفعة الثابتة لا شك انه مكروه وذلك ان يقول المشترى للشفيع انا ابيع الدار منك بما اخذت فلا فائدة لك فى الاخذ بالشفعة فقال الشفيع نعم تسقط الشفعة واما الحيلة لئلا تجب الشفعة فعند ابى يوسف رح لا تكره وعند محمد رح تكره وعلى هذه الحيلة لاسقاط الزكوة لكن المشائخ يفتون على قول ابى يوسف رح فى الحيلة لاسقاط الشفعة وعلى قول محمد رح فى الحيلة لاسقاط الزكوة

باق وبموت المستحق عليه لم يتغير الاستحقاق بخلاف موت المستحق وهو الشفيع لان السبب الذى يأخذ به وهو ملكه زال بموته والثابت للوارث جوار اوشركة حادثة بعد البيع فلا يستحق به الشفعة (و) يبطلها (بيع) الشفيع (ما يشفع به) بلاخيار للبائع (قبل القضاء) له بالشفعة لان الاستحقاق بالجوار اوبالشركة وقد زال قبل التملك قيدنا بعدم خيار البائع لان الشفيع لو باع ما يشفع به على انه بالخيار لا يبطل شفعته لان ملكه لم يزل فوجد سبب الشفعة وهو الاتصال بملكه (وشفع) اى اخذ الشفيع بالشفعة (حصة احد المشترين) من بائع واحد لان هذا الاخذ ليس فيه ضرر التفريق لقيام الشفيع مقام المأخوذ حصته والصحيح ان لا فرق بين قبل القبض وبعده (لا احد الباعة) اى ولا يأخذ الشفيع حصة احد البائعين من مشتر واحد بل اما ان يأخذ المشفوع كله اويترك كله لان فى اخذ حصة احد الباعة اضرارا بالمشترى بتفريق الصفقة عليه (فان سلم) اى اذا اخبر الشفيع بان المشترى زيد فسلم (شراء زيد فظهر شراء غيره او) بلغه ان الثمن الف فسلم (الشراء بالف فظهر) انه (باقل اوبمثلى) قيمته الف او اكثر (لا تسقط) الشفعة اما اذا ظهر ان المشترى غير زيد فلتفاوت الناس فى الجوار والشركة واما اذا ظهر ان الثمن اقل او انه مثلى فلان تسليمه فى كثرة الثمن لا يدل على تسليمه فى قلته وتسليمه فى احد الجنسين لا يكون تسليما فى الآخر اذ ربما يتعذر عليه ما سلم فيه ويسهل عليه الآخر (لا ان ظهر) ان الشراء (بقيمى قيمته الف او اكثر)

فان شفعته يسقط لانه انما يأخذ القيمى بقيمة دراهم او دنانير ولو بلغه ان المشترى زيد فظهر انه زيد وعمرو فله ان يأخذ نصيب عمر ولان التسليم لم يوجد فى حقه ولو باعها الا ذراعا من جانب الشفيع بطول الحد الذى يليه امتنعت الشفعة لا نقطاع الجوار وهذه حيلة لا سقاط الشفعة وان ابتاع سهما منها ثم ابتاع بقيتها تجب الشفعة فى السهم الاول فقط لان الشفيع جار الا ان المشترى فى الثانى شريك لانه حين اشترى الباقى كان شريكا بشراء الجزء الاول واستحقاق الشفيع الجزء الاول لايبطل شفعة المشترى فى الجزء الثانى قبل الخصومة لكونه فى ملكه بعد فيتقدم على الجوار وان ابتاعها بثمن غال ثم دفع ثوبا عن الثمن يؤخذ بالثمن لا بالثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار وهذه حيلة لتقليل الرغبة فى الشفعة وهى نعم الجوار والشركة والله تعالى اعلم

كتاب القسمة

(هى) لغة اسم للاقتسام وشرعا (تعيين الحق الشائع) وجوازها بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب تلويحا فقوله تعالى (نحن قسمنا بينهم) وتصريحا قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شئ فان لله خمسه) الآية ولا يعلم الخمس من الاربعة اخماس الا بالقسمة وقوله سبحانه (ونبئهم ان الماء قسمة بينهم) الآية (ولها شرب ولكم شرب يوم معلوم) والمناوبة فى الشرب قسمة فيه واما السنة فانه صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر بخيبر وغنائم اوطاس باوطاس وغنائم بنى المصطلق بمياههم وروى ابو داود والترمذى وابن ماجه عن عبد الله بن محمد ابن عتيك عن جابر بن عبدالله ان امرأة سعد بن الربيع قالت يارسول الله ان سعدا هلك وترك ابنتين واخاه فعمد اخوه بقبض ما ترك سعد وانما تنكح النساء على اموالهن فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادعى الى اخاه فجاء فقال ادفع الى ابنتين الثلثين والى امرأته الثمن ولك مابقى واما الاجماع فلتوارث الامة القسمة من غير نكير احد من الائمة ثم سببها طلب احد الشركاء الانتفاع بنصيبه بالخلوص ويشتمل على الافراز والمبادلة فى المثليات والقيميات لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقى من حقه فى نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا (وغلب) على

المبادلة

كتاب القسمة

(هى) فى اللغة اسم من الاقتسام يقال اقتسموا المال بينهم وفى الشرع (تعيين الحق الشائع) وهى لاتعرى عن معنى الافراز والمبادلة

المبادلة (فيها الافراز) اى تميز عين حقه (فى المثلى) وهو الكيلى والوزنى والعددى المتقارب لعدم التفاوت بين ابعاض كل من هذه الامور لان ما يأخذه الشريك مثل حقه صورة ومعنى فامكن ان يجعل عين حقه كما فى القرض وقضاء الدين (و) غلب فيها (المبادلة فى غير المثلى) وهو الثياب والحيوان والعقار لوجود التفاوت بين ابعاضها فلا يمكن ان يجعل كانه اخذ عين حقه (فياخذ كل) من الشركاء (حصته بغيبة صاحبه) يعنى شريكه وفى بعض النسخ بغيبة الآخر (ثمة) اى فى المثلى وهو بفتح المثلثة اسم اشارة للمكان ولو كانت القسمة فيه مبادلة لم يؤخذ لعدم العلم برضا صاحبه لان رضا العاقدين شرط للمبادلة (لاهنا) اى لا يأخذ احد من الشركاء فى غير المثلى حصته بغيبة صاحبه ولو كانت القسمة فيه افرازا لكان له ذلك (وندب نصب قاسم) بين الناس (يرزق من بيت المال ليقسم بينهم بلا اجر) لان منفعتها تعود الى العامة فيكون كفايته من بيت المال كفقة القضاة والمقاتلة والمفتين (وان نصب) قاسم (باجر) على المتقاسمين (صح) لان النفع لهم والاول اوفق للناس وابعد عن التهمة (وهو) اى الاجر اذا نصب قاسم باجر (عدد الرؤس) عند ابى حنيفة رحمه الله وعلى قدر الانصباء عند ابى يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله وهو رواية ابى حنيفه رحمه الله لانه مؤنة للملك فيقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك وهذا لان منفعة نصيب صاحب الكثير اكثر من منفعة صاحب القليل والغرم بالغنم ولابى حنيفة رحمه الله ان الاجر مقابل للتميز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد يعكس الامر فتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التميز واجرة حفر البئر بمقابلة نقل التراب ونفقة المملوك لابقاء الملك وحاجة صاحب الكثير الى ذلك اكثر من حاجة صاحب القليل واما اجرة الكيال والوزان فقال بعض المشايخ هو على الخلاف ان كان الكيل والوزن للقسمة لان الكيال والوزان بمنزلة القاسم وان لم تكن لها بان اشتريا مكيلا اوموزونا مجازفة اثلاثا اوارباعا وامر انسانا بكيله ليصير الكل معلوم القدر فالاجر بقدر الانصباء لان الاجر فى الكيل والوزن للعمل وهو لصاحب الكثير اكثر (ويجب كونه) اى القاسم (عدلا) دينا امينا (عالما بها)

(ولكن غلب فيها الافراز فى المثلى) كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة لعدم التفاوت بين ابعاضها فكان ما يأخذ كل شريك مثل حقه صورة ومعنى فامكن ان يجعل عين حقه الاترى ان لاحدهما ان ياخذ نصيبه عند غيبة صاحبه ولو كان مبادلة لشرط رضاه (و) غلب فيها (المبادلة فى غيره) فى غير المثلى كالحيوانات والعروض لوجود التفاوت بين ابعاضها فلا يمكن ان يجعل كل شريك كانه اخذ عين حقه ولهذا لا يقدر احدهما ان ياخذ نصيبه عند غيبة صاحبه (فياخذ كل شريك حصته بغيبة صاحبه ثمه) اى فى المثلى (لا ههنا) اى فى غير المثلى كما ذكرنا (وندب) للقاضى (نصب قاسم يرزق من بيت المال ليقسم بين الناس بلا اجر) لان القسمة فصل الخصومة لان تمام انقطاع المنازعة يكون بالقسمة فاشبه القضاء من هذا الوجه فالاولى ان يجعل كفايته فى بيت المال كرزق القاضى (وان) لم يفعل ذلك بل (نصب) قاسم يقسم (باجر) على المتقاسمين (صح) لان المنفعة حصلت لهم فيكون الغرم عليهم ويقدر باجر مثله كيلا يتحكم القاسم بالزيادة عليهم (وهو) اى اجرة القاسم (على عدد الرؤس) للشركاء عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله على قدر الانصباء وهو قول الشافعى رحمه الله لان هذه مؤنة تلحقهم بسبب الملك ولابى حنيفة رحمه الله ان المعقود عليه التمييز والاجر مقابل به وتمييز الاقل كتمييز الاكثر بل قد يكون العمل فى معرفة الاقل اكثر لان الحساب يدق لقلة النصيب وقد ينعكس فاعتبر نفس التمييز (ويجب كونه) اى القاسم (عدلا) ليعتمد على قوله (عالما بها) اى بالقسمة ليقدر عليها

(ولا يعين) قاسم (واحد) لها اى لا يجبر القاضى الناس على قاسم واحد بان يستاجروه لان القاسم لو تعين يتضرر الناس لان تعيينه يفضى الى غلاء الاجر (ولا يشترك القسام) كيلا يتواضعوا على غلاء الاجر بخلاف ما اذا لم يشتركوا لانه رح يتسارع كل قاسم الى القسمة باجر يسير حذرا عن الفوات (وقسم بطلب احدهم) اى احد الشركاء (ان انتفع كل) شريك) (بحصته بعد القسمة) لان فى القسمة تكميل المنفعة (و) قسم (بطلب صاحب الكثير فقط) دون صاحب القليل (ان لم ينتفع) الشريك (الاخر) وهو صاحب القليل (لقلة حصته) كذا ذكره الخصاف رح وهو الاصح لان الاول يطلب من القاضى ان يخصه من الانتفاع بملكه ويمنع غيره وهذا طلب الانصاف لا التعنت فعلى القاضى ان يجيبه (واما الثانى فمتعنت فى طلب القسمة والقاضى يجيب المتعنت بالرد وذكر الجصاص على عكس هذا وذكر الحاكم الشهيد رح فى مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضى (ولم يقسم الا بطلبهم) ورضاهم (ان تضرر كل) واحد (للقلة لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفى هذه القسمة تفويتها لكن تجوز برضاهم لان الحق لهم وهم اعرف بشانهم اما القاضى فيعتمد الظاهر (ولا) يقسم (الجنسان جبرا فيقسم القاضى كل موزون ومكيل ومعدود متقارب وتبر الذهب والفضة والنحاس والابل والغنم بانفرادها ولا يقسم شاة وبعيرا جبرا قسمة جمع بان يجمع نصيب احدهم فى الشاة خاصة ونصيب الاخر فى البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا وكذلك البعير وغيره (ولا) يقسم (الرقيق) جبرا عند ابى حنيفة رح وقالا يقسم لاتحاد الجنس كالابل والغنم (وله ان التفاوت فى الادمى فاحش لتفاوت المعانى الباطنة كالذهن والكياسة فلا يجوز الاجبار على القسمة (ولا الجواهر) كاللالى والياقوت وقيل لا يقسم الكبار منها لفحش التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل الجواب مجرى على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق فالاولى ان لا يجبر فيها على القسمة (ولا الحمام) ولا البئر ولا الرحى وكذا الحائط بين الدارين لان القسمة لتكميل المنفعة فاذا لم يبق كل نصيب منتفعا به لا يقسم القاضى (الا برضاهم) استثناء من قوله ولا يقسم الجنسان الى اخره وذلك لالتزامهم الضرر بانفسهم اى بالقسمة لانه يعتمد على قوله وذا لعدالة والامانة ولابد من قدرته على القسمة وهى بالعلم بها (ولا يعين) قاسم (واحد) اذا كان الاجر على المتقاسمين لانه يتحكم بالزيادة على اجر مثله فيتضرر به الناس (ولا يشترك القسام) لئلا يتواضعوا على مغالاة الاجر فيحصل الاضرار بالناس بخلاف ما اذا يشتركوا فان كل قاسم يسارع حينئذ الى الاجر اليسير حذرا من الفوت فيرخص الاجر (وقسم بطلب احدهم) جبرا على الآبى (ان انتفع كل) منهم (بحصته) لان فى القسمة تكميل المنفعة فكانت حقا لازما فيما يقبلها بعد طلب احدهم (و) قسم (بطلب ذى الكثير فقط ان لم ينتفع الآخر) اى ذو القليل (لقلة حصته) كذا ذكر الخصاف ووجهه ان صاحب الكثير منتفع بنصيبه فاعتبر طلبه وصاحب القليل غير منتفع بنصيبه فلم يعتبر طلبه وتوضيحه ان الاول يطلب من القاضى ان يخشه بالا نتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه وهذا طلب انصاف لا تعنت فعلى القاضى ان يجيبه الى ذلك ولا يعتبر تضرر الآخر لانه يريد ان ينتفع بملك شريكه وله ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه واما الثانى فمتعنت فى طلب القسمة والقاضى يجيب المتعنت بالرد وتعذر الا نتفاع بنصيبه لقلته لا لمعنى من جانب صاحب الكثير ثم العكس والا طلاق روايتان والاصح الاول كما فى المبسوط وغيره (ولا يقسم) المشترك فيه بين الشريكين (الا بطلبهم) كلهم (ان تضرر كل) اى كل واحد منهم (للقلة) اى لقلة حصته لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفى هذه القسمة تفويتها وان جازت بطلبهم لان الحق لهم وهم اعرف لشأنهم وفى شرح الكنز لكن القاضى لا يباشر ذلك وان طلبوا منه لان القاضى لا يشتغل بما لا فائدة فيه ولا سيما اذا كان فيه ضرر واضاعة مال لان ذلك حرام ولا يمنعهم من ذلك لان القاضى لا يمنع من اقدام على اتلاف ماله (ولا) يقسم (الجنسان) من العروض (و) لا (الرقيق) (و) لا (الجواهر) (و) لا (الحمام) وفى معناه البئر والرحى (الا برضاهم) اما الجنسان فلانه لا اختلاط بينهما فلا يقع القسمة فيهما تميزا بل معاوضة وسبيلها التراضى دون جبر القاضى واما الرقيق فقال ابو يوسف ومحمد ومالك

والشافعى رحمهم الله يقسم لا تحاد الجنس وكون التفاوت فى القيمة وهو لا يمنع صحة القسمة كما فى الابل والغنم ولذا يقسم الرقيق فى الغنيمة بين الغانمين كسائر الاموال ولابى حنيفة ان التفاوت فى الرقيق اظهر منه فى الاجناس المختلفة فانها قد تتفاوت فى المالية والرقيق يتفاوت تفاوتا فاحشا ثم قسمة الجبر لا يجرى فى الاجناس المختلفة فكذا فى الرقيق وهذا لان حق الغانمين فى المالية دون العين حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها بينهم فكان المعتبر ايصال مقدار من المالية الى كل واحد واما شركة الملك فحق الشركاء فى العين والمالية وللامام حق التمييز بالقسمة على طريق المعادلة وليس له ولاية المعاوضة فاذا تعذر اعتبار المعادلة هـنا بطريق التمييز لا يثبت للقاضى ولاية الا جبار على القسمة واما الجواهر فلان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق واما الحمام ونحوها من البئر والرحى والحايط بين دارين فلان القسمة لتكميل المنفعة واذا لم يبق كل نصيب منتفعا به بعد القسمة انتفاعا مقصودا لا يتحقق معنى القسمة فلا يقسم القاضى بخلاف التراضى لا لتزامهم الضرر (ودور) سواء كانت فى مصر او مصرين وهو مبتدا (مشتركة) بفتح الراء صفته (اودار وضيعة اودار وحانوت) عطف والخبر (قسم كل) اى كل واحدة (وحدها) ولم يجمع نصيب احدهم فى احدها اما الدار والضيعة والدار والحانوت فبالاتفاق لاختلاف الجنس واما الدور فما ذكر قول ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم الدور بعضها فى بعض اذا كان فى مصر واحد وكانت القسمة خيرا لهم (وصحت) قسمة الدور المشتركة وما ذكر معها (بالتراضى) على جمع نصيب احد الشركاء فى احدها لان فى القسمة معنى المبادلة فيصح بالتراضى كسائر المعاوضات (الا عند صغر احدهم) فلا يصح الا بامر القاضى لان تصرف الصغير لا ينفذ ولا ولاية لهم عليه (وقسم نقلى) اى منقول (يدعون ارثه بينهم) لان فى القسمة نظرا لاحتياجه الى الحفظ ولانه مضمون على من وقع فى يده (و) قسم (عقار) فى ايديهم (يدعون شراءه) فى ظاهر الرواية (اوملكه مطلقا) بان لم يذكروا كيفية انتقاله اليهم فى الاصح لان القضاء بالقسمة فيه يقتصر عليهم ولا يتعدى الى غيرهم اذا لم يقروا ان اصل الملك لغيرهم (فان ادعوا ارثه) اى العقار الذى فى ايديهم (عن زيد) مثلا بان ذكروا مورثهم (لا) اى لا يقسم العقار الذى ادعوا ارثه (ودور مشتركة مصر فى قسم كل دار عليحدة ولا يجمع نصيب احدهم فى دار وهذا عند ابى حنيفة رح وقالا الرأى فى ذلك الى القاضى فان رأى ان الاصلح قسمة بعضها فى بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الا قرحة المتفرقة المشتركة فى مصر لهما رح ان الدور جنس واحد نظرا الى اتحاد الاسم والصورة واصل السكنى واجناس نظرا الى اختلاف الاغراض وتفاوت منفعة السكنى باختلاف المحال فكان الترجيح مفوضا الى رأى القاضى وله ان الدور اجناس مختلفة لاختلاف المقاصد باختلاف المحال والجيران والقرب الى المسجد والماء والقرب الى السوق والبعد عن السوق والدار ان اذا كانتا فى مصرين لا يجتمعان فى القسمة عندهما رح كما هو مذهبه كذا روى هلال عنهما وعن محمد رح انه يقسم احديهما فى الاخرى وهو قسمة الجمع (اودار وضيعة او دار وحانوت قسم كل وحدها على حدة بالاجماع لاختلاف الجنس (وصحت) القسمة ان اتفق الشركاء واقتسموا بينهم بالتراضى من غير امر القاضى لولايتهم على انفسهم واموالهم (بالتراضى الا عند صغر احدهم) فح يحتاجون الى امر القاضى لقصور ولايتهم عنه (وقسم نقلى) فى ايدى شركاء احضروه عند القاضى و(يدعون ارثه) يعنى اذا كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث لهم قسم القاضى بينهم بالاجماع باعترافهم من غير اقامة بينة على الموت وعدد الورثة واذا ادعوا شراءه اوملكه مطلقا قسم ايضا وهذا ظاهر (و) كذا قسم (عقار يدعون شراءه) يعترفون به وروى عن ابى حنيفة رح فى غير رواية الاصول ان القاضى لا يقسم بينهم فسوى بين الشراء والارث (اوملكه مطلقا) من غير ذكر سبب (فان ادعوا ارثه) اى العقار (عن زيد لا) يقسم القاضى بينهم

(حتى يبرهنوا) اى يقيموا البينة (على موته وعدد ورثته) وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يقسم القاضى العقار بينهم باقرارهم ويكتب ذلك فى صك القسمة لانه فى ايديهم واليد دليل الملك وقد اخبروا بالارث من ابيهم والاصل فى اخبار المسلم الصدق ولا منازع لهم فيما اخبروا فيثبت المخبر به فاذا سألوا القاضى ان يقسم بينهم ملكهم فعليه ان يجيبهم الى ذلك تمكينا لكل واحد منهم من الانتفاع بنصيبه كما فى المنقول الموروث والعقار المشترى والبينة انما تكون على المنكر ولا منكر هنا ولا منازع لهم فلا يفيد البينة ولكن يذكر القاضى فى كتاب القسمة انها وقعت منه باعترافهم ليتذكر بالنظر فيه ان حكم القسمة مقتصر عليهم غير متعد الى غيرهم حتى لا يكون ذلك قضاء على شريك آخر لهم ولا على مالك لها ولابى حنيفة رحمه الله ان الميت يصير مقضيا عليه بقسمة القاضى وقولهم ليس بحجة عليه فلابد من اقامة البينة ليثبت بها القضاء على الميت يصير بعضهم مدعيا والبعض الآخر خصما له على الميت (ولا) يقسم العقار (ان برهنوا انه معهم) اى فى ايديهم (حتى برهنوا انه لهم) اى ملكهم لاحتمال ان يكون فى ايديهم وهو ملك لغيرهم (ولا) يقسم العقار باقرار الحاضرين (ان كان) جميعه او (شىء منه مع الوارث الطفل او) مع (الغائب) لان فى هذه القسمة قضاء على الغائب او الصغير باخراج شىء مما فى يده من غير خصم حاضر عنه ولا فرق فى هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها فى الصحيح ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضى عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة لان للقاضى ولاية نصب الوصى عن الصغير ووصى الصغير قائم مقامه فكان الصغير بالغ حاضر وكيفية القسمة ان يصور القاسم ما يقسمه على القرطاس ليمكنه حفظه ويعدله اى يسويه على السهام بان ينظر الى اقل السهام فيجزئه عليه حتى ان كان الاقل ثلثا جعله اثلاثا وان كان سدسا جعله اسداسا ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء اذ ربما يحتاج اليه ويقرر كل نصيب بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب احدهم تعلق بنصيب الآخر ويلقب الانصباء بالاول والذى يليه بالثانى والذى يليه بالثالث وعلى هذا ثم يكتب اسامى الشركاء فى بطاقات ويطوى كل بطاقة ويجعلها

حتى يبرهنوا) اى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته عند ابيحنيفة رح وقالا يقسم بينهم باقرارهم ويذكر القاضى فى صك القسمة انه قسم باقرارهم لهما رح ان العقار فى ايديهم وهى دليل الملك وقد اخبروا بالارث من ابيهم والاصل فى اخبار المسلم الصدق والبينة انما تقوم على المنكر ولا منكر هنا ولا منازع لهم فلا تفيد البينة وله ان الميت يصير مقضيا عليه بقسمة القاضى وقولهم ليس بحجة عليه فلابد لهم من اقامة البينة وهذا لان التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت بدليل ان حقه يثبت فى الزوائد التى تحدث بعد ذلك اى بعد الموت وتقضى منها ديونه وينفذ وصاياه وبالقسمة ينقطع حق الميت عن التركة حتى لا يثبت حقه فيما يحدث بعد ذلك من الزوائد فكان هذا قضاء على الميت بقطع حقه فلابد من البينة واما النقلى فهو فى معرض التلف فيقسم وان ادعوا ارثه لان القسمة تفيد زيادة الحفظ فكانت القسمة للحفظ بخلاف العقار لانه محصن بنفسه لا يخشى عليه التلف فلم تكن قسمته للحفظ بل كانت قسمته قضاء على الميت بقطع حقه (ولا) يقسم بعد موته ايضا (ان برهنوا انه) اى العقار (معهم) اى فى ايديهم واراد وا القسمة حتى (يبرهنوا انه لهم) لاحتمال ان يكون لغيرهم اذ اليد فى العقار ليس بدليل للملك (قيل هذا اى عدم القسمة قول ابيحنيفة رح خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح كذا فى الهداية لان القسمة ضربان بحق الملك تكميلا للمنفعة وبحق اليد تتميما للحفظ وإمتنع الاول هنا لعدم الملك وكذا الثانى للاستغناء عنه لان العقار محفوظ بنفسه (ولا) يقسم ايضا (ان كان شىء منه) اى من العقار (مع الوارث الطفل او) الوارث (الغائب) لان فى هذا القسمة قضاء على الغائب او الطفل باخراج شىء مما كان فى يده من غير خصم حاضر ولا فرق فى هذا الفصل اقامة البينة وعدمها فى الصحيح

فى قطعة من طين ثم يدلكها بين كفيه حتى يصير مستديرا كالبندقة ثم يقرع فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج اسمه ثانيا فله السهم الثانى (ولا يدخل) القاسم (الدراهم) التى ليست من الشركة (فى القسمة) لان القسمة من حقوق الشركة ولا شركة فى الدراهم لان الجنسين المشتركين لا يقسمان فكيف بغير المشتركين (الا برضاهم) لما فى القسمة من معنى المبادلة فيجوز دخول الدراهم فيها بالتراضى دون جبر القاضى وصورته داربين جماعة ارادوا قسمتها وفى احد الجانبين فضل بناء واراد بعض الشركاء ان يكون عوض البناء دراهم واراد الآخر ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوضه منها ولا يكلف الذى يقع البناء فى نصيبه ان يرد باداءه دراهم الا اذا تعذر فحينئذ له ذلك لطلبهم القسمة منهم وعدم امكانها بدون الدراهم واختار محمد قسمة السفل والعلو المجردين بالقيمة وبه يفتى يقوم كل واحد على حدة ويقسم بالقيمة لانهما صارا كالجنسين فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وفى رواية عن ابى حنيفة رحمه الله انه يجعل السفل ضعف العلو لما شاهد من عادة اهل الكوفة فى تفضيل السفل على العلو وسوى ابو يوسف رحمه الله بينهما فجعل ذراعا من السفل بذراع من العلو لما رأى فى بغداد من التسوية بينهما فى منفعة السكنى قلنا بعض البلدان يكون قيمة العلو فيها اكثر من قيمة السفل كما بمكة وبمصر وفى بعضها يكون بالعكس كما فى الكوفة وفى كل موضع يكثر فيه الندى يختار العلو على السفل وفى كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفل على العلو وربما يختلف باختلاف الاوقات فلا يمكن اعتبار المعادلة الا بالقيمة (وان وقع) فى القسمة (مسيل قسم) بكسر فسكون اى نصيب (او طريقه فى قسم آخر) لم يشترط فى القسمة (صرف عنه ان امكن) صرفه لامكان تحقق معنى القسمة وهو قطع الشركة وتكميل المنفعة من غير المضرة (والا) اى وان لم يمكن صرفه عنه (فسخت) القسمة واستونفت على وجه يمكن لكل واحد ان يجعل لنفسه مسيلا وطريقا لانها وقعت مختلة لبقاء الاختلاط وعدم حصول المقصود بها (وان اقر) احدهم (بالاستيفاء) اى بان استوفى حصته (ولا يدخل الدراهم) التى ليست من الشركة (فى القسمة) اى فى قسمة العقار ليجبر بها نقصان بعض الانصباء صورته داربين جماعة فارادوا قسمتها وفى احد الجانبين فضل بناء فاراد احد الشركاء ان يكون عوض البناء دراهم واراد الاخر ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض البناء من الارض ولا يكلف الذى وقع البناء فى نصيبه بان يرد بازاء البناء من الدراهم (الا برضاهم) اوبان تعذرت القسمة للقاضى فج للقاضى ذلك حتى اذا كان ارضا وبناء يقسم بطريق القسمة عند ابى يوسف رح وعن ابى حنيفة رح انه يقسم الارض بالمساحة فالذى وقع البناء فى نصيبه يرد على الاخر دارهم حتى يساويه فيدخل الدراهم ضرورة وعن محمد رح انه يرد على شريكه من العرصة فى مقابلة البناء فاذا بقى فضل ولا يمكن التسوية فج يرد للفضل دراهم لان الضرورة فى هذا القدر (وان) قسم بينهم و(وقع مسيل قسم اوطريقه فى قسم اخر) ولم يشترطوا ذلك فى القسمة (صرف) ذلك المسيل او الطريق (عنه ان امكن) الصرف وليس له ان يستطرق او يسيل فى قسم اخر (والا) اى وان لم يمكن الصرف (فسخت) القسمة لان المقصود منها هو قطع الشركة ولم يحصل صورته دار بين رجلين وفيها صفة وبيت وباب البيت فى الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما واصاب الصفة احدهما وقطعة من الساحة واصاب البيت احدهما وقطعة من الساحة ولم يذكر واطريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت يقدر ان يفتح بابه فيما اصابه من الساحة ويسيل ماءه فى ذلك فاراد ان يمر فى الصفة على حاله ويسيل ماءه على ما كان فليس له ذلك سواء شرط كلواحد منهما ان له ما اصابه بكل حق هوله اولم يشترط ذلك (وان اقر احد المتقاسمين بالاستيفاء ثم) زعم

و(ادعى ان بعض حصته وقع فى يد صاحبه غلطا صدق بالحجة) لانه يدعى لنفسه حق الفسخ بعد ما ظهر سبب لزوم العقد منه فلا يقبل قوله الا بحجة فان لم يكن له حجة استحلف الشركاء لانهم لو اقروا بذلك لزمهم فاذا انكروا حلفوا عليه فمن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل ومن نكل عن اليمين جمع بين نصيب الناكل والمدعى فيقسم ذلك بينهما على قدر نصيبهما قالوا وينبغى ان لا يقبل دعواه اصلا لانه متناقض وجه القبول انه اعتمد على قسمة الفاسم فاقر بالاستيفاء ثم ظهر الغلط فى قسمة الفاسم لايؤخذ بذلك الاقرار (و)اذا قسمت الدار والارض بين الورثة او المشترين فانكر بعضهم ان يكون استوفى نصيبه يكون (شهادة القاسمين) الذين توليا القسمة على استيفاء حقه (حجة) مقبولة عند ابى حنيفة وابى يوسف رح وقال محمد رح والشافعى رح لا يقبل وهو قول ابى يوسف رح اولا وذكر الخصاف رح قول محمد رح مع قولهما رح لمحمد رح انهما شهدا على فعل نفسهما فلا تقبل قلنا لابل شهدا على الاستيفاء وهو فعل غيره (وفسخت القسمة (ان استحق بعض مشاع فى الكل) وهذا بالاتفاق (و)لاتفسخ القسمة ان استحق (بعض حصة احدهما) شائعا كان المستحق اومعينا وهذه المسئلة على ثلثة اوجه الاول ان يستحق جزأ شائعا من الكل فتفسخ القسمة اجماعا والثانى ان يستحق جزأ بعينه فح لا يخلو اما من الكل وهذا غير مذكور فى المتن واما من نصيب احدهما فلا تفسخ اجماعا والثالث ان يستحق جزأ شائعا من نصيب احدهما فلا تفسخ على الخلاف (بل) المستحق منه بالخيار ان شاء (يرجع) بقسطه على صاحبه وان شاء ينقض القسمة وهذا عند ابى حنيفة رح وقال ابو يوسف رح تفسخ القسمة وقول محمد رح مضطرب ذكره ابو سليمان رح مع ابى يوسف رح وابو حفص مع ابى حنيفة رح والاصح انه مع ابى حنيفة رح (وصحت المهاياة) وهى فى لسان اهل الشرع قسمة المنافع وهى جائزة فى الاعيان المشتركة التى يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها (فى سكون هذا) اى احد الشريكين (بعضا من دار) معين (وهذا) اى الشريك الاخر (بعضا) اخر من هذه الدار المعين صحت (وفى خدمة عبد) واحد بان تهايئا على ان يخدم العبد هذا الشريك (يوما و) يخدم (هذا) الشريك الاخر (يوما) اخر (كسكنى) اى كما صحت المهاياة فى سكنى (بيت صغير) على ان يسكن هذا الشريك يوما وهذا يوما اخر لان المهاياة قد يكون فى الزمان وقد يكون من حيث المكان والتهايؤ في الزمانين المتعينين جائز هنا

(ثم ادعى ان بعض حصته وقع فى يد صاحبه غلطا صدق) فى دعواه لكن (بالحجة) لان القسمة بعد تمامها عقد لازم فمدعى الغلط فيها يدعى لنفسه حق فسخها بعد ما ظهر سبب لزومها فلا يقبل قوله الا بالبينة فان لم يكن له بينة يستحلف الشركاء لانهم لو اقروا بذلك لزمهم فاذا انكروا حلفوا عليه رجاء النكول منهم فمن حلف منهم لم يكن عليه سبيل ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعى وقسم ذلك بينهما على قدر نصيبهما لان الناكل كالمقر واقرار المقر حجة عليه دون غيره (وشهادة القاسمين) الذين توليا القسمة على احد المقسوم عليهم انه استوفى نصيبه (حجة) اى مقبولة وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد لا يقبل وهو قول مالك والشافعى وابى يوسف اولا وسواء فى ذلك قاسما القاضى وغيرهما (وفسخت) القسمة (ان استحق بعض مشاع فى الكل) اى كل الانصباء لانها لو بقيت لتضرر المستحق بتفرق ملكه فى الانصباء (لا بعض) اى لا تفسخ القسمة ان استحق بعض شايع (من حصة احدهما بل يرجع) بقسمة فى نصيب شريكه وهذا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف تفسخ القسمة وذكر ابو سليمان قول محمد مع ابى يوسف وذكره ابو حفص مع ابى حنيفة وهو الاصح واما استحقاق بعض معين فلا خلاف فى عدم الفسخ (وصحت المهاياة) اى قسمة المنافع وهى مفاعلة بابدال الهمزة الفا من التهيئة او التهيؤ كان احدهما يهيء الدار مثلا لانتفاع صاحبه او يتهيأ للانتفاع بها اذ افرغ صاحبه وهى جائزة لما روى انه عليه السلام قسم فى غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة نفر وكانوا يتناوبون فى الركوب والتهايؤ على وجوه تهايؤ (فى سكون هذا بعضا من دار وهذا بعضا) منها وهو جائز بالاتفاق لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا التهايؤ عليه (و) تهايؤ فى (خدمة عبد هذا يوما وهذا يوما كسكنى بيت صغير) هذا يوما وهذا يوما

وهو جائز بالاتفاق ايضا لان التهايؤ قد يكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان والاول متعين هنا (و) تهايؤ فى (عبدين هذا) اى هذا السيد له (هذا العبد والآخر) اى والسيد الآخر له العبد (الآخر وهو جائز عند ابى يوسف ومحمد لان القسمة على هذا الوجه جبرا من القاضى وبالتراضى فكذا المهاياة وقيل لا يصح عند ابى حنيفة وهو مروى عنه لان الرقيق لا يجرى فيه جبر القاضى على القسمة عنده والاصح انها تصح عنده من القاضى لان منافع الرقيق من حيث الخدمة فلا يتفاوت بخلاف اعيان الرقيق فانها تتفاوت تفاوتا فاحشا ولو طلب احدهما القسمة والآخر المهاياة يقسم واعلم ان التهايؤ قد يكون فى الدار الواحدة والدارين وفى العبد الواحد والعبدين وفى الدابة الواحدة وفى الدابتين من حيث المنفعة او من حيث الاستغلال فان كان فى غلة دار او دارين او خدمة عبد او عبدين او سكنى دار او دارين يصح اتفاقا وان كان فى غلة عبد او غلة بغل لا يصح اتفاقا وان كان فى غلة عبدين او غلة بغلين او ركوب بغل او بغلين لا يصح عند ابى حنيفة خلافهما لهما قال ابو المكارم فهذه اثنتا عشرة مسئلة فى ست منها تصح المهاياة اتفاقا وفى أثنتين لا تصح اتفاقا وفى الاربعة خلاف انتهى وكذا لا تصح المهاياة فى ثمر شجر اولبن غنم على ان يأخذ كل واحد منهم طائفة يستثمرها او طائفة يرعاها وينتفع بالبانها لانها تختص بالمنافع دون الاعيان فالضرورة تتحقق فى المنافع لانه لا يمكن قسمتها بعد وجودها لسرعة فنائها وانقضائها وهذه اعيان باقية يمكن قسمتها فلم يتحقق الضرورة والحيلة ان يبيع حصته من الآخر ثم يشترى كلها بعد مضى نوبته او ينتفع باللبن بوزن معلوم استقراضا لنصيب صاحبه نعم هو قرض المشاع لكنه جائز والله اعلم *

(و) صحت المهاياة فى خدمة (عبدين) بان يخدم (هذا) الشريك (هذا) العبد (و) يخدم الشريك (الآخر الآخر) وهذا ظاهر عندهما فى ذلك لانهما يجوزان قسمة الرقيق واما عند ابيحنيفة رح فلان الخدمة هى القياس بالحوائج والتفاوت فى ذلك قليل بخلاف اعيان الرقيق لانها تفاوت فاحشا على ما مر

كتاب الهبة

(هى) لغة مصدر محذوف الاول معوض عنه هاء التأنيث واصله وهب كالعدة والوعد ومعناها ايصال ما ينفع مالا كان او غيره قال الله تعالى (فهب لى من لدنك وليا) وشرعا (تمليك عين) فخرج الاعارة والاجارة لانها تمليك منفعة (بلا عوض) فخرج البيع لانه تمليك عين بعوض ودليل مشروعيتها قوله تعالى (فان طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيأ مريأ) اباح الاكل

كتاب الهبة

هى التبرع بما ينتفع به الموهوب له لغة يقال وهب له مالا وقد يقال وهبته مالا ويسمى الموهوب هبة وهى (تمليك العين بلاعوض) شريعة واهلها اهل التبرع وهو المكلف

بالوصف الحميد وما روى البخارى فى صحيحه من حديث ابى هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لو دعيت الى ذراع او كراع لاجبت ولو اهدى الى ذراع او كراع لقبلت وذراع اليد معروف والكراع بالضم مستدق الساق من البقر والغنم وما روى مالك فى الموطاء مرسلا عن عطاء بن عبدالله الخراسانى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصافحوا يذهب الغل وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء والغل بالكسر الغش والحسد والحقد والشحناء العداوة (وتصح) الهبة (بوهبت ونحلت ونحوهما) من اعطيتك واطعمتك هذا الطعام واعمرتك هذا الشىء وجعلته لك عمرى وذلك لان النحل والعطية يستعملان فى التمليك بغير عوض قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اكل ولدك نحلت مثل هذا قال لافقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارجعه رواه الستة عن النعمان بن بشير وروى الجماعة الا البخارى من اعمر رجلا عمرى فهى له ولعقبه فقد قطع قوله حقه فيها وهى لمن اعمر ولعقبه (وتتم بالقبض فى مجلسها ولو بلا اذن) استحسانا (و) بالقبض (بعده) اى بعد مجلسها (باذن) وقال مالك يثبت الملك قبل القبض بمجرد الايجاب والقبول وبه قال ابو ثور والشافعى فى القديم وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا وهو قول الشافعى فى الجديد واكثر الفقهاء ما روى مالك فى الموطاء فى كتاب القضاء عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة انها قالت ان ابا بكر كان نحلها جذاذ عشرين وسقا بالعالية فلما حضرته الوفاة قال ما من الناس احد احب الى غنى بعدى منك ولا اعز على فقرا منك وانى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا فلو كنت جزيته كان لك فانما هو اليوم مال وارث وانما هما واخواك واختاك فاقتسموه على كتاب الله وفى رواية يابنية انى كنت نحلتك نحلا من خيبر وانى اخاف ان اكون آثرتك على ولدى فان لم تكونى جزيته فرديه على ولدى فقالت لوكانت لى خيبر بجذاذها لرددتها والجذ اذ بضم الجيم وبكسرها وبمعجمتين ماقطع من الشىء وما روى عبدالرزاق فى مصنفه عن عمر بن الخطاب انه قال لا نحل الا لمن حازه فقبضه وعن عمر بن عبد العزيز انه كتب ايما رجل نحل من قد بلغ الحوز فلم يدفعه اليه فتلك النحلة باطلة واما ما فى الهداية لقوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة فغير معروف (ولا تصح) الهبة

(وتصح بوهبت) فانه صريح فى الهبة (ونحلت) اى اعطيت فانه ليتعمل فى التمليك بغير عوض (ونحوهما) اعطيتك واطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشىء وهذه الالفاظ ايجاب فلابد من القبول كانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول (وتتم) الهبة (بالقبض) حتى لا يثبت للملك قبل القبض وقال مالك رح يثبت فى (مجلسها) اى مجلس الهبة (ولو) وقع القبض (بلا اذن) الواهب لان القبض هنا بمنزلة القبول من حيث توقف الملك عليهما وكما ان الايجاب منه يكون تسليطا على القبول فكذا يكون تسليطا على القبض (و) هذا بخلاف ما اذا قبض (بعده) اى بعد مجلس الهبة فانه لم يجز الا (باذن) الواهب ولاتصح الهبة (فى) شىء

فى

(مشاع) يحتمل ان (يقسم) ويصح فيما لا يحتمل ان يقسم وقال الشافعى رح يصح ونعنى بما لا يحتمل القسمة ان لا يبقى منتفعا به بعد القسمة اصلا كعبد واحد اودابة واحدة اولا يبقى منتفعا به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذى كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام والثوب الصغير ونعنى بما يحتمل ان يقسم ان يبقى منتفعا به قبل القسمة وبعدها والاصل ان كل شئ يضره التبعيض ويوجب نقصانا فى ماليته فانه لا يحتمل القسمة واذا لم يوجب التبعيض نقصانا فى مالية فانه يحتمل القسمة (فان قسم) المشاع المحتمل للقسمة (وسلم صح) لان تمام الهبة بالقبض والشيوع قد زال عند القبض (وكذا) اى كهبة المشاع (هبة لبن فى ضرع ونحوه) كصوف على ظهر غنم وزرع ونخل فى ارض وثمر على نخل فان الهبة لا تصح فى هذه الاشياء واذا استخرج اللبن وسلم وقطع الزرع والنخل والثمر وسلم تصح لان عدم الصحة لاتصال الموهوب بما ليس بموهوب مع امكان الفصل وذا يمنع القبض كالمشاع

(فى مشاع يقسم) اى يحتمل القسمة سواء وهبه من شريكه اومن غيره قيد به لان المشاع الذى لا يحتمل القسمة تصح هبته ثم كل شئ يضره التبعيض ويوجب نقصانا فى ماليته لا يحتمل القسمة كعبد واحد ودابة واحدة والبيت الصغير والحمام الصغير وما ليس كذلك يحتملها وقال مالك والشافعى واحمد تصح هبة المشاع سواء احتمل القسمة اولا لقوله تعالى (فنصف مافرضتم الا ان يعفون اويعفو الذى بيده عقدة النكاح) فانه يقتضى بعمومه ان الصداق اذا كان عينا يتنصف بالطلاق قبل الدخول وينتدب كل واحد من الزوجين الى ترك الكل للآخر وذلك هبة المشاع ولما فى صحيح البخارى من ان وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من النبى صلى الله عليه وسلم ان يرد عليهم ماغنمه منهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لكم وهذه هبة مشاع واجيب عن الآية بان العفو حقيقة فى الدين دون العين واسقاط الدين جائز مشاعا كان اوغير مشاع لانه غير محتاج الى القبض وفى العين كل واحد منهما مندوب الى العفو عندنا ولكن بان يهب نصيبه لصاحبه بعد القسمة وليس فى الآية ما يمنع ذلك وعن حديث وفد هوازن بان ذلك كان بعد القسمة واعتمادنا فى المسئلة على اجماع الخلفاء الراشدين فقد روينا عن ابى بكر ما مر آنفا وعن عمر انه قال ما بال احدكم يتصدق على ولده بصدقة لا يحوزها ولا يقسمها يقول ان انا مت كان له وان مات هو رجعة الى وايم الله لا يتصدق منكم رجل على ولده بصدقة لم يحزها ولم يقسمها ثم مات الا صارت ارثا لورثته وهكذا نقل عن عثمان وعن على من وهب ثلث كذا اوربع كذا لا يجوز حتى تقاسم (فان قسم) الكل قبل التسليم (وسلم) اى الجزء الموهوب (صح) عقد الهبة لان تمام الهبة بالقبض وعنده لا شيوع والمؤثر هو الشيوع عند القبض لا عند العقد حتى لو وهب الكل وسلم النصف لا يجوز ولو وهب النصف ثم النصف الآخر وسلم الكل جاز (وكذا) اى وكهبة المشاع فى عدم الصحة (هبة لبن فى ضرع و) هبة (نحوه) من صوف على ظهر غنم وزرع ونخل فى ارض وثمر فى نخل فانها لا تصح لانها متصلة بملك الواهب اتصال خلقة فكانت بمنزلة المشاع الذى يحتمل القسمة فلا تتم الهبة فيها بدون الافراز والحيازة فان فصلت عن ملك الواهب وقبضها الموهوب له تصح لان

امتناع الجواز لاتصال الموهوب بملك الواهب مع امكان فصله منه وقد زال ذلك الاتصال (ولا) تصح هبة (دقيق فى بر وان طحن) البر (وسلم) الدقيق ولادهن فى سمسم ولاسمن فى لبن وان استخرج وسلم لان الموهوب معدوم وهو ليس بمحل للملك بخلاف المشاع الذى يحتمل القسمة لانه محل للتمليك وبخلاف اللبن فى الضرع ونحوه لانه بمنزلة المشاع وامتناع الجواز فيه ليس لكونه معدوما بل لاتصاله بملك الواهب وخلاصة الفرق بين المسئلتين ان اللبن ونحوه موجود بصورته عند العقد بخلاف الدقيق فانه انما يوجد بالطحن وكذا السمن والدهن ولاتصح هبة الدين لغير المديون لعدم تصور القبض الا اذا امره بقبضه له وكالة ثم بقبضه لنفسه فحينئذ تصح لوجود القبض وتتوقف هبة الدين للمديون على قبوله فان قبله امتنع الرجوع فيه لانه سقط عنه وان قال لا اقبلها فالدين عليه بحاله واما الابراء فيتم من غير قبوله ولكن للمديون ان يرد قبل موته وعن زفر انه سوى بينهما وقال تتم الهبة والابراء قبل القبول ولو قال ان اديت نصفه فلك نصفه او انت برىء من النصف الباقى كان الابراء باطلا (وهبة ما) مبتدأ مضاف الى ما اى شىء او الشىء الذى (مع الموهوب له) صفة ما او صلتها (تامة) خبر المبتدأ يعنى ان هبة الوديعة للمودع والعارية للمستعير والمغصوب للغاصب غير محتاج الى قبض جديد لان الموهوب حينئذ فى يد الموهب له حقيقة فلا يحتاج الى قبض آخر (كهبة الاب) اى كما ان هبة الاب (لطفله) تامة بالعقد ولا يحتاج الى قبض جديد ولافرق بين ما فى يده او يد مودعه لان يد المودع كيد المودع بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا وكذا هبة الام لطفلها اذا كان فى عيالها والاب ميت ولاوصى له لان قبض الام بمنزلة قبض الاب لو كان حيا وكذا كل من يعوله كالعم والاخ لان هذا محض نفع للطفل ولانه لما كان له تأديبه وتسليمه فى حرفة كان له التصرف النافع فينفرد بتمليكه ويملكه بمجرد الهبة اذا كان فى يده كما فى الاب (وقبضه) مبتدأ اى قبض الطفل ماوهب له (عاقلا) اى مميزا حال (وقبض من يربيه) قريبا كان او اجنبيا (وهو معه) اى والحال ان الطفل فى حجر من يربيه (و) قبض (الزوج) ماوهب لزوجته الصغيرة (بعد الزفاف) بكسر الزاى وهو الذهاب بها الى بيت الزوج (معتبر) هذا خبر المبتدأ الذى هو قبضه وما عطف عليه وقدوهم من قال ان قبضه مجرور عطفا على هبة الاب (فى هبة الاجنبى) متعلق بمعتبر (لها) اى

(ولا) تصح هبة (دقيق فى) بر ودهن فى سمسم (وان طحن) البر (وسلم) الدقيق واخرج الدهن وسلم لان الموهوب معدوم وقت الهبة فان الدقيق حادث بالطحن والدهن بالعصر غاية ما فى الباب ان الدقيق يحصل بالحنطة والطحن والدهن بالسمسم والعصر الا ان الطحن والعصر اخرهما فيضاف الوجود اليهما (وهبة ما مع الموهوب له) اى اذا كانت العين الموهوبة فى يد الموهوب له وديعة او عارية او امانة او غصبا فالهبة (تامة) ويثبت الملك بمجرد العقد بلا قبض جديد (كهبة الاب لطفله) فانها تامة بمجرد قوله وهبت لان الموهوب فى قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولافرق بين ان يكون فى يده او يد مودعه وكذا اذا وهبت للطفل امه شيئا وهو فى عيالها وابوه ميت ولاوصى له جازت الهبة وقبض الام بمنزلة قبض الاب لو كان ميتا (وقبضه) اى قبض الطفل (عاقلا وقبض من يربيه) كالعم والاخ وكذا الاجنبى (وهو) اى الطفل (معه) اى مع من يربيه (و) قبض (الزوج لها) اى للزوجة الطفلة (بعد الزفاف معتبر) خبر لقوله وقبضه وما عطف عليه (فى هبة الاجنبى له) اى للطفل لانه يتمحض نفعا له وقال الشافعى رح لايجوز قبض الصغير العاقل بنفسه

(وصح هبة اثنين دارالواحد) لانهما سلماها معا اليه جملة وهو قد قبضها جملة فلا يدخل فيه الشيوع اذ المانع الشيوع عند القبض لا عند العقد (وعكسه) اى وان وهبها واحد لاثنين (لا يصح) عند ابي حنيفة وعندهما رح يصح لانه تمليك من جانب واحد فلا يتحقق الشيوع وله ان الملك يثبت على الشيوع في النصف لهذا وفي النصف لهذا بالاجماع والقبض لا يتحقق في المشاع (كتصدق عشرة دراهم على غنيين) فانه لا يصح عند ابي حنيفة رح وعندهما يصح لانه تمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما في هبة واحد دارا الاثنين على ما مر انفا وله ان التصدق على غنيين يراد به الهبة مجازا والملك يثبت المغنيين على الشيوع والقبض لا يتحقق في المشاع (ويصح) تصدق عشرة دراهم (على فقيرين) بالاتفاق لان التصدق على الفقيرين يراد به وجه الله تعالى اذ الصدقة تقع في كف الله تعالى ولهذا لم يكن فيها رجوع قال عليه السلام الصدقة تقع في كف الرحمن قبل ان تقع في كف الفقير وانما تقع للفقيرين نيابة عن الله تعالى بحكم الرزق الموعود والله تعالى واحد لا شريك له فلا يمكن الشيوع فيها فتصح كالهبة اذا وقعت لواحد وقبضها اثنان بحكم الوكالة عن الموهوب له ﴿باب الرجوع في الهبة (ويصح الرجوع عنها) اى عن الهبة وقال الشافعي رح لا يصح الا في هبة الوالد لولده لانه عقد تمليك فيجب ان يلزم كالبيع وانما يثبت حق الرجوع فيما بين الوالد والولد لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب عنها اى ما لم يعوض وهذا لان المقصود بالهبة للاجانب العوض عادة ولهذا يقال الايادي قروض والمعروف كالمشروط والمراد برجوع الاب انه اذا احتاج الى ذلك يتملكه فان الاب يتفرد بالاخذ من مال الابن لحاجته وسمي رجوعا باعتبار الظاهر ولا يصح الرجوع الا بتراض او بحكم قاض لان الرجوع فسخ فلا يصح الا ممن له ولاية عامة فهو القاضي او منهما لولايتهما على انفسهما

للمرأة وفي نسخة له اى للطفل وهو اظهر وفي بعض النسخ لم يقع فيه معتبر فيكون قبضه حينئذ مجرورا بالعطف على هبة الاب وفي هبة الاجنبي في محل النصب على الحال من قبضه وقال الشافعي لا يصح قبض الصغير لنفسه وان كان عاقلا وهو القياس لانه لا يعتبر بعقله قبل البلوغ لان الولاية عليه لا تزول عنه قبله ولنا وهو وجه الاستحسان ان عدم اعتبار عقله قبل البلوغ للنظر له ودفع الضرر عنه وذلك فيما كان متردد ا بين النفع والضرر واما النفع المحض فيعتبر عقله فيه ويلحق بالبالغ كما في كسبه للمباحات واما قبض من يربي الطفل اذا وهب له اجنبي فلان له عليه ولاية معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي آخر من نزعه منه فيملك ما يتمحض نفعا في حقه واما قبض الزوج بعد الزفاف ما وهب اجنبي لزوجته الصغيرة فلانه حينئذ له عليها ولاية لكونه يعولها ولانها لما زفت اليه اقام الاب الزوج مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من باب الحفظ ولكن لا ينعدم ولاية الاب بهذا حتى لو قبض لها صح ايضا لقيام ولايته (وصح هبة اثنين دارا لواحد) اى لشخص واحد فاللام متعلقة بهبة وانما تصح لانهما سلماها جملة ولا شيوع في ذلك (وعكسه) وهو هبة واحد دارا لاثنين (لا) اى لا تصح وهذا عند ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف ومحمد تصح (كصدق عشرة) اى كما لا يصح لواحد ان يتصدق بعشرة (على غنيين وصح) له التصدق بها (على فقيرين) وهبتها لهما وهذا عند ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير وعندهما تصح على غنيين ايضا ويأمر ابو يوسف بقسمة ما وهبه لابنه وبنته انصافا لا اثلاثا كما امر به محمد لان تخصيص احدهما بهبة شيء مكروه والعدل التسوية وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لمن وهب لاحد ولديه دون الآخر لا تشهدني على جور والعدل عند ابي يوسف ان يجعل لكل واحد مثل الآخر وعند محمد ان يجعل الثلثين للابن والثلث للبنت لان الشرع جعل ميراثهما كذلك فكان هو العدل وله ان العدل هو التسوية لغة والانصاف من النصف فيصار اليه ولو قال جميع مالي او ما املكه لفلان كان هذا هبة له (ويصح) لمن وهب هبة لاجنبي (الرجوع عنها بتراض او حكم قاض) لكن بكراهة وقال مالك والشافعي واحمد في ظاهر مذهبه لا يصح الرجوع في الهبة الا للوالد فيما وهب لولده لهم ما روى اصحاب السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن عن ابن عباس وابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لرجل ان يعطي عطية فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطي لولده ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فاذا شبع قاء ثم عاد

فى قيئه وما رواه الجماعة الا الترمذى من حديث ابى هريرة وابن عباس وابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لرجل ان يعطى عطية او يهب هبة فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطى لولده ومثل الذى يعطى العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فاذا شبع قاء ثم عاد فى قيئه وما رواه الجماعة الا الترمذى من حديث ابى هريرة وابن عباس رضى الله تعالى عنهم ان النبى صلى الله عليه وسلم قال العائد فى هبته كالعائد فى قيئه وعنه ايضا العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه ولانها عقد تمليك فيلزم كالبيع وانما ثبت حق الرجوع للوالد لان اخراجه عن ملكه لم يتم لان الولد من كسب الوالد ولنا ماروى ابن ماجه من حديث ابى هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال الرجل احق بهبته مالم يثب منها اى لم يعوض عنها واخرجه الدار قطنى فى سننه وابن ابى شيبة فى مصنفه ورواه الحاكم فى مستدركه من حديث ابن عمر قال صحيح على شرط الشيخين ورواه الطبرانى فى معجمه من حديث ابن عباس ولفظه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من وهب هبة فهو احق بهبته مالم يثب منها فان رجع فى هبته فهو كالذى يقىء ثم يأكل قيئه وما روى عبد الرزاق فى مصنفه عن سفيان عن منصور عن ابراهيم قال قال عمر من وهب هبة لذى رحم فليس له ان يرجع فيها ومن وهب لغير ذى رحم فله ان يرجع فيها الا ان يثاب منها واجيب عما رواه بان المراد نفى الاستبداد بالرجوع اى لا ينفرد احد بالرجوع فى هبته من غير قاض ولا تراض الا الوالد اذا احتاج الى ذلك فانه ينفرد بالاخذ لحاجته ويسمى ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا فى الحكم او المراد لا يحل له الرجوع ديانة ومروة لا انه لا يحل له قضاء وحكومة كقوله عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيت شبعان وجاره الى جنبه طاويا اى لا يليق ذلك ديانة ومروة وان كان جائزا قضاء وحكومة ولان التشبيه بالكلب لاستقباح الرجوع واستقذاره لا لحرمته ويؤيد ذلك ماروى البخارى ان ابن عمر لما سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شراء فرس حمل عليه فى سبيل الله قال عليه السلام لا تبتعه ولا تعد فى صدقتك فان العائد فى صدقته كالكلب يعود فى قيئه فكما لم يكن التشبيه بالكلب موجبا لحرمة ابتياع ما تصدق به لم يكن التشبيه بالكلب موجبا لحرمة الرجوع فى الهبة وشرطنا فى صحة الرجوع تراضيهما او حكم القاضى لانه لو استردها بغير ذلك كان غاصبا حتى لو هلكت فى يده يضمن قيمتها للموهوب له (ويمنعه) اى الرجوع فى الهبة سبعة اشياء احدها (زيادة) فى نفس الموهوب (متصلة) كالغرس والبناء فى الارض الموهوبة والسمن المورث زيادة فى قيمة الموهوب اذ لا وجه للرجوع بدون الزيادة لعدم الانفصال ولا معها لان الرجوع انما

(ويمنعه) اى الرجوع (زيادة متصلة) بالموهوب كالغرس والبناء والسمن لان الرجوع انما يصح فى الموهوب والزيادة ليست بموهوبة فلم يصح الرجوع فيها والفصل غير ممكن ليرجع فى الاصل دون الزيادة ولو كانت الزيادة منفصلة بان كانت الهبة امة فولدت عند الموهوب له فللواهب ان يرجع فيها دون الولد لان الرجوع فى الاصل دون الزيادة ممكن

يصح

يصح للموهوب والزيادة ليست بموهوبة قيد بالزيادة لان النقصان لايمنع وقيدها بالمتصلة لان المنفصلة لاتمنع كما لو كانت الهبة امة فولدت عند الموهوب له من زوج اوفجور لان الرجوع فى الاصل دون الزيادة ممكن وقيد نابكونها فى نفس الموهوب لانها لوكانت فى قيمته كفراءة اوكتابة ونحوهما لاتمنع لانها حينئذ لرغبة الناس فيه اذ العين بحالها (و) ثانيها (موت احدهما) اى الواهب والموهوب له اما موت الموهوب له فلان الملك قد انتقل الى وارثه فكانه انتقل فى حال حيوته واما موت الواهب فلان وارثه لم يهب والرجوع انما هو للواهب (و) ثالثها (عوض اضيف اليها) اى الى الهبة ولا بد ان يذكر لفظا يعلم الواهب منه ان ذلك عوض هبته كان يقول هذا عوض هبتك اوجزاؤها اوبدلها اوفى مقابلتها (ولو) كان العوض (من اجنبى) لانه لاسقاط حق الرجوع فى الشرع فيصح من الاجنبى كبدل الخلع واما لولم يضف العوض الى الهبة بان وهب للواهب شيئا ولم يقل هذا عوض هبتك اونحوه كان ذلك هبة مبتدأة لاتعويضا فكان لكل واحد منهما الرجوع وفى المبسوط وهذا سواء كان العوض قليلا اوكثيرا من جنس الهبة اومن غير جنسها ويشترط فى العوض شرائط الهبة من القبض والافراز وان يكون من غير مال الهبة فلا فالزفر اذ ملك الموهوب له تم فى الهبة بالقبض فالتحق بسائر اموال ولنا ان الواهب ماقصد بهبته تحصيل ذلك البعض منها لانه كان سالما له بل قصد الى عوض آخر وان حقه من الرجوع كان ثابتا فى الكل فاذا وصله اليه بعضه لايسقط حقه فى الباقى (و) رابعها (خروجها) اى الهبة (من ملك الموهوب له) ببيع اوهبة اووقف لان تبدل الملك كتبدل العين وقد تبدل الملك بتجدد السبب (و) خامسها (الزوجية وقت الهبة) لان هبة احد الزوجين للاخر تحقق مابينهما من الالفة والمودة فكان المقصود منها الصلة وقد قيد بوقت الهبة لانه لو تزوجها بعدما وهب لها كان له الرجوع ولو تزوجها بعدما وهبت له كان لها الرجوع ولو وهب لزوجته اووهبت له ثم ابانها فليس له ولا لها الرجوع (و) سادسها (القرابة المحرمية) لما روى الدار قطنى والبيهقى فى سننيهما والحاكم فى مستدركه وقال صحيح على شرط البخارى ومسلم ولم يخرجاه عن عبد الله بن جعفر بن المبارك عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال اذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها وقال الامام رواة هذا الحديث كلهم ثقاة

(وموت احدهما) اى الواهب والموهوب له اما اذا مات الموهوب له فلان الملك انتقل الى ورثته واما اذا مات الواهب فلان النص اوجب حق الرجوع للواهب دون غيره (وعوض اضيف اليها) بان قال الموهوب له للواهب خذ عوضا عن هبتك اوما شاكل هذا فقبضه الواهب ولو وهب للواهب شيئا ولم يقل هذا فلكل واحد منهما ان يرجع (ولو) كان العوض (من اجنبى) متبرعا فقبض الواهب العوض يبطل الرجوع ايض (وخروجها عن ملك الموهوب له) بان باع الهبة اووهبها لاخر (والزوجية) لانها نظير القرابة القريبة بدليل جريان التوارث بينهما بلاحجب (وقت الهبة) حتى لو وهب لامرأة ثم نكحها له ان يرجع ولو وهب لامرأته هبة ثم ابانها فليس له ان يرجع (والقرابة المحرمية) لقوله عليه السلام اذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها

ولان المقصود منها مع القريب المحرم صلة الرحم وقد حصل وفى الرجوع قطعها فلا يرجع (و) سابعها (هلاك الموهوب) لان الرجوع فى شىء يستدعى قيام المرجوع فيه وهلاكه ينافيه ولو ادعى الموهوب له هلاكه صدق بلا حلف لانه منكر لوجوب الرد عليه فاشبه المودع (وضابطها) اى ضابط الامور السبعة التى تمنع الرجوع (حروف دمع خزقه) فالدال الزيادة والميم موت الواهب او الموهوب له والعين العوض والخاء الخروج عن ملك الموهوب له والزاء الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب (وهو) اى الرجوع فى الهبة سواء كان بالقضاء او بالتراضى (فسخ من الاصل) فيعود الملك القديم ولا يشترط فيه قبض الواهب ويصح فى الشائع (لاهبة) اى ليس الرجوع بهبة مبتدأة (للواهب) كما قال زفر اذا كان الرجوع بتراضيهما (وهى) اى الهبة (بشرط العوض هبة ابتداء فيشترط قبضها وتبطل بالشيوع) كالهبة بلاعوض (وبيع انتهاء فترد بالعيب والرؤية وتثبت الشفعة) كالبيع المحض وقال زفر بيع ابتداء وانتهاء وفى جامع المحبوبى هذا اذا ذكر بكلمة على اما لو ذكر بحرف الباء بان قال وهبتك هذا الثوب بالف درهم وقبله الآخر يكون بيعا ابتداء وانتهاء بلا خلاف (وان استثنى) الواهب (الحمل ثم وهبها) اى الامة بان قال هذه الامة الا حملها هبة لك (صحت) الهبة فيهما وبطل الاستثناء وعند احمد وابى ثور تصح الهبة فى الامة دون الولد ولا يبطل الاستثناء لانه تبرع بالام دون الولد فاشبه العتق واستثناء الولد المنفصل واجيب بان الحمل كالجزء فلا يصح الهبة فى الام بدونه بخلاف الولد المنفصل وما ذكر من العتق ممنوع عندنا (وان دبره) اى الحمل (ثم وهبها) اى الامة (لا) اى لا تصح الهبة (وصح العمرى وهى جعل داره له) اى الآخر (مدة عمره) اى عمر الاخر (بشرط ان ترد) الدار (اذا مات) ذلك الآخر وصورتها ان يقول اعمرتك دارى هذه او هى لك عمرى او ما عشت او مدة حياتك او ما حييت فاذا مت فهى رد على (وبطل الشرط) وهو رد الدار اذا مات المعمر وبهذا قال الشافعى فى الجديد واحمد وهو قول ابن عباس وابن عمر وروى عن على وشريح ومجاهد وطاوس والثورى وقال مالك والليث والشافعى فى القديم العمرى تمليك المنافع دون العين فيكون للمعمر السكنى فاذا مات ردت الى المعمر لانها عارية موقتة وان قال له ولعقبه كان سكناها لهم فاذا انقرضوا عادت الى

(وهلاك الموهوب) لتعذر الرجوع بعده ولو ادعى الموهوب له الهلاك صدق بلا حلف (وضابطها) اى ضابط الموانع (حروف دمع خزقه) فالزال الزيادة والميم موت احدهما والعين العوض والخاء الخروج من ملك الموهوب له والزاء الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب وقد قيل بيت موانع حق الرجوع فى الهبه * ياصاحبى حروف دمع (خزقه) * (وهو) اى الرجوع مع التراضى او قضاء القاضى (فسخ من الاصل) فيعود الملك القديم للواهب (لاهبة للواهب) حتى لا يشترط قبض الواهب لان القبض انما يعتبر فى انتقال الملك لا فى عود الملك القديم وصح الرجوع فى الشاع وقال زفر لا رجوع بغير قضاء بمنزلة الهبة المبتدأة (وهى) اى الهبة (بشرط العوض) بان يهب عبده لرجل على ان يهب الموهوب له عبده له (هبة ابتداء فيشترط قبضهما) اى قبض الواهب والموهوب له العوضين او قبض العوضين على ان يكون المصدر مضافا الى الفاعل او المفعول (وتبطل بالشيوع) فان وهب شقصا مشاعا بشرط العوض لا يجوز (و بيع انتهاء) حتى اذا تقابضا صح العقد وصار العقد فى حكم البيع (فيرد بالعيب وخيار الرؤية ويثبت به الشفعة) فى العقار وقال زفر والشافعى ينعقد بيعا ابتداء وانتهاء حتى يثبت الملك بمجرد العقد ولا يبطله الشيوع لان هذا التصرف معاوضة معنى ولنا ان فيه جهتين وما اشتمل على جهتين يجب الجمع بينهما ما امكن توفيرا على الشبهين حظهما (من وهب لرجل جارية واستثنى الحمل) او شرط فى الهبة ما يفسد البيع كشرط ان ردها الموهوب له عليه بعد حين او ان يعتقها او يستولدها بعد اداء الاستثناء والشرط (و) صحت الهبة اما بطلان الاستثناء فلانه لا يصح الا مما يصح افراده بالعقد والحمل مما لا يصح افراده بعقد الهبة فلهذا لا يصح استثناؤه واما بطلان الشرط فلما ذكرنا انه موجب العقد واما صحة الهبة فلانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بل العقد يصح والشرط يبطل لان الملك فى الهبة معلق بفعل حسى لان الحسيات اذا وجدت لا مرد لها فلا يمكن ان تجعل عدما (وان اعتق الحمل ثم وهبها) اى الام (صحت الهبة (وان دبره) اى الحمل (ثم وهبها الا) تصح الهبة فى الام والفرق ان التدبير لا يزيل ملك المدبر فالموهوب متصل بما ليس بموهوب فى ملك الواهب فصار كهبة الشاع فيما يقسم او كهبة شىء مشغول بملك الواهب فلم يجز اما الاعتاق فيزيل ملك المعتق فاذا وهب الام بعد اعتاق الجنين فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب فى ملك الواهب فيجوز (صح العمرى وهى) فى الاصل مصدر وفى العرف (جعل داره له) اى للمعمر له (مدة عمره بشرط ان ترد) الدار على الواهب (اذا مات) المعمر له فيصح التمليك ويبطل الشرط ويكون الدار له فى حال حيوته ولورثته بعد مماته والاصل ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة كما ذكرنا فتكون الهبة جائزة والشرط باطلا

المعمر لان هذا تمليك موقت وتمليك العين لا يتوقت ولما فى صحيح مسلم عن جابر قال انما العمرى التى اجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يقول هى لك ولعقبك فاما اذا قال هى لك ماعشت فانها ترجع الى صاحبها قال معمر كان الزهرى يفتى به وعن ابن الاعرابى لم يخالف العرب فى العمرى والرقبى على انها ملك اربابها ومنافعها لمن جعلت له ولنا ماروى الشيخان عن ابى سلمة عن جابر ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يقول العمرى لمن وهبت له وفيهما عن ابى هريرة مرفوعا العمرى جائزة وما روى مسلم عن ابى الزبير عن جابر قال اعمرت امرأة بالمدينة حايطا لها ابنالها ثم توفى وتوفيت بعده وترك ولدا وله اخوة بنون للمعمرة فقال ولد المعمرة رجع الحايط الينا وقال بنو المعمر بل كان لا بينا حياته وموته فاختصموا الى طارق مولى عثمان فدعا جابرا فشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالعمرى لصاحبها فقضى بذلك طارق ثم كتب الى عبد الملك فاخبره بذلك واخبر بشهادة جابر فقال عبد الملك صدق جابر فامضى طارق ذلك الحايط لبنى المعمر حتى اليوم وما فى صحيح مسلم ايضا عن جابر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم امسكوا عليكم اموالكم ولا تفسدوها فانه من اعمر عمرى فانها للذى اعمرها حيا وميتا ولعقبه وما فى سنن ابى داود عن عروة عن جابر ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من اعمر عمرى فهى له ولعقبه يرثها من يرثها من عقبه وفيها ايضا عن طارق المكى عن جابر قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى امرأة من الانصار اعطاها ابنها حديقة من نخل فماتت فقال ابنها انما اعطيتها حيانها وله اخوة فقال النبى صلى الله عليه وسلم هى لها حيانها وموتها قال كنت تصدقت بها عليها قال ذلك ابعد لك منها قال ابن القطان اسناده كلهم ثقاة وطارق المكى هو قاضى مكة مولى عثمان بن عفان وهو ثقة قال ابو زرعة ورواه احمد بسند كل رجاله ثقاة وهو حدثنا روح حدثنا سفيان الثورى عن حميد بن قيس عن ابراهيم عن جابر ان رجلا من الانصار اعطى امه حديقة من نخل حياتها فماتت وله اخوة فقالوا نحن فيه شرع سواء فابى فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقسمها بينهم ميراثا واما قول ابن الاعرابى انها عند العرب تمليك المنافع فلا يضر لان الشارع نقلها الى تمليك الرقبة (ولا تصح الرقبى) عند ابى حنيفة ومحمد وهو قول مالك (وهى) ان يقول شخص لآخر ارقبتك هذه الدار وهى لك رقبى او هى لك حياتك على انى (ان مت قبلك

(ولا تصح الرقبى وهى) فى الاصل مصدر بمعنى الرقوب وفى العرف (ان مت قبلك)

فهى لك) وان مت قبلى فهى لى وسميت بذلك لان كل واحد يرقب موت صاحبه وقال ابو يوسف يصح وهو قول الشافعى واحمد لانها تشتمل على شرط رد الدار بعد الموت فيكون بمنزلة العمرى ولنا فى سنن ابى داود عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العمرى جائزة لاهلها والرقبى جائزة لاهلها وفيها عن زيد بن ثابت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اعمر شيئا فهو لعمره حياته ومماته ولاترقبوا فمن ارقب شيئا فهو سبيله وفى سنن النسائى عن ابن عباس مرفوعا من اعمر عمرى فهى لمن اعمرها جائزة ومن ارقب رقبى فهو لمن ارقبها جائزة وفيها وفى ابن ماجه عن ابن عمر مرفوعا لا عمرى ولارقبى فمن اعمر شيئا اوارقبه فهو له حيوته ومماته ولنا انه تعليق التمليك بالخطر وهى موت المملك وذلك باطل واذا لم يصح عند ابى حنيفة ومحمد يكون عارية لان هذا العقد يتضمن اطلاق الانتفاع وقد حكم الاتقانى شارح الهداية بصحة قول ابى يوسف لما روينا من الاخبار

(والصدقة لاتصح الا بالقبض) لانها تبرع بالهبة كالهبة (ولا) تصح (فى شائع يقسم) لما مر فى الهبة (ولا عود فيها) لان المقصود بها الثواب وقد حصل بخلاف الهبة فلارجوع فى الهبة لفقير استحسانا لان المقصود بها الثواب دون العوض اذ لوكان قصده العرض لاختار للهبة من يكون اقدر على اداءه ولما اختار الفقير مع عجزه عن اداءه عرفنا ان مقصوده الثواب وقد نالهولو تصدق على غنى لايعود استحسانا والقياس ان يعود وبه قال بعض اصحابنا لان الصدقة فى حق الغنى هبة لانها انما يقصد منها العوض دون الثواب كما ان الهبة فى حق الفقير صدقة لانها انما يقصد منها الثواب دون العوض ووجه الاستحسان ان لفظ الصدقة مما يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه اولى من مراعاة حال التملك ثم التصدق على الغنى قد يكون قربة استحق بها الثواب لكونه غنيا يملك نصابا وله عيال كثيرة والناس يتصدقون على مثل هذا النيل الثواب الاترى ان عند اشتباه الحال يتادى الواجب من الزكوة بالتصدق عليه ولارجوع فيه بالاتفاق فكذلك عند العلم بحاله لايثبت له حق الرجوع عليه ثم الصدقة فيما يقسم وكذا الهبة على غنيين باطل عند ابى حنيفة وقالا جائزة وكذا الصدقة على فقيرين باطلة فى رواية الاصل عن ابى حنيفة وفى رواية الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهم جاز قيل وهو الصحيح ولو تصدق بها على غنيين

(فهى) اى الدار (لك) وسمى رقبى وهى المراقبة والانتظار لانه يراقب كل واحد منهما موت صاحبه كانه يقول اراقب موتك وتراقب موتى فان مت فهى لك وان مت فهى لى وهى باطلة عند ابى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف وحاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقبى مع اتفاقهم انها من المراقبة فحمل ابو يوسف هذا اللفظ على انه تمليك للحال والرجوع الى الواهب منتظر فتكون كالعمرى وقالا المراقبة فى نفس التمليك فكان تعليق التمليك بالخطر وهو موت المملك قبله وذا باطل واذا لم تكن هبة عندهما تكون عارية لانه اطلق له الانتفاع

(والصدقة) كالهبة (لاتصح الا بالقبض) لانها تبرع كالهبة (ولا فى مشاع يقسم) كما اذا تصدق بنصف الدار (ولكن لاعود) اى لارجوع (فيها) اى فى الصدقة لان المطلوب بالصدقة نيل الثواب وقد حصل فلا يرجع ولو تصدق على غنى اووهب لفقير لايرجع اعتبارا للفظ فى المسئلة الاولى وللمعنى فى المسئلة الثانية وحق الرجوع حق ضعيف فاذا وقع الشك فى ولاية الرجوع لايرجع بالشك ومن اصحابنا من يقول الصدقة على الغنى والهبة سواء يعنى فيهما الرجوع واعلم ان العدل هى التسوية بين الابن والبنت فى الهبة عند ابى يوسف رح لقوله عليه الصلوة والسلام سووا بين اولادكم حتى فى القبلة ولو كنت مفضلا احدا لفضلت الاناث وعند محمد ان يسوى بينهما على سبيل الارث للذكر مثل حظ الانثيين

او وهبها لم يجز وقال ابو يوسف ومحمد يجوز كله والله اعلم بالصواب.

(كتاب الاجارة)

(هى) لغة اسم للاجر من اجر يأجر بكسر الجيم وضمها وهو العوض قال الله تعالى (ولو شئت لاتخذت عليه اجرا) وسمى الثواب اجرا لانه سبحانه عوض العبد به وشرعا (بيع نفع معلوم) غير حرام كالغناء والنوح ولا عبادة كالآذان وقراءة القرآن (بعوض كذا) اى معلوم (دين) كالنقود والمكيل والموزون (اوعين) كالثياب والدواب ويشترط كون العوض معلوما لقوله عليه السلام من استأجر اجيرا فليعلمه اجره رواه محمد بن الحسن فى الآثار عن ابى حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن ابى سعيد وابى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم وفى رواية عبد الرزاق له فليسم له اجره وفى لفظ فليبين لان الجهالة فى المعقود عليه وبدله يفضى الى المنازعة كجهالة الثمن والثمن فى البيع وهى جائزة بالاجماع وبقوله تعالى (فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن) وقوله تعالى (على ان تأجرنى ثمانى حجج) وبما روى الشيخان من حديث ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم احتجم واعطى الحجام اجره ومن حديث عائشة فى الهجرة قالت استأجر النبى صلى الله عليه وسلم وابو بكر رجلا من بنى الديل هاديا خريتا وهو على دين كفار قريش فدفعا اليه راحلتيهما وواعداه غار ثور ثلث ليال الحديث والخريت بكسر المعجمة وتشديد الراء وتحتية ساكنة فمثناة الماهر بالهداية ومن حديث ابى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه رواه البخارى وابن ماجه ومحل عقد الاجارة عندنا المنافع وهو قول مالك واحمد واكثر اصحاب الشافعى وقال بعض اصحابه العين لانها الموجودة والعقد يضاف اليها ولنا ان المعقود عليه هو المستوفى بالعقد وذلك المنافع لا الاعيان واضافة العقد الى العين لانها محل المنفعة وعند مالك وهو مذهب الشافعى واحمد يجعل المنافع المعدومة موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد ومن فروع كون المنافع كالاعيان عند مالك والشافعى وعدمه عندنا انه لو آجر ما استاجره باكثر مما استأجر يتصدق بالفضل عندنا ان اتحد الجنس فى الاجرتين لانه ربح مالم يضمن فيملكه خبيثا فيؤمر بالتصدق به وعندهما يطيب له لانه لما قبض العين دخلت المنفعة فى ملكه فيملك بدلها بالغا ما بلغ (ويعلم النفع بذكر المدة) اى بيانها (وان طالت) على المذهب لان المدة اذا كانت معلومة

كتاب الاجارة

هى لغة اسم للاجرة وهى كراء الاجير من اجرت مملوكى او اوجره ايجارا فهو موجر من آجر مواجرة فلا يقال مواجر فانه خطاء وشرعا (بيع نفع معلوم بعوض كذا) اى معلوم (دين) كالنقود والمكيل والموزون (اوعين) كالعبيد والثياب ثم اعلام العوض ان كان من النقود بيان القدر وبيان الصفة انه جيد او وسط او ردى وان كان العوض مكيلا او موزونا او عددا يتقاربا فاعلامها بيان القدر والصفة ويحتاج الى مكان الايفاء ان كان له حمل ومؤنة عند ابى حنيفة وان كان العوض عرضا كالثوب يشترط فيه شرائط السلم وهذا كله ان كانت الاجرة دينا وان كانت عينا فاعلامها بالاشارة (ويعلم النفع) بثلثة اشياء (بذكر المدة) كاستيجار الدور للسكنى والاراضى للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة (وان طالت) لان المنافع تحدث شيئا فشيئا فمقدارها تصير معلوما ببيان المدة

كان قدر المنفعة معلوما اذا كانت المنفعة لاتتفاوت كالدور للسكنى والاراضى للزراعة (لكن فى الوقف) الذى لم يشترط الواقف مدة الاجارة (لاتصح) المدة الطويلة عند مشايخ بلخ كيلا يدعى المستأجر الملك والمدة الطويلة (فوق ثلث سنين) وهو المختار وقيل يصح ولكن يرفع الى الحاكم حتى يبطلها وبه يفتى الفقيه ابو الليث والحيلة فى تصحيح اكثر من ثلاث سنين ان ترفع الى حاكم يصححها واما لو شرط الواقف مدة اتبع شرطه طالت المدة اوقصرت (وبذكر العمل) اى ويعلم النفع بذكر العمل تارة (كصبغ ثوب) احمر اواصفر اوخياطة قبا اونحوه او حمل قدر معلوم مسافة معلومة اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والمحمول اذ بذلك تصير المنفعة معلومة (وباشارة) تارة (كنقل هذا) الطعام (الى ثمه) اى ذلك المقام لانه اذا رأى ما ينقله وعلم الموضع الذى ينقل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد (ولا تجب الاجرة) اى لاتملك (بالعقد) سواء كانت عينا اودينا كذا ذكر محمد فى الجامع وذكر فى الاجارة ان كانت عينا لاتملك بالعقد وان كانت دينا تملك به وتكون بمنزلة الدين المؤجل وعامة المشايخ على ما فى الجامع وقال الشافعى واحمد تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم الدار والدابة الى المستأجر (بل) تملك الاجرة (بتعجيلها) اى بنقديمها ودفعها اليه (او بشرطه) اى بشرط تعجيلها فى العقد (او باستيفاء النفع) تحقيقا للتسوية (او التمكن منه) اى من استيفاء النفع اقامة للتمكن من الشىء مقام ذلك الشىء (فتجب) الاجرة (لدار قبضت ولم يسكنها) لان تسليم عين المنفعة لما لم يمكن اقيم تسليم محلها مقامها اذ التمكن من الانتفاع يثبت به (وتسقط) الاجرة (بالغصب) من المستأجر (بقدر تمكنه) حتى ان فات تمكنه فى جميع المدة سقط جميع الاجرة وان فات فى بعضها سقط بحسابه لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد بقدر ذلك الفوات وسقط من الاجرة بقدره ذكره صاحب الهداية وذكر الفضلى والقاضى فخر الدين فى الفتاوى ان الاجارة لاتنفسخ ولكن تسقط الاجرة مادامت فى يد الغاصب وكذا اذا غرقت الارض قبل زرعها وان اصطلمه آفة سماوية لزمه الاجر تاما فى رواية محمد لانه زرعها وقيل يلزمه اجر ما مضى من المدة فقط وبه يفتى ان لم يتمكن من زرع مثله فى الضرر ثانيا ذكره قاضيخان وبه قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده

(لكن فى الوقف لايصح فوق ثلث سنين) فى الصحيح لئلا يدعى المستأجر ملكها قيل والحيلة لجواز الاجارة الطويلة على الاوقاف ان يعقدوا عقودا متفرقة كل عقد على سنة فيكون العقد الاول لازما والثانى غير لازم لانه مضاف كذا فى الذخيرة (وبذكر العمل) وذا ببيان محله كصبغ الثوب اوخياطته او استيجار دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما (وباشارة) وتعيين (كنقل هذا) الطعام مثلا (الى ثمه) اى موضع معلوم (ولا يجب) تسليم (الاجرة بالعقد) اى بنفس العقد عينا كانت اودينا وقال الشافعى يملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم الدار او الدابة الى المستأجر لانها عقد معاوضة فمطلقه يوجب ملكية البدل بنفسه كعقد البيع قلنا عقد المعاوضة يقتضى تقابل البدلين فى الملك والتسليم اى يثبت الملك فى البدلين معا كالبيع واحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد بل تراخى الملك فيها الى حين وجودها فكذا الاجرة (بل تجب بتعجيلها) من غير شرط فان المستأجر اذا عجلها ليس له الاسترداد كما لا يسترد الواجب فمعنى الوجوب بالتعجيل ان لها حكم الوجوب (او بشرطه) فاذا شرط تعجيل الاجرة يجب (او استيفاء نفع) المعقود عليه (او التمكن منه) اى من استيفاء النفع (فتجب الاجرة لدار قبضت وان لم يسكنها) اى المستأجر لان تسليم عين المنفعة لايتصور فاقيم تسليم المحل مقامه (و) ان غصبها غاصب من المستأجر (تسقط) الاجرة (بالغصب (بقدر فوت تمكنه) اى المستأجر من الانتفاع وهل ينفسخ العقد بالغصب قيل لاينفسخ وقيل ينفسخ

(وللموجر طلب الاجرة للدار والارض لكل يوم) لانه منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق فى العقد فيكون بمنزلة التاجيل (و) له طلب الاجر (للدابة لكل مرحلة) لانها سير مقصود (و) طلب الاجر (للقصارة والخياطة اذا تمت) لان العمل فى البعض غير منتفع به فلا يستوجب به اجرا وقال ابو حنيفة اولا وهو قول زفر لايجب شىء من الاجرة الا بعد استيفاء جميع المنفعة سواء كان العقد على المدة كما فى اجارة الدار والارض اوعلى قطع المسافة كما فى كرى الدابة الى مكة اوعلى العمل كما فى القصارة والخياطة والصباغة وان كان حصة ما استوفى من العمل معلوما سواء عمل فى غير بيت المستأجر اوفى بيته على ما فى التجريد والهداية ويطلبه القصار والخياط بعد الفراغ لو عمل فى بيته ثم رجع وقال ان وقعت الاجارة على المدة اوعلى قطع المسافة يجب ايفاء الاجر بحصة ما استوفى من المنافع اذا كان لما استوفى حصة معلومة من الاجر ففى الدار يجب الايفاء يوما فيوما وفى قطع المسافة مرحلة فمرحلة وفى الاجارة التى تنعقد على العمل ويبقى للعامل اثر فى العين لايجب ايفاء الاجر الا بعد ايفاء العمل كله ويستحق خاصة ماخاط لو عمل فى بيت المستأجر على ما هو المشهور كما فى المبسوط وغيره فانه حينئذ كالدار والدابة (و) للموجر طلب الاجر (للخبز) بالضم ويجوز فتحه (بعد اخراجه من التنور) لان تمامه بذلك (فاذا احترق) الخبز (بعد ما اخرج) من التنور من غير فعل (فله الاجر) لوجود تمام العمل (و) اذا احترق (قبله) اى قبل اخراجه من التنور (لا) اى لا اجر له لعدم وجود تمام العمل وفى النهاية ان روايات الكتب من المبسوط والذخيرة والمغنى والجامع لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشى والفوائد الظهيرية ان العامل فى بيت المستأجر يستحق الاجر بقدر عمله حتى لو سرق الثوب فله من الاجر بقدر عمله لان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ عنه وفى الهداية انه لا يستحق الاجر الا بالتمام (ولاغرم فيهما) اى فى حالتى الاحراق بعد الاخراج وقبله على الاجير لانه لم يوجد منه جناية وهذا عند ابى حنيفة وعندهما على الاجير الغرم لانه اجير مشترك والعين فى يده مضمونة عندهما هكذا حكى القدورى الخلاف فى شرحه وفى شرح الوافى ولا ضمان عليه بالهلاك عند الكل اما عند ابى حنيفة فلانه لم يهلك

(وللموجر طلب الاجرة) من المستأجر (للدار والارض) مدة معلومة (لكل يوم) (و) كذا من استأجر دابة الى مكة فللموجر (الدابة) طلب الاجرة (لكل مرحلة) وليس للموجر (للقصارة والخياطة) طلب الاجرة قبل ان يفرغ من العمل بل طلب الاجرة (اذا تمت) القصارة والخياطة وكان ابو حنيفة يقول اولا وهو قول زفر رح لايجب ايفاء شىء من الاجر الا بعد استيفاء جميع المنفعة سواء كانت الاجارة معقودة على المدة كما مر فى اجارة الدار او الارض اوعلى قطع المسافة كما فى كراء الدابة الى مكة وعلى العمل كما فى القصارة والخياطة والصباغة ثم رجع عن هذا وقال ان وقعت الاجارة على المدة اوعلى قطع المسافة يجب ايفاء الاجرة بحصة ما استوفى من المنافع (و) للموجر (للخبز) طلب الاجرة (بعد اخراجه) اى الخبز (من التنور فاذا احترق) الخبز من غير فعله بعد ما اخرج (فله الاجرة) لانه اوفى عمله (واذا احترق قبله) اى قبل الاخراج لا اجرة له (ولاغرم عليه فيهما) اى فى الاحتراق بعد الاخراج وقبله قيل هذا قول الكل وذكر القدورى فى شرحه ان على قولهما يجب الضمان وهو اختيار صاحب الهداية لاضمان عليه فى الحطب والماج لانه صار مستهلكا قبل وجوب الضمان

من عمله واما عندهما فلانه هلك بعد التسليم (و) للموجر طلب الاجر (للطبخ) للوليمة (بعد الغرف) اى اخراج المرقة من القدر الى القصاع قيدنا بالوليمة لانه لو استأجره لطبخ قدر خاص بعينه لايكون الغرف عليه كذا فى المحيط والايضاح والاصل فى ذلك العرف (و) للموجر طلب الاجر (لضرب اللبن) بكسر الموحدة (بعد اقامته) اى تسويته عند ابى حنيفة وبعد تشريجه اى جعل بعضه على بعض عندهما لان تشريجه من تمام عمله اذ لايؤمن الفساد قبله ولانه هو الذى يتولاه عادة والمعتاد كالمشروط ولابى حنيفة ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الى موضع العمارة وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا فسد بمطر ونحوه بعد ما اقامه فعنده يجب الاجر وعندهما لايجب الا اذا كان شرجه (ويحبس العين للاجر من خلط ملكه بها) اى بالعين (كالصباغ) ومن له اثر فيها كالقصار لان المعقود عليه وصف قائم فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء بدله كما فى البيع (فان حبس فضاع فلاغرم) عند ابى حنيفة لانه غير متعد فى الحبس وقد كان العين امانة فى يده قبل الحبس فتعين امانة بعده (ولا اجر له) لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابى يوسف ومحمد كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له لان العمل لم يصر مسلما اليه وان شاء ضمن قيمته معمولا وله الاجر لان المبيع صار مسلما اليه تقديرا بوصول قيمته اليه فصار كما لو صار مسلما اليه حقيقة (بخلاف الجمال) بالجيم او المهملة وكل صانع ليس لعمله اثر فى العين (ولمن) اى لاجير (اطلق له العمل ان يستعمل غيره) لان المستحق عمل فى ذمته فله ايفاؤه بنفسه وبغيره فصار كايفاء الدين (فان قيد بيده) بان قال له على ان تعمل بيدك او بنفسك (لا) اى لايستعمل غيره لان المعقود عليه عمل بعينه فيستحق عليه كالمنفعة فى محل بعينه (ولاجير المجئ بعياله) الضمير للمستاجر والباء متعلقة بمجئ وهو مجرور باضافة اجير اليه واللام متعلقة بمحذوف خبر مقدم وقوله (ان مات بعضهم وجاء بمن بقى) شرط معترض بين الخبر والمبتدأ وهو (اجره بحسابه) والجملة جواب الشرط يعنى من استأجر رجلا ليذهب الى البصرة ويجئ بعياله وهم معلومون فذهب فوجد بعضهم قد ماتوا فجاء بمن بقى فله اجره بحسابه لان الاجر مقابل بجملتهم وقد اوفى الاجير بعض المعقود عليه فيستحق من العوض بقدره (وحامل كتاب) مبتدأ مضاف (اوزاد الى زيد باجر) الجار ان متعلقان بحامل (ان رده) اى الكتاب او الزاد (لموته) اى

(و) للموجر طلب الاجرة (للطبخ بعد الغرف) اى بعد اخراج المرقة من القدر الى القصاع وقيل هذا فى طعام الوليمة وان استوجر لطبخ قدر خاص فاخراج المرقة من القدر ليس عليه (ولضرب اللبن) (بعد اقامته) عند ابى حنيفة وقالا لايستحقها حتى يشرجه لان التشريج من تمام العمل وله ان العمل قد تم بالاقامة والانتفاع به ممكن والتشريج عمل زائد كالنقل (ويحبس العين) للاجر كل (من خلط ملكه) اى شيئا من ماله (بها) اى بالعين (كالصباغ) والقصار خلافا لزفر (فان حبس العين) لاستيفاء الاجرة (فضاع فلا غرم) عليه لانه لما لم يصر متعديا بالحبس بقى العين فى يده امانة (ولا اجر له) لانه هلك المعقود عليه قبل التسليم وهلاك المعقود عليه قبل التسليم يوجب سقوط البدل كالمبيع اذا هلك فى يد البائع وهذا عند ابى حنيفة رح وعندهما العين مضمونة قبل الحبس فكذا بعده ولصاحبه الخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته معمولا وله الاجر (بخلاف الحمال والملاح) وكل صانع ليس شىء من ماله قائما بالعين فليس له ان يحبس العين للاجر لان المعقود عليه هو العمل وقد تلاشى واضمحل واما الابق اذا رده انسان فانه يحبسه للجعل ولا اثر لعمله لانه لايحبس للعمل ولكن لما رد عينا كان على شرف الهلاك صار بمنزلة احياء العين وتمليكه منه فكانه باعه منه فملك حبسه (ولمن اطلق له العمل) بان يقول استاجرتك لتخيط هذا الثوب بدرهم فهذا من قبيل اطلاق العمل عرفا وان كان المذكور خياطته لفظا (له ان يستعمل غيره) لان المستحق عليه عمل فى ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره كايفاء الدين (فان قيد) بان شرط ان تخيطه (بيده) اى بنفسه (لا) يكون له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه امر مخصوص بيده فيستحق عليه عينه (و) من استاجر اجيرا ليذهب الى البصرة ويجئ بعياله المعلومين كان (لاجير المجئ بعياله ان مات بعضهم وجاء بمن بقى اجره بحسابه) وهذا اذا قلت مؤنة الباقين بموت من مات واما اذا لم ينقص المؤنة بموته بان مات الكبار مثلا فله كل الاجر (و) ان استاجر (حامل كتاب اوزاد) ليذهب به (الى زيد) بالبصرة (باجر) ويجئ بجواب الكتاب (فان) ذهب و(رده) اى الكتاب اوالزاد على المستاجر (بموته) اى بسبب موت زيد

لاجل

لاجل موت زيد (لاشيء له) جواب الشرط والشرط وجوابه خبر المبتدأ والمعنى ان من استأجر رجلا ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب اليها فوجده ميتا او لم يجده اووجده ولم يدفع اليه شيئا بل رد به فلا اجر له وعند زفر له الاجر لانه بمقابلة الحمل للبصرة وقد وفى به وجنى برده فلا يسقط بجنايته حقه من اجرته ولهم ان المعقود عليه هنا هو نقل الطعام الى البصرة وقد نقضه برده ومن استاجر رجلا ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجده ميتا فرد الكتاب فلا اجر له وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد له اجر الذهاب وهو قول مالك والشافعى وذكر الفقيه ابو الليث قول ابى يوسف مع قول محمد لمحمد انه اوفى بعض المعقود عليه دون البعض فيستحق الاجر بقدره اوفى ولهما ان الاجر مقابل بنقل الكتاب اذهو امر مقصود بين الناس اووسيلة الى المقصود وهو العلم بما فيه فاذا رده فقد نقضه فيسقط الاجر واما لو وجده غائبا فترك الكتاب هناك ليوصل اليه فله اجر الذهاب اجماعا لانه اتى بما فى وسعه وفى المحيط وكذا لو استأجر رسولا ليبلغ رسالته الى فلان ببغداد فلم يجد فلانا وعاد فله الاجر لقطع المسافة لانه الذى فى وسعه لا الاسماع (وصح استيجار دار اودكان) اوحانوت (بلاذكر مايعمل) المستأجر (فيه) والقياس ان لايصح لان المقصود من الدار والدكان الانتفاع وهو قد يكون بالسكنى وقد يكون بوضع الامتعة فينبغى ان لايجوز ما لم يبين ما يعمل فيها كالاراضى للزراعة والثياب للبس ووجه الاستحسان ان العمل المتعارف فيها السكنى والمتعارف كالمشروط فينصرف العقد الى السكنى بخلاف الارض والثياب فانهما يختلفان باختلاف المزروع واللابس (وله) اى للمستأجر فى السكنى فيها (كل عمل) للاطلاق كـكسر الحطب وغسل الثياب لان السكنى لا يتم بذلك فيكون من توابعها وفى المبسوط والذخيرة انما يكون له ربط الدواب اذا كان فيها موضع معد لذلك واما اذا لم يكن فليس له ذلك (سوى موهن البناء) نحو الحدادة والقصارة والطحن بالدابة دون اليد لان فيه ضررا ظاهرا فيتقيد العقد بماوراءه دلالة والحاصل ان كل عمل يفسد البناء اويوهنه فذلك لايصير مستحقا له بمطلق العقد الا ان يشترط ومالا يوهن فهو مستحق بمطلق العقد (لااستيجار ارض) اى لايصح استيجار ارض (حتى يسمى مايزرع) فيها لانها تستأجر للزراعة وغيرها ومايزرع فيها متفاوت فى الضرر فلابد من التعيين لئلا يقع المنازعة (او) يسمى (مايعمه) اى يعم

(فلاشيء له) عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد له اجر الذهاب فى الكتاب وفى الزاد لاشيء له اتفاقا حيث نقص عمله بالرد وذكر الفقيه ابو الليث قول ابى يوسف مع محمد وغيره ذكره مع ابى حنيفة وذكر الذهاب بالكتاب يشير به الى ان هذا الحكم فيما اذا استأجره بالذهاب بشيء ليس له حمل ومؤنة وكذا المجيء بالجواب لانه لو لم يشترط عليه المجيء بالجواب وترك الكتاب ثمه فيما اذا كان ميتا فانه يستحق الاجر كاملا وعند زفر ان استأجره ليذهب بالطعام فرده له الاجر (وصح استيجار دار اودكان بلاذكر ما يعمل فيه) بان قال استاجرت هذه الدار اوهذا الدكان سنة فقط ولم يقل للسكنى لان المعقود عليه معلوم بالعرف وهو السكنى (وله) اى وللمستأجر (كل عمل) نحو الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب و وضع المتاع وغير ذلك (سوى موهن البناء) كالقصارة والطحن والحدادة لان ذلك يضر بالبناء فليس له ان يفعله الا برضاء المالك (لا) يصح استيجار ارض للزراعة حتى يسمى مايزرعه فيها) لان الارض تارة يستأجر للزراعة وتارة للبناء والغرس وغيرهما ومايزرع فيها متفاوت بعضه لايضر بالارض وبعضه يضر بالارض فما لم يبين شيئا من ذلك لايصير المعقود عليه معلوما (اويعمه) بان يقول اجرت الارض على ان يزرع فيها ماشاء

(وحتى يكون الارض خالية عن الزراعة) حتى يتمكن من الانتفاع (فان استاجرها للبناء) فيها (او الغرس) نخلا او شجرا

ما يزرع فى الارض بان يذكر انه يزرع ما يشاء فيها لانه اذا سمى ما يعمه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة (و) حتى (تكون الارض خالية عن الزراعة) لانها لو كانت مشغولة بها لم يكن المعقود عليه مقدور الاستيفاء منها (فان استأجرها) اى الارض (للبناء او الغرس صح) لان ذلك منفعة تقصد من الارض فكان كاستيجارها للزراعة (واذا انقضت المدة) اى مدة الاجارة (سلمها) اى يلزم المستأجر ان يسلم الارض الى مالكها (فارغة) من البناء والغرس بان يجبر على قلعه لان تقدير المدة فى الاجارة يقتضى التفريغ عند انقضائها وليس للبناء والغرس مدة معلومة يتهايآن اليها فيكون كاشتراط القلع عند انقضاء المدة عرفا ودلالة بخلاف مالو انقضت مدة الاجارة وفى الارض زرع لم يدرك حيث يترك باجر المثل فى يده الى ان يستحصده لان لبلوغ الزرع غاية معلومة فكان فى التأخير باجر المثل مراعاة للحقين (الا ان يغرم الموجر قيمته) اى قيمة البناء او الغرس (مقلوعا) لان فى ذلك نظرا لهما (ويتملكه) هو بالنصب عطف على يغرم (بلا رضاء المستأجر ان نقص) الارض القلع لان فيه دفع الضرر عن الموجر (والا) اى وان لم ينقص القلع الارض (فبرضاه) اى فيتملكه الموجر برضا المستأجر (او يرضى) عطف على يغرم اى او الا ان يرضى الموجر (بتركه) اى ترك البناء او الغرس لان الحق لرب الارض فاذا رضى باستمرار البناء او الغرس باجر او بغير اجر كان له ذلك (فيكون البناء او الغرس لهذا) اى المستأجر (والارض لهذا) وهو الموجر وهو واضح (والرطبة) بفتح فسكون القضب هى بالفارسية اسفست (كالشجرة) اى حكمها لانها لا يعلم لانتهائها غاية (وضمن) المستأجر (الحصة بالزيادة على حمل) بالكسر (ذكر) من عقد الاجارة يعنى استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معينا من نوع معين فحمل اكثر مما سمى فعطبت ضمن مازاد (ان اطاقت) دابة مثلها ذلك الحمل لانها عطبت بما هو مأذون فيه وبما هو ليس بمأذون فيه فانقسم عليهما (و) ضمن (كل القيمة ان لم تطق) دابة مثلها ذلك لعدم الاذن فيه اصلا لخروجه عن العادة قيد بكون الاجارة على حمل لانها لو كانت على ركوب شخص معين فاردفه آخر فعطبت الدابة ضمن نصف قيمتها سواء كان اخف او اثقل لان تلف الدابة من الركوب لا ينشأ من الثقل اذ رب ثقيل يحسن الركوب فلا يضر ثقله بالدابة وخفيف لا يحسنه فيضربها ولان الآدمى لا يوزن فاعتبر فيه العدد وهذا

(صح لان هذه منفعة مقصودة بالاراضى (فاذا انقضت المدة) لزم المستاجر ان يقلع البناء او الغرس (و) سلمها فارغة) لانه ليس لنهايتهما مدة معلومة فلو لم يقلعهما يتضرر رب الارض بخلاف ما اذا انقضت مدة الاجارة وفى الارض زرع لم يدرك حيث يترك الزرع باجر المثل فى يده الى ان يستحصد لان لبلوغ الزرع نهاية معلومة فكان فى التاخير باجر المثل مراعاة الحقين (الا ان يغرم الموجر) للمستاجر (قيمته) اى قيمة البناء او الغرس (مقلوعا) و (ان يتملكه هذا بمنزلة التفسير لقوله يغرم (بلا رضاء المستاجر ان نقص القلع الارض) لانه يتضرر الموجر بنقصان ارضه فله ان يختار التمليك بلا رضاء المستاجر لانه لا ضرر للمستاجر بعد ما اعطاه الموجر قيمة البناء او الغرس (والا) اى وان لم ينقص القلع الارض (فبرضاه) اى يغرم الموجر للمستاجر ويعطيه قيمة البناء او الغرس ويتملكه برضاء المستاجر لان البناء او الغرس له ولما لم ينقص القلع الارض كان له ان لا يرضى بتمليك الموجر ويقلع البناء والغرس (او) الا ان (يرضى) الموجر (بتركه) اى بترك البناء او الغرس فى الارض لان الحق له فله ان يأخذ حقه واذا تركه (فيكون البناء او الغرس لهذا) اى للمستاجر (والارض لهذا) اى للموجر وعلى تقدير رضاء الموجر بالترك للمستاجر ان يقلع البناء او الغرس ان لم ينقص القلع الارض وهذا ظاهر (والرطبة كالشجر) فاذا انقضت مدة الاجارة وفى الارض رطبة قلعت الرطبة لانه ليس لانتهائها غاية معلومة فصارت كالشجر (و) اذا استاجر الدابة ليحمل عليها مقدارا معلوما وزاد على ما ذكر فعطبت (ضمن الحصة) بالزيادة (على حمل) ما ذكر لانه تلف الدابة بالثقل والثقل منقسم فعشرة اجزائه مثلا ماذون فيه وجزء واحد غير ماذون فانقسم عليهما وهذا (ان اطاق) مثل هذه الدابة مقدار هذا الحمل (و) يضمن كل (القيمة) ان لم يطق مثل هذه الدابة هذا الحمل لانه خارج عن العادة فلم يكن ماذونا فيه اذا

اذا كانت الدابة تطيق حمل اثنين حتى لو كانت لا تطيق ذلك ضمن كل قيمتها وان قيد الدابة براكب والثوب بلبس لابس معين فخالف الى غيره ضمن القيمة ان اتلف لتفاوت الناس فى الركوب واللبس ومثله كل مايختلف باختلاف المستعمل ولايعتبر التعيين فيما لايختلف بالمستعمل فلو شرط سكنى واحد بعينه فى الدار جاز للمستاجر ان يسكن غيره فيها والتلف برد الدابة بان يجذب لجامها الى نفسه لتقف ولا تجرى او الضرب بلا اذن صريح يوجب الضمان عند ابى حنيفة كهلاك الدابة المستعارة والعبد المستاجر بالضرب وهما قيداه بغير المعتاد كمالك والشافعى وصح استيجار الجمل ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة المشرفة مثلا ويتعين المحمل المعتاد فى عرف البلاد ويستحب مشاهدة الجمال المحمل لانه ابعد من الجهالة وبه قال مالك وشرط الشافعى المشاهدة وهو القياس لانه مجهول فيؤدى الى المنازعة ولنا وهو الاستحسان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة تزول بالصرف الى المعتاد وكذا اذا لم ير الفراش ومايتعلق به وصح لزاد معلوم الى مكان معلوم ويجوز عوض مانقص منه خلافا لبعض اصحاب الشافعى

فصـــل

يفسدها) اى الاجارة (شروط تفسد البيع) وهى الشروط التى لايقتضيها العقد الذى وقعت فيه لان الاجارة فى المنافع بمنزلة البيع فى الاعيان ولذا تقال وتفسخ والشروط التى لايقتضيها البيع تفسده فكذا الشروط التى لايقتضيها الاجارة تفسدها وذلك كاشتراط مراصة الدار وادخال جذع فى سقفها وتفسد ايضا بجهالة المعقود عليه كما لو استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اى شىء يزرعها وكذا بجهالة المدة فيما يعلم المنفعة بها كالدور لاستلزامها جهالة قدر المنفعة وكذا بجهالة الاجر لانه كالثمن فى البيع وكذا بجعله من جنس منفعة المستاجر كاستيجار دار للسكنى بسكنى دار اخرى ولبس ثوب بلبس آخر وعند الشافعى يجوز لان المنافع كالاعيان عنده ومبادلة العين بالعين بجنسه اوبخلاف جنسه صحيحة عند المساومة ولنا ماحكى ان ابن سماعة كتب الى محمد وقال لم لايجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فكتب محمد فى جوابه انك اطلت الفكرة واصبت الخبرة وجالست الجبائى وكانت منك زلة اما علمت ان اجارة سكنى دار بسكنى دار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة بيانه ان المعقود عليه مايحدث من المنفعة وذا غير موجود فى الحال فاذا اتحد الجنس كان

فصـــل

فى الاجارة الفاسدة (يفسدها شروط تفسد البيع) وكل شرط مخالف لموجب العقد فهو مفسد للعقد لان الاجارة مبنية على المضائقة والمماكسة فيفسد بالشرط كالبيع مثل ان يستاجر رحى ماء على انه ان انقطع الماء فلا اجر عليه فهذا الشرط مخالف لموجب العقد لان موجبه ان لايجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه

واذا ظهر الفساد (فيجب) على المستاجر اجر المثل لكن (لايزاد على المسمى) اى الواجب الاقل من المسمى واجر المثل وقال زفر والشافعى يجب اجر المثل بالغا مابلغ لان المنافع متقومة عندهما فاذا تعذر ايجاب المسمى للفساد يجب المصير الى القيمة كما فى البيع الفاسد ولنا ان المنافع غير متقوّمة بنفسها وانما صارت متقومة شرعا بالعقد لضرورة حاجة الناس وقد اسقط المتعاقدان الزيادة (وصح اجارة داركل شهر بكذا بلابيان المدة فى شهر واحد فقط) وفسد فى بقية الشهور لانه لايمكن تصحيح العقد على جملة الشهور لجهالتها ولاعلى ما بين الادنى والكل لعدم اولوية بعضها فتعين الادنى وهو الشهر الواحد واذا تم الشهر الاول كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة (و) كذا صح الاجارة (فى كل شهر يسكن ساعة فى اوله) ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضى الشهر الداخل لانه يتم العقد بتراضيهما بالسكنى ساعة فى اول الشهر الثانى بالتعاطى كما ان البيع يثبت بتراضيهما فى التعاطى وهذا عند بعض المشايخ المتاخرين فانه جعل حين يهل الهلال لكل واحد منهما حق الفسخ فاذا مضى ادنى زمان لزم العقد لانه ظهر رضاء هما وفى ظاهر الرواية لكل واحد منهما حق الفسخ فى الليلة الاولى من الشهر الداخل مع يومها لان ذلك رأس الشهر الداخل اذفى اعتبار آوان رؤية الهلال حرج (فان سمى) فى اجارة الدار كل شهر بكذا (اوّل المدة) بان قال اجرت من رمضان (فذاك) اى المسمى اوّل المدة (والا) اى وان لم يسم اوّل المدة بان قال اجرت كل شهر بكذا (فوقت العقد) اى اوّل المدة وقت العقد (فان كان) وقت العقد (حين يهل) الهلال (اعتبر الاهلة) فى الشهور كلها لان الاهلة اصل فى الشهور (والا) اى وان لم يكن العقد حين يهل الهلال بل يكون فى شهور اثناء الشهر (فالايام) معتبرة فى كل الشهور فيعتبر فى كل شهر ثلثون يوما عند ابى حنيفة وهو رواية عن ابى يوسف وعند محمد يعتبر الشهر الاول بالايام والباقى بالاهلة وهو رواية عن ابى يوسف فان اجر الدار مثلا سنة فى عاشر ذى الحجة يقع الاجارة عند ابى حنيفة على ثلثمائة وستين يوما ويتكرر عيد الاضحى فى السنة التى جعلها المتعاقدان سنة اجارتهما كما اذا قال اجرت هذه الدار السنة التى هى ثلثمائة وستين يوما فانه يتكرر عيد الاضحى فى سنة الاجارة ولا استنكار فيه وانما المستنكر تكرار عيد الاضحى فى السنة الشرعية وعند محمد الشهر الاول بالايام وهو ثلاثون يوما فذو الحجة ان تم على ثلثين يوما فالسنة تتم على عاشر ذى الحجة وان تم على تسعة وعشرين يوما فالسنة تتم على الحادى عشر من ذى الحجة ويتكرر عيد الاضحى كما ذكرنا

كمبادلة شىء بجنسه نسيئة والجنس بانفراده يحرم النساء عندنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس لان النساء فى الجنس المختلف ليس بحرام كما لو اسلم قوهيا فى مروى فان قيل عند اختلاف النوع ان لم يفسد لهذا المعنى يفسد لمعنى آخر وهو ان بيع الدين بالدين حرام للنهى عن الكالى بالكالى قيل الذى تصحبه الباء هو المعقود عليه واقيم المحل مقام المنفعة وهى عين فيصير الآخر بمنزلة الثمن فلا يكون غير العين بغير العين بل يكون عينا بدين فذلك جائز (فيجب اجر المثل لايزاد على المسمى) وقال مالك وزفر والشافعى واحمد فى الاجارة الفاسدة يجب اجر المثل بالغا ما بلغ الا اذا لم يسم الاجر اوجهل كله كتسمية ثوب ما اوبعضه كتسمية مائة درهم اوثوب ما فحينئذ يجب الاجر بالغا ما بلغ ولو استأجر حمارا الى مكة ولم يسم ما يحمله عليه فحمل الحمل المعتاد وبلغها وجب المسمى لا اجر المثل كما قال زفر (وصح اجارة داركل شهر بكذا بلابيان المدة فى) شهر (واحد) لتعذر العمل بالعموم (فقط) اى ولايصح فى غير الشهر الا ان يسمى جملة معلومة من الشهور فيصح فيها للعلم بالمدة وبه قال الشافعى فى الاملاء واحمد واختاره الاصطخرى واذا لم يتم الشهر كان لكل واحد منهما فسخ الاجارة لانتهاء العقد الصحيح من غير محضر صاحبه على قول ابى يوسف وبمحضره على قول ابى حنيفة ومحمد وقيل لاتفسخ الابمحضر صاحبه بالاتفاق وقال الشافعى فى الاصح الاجارة باطلة لان المدة مجهولة وقال مالك الاجارة صحيحة وكلما مضى شهر استحق الاجر لان المنافع مقدرة بتقدير الاجر فلا يحتاج الى ذكر المدة (و) صحت ايضا (فى كل شهر يسكن فى اوله) ولم يكن للموجران يخرجه الى ان ينقضى الابعذر وبه قال احمد لانه بهذا العقد من السكنى صار معلوما فيتم العقد فيه فكان كالبيع بالمعاطاة والمراد باول الشهر ويومها اوله عرفا وهو الليلة الاولى من الشهر وهو ظاهر الرواية وبه يفتى (وان سمى اول المدة فذاك) اى فما سمى اولها (والا) اى وان لم يسم اول المدة (فوقت العقد) هو اولها لان الاوقات لما تساوت بالنسبة الى ذلك العقد تعين الزمان الذى يعقبه (فان كان) العقد (حين يهل) اى يبصر الهلال بصيغة المجهول والمراد اليوم الاول من الشهر (اعتبر الاهلة) فى شهور السنة كلها لانها هى الاصل فى الشهور قال تعالى (يسئلونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس) (والا) اى وان لم يكن العقد حين يهل بان كان فى اثناء الشهر (فالايام) اى فالمعتبر فى

شهور السنة كلها الايام وهذا عند ابى حنيفة وهو رواية عن ابى يوسف وقول للشافعى ورواية عن احمد وعن محمد وهو رواية عن ابى يوسف وقول للشافعى ورواية عن احمد الشهر الاول بالايام ويكمل من الشهر الاخير والباقى بالاهلة لان الاصل فى اعتبار الشهور الاهلة والايام يصار اليها ضرورة الاترى الى قوله عليه السلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم فاكملوا عدة شعبان والضرورة فى الاول من الشهور فيكمل من ايام الشهر الاخير ويعتبر فيما بينهما بالاصل ولابى حنيفة انه لما وجب تتميم الاول بالايام قبل ابتداء الثانى وجب تتميمه من الثانى لانه متصل به فابتدى الثانى بالايام ضرورة وهكذا الى آخر المدة (كالعدة) اى كما يعتبر فى العدة اذا كانت بالشهور الاهلة اذا كان ابتداء العدة حين يهل الهلال والايام اذا كان ابتداؤها فى اثناء الشهر (و) صح (اجارة الحمام والحجام) اما الحمام فلتعارف الناس وقد روى الحاكم فى مستدركه عن عبد الله بن مسعود انه قال ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما فيها من الجهالة ساقط لمكان الضرورة واما الحجام فمنع احمد اجارته لما اخرجه مسلم عن رافع بن خديج ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كسب الحجام خبيث ولنا ما روى الشيخان عن ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم احتجم واعطى الحجام اجره زاد البخارى فى لفظ ولو كان حراما لم يعطه وفى لفظ لو علم كراهته لم يعطه ولمسلم ولو كان سحتا لم يعطه وذلك انه كما لايحل لاحد اكل الحرام لايحل له دفعه الى غيره ليأكله وكره كسبه عثمان وابو هريرة والحسن والنخعى لما روينا فى مسند احمد ان محيصة سأل النبى صلى الله عليه وسلم عن كسب حجام له فنهاه فلم يزل يكلمه حتى قال اعلفه ناضحك واطعمه رقيقك (و) صح اجارة (الظئر) اى المرضع (باجر معين) والقياس انه لايصح كاجارة البقرة او الشاة لشرب لبنها واجارة البستان ليأكل ثمره الا انها صحت لقوله تعالى (فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن) والمراد بعد الطلاق ولان ذلك كان قبل النبى صلى الله عليه وسلم فاقرهم عليه ولاجماع الامة على ذلك (وبطعامها وكسوتها) ولها الوسط وهذا عند ابى حنيفة ومالك واحمد وقال ابو يوسف ومحمد لايجوز وبه قال الشافعى لجهالة الاجرة (وللزوج) اى زوج الظئر (وطؤها) وهو قول الشافعى واحمد وقال مالك ليس له ذلك الابرضاء المستاجر لانه قد ينقص اللبن وقد يقطعها بالحبل ولنا ان الوطى حق الزوج قبل عقد الاجارة فلا يتمكن

(كالعدة) للطلاق فى حق المرأة التى ليست من ذوات الحيض (و) صح (اجارة الحمام) واخذ اجرته لتعارف الناس وما فيها من الجهالة ساقط عن درجة الاعتبار لمكان الضرورة (و) كذا صح اجارة (الحجام) لانها اجارة على عمل معلوم باجر معلوم وقوله عليه السلام ان من السحت كسب الحجام منسوخ فانه عليه السلام احتجم واعطى الحجام اجرته ولو كان حراما لم يعطه اياها لانه كما لايحل اكل الحرام لايحل دفعه لغيره (و) صحت اجارة (الظئر) الى مدة معلومة (باجر معين) لان الحاجة ماسة اليه لان الصغير لايتربى الا بلبن الادمية والام قد يعجز من الارضاع لمرض اوغيره فلا يحصل المقصود الا باستيجار الظئر (و) صحت (بطعامها وكسوتها) عند ابى حنيفة وعندهما وهو قول الشافعى لايصح وهو القياس لان الاجرة مجهولة وله ان الجهالة انما تفسد العقود لما انها تفضى الى المنازعة وهذه الجهالة لاتفضى الى المنازعة لان العادة بين الناس التوسعة على الاظار لان منفعة ذلك يرجع الى الاولاد (وللزوج وطيها) بحكم عقد النكاح

(لافى بيت المستاجر) الاباذنه لان البيت ملكه فله منع الزوج (وله) اى وللزوج (فى نكاح ظاهر) اى معروف بين الناس (فسخها) اى فسخ الاجارة (ان لم ياذن) الزوج (لها بها) اى بالاجارة لان هذه الاجارة يوجب خللا فى حق الزوج (الا) اى لايكون للزوج فسخ الاجارة (ان) لم يكن النكاح معروفا بل (اقرت) الظئر (بنكاحه) لان عقد الاجارة لزمها واقرارها بالنكاح غير مقبول فى من استاجرها (ولاهل الصبى فسخها) اى فسخ الاجارة (ان مرضت) الظئر (اوحبلت) لان لبن المريضة والحامل يضر بالصبى (وعليها غسل الصبى و) غسل (ثيابه واصلاح طعامه) كالمضغ (ودهنه) لان العادة ان الظئر هى التى تتولى ذلك (وعلى ابيه الاجرة) اى اجرة الظئر (وثمنها) اى ثمن الطعام والثياب والدهن (فان ارضعته فى المدة بلبن شاة اوغذته بطعام ومضت المدة فلا اجر لها) لان الاجارة وقعت على الارضاع وهذا ليس بارضاع (ولم تصح) الاجارة (للعبادات كالاذان والاقامة (والامامة وتعليم القران) والفقه والمذهب عندنا ان كل طاعة يختص بها المسلم فالاستيجار على ذلك باطل وعند الشافعى كل مالايتعين على الاجير اقامته فالاستيجار عليه صحيح

المستأجر من اسقاطه ولايسقط الامر مشكوك فيه (لافى بيت المستأجر) اى ليس لزوج الظئر وطؤها فى بيت المستأجر لان بيته حقه فليس للزوج فعل ذلك فيه الا باذنه (وله) اى لزوج الظئر سواء كان ممن يشبه ان يكون امرأته ظئرا اولا (فى نكاح ظاهر) اى معلوم من غير اقرار (فسخها) اى فسخ الاجارة (ان لم ياذن) اى الزوج (لها) اى للظئر فى الاجارة لان الارضاع ينقص من جمالها وفى ذلك اضرار به فله ان يمنعها منه كما يمنعها من التطوعات (الا ان اقرت) الظئر (بنكاحه) لان عقد الاجارة قد لزمها وقولها غير مقبول فى حق المستأجر (ولاهل الصبى) اى اوليائه (فسخها) اى الاجارة (ان مرضت) الظئر (اوحبلت) لان لبن المريض والحامل يضر الصغير (وعليها) اى الظئر (غسل الصبى و) غسل (ثيابه) من البول والغايط ونحوهما (واصلاح طعامه ودهنه) بالفتح للعرف على ان الظئر هى التى تتولى ذلك فصار كالمشروط والاصل ان الاجارة اذا وقعت على عمل فما كان من توابع ذلك العمل ولم يشترط فى الاجارة على الاجير فالمرجع فيه العرف (وعلى ابيه) اى اب الصبى (الاجر) اى اجر الظئر (وثمنها) اى ثمن ثيابه وطعامه وما يغسل وما يدهن به لانها من نفقته (فان ارضعته) اى الصبى (بلبن شاة اوغذته) بتشديد المعجمة اى ربته (بطعام ومضت المدة) اى مدة الاجارة (فلا اجر لها) وبه قال مالك والشافعى واحمد (ولاتصح) الاجارة (للعبادات) فى شرح الوافى والمذهب عندنا ان كل طاعة يختص بها المسلم فالاستيجار عليها باطل (كالاذان) والحج (والامامة وتعليم القرآن) وتعليم الفقه وهو نص احمد وقول عطاء والضحاك والزهرى والحسن وابن سيرين وطاوس والنخعى والشعبى وقال مالك والشافعى واحمد فى رواية يصح فى كل مالايتعين على الاجير فعله كالاستيجار لبناء المسجد حتى لو تعين الافتاء او الامامة على واحد لايصح اجارته لانه عليه الصلوة والسلام زوج رجلا بما معه من القرآن واذا جاز تعليم القرآن عوضا فى باب النكاح جاز فى باب الاجارة ولان ابا سعيد الخدرى رقى بفاتحة الكتاب واخذ قطيعا من الغنم واقتسمه هو واصحابه بامر النبى صلى الله عليه وسلم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان احق ما اخذتم عليه اجرا كتاب الله ولانه يجوز اخذ الرزق من بيت المال فيجوز الاجر عليه فانه بمعناه ولانه قد يحتاج الى الاستنابة فى الحج عمن وجب عليه وعجز عن فعله ولايوجد متبرع به ولنا ماروى احمد

واسحاق ابن راهويه وابن ابى شيبة وعبدالرزاق من حديث عبدالرحمن بن شبل قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اقرؤا القرآن ولاتأكلوابه ولاتجفوا عنه ولاتغلوا فيه ولاتستكثروابه وما روى ابو داود وابن ماجه عن عبادة بن الصامت قال علمت ناسامن اهل الصفة القرآن واهدى الى رجل منهم قوسا فقلت ليست بمال وارمى بها فى سبيل الله فسألت النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال ان اردت ان يطوقك الله طوقا من نار فاقبلها وفى رواية فقلت ماترى فيها يارسول الله فقال جمرة بين كتفيك تقلدتها او تعلقتها وروى اصحاب السنن الاربعة بطريق مختلفة فلفظ ابى داود والنسائى عن عثمان بن ابى العاص قال قلت يارسول الله صلى الله عليه وسلم اجعلنى امام قومى قال انت امامهم واتخذ مؤذنا لايأخذ على اذانه اجرا وروى الترمذى فى جامعه مسندا الى الحسن عن عثمان بن ابى العاص قال ان آخر ما عهد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اتخذ مؤذنا لايأخذ على اذانه اجرا وحديث التزويج ليس فيه تصريح بان التعليم صداق فلعله زوجها اياه بغير صداق اكراما له كما زوج اباطلحة ام سليم على اسلامه فان النكاح يصح بدون ذكر المهر ومع ذلك يجب مهر المثل وتكون الباء مكان اللام اى لما معك من القرآن اولعل المرأة وهبتها له باعتبار ذلك ومعنى قوله احق ماأخذتم عليه اجرا كتاب الله الجعالة فى الرقية لان ذلك فى سياق جزاء الرقية ودائرة الجعالة اوسع من دائرة الاجارة ولهذا يجوز مع جهالة العمل والمدة دون الاجارة اوان المأخوذ منه قطيع الغنم كان كافرا غير مستأمن فجاز اخذ ماله او ان حق الضيف واجب ولم يضيفوهم وان الرقية ليست بقراءة محضة فجاز اخذ الاجرة عليها واما الرزق من بيت المال فيجوز لمن يتعدى نفعه لان بيت المال من مصالح المسلمين فجرى مجرى الوقف عليهم بخلاف الاجرة واما الاستنابة عن الحج فللامر ثواب الانفاق وبه يسقط الفرض عنه فيكون اجرة للخدمة اولقطع المسافة وعلى تقدير ان الانفال تقع عن الآمر لاتكون اجارة على الحج بل انفاقا عن النائب (ويفتى اليوم بصحتها) اى الاجارة على الاذان والامامة وتعليم القرآن لان المتقدمين انما منعوا منها لرغبة الناس فى زمانهم فى فعلها احتسابا وفى مجازاة فاعلها بالاحسان بلاشرط وفى هذا الزمان قد زال المعنيان ففى عدم صحة الاجارة عليها تضييعها ولا يبعد ان يختلف الحكم باختلاف الازمنة الاترى ان النساء كن يخرجن

(ويفتى اليوم بصحتها) لان المنع فى ذلك الزمان لرغبة الناس فى التعليم حسبة ومروة المتعلمين فى مجازات الاحسان بالاحسان بلا شرط وفى زماننا قد زال المعنيان ففى الامتناع عنه تضييع لهذه الامور قال مشايخنا يجبر الاب على دفع الاجر الى استاذ الصبى وكذا يجبر على الحلوة المرسومة وهى بفتح الحاء غير المعجمة هدية تهدى الى المعلمين على رؤس بعض السور سميت بذلك لان العادة اهداء الحلاوى

الى الجماعات فى زمنه عليه الصلوة والسلام وابى بكر حتى منعهن عمر عن ذلك وفى الهداية وبعض مشايخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم وعليه الفتوى وفى النهاية يفتى بجواز الاستيجار على تعليم الفقه ايضا فى زماننا وفى المجمع وقيل يفتى بجوازه اى الاستيجار على التعليم والامامة والفقه وفى الذخيرة والروضة عن بعض اصحابنا يجوز فى زماننا للامام والمؤذن والمعلم اخذ الاجرة (ولا) تصح الاجرة (للمعاصى كالغناء) لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الغناء ينبت النفاق فى القلب رواه ابو داود وكذا سائر الملاهى كالمزمار والطبل لغير الغزو لما فى سنن ابى داود عن نافع قال سمع ابن عمر مزمارا فوضع اصبعيه فى اذنيه وناء عن الطريق وقال لى يا نافع هل تسمع شيئا قال قلت لا قال فرفع اصبعيه من اذنيه وقال كنت مع النبى صلى الله عليه وسلم فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا (والنوح) لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس منا من ضرب الخدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية رواه البخارى وفيه ايضا عن ابى موسى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم برئ من الصالقة والحالقة والشاقة الصالقة التى ترفع صوتها بالبكاء والنوح والحالقة التى تحلق رأسها فى المصيبة والشاقة التى تشق ثوبها فى تلك الحالة وذلك لان عقد الاجارة يستحق به تسليم المعقود عليه شرعا فلا يستحق على اخذ ما يكون به عاصيا لئلا يصير المعصية مضافة الى الشريعة (ولا) تصح الاجارة (لعسب التيس) وهو نزوه على الاناث لما روى البخارى وابو داود والترمذى والنسائى عن ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن عسب التيس وفى مسند احمد نهى عن ثمن عسب الفحل (ولا) تصح (اجارة المشاع الامن الشريك) على الاصح عند ابى حنيفة وهو قول زفر واحمد سواء كان مما يقسم كالارض اولا كالعبد وقال ابو يوسف ومحمد ومالك والشافعى يجوز من غير الشريك ايضا ان بين نصيبه والا فلا يصح على الصحيح ويتهايئان فيه ويجبر ان على ذلك لان هذا عقد معاوضة فيجوز فى المشاع كالبيع وفى المغنى والفتوى اليوم على قولهما فى اجارة المشاع والحيلة فى جوازها على قول الكل ان يرفع العقد الى قاض يحكم به (ولا اجارة الرحى ببعض دقيقه) اى دقيق ذلك المستأجر على طحنه فان طحن فالدقيق لرب المطحون وللطاحن اجر المثل (و) لا اجارة (نحوها) من الاجارات كاجارة الحمال لحمل الطعام بقفيز منه فانها لاتجوز فان حمله فله اجر مثله لايجاوز القفيز اما فساد الاجارة فلما

(ولا) يصح الاجارة (للمعاصى) كالغناء والنوح) وسائر الملاهى كالمزمار والبربط والطبل لان الاستيجار على المعصية باطل (ولا) يصح (لعسب التيس) وهو ان يوجر فحلا لينز وعلى الاناث لقوله عليه السلام ان من السحت التيس والمراد به اخذ اجرته (ولا) يصح اجارة المشاع الامن الشريك) عند ابى حنيفة وزفر فيما لايقسم وعند ابى يوسف ومحمد والشافعى يجوز صورته ان يوجر نصيبا من داره اونصيبه من دار مشتركة من غير الشريك اويوجر نصف عبده اونصف دابته وذكر فى المغنى ان الفتوى فى اجارة المشاع على قول ابى يوسف ومحمد (ولا) يصح (اجارة الرحى) ليطحن برا (ببعض دقيقه) مثل قفيز منه وهذا يسمى قفيز الطحان وقد نهى النبى عليه السلام قفيز الطحان وهو ان يستاجر رجلا او ثورا او رحى ليطحن حنطة هذه ببعض دقيق منها ولان المسمى غير مقدور التسليم فان المستأجر عاجز عن تسليمه وانما يصير مقدور التسليم بفعل الغير فلا يعد قادرا قبل حصوله (ونحوه) مثل ما اذا دفع الى الحائك غزلا لينسج له بالنصف او بالثلث او استأجر جلا ليحمل له طعاما بقفيز منه او استاجر جملا ليحمل عليه طعاما بقفيز منه فهذه الصور فى معنى قفيز الطحان

روى الدار قطنى والبيهقى فى سننهما وابو يعلى الموصلى فى مسنده عن ابى سعيد الخدرى قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان وفى الهداية هو ان يستاجر ثورا ليطحن له طحنة بقفيز من دقيقها واما وجوب اجر المثل فلانه سلم المعقود عليه واما انه لايجاوز الاجر المسمى فلان الاجارة لما فسدت وجب الاقل من المسمى من اجر المثل ارضاء بحط الزيادة (ولا) يصح (الجمع) فى لاجارة (بين الوقت والعمل) بدون حرف الظرف كما لو استاجر رجلا ليخبز له عشرة اقفزة اليوم بدرهم وهذا عند ابى حنيفة وقالا يصح لان المعقود عليه العمل وذكر الوقت للاستعجال لالتعليق الحق به حتى لو فرغ منه فى نصف النهار كان الاجر له كاملا ولو لم يفرغه فى اليوم كان عليه عمله الى الغد ولابى حنيفة ان ذكر الوقت دليل كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل دليل كونه معقودا عليه ونفع المستاجر فى الثانى ونفع الاجير فى الاول ولاترجيح لاحدهما على الاخر لان كل واحد منهما يقع معقودا عليه فى باب الاجارة فصار المعقود عليه مجهولا جهالة تفضى الى المنازعة بان يقول المستاجر اذا فرغ الاجير من العمل فى اثناء النهار منافعك فى بقية المدة حقى باعتبار تسمية الوقت وانا استعملك ويقول الاجير اذا لم يفرغ من العمل عند مضى اليوم قد انتهى العقد بانتهاء المدة والجهالة المفضية الى المنازعة مفسدة وانما قلنا بدون حرف الظرف لانه روى عن ابى حنيفة انه قال اذا قال فى اليوم تصح الاجارة لان فى للظرف لاللمدة فكان المعقود عليه العمل بخلاف اليوم فانه للمدة وقد سبق نظيره فى الطلاق واجارة مسلم بيته ليباع فيه خمر اونفسه لحملها مكروه عند ابى حنيفة وفاسد عندهما لان الحمل سبب للمعصية فكانت معصية والعقد على المعصية لايصح وقد لعن النبى صلى الله عليه وسلم فى الخمر منهم حاملها وله ان العقد واقع على الفعل وانه معلوم فيصح العقد فيه والمعصية والحرام هو الشرب والبيع وهو منفصل عما وقع عليه العقد فلم يوجد الفساد فيه بل الكراهة لان اللعن متعلق به لمعنى جاوره كالبيع وقت النداء والله اعلم

(ولا) يصح (الجمع بين الوقت والعمل) مثل ان يستاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة الاقناء اليوم بدرهم اوليخيط له ثوبه اليوم بدرهم وهذا عند ابى حنيفة رح وعندهما يصح لان المعقود عليه العمل وذكر الوقت للتعجيل ولو لم يفرغ فى اليوم عليه ان يعمل فى الغد ولو فرغ فى نصف النهار فله الاجر كاملا وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يدل على ان المعقود عليه المنفعة اذ الوقت لتقدير العمل فيجب الاجر بتسليم النفس اليوم وان لم يعمل كما فى اجير الرجل الواحد وذكر العمل يدل على ان المعقود عليه العمل فلا يجب الاجر الا بالعمل وجهالة المعقود عليه يفضى الى المنازعة فانه اذا فرغ من العمل قبل مضى اليوم فللمستاجر ان يقول منافعك فى بقية اليوم حق لى باعتبار تسمية الوقت وانا استعملك واذا لم يفرغ من العمل الى الليل فللاجير ان يقول عند مضى اليوم قد انتهى العقد بانتهاء المدة وعن ابى حنيفة انه يصح الاجارة اذا قال فى اليوم وقد سمى عملا لان فى للظرف وهو لايقتضى استيعاب المظروف ﴿فصل (الاجير المشترك) من يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله فالمعقود عليه فى حقه الوصف الذى يحدث فى العين فلا يحتاج الى ذكر المدة للعمل

فصل

(الاجير المشترك) وهو من لايجب عليه ان يختص بواحد من الناس

(ويستحق الاجر بالعمل) لان المعقود عليه هو العمل وله ان يعمل للعامة ولهذا يسمى مشتركا (كالقصار ونحوه) كالصباغ والاسكاف والنساج والطحان ونحوه والمتاع امانة عنده (ولا يضمن ماهلك فى يده) عند ابى حنيفة وزفر والحسن بن زياد سواء هلك بامر يمكن الاحتراز عنه كالسرقة والغصب او بامر لا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب وكالغريق الغالب والغارة الغالبة والمكابرة وقالا ان هلك بامر يمكن التحرز عنه يضمن

(وان شرط عليه الضمان) وبه يفتى وهو قول الفقيه ابو الليث وقيل يضمن اذا شرط الضمان عليه لان الاجر كان فى مقابلة العمل والحفظ معا وصار كالوديعة التى يكون باجر وفى الاسرار ان المتاخرين اختار وا الفتوى بالصلح على نصف القيمة (بل) يضمن ماتلف (بعمله) كتحريق الثوب بدقه وزلق الجمال وانقطاع الحبل الذى يشد به المكارى الحمل وغرق السفينة من مده وعند زفر والشافعى لاضمان عليه لانه ماذون فى العمل (ولنا انه ماذون فى العمل المصلح لان الاذن يثبت بالعقد والعقد على العمل المصلح (الا) انه لا يضمن (الادمى) ممن غرق بسبب مده السفينة او سقط من الدابة وانكان بسوقه اوقوده لان ضمان الادمى لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية الا ترى ان الدية يجب على العاقلة وضمان العقود لا يتحمله العاقلة (ان لم يتجاوز العمل المعتاد) فاذا تعدى وتجاوز المعتاد يضمن دية الادمى (والاجير الخاص) من يكون عقده واردا على منافعه ولا يصير منافعه معلومة الا بذكر المدة او المسافة (ويستحق الاجر بتسليم نفسه فى مدته) اى فى مدة الاستيجار مع التمكن من العمل (وان لم يعمل) اما اذا امتنع من العمل لم يستحق الاجر (كالاجير) المستاجر

(لا يستحق الاجر الا بالعمل) كخياطة هذا الثوب او صبغه لان المعقود عليه حقيقة العمل اواثره (وله ان يعمل للعامة) اى لكل احد لان منافعه غير مستحقة لواحد (كالقصار ونحوه) وذلك لان المعقود عليه اذا كان هو العمل اوالوصف الذى يحدث فى العين بعمله لا يمتنع عليه ان يتقبل مثل ذلك العمل لغيره لان ما استحقه اولا فى حكم الدين فى ذمته ولهذا سمى مشتركا لان له ان يعمل لمن شاء ولم يصر منافعه مستحقة لواحد

(ولا يضمن ما هلك فى يده) من غير تعد منه (وان) كان (شرط عليه الضمان) والمعنى ان المتاع فى يده امانة عند ابى حنيفة لحصول القبض باذنه لمنفعة وهى اقامة العمل فيها له فلا يكون مضمونة عليه كالمودع وبه اخذ زفر والحسن بن زياد واحمد واسحاق والمزنى والشافعى فى قول وهو القياس سواء هلك بامر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب اوبامر لا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب والغارة الغالبة والمكابرة وقال ابو يوسف ومحمد انه مضمون عليه ان هلك بامر يمكن التحرز عنه لان عليا رضى الله تعالى عنه كان يضمن الصاغة والصناع وقال لا يصلح للناس الا ذلك رواه البيهقى من طريق الشافعى وحكاه فى الهداية عن عمر ايضا واختار المتاخرون من اصحابنا الصلح عن النصف بكل حال وافتوا به عملا باقوال الصحابة والفقهاء بقدر الامكان كذا فى جامع الفصولين وغيره (بل) يضمن ما تلف (بعمله) كتخريق الثوب من دق القصار وفساد المحمول من زلق الحامل اومن انقطاع الحبل الذى يشد به المكارى الحمل او غرق السفينة وامتعتها من مد الملاح اومعالجته لان ذلك من جناية يده وبه قال مالك واحمد والشافعى فى قول وروى عن عمر وعلى وعبيد الله بن عتبة وشريح والحسن والحاكم وقال زفر والشافعى فى قول لا يضمن وروى عن عطاء وطاوس لو غرقت من ريح اوموج اوصدم جبل وتلف ما فيها لا يضمن عند ابى حنيفة ويضمنه عند صاحبيه بناء على ضمان الاجير المشترك وعدمه (الا الادمى) فان الاجير لا يضمن اذا غرق فى السفينة من مد الملاح لها او سقط من الدابة بسوق المكارى اوعطب بحجامة الحجام اوفصده لان الادمى لا يضمن بالعقد بل بالجناية (ان لم يتجاوز) الاجير فى عمله فيه الموضع (المعتاد) قيد به لان كلا من الحجام والفصاد يضمن الادمى اذا تجاوز فى عمله الموضع المعتاد (والاجير الخاص يستحق) الاجرة (بتسليم نفسه مدته) اى مدت العقد (وان لم يعمل) اوعمل ونقص العمل (كالاجير) شهرا للخدمة او

لرعى

(لرعى الغنم) وقد يسمى اجيرا وحدا لانه لايمكنه ان يعمل فى تلك المدة لغيره واعلم انه اذا استاجر ليرعى غنمه بدرهم شهرا فهو اجير مشترك الا ان يقول لاترع غنم غيرى فحينئذ يصير أجير وحد وان ذكر المدة اولا بان استاجر شهر ليرعى غنمه بدرهم فهو اجير وحد الا ان يقول لا ترع غنم غيرى (ولايضمن) الاجير الخاص (ما هلك) فى يده بان سرق منه اوغصب لان العين امانة فى يده بالاجماع (اوهلك بعمله) بان انكسر القدوم فى عمله او تخرق الثوب من دقه لانه لما سلم له نفسه صار عمله كعمل رب المال فكانه فعل بنفسه فلا يضمن وهذا اذا لم يتعمد الفساد واما اذا تعمد الفساد يضمن بالتعدى (وان ردد) المستاجر (الاجر (بترديد العمل) بان قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته رومياً فبدرهمين او قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين صح وجاز الشرطان (ويجب اجر ما عمل) وعند زفر والشافعى لم يجز الشرطان وكذا يجوز اذا ردد بين ثلثة اشياء وان ردد بين اربعة اشياء لم يجز والاصل فى جميع ذلك والجامع بينهما دفع الحاجة غير انه اذا باع احد العبدين لم يصح الا بشرط الخيار وفى الاجارة لم يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل فاذا شرع فى احد العملين ارتفعت الجهالة وفى البيع يستحق الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة المفضية الى المنازعة على وجه لايرتفع الا باثبات الخيار (وان ردد) المستاجر (فى عمله) اى فى عمل الموجر (اليوم وغدا) بان قال للخياط ان خطت اليوم فبدرهم وان خطت غدا فبنصف درهم صح الشرط الاول وفسد الثانى (فله) اى فللموجر (ما سمى ان عمل اليوم) فلو خاطه اليوم فله درهم وله (اجر مثله ان عمل وخاطه (غدا) وهذا عند ابى حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائز ان وقال زفر والشافعى الشرطان فاسدان لانه اجتمع فى اليوم والغد تسميتان ففسد العقد كما لو قال ان خطته اليوم فبدرهم اونصف درهم وكذا فى الغد اما فى اليوم فلان العقد المضاف الى الغد ثابت فى اليوم لان ذكر الغد للترفية لاللتعليق واما فى الغد فلان العقد المنعقد فى اليوم باق فى الغد لان ذكر اليوم للتعجيل لاللتوقيت ولهما ان الثابت فى كل واحد من الوقتين تسمية واحدة فيجوز العقد ان ولابى حنيفة ان العقد المضاف الى الغد لم يثبت فى اليوم فلم يجتمع فى اليوم تسميتان فلم يكن الاجر مجهولا فى اليوم والعقد المضاف الى اليوم يبقى الى الغد فيجتمع فى الغد تسميتان درهم اونصف درهم فيكون الاجر مجهولا (ولايجاوز) جر المثل (المسمى) اى اجر المثل ان كان زائدا على نصف درهم لايجب الزيادة لانه هو المسمى فى الغد

(لرعى الغنم) وقد يسمى اجيرا وحدا لانه لايمكنه فى تلك المدة ان يعمل لغير المستأجر لان العقد ورد على منافعه وذكر العمل لصرف المنفعة المستحقة الى تلك الجهة وفى الذخيرة لو استاجره يوما ليعمل فى الصحراء فمطرت السماء بعد ما خرج الاجير الى الصحراء لااجر له لان تسليم النفس فى ذلك العمل لم يوجد لمكان العذر وبه كان يفتى المرغينانى (ولا يضمن) اى الاجير الخاص (ما هلك فى يده) بالاجماع (اوبعمله) المعتاد وهو قول مالك واحمد وظاهر مذهب الشافعى (وان ردد الاجر بترديد العمل) بان ردد بين نوعى عمل اوبين دارين اوبين مسافتين اوحملتين على دابة كان قال اى خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين او ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين اوقال ان سكنت هذه الدار شهرا فبخمسة وان سكنت الاخرى فبعشرة اوقال ان سرت على هذه الدابة الى الكوفة فبكذا او الى البصرة فبكذا اوقال ان حملت عليها الى كذا قنطارا من حديد فبكذا اومن قطن فبكذا (يجب اجر ما عمل) وكذا ان ردد بين ثلثة وان ردد بين اربعة لم يصح والاصل فى ذلك البيع وقال مالك والشافعى والثورى وابو ثور لايصح العقد ويجب اجر المثل اذا عمل وهو القياس لانه عقد معاوضة لم يتعين فيه العوض ولا المعوض فلم يصح كما لو قال بعتك هذا بدرهم اوهذا بدرهمين ووجه الاستحسان ان الاجارة يجب الاجر فيها بالعمل وعند العمل ما يلزمه من البدل معلوم فلا تبقى جهالته لا فى المعقود عليه ولا فى بدله بخلاف البيع فان الثمن فيه يجب بنفس العقد فاذا لم يكن معلوما فى العقد يفسد (وان ردد) الاجر (فى عمله اليوم اوغدا) كان قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فقال ابوحنيفة الشرط الاول جائز والثانى فاسد (فله) اى للاجير (ما سمى ان عمل اليوم) لصحة شرطه (واجر مثله ان عمل غدا) لفساد شرطه (فلا يتجاوز المسمى) لتراضيهما

عليه وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائز ان فله ما سمى فى عمل اليوم ان عمله فيه وما سمى له فى عمل الغد ان عمله فى الغد وقال زفر الشرطان فاسدان وله اجر المثل فى عمل اليوم ان عمله فى اليوم وفى عمل الغد ان عمله فى الغد وهو قول مالك والشافعى واحمد والثورى وابى ثور واسحاق وهو القياس

(ولايسافر بعبد مستاجر) من مولاه (للخدمة الابشرطه) اى السفر فى العقد اورضا فيما بعده لان خدمة السفر تشتمل على زيادة مشقة فلايشتملها اطلاق الخدمة ولهذا جعل السفر عذرا فى فسخ الاجارة فلابد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار فى الدار ولو سافر به فهلك ضمنه لمولاه لانه صار غاصبا ولو رده الى مولاه سالما لااجر له عندنا خلافا لمالك والشافعى واحمد لان الاجر والضمان عندنا لايجتمعان ثم الخدمة من السحر الى ان ينام الناس بعد العشاء عملا بالعرف فيهما

(ولايسافر بعبد مستاجر للخدمة لان خدمة السفر اشق من خدمة الحضر (الا بشرط ذلك)

فصل

(تفسخ الاجارة بعيب اخل بالنفع) لان المعقود عليه فى الاجارة المنافع فصار كما اذا وجد العيب فى المبيع (كدبر الدابة) ومرض العبد ولاتنفسخ الاجارة ولكن للمستاجر حق الفسخ (فلو انتفع) المستاجر (بالمعيب اوازيل العيب سقط خياره) اى خيار المستاجر

فصل

(تفسخ) الاجارة (بعيب) حدث اوظهر (اخل بالنفع كدبر الدابة) ومرض العبد للخدمة لان المعقود عليه فى باب الاجارة هو المنافع وهى توجد شيئا فشيئا فما وجد من العيب يكون حادثا قبل القبض بالنسبة الى المنافع الآتية فيوجب الخيار كما اذا حدث فى المبيع قبل القبض (فلو انتفع) المستاجر (بالمعيب او ازيل العيب سقط خياره) لانه بالانتفاع رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما فى المبيع اما اذا لم يكن دخلا به كما لو سقط حايط من الدار لايخل بالسكنى لم يكن للمستأجر الفسخ ويفهم منه ان العيب الفوت لنفس المنفعة تنفسخ به الاجارة من باب اولى كخراب الدار وبه كان يفتى شمس الائمة السرخسى وشيخ الاسلام خواهر زاده وقال بعض الاصحاب تنفسخ اجارة الدار بمجرد الخراب وهو قول مالك والشافعى واحمد لان المعقود عليه وهو المنافع المخصوصة فات قبل القبض فصار كموت المبيع قبل القبض وكموت العبد المستاجر والاول اصح لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه اباق المبيع قبل القبض وقد روى هشام عن محمد انه لو استاجر بيتا فانهدم فبناه الموجر واراد المستأجر ان يسكنه فى بقية المدة فليس له ان يمنعه من ذلك وكذا ليس للمستأجر ان يمتنع منه وهذا صريح فى انها لاتنفسخ بمجرد الخراب واما اذا انهدمت المستاجرة فانه يجوز له ان ينفسخ الاجارة ويخرج منها وان كان الموجر غائبا وان

(و)تفسخ الاجارة (بخيار الشرط) كمن استاجر دارا على انه بالخيار يصح وله حق الفسخ ويعتبر اول المدة من وقت سقوط الخيار وعند الشافعي لايصح شرط الخيار في الاجارة (و)بخيار (الرؤية) وتفسخ (بالعذر (عندنا خلافا للشافعي (وهو) اى العذر (لزوم ضرر زائد لم يستحق بالعقد كسكون وجع ضرس استوجر لقلعه فانه لو لم يفسخ العقد يقلع السن الصحيح وفيه ضرر على المستاجر (وبلحوق دين) بعيان او بيان من الموجر او اقرار (لايقضى) ذلك الدين (الا بثمن ما اجره) فان من اجر دكانا ثم افلس ولزمه دين ولامال له سواه فهذا عذر يفسخ به الاجارة لان في ابقاء العقد ضرر بالعاقد لم يستحق بالعقد وهو الحبس في الدين (وسفر مستاجر عبد للخدمة مطلقا) فان الاستيجار للخدمة مطلقا يتقيد بالخدمة في المصر

او في الحضر فان قال مالك العبد للمستاجر لاتسافر بعبدي وامضى على الاجارة فللمستاجر ان يفسخ وان اراد المستاجر ان يخرج العبد فللمالك الفسخ اما ان رضى المالك بخروج العبد فليس للمستاجر حق الفسخ (وافلاس مستاجر دكان) في السوق (ليتجر فيه) فذهب ما له فهذا عذر وله ان يفسخ الاجارة لانه استاجره للانتفاع به وهو يتضرر بابقاء العقد بعد ما افلس (و)افلاس (خياط استاجر عبد ليخيط معه فترك عمله) لانه عجز عن المضى على العقد بالافلاس فانقيل الخياط يتوصل الى الخياطة بالمخيط والمقراض ولايعجز عن اكتسابهم فكيف يتحقق افلاسه قلنا تاويل المسئلة في خياط يعمل لنفسه في ثياب نفسه ثم يبيع الثياب كما هو عرف اهل الكوفة لا الخياط الذي يعمل للناس على ان هذه الخياط قد يعجز عن العمل بان يظهر خيانته عند الناس فيجتنبون عن معاملته وتسليم العمل اليه (وبداء مكترى الدابة) اى من استاجر دابة ليسافر عليها ثم ندم واراد ان يقعد من سفره فهو عذر في فسخ الاجارة لان العقد من طرفه تابع لمصلحة السفر وعسى ان يتعذر عليه السفر لهلاك اسبابه او بفوات مقصوده فربما يكون مقصوده الحج او طلب الغريم او طلب التجارة فذهب وقته او حضر غريمه او حصلت تلك التجارة (بخلاف بداء المكارى) فان العقد في طرفه ليس بتابع لمصلحة السفر لانه يمكنه ايفاء المعقود عليه من غير سفر بان يبعث غلامه او تلميذه مع دوابه (و) بخلاف ترك خياطة مستاجر عبد ليخيط معه وانما ترك (ليعمل في الصرف) فانه ليس بعذر لانه يمكنه ان يعقد الغلام للخياطة في ناحية من الدكان وهو يعمل للصرف في ناحية اخرى من الدكان امالو استاجر دكانا ليبيع فيه الطعام فبدأ له ان يعقد في سوق الصيارفة فهذا عذر لان التجارة الاولى ربما يلحقه فيها خسران والعمل بالامرين بنفسه متعذر فجعل عذرا وفي مسئلتنا العمل بالامرين ممكن لان العامل شخصان (و)بخلاف (بيع ما اجره) اى من اجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لايلزمه الضرر بالمضى على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح وانه امر زائد

بناها قبل الفسخ فكما تقدم (و) تفسخ الاجارة (بخيار الشرط و) خيار (الرؤية) خلافا للشافعي فيهما (و) تفسخ (الاجارة بـ العذر وهو) اى العذر (لزوم ضرر لم يستحق بالعقد كسكون وجع ضرس استوجر) شخص (لقلعه ولحوق دين) للموجر (لايقضى) ذلك الدين (الا بثمن ما آجر) من دار اودكان (وسفر مستاجر عبد) استاجره (للخدمة مطلقا) اى غير مقيدة بمكان (اوفي المصر) لان خدمة السفر اشق فلا ينتظمها الخدمة المطلقة فضلا عن المقيدة بالمصر وفي منع المستأجر من السفر ضرر لم يستحق بالعقد (وافلاس مستاجر دكان ليتجر فيه و) افلاس (خياط) يشترى الثياب ويخيطها ليبيعها (استاجر عبدا ليخيط) له (فترك) ذلك الخياط (عمله) لاجل افلاسه (وبداء) بالمد اى ظهور رأى (مكترى الدابة) سافر عليها (من سفره) اى بدل سفره فمن بمعنى بدل كما في قوله تعالى (ارضيتم بالحيوة الدنيا من الآخرة) متعلقة ببداء وانما كان هذا عذرا لان المستاجر ربما كان يسافر للحج فذهب وقته او لطلب غريمه فحضر او للتجارة فافتقر (بخلاف بداء المكارى) من سفره فانه ليس بعذر لامكان ان يبعث الدواب مع اجيره (و) بخلاف (ترك خياطة مستاجر عبد ليخيط ليعمل) ذلك المستاجر (في الصرف) اى في صرف النقود واللام الثانية متعلقة بترك وانما لم يكن هذا عذر الامكان ان يخيط الغلام في ناحية (و) بخلاف (بيع) الموجر (ما آجره) فانه ليس بعذر لامكان استيفاء المستاجر المنافع والعين على ملك المشترى كما يستوفيها والعين على ملك البايع في ظاهر الرواية لعدم منافاته لحقه وقيل يفسخه كالاجارة وانما الخيار للمشترى ان شاء فسخ البيع وان شاء صبر الى انقضاء الاجارة واخذ المبيع وان اجاز المستاجر البيع يبطل اجارته فيما بقي من

المدة لسقوط حقه فى ضمن اجـــازته عقدا ليس له بخلاف اجازته الاجارة لان العقد وقع له لوقوعه على ملكه واما لـــو آجر ما آجره فى مدة المستاجر فسخ عقده ان شاء لاستحقاقه المنفعة دونه اواجازه وان استحق الاجر لان عقده صار كعقد الفضولى لصيرورته اجنبيا عن المنفعة فى مدة المستاجر وقال الشافعى لاتنفسخ الاجارة بالعذر لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان فكانت الاجارة كالبيع وهو يفسخ بالعيب لابالعذر فكذا الاجارة وبه قال مالك واحمد وابو ثور ولنا ان العذر فى الاجارة كالعيب فى المبيع قبل القبض لان المعقود عليه وهو المنافع لاتصير مقبوضة الابالاستيفاء والبيع يفسخ بالعيب الحاصل قبل القبض فينفسخ الاجارة بالعذر والجامع بينهما عجز العاقد عن المضى فى موجب العقد الا بضرر زائد لم يستحق بالعقد وفى الجامع الصغير وكلما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يشير الى انه لايحتاج فيه الى قضاء القاضى لانه بمنزلة العيب فى المبيع قبل القبض فينفرد العاقد بالفسخ وفى الزيادات ان الامر يرفع الى الحاكم ليفسخ الاجارة لانه فصل مجتهد فيه فيتوقف على قضاء القاضى كالرجوع فى الهبة قال شمس الائمة وهو الاصح ومنهم من قال اذا كان العذر ظاهرا انفسخت والايفسخها القاضى قال قاضيخان والمحبوبى وهو الاصح والعذر الظاهر مثل الاستيجار لقلع الضرس فيسكن الوجع اولطبخ الوليمة فتخالع المرأة (وتنفسخ) الاجارة (بموت احد العاقدين عقدها لنفسه) وبه قال الثورى والليث وقال مالك والشافعى واحمد وابو ثور واسحاق لاتنفسخ ويقوم وارثه مقامه سواء مات احدهما اوكلاهما لان المنافع عندهم كالاعيان والعقد على العين لايبطل بموت احد العاقدين فكذا العقد على المنافع وعندنا عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة بحسب حدوث المنفعة فاذا مات الموجر بطلت لان المستحق بالعقد المنافع التى تحدث على ملكه وقد فات ذلك بموته لان الدار تنتقل الى وارثه ومنفعتها تحدث على ملكه واذا مات المستأجر لو بقى العقد بعد موته لبقى على ان يخلفه الوارث فيه فتكون المنفعة المجردة موروثة وهى لاتورث (فان عقدها) احد العاقدين الاجارة (لغيره فلا) تنفسخ الاجارة بموته لبقاء المستحق حتى لو مات المعقود له بطلت لما ذكرنا (كالوكيل) يعقدها لموكله (والوصى) يعقدها لمحجوره (ومتولى الوقف) يعقدها للوقف ولو مات احد المستأجرين اوالموجرين بطلت الاجارة فى نصيبه وبقيت فى نصيب الاخر

(وينفسخ الاجارة بموت احدهما) اى بموت احد المتعاقدين (ان عقدها لنفسه) وقال الشافعى رح لاتنفسخ بموتهما ولابموت احدهما (فان عقدها لغيره فلا) تنفسخ لبقاء من ينعقد له (كالوكيل والاب والوصى ومتولى الوقف) فان عقد الاجارة منتقل الى الغير فبموت هؤلاء لاينفسخ الاجارة واذا مات احد المستاجرين اواحد الموجرين ينفسخ الاجارة فى نصيبه وبقيت الاجارة فى نصيب الحى وقال زفر ينفسخ فى نصيب الحى ايضا لانه اجارة المشاع ولوكان الشيوع مقارنا للعقد يمنع صحة العقد فاذا طرأ عليه افسده ولنا ان شرط صحة العقد يشترط عند حدوث العقد لاعند بقائه

فى

في ظاهر الرواية وقال زفر وهو رواية عن ابي حنيفة تبطل في نصيب الحي ايضا لانها اجارة المشاع ولنا ان عدم الشيوع شرط صحة العقد في الابتداء لا في الانتهاء فلو مات المكاري في بعض الطريق فللمستاجر ان يركب الى المكان الذي جعله غاية التسريح حتى لو ماتت الدابة لم يضمنها لوقوع الركوب بحكم الاجارة ولو استقبل المكاري في الطريق لصوص لم يمكنه دفعهم وعلم انه ان لم يطرح الحمل اخذوا الدابة والحمل فطرح الحمل وفر بدابته لم يضمن لانه لا يعد مقصرا في مثل هذه الحالة كما لا يضمن الراعي لو ذبح فطرح ما خاف موته في المختار للفتوى (فلو قال) المالك (لغاصب داره فرغها والا) اي وان لم تفرغها (فاجرتها كل شهر كذا فسكت ولم يفرغ يجب المسمى) لان قوله والا فاجرتها كل شهر كذا ايجاب معلق على عدم التفريغ والاجارة يصح تعليقها بالشرط وسكوت الغاصب مع عدم تفريغه رضاء بذلك الايجاب وقبول له (وصح الاجارة وفسخها والمزارعة والمساقاة والوكالة والكفالة والمضاربة والقضاء والامارة والايصاء والوصية والطلاق والعتاق والوقف مضافة الى) زمان (مستقبل) اما الاجارة فلانها تمليك المنافع وهي تحدث ساعة فساعة فتكون مضافة واما فسخها فمعتبر بها واما المزارعة والمساقاة فكل منهما اجارة واما الوكالة والمضاربة فلانهما من باب الاطلاق كالعتق والوقف والطلاق واما الكفالة التزام المال ابتداء فيجوز اضافتها وتعليقها بالشرط كالنذر واما القضاء فلانه من باب الامارة وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لما امر زيد بن حارثة في غزوة موته ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة واما الايصاء والوصية فلان الايصاء توكيل بالتصرف بعد الموت والوصية تمليك بعده (لا البيع) اي لا يصح اضافة البيع الى زمان مستقبل (واجازته) عند عند الفضولي (وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وابراء الدين) لان هذه العشرة تمليكات للحال فلا تضاف الى الاستقبال هذا ولا يضمن الاجير لحفظ الخانات والسوق ما سرق منهما في الصحيح لانه يحرس الابواب اما الاموال فمحفوظة بالبيوت وهي في يد ملاكها وهو قول الفقيه ابي جعفر وابي بكر البلخي وقال غيرهما من المشايخ في حارس السوق يضمن لانه بمنزلة الاجير المشترك ويضمن الخاتن بقطع الحشفة مع الجلد نصف الدية ان مات لانه مات من سريان جرح ماذون فيه وهو قطع الجلدة وغير ماذون وهو قطع الحشفة وان لم يمت

(ولو قال) المالك (لغاصب داره فرغها والا فاجرتها كل شهر بكذا درهما) فسكت الغاصب (ولم يفرغ) الدار فسكوت الغاصب رضا بالاجارة و(يجب) عليه (المسمى) لان المالك اذا عين الاجرة والغاصب سكت ورضي بها انعقد بينهما اجارة شرعا اما اذا جحد الغاصب ملكه لم يكن راضيا بالاجارة وكذا لا يجب شيء وان اقام المالك البينة بعد جحود الغاصب انه ملكه لانه اذا جحد ملكه لم يكن راضيا بالاجارة وكذا لا يجب شيء اذا اقر الغاصب بملك المالك لكن قال لا اريد بهذا الاجر (وصحت الاجارة وفسخها والمزارعة والمساقاة والوكالة والكفالة والمضاربة و (تفويض القضاء والامارة والايصاء) اي جعل الغير وصيا (والوصية والطلاق والعتاق والوقف مضافة الى زمان مستقبل) فما يصح اضافتها الى الزمان المستقبل اربعة عشر كما قال احد المتعاقدين في شهر المحرم اجرت هذه الدار من غرة رمضان الى سنة بكذا فيكون مبدأ الاجارة الوقت المستقبل لانها اسقاط والاسقاط يقبل التعليق بخلاف التمليكات كالبيع واجازته الخ لان التمليكات لا تقبل التعليق

(لا البيع واجازته) بان باع الفضولي عبد رجل فقال المالك اذا جاء الغد فقد اجزت البيع (وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال) واما الصلح عن دم العمد فيصح اضافته (وابراء الدين) مضافة فما لا يصح اضافتها الى الزمان المستقبل عشرة

انس قال كان فزع بالمدينة فاستعار النبى فرسا من ابى طلحة يقال له المندوب فركبه فلما رجع قال ما رأينا من شىء وان وجدناه لبحرا اى الفرس سريعا كجريان البحر وبالاجماع فان الامة اجمعت على جوازها وانما اختلفوا فى كونها مستحبة وهو قول الاكثر اوواجبة وهو قول البعض

(وتصح باعرتك) لانه صريحها (ومنحتك) ثوبى هذا لان اصل المنح ان يعطى الرجل آخر ناقة اوشاة ليشرب لبنها ثم يردها اذا فرغ وروعى فيه اصل الوضع وحمل على العارية اذا لم يرد به الهبة (واطعمتك ارضى) لان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم كارض يراد به اكل غلتها اطلاقالاسم المحل على الحال (وحملتك على دابتى هذه) لانه يقال فى العرف حمل فلان فلانا على دابته اذا اعاره اياها واذا وهبه اياها فاذا نوى احدهما صحت نيته واذا لم ينو حمل على الادنى لئلا يلزم الاعلى بالشك (واخدمتك عبدى) لان هذا اذن فى استخدامه وهى عارية (وداري لك سكنى) اى من جهة السكنى فداري مبتدأ ولك خبره وسكنى تميز عن النسبة الى المخاطب لان قوله لك يحتمل ان يكون له رقبتها وان يكون له منفعتها وقوله سكنى محكم فى المنفعة فهو معين للثانى بحكم التفسير فيكون عارية (وعمرى سكنى) اى دارى لك عمرى سكنى يقال اعمره الدار اى قال له هى لك مدة عمرك والعمرى اسم منه فيصير معناه جعلت سكناها لك مدة عمرك (ويرجع المعير متى شاء) سواء كانت العارية مطلقة اوموقتة لان المنافع تحدث شيئا فشيئا وثبوت الملك فيها بحسب حدوثها فالرجوع بالنسبة الى المنافع التى لم تحدث فيكون امتناعا عن تمليكها وله ولاية ذلك (ولاتضمن بلاتعد ان هلكت) وبه قال مالك والثورى والاوزاعى وروى عن على وابن مسعود والحسن والنخعى والشعبى وعمر بن عبد العزيز وشريح وقال الشافعى رحمه الله ان هلكت من الاستعمال المعتاد لايضمن وان هلكت من غيره يضمن وهو اصل الخلاف ان العارية امانة مطلقا عندنا لاوقت استعمالها فقط كما قاله الشافعى رحمه الله وهو قول ابن عباس وابى هريرة وعطاء واسحاق لقوله عليه السلام ادالامانة الى من ائتمنك ولاتخن من خانك رواه الترمذى وقال حديث حسن غريب وقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تؤديه رواه ابن ابى شيبة ولما روى ابو داود والنسائى عن صفوان ابن امية ان النبى صلى الله عليه وسلم استعار منه درعا يوم حنين فقال اغصب

(وتصح) الاعارة (باعرتك) فانه صريح فيها (ومنحتك) هذا الثوب المنح فى الاصل ان يعطى الرجل للرجل ناقة اوشاة ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب لبنها فيحمل على العارية نظرا الى الاصل (واطعمتك ارضى) فان الاطعام اذا نسب الى الارض يراد اكل غلتها (وحملتك على دابتى) فان الحمل هو الاركاب ويراد به العارية عرفا (واخدمتك عبدى) فانه اذن فى استخدام عبده (وداري لك سكنى) فداري مبتدأ ولك خبره وسكنى تميز اى سكنى داري لك فيكون عارية (وداري لك عمرى سكنى) فعمرى مفعول مطلق لفعل محذوف تقديره (عمرتها لك عمرى والعمرى جعل الدار لاحد مدة عمره وسكنى تميز (ويرجع المعير) فى العارية (متى شاء) لقوله عليه الصلوة والسلام العارية مردودة) ولا يضمن العارية بلاتعد ان هلكت سواء هلكت من استعماله اولا من استعماله وقال الشافعى ان هلكت من استعماله المعتاد لم يضمن وان هلكت لافى حال الانتفاع يضمن

يـــا محمد قـــال بل عارية مضمونة ولنا ما روى ابو داود والترمذى
وقال حديث حسن عن ابى امامة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول ان الله قد اعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث الى ان قال
العارية مؤداة والمنحة مردودة وما فى مصنف عبد الرزاق عن عمر بن الخطاب
قال العارية بمنزلة الوديعة لاضمان فيها الا ان يتعدى وعن على ليس على
صاحب العارية ضمان الحديثان اللذان رووهما اولا انما يقتضيان وجوب
رد العين ولا كلام فيه وانما الكلام فى وجوب ضمان القيمة بعد هلاكها
وما رووه من حديث صفوان معارض بما روى احمد فى مسنده والحاكم فى مستدركه وسكت
عليه وابن حبان عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار عن
صفوان وبن امية دروعا وسلاحا فى غزوة حنين فقال يا رسول الله اعارية
مؤداة قال نعم عارية مؤداة ويجاب عنه بانه عليه السلام اخذ دروع صفوان
بغير رضاه ولذا قال اغصب يا محمد لانه صلى الله عليه وسلم كان محتاجا الى
السلاح فكان الاخذ له حلالا ولكن بشرط الضمان كاخذ طعام الغير فى حال
المخمصة وقيل المراد ضمان الرد بدليل قوله عليه السلام اذا اتتك رسلى
فاعطهم ثلاثين بعيرا وثلاثين درعا قال فقلت يارسول الله اعارية مضمونة اوعارية مؤداة
قال بل مؤداة رواه ابو داود والنسائى وابن حبان فى صحيحه وقيل كان
هذا منه عليه السلام اشتراطا للضمان على نفسه وعندنا المستعير لايضمن
بالشرط ولكن صفوان كان يومئذ حربيا ويجوز بين المسلم والحربى من
الشرايط ما لايجوز بين المسلمين وقيل المستعير وان كان لايضمن لكن
يضمن بالشرط كالمودع على ما ذكره فى المنتقى وقيل انما كان ذلك تطييبا
لقلب صفوان على ما روى انه هلك بعض تلك الدروع فقال صلى الله عليه
وسلم ان شئت غرمناها لك فقال لا فانما اليوم ارغب فى الاسلام مما كنت
يومئذ ولو كان الضمان واجبا لامره بالاستيفاء اوالابراء (ولاتوجر) العارية
لانها غير لازمة فى الاصل والاجارة لازمة واجازها مالك وكذا الاترهن العارية اتفاقا لان
الرهن لازم وهى غير لازمة (فان آجرها) المستعير (فعطبت ضمنه) اى
المستعير (المعير) لانه صار غاصبا بتعديه (ولايرجع المستعير) على احد لانه ظهر
انه آجر ملك نفسه (او) ضمن المعير (المستاجر) لانه قبض ملكه بغير اذنه
فكان كالمستاجر من الغاصب (ويرجع) المستاجر (على موجره ان لم يعلم
انه عارية) لكونه مغرورا من جهة موجره دفعا لضرر الغرور عن نفسه واما

(ولاتوجر) العارية لانها غير لازمة فى الاصل الاجارة لازمة (فان اجرها) المستعير وافعطبت) ضمنه اى ضمن المستعير لمعير (ولايرجع) المستعير فيما ضمن المعير (على احد) لانه ظهر بعد الضمان انه اجر ملك نفسه وعطبت فلايرجع على المستأجر (او) ضمن المعير (المستأجر) لانه قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه (ويرجع) المستاجر (على موجره) ان لم يعلم المستاجر (انه) كان (عارية) فى يد الموجر دفعا لضرر الغرور عن نفسه وان علم بكونها عارية فى يد الموجر لم يرجع عليه لانه لم يوجد الغرور

(ويعار ما اختلف استعماله) كما اذا اعار ثوبا للبس او دابة للركوب فان الناس يتفاوتون فى اللبس والركوب فلبس القصار والدباغ لايكون كلبس الصراف والبزاز وركوب العسكرى لايكون كركوب السوقى (اولا) يختلف استعماله كما اذا اعار دابة للحمل ففى هذين الوجهين للمستعير ان يعير ان لم يعين المعير منتفعا به و) يعار مالايختلف استعماله وان عين منتفعا به فالصور اربع احدها ما يختلف استعماله ولم يعين من ينتفع به والثانى مالايختلف استعماله ولم يعين والثالث ما لايختلف استعماله وعين ففى هذه الصور يجوز للمستعير ان يعير العارية من غيره والرابع ما اختلف استعماله وعين من ينتفع به ففى هذه الصورة لايجوز للمستعير ان يعير (وكذا) اى مثل اعارة المعار اعارة (الموجر) فاذا اجر شيئا ففى ثلثة صور من الصور المذكورة يجوز للمستأجر ان يعيره وفى صورة واحدة لايجوز كما ذكرنا فى الاعارة وقال الشافعى ليس للمستعير ان يعيره وهو بناء على ما مر ان الاعارة اباحة المنافع عنده والمباح له الطعام لايقدر ان يبيح لغيره وعندنا هو تمليك المنافع والمالك يملك التمليك من الغير فالمستعير لمالك المنافع كان له ان يملكها غيره (فمن استعار دابة مطلقا اى لم يسم شيئا من الركوب والحمل (او استاجرها مطلقا له ان يحمل ويعير غيره) للحمل لان الحمل لايتفاوت وله ان (يركب ويركب) غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق له فله الخيار (وايا) من الركوب والاركاب (فعل) المستعير او المستاجر (تعين وضمن بغيره) اى بغير المعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره فلو اركبه وهلك ضمن ولو اركب غيره ليس له ان يركبها بنفسه حتى لو فعل ضمن لان تعيينه كتعيين المالك ولو عين المالك يضمن بالنقل فكذا هنا وذكر فى الذخيرة وانما يعيره لغيره اذا لم يركب بنفسه اما اذا ركب بنفسه فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ليس له ان يعيره وهو اختيار فخر الاسلام على البزدوى ولو اعار يضمن وقال بعضهم له ان يعير واذا اعار لا يضمن وهو اختيار شمس الائمة الحلوانى وشيخ الاسلام وكذلك فى الابتداء لو اركب غيره ثم اراد ان يركب بنفسه ففيه اختلاف المشايخ على ماذكرنا (فان اطلق المعير) الانتفاع فى حق الوقت والنوع انتفع به) المستعير (ما شاء) اى نوع (شاء فى اى وقت شاء عملا باطلاق اللفظ (وان قيد) فى الوقت والنوع فليس للمستعير ان يتعدى ذلك عملا بالتقييد (وضمن بالخلاف الى شر) كما اذا اعار الدابة وقيد ان يحمل الحنطة فحمل الحديد فقط اى لايضمن بالخلاف الى مثل اوخير فالكلام فى الانتفاع بالمستعار على اربعة اوجه احدها ان يكون العارية مطلقة فى حق الوقت والانتفاع فللمستعير ان ينتفع به اى نوع شاء فى اى وقت شاء عملا باطلاق اللفظ وثانيها ان يكون مقيدة فيهما بان قيدها بيوم ونص على منفعة فليس له ان يتعدى ذلك الا ان يكون خلافا الى خير او مثل وثالثها ان يكون مقيدة فى حق الوقت ومطلقة فى حق الانتفاع ورابعها عكسه وفى هذين الوجهين يجرى فيما اطلق على اطلاقه وفيما قيد على تقييده

اذا علم انه عارية فلم يرجع لان الموجر حينئذ لم يكن منه غرور فصار كالمستأجر من الغاصب اذا كان عالما بالغصب (ويعار) من العارية (ما اختلف استعماله) باختلاف المستعمل كركوب الدابة ولبس الثوب (اولا) اى لم يختلف كالحمل على الدابة والاستخدام والسكنى (ان لم يعين) المعير (منتفعا) وبه قال مالك والشافعى رحمهما الله فى وجه لان العارية تمليك المنافع وقد صدرت مطلقة وللمالك له ان يملك غيره والاصح فى مذهب الشافعى وهو قول احمد انها لاتعار بناء على ان الاعارة اباحة المنافع والمباح له ليس له ان يبيح لغيره (و) يعار من العارية (ما لايختلف) استعماله (ان عين) المعير منتفعا لان التقييد بالمنتفع فيما لايختلف استعماله لايفيد لعدم التفاوت بخلاف ما يختلف استعماله لان المعير رضى بذلك المعين دون غيره (وكذا الموجر) بفتح الجيم اى حكمه حكم المعار ان لم يعين الموجر المنتفع فللمستاجر ان يعيره سواء اختلف استعماله اولا وان عين لايعير الا ما لايختلف استعماله لان الاجارة تمليك المنافع كالاعارة الا ان الاجارة بعوض والاعارة بلا عوض (فمن استعار دابة اواستاجرها مطلقا) اى من غير تعيين انتفاع اومنتفع (يحمل ويعير له) للحمل (ويركب) بفتح الياء والكاف (ويركب) بضم الياء وكسر الكاف عملا بالاطلاق (وايا فعل) من الحمل والركوب والاركاب (تعين) فى الصحيح فليس له ان يفعل غيره (وضمن بغيره) ان عطبت لان ما وقع اولا تعين مرادا بالعقد فصار كانه منصوص عليه (وان اطلق) المعير (الانتفاع فى الوقت) متعلق باطلق (و) فى (النوع) والقدر (انتفع) المستعير (ما شاء) من انواع الانتفاع (اى وقت شاء) عملا بالاطلاق (وان قيد) المعير الانتفاع بوقت كيوم اوجمعة او مكان كطريق مكة اونوع منفعة اوبهما (ضمن) المستعير (بالخلاف الى شر) عملا بالتقييد (فقط) اى ولايضمن بالخلاف الى خير ولا الى

مساولان الاذن بالشيء اذن بمايساويه وبماهو خير منه كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحملها قفيزا من حنطة اخرى اوحمل مثل ذلك شعيرا وهذا استحسان ويضمن قياسا لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لايعتبر المنفعة والمضرة الاترى ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه ووجه الاستحسان انه لافائدة للمالك فى تعيين الحنطة فان مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير يكون اخف على الدابة (وكذا تقييد الاجارة بنوع اوقدر) اووقت اومكان فان وافق المستاجر اوخالف الى مثل اوالى خير لايضمن وان خالف الى شر يضمن واختلفوا فى ايداع المستعير فقال جماعة منهم الكرخى ليس له ذلك مستدلين بمسئلة الجامع وهو ان المستعير اذا بعث الجارية الى صاحبها على يد اجنبى فهلكت فى يده يضمن المستعير الجارية وليس ذلك منه الا ايداعا قال الباقلانى وهذا القول اصح لان الايداع تصرف فى ملك الغير وهو العين بغير اذنه قصدا بخلاف الاعارة فانها تصرف فى المنفعة قصدا وتسليم العين من ضروراته فافترقا واكثرهم على انه له ذلك منهم مشايخ العراق وابو الليث وابو بكر محمد بن الفضل وبرهان الائمة لان الايداع دون الاعارة لان العين وديعة عند المستعير فى العارية فاذا ملك الاعلى فاولى ان يملك الادنى قال ظهير الدين المرغينانى وعليه الفتوى ومسئلة الجامع محمولة على ما اذا كانت العارية موقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الاجنبى لانه بامساكها بعد مضى المدة يصير متعديا حتى اذا هلكت فى يده يضمن فكذا اذا تركها فى يد اجنبى (وردها) مبتدأ اى رد المستعير الدابة (الى اصطبل مالكها) اى مربط الدابة (اومع عبده) اى عبد المستعير (اواجيره مسانهة اومشاهرة اومع اجير ربها) اى رب الدابة (او) مع (عبده) سواء كان (يقوم على دابة اولا) يقوم عليها (تسليم) خبر المبتدأ والقياس ان يضمن المستعير اذا رد الدابة الى اصطبل مالكها فهلكت اورد العبد المستعار الى دار مالكه فتلف وهو قول الشافعى واحمد لان الواجب عليه الرد الى المالك اونائبه ولم يوجد فيضمن كما فى الوديعة والمغصوب والمرهون فانه لايبرأ فيها الا بالتسليم الى المالك دون الرد الى داره اتفاقا ووجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العوارى الى دور ملاكها متعارف كافة البيت والناس يحفظون دوابهم فى مرابطها وهو لو سلمها الى مالكها لردها الى اصطبلها وقيل هذا فى زماننا واما فى

(وكذا) اى مثل تقييد العارية (تقييد الاجارة بنوع اوقدر) فى انه ان وافق المستاجر اوخالف الى مثل اوخير لايضمن وان خالف الى شر يضمن (وردها) اى رد الدابة المستعارة الى (اصطبل مالكها تسليم) لو هلك بعد ذلك لم يضمن لانه رد العارية الى المربط وهو فى يد المالك فكانه ردها الى المالك وهذا استحسان والقياس انه يضمن لانه لم يردها الى مالكها (او) ردها (مع عبده) اى عبد المستعير (اواجيره مسانهة اومشاهرة) تسليم لان للمستعير ان يردها بيد من (فى عياله بخلاف الاجير مياومة ولو ردها مع اجنبى فهلك يضمن (او) ردها (مع اجير ربها) اى مالكها فانه تسليم (اومع عبده اى عبد) رب الدابة سواء كان العبد (يقوم على خدمة دابته اولا) يقوم (تسليم خبر لقوله) وردها وقيل الرد مع العبد الذى يقوم على الدواب تسليم دون غيره والاول هو الصحيح ولو ردها مع اجنبى فهلك ضمن

زماننا

زماننا فلا يبرأ الا بالتسليم الى يد صاحبها واما عبد المستعير او اجيره مسانهة او مشاهرة فلانه من عيال المستعير وله ردها بيد من فى عياله كما للمودع لان حفظ الوديعة بهم واما الاجير بالمياومة فلا يعد من العيال واما اجير رب الدابة او عبده فقياس قول الشافعى رحمه الله انه يضمن كما فى الوديعة ووجه مذهبنا وهو قول احمد ان مالك الدابة راض به عادة والاصل ان مؤنة الرد على من وقع القبض له لان الخراج بالضمان الرد واجب ولقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تؤديه فاذا ثبت هذا يتضح هذه المسائل (كرد مستعار غير نفيس) كفاس وغربال ونحوهما (الى دار مالكه فانه يكون تسليما لمالكه اتفاقا لان الدار فى يد مالكها فكان الرد اليها رد اليه واما النفيس كالمصحف والجوهر فلا يسلم فى العادة الا الى يد مالكه (بخلاف رد الوديعة والمغصوب الى دار مالكها) فانه لا يكون تسليما له اما الوديعة فلان المالك رضى بحفظ المودع دون غيره واما المغصوب فلان الغاصب متعد باثبات يده فى المغصوب وازالة يد مالكه فلا بد له من ازالة يده واثبات يد مالكه وذلك بحقيقة التسليم الى مالكه وعارية النقدين والمكيل والموزون والمعدود) المتقارب اذا اطلقت الاعارة (قرض) وتسميتها عارية مجاز لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بهذه الاشياء الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليكها وذلك بالهبة او القرض والقرض ادناهما فيثبت واما لو استعار دراهم ليعايربها ميزانا اوليزين بها دكانا فان ذلك اعارة لا قرض ويكون له المنفعة المسماة (وصح اعارة الارض للبناء والغرس) لان كلا منهما منفعة معلومة تملك بالاجارة فتملك بالاعارة بل اولى لانها تبرع (وله) اى للمعير (ان يرجع عنها) بعد ان يبنى المستعير او يغرس لان عقد الاعارة غير لازم (ويكلف) المستعير (قلعهما) اى البناء والغرس لانه شغل ارضه بهما (وضمن) المعير للمستعير (ما نقص) البناء والغرس (بالقلع) بان يقوم قائما غير مقلوع لان القلع غير مستحق قبل الوقت ذكره فى شرح الكنز والمعنى بكم يشتريان بشرط قيامهما الى المدة المضروبة وفى القدورى اذا كانت قيمتهما وقت مضى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا وحين قلعهما ثمانية يرجع بدينارين وفى المبسوط يتملكهما به الا ان يرفعهما المستعير ولا يضمن قيمتهما فله ذلك لانه ملكه (ان وقتها) المعير الاعارة (ورجع قبله) وقال زفر لا يضمن لان التوقيت والاطلاق فيها سواء لبطلان التاجيل فى العوارى ولنا ان المعير بالتوقيت غار للمستعير لانه نص على ترك الارض فى يده

(رد مستعار غير نفيس) وهو ما يقل ثمنه كالقدر والقصعة والمكنسة والمروحة (الى دار المالك) فان مجرد هذا تسليم اما اذا كان المستعار نفيسا كعقد اللؤلؤ فلا بد من رده الى المالك ولو رده الى دار المالك فهلك يضمن (بخلاف رد الوديعة والمغصوبة الى دار مالكها) لان الوديعة والمغصوبة يرد الى المالك عرفا والعارية ترد الى دار المالك عرفا (وعارية النقدين والمكيل والموزون والمعدود قرض لان) العارية للانتفاع ولا يتأتى الانتفاع بهذه الاشياء الا باستهلاك عينها فاقتضت تمليك عينها وذا بالهبة او بالقرض والقرض ادناهما ضررا قالوا هذا اذا اطلق العارية اما اذا عين الجهة بان استعار صيرفى دراهم او دنانير كثيرة فوضع على الدكان حتى يظن الناس غناه فيتعاملون معه لا يكون قرضا لتعين جهة الانتفاع بها مع بقاء العين (وصحت اعارة الارض للبناء والغرس) لانه منفعة معلومة يملك بالاعارة (وله ان يرجع) عنها لان العارية ليست بلازمة (ويكلف) المستعير (قلعهما) لانه شغل ارض الغير فيؤمر بتفريغه ثم ان لم يكن وقت العارية فلا يضمن شيئا من الغرس والبناء لان الضرر الذى يلحق المستعير انما يلحقه من قبله حيث غرس وبنى فى محل كان لغيره حق الرجوع فيه والمعير لم يصر غارا له ولكن المستعير مغتر بنفسه حيث يظن بمطلق العقد انه يتركها فى يده من غير سبق وعد (وضمن) المعير للمستعير (ما نقص بالقلع ان وقتها ورجع) عنها قبله لان المعير بالتوقيت يصير غارا للمستعير لانه بنى وغرس بناء على وعد سابق من المعير وللمغرور ان يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع الى الغار وقال زفر لا يضمن المعير

(وكره الرجوع قبله) اى قبل الوقت يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك وهذا اذا لم يكن القلع مضرا بالارض فان كان مضرا بها فالخيار لرب الارض لانه صاحب الاصل والمستعير صاحب تبع فكان الخيار لصاحب الاصل لرجحانه

(ولو اعار) ارضا (للزرع لاياخذها) المعير (حتى يحصد) الزرع (وقت اولا) لان لادراكه وقتا معلوما فكان فى الترك مراعاة الحقين لانه انما يترك بالاجر لئلا يفوت منفعة ارضه مجانا ولايفوت زرع الاخر ليعتدل النظر من الجانبين (واجرة رد المستعار والمستاجر والمغصوب على المستعير والموجر والغاصب) فيه لف ونشر يعنى ان اجرة المستعار على المستعير لانه قبضه لمنفعة نفسه والرد واجب عليه والاجرة مؤنة الرد فيكون عليه واجرة رد المستاجر على الموجر لان المنفعة تحققت للموجر معنى حيث سلم له الاجرة والرد غير واجب على المستاجر وانما وجب عليه التمكين والتخلية واجرة رد المغصوب على الغاصب لان الرد واجب عليه دفعا للضرر عن المالك فيكون مؤنة الرد عليه

كتاب الوديعة

هى اسم من الايداع والايداع لغة تسليط الغير على حفظ اى شئ كان مالا اوغير مال يقال اودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فانا مودع ومستودع بالكسر وزيد مودع ومستودع بالفتح والمال مودع ومستودع ايضا وهو وديعة ايضا وشريعة تسليط الغير على حفظ المال فالوديعة (امانة) فى يد المودع (تركت عنده للحفظ) وقد يكون الشئ امانة ولايكون وديعة كما اذا هبت الريح والقى ثوب انسان فى حجر غيره فان الثوب امانة عنده وليس بوديعة والحكم فى الوديعة انه يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الرفاق ولايبرأ عن معها الضمان اذا اعاد الى الوفاق فى الامانة (وضمانه كالعارية) فلا يضمن المودع ان هلكت الوديعة بلا تعد وان تعدى عليها فهلكت ضمن كالعارية وان سرقت الوديعة عند المودع ولم يسرق معه مال اخر للمودع لم يضمنه عندنا وعند مالك يضمن

لان فيه خلف الوعد وذكر الحاكم الشهيد رح انه

وقرار بنائه وغرسه فيها المدة التى سماها وللمغرور ان يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار (وكره) للمعير ان كان وقتها (الرجوع) عن الاعارة (قبله) اى قبل الوقت الذى وقتها به لان فيه خلف الوعد قيد الضمان بالموقتة لان المعير لايضمن للمستعير شيئا من البناء او الغرس ان لم يوقت لان المستعير حينئذ مغتر لا مغرور لانه اعتمد الاطلاق فى العقد وقال مالك ليس له الرجوع متى شاء لانه غير متعد فيه فلا يكون لصاحب الارض ان ياخذها مالم يفرغها المستعير قلنا الارض على ملك صاحبها والعارية لايتعلق بها لزوم وقال ابن ابى ليلى البناء للمعير ويضمن قيمته مبنيا لصاحبه لان دفع الضرر من الجانبين واجب وانما يندفع بهذا قلنا صاحب الارض لم يرض التزام قيمة البناء ففى الزامه ضرر عليه فلا يصار اليه بدون تحقق الضرورة ولاضرورة ههنا لان دفع البناء وتمييز ملك احدهما من الاخر ممكن (ولو اعار) ارضا (للزرع لاياخذ) المعير الارض (حتى يحصد) الزرع (وقت اولا) لان للزرع نهاية معلومة فيترك اليها باجير المثل مراعاة للحقين فكان اولى من

القلع (واجرة رد المستعار والمستاجر والمغصوب على المستعير والموجر والغاصب) لما تقدم والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

كتاب الوديعة

(هى) لغة فعيلة بمعنى المفعولة مشتقة من الودع وهو الترك وقد جاء فى الحديث لينتهين قوم عن ودعهم الجماعات اى عن تركها وقرئ قوله تعالى ما ودعك ربك وما قلى بتخفيف الدال اى ما تركك وما ابغضك وشرعا (امانة تركت للحفظ مالا كان اوغيره بشرط ان يكون قابلا لاثبات اليد ليمكن حفظه حتى لو ودع الابق او المال الساقط فى البحر لم تصح وكون المودع مكلفا لوجوب الحفظ عليه وشرعية الايداع بقوله تعالى (ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها) واداء الامانة لايكون الا بعد ها ولان قبول الوديعة من باب الاعانة وهى مندوبة لقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) وقوله عليه السلام والله فى عون العبد مادام العبد فى عون اخيه (وضمانها كالعارية) فلا يضمن ان هلكت من غير تعد لما روى ابن ماجه فى سننه عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من اودع وديعة فلا ضمان عليه وقال مالك رحمه الله اذا سرقت الوديعة من عند المودع ولم يسرق له

معها مال يضمن للتهمة قلنا هو متبرع فى حفظها لصاحبها والتبرع لايوجب ضمانا على المتبرع لقوله عليه السلام ليس على المستودع غير المغل ضمان والمغل الخائن والاغلال الخيانة (وله) اى للمودع (حفظها) اى الوديعة (بنفسه و بمن فى عياله) من زوجته وولده ووالديه واجيره الخاص الذى استأجره مشاهرة اومسانهة والعبرة فى هذا الباب للمساكنة لاللنفقة (وان نهى) عن حفظها بهم وقال الشافعى رحمه الله ليس للمودع ان يدفعها الى من فى عياله لان مالكها رضى بحفظه لابحفظ غيره ولنا ان الواجب عليه ان يحفظها حفظ مال نفسه وهو يحفظه بعياله لان المودع لايمكنه ملازمة بيته لحفظ الوديعة ولا استصحابها معه فى خروجه فلم يكن له بد من حفظها بمن فى عياله وفى الذخيرة الدفع الى من فى العيال انما يجوز اذا كان امينا ولو دفعها المودع الى امين من امنائه ليس فى عياله يجوز وعليه الفتوى (و) للمودع (السفر بها) اى بالوديعة وان كان لها حمل اومؤنة (عند عدم النهى) من صاحب الوديعة (و) عدم (الخوف) بان كان الطريق امينا لايقصد فيه احد بسوء غالبا ولو قصده يمكنه دفعه بنفسه اوبرفقته وقال ابو يوسف رحمه الله له السفر بها ان كانت المسافة قصيرة وان كانت طويلة فليس له ذلك فيما له حمل ومؤنة وقال محمد رحمه الله ليس له السفر بها فيما له حمل ومؤنة اذا الظاهر من حال صاحبها انه لايرضى بها وصار كالوكيل بالبيع ليس له السفر بالمبيع وان سافر به ضمن وقال الشافعى رحمه الله ليس له ذلك طلقا لان المتعارف هو الحفظ فى الامصار دون المفازات والاسفار وقال مالك رحمه الله ليس له ذلك اذا قدر ان يردها على صاحبها اووكيله اوالحاكم اوامينه ولابى حنيفة رحمه الله انه امره بالحفظ من غير تقييد بمكان دون مكان كما لايتقيد بزمان دون زمان قيد بعدم النهى وعدم الخوف لان المودع ليس له السفر بالوديعة اذا نهاه ربها عنه بلاخلاف بين العلماء (ولو حفظ) المودع (بغيرهم) اى بغير نفسه وعياله (ضمن) لان المالك رضى بيده لابيد غيره والايدى تختلف بالامانة (الا اذا خاف) المودع على الوديعة (الحرق) بان وقع حريق فى داره (او) خاف عليها (الغرق) بان كان فى السفينة وهبت الريح (فوضعها عند جاره) فى خوف الحرق (اوفى فلك آخر) فى خوف الغرق فانه لايضمن لان فعله هذا يعين للحفظ فصار ماذونا له دلالة وفى النهاية عن محمد ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وليس فى عياله اودفع الى امين من امنائه ممن يثق به فى ماله وليس فى عياله لايضمن لانه حفظها مثل ما يحفظ ماله ولايجب عليه اكثر من ذلك ثم قال وعليه الفتوى وعزاه الى التمرتاشى

(وله) اى للمودع (حفظها بنفسه وبمن فى عياله) من زوجته اوولده اووالديه اواجيره مشاهرة اومسانهة والعبرة فى هذا الباب للمساكنة لاالنفقة حتى لو اودعت المرأة ودفعتها الى زوجها لاتضمن وان لم يكن الزوج فى نفقتها وكذا الابن الكبير اذا كان يسكن مع المودع (وان نهى) عن الحفظ بمن فى عياله لان المطلوب حفظ الوديعة على وجه يحفظ مال نفسه والانسان يحفظ ماله بنفسه تارة وبيد من فى عياله مرة اخرى

(و) للمودع (السفر بها) وان كان لها حمل ومؤنة (عند عدم النهى) عن السفر (وعدم الخوف) بان كان الطريق آمنا ولايقصده احد غالبا ولو قصده يمكنه دفعه بنفسه اوبرفقته له السفر ايضا لاطلاق الامر وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة اى يحتاج فى الحمل الى ظهر اواجرة حمال وقال الشافعى ليس له ذلك فى الوجهين وان نهى عن السفر اوكان الطريق مخوفا فسافر فهلك المال ضمن (ولو حفظ بغيرهم ضمن) لان المالك لم يرض بذلك (الا اذا) وقع فى داره حريق غالب (وخاف الحرق او) يكون فى فلك فخاف (الغرق فوضعها عند جاره اوفى فلك اخر) لانه تعين طريقا للحفظ فى هذه الحالة فصار ماذونا دلالة وقيل هذا اذا احاط الحريق بمنزل المودع فان لم يكن احاطه بمنزله ضمن ولايصدق المودع على العذر حتى يقيم البينة

(فان حبسها بعد طلب ربها) حال كونه (قادرا على التسليم) ضمن لانه لما طلبه ولم يكن راضا بامساكه فيضمن بحبسه (او جحدها) عند صاحبها لان المالك عزله عن الحفظ وهو بالامساك صار غاصبا فيضمن فان عاد الى الاقرار بعد الجحود لم يبرأ عن الضمان وان جحدها عند غير صاحبها لايضمن لانه من باب الحفظ وعند زفر يضمن (اوخلط) المردع (بماله لايتميز) كخلط اللبن باللبن ضمن واعلم ان الخلط على اربعة اوجه خلط

بطريق المجاورة مع تيسر التمييز كخلط الدراهم البيض بالسود والدراهم بالدنانير والجوز باللوز فانه لايوجب الضمان بالاجماع لتمكن المالك من الوصول الى عين حقه بلاحرج وخلط بطريق المجاورة مع تعسر التمييز كخلط الحنطة بالشعير وذلك يوجب ان ينقطع حق المالك ويوجب الضمان لان المتعسر كالمتعذر وقيل لاينقطع حق المالك عن المخلوط بالاجماع ههنا ويكون له الخيار وقيل القياس ان يصير المخلوط ملك الخالط عند ابى حنيفة رح وفى الاستحسان لايصير ملكاله وخلط الجنس بخلاف الجنس ممازجة كخلط دهن اللوز بالزيت وكل مائع بغير جنسه وانه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع وخلط الجنس بالجنس مجاورة اوممازجة كخلط دهن اللوز بجنسه او اللبن بجنسه او الحنطة بجنسها او الدراهم البيض بالدراهم البيض او الدنانير بجنسها فعند ابى حنيفة استهلاك لاسبيل لصاحبه الا بتضمين المودع وصار المخلوط ملكا له وعندهما للمالك الخيار ان شاء ضمن الخالط مثله وان شاء شاركه فى المخلوط (اوتعدى) المودع فى الوديعة (فلبس) ثوبها (اوركب) دابتها (اوحفظ) الوديعة (فى دار) امر المودع (به) اى بالحفظ (فى غيرها) اى فى غير هذه الدار ضمن لان الدارين يختلفان فى الامن والحفظ فيصح الشرط (اوجهلها) اى جهل المودع الوديعة (عند الموت (ضمن) لانه يصير غاصبا وقوله ضمن جزاء لقوله فان حبسها (وان ازال) المودع (التعدى) بان ترك اللبس والركوب (اوردها) اى الوديعة الى دار امرها المالك بالحفظ فيها (زال ضمانه) فلو هلك بعد ذلك لايضمن وقال الشافعى يبرأ عن الضمان (وان اختلط) الوديعة بمال المودع (بلا فعله) كما اذا انشق الكيس فى صندوقه فاختلط دراهم الوديعة بدراهمه لايضمن لعدم الصنع الموجب للضمان واشتركا وهذه شركة اختلاط حتى لو هلك منه بعضها هلك من مالهما ويقسم الباقى بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما (و) ان اودع رجلان عند رجل فحضر احدهما وطلب نصيبه (لايدفع) المودع (الى احد المودعين قسطه) نصيبه (بغيبة الآخر)

وفيه

وهو الى الحلوانى ثم قال وعن هذا لم يشترط فى التحفة الحفظ بالعيال بل قال ويلزم المودع اذا قبل الوديعة حفظها على الوجه الذى يحفظ ماله (فان حبسها) اى المودع الوديعة (بعد طلب ربها) حال كون المودع (قادرا على التسليم اوجحدها) مع ربها سواء اقر بها بعد الجحود اولا قيدنا الجحود بكونه مع رب الوديعة لانه لو كان مع غيره بان قال له اجنبى اعندك وديعة لفلان فقال ليس لفلان عندى وديعة لايضمن خلافا لزفر هو يقول الجحود سبب الضمان سواء كان عند المالك اوغيره كالاتلاف حقيقة ولنا ان الجحود عند الاجنبى من باب الحفظ لانه يقطع طمع الطامعين عنها وبه قال مالك والشافعى واحمد (اوخلط) المودع الوديعة (بماله حتى لايتميز) كالحنطة بالحنطة اوتعسر التميز كالحنطة بالشعير وكخلط المائع بغير جنسه مثل خلط الزيت بالشيرج واسند الخلط الى المودع لانها لو اختلطت بماله بغير فعله كان شريكا لصاحبها بالاتفاق وسيذكر المصنف هذا وقيد الخلط بعدم التميز لانه لو خلطها وكان يتيسر تميزه كما لو خلط الدراهم البيض بالسود والدراهم بالدنانير والجوز باللوز لم ينقطع حق المالك بالاتفاق لتمكنه من الوصول الى عين ملكه بالاخراج (اوتعدى فلبس) الثوب المودع (اوركب) الدابة المودعة (اوحفظ الوديعة فى دار امر به) اى بالحفظ (فى غيرها اوجهلها) بتشديد الهاء الاولى اى لم يبين انها وديعة (عند الموت ضمن) مثلها لو مثلية وقيمتها لو قيمية هذا جواب الشرط الذى هو فان حبسها وما عطف عليه وخيراه بين المشاركة والتضمين (وان ازال) المودع (التعدى) بان ترك لبس ثوب الوديعة اوركوب دابتها (زال ضمانه وقال الشافعى لايزول وبه قال مالك فى رواية واحمد (وان اختلط) الوديعة بمال المودع (بلا فعله) كما لو انشق الكيس فى صندوقه فاختلطت بدراهمه (اشتركا) بقدر ملكهما ولايضمن المودع لعدم الصنع منه وهذه شركة املاك حتى لو هلك بعضها هلك من مالهما ويقسم الباقى بينهما على قدر ما كان لكل منهما (ولايدفع) المودع (الى احد المودعين قسطه) من الوديعة (بغيبة الآخر) ولو دفعه بغيبته يضمن وهذا عند ابى حنيفة وهو مروى عن على رضى الله عنه

عند ابي حنيفة ولو دفع اليه ضمنه نصيبه لانه مامور بالحفظ لا بالقسمة وفي هذا الدفع معنى القسمة وقالا يدفع اليه قسطه فمن المشايخ من قال الاختلاف فيما هو من ذوات الامثال وفيما دون من ذوات الامثال القيم سواء والصحيح ان الاختلاف فيما هو من ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات وفيما عداها من الثياب والدواب والعبيد ليس للحاضر ان

يأخذ نصيبه بالاجماع (و) ان اودع رجل عند رجلين يجوز (لاحد المودعين دفعها) اى دفع الوديعة (الى) المودع (الاخر فيما لا) يصلح ان (يقسم) بان لا يبقى منتفعا به بعد القسمة لان المالك رضى بذلك حيث يعلم انهما لا يجتمعان على حفظه اناء الليل والنهار (و) لاحد المودعين (دفع نصفها فيما) يصلح ان (يقسم) بان يبقى منتفعا به بعد القسمة لان المالك رضى بذلك حيث يعلم تعذر اجتماعهما على الحفظ عند ابى حنيفة رح وقالا رح لاحدهما ان يحفظ الكل باذن الاخر فيما يقسم ايضا (و) اذا دفع الكل الى الاخر فيما يقسم (ضمن دافع الكل لا قابضه) اى قابض الكل لانه مودع المودع وهو لا يضمن عنده (ولا اعتبار للنهى عن الدفع الى من لا بد من حفظه) اى اذا اودعه وديعة وقال لا تدفعها الى امرأتك او عبدك او ولدك او اجيرك وهم فى عياله فدفعها الى من نهاه عنه فهلكت فان كان يجد بدا من الدفع اليه بان كان له اهل وخدم سواه فهو ضامن وان كان لا يجد بدا من ذلك فلا اعتبار للنهى وهذا كمن اودع دابته وقال لا تدفعها الى غلامك او نهاه عن الدفع الى امرأته والوديعة شئ يحفظه على يد النساء والرجل ممن لا يجد بدا عنها (ولا) اعتبار ايضا للنهى (عن الحفظ فى بيت من دار) حتى لو حفظها فى بيت اخر من الدار لا يضمن لان البيتين من دار واحدة فلما يختلفان فى الحرز فلا فائدة فى التعيين (الا ان يكون له) اى للبيت الذى نهى عن الحفظ فيه (خلل ظاهر) فح صح الشرط والتعيين ويضمن بالمخالفة (ولو اودع) رجل وديعة فاودع (المودع) الى الاخر من غير عياله (فهلكت ضمن الاول فقط) لا الثانى عند ابى حنيفة وعندهما رح يضمن ايهما شاء فان ضمن الثانى رجع على الاول لان الاول متعد بالتسليم بغير اذن المالك الثانى متعد بالقبض بغير اذن المالك

وفيه حكاية روى ان رجلين دخلا حماما واودعا عند الحمامى الفا فخرج احدهما وطلبها منه واعطاه اياها وذهب ثم خرج الآخر فطالبه بها فتحير الحمامى فذهب الى ابى حنيفة رحمه الله تعالى فقال له ابو حنيفة رحمه الله تعالى قل له كلاكما اودعتمانى فلا اعطيك حتى يحضر صاحبك فانقطع الرجل وترك الحمامى وقال ابو يوسف ومحمد ومالك والشافعى رحمهم الله تعالى يدفع اليه قسطه ولا يضمن سواء كان من ذوات الامثال او من ذوات القيم عند بعض المشايخ والصحيح ان الاختلاف فيما هو من ذوات الامثال وفيما عداه كالثياب والدواب والعبيد ليس للحاضر ان يأخذ نصيبه بالاتفاق

(ولاحد المودعين دفعها الى آخر فيما لا يقسم) كالعبد والثوب والحيوان لان المالك رضى بيد كل منهما على كلها لانه اودعهما مع علمه بانهما لا يجتمعان الليل والنهار على حفظها (ودفع نصفها فيما يقسم) لان المالك لما اودعهما مع علمه انهما لا يقدران على ترك اشتغالهما ولا يجتمعان فى مكان واحد للحفظ كان راضيا لقسمتها وحفظ كل واحد منهما للنصف دلالة والثابت بالدلالة كالثابت بالنص (وضمن دافع الكل) الى الآخر عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وقالا لا يضمن دافع الكل الى الآخر فيما يحتمل القسمة كما لا يضمن فيما لا يحتملها لان المالك رضى بامانتهما لا قابضه) اى لا يضمن عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى قابض الكل لتعديه بالقبض لانه مودع المودع ومودع المودع لا يضمن عنده (ولا اعتبار للنهى) اى لنهى رب الوديعة المودع (عن الدفع الى من لا بد له) للمودع (من حفظه) كان قال لا تدفعها الى امرأتك او احد من عيالك فان هذا الشرط مفيد اذ قد يأمن الانسان الرجل على ماله ولا يأتمن عليه عياله الا انه انما يلزم مراعاته بحسب الامكان فاذا لم يكن الحفظ بدونه صار النهى عن الدفع اليه كالنهى عن الحفظ فكان مناقضا لاصله فيبطل فلا يضمن اذا هلكت استحسانا ويضمن فى القياس لانه استحفظ منه ويؤيد وجه القياس قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء اموالكم) والمراد النساء فاذا كان هو منهيا عن دفع نفس ماله فما ظنك فى مال غيره ووجه الاستحسان ما تقدم والله اعلم و(لا) للنهى (عن الحفظ فى بيت من دار) لان البيتين فى دار واحدة فلما يختلفان فى الحرز فصار الشرط غير مفيد فلا يعتبر كما لو قال احفظها بيمينك دون يسارك او فى هذه الصندوق فى هذا البيت فحفظها فى صندوق آخر (الا ان يكون به) اى بذلك البيت الذى نهى عنه (خلل ظاهر) فان النهى معتبر حينئذ وكذا اذا نهاه عن الحفظ فى دار اخرى اعتبر النهى حتى لو خالف ضمن (ولو اودع المودع) الوديعة عند من ليس فى عياله (فهلكت ضمن) المالك (الاول) عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما ضمن ايهما شاء كما قال مالك والشافعى

---

٧١ فللمالك ان يضمن ايهما شاء وله ان مال المالك وصل الى الثانى من يد امين فلا يضمن وهذا لان الضمان لا يجب بمجرد الدفع مالم يفارقه لان الحفظ لا يفوت مادام فى مجلسه فاذا فارق الاول من الثانى فانما يضمن الاول بترك الحفظ حين فارقه واما الثانى فما ترك الحفظ بل هو امين فصار هذا فى حقه كثوب هبت به الريح فالتقطه فى حجره فاذا هلك من غير صنعه لم يضمن

(ولو اودع الغاصب) المغصوب عند رجل وهلك فى يد مودع الغاصب (ضمن) المغصوب منه (ايما شاء) من الغاصب ومودعه والله اعلم بالصواب

كتاب الغصب

(هو فى اللغة اخذ الشىء ظلما وقهرا ما لا كان اوغيره يقال غصبت زوجة فلان وولده ويسمى المغصوب غصبا تسمية للمفعول بالمصدر وفى الشريعة (اخذ مال) احتراز عن الحر والميتة والدم فانها ليست بمال عرفا وشرعا (متقوم) احتراز عن والخمر والخنزير حيث لاتقوم لهما شرعا (محترم) احتراز عن مال الحربى (علنا) اى ظاهرا لاعلى وجه الخفية احتراز عن السرقة (بلا اذن مالكه) احتراز عن الوديعة (يزيل) ذلك الاخذ (يده) اى يد المالك احتراز عن العقار فان الغصب عندنا ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة وعلى قول الشافعى از الة يد المالك ليس بشرط بل اثبات اليد المبطلة كاف وثمرة الخلاف تظهر فى زوائد المغصوبة مثل ولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمغصوبة عندنا لانعدام ازالة يد المالك لان يد المالك ليست بثابتة على هذه الزيادة (فلا غصب فى العقار) لان الغصب انما يتحقق فيما ينقل ويحول لا فى العقار لان ازالة اليد لايتحقق فيه (حتى لو) اخذ عقارا او (هلك فى يده) بان غلب سيل على الارض فبقيت تحت الماء او اخذ دارا فانهدمت بافة سماوية اوجاء سيل فذهب بالبناء (لا يضمن) عند ابيح وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رح وزفر والشافعى وهو قول ابيبوسف رحمهم الله او لايضمن لانه ثبت يده عليه على وجه يتضمن تفويت يد المالك فيكون سببا للضمان كما فى المنقول ولنا ان الغصب لايتصور فى العقار لماذكرنا فلايجب الضمان وهذا لان ازالة المحل عن يد المالك انما يكون بالنقل والتحويل وذلك لايتصور فى العقار وانما يتصور منع المالك عنه ومنع المالك تصرف فى المالك فصار كما لو بعد المالك عن المواشى فان ذلك لايكون غصبا حتى لو حبس المالك عن المواشى حتى ذهب مواشيه لايضمن

وهذا

(ولو اودع الغاصب) المغصوب فهلك (ضمن) المالك (ايهما شاء) باتفاقهم ثم مودع الغاصب ان لم يعلم انه غاصب يرجع الى الغاصب قولا واحدا وان علم فكذا فى الظاهر وحكى ابو اليسر انه لايرجع واليه اشار شمس الائمة ثم اعلم ان الايداع يكون بالايجاب والقبول تارة كاودعتك هذا المال وقول الآخر قبلت وبالدلالة اخرى كوضع المتاع عند الغير وهو ساكت لانه يعد قبولا عرفا ولو وضعه عند جماعة يتعين له حافظا آخرهم قياما وانصرافا والضمان على من دفع ماعنده من الامانة الى سلطان جائر هدده على دفعه اليه بقطع يده اوضربه خمسين سوطا لعدم قدرته على دفعه فلم يكن مقصرا فى حفظه والله سبحانه اعلم *

كتاب الغصب

(هو لغة) اخذ الشىء ظلما اوقهرا مالا كان اوغيره وقد سمى المغصوب غصبا تسمية للمفعول بالمصدر وشرعا (اخذ مال متقوم محترم علنا بلا اذن مالكه يزيل يده) اى على وجه يزيل ذلك الاخذ يد مالك المال عن المال حتى كان استخدام العبد بغير اذن مالكه ولبس الثوب والحمل على الدابة غصبا بالاتفاق لتصريد المالك منها واثبات يده عليها دون الجلوس على بساط غيره وفراشه بلا نقل عن محله فخرج بالاخذ ما صار مع المغصوب بغير صنع الغاصب كما لوغصب دابة فتبعتها اخرى فانه لايضمنها وبالمال نحو الميتة والحر وبالمتقوم الخمر وبالاحترام مال الحربى وبالعلن السرقة وبعدم اذن المالك الوديعة والعارية والمستاجر والموهوب ونحوها وقوله يزيل يده للاحتراز عن اخذ العقار لعدم تحقق ازالة اليد فيه لانها انما تكون بالنقل والتحويل ولان الغصب عندنا ازالة اليد المحقة عن العين باثبات اليد المبطلة اوقصرها ومنعها عنه وعند مالك والشافعى اثبات اليد المبطلة من غير شرط ازالة المحقة وفائدة الخلاف تظهر فى زوائد المغصوب كالولد وثمرة البستان والسمن والجمال فانها غير مغصوبة عندنا فلاتكون مضمونة سواء كانت متصلة او منفصلة الا بالتعدى عليها بالاتلاف او المنع بعد طلب المالك واما بدونهما فلا تكون مضمونة لعدم ازالتها وقصر يده عنها لانعدام ثبوتها عليها ومغصوبة عنده فتكون مضمونة لاثبات اليد المبطلة (فلا غصب فى العقار) لما تقدم من ان الغصب فيما ينقل (حتى لو هلك) العقار بافة سماوية او انهدم بناء الدار بسيل (فى يده) اى يد آخذه قهرا من مالكه (لايضمن)

وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد فى العقار الغصب ويضمن بالهلاك فى يد آخذه قورا عن مالكه وهو قول ابى يوسف اولا وبه قال مالك والشافعى واحمد لانه اثبت يده على وجه تضمن تفويت يد المالك عنه فانعقد ذلك سببا للضمان كما فى المنقول ولابى حنيفة رحمه الله تعالى ان الغصب ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة لان الواجب ضمان جبر فيعتمد التفويت وازالة يد المالك انما يكون بالنقل والتحويل وذا لايتصور فى العقار وانما يتصور فيه منع المالك عنه ومنع المالك تصرف فيه لافى المحل وصار كما لو بعد المالك عن مواشيه حتى تلفت بذلك واما قوله صلى الله عليه وسلم من غصب شبرا من ارض طوقه الله تعالى يوم القيمة من سبع ارضين فلايدل على انه يتحقق فيه الغصب الموجب للضمان كاطلاق لفظ البيع على بيع الحر فى حديث من باع حرا قال ابن الاثير طوقه من سبع ارضين اى يخسف الله به الارض فتصير البقعة المغصوبة منها فى عنقه كالطوق ويؤيده انه فى رواية البخارى خسف به الى سبع ارضين وفى مسند ابن ابى شيبة من غصب شبرا من ارض جاءته اسطاما فى عنقه والاسطام كالحلق من الحديد وقيل هو ان يطوق حملها يوم القيامة اى يكلفه فيكون من طوق التكليف لامن طوق التقليد هذا والحديث المذكور هو حجتنا فى ذلك فانه صلى الله عليه وسلم بين جزاء غاصب العقار الوعيد فى العقبى ولم يذكر الضمان فى الدنيا فذلك دليل على ان المذكور جميع جزائه ولوكان الضمان واجبا لكان الاولى ان يبينه لان الحاجة اليه امس (ومانقص) العقار (بفعله) اوبسكناه فى الدار وزرعه فى الارض (يضمن) عندهم جميعا لان هذا اتلاف والعقار يضمن بالاتلاف اتفاقا كما اذا نقل ترابه لانه فعل فى العين وجاز ان لا يضمن بالغصب ويضمن بالاتلاف كالحر (واستخدام العبد) والحمل على الدابة (غصب لاجلوسه) اى ليس جلوس الجالس (على البساط) الذى لغيره غصبا له لانه بجلوسه عليه لم يفعل فيه شيئا يكون به مزيلا لبد مالكه وبسط البساط فعل مالكه فتبقى يده فيه مابقى اثر فعله بخلاف استخدام العبد والحمل على الدابة فانه بالتصرف فيهما اثبت يده عليهما وذلك موجب لتصريد مالكهما عنهما (وحكمه) اى الغصب (الاثم لمن علم) ان ذلك الفعل غصب واقدم عليه باجماع الامة (ورد العين) فى مكان غصبه حال كونها (قائمة والغرم) حال كونها (هالكة) لمن علم ولمن لايعلم بان ظن ان المأخوذ

(ومانقص) من المغصوب (بفعله) اى بفعل الغاصب (يضمن) بالاتفاق وذلك بان هدم بيتا او انهدم بسكناه وعمله بان كان عمله الحدادة او النصارة فوهن جدار الدار اما اذا سكن فى الدار وانهدمت لابسبب سكناه وعمله لاضمان عليه (واستخدام العبد غصب) لانه بالاستخدام اثبت يد التصرف عليه وذلك يوجب زوال يد المالك عنه (لاجلوسه على بساط) لانه لم يوجد فيه النقل والتحويل والبسط فعل المالك وقد بقى اثر فعله فى الاستعمال فلم يكن الغاصب مزيلا يده (وحكمه الاثم لمن علم به) وان كان بدون العلم بان ظن ان الماخوذ ماله او اشترى عينا ثم ظهر استحقاقه فلا اثم عليه لقوله عليه السلام رفع عن امتى الخطأ والنسيان (ورد العين) على المالك ان كانت (قائمة) فانه الموجب الاصلى وقيل الموجب الاصلى القيمة ورد العين يخلص عن الضمان ولهذا الوابرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لو هلكت بعده لايجب الضمان (و) رد (الغرم) ان كانت العين (هالكة) فى يده بفعله او بفعل غيره

ما له او اشترى عينا فاستحقت لان هذا حق العبد وهو لا يتوقف على العلم والقصد بالاجماع امارد العين فلقوله صلى الله عليه وسلم لايحل لاحد ان يأخذ متاع اخيه لاعبا اوجادا فان اخذه فليرده اليه ولقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ماأخذت حتى تؤديه واما غرمه فلانه يقوم مقام عينه عند العجز عنها فان نقص ضمن اعتبارا للجزء بالكل (ويجب) على الغاصب اذا عجز عن رد العين المغصوبة بهلاكها فى يده بفعله اوبفعل غيره (المثل فى المثلى كالمكيل والموزون والعددى المتقارب) لقوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) وقال زفر عليه ضمان قيمته (فان انقطع المثل) عن ايدى الناس بانتهائه كالرطب ونحوه (فقيمته) تجب (يوم يختصمان) عند ابى حنيفة ومالك رحمهما الله تعالى وبعض اصحاب الشافعى وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع وبه قال احمد وبعض اصحاب الشافعى رحمه الله تعالى (وفى غير المثلى) تجب (قيمته يوم الغصب كالعددى المتفاوت) والثياب والدواب (فان ادعى) الغاصب (الهلاك حبس) لان الهلاك لعارض والاصل عدمه (حتى يعلم انه) اى المغصوب (لو بقى لظهر ثم قضى عليه بالبدل) لان الحق متعلق بالعين وللناس اغراض فى الاعيان فلا يقبل قول الغاصب فى هلاكها حتى يحصل به غلبة ظن اما باقامة بينة واما مضى مدة وعدة ذلك موكولة الى رأى القاضى فاذا علم الهلاك سقط رد عينه ولزم رد بدله وهذه المسئلة تدل على ان الموجب الاصلى رد العين (والقول فيه) اى فى البدل (للغاصب) مع يمينه (ان لم يقم) المالك (حجة على الزيادة) لان المالك يدعى الزيادة فى القيمة على الغاصب بلا حجة وهو ينكرها والقول قول المنكر مع يمينه ولو اقام الغاصب البينة لا تقبل لانها تنفى الزيادة والبينة على النفى لاتقبل (فان ظهر) المغصوب (وقيمته اكثر) مما ضمن الغاصب (وقد ضمن) الغاصب (بقوله) اى بقول نفسه مع يمينه (اخذه المالك ورد بدله) لان رضاه بهذا القدر لم يتم لانه كان ادعى الزيادة وانما اخذ دونها لعدم البينة له عليها (اوامضى الضمان) وكذا لو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه الغاصب اودونه على الاصح وقال الكرخى لاخيار للمالك فى المثل والدون لانه توفر عليه بدل ملكه بكماله (وان) ظهر المغصوب وقيمته اكثر مما ضمن الغاصب وقد (ضمن) الغاصب (لا بقوله) بل بقول المالك اوببينة اقامها

(ويجب رد المثل فى المثلى) ففيه مراعاة حق المستحق صورة ومعنى فكان اعدل من القيمة التى فيها مراعاة المعنى فقط وهو المالية (كالمكيل والموزون والعددى المتقارب) مثل الجوز واللوز والبيض وعند ذفر رحمه الله تعالى فى العددى المتقارب يجب القيمة (فان انقطع المثل) عن ايدى الناس (فقيمته) اى فيجب قيمة المثلى (يوم يختصمان) عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى يوم الغصب وقال محمد رحمه الله تعالى يوم الانقطاع لان الغصب اوجب المثل خلفا ويصار الى القيمة للعجز عن اداء المثل وذلك بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابى يوسف رحمه الله تعالى ان المثل لما انقطع التحق بما لامثل له فى وجوب القيمة فيعتبر قيمته يوم الغصب ولابى حنيفة رحمه الله تعالى ان القيمة لاتكون مشروعة مع احتمال وجود المثل لانها خلف عنه ولاينقطع احتمال المثل بالانقطاع بل بالخصومة او القضاء ولهذا لو صبر الى مجىء اوانه كان له مطالبة المثل ويعرف القيمة برأى ذوى البصيرة فانهم يعرفونها وان كان المثل معدوما ومنقطعا عن ايدى الناس (و) تجب (فى غير المثلى قيمته) لانها المثل معنى (يوم الغصب) وقال محمد رحمه الله تعالى يجب مثله صورة من جنس ذلك (كالعددى المتفاوت) مثل الثياب والدواب (فان ادعى الغاصب الهلاك حبس) مدة (حتى يعلم انه لو بقى لاظهره) لان الحق متعلق بالعين وللناس اغراض فى الاعيان فلا يقبل قوله فى الهلاك حتى يحصل غلبة الظن بالحبس ومدة الحبس مفوضة الى رأى القاضى ثم اذا لم يظهره بعد مضى المدة (قضى عليه) اى على الغاصب بالبدل وهذه المسئلة تدل على ان الاصل رد العين (والقول فيه) اى فى بدل المغصوبة وهو القيمة للغاصب مع حلفه لان المالك يدعى عليه الزيادة وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه (ان لم يقم) اى المالك (حجة على الزيادة) وان اقام البينة على الزيادة فان ظهر المغصوب (وقيمته اكثر) مما ضمنه (وقد ضمن) الغاصب (بقوله مع) حلفه (اخذه) اى المغصوب (المالك) انشاء (ورد بدله) لانه لم يتم رضاه بهذا القدر حيث ادعى الزيادة وانما لم ياخذ الزيادة لعدم البينة (او امضى الضمان) انشأ (وان) ظهر المغصوب وقيمته اكثر و (ضمن) الغاصب (لابقوله) بل المالك اوبينة اقاموها اوبنكول الغاصب عن اليمين

اوبتكول الغاصب عن اليمين (فهو للغاصب) ولا خيار للمالك لانه رضى بالمبادلة فيه بهذا القدر حيث ادعاه ولم يدع زيادة عليه وبه قال مالك وعند الشافعى واحمد له الخيار لعدم زوال ملكه عندهما عنه ولقوله تعالى (ياايها الذين آمنوالاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) فالله تعالى جعل مال الغير قسمين قسم بالباطل وقسم بالتجارة عن تراض وهذا ليس بتجارة عن تراض فيكون اكلا بالباطل والمعنى فيه ان الغصب عدوان محض لانه ليس فيه شبهة الاباحة بوجه ما فلايكون موجبا للملك ولنا ان المالك ملك بدل المغصوب بكماله رقبة ويدا فوجب ان يزول ملكه عن المبدل الى ملك من وجب عليه البدل اذا كان المبدل محلا للنقل من ملك الى ملك دفعا للضرر عنه وتحقيقا للعدل كما فى سائر المبادلات واما الآية ففيها بيان ان الاكل بالتجارة عن تراض جائز لا ان يكون الجواز مقصورا عليه ثم معنى التجارة مندرج هنا من وجه فان المالك هنا متمكن من ان يصبر حتى تظهر العين فيأخذها فحين طالبه بالقيمة مع علمه ان من شرطه انعدام ملكه فى العين فقد صار راضيا بذلك لان من طلب شيئا لايتوصل اليه الا بشرط كان راضيا بالشرط كما يكون راضيا بمطلوبه (وان آجر) الغاصب العبد (المغصوب او) آجر الامين العبد (الامانة اوربح) الغاصب اوالامين (بالتصرف فيهما) اى فى المغصوب والامانة بان اشترى الغاصب اوالمودع بالف الغصب اوالوديعة امة فباعها بالفين (تصدق) الموجر بالاجرة والرابح بالربح عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى خلافا لابى يوسف رحمه الله تعالى (الا ان يكونا) اى المغصوب والامانة الذين ربح الغاصب والامين بالتصرف فيهما (دراهم اودنانير لم يشر) المتصرف (اليهما) عند التصرف فيهما سواء اشار الى غيرهما اولم يشر الى شئ (اواشار) اليهما (ونقد غيرهما) فانه يطيب له الربح لان الدراهم والدنانير لاتتعينا بالاشارة والاشارة اذا كانت لاتفيد التعين يستوى وجودها وعدمها بخلاف مالو اشار اليهما ونقد منهما لان الاشارة تتاكد بالنقد من المشار اليه فيتحقق الخبث بخلاف ما لو كان عوضا ونحوه لان العقد يتعلق بعينه حتى لو هلك قبل القبض يبطل البيع فيتحقق الخبث وقال فخر الاسلام قال مشايخنا لايطيب بكل حال ان يتناول من المشترى قبل ان يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب فى الجامعين

(فهو للغاصب) ولاخيار للمالك لانه رضى بالمبادلة بهذا القدر حيث ادعى هذا القدر ولم يدع الزيادة وان ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمن الغاصب اودونه فيما اذا ضمن بقول الغاصب مع يمينه فالمالك ايض بالخيار فى ظاهر الرواية وهو الاصح انشاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد البدل وقال الكرخى رحمه الله تعالى لاخيار له (وان اجر) الغاصب (المغصوب اوالامانة) كالوديعة والعارية واخذ الاجرة (اوربح بالتصرف فيهما) اى فى المغصوب والامانة كما اذا غصب او اودع الفا واشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالفين جارية فباعها بثلثة الاف وكذا اذا كان المغصوب او الامانة غير الدراهم والدنانير كالعروض مثلا (تصدق) بالاجرة وجميع الربح عند ابيحنيفة رحمه الله تعالى ومحمد رحمه الله تعالى لانهما حصلا بسبب خبيث وهو التصرف فى مال الغير وعند ابى يوسف رحمه الله تعالى لايتصدق وعند الشافعى رحمه الله تعالى لايملك الربح (الاان يكونا) اى المغصوب والامانة (دراهم اودنانير ولم يشر) اى ولم يضف العقد اليهما بان قال اشتريت بالف درهم ونقد من الف الغصب والامانة اوقال اشتريت بهذا الالف والحال انه غير الغصب والامانة ولكن نقد الف الغصب او الامانة (او اشار) واضاف العقد اليهما بان قال اشتريت بهذا الالف والحال انه غصب اوامانة ولكن لم يعطه هذا الالف الغصب او الامانة (بل نقد غيرهما) ففى هذه الصور لايتصدق بالربح ويطيب له

ومضاربة المبسوط بقوله يتصدق بجميع الربح وحاصله انه متى استفاد بالحرام ملكا من طريق الحقيقة وهى فيما يتعين او الشبهة وهى فيما لا يتعين يثبت الخبث ولايثبت فى الدراهم اذا استفاد بها الربح الا الشبهة لانه اذا اشار اليها لم يتعين الا فى حكم جواز العقد لمعرفة القدر والنقد واذا نقد منها استفاد به سلامة المشترى واذا اشار فيما لا يتعين ولم ينقد استفاد بالاشارة جواز العقد لمعرفة القدر والنقد واذا نقد ولم يشر استفاد سلامة المشترى فاما ان تصير عينها عوضا فلا فثبت انه لا يثبت الا الشبهة وقد استوت الوجوه فى الشبهة فاستوت فى الخبث (وان غصب وغير) المغصوب (فزال اسمه) اى اسم المغصوب (واعظم منافعه ضمنه) الغاصب (وملكه بلا حل) للانتفاع به (قبل اداء بدله كذبح شاة وطبخها) اى كمن غصب شاة فذبحها وطبخها اوحنطة بطحنها اوزرعها (وجعل صفر) اى وكجعل نحاس (اناء) وحديد سيفا وقال مالك والشافعى لاينقطع حق المالك وبه قال احمد وابو يوسف رحمهما الله تعالى فى رواية وفى غاية البيان استقبح ان يجئ رجل مقدم الى كر حنطة لانسان فيطحنه ثم يهبه لابن له صغير ولايكون لرب الطعام على الدقيق سبيل قال واخالف ابا حنيفة رحمه الله تعالى فى هذا واجعله بالخيار ان شاء ضمنه مثل حنطته ودفع اليه الدقيق وان شاء اخذ ذلك الدقيق ولم يضمنه شيئا وكذلك ان وهبه الغاصب اوباعه اوتصدق به فان ذلك باطل ولرب الطعام ان يأخذه بعينه وكذلك لو غصب لحما فشواه اوطبخه قيد بتغيير الغاصب للمغصوب لانه لو تغير بنفسه كان صار العنب زبيبا فان المالك بالخيار ان شاء اخذه وان شاء ضمن الغاصب وقيد بزوال الاسم لان من غصب شاة وذبحها لم يزل اسم الشاة عنها اذيقال شاة مذبوحة فمالكها بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمتها وسلمها له وان شاء ضمنه نقصانها لان ذبحها استهلاك من وجه دون وجه فيتخير المالك وقيد باعظم المنافع لانه لو لم يكن الزائل اعظمها كخرق الثوب فاحشا اويسيرا فان ضمان المغصوب لا يتعين كما سيذكره المصنف ثم القياس وهو قول زفر ورواية ابى الليث عن ابى حنيفة رحمهم الله تعالى ان للغاصب الانتفاع بهذا المغصوب قبل اداء بدله لان ملكه حدث بكسبه والملك مبيح للتصرف ولهذا لو وهبه اوباعه صح ووجه الاستحسان ماروى ابو داود رحمه الله تعالى فى سننه فى اول البيوع عن عاصم بن كليب عن ابيه

(وان غصب شيئا وغيره فزال اسمه واعظم منافعه) اى الملك المغصوب منه (ضمنه) الغاصب (وملكه) لكن (بلاحل) الانتفاع له (قبل اداء البدل) اى المثل او القيمة (كذبح شاة وطبخها) احترز به عما اذا ذبحها ولم يطبخ فانه فات اعظم المقاصد وهو الدر والنسل ولكن لم يزل اسم الشاة لانه يقال شاة مذبوحة (اوجعل صفرا اناء) اى فان غصب صفرا فعمله اناء فلو ابى المالك عن اخذ القيمة واراد اخذ اللحم المطبوخ او الاناء لم يكن له ذلك لان ملكه قد زال وهذا كله عندنا وعند الشافعى وهو رواية عن ابى يوسف انه لم ينقطع حق المالك

عن

عن رجل من الانصار قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى جنازة فرايت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو على القبر يوصى الحافر اوسع من قبل رجليه اوسع من قبل رأسه فلما رجع استقبله داعى امرأة فجاء فجئ بالطعام فوضع يده ثم وضع القوم ايديهم فاكلوا ورسول الله صلى الله عليه وسلم يلوك لقمه فى فيه ثم قال انى اجد لحم شاة اخذت بغير اذن اهلها فقالت المرأة يارسول الله انى ارسلت الى البقيع ليشترى لى شاة فلم اجد فارسلت الى جارلى قد اشترى شاة ان يرسلها الى بثمنها فلم يوجد فارسلت الى امرأته فارسلت الى بها فقال صلى الله عليه وسلم اطعميه الاسارى فافاد هذا الامر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع المغاصب قبل الارضاء ولان فى اباحة الانتفاع قبل ارضاء المالك فتحا لباب الغصب فيحرم حسما لمادة الفساد والله رؤف بالعباد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك بجهة محظورة كما فى ملك الفاسد ولو ادى الغاصب المالك البدل ابيح له التناول لان حق المالك صار موفى بالبدل فتحقق بينهما مبادلة بالتراضى وكذا لو ابرأه لان حقه يسقط بالبراءة وكذا لو ضمنه المالك او الحاكم لوجود الرضاء منه لان الحاكم لا يضمنه الا بعد طلبه فكان راضيا به (بخلاف الحجرين) الذهب والفضة فان جعلهما اناء اودنانير اودراهم لايزيل ملك مالكهما عنهما (فهما للمالك بلاشئ) للغاصب عند ابى حنيفة ومالك والشافعى واحمد رحمهم الله تعالى وقال ابو يوسف ومحمد يملكهما الغاصب وعليه مثلهما (ولو خرق) الغاصب (ثوبا) خرقا فاحشا بان نقص ربع قيمته او ابطل عامة منفعته (وفوت بعض عينه اوبعض نفعه طرحه المالك عليه) اى على الغاصب (واخذ قيمته) لانه استهلكه من وجه (او اخذه) المالك (وضمن) الغاصب (نقصانه) لانه لم يخرج عن ان يكون صالحا لما كان صالحا له وانما تمكن النقصان فى قيمته فيضمن الغاصب ذلك النقصان (وفى الخرق اليسير) وهو مالا يفوت به شئ من المنفعة وانما يحصل به نقصان فى المالية بسبب الجودة (ضمن) الغاصب (مانقص) الثوب وكان الثوب لمالكه لان العين قائم من وجه وانما دخله عيب (ومن بنى فى ارض غيره اوغرس) فيها (امر بالقلع والرد) اى بقلع البناء والغرس ورد الارض لقوله صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق رواه ابو داود والترمذى والنسائى رحمهم الله تعالى وصححه فى المغرب بتنوين عرق اى الذى عرق ظالم وهو الذى

(بخلاف) ما اذا غصب (الحجرين) اى الذهب والفضة وضربهما دراهم اودنانير اوانية (فهما للمالك) ولم يزل ملكه عنهما (بلاشئ للغاصب) عند ابى حنيفة وقالا يملكهما الغاصب وعليه مثلهما لتبدل الاسم والمقصود بالصنعة وله ان اسم العين لم يتبدل لان اسم الذهب والفضة باق بعد الصنعة والمعنى الاصلى وهو الثمنية باق حتى يجرى فيهما الربوا (ولو خرق ثوبا) مغصوبا خرقا فاحشا (وفوت بعض العين او بعض نفعه) بان كان يصلح الثوب قبل الخرق للقباء وبعده لا يصلح له ويصلح للقميص مثلا وانما يفوت به بعض العين من حيث الظاهر اذ الظاهر ان الثوب اذا قطع يفوت من اجزائه شئ فصاحب الثوب بالخيار اما ان ضمن الغاصب و(طرحه) اى الثوب (المالك عليه) اى على الغاصب (واخذ كل قيمته) وكان الثوب للغاصب لانه مستهلك من وجه فانه لا يصلح لجميع ما كان صالحا قبله (او اخذه) اى الثوب (وضمن) الغاصب (نقصانه) لانه تعيب من وجه لكون الثوب قائما حقيقة (وفى الخرق اليسير) وهو لا يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان (ضمن) الغاصب (ما نقص) واخذ المالك ثوبه لان العين قائم من وجه (ومن بنى فى ارض غيره اوغرس) فيها (امر بالقلع والرد) على المالك وقيل له اقلع البناء والغرس وردها لانه جعل ارض غيره مشغولا فيؤمر بتفريغها كما لو شغل ظرف غيره بطعام

يغرس فى الارض غرسا على وجه الاغتصاب ووصف العرق بالظلم الذى هو صفة صاحبه مجاز قال الاكمل وقد روى بالاضافة اى ليس لعرق غاصبه ثبوت بل يؤمر بقلعه وفى الصحاح العرق الظالم ان يجئ الرجل الى ارض قد احياها غيره فيغرس فيها او يزرع يستوجب به الارض (وللمالك ان يضمن قيمة) البناء او الغرس فيضمن قيمة (بناء اوشجر امر بقلعه) اى قيمة مستحق للقلع لان حقه فى المقلوع بان يعتبر قيمة الارض بدون الشجر او البناء عشرة دنانير مثلا ومع الشجر او البناء المستحق قلعه خمسة عشرة فيضمن له خمسة دنانير (ان نقصت) الارض (به) اى بالقلع او النقض لان فى ذلك نظرا للجانبين ودفعا للضرر عنهما فيملكه صاحبها عليه بقيمته اويأمره برفعه ولاشئ له بنقص ارضه لرضاه به وان لم تنقص به يخير صاحب الشجر بين قلعه ودفعه اليه مما ذكرنا من قيمته ولو جلس على ثوب غيره فقام غير عالم بجلوسه عليه فانشق منه ضمن له نصف نقصه فى ظاهر الرواية وقيل كله كما لو شقه بجذ به من يد مالكه (وان حمر) غاصب الثوب اوصفره اولت غاصب السويق بسمن (ضمنه) مالك الثوب قيمة ثوب (ابيض) ومالك السويق مثل السويق وسلم الثوب المصبوغ والسويق الملتوت للغاصب (او اخذه وغرم مازاد الصبغ) والسمن وقال الشافعى واحمد لمالك الثوب ان يملكه ويأمر الغاصب بازالة الصبغ بالغسل بالقدر الممكن ويضمنه نقصان الثوب ان انتقص بذلك لانه متعد فى الصبغ والتمييز ممكن بخلاف السمن فى السويق لتعذر التمييز ولنا ان الصبغ مال متقوم كالثوب وغصب الغاصب لايسقط حرمة ماله فيجب صيانة مالهما ما امكن وذا بايصال معنى مال احدهما اليه وابقاء حق الآخر فى عين ماله كما قلنا والجواب فى اللت كالجواب فى الصبغ الا ان السويق والسمن من ذوات الامثال والثوب والصبغ من ذوات القيم ولو كان الثوب ينقص بالحمرة كان كانت قيمته بدونها ثلاثين درهما فصارت بها عشرين فعن محمد ينظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم من الغاصب لان صاحب الثوب استوجب عليه نقصان قيمة ثوبه عشرة دراهم واستوجب عليه الغاصب قيمة صبغه خمسة فالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقى وهى خمسة (وان سود) الغاصب الثوب (ضمنه) المالك قيمة ثوب (ابيض اواخذه ولاشئ للغاصب) فى مقابلة الصباغة عند ابى حنيفة وعندهما

(وللمالك) اى لمالك الارض (ان يضمن له قيمة بناء اوشجر امر بقلعه) لان حقه فى المقلوع (ان نقصت) الارض (به) اى بالقلع وان كان بلا رضاه لان البناء والغرس تبع الارض فمراعاة حق صاحب الارض اولى ومعرفة قيمته مامورا بقلعه ان تقوم الارض مع البناء او الشجر المامور مالكه بقلعه ثم تقوم وليس فيها هذا البناء والشجر ففضل ما بينهما هو قيمة البناء والشجر المامور مالكه بقلعه ثم قيمة المقلوع اكثر من قيمة المامور بقلعه لان مؤنة القلع صرفت من قيمة المقلوع دون القائم فازدادت قيمة المقلوع لذلك فان كانت قيمة الارض مائة وقيمة البناء والشجر المقلوع عشرة واجرة القلع درهم فبقى تسعة دراهم فالارض مع البناء او الشجر تقوم بمائة وتسعة فيضمن المالك التسعة (وان حمر الثوب) المغصوب فمالكه بالخيار انشاء (ضمنه) قيمة ثوب (ابيض) وسلم الثوب للغاصب (او اخذه وغرم مازاد الصبغ) فى الثوب لانه صاحب الاصل فله الخيار فى تلك الوصف وقال الشافعى رحمه الله تعالى مالكه ان يمسكه ويأمر الغاصب بازالة الصبغ عن ثوبه بالقدر الممكن ويضمن نقصان الثوب ان انتقص بذلك ثوبه (وان سود) الثوب (ضمنه) قيمة الثوب (ابيض او اخذه ولاشئ للغاصب) عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى لان السواد نقصان عنده وعندهما التسويد زيادة كالتحمير قيل هذا اختلاف عصر وزمان فابو حنيفة رحمه الله تعالى اجاب على ما شاهد فى زمانه من عادة بنى امية فانهم كانوا يمتنعون من لبس ثوب اسود وهما اجابا على ما شاهدا فى عصرهما من عادة بنى عباس بلبس الثياب السود

التسويد

التسويد كالتحمير وهذا الخلاف مبنى على ان السواد عنده نقصان وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف زمان فابو حنيفة اجاب على ما شاهد فى عصره من عادة بنى امية وهى عدم لبس السواد وهما اجابا على ماشاهدا فى عصرهما من عادة بنى العباس وهى لبس السواد وقيل ان كان المغصوب ثوبا ينقص السواد من قيمته فالجواب ماقال ابوحنيفة وان كان يزيد السواد فى قيمته فالجواب ماقالا وهذا تفصيل حسن لاينبغى العدول عنه (وان باع) الغاصب (اواعتق ثم ضمن) القيمة (نفذ البيع لا العتق) وبه قال احمد فى رواية لان الملك الناقص لا يكفى لثبوت العتق ويكفى لنفاذ البيع وقال مالك والشافعى واحمد فى رواية لاينفذ بيعه ولان عتقه كتصرفات الفضولى واعتاق المشترى من غاصب عبدا نافذ عند ابى حنيفة وابى يوسف باجازة المالك بيع الغاصب هكذا يرويه محمد عن ابى يوسف عن ابى حنيفة كما ذكره قاضيخان فى شرحه وقال ابوسليمان وكذا سمعنا من ابى يوسف رواية عن ابى حنيفة رحمه الله تعالى انه لا ينفذ عتقه ووجه الاستحسان ان هذا بيع فضولى فيكون موقوفا فباجازته ينفذ من حين العتق فينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه وكذا بتضمينه قيمته فى رواية وخالفنا زفر وابطل محمد اعتاق المشترى كمالك والشافعى وهو القياس لان هذا عتق ترتب على عتق توقف نفوذه لحق المالك فلا ينفذ بنفوذ العقد كما او حرره الغاصب وضمنه (وزوائد الغصب) اى المغصوب حال كونها (متصلة) كالسمن والجمال (اومنفصلة) كالولد وثمر البستان امانة فى يد الغاصب (لاتضمن ان هلكت الا بالتعدى) اى بتعدى الغاصب بانلافه اوبذبحه او اكله اوبيعه وتسليمه (اوالمنع) اى منع الغاصب (بعد الطلب) اى طلب المالك وبه قال مالك وقال الشافعى واحمد زوائد المغصوب مضمونة (وخمر المسلم) مبتدأ (وخنزيره) عطف سواء كان المتلف مسلما اوذميا لا يضمنان لانهما ليسا بمتقومين فى حق المسلم قيد بالمسلم لان خمر الذمى اوخنزيره يضمن وهو قول مالك سواء كان المتلف ذميا اومسلما الا ان المسلم لا يضمن الخمر بمثلها لانه لايملك تمليكها بل بقيمتها وقال الشافعى واحمد لايضمن خمر الذمى ولاخنزيره سواء كان المتلف مسلما اوذميا (ومنافع الغصب) اى المغصوب عطف آخر (لاتضمن) خبر المبتدأ والمعنى لاتكون منافعه مضمونة عندنا سواء كان استوفاها بالسكنى والركوب مثلا اوعطلها بان امسكها مدة ولم يستعملها ثم ردها وحكم الشافعى بضمانها (وان) غصب عبدا او (باع او اعتق ثم ضمن) للمالك قيمته (نفذ البيع لا العتق) والفرق ان الملك للغاصب فيه ناقص لثبوته بعد اداء الضمان مستندا الى زمان الغصب والثابت مستندا ثابت من وجه دون وجه والملك الناقص يكفى لجواز البيع لا العتق كملك المكاتب فانه يملك البيع ولا يملك العتق لنقصان ملكه (وزوائد المغصوب) سواء كانت (متصلة) كالسمن والجمال (اومنفصلة) كالولد والثمر والصوف واللبن (امانة) فى يد الغاصب (ولايضمن ان هلك) المذكور من الزوائد لانها ليست بمغصوبة لان الغصب ازالة يد المالك ويد ما كانت ثابتة على الزوائد حتى يزيلها الغاصب وقال الشافعى رحمه الله تعالى زوائد المغصوب مضمونة (الا بالتعدى) فيها بان اتلفها اوذبحها او اكل اوباع وسلم (او بالمنع) من مالكها (بعد الطلب) حتى لو منع ولد المغصوبة بعد الطلب يضمن لتحقق التفويت بقصديه عنه بالمنع (اذا اتلف (خمر المسلم او خنزيره لايضمن) لعدم تقويمهما وهذه المسئلة على اربعة اوجه اتلاف المسلم خمر المسلم او خنزيره واتلاف الذمى خمر المسلم او خنزيره واتلاف الذمى خمر الذمى اوخنزيره واتلاف المسلم خمر الذمى او خنزيره ففى الاوليين لاضمان على المتلف بالاجماع وفى الاخريين على المتلف الضمان عندنا خلافا للشافعى رحمه الله تعالى فعنده لاضمان على المتلف فى جميع الصور (وكذا منافع الغصب لايضمن) سواء استوفى الغاصب المنافع كما اذا سكن الدار المغصوبة او استعمل العبد المغصوب اوعطلها وعند الشافعى رحمه الله تعالى يضمنها سواء عطلها او استعملها وقال مالك ان استعملها يجب اجر المثل على الغاصب وان عطلها لاشئ عليه وفى الفتاوى السراجية اذا سكن دارا معدة للغلة من غير استيجار يجب الاجرة وعليه الفتوى

وكذلك مالك ايضا وصوبه ابن الحاجب وقال ابن القاسم لاتضمن ان عطلها وان استغل اواستعمل تضمن على المشهور عنه وروى الا فى العبيد والدواب وروى لاتضمن مطلقا وحجتنا فى ذلك حديث عمرو على رضى الله عنهما فانهما حكما فى ولد المغرور انه حر بالقيمة واوجبا على المغرور والجارية مع عقرها ولم يوجبا قيمة الخدمة مع علمهما ان المغرور كان يستخدمها ومع طلب المدعى بجميع حقه فلو كان ذلك واجبا لما حل السكوت فى بيانه وبيان العقر منهما لايكون بيانا لقيمة الخدمة لان المستوفى بالوطى فى حكم جزء من العين ولهذا يتقوم عند الشبهة بخلاف المنفعة والمعنى فيه ان المنفعة ليست بمال متقوم فلا يضمن بالاتلاف كالخمر والميتة واذا كان المغصوب وقفا اومال يتيم او معدا للاستغلال يضمن فى اختيار المتأخرين قالوه صونا لحقوق الضعفاء والمساكين عن اطماع الجائرين ولابدع فى اختلاف الاحكام باختلاف احوال الانام (بخلاف السكر) بفتحتين وهو النىء هو ماء الرطب اذا اشتد (و) بخلاف (المنصف) وهو ما اذا ذهب نصفه بالطبخ من ماء العنب (و) بخلاف (المعزف) بكسر الميم وفتح الزاى وهو آلة اللهو كالطنبور والمزمار فانها تضمن بالاتلاف عند ابى حنيفة ويجوز بيعها وقالا لاتضمن ولا يجوز بيعها وهو قول مالك واحمد وعند الشافعى فيه تفصيل ثم قيل الخلاف فى الدف والطبل اللذين يضربان للهو واما طبل الغزاة والدف الذى يباح ضربه للعرس فانهما يضمنان بالاتلاف بلاخلاف لهما ان هذه الاشياء معدة للمعصية فبطل تقومها كالخمر وان اتلافها امر الشارع به لقوله صلى الله عليه وسلم من رأى منكم منكرا فليغيره بيده وانكارها باليد اتلافها وهو لو اتلفها بامر اولى الامر لايضمن فبامر الشارع اولى ولابى حنيفة رحمه الله تعالى انه اتلف مالا ينتفع به من وجه سوى اللهو ولاتبطل قيمته لاجل اللهو كالامة المغنية (فتجب قيمته) اى قيمة كل واحد من السكر والمنصف والمعزف (لاللهو) كما فى الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل فانه تجب قيمتها غير صالحة لهذه الامور فى الجامع الصغير لصدر الاسلام الفتوى فى عدم الضمان على قولهما لكثرة الفساد بين الناس حتى ذكر الصدر الشهيد ان البيت يهدم على من اعتاد الفسق وانواع الفساد وانه لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين وباراقة العصير قبل ان يشتد على من اعتاد الفسق (ومن حل قيد عبد) لغيره (اوفتح قفص طائر) لغيره فذهب ذلك العبد اوالطائر

(بخلاف) ما اذا اراق (السكر) بفتحتين هوالنى من عصير الرطب اذا اشتد وهو فى الاصل مصدر فانه يضمن ويجب قيمة السكر لا المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه لانه حرام (والمنصف) وهو من ماء العنب اذا طبخ حتى ذهب نصفه وبقى نصفه وغلا واشتد وهو مضمون بالقيمة ايض لما ذكرنا (و) بخلاف كسر (المعزف وهو آلة اللهو كالطنبور والمزمار ونحوهما وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وعندهما لايضمن وقيل الفتوى على قولهما فى عدم الضمان لكثرة الفساد فيما بين الناس (فيجب) ويضمن (قيمته) لكن (لاللهو) ففى الطنبور يضمن وتجب قيمة الخشب المنحوت وكذا فى المزمار والامة المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى فانه يجب القيمة فيها غير صالحة لهذه الامور (ومن حل) قيد عبد) لغيره فابق العبد (اوفتح) باب (قفص طائر) فطار اوباب اصطبل فخرجت الدابة وضلت

عقيب ذلك الفعل (لايضمن) عند ابى حنيفة وابى يوسف وبه قال الشافعى فى قول وقال فى قول آخر يضمن وهو قول مالك واحمد وعن محمد يضمن فى الطائر سواء طار من فوره مكث ساعة ثم طار لان الطائر مجبول على النفار ولهما انه توسط فعل فاعل مختار وهو العبد والطائر قيدنا بالذهاب عقيب الفتح لانه لو مكث ساعة ثم ذهب لا يضمن عندنا وعند الشافعى خلافا لمحمد فى رواية ولمالك واحمد (ومن سعى) برجل الى سلطان (بغير حق اوقال مع حاكم) صفته انه (يغرم) على سبيل الاحتمال (انه وجد مالا) هذه الجملة مقول قال والضمير المنصوب فى انه عائد الى المقول عنه المفهوم من الكلام (فغرمه) اى غرم ذلك الحاكم المقول عنه (يضمن) ذلك الساعى والقائل زجر له وهذا عند محمد وعليه الفتوى وقال ابو حنيفة وابو يوسف لايضمن لانه توسط فعل فاعل مختار وهو السلطان والحاكم والله تعالى اعلم*

كتاب الرهن

(هو) لغة حبس الشىء اى شىء كان باى سبب كان قال الله تعالى (كل نفس بما كسبت رهينة) وشرعا (حبس مال متقوم بحق يمكن اخذه منه) اى استيفاء الحق من المرهون (كالدين) فانه يمكن اخذه من المرهون بان يباع بخلاف العين لان الصورة مطلوبة فيها ولايمكن تحصيلها من شىء آخر والاصل فى مشروعية الرهن قوله تعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة) قراءة الجمهور بكسر الراء جمع رهن بفتحها كعباد جمع عبد وقرأ ابن كثير وابو عمرو فرهن بضم الراء والهاء على انه جمع رهن كسقف فى جمع سقف اوجمع رهان وهو جمع رهن وهذا امر بصيغة الخبر معطوف على قوله فاكتبوها اوعلى قوله واشهدوا اذا تبايعتم وادنى مايثبت بصيغة الامر الجواز وما اخرجه الشيخان عن الاسود عن عائشة ان النبى صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاما الى اجل ورهنه درعه من حديد وما اخرجه الترمذى وقال حديث حسن صحيح والنسائى وابن ماجه عن عكرمة عن ابن عباس قال قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم وان درعه مرهون عند رجل يهودى على ثلاثين صاعا من شعير اخذه لعياله ومارواه ابو داود وقال هو عندنا صحيح انه صلى الله عليه وسلم قال لبن الدر يحلب بنفقته اذا كان مرهونا والظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا اوعلى الذى يحلب ويركب النفقة واجماع الامة فانهم من لدن زمنه صلى

(لايضمن) لانه اعترض على الحل والفتح الاباق والطيران او الخروج وهو فعل فاعل مختار فلم يضف التلف الى الحل والفتح وقال محمد رحمه الله تعالى يضمن (ومن) سعى بغير حق) مثل ان ياتى بكلام كذب يكون ذلك سببا لاخذ المال فتلف به مال يضمن الساعى وهذا عند محمد وبه يفتى وعند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وابى يوسف لايضمن الساعى اما اذا كانت السعاية بحق بان كان يؤذيه ولايمكن دفع الاذى الا بالسعاية او كان فاسقا لا يمتنع بالامر المعروف لايضمن الساعى (اوقال مع حاكم يغرم) البتة (انه وجد مالا فغرم يضمن) اما اذا كان الحاكم عادلا لايغرم اوقد يغرم وقد لايغرم فلا يضمن والله اعلم بالصواب

كتاب الرهن

هو فى اللغة جعل الشىء محبوسا اى شىء كان باى سبب كان والتركيب دال على الثبات والدوام يقال رهنت الرجل الشىء ورهنته عنده والرهن المرهون تسمية للمفعول بالمصدر والجمع رهون ورهان ورهن والرهين والرهينة الرهن وفى الشريعة (حبس مال متقوم بحق يمكن اخذه منه) اى اخذ الحق من هذا المال (كالدين) فلا يصح الرهن الابدين واجب ظاهرا وباطنا اوظاهرا ويمكن اخذ الدين من المرهون بان يباع المرهون بخلاف العين كالامانات فان الرهن بها لايصح لانه لايمكن اخذها من الرهن فان الصورة مطلوبة فيها ولايمكن اخذ الصورة من المرهون

(وينعقد بايجاب) مثل ان يكون رهنتك هذا الشيء بالدين الذى لك على (وقبول) وقيل الركن مجرد الايجاب والقبول شرطه والظاهر ان القبول ايضا ركن لان من حلف لايرهن لايحنث بدون القبول ولكن لا يلزم الرهن بالايجاب والقبول فللراهن ان يرجع عن العقد وان لايسلم المرهون الى المرتهن بل يلزم ان سلم الراهن وقبض المرتهن لقوله تعالى فرهان مقبوضة وقال بعض اصحابنا رحمه الله تعالى القبض شرط الجواز وقال مالك رحمه الله تعالى يلزم الرهن بالايجاب والقبول (محوزا) مقسوما احتراز عن رهن المشاع فانه لايصح عندنا (مفرغا عن ملك الراهن اى غير مشغول بحقه احتراز عن رهن دار فيها متاع الراهن بدون المتاع وعن رهن الارض بدون النخل (متميزا) اى ان لم يكن الرهن متصلا بغيره اتصال خلقة كما لو رهن الثمر على الشجر بدون الشجر فالتفريغ يتعلق بالمحل فيجب فراغه عما ليس بمرهون حال فيه مجاورة كالمتاع فى البيت او خلقة كالثمر على الشجر والتمييز يتعلق بالحال فى المحل فيجب انفصاله عما ليس بمرهون من المحل الذى اتصل به الحال خلقة اما لو كان اتصاله بالمحل بالمجاورة كالمتاع فى البيت يصح رهنه ويلزم بالقبض (والتخلية) بين الرهن والمرتهن بان يضعه الراهن فى موضع يتمكن المرتهن من اخذه (تسليم) فى ظاهر الرواية عن ابى يوسف رحمه الله تعالى ان التسليم لايثبت فى المنقول الا بالنقل والاول اصح (كما) ان التخلية تسليم (فى البيع) لان حقيقة الاستيفاء يثبت بالتخلية (و) اذا قبض المرتهن المرهون (ضمن) وقال الشافعى هو امانة ولايسقط شيء من الدين بهلاكه وبه قال مالك (باقل) اى بالاقل كائنا من (قيمته) اى قيمة المرهون تارة (ومن الدين) اخرى فمن بيانية لاتفضيلية (فلو هلك وهما) اى الدين والقيمة سواء (سقط دينه) وصار المرتهن مستوفيا لدينه

الله عليه وسلم الى الان يرهنون ويرتهنون من غير منكر ولامخالف ثم الرهن جائز فى السفر والحضر وحكى صاحب الكشاف عن مجاهد والضحاك انهما لم يجوزاه الا فى السفر اخذا بظاهر الاية ولنا ماخرجه البخارى فى البيوع عن قتادة عن انس انه قال ولقد رهن رسول الله صلى الله عليه وسلم درعه بالمدينة عند يهودى واخذ منه شعيرا لاهله ولان كل عقد جاز فى السفر جاز فى الحضر اصله البيع وانما خص السفر فى الاية بالذكر لان الغالب ان الانسان لايتمكن فيه من الكتابة والاشهاد فيستوثق بالرهن بخلاف الحضر (وينعقد) اى الرهن (بايجاب وقبول) لانه عقد فلا بد فيه منهما كغيره من العقود وعليه عامة المشايخ وقيل الركن مجرد الايجاب والقبول شرط واما القبض فقال بعض اصحابنا شرط الجواز والجمهور على انه شرط اللزوم ولذا قال (ويلزم) اى ويتم عقد الرهن بالقبض وهو معنى قوله (ان سلم) المرهون الى المرتهن فالضمير فى يلزم عائد الى الرهن بمعنى العقد المخصوص وفى سلم عائد اليه بمعنى المرهون هذا ان كان بصيغة المجهول وان كان بصيغة الفاعل فالضمير فيه للراهن وقال مالك يلزم الرهن بنفس العقد كالبيع ولنا انه تعالى وصف الرهن بانها مقبوضة والنكرة اذا وصفت عمت فتقتضى الآية ان كل رهن مشروع هو بهذه الصفة ولان المصدر اذا ذكر بحرف الفاء فى موضع الجزاء يراد به الامر كقوله تعالى (فضرب الرقاب) فكان هذا الامر بهذه الصفة فينتفى جوازه بدونها (محوزا) اى مقسوما واحترز به عن رهن مشاع فانه لايجوز عندنا خلافا لمالك والشافعى وسيأتى (مفرغا) عن الراهن ومتاعه واحترز به عن المشغول باحدهما فلو رهن دارا وسلمها وهو اومتاعه فيها لا يلزم عقد الرهن حتى يسلمها ثانيا بعد خروجه اومتاعه عنها (مميزا) اى غير متصل بغيره اتصال خلقة واحترز به عن رهن الثمر على الشجر دون الشجر لان المرهون اذا اتصل بغير المرهون اتصال خلقة صار كالمشاع (والتخلية) مبتدأ اى تخلية الراهن بين المرهون والمرتهن فى الرهن برفع الموانع عن القبض (تسليم) للمرهون لان القبض فى الرهن بحكم عقد مشروع فيكفى فيه التخلية (كما فى) قبض (البيع) فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف واحمد ان التسليم فى المنقول لا يكون الا بالنقل (وضمن) المرتهن الرهن (باقل من قيمته ومن الدين) من فيهما لبيان الاقل ولو قال بالاقل من قيمته ومن الدين لكان افضل فتأمل فانه موضع الزلل (فلو هلك وهما سواء سقط دينه)

لانه صار مستوفيا له حكما (وان كان قيمته اكثر) من الدين (فالفضل) على الدين (امانة وفى) مالو كان قيمته (اقل) من الدين (سقط من دينه بقدره) لان الاستيفاء بقدر المالية (ورجع المرتهن بالفضل) وعند الشافعى واحمد الرهن كله امانة فى يد المرتهن لايسقط شئ من الدين بهلاكه لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث رواه الدارقطنى لايغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه ورواه ابن حبان فى صحيحه والحاكم فى مستدركه وصححه واخرجه ابوداود فى مراسيله عن سعيد ابن المسيب عن النبى صلى الله عليه وسلم قال وقوله غنمه وعليه غرمه من كلام سعيد نقل عنه الزهرى وقال هذا هو الصحيح ويؤيده ما رواه عبد الرزاق فى مصنفه عن ابن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لايغلق الرهن ممن رهنه وادعى الزهرى ان معنى لا يغلق الرهن بالمعجمة لايصير الرهن مضمونا بالدين ومعنى له غنمه للراهن الزائد ومعنى عليه غرمه اى على الراهن هلاكه وعند مالك ان تلف بامر ظاهر كموت وحريق امانة والا لا وكذا ان كان الرهن من الاموال الظاهرة كالحيوان والعقار يكون امانة لعدم التهمة عند دعوى الهلاك غالبا وان كان من الاموال الباطنة كالنقدين والحلى والعروض يكون مضمونا بتمام قيمته للتهمة وقال زفر الرهن مضمون بقيمته اى بتمامها مطلقا فلو رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن سقط دينه وان كانت قيمة الثوب خمسة رجع المرتهن على الراهن بخمسة وان كانت قيمته خمسة عشر فالفضل امانة عندنا وعند زفر يرجع الراهن على المرتهن بخمسة له ما روى عبد الرزاق وابن ابى شيبة فى مصنفيهما عن على انه قال الراهن والمرتهن يترادان الفضل بينهما فى الرهن وما روى البيهقى عن على اذا كان الرهن افضل من القرض او كان القرض افضل من الرهن ثم هلك يردان الفضل ولنا ما اخرج البيهقى عن عمر انه قال فى الرجل يرتهن الرهن ويضيع ان كان اقل مما فيه رد عليه تمام حقه وان كان اكثر فهو امين وما روى ابن ابى شيبة عن محمد بن الحنفية عن على انه قال اذا كان الرهن اكثر مما رهن به فهلك فهو بما فيه لانه امين فى الفضل واذا كان اقل مما رهن به فهلك رد الراهن الفضل وماروى ايضا عن عمر انه قال اذا كان الرهن اكثر مما رهن به فهو امين فى الفضل واذا كان اقل رد عليه وما روى ايضا عن محمد بن الحنفية عن على قال اذا كان اقل رد الفضل وان كان اكثر

(وانكانت قيمته اكثر) من دينه (فالفضل امانة) وبقدر الدين صار المرتهن مستوفيا لدينه (وفى اقل) اى ان كانت قيمة الرهن اقل من الدين (سقط من دينه بقدره) اى بقدر الرهن (ويرجع المرتهن) على الراهن (بالفضل) بيانه اذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن سقط دينه وانكانت قيمته خمسة عشر فالفضل امانة عندنا وعند زفر رحمه الله تعالى يرجع الراهن على المرتهن بخمسة لان الرهن عنده مضمون بالقيمة

فهو بما فيه وما روى ابو داود فى مراسيله وابن ابى شيبة فى مصنفه عن ابن المبارك عن معمر عن ثابت قال سمعت عطاء يحدث ان رجلا رهن رجلا فرسا فنفق فى يده فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للمرتهن ذهب حقك ولا يجوز ان يقال ذهب حقك فى الحبس لان هذا مما لا يشكل وفى مراسيله ايضا عن على بن سهل الرملى حدثنا الوليد حدثنا الاوزاعى عن عطاء عن النبى صلى الله عليه وسلم قال الرهن بما فيه قال ابن القطان مرسل صحيح وما فى آثار الطحاوى بسند صحيح عن ابى الزناد قال ادركت من فقهائنا الذين ينتهى الى اقوالهم منهم سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وابوبكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد وعبيد الله فى مشيخة سواهم من نظر ائمهم اهل فقه قالوا الرهن بما فيه اذا هلك وعميت قيمته ويرفع ذلك منهم الثقة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يفهم احد من قوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن نفى الضمان على المرتهن وذكر الكرخي عن السلف كطاوس وابراهيم وغيرهما انهم اتفقوا ان المراد به لا يحبس الرهن عند المرتهن احتباسا لا يمكن فكاكه بان يصير مملوكا للمرتهن واجيب عما رووه ان المراد بالتراد الذى اخذ به زفر التراد حالة البيع اى اذا باع المرتهن الرهن يرد مازاد على الدين فان كان الدين زائدا يرد الراهن وعن ابى يوسف ان معنى الحديث الذى رواه الدارقطنى ان الفضل فى قيمة الرهن لربه ولا يكون مضمونا ولا يغلق وان كان فيه نقصان رجع المرتهن بالفضل واما معنى لا يغلق الرهن فقال ابن الاثير يقال غلق الرهن يغلق غلوقا اذا بقى فى يد المرتهن لا يقدر راهنه على تخليصه ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن بما فيه انه لا يستحقه المرتهن اذا لم يستفكه صاحبه وكان هذا من فعل الجاهلية ان الراهن اذا لم يؤد ما عليه فى الوقت المعين ملك المرتهن الرهن فابطله الشرع ذكره الزهرى

(ويحفظ) المرتهن الرهن (كالوديعة) فيحفظه بنفسه وزوجته وولده وخادمه على ماتقدم (وان تعدى) المرتهن على الرهن (ضمن) جميع قيمته (كالغصب) فعليه رد مازاد على الدين لان الزيادة على قدر الدين امانة فى يده والامانات تضمن بالتعدى (ولا يصح فيهما) اى الرهن والوديعة (رهن واجارة واعارة وايداع) اما الاجارة والاعارة فلان كلا من المرتهن والمودع ليس له الانتفاع بالرهن والوديعة فليس له تسليط غيره على ذلك

(ويحفظ) الرهن (كالوديعة) اى للمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه واجيره مساناة او مشاهرة لان عينه امانة عنده والحفظ يكون بهؤلاء فيملك الدفع اليهم كما فى الوديعة (وان تعدى) المرتهن فى الرهن فهلك (ضمن) جميع قيمته (كالغصب) لان الزيادة على قدر الدين امانة والامانة تضمن بالتعدى (ولا يصح) (فيهما) اى فى الوديعة والرهن (رهن واجارة واعارة وايداع)

واما الرهن والوديعة فلان كلامن الراهن والمودع رضى بيد المرتهن والمودع دون غيره (و) لا يصح (فى الموجر الاول) وهو الرهن لان المستاجر لا يملك عين الموجر فلا يملك تسليط غيره بالاستيفاء منه (و) لا يصح (فى المعار الاولان) وهما الرهن والاجارة لانهما لازمان والاعارة غير لازمة بل للمعير ان يرجع فيها متى شاء (ولا يبطل الرهن لوفعل) المرتهن شيئا من هذه الامور الاربعة التى ذكرانهالا تصح فى الرهن والوديعة لانها تصرف من المرتهن والرهن لا يبطل بتصرفه (لكن يضمن) الرهن (كمامر) لحصول التعدى فيه من المرتهن (وجعل الخاتم فى الخنصر) اليمنى اواليسرى (تعد) لانه يستعمل كذلك عادة والمرتهن غير مأذون له فى الاستعمال ولو كان متضمنا للحفظ اذ هو ماذون بمجرد الحفظ (و) جعل الخاتم (فى اصبع اخرى) غير الخنصر (حفظ) من الرجل لانه لايلبس كذلك عادة فكان ذلك من الحفظ دون الاستعمال والمراد بعدم الضمان فيما يعد حفظا لا استعمالا ان لا يضمن ضمان الغصب لا ان لايضمن اصلا لان الرهن مضمون بالدين فيسقط بهلاكه الاقل من قيمته ومن الدين ولو قال المشترى للبائع امسك هذا الثوب حتى اوفيك الثمن يكون رهنا عندنا كامسكه بدينك او امسكه بمالك لان هذا كلام يؤدى معنى الرهن وهو الحبس الدائم الى وقت الفكاك والعبرة فى العقود للمعانى وان اختلفت المبانى وجعله ابو يوسف وزفر امانة كمالك والشافعى لان قوله امسك يحتمل الرهن والايداع والايداع اقل الامرين فيحمل عليه بخلاف امسك بدينك لتعين جهة الرهن حيث قابله الدين (واذا طلب) المرتهن من الراهن (دينه امر) المرتهن (باحضار رهنه) اولا لان قبض الرهن استيفاء فلو امر الراهن بقضاء الدين قبل احضار المرتهن الرهن ربما هلك بعد ذلك اوكان هالكا قبل ذلك فيصير المرتهن مستوفيا دينه مرتين (الا اذا) كان الرهن (وضع عند عدل) وغاب ذلك العدل ولم يدر اين هواو كان العدل اودع الرهن عند من فى عياله وغاب العدل وطلب المرتهن دينه والذى عنده الرهن يقول اودعنى فلان ولا ادرى لمن هو فان الراهن حينئذ يجبر على قضاء الدين ولا يكلف المرتهن باحضار الرهن ولا يؤخر قضاء الدين الى احضاره ولا يتراخى قبض الدين بسببه (فيسلم) الراهن المرتهن بعد احضار المرتهن الرهن (كل دينه) لتعين حقه كما تعين حق الراهن باحضار الرهن تحقيقا للتسوية (ثم) يسلم المرتهن للراهن (رهنه)

(و) لايصح (فى الموجر الاول) اى الرهن ويصح الاجارة والاعارة والايداع (و) لايصح فى (المعار الاولان) اى الرهن والاجارة ويصح الاعارة والايداع وقد نظم المص بالفارسى هذه المسائل

موجر از رهن فقط ميداردور *
عاريت را موجرو مرهون مكن *
رهن ومودع قابل هر چار نيست *
بشنواز صدر شريعت اين سخن *
يادگير اين نظم را ميخوان مدام *
نيست كسرا اندرين معنى سخن *

(ولا يبطل الرهن لو فعل) شيئا من المذكورات من الرهن والاجارة والاعارة والايداع لان هذا تعدى المرتهن والرهن لايبطل بالتعدى (لكن يضمن) الرهن المرتهن لو فعل المذكورات (كمامر) من قوله وان تعدى ضمن كالغصب (وجعل الخاتم فى خنصره تعد) فيكون ضامنا لانه مامور بالحفظ لا بالاستعمال واليمنى واليسرى فى ذلك سواء لان الناس يختلفون فيه تجملا (و) جعله (فى (اصبع اخرى) غير الخنصر (حفظ) وليس بتعد واستعمال لان الخاتم لايستعمل كذلك عادة (واذا طلب) المرتهن (دينه) من الراهن (امر) المرتهن (باحضار رهنه) لان قبض الرهن قبض استيفاء فلو امر بقضاء الدين قبل احضار الرهن يحتمل ان يهلك الرهن فيصير المرتهن مستوفيا لدينه مرتين (الا اذا وضع) الرهن (عند عدل) فح لايؤمر ولايكلف المرتهن باحضار الرهن لان الراهن لم يرض بيد المرتهن فلا يلزم احضار ماليس فى يده واذا احضر المرتهن الرهن (فيسلم) اولا كل (دينه) حتى يتعين حقه كما تعين حق الراهن للتسوية (ثم) يسلم (رهنه) كما فى تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا

كما فى المبيع والثمن فان البائع يحضر المبيع ثم المشترى يسلم الثمن اولا وكذا يؤمر المرتهن باحضار الرهن اولا (ان طلب) دينه (فى غير بلد العقد ان لم يكن للرهن مؤنة حمل) لان الامكنة فيما لامؤنة فيه سواء واما اذا كان له مؤنة لم يكلف المرتهن احضار الرهن لان عين الرهن امانة عنده فلا يكون عليه الرد بل يكون عليه التسليم بمعنى التخلية وليس النقل من بلد الى بلد آخر من التسليم فى شئ فصار ساقطا عنه بحكم العقد فلا يصير عذرا فى تأخير الدين ولكن يحلف المرتهن بالله ما هلك الرهن ان طلب الراهن الحلف لانه غائب فيحتمل الهلاك فيبطل الدين فاذا حلف اعطاه دينه ولا يلزم المرتهن تمكين الراهن من بيع الرهن لايفاء الدين من ثمنه لان حكم الرهن الحبس الدائم الى ان يقضيه دينه (وعليه) اى على المرتهن (مؤن حفظه) اى حفظ الرهن كاجرة البيت الذى فيه الرهن فى ظاهر الرواية وكذا اجرة حافظ لان الامساك حقه والحفظ واجب عليه فيكون عليه مؤنته (وعلى الراهن مؤن تبقيته) بضم الميم وفتحها جمع مؤنة وذلك سواء كان فى الرهن فضل اولم يكن لان الرهن باق على ملكه فيكون ما يبقيه عليه لانه مؤنة ملكه كما فى الوديعة وهذا كنفقة مأكله ومشربه وكسوة الرقيق واجرة راعيه وسقى البستان وكرى النهر وتلقيح نخيله وجذاذه ذلك حتى تجهيزه بعد الموت ودفنه (و) اما (جعل الآبق) لراده (و) ثمن (مداواة الجرح) ومعالجة المرض وفداء ارش جناية الرهن فهو (منقسم على المضمون والامانة) فما هو حصة المضمون فعلى المرتهن وما هو حصة الامانة فعلى الراهن ونمنع نحن ومالك تصرف الراهن فى الرهن ولو كان بلا ضرر يحصل فيه كسكنى الدار وركوب الدابة الا باذن المرتهن كما لا يجوز للمرتهن ان ينتفع به بدون اذنه اتفاقا واجاز الشافعى انتفاع الراهن بالرهن ان لم يضر بالمرتهن ولو اكل المرتهن نماءه كاللبن والثمر والولد باذن من الراهن لم يسقط شئ من دين المرتهن لانه اتلفه باذن مالكه ويرجع بحصة النماء ان هلك الاصل عنده فيقسم الدين على قيمة النماء الذى اكله وعلى قيمة الاصل فما اصاب النماء منه اخذه المرتهن من الراهن لانه تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كانه اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون للمرتهن حصة من الدين والله تعالى اعلم *

فصل

(لايصح رهن مشاع) سواء كان فيما يقسم اوفيما لايقسم وسواء رهنه الراهن

وكذا امر المرتهن باحضار رهنه (ان طلب) المرتهن دينه (فى غير بلد) وقع (العقد) فيه (ان لم يكن للرهن مؤنة حمل) لان الاماكن كلها كمكان العقد فيما لامؤنة له وانكان له مؤنة حمل يأخذ المرتهن دينه ولا يكلف ولا يؤمر باحضار الرهن لان المرتهن عاجز عن الاحضار والتسليم غير واجب عليه فى بلد لم يجعل العقد فيه ولكن يحلف المرتهن بالله ماهلك الرهن ان طلب الراهن ذلك لان الرهن غائب فيحتمل هلاكه وعلى اعتبار هلاكه لايجب قضاء الدين فان حلف المرتهن قضى الدين (ويجب عليه) اى على المرتهن (مؤنة حفظه) اى حفظ الرهن وذلك مثل اجرة الحافظ واجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن وهذا لان المرتهن فى الحفظ عامل لنفسه لانه يقصد به صيانة حقه عن التوى بالجحود وانزجار الراهن ليتسارع الى قضاء الدين وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى ان كراء الماوى على الراهن (و) يجب (على الراهن مؤنة تبقيته) مثل نفقة الرهن وكسوته واجرة ظئر ولد الرهن وسقى البستان وتلقيح نخله وجزازه والقيام بمصالحه وجعل العبد الآبق على المرتهن اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء واذا كانت قيمة الرهن اكثر فجعل الآبق منقسم على المرتهن والرهن فعلى المرتهن بقدر الدين المضمون وعلى الراهن بقدر الامانة (و) كذا (مداواة الجروح) والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجنايات (منقسم على قدر المضمون) من الرهن (والامانة) فما هو مضمون فعلى المرتهن وما هو امانة على الراهن والخراج على الراهن خاصة

*فصل (لايصح رهن مشاع) فيما يقسم وفيما لايقسم سواء كان من الشريك او من الاجنبى وسواء كان الشيوع طاريا او مقارنا بان رهن جميع العين ثم تفاسخا العقد فى النصف ورده المرتهن وهو الصحيح وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى ان الشيوع الطارى لايمنع بقاء حكم الرهن وقال الشافعى رحمه الله تعالى يجوز رهن المشاع

من شريكه اوغيره وسلمه كله اليه وعند مالك والشافعى صحيح (و) لايصح رهن (ثمر على نخل دونه) اى دون النخل (و) لارهن (زرع ارض او) رهن (نخلها) اى نخل ارض (دونها) اى دون الارض لان المرهون متصل بما ليس برهون اتصال خلقة فكان بمنزلة المشاع وكذا لايجوز رهن ارض دون نخلها او دون زرعها ولا رهن نخل دون ثمره اذ لا يمكن قبض المرهون وحده فصار كالمشاع (و) لايصح رهن (الحر وفروعه) اى المدبر وام الولد والمكاتب لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء وهو لايتصور من هذه الاعيان لقيام المنع (ولا) يصح الرهن (بالامانات) كالودائع والعوارى ومال المضاربة ومال الشركة لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن وحق صاحب الامانة فى العين مقصور عليه واستيفاء العين فى عين اخرى غير ممكن وحاصله ان الرهن لابد فيه من الضمان ليقع مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه ولاضمان فى الامانات (و) لا (المبيع فى يد البائع) لانه ليس بمضمون بمثل ولا بقيمة لكن يسقط بهلاكه الثمن الذى هو حق البائع ويسمى هذا مضمونا بغيره (و) لا (القصاص) سواء كان فى نفس اوفيما دونها لتعذر الاستيفاء من الرهن (وصح) الرهن (بعين مضمونة) عند الهلاك (بالمثل) ان كانت مثلية او بالقيمة) ان كانت قيمية ويسمى هذا مضمونا بنفسه وذلك كالمغصوب والمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد لان واحدا من هذه الاشياء ان كان باقيا وجب تسليمه وان كان هالكا وجب مثله اوقيمته فكان الرهن بها رهنا بما هو مضمون فيصح عندنا وعند مالك ولم يجزه الشافعى الا بدين لازم لعدم امكان استيفاء العين من المرهون (و) صح الرهن (بالدين ولو موعودا بان رهن) رهنا (ليقرضه كذا فهلكه) بالرفع مبتدأ اى فهلاك الرهن وصفته (فى يد المرتهن) قبل ان يقرضه (عليه) خبره اى على المرتهن (بما وعد) به ان كان مساويا لقيمة الرهن او اقل واما اذا كان اكثر فلايكون مضمونا بالدين بل بالقيمة وصورته ان يقول رهنتك هذا لتقرضنى الف درهم فقبض الواعد الرهن وهلك فى يده قبل ان يقرضه الفا فانه يهلك مضمونا على المرتهن حتى يجب عليه تسليم الالف الى الراهن بعد هلاكه لان الموعود جعل هنا كالموجود باعتبار الحاجة فكان حاصلا بعد القرض حكما اذا الظاهر ان المخلف لايجرى فى الوعد فكان مفضيا الى الوجود غالبا بخلاف الرهن بالدرك وهو ان يأخذ المشترى من البائع رهنا بالثمن خوفا من استحقاق المبيع فانه

(ولا) رهن (ثمر على النخل دونه) اى دون النخل (و) لا رهن (زرع الارض او نخلها) اى نخل الارض (دونها) اى دون الارض لان المرهون متصل بما ليس برهون خلقة فكان بمنزلة الشائع وكذا لايصح لو رهن الارض دون النخل والزرع او رهن النخل دون الثمر وروى الحسن رحمه الله تعالى عن ابى حنيفة رحمه الله تعالى ان رهن الارض بدون الاشجار يصح لان اسم الشجر يقع على النابت على الارض ولهذا يسمى بعد القطع جذعا لاشجرا فكان استثناء للمنبت فكان رهنا لما سوى المنبت من الارض فكان ذلك جائزا (ولايصح رهن الحر وفروعه) كالمكاتب والمدبر وام الولد (ولا بالامانات) اى لايصح الرهن بمقابلتها كالوديعة والعارية ومال المضاربة ومال الشركة لان القبض فى باب الرهن قبض مضمون على القابض بقدر الدين وليس فى الامانات ضمان (والمبيع فى يد البائع) فان من باع شيئا ولم يسلمه الى المشترى فرهن به شيئا لايصح لانه اذا هلك ذلك الشىء ينفسخ البيع ويسقط الثمن (والقصاص) اى اذا وجب عليه القصاص فى النفس او ما دونها فرهن شيئا كيلا يمتنع من القصاص لا يصح وان كانت الجناية خطأ صح الرهن لان الواجب حينئذ هو الارش واستيفاءه ممكن من الرهن (وصح الرهن بعين مضمونة) عند الهلاك بالمثل ان كان مثليا (او بالقيمة) ان لم يكن مثليا كالمغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد فيصح الرهن بهذه الاشياء لانها مضمونة فان كانت قائمة وجب تسليمها وان كانت هالكة وجب تسليم مثلها ان كانت لها مثل وقيمتها ان لم يكن لها مثل (وصح) الرهن (بالدين) ولو كان (موعودا) وذلك (بان رهن شيئا ليقرضه) كذا) درهما (فهلكه) اى الرهن (فى يد المرتهن عليه) اى على المرتهن بما وعد اقراضه اى ان هلك الرهن فى يد المرتهن قبل اداء القرض الموعود فللراهن على المرتهن المقدار الذى وعد ان يقرضه وهذا اذا كان الدين الموعود متساويا بقيمة الرهن او اقل منه اما اذا كان الدين الموعود اكثر من قيمة الرهن يجب على المرتهن الدفع بمقدار قيمة الرهن ولم يذكر هذا القسم لان الظاهر ان الدين لا يكون اكثر من قيمة الرهن

باطل اذ الظاهر ان البائع يبيع مال نفسه (و) صح الرهن (برأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه) خلافا لزفر (فان هلك) الرهن المذكور (فى المجلس) اى مجلس العقد (فقد اخذ) اى تم العقد واخذ المرتهن الرهن المذكور يعنى فصار المرتهن مستوفيا حقه بهلاك الرهن عنده وتم الصرف والسلم لوجود القبض حكما (وان افترقا) اى المتعاقدان فى الصرف والسلم (قبل نقد) اى نقد رأس المال وثمن الصرف (و) قبل (هلك) اى هلك الرهن برأس المال وثمن الصرف (بطلا) اى السلم والصرف لفوات القبض حقيقة وحكما اما الرهن بالمسلم فيه فلا يبطل ان افترقا قبل النقد والهلاك (ويتم الرهن بقبض عدل شرط) فى عقد الرهن (وضعه) اى وضع الرهن (عنده) اى العدل وقال زفر وابن ابى ليلى لايتم (ولا اخذ لاحدهما) اى الراهن والمرتهن (منه) اى من العدل لتعلق حق الراهن فى الحفظ بيده وتعلق حق المرتهن به استيفاء ولايملك احدهما لابطال حق الآخر (وهلكه) اى هلاك الرهن (معه) اى العدل (هلك رهن) فيملك فى ضمان المرتهن لان يد العادل فى حق المالية يد المرتهن والمالية هى المضمونة (فان وكل) الراهن (العدل) او المرتهن (او غيره ببيعه) اى المرهون عند حلول الدين (صح) التوكيل لانه وكله ببيع ماله والرهن شرع وثيقة لجانب الاستيفاء وبالتوكيل يصير جانب الاستيفاء اوثق فكان التوكيل بالجواز احق (فان شرط) الوكالة (فى) عقد (الرهن) فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله (لم ينعزل بالعزل) سواء كان الوكيل العدل او المرتهن او غيرهما لانه لما شرط فى ضمان العقد صار وصفا من اوصافه فيلزم كاصله لان حكم التبع لايفارق الاصل (و) لم ينعزل (بموت احد) راهنا كان اومرتهنا لان التوكيل متى صار لازما تبعا للرهن يبقى ببقائه ولايبطل الاصل بموتها فيبقى التبع فى ضمنه (الا بموت الوكيل) والرهن على حاله فان التوكيل الواقع فى عقد الرهن ببيع المرهون يبطل ولايقوم وارث الوكيل ولا وصيه مقامه لان الموكل رضى برأى الوكيل لابرأى غيره ويبيع الوكيل ولو بغيبة ورثة الراهن للايفاء كما فى حال حياة الراهن بغير محضر منه فان لم يكن للراهن وصى امر القاضى ببيعه وايفاء الدين من ثمنه نظرا للجانبين (واذا حل الاجل والراهن او وارثه غائب)

لان المرتهن عند هلاك الرهن يجعل مستوفيا عين حقه لا على وجه الاستبدال لان عين الرهن لايكون مملوكا للمرتهن ولهذا قلنا لو كان الرهن عبدا فمات كان كفنه على الراهن وانما يصير مستوفيا لماليته والاعيان فى الرهن باعتبار صفة المالية جنس واحد (وان افترقا) اى المتعاقدان فى الصرف والسلم عن المجلس (قبل نقد) ثمن الصرف ورأس مال السلم (و) قبل (هلاك) الرهن (بطلا) اى عقد الصرف والسلم لانه لم يوجد القبض فى المجلس لاحقيقة وهو ظاهر ولاحكما لانه يكون بهلاك الرهن ولم يوجد فلا يثبت قوله (ويتم) الرهن (بقبض عدل شرط وضعه عنده) اى اذا اتفق الراهن والمرتهن على وضع الرهن عند عدل صح ويتم الرهن بقبضه وقال ابن ابى ليلى رحمه الله تعالى لايصح لان العدل نائب عن الراهن لاعن المرتهن ولهذا لو هلك الرهن فى يد العدل ثم استحقه الرجل يرجع العدل على الراهن دون المرتهن ولنا ان قبض العدل كقبض المرتهن لان اليد فى باب الرهن على الصورة يد امانة وعلى المعنى مضمونة فكانت يده على الصورة يد المالك فى الحفظ وعلى المعنى وهو المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل العدل منزلتهما تحقيقا لغرضهما (ولا اخذ لاحدهما) اى الراهن والمرتهن (منه) اى من العدل لتعلق حقهما به جميعا ولو دفع الى احدهما يضمنه (وهلكه معه) اى مع العدل هلك رهن (لان يده فى حق المالية يد المرتهن والمضمون هو المالية (فان وكل) الراهن (العدل او غيره) كالمرتهن مثلا (ببيعه) اذا حل دينه صح التوكيل (فان شرط) التوكيل فى صلب عقد الرهن فليس للراهن ان يعزله و(لاينعزل) الوكيل (بالعزل) لانه تعلق به حق المرتهن وفى العزل ابطال حقه وكذا لاينعزل اذا عزله المرتهن (و) لاينعزل الوكيل (بموت احد) سواء كان الوكيل المرتهن او العدل او غيرهما (الا بموت الوكيل) فانه اذا مات الوكيل انتقضت الوكالة ولايقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان المؤكل لم يرض برأى غيره وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى وصى الوكيل يملك بيعه وفى الذخيرة اذا مات العدل فى الرهن وقد كان وكيلا بالبيع فاوصى الى رجل بالبيع لم يجز الا ان يكون الراهن قال له فى اصل الوكالة وكلتك ببيع الرهن واجزت لك ما صنعت فيه من شئ فيجوز لوصيه حينئذ ان يبيعه ولا يجوز لوصيه ان يوصى الى ثالث به (فان حل الاجل) وابى الوكيل الذى فى يده الرهن ان يبيعه (والراهن او وارثه غائب)

وابى الوكيل الذى وكله الراهن بالبيع فى عقد الرهن ان يبيعه (اجبر الوكيل على البيع) للزوم التوكيل سواء شرطاه فى عقد الرهن او بعده وكيفية الاجبار ان يحبسه القاضى اياما لبيعه ولا يفسد البيع بهذا الاجبار لانه اجبار لحق فكان كلا اجبار فان لج بعد الحبس فالقاضى يبيع عليه (كوكيل بالخصومة غاب موكله) وطلب المدعى الخصومة (وابا ها) الوكيل فانه يجبر على الخصومة لان المدعى انما خلى سبيل الخصم اعتمادا على وكيله وفى عدم مخاصمته ابطال حقه والجامع ان فى امتناع الوكيل فى كل من المسئلتين تفويت الحق على صاحبه (واذا باع العدل) الرهن (فالثمن) وان كان غير مقبوض (رهن) لان الرهن لما خرج عن الرهنية بصيرورته للمشترى انتقلت الرهنية الى ثمنه (فهلكه) اى ثمن الرهن (كهلكه) اى الرهن فى سقوط الدين به لقيامه مقامه ويصح رهن الذهب والفضة وكذا المكيل والموزون لانهما محل الاستيفاء فيكون محلا للرهن بالثمن فان رهنت بجنسها هلكت بمثلها من الدين وزنا والجودة ساقطة عند ابى حنيفة اذا تفاوتا فيها اذ لا عبرة بجودة فى الاموال الربوية عند المقابلة فى جنسها فيصير مستوفيا لحقه باعتبار الوزن دون الجودة وهما اعتبراها فيضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه لانه لو صار مستوفيا لتضرر فلو رهن قلب فضة وزنه عشرة وقيمته ثمانية بعشرة فهلك فهو بالعشرة عند ابى حنيفة اعتبار اللوزن وبه وفاء الدين وضمنا المرتهن قيمته ذهبا وجعلاها رهنا مكانه لانه لو صار مستوفيا كل الدين باعتبار الوزن لبطل حق المرتهن فى الجودة فيتضرر به ولو صار مستوفيا من دينه ثمانية اعتبارا للقيمة فصار مستوفيا ثمانية بعشرة من حيث الوزن فيكون ربا فلهذه الضرورة صرفا الى التضمين من خلاف جنسه وقالا ينقض الاستيفاء وجعل كانه لم يهلك ولانه كما يجب مراعاة حقه فى الوزن يجب مراعاة حقه فى الجودة مهما امكن *

فصل

وقف بيع الراهن) اى لزوم بيعه (رهنه) بغير اذن المرتهن على اجازته اذ المرتهن على اجازته اذ لا يجوز بيع احد العاقدين بلا اذن صاحبه اما المرتهن فلعدم ملكه واما الراهن فلتعلق حق المرتهن بماليته (فان اجاز مرتهنه) البيع (اوقضى) الراهن (دينه نفذ) البيع لان المقتضى لنفاذه موجود وهو التصرف الصادر عن الاهل فى المحل وعدم نفاذه انما هو لتعلق حق المرتهن بالرهن لاستيفاء دينه وقد زال ذلك باجازته او اخذه دينه (و) اذا نفذ البيع باجارة المرتهن (صار ثمنه رهنا) وان لم

(اجبر الوكيل على البيع) وكيفية الاجبار ان يحبسه الحاكم اياما ليبيع فان لج بعد الحبس اياما فالقاضى يبيع عليه (كوكيل بالخصومة) اى اذا كان بين الرجلين خصومة فوكل المدعى عليه رجلا بخصومة بطلب المدعى (وغاب موكله واباها) اى ابى الوكيل الخصومة فانه يجبر على الخصومة لان المدعى انما خلى سبيل الخصم اعتمادا على ان وكيله يخاصم معه فلا يكون للوكيل ان يمتنع منه ويلحق الضرر بالمدعى لان فيه ابطال حقه (واذا باع العدل) الرهن فقد خرج من الرهن لانه صار ملكا للمشترى (فالثمن) حينئذ (رهن) وان كان غير مقبوض لقيامه مقام ما كان مقبوضا (فهلكه) اى الثمن من مال المرتهن (كهلكه) اى كهلك الرهن لان بقاء عقد الرهن فى الثمن لكونه قائما مقام المبيع ثم المرهون لو هلك يسقط الدين كذا ههنا وهذا اذا كان التوكيل مشروطا فى عقد الرهن فان كان بعد تمام العقد ذكر شمس الائمة السرخسى ان فى ظاهر الرواية لا يجبر العدل على البيع لان رضاء المرتهن قد تم بدونه وهو توكيل مستأنف ليس فى ضمن العقد اللازم وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى ان التوكيل على البيع بعد الرهن يلتحق باصل العقد ويصير كالمشروط فيه قال شيخ الاسلام خواهرزاده وفخر الاسلام هذه الرواية اصح

فصل فى التصرف والجناية فى الرهن (وقف بيع الراهن) اذا باع (رهنه) بغير اذن المرتهن لتعلق حقه به (ان اجاز مرتهنه او قضى دينه نفذ) البيع (وصار ثمنه رهنا) وانتقل حقه اليه فى الصحيح وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى ان المرتهن اذا شرط عند الاجازة ان الثمن يكون رهنا فهو رهن والا لا يكون رهنا

يشترط ذلك على الصحيح (وان لم يجز) المرتهن بيع الرهن (وفسخ لاينفسخ) البيع (فى الاصل) بل يبقى موقوفا حتى لو افتكه الراهن كان للمشترى سبيل عليه فاذا لم ينفسخ (و) بقى موقوفا (صبر المشترى الى فك الرهن) ليسلم له المبيع لان المنافع على شرف الزوال (اورفع) الامر (الى القاضى ليفسخ) البيع بحكم العجز عن التسليم لان ولاية الفسخ الى القاضى (وصح) اى نفذ (عتاقه) اى اعتاق الراهن موسرا كان او معسرا رهنه (واستيلاده رهنه) وهو قول الشافعى وعنه لاينفذ العتق مطلقا لانه تصرف لا فى حق المرتهن بالابطال فكان مردودا كالبيع واما تدبير الراهن العبد المرهون فيصح بالاتفاق واذا صح التدبير والاستيلاد خرج المدبر وام الولد عن الرهنية لبطلان المحلية لان استيفاء الدين لا يصح منهما (فان فعلها) اى الراهن العتق والتدبير والاستيلاد حال كونه (غنيا ففى دينه) اى دين المرتهن حال كونه (حالا اخذ) المرتهن (الدين) لاقيمة الرهن اذ لافائدة فى اخذه القيمة مع حلول الدين لانها من جنس الدين استيفاء له (وفى) دينه (المؤجل) اخذ المرتهن (قيمته) اى قيمة الرهن (رهنا) مكانه (الى محل اجله) اى الدين لان تصرف الراهن وان صادف ملكه الا انه تعدى الى حق المرتهن فيجب ضمانه ويكون رهنا مكانه دفعا للضرر عن المرتهن فاذا حل الدين اقتضى المرتهن بحقه ان كان من جنس دينه لان الغريم له ان يستوفى دينه من مال غريمه ان ظفر به وهو من جنس حقه ورد الفضل لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء (وان فعلها) حال كونه (معسرا ففى العتق سعى العبد فى اقل من قيمته ومن الدين) وقضى به الدين ان كان حالا ووضعه رهنا عنده ان كان مؤجلا فاذا حل الدين قضى به (ورجع) العبد بما ادى (على سيده) حال كونه غنيا لانه سعى فى دين على سيده بالزام الشرع له فكان مضطرا فى قضائه ومن قضى دين غيره وهو مضطر فى قضائه يرجع عليه بما قضى عنه (وفى اختيه) اى اختى العتق وهما مسئلتا التدبير والاستيلاد عليه (سعى) المدبر والمستولدة اذا كان المولى معسرا (فى كل الدين) لان كسبهما مملوك للمولى فكان قادرا على اداء الدين به وهو لو كان قادرا على اداء الدين بمال آخر امر بقضائه منه فكذا اذا كان قادرا عليه بكسبهما بخلاف المعتق حيث يسعى فى الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه خالص حقه فلا يجبر على ان يقضى به دين سيده ولكن لما سلمت له مالية رقبته وهى مشغولة بحق

(وان لم يجز) المرتهن (وفسخ) البيع (لاينفسخ) فى الاصح من الروايتين لان التوقف انما كان لصيانة حق المرتهن فى الحبس ولايبطل حقه بانعقاد هذا العقد موقوفا واذا بقى موقوفا (صبر المشترى) ان شاء (الى فك) الراهن (الرهن) فيسلم له المبيع لان المانع على شرف الزوال (اورفع) الامر (الى القاضى) ان شاء (ليفسخ) القاضى البيع بحكم العجز عن التسليم فولاية الفسخ الى القاضى لا اليه وفى رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى ينفسخ البيع بفسخ المرتهن (وصح اعتاقه) اى اعتاق الراهن سواء كان موسرا اومعسرا (وتدبيره واستيلاده رهنه) وقال الشافعى لاينفذ الاعتاق اذا كان معسرا (فان فعلها) اى الراهن الاعتاق والتدبير والاستيلاد حال كونه (غنيا ففى دينه حالا اخذ الدين) المرتهن من الراهن ولايضمن قيمة الرهن لانه لافائدة فى تضمين القيمة مع حلول الدين (وفى) الدين (المؤجل) اخذ (قيمته) اى قيمة الرهن ويكون رهنا مقام الرهن الاول دفعا للضرر على المرتهن الى محل اجله فاذا حل الدين اخذ حقه ان كانت القيمة من جنس حقه ورد الفضل وان لم تكن القيمة من جنس حقه بان كانت دراهم وحقه كر بر اخذ حقه ورد القيمة وتظهر الفائدة فى هذه الصورة (وان فعلها) الراهن حال كونه (معسرا ففى) صورة (العتق سعى العبد) اى المعتق للمرتهن (فى اقل من قيمته ومن الدين) فان الراهن اذا اعتق وهو معسر فان كان الدين اقل من القيمة سعى العبد فى الدين وان كانت القيمة اقل سعى فى القيمة لانه لما تعذر وصول المرتهن الى حقه من جهة العتق وجب الرجوع الى من ينتفع بالعتق وهو المعتق والمعتق انما ينتفع بمقدار ماليته (ورجع) العبد بما سعى (على سيده) وهو الراهن اذا صار (غنيا) لانه سعى فى دين سيده وقضاه والعبد مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه (وفى) صورة (اختيه) اى اختى العتق وهما التدبير والاستيلاد سعى المدبر وام الولد للمرتهن فى كل الدين لان كسبهما ملك للسيد وقدرة الراهن على اداء الدين بكسبهما ولهذا

المرتهن لزمه السعاية فى قدرها (ولا رجوع) من المدبر والمستولدة بما يؤديان قبل العتق على المولى بعد يساره لانهما يؤديان من كسبهما وهو ملك المولى بخلاف العتق حيث يرجع لانه يؤدى من ملك نفسه (وانلافه) اى الراهن (رهنه) بان استهلكه (كاعتاقه) اى الراهن العبد المرهون حال كونه (غنيا) فان كان الدين حالا اخذ منه وان كان مؤجلا اخذ قيمة الرهن وجعلت رهنا مكانه الى حلول اجله لان الراهن ابطل حق المرتهن من الوثيقة ولا يمكن استدراك حقه الا بجعل قيمة الرهن رهنا مكانه (واجنبى) مبتدأ صفته (انلفه) اى الرهن والخبر (ضمنه) اى الاجنبى (مرتهنه) قدر قيمته يوم الانلاف (وكان رهنا معه) اى عند المرتهن لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا بما قام مقامه حال هلاكه (ورهن) مبتدأ صفته (اعاره مرتهنه راهنه) وقبضه الراهن (او) اعاره (احدهما) اى الراهن او المرتهن (باذن صاحبه) انسانا (آخر) وقبضه ذلك الآخر (سقط ضمانه) خبر المبتدأ (و) كذا (لكل منهما) اى الراهن والمرتهن اذا اعار احدهما الرهن انسانا آخر (ان يرده رهنا) كما كان لان لكل منهما فيه حقا محترما (وان مات الراهن قبل رده) اى الرهن الى المرتهن (فالمرتهن احق) بالرهن (من) باقى (غرمائه) لان عقد الرهن باق فى غير حكم الضمان حال الاعارة وكونه غير مضمون على المرتهن حال الاعارة لايدل على انه غير مرهون فى تلك الحالة فان ولد الرهن مرهون وهو غير مضمون (ومرتهن) مبتدأ صفته جملة (اذن) له (باستعمال رهنه) وجملة (ان هلك) اى الرهن (قبل عمله او بعده ضمن) خبر المبتدأ اما قبل العمل فلبقاء يد المرتهن فيبقى ضمانه واما بعد العمل فلا رتفاع يد العارية فيعود ضمانه وصار كالمرتهن الخالص عن الاذن بالاستعمال (و) ان هلك (حال عمله لا) يضمن لثبوت يد العارية بالاستعمال وهى مخالفة ليد الضمان (وصح استعارة شىء ليرهن) لان المالك رضى بتعلق دين المستعير بماله وهو يملك ذلك كما يملك تعلقه بذمته بالكفالة ولان الرهن للاستيفاء وللمالك ان يأذن للمستعير فى ايفاء دينه (فان اطلق) المعير (اوقيد) بقدر اوجنس اومرتهن او بلد (يجرى) الرهن (عليه) اى على الاطلاق فى المطلق وعلى التقييد فى المقيد ففى الاطلاق للمستعير ان يرهن بالقليل والكثير باى جنس كان لان الاطلاق واجب الاعتبار خصوصا فى الاعارة لان الجهالة فيها لاتفضى الى المنازعة وفى التقييد بالقدر ليس للمستعير ان يرهن باكثر مما سمى اذ ربما لايرضى المعير الا بان يكون ملكه محبوسا بما يتيسر

وعند من شاء وفى اى بلد شاء لان المعير اطلق فالتقييد زيادة عليه فلا يجوز (او قيد) بجنس او قدر او انسان (يجرى عليه) لان التقييد مفيد للمعير

حال كونه (غنيا) اى ان كان الدين حالا اخذ منه الدين وان كان مؤجلا اخذ منه القيمة ليكون رهنا الى زمان حلول الاجل (واجنبى انلفه ضمنه مرتهنه) فالمرتهن هو الخصم فى تضمينه فياخذ القيمة منه (وكان) الضمان (رهنا معه) اى فى يده لانه احق بالمبدل فيكون احق بالبدل (ورهن اعاره مرتهنه راهنه) ليخدمه اوليعمل به عملا (او) اعاره (احدهما باذن صاحبه) رجلا (اخر) اجنبيا خرج من ضمان المرتهن و(سقط ضمانه) عنه لان الضمان عليه باعتبار قبضه وقد زال (ولكل احد منهما (ان يرده رهنا) كما كان لان لكل منهما حقا محترما فيه ولان عقد الرهن باق الا فى حكم الضمان فى الحال والضمان ليس من لوازم الرهن فولد المرهونة مرهون وليس بمضمون بالهلاك (وان مات الراهن قبل رده) اى رد الرهن الى المرتهن (فالمرتهن احق من) سائر (غرمائه) لان حكم الراهن باق فيه لان العارية ليست بلازمة وهذا بخلاف ما اذا اجر الرهن او باعه او وهبه من اجنبى باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن ولا يعود رهنا الا بعقد مبتداء ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لان هذه التصرفات اوجبت حقا لازما للغير فى المرهون فيبطل به حكم الرهن ولم يتعلق بالعارية حق لازم (ومرتهن اذن باستعمال رهنه) اى اذا اذن الراهن المرتهن ان يستعمل الرهن يكون عارية حال العمل ان هلك قبل ان يأخذ فى عمله او هلك (بعده) اى بعد الفراغ من العمل (ضمن) المرتهن كالرهن لبقاء يد الراهن قبل العمل وارتفاع يد العارية بعده (وان هلك حال عمله لا) يضمن لان يد العارية غير مضمونة فاذا ثبت يد العارية بالاستعمال انتفى يد الضمان (وصح استعارة شىء) من الغير (ليرهن فان اطلق) ولم يقيد بشىء يجرى عليه ويرهن بما شاء من قليل او كثير

قضاؤه عليه اوعلى المستعير دون مايتعسر عليهما ولا باقل مما سمى اذ ربما يكون غرض المعير ان يصير المرتهن عند الهلاك مستوفيا للاكثر ليرجع هو على المستعير بذلك وفى الاقل مما سمى يفوت ذلك الغرض فيكون مخالفا فيضمن الا اذا عين له اكثر من القيمة فرهنه باقل وهو مثل القيمة فانه لايضمن لانه خالف الى خير لان اداء الاقل ايسر من اداء الاكثر وغرضه عن الرجوع عليه بالكثير حاصل لانه لا يرجع الا بقدر القيمة لان الاستيفاء لم يقع الا به وفى التقييد بالجنس ليس للمستعير ان يرهن بجنس غيره اذ قد يتيسر على المعير اداء جنس دون جنس وكذا لو سمى له ان يرهن من رجل بعينه ليس له ان يرهن من غيره لان الناس متفاوتون فى الحفظ واداء الامانة وكذا لو قال ارهنه بالكوفة ليس له ان يرهنه بالبصرة لان الانسان قد يرضى بان يكون ماله فى بلد دون بلد لان الاماكن تتفاوت فى الحفظ (فان خالف) المستعير (وهلك) الرهن (ضمن) المستعير (القيمة) اى قيمة الرهن لانه تصرف فى ملك غيره على وجه لم يأذن له فيه فصار غاصبا واذا ضمن المستعير القيمة تم عقد الرهن بينه وبين المرتهن لان المستعير ملكه باداء الضمان فتبين انه كان رهن ملك نفسه وان شاء المعير ضمن المرتهن فلا يتم عقد الرهن بين الراهن والمرتهن فيرجع المرتهن على الراهن بما ضمن وبالدين اما بالدين فظاهر واما بما ضمن فلان الراهن ورطه فى ذلك وصار كما لو مات العبد المرهون ثم استحق وضمن المستحق المرتهن (وان وافق) المستعير المعير بان رهن المستعار فيما سمى المعير (وهلك) الرهن عند المرتهن (فقد ردين) اى فعلى المستعير مقدار دين (اوفاه منه) اى من المستعار فان كانت قيمة الرهن مثل الدين او اكثر فقد استوفى المرتهن منه كل الدين فيضمن المستعير للمعير مثل الدين فى الصورتين لان المستعير قضى دينه من مال المعير ومن قضى دينه من مال غيره ضمن له قدر دينه ولا يضمن المستعير القيمة لانه ليس بمتعد وان كانت قيمة الرهن اقل من الدين ذهب من الدين بقدر قيمة الرهن وعلى الراهن للمرتهن بقية دينه وعليه للمعير قيمة الرهن لانه قضى قدرها من الدين بمال المعير وكذا ان اصاب الرهن عيب نقص قيمته ذهب من الدين بحسابه ووجب على الراهن مثله للمعير (ولا يمتنع المرتهن اذا قضى المعير دينه وفك رهنه) اى المعير لان المعير محتاج الى ذلك لتخليص ملكه (ورجع)

(فان خالف) المستعير (وهلك) الرهن ضمن تمام (القيمة) لانه تصرف بغير اذنه فصار غاصبا وللمعير الخيار ان شاء ضمن المستعير وتم عقد الرهن بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فظهر انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن ورجع المرتهن بما ضمن من القيمة على الراهن لانه مغرور من جهة الراهن ورجع بالدين لانه انتقض قبضه فيعود حقه كما كان (وان وافق) بان رهنه بمقدار ما امره به فانكانت قيمته مثل الدين او اكثر (وهلك) عند المرتهن بطل المال عن الراهن لان الاستيفاء قد تم بهلاك الرهن وانكانت اقل بطل الدين بقدرها وضمن الراهن للمعير (فقدر دين اوفاه) منه وسقط عنه بهلاك الرهن لانه صار قاضيا دينه بهذا القدر من مال المعير ولا يضمن تمام قيمة الرهن ان كان الدين اقل مثلا ان كانت قيمة الرهن عشرة والدين عشرة فقد اخذ المرتهن كل الدين فيضمن المستعير الدين الذى اوفاه وهو عشرة للمعير وانكانت خمسة عشر والدين عشرة فقد اخذ المرتهن كل الدين فيضمن المستعير الدين الذى اوفاه وهو عشره للمعير ولا يضمن الخمسة لانه وافق فليس بمتعد وانكانت القيمة عشرة والدين خمسة عشر فقد اخذ المرتهن بعض الدين وهو عشرة وباقى الدين على الراهن ويضمن المستعير قدر ما اوفاه من الدين وهو عشرة (ولا يمتنع المرتهن) من تسليم الرهن الى المعير (اذا قضى المعير دينه وفك رهنه) لانه يسعى فى تخليص ملكه (ورجع) المعير

المعير (على الراهن) بما ادى لانه قضى دين الراهن مضطرا فلا يكون متبرعا فيد بالمعير لان الاجنبى اذا قضى الدين فللمرتهن ان يمتنع لانه متبرع لانه لايسعى فى تخليص ملكه (ولوهلك) المستعار (مع الراهن) اى عنده (قبل رهنه او بعد فكه لايضمن) الراهن لانه لم يصر به قاضيا لدينه ولا لشىء منه بهذا الهلاك وقضاء الدين اوشىء منه بهلاك الرهن المستعار هو الموجب لضمانه (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لان الرهن تعلق به حق المرتهن وتعلق حق غير المالك بالمال يجعل المالك كالاجنبى الاترى ان تعلق حق الورثة بمال المريض يمنع نفوذ تصرفه فيما زاد على الثلث ثم المرتهن ان كان دينه حالا يأخذ الضمان بدينه ان كان من جنس حقه وان كان دينه مؤجلا يحبسه بالدين فاذا حل اخذه بدينه ان كان من جنس حقه والاحبسه حتى يستوفى دينه (وجناية المرتهن) على الرهن (تسقط من دينه بقدرها) لان جناية المرتهن على الرهن مضمونة لان الرهن ملك مالكه وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه مالكه فيسقط من دينه قدر قيمة الجناية بحكم عقد الرهن وما زاد عليه يضمن بالاتلاف كالمودع اذا اتلف الوديعة (وجناية الرهن عليهما) اى على الراهن والمرتهن اذا كانت موجبة للمال بان كانت خطاء فى النفس او فيما دونها (و) جنايته (على مالهما هدر) وقالا جناية الرهن على المرتهن معتبرة وهو مذهب مالك والشافعى واحمد قيدنا الجناية بكونها موجبة للمال لان الجناية الموجبة للقصاص يستحق بها دمه والمولى من دم مملوكه كاجنبى اذ لم يدخل فى ملكه الا من حيث المالية واما جناية الرهن على مال المرتهن فلا يعتبر بالاتفاق ان كانت قيمته والدين سواء اذ لا فائدة فى اعتبارها لانه لايتملك بها العبد لاستيفاء ها بالدين وتملكه بها هرالفائدة وان كانت قيمته اكثر من الدين فعن ابى حنيفة انها تعتبر بقدر الامانة لان ذلك الفضل ليس فى ضمانه وعنه انها لا تعتبر لان الفضل وان لم يكن مضمونا فحكم الرهن فيه ثابت وهو الحبس بالدين فصار بمنزلة المضمون واما جناية الرهن على ابن الراهن اوابن المرتهن فمعتبرة على الصحيح حتى يدفع بها اويفدى (ونماء الرهن) كولده ولبنه وصوفه وثمرته للراهن لانه متولد من ملكه وهو (رهن) مع اصله لانه تبع له بخلاف الغلة والكسب لانه لا يكون رهنا معه وعند احمد يكون رهنا معه وعند مالك الولد فقط وعند الشافعى لافى الكل (لكن) ان هلك النماء

(على الراهن) بما ادى الى المرتهن (ولو هلك) الشىء المستعار للرهن (مع الراهن قبل رهنه او بعد فكه لا يضمن) لانه حفظ العين فى الحالتين باذن المالك وبالهلاك قبل الرهن او بعد انفكاكه لم يكن قاضيا شيئا من دينه بماليته والضمان انما يكون باعتبار استيفاء الدين منه ولم يستوف وان اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن فقال المالك هلك فى يد المرتهن وقال المستعير هلك قبل ان رهنه او بعد ما افتكه فالقول للراهن مع يمينه لان الضمان باعتبار استيفاء الدين منه وهو منكر (وجناية (الراهن على الرهن مضمونة) لانه تعلق به حق المرتهن فيضمن الراهن ويكون الضمان رهنا عند المرتهن (وجناية المرتهن على الرهن مضمونة) ايضا وتسقط الجناية (من دينه بقدرها) اى بقدر ضمان الجناية ان كان الضمان بصفة الدين بان كان الدين دراهم او دنانير اما اذا كان الدين مكيلا فلا يسقط (وجناية الرهن عليهما) اى على الراهن والمرتهن (اوعلى مالهما هدر) غير معتبر عند ابيحنيفة وقالا جناية الرهن على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال بان كانت الجناية خطأ فى النفس او مادونها واما جناية الرهن على الراهن فغير معتبرة بالاتفاق لان جناية المملوك فيما يوجب المال هدر وهذا بخلاف الجناية الموجبة للقصاص اما على المرتهن فغير مشكل واما على الراهن فلان المستحق بها دمه والمولى من دمه كاجنبى اخر (ونماء الرهن) كولده وثمره ولبنه وصوفه (رهن) مع الاصل يحبسه حتى يستوفى الدين (لكن) النماء ليس بمضمون

(ويهلك) فى يد المرتهن (بلا شىء) حتى لا يسقط شىء من الدين بهلاكه لانه لم يدخل تحت العقد مقصودا وقال الشافعى النماء ليس برهن وبه قال مالك (وان هلك الاصل وبقى هو) اى النماء (فك) النماء (بقسطه) بان (يقسم الدين على قيمته اى قيمة النماء يوم الفك وانما يعتبر قيمته يوم الفك لانه انما صار له حصة من الضمان بالفك فانه لو هلك قبل الفك هلك بغير شىء وقيمة الاصل يوم القبض) لان الاصل دخل فى ضمانه يوم القبض (ويسقط من الدين حصة الاصل) كما اذا كان الدين عشرة وقيمة الاصل يوم القبض عشرة وقيمة النماء يوم الفك خمسة فثلثا العشرة حصة الاصل فيسقط وثلث العشرة حصة النماء فينفك النماء به (وتبديل الرهن) يصح مثل ان يرهن عبدا قيمته الف درهم بالف ثم اعطاه عبدا اخر قيمته الف مكان الاول فالاول رهن حتى يرده على الراهن والمرتهن ح فى الاخر امين حتى يجعله مكان الاول لان الضمان فى الاول متعلق بالقبض والدين فيبقى مابقى القبض والدين فاذا لم يوجد الرد بقى الاول رهنا فى يده واذا بقى الاول رهنا لايكون الثانى رهنا لان الراهن لم يرض بجعلهما رهنا وانما رضى باحدهما فاذا رد الاول انتقض الرهن الاول وقام الثانى مقام الاول (والزيادة فيه) اى فى الرهن (يصح) بان رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة ثم زاد الراهن ثوبا اخر ليكون رهنا مع الاول بعشرة ثم اذا صحت الزيادة فى الرهن وتسمى هذه الزيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت لان حكم الرهن فى الزيادة انما ثبت بقبض المرتهن فيعتبر قيمتها حين يثبت حكم الرهن كما يعتبر ذلك فى قيمة الاصل حتى لو كانت قيمة الاصل يوم قبضه الفا وقيمة الزيادة يوم قبضت خمسمائة والدين الف يقسم اثلاثا فى الزيادة ثلث الدين وفى الاصل ثلثا الدين (و) الزيادة (فى الدين لا) يصح اى اذا رهن عبدا بالف وقيمته الفان ثم حدث للمرتهن على الراهن دين اخر بالشراء او الاستقراض فجعلا الرهن بالدين القديم رهنا به وبالدين الحادث فانه لا يصير الرهن الاول رهنا بالدين الحادث عند ابى حنيفة رح ومحمد بل يكون كل الرهن بمقابلة الدين السابق وقال ابو يوسف يجوز الزيادة فى الدين ايضا وقال زفر رح والشافعى لايجوز الزيادة فيهما (ولو) ابرء المرتهن الراهن عن الدين اووهبه له و(هلك الرهن) فى يد المرتهن (بعد الابراء) والهبة ولم يمنع المرتهن الرهن بعد طلب الراهن

فى يد المرتهن (يهلك بلا شىء) فلا يسقط به شىء من الدين لانه تبع لاصله والا تباع لافسط لها مما يقابل اصلها لانها لاتدخل تحت العقد على سبيل القصد لان اللفظ لايتناولها (وان هلك الاصل وبقى هو) اى النماء (فك بقسطه) من الدين لان النماء يصير مقصودا بالافكاك والتبع يقابل مما قسط مما يقابل اصله مقصودا (يقسم الدين على قيمته) اى قيمة النماء (يوم الفك) لانه بالفك صار مقصودا (على قيمة الاصل يوم القبض) لان الرهن انما يصير مضمونا بالقبض فيعتبر قيمته وقت اعتباره كما يعتبر قيمة النماء وقت اعتباره (وتسقط حصة الاصل من الدين) لانها تقابل الاصل ولو اذن الراهن المرتهن فى اكل زوائد الرهن بان قال مما زاد فكله فاكله فلا ضمان عليه ولا يسقط شىء من الدين لانه اتلفه باذن الراهن واباحته والاباحة يجوز تعليقها بالشرط بخلاف التمليك (وتبديل الرهن) بان رهن عبدا يساوى الفا بالف ثم اعطى عبدا آخر قيمته الف مكان الاول (والزيادة فيه) اى فى الرهن بان رهن ثوبا بعشرة قيمته عشرة ثم زاد الراهن ثوبا آخر ليكون رهنا مع الاول بتلك العشرة (يصح) الزيادة (فى الدين) بان رهن عبدا بالف ثم حدث للمرتهن على الراهن دين آخر بشراء او استقراض فجعلا الرهن بالدين القديم رهنا به وبالحادث (لا) اى لايصح بل يكون كل الرهن بالدين السابق فقط اما التبديل فجائز اتفاقا واما الزيادة فتجوز فى الرهن عند ابى حنيفة وصاحبيه ولاتجوز فى الدين عند ابى حنيفة ومحمد وهو القياس ويجوز عند ابى يوسف فى الدين ايضا ثم اذا صحت الزيادة فى الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم قبضه وعلى قيمة الزيادة يوم قبضها لان كل واحد منهما له دخل فى ضمان المرتهن يوم قبضه فكان هو المعتبر (ولو هلك الرهن) فى يد المرتهن (بعد الابراء) اى ابراء المرتهن الراهن من الدين او بعد ماوهب المرتهن للراهن الدين

(هلك بلاشيء) ولاضمان على المرتهن وهذا استحسان وقال زفر يضمن قيمة الرهن للراهن وهو القياس لان القبض وقع مضمونا فبقى الضمان مابقى القبض ولهما ان ضمان الرهن باعتبار القبض والدين معا لانه ضمان استيفاء وذا لايتحقق الا باعتبار الدين وبالابراء او الهبة لم يبق الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين يزول بزوال احدهما ولهذا ورد الرهن على الراهن بعارية ونحوها يسقط الضمان لعدم القبض مع بقاء الدين فكذلك اذا ابرأ عن الدين سقط الضمان بانعدام الدين مع بقاء القبض اما اذا منع المرتهن بعد الابراء او الهبة الرهن بعد طلب الراهن ثم تلف فى يده ضمن قيمته لان حق المنع لم يبق فصار بالمنع غاصبا (لا بعد القبض) اى لو قبض المرتهن دينه بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن فى يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما قبض الى من قبض منه وهو الراهن او المتطوع (لو بعد الصلح) اى او صالح المرتهن مع الراهن عن الدين على شيء ثم هلك الرهن فى يد المرتهن يهلك بالدين ويبطل الصلح ويجب عليه رد بدل الصلح (او بعد الحوالة) اى لو احال الراهن المرتهن بالدين على غيره وقبل ذلك الغير الحوالة ثم هلك الرهن يهلك (بالدين) فيرد المرتهن (ما قبض ويبطل الحوالة) لان بالحوالة لايسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه يقوم مقام ذمة المحيل ولهذا يعود الدين الى ذمة المحيل اذا مات المحتال عليه مفلسا (وكذا لو تصادقا) اى الراهن والمرتهن (على ان لادين له عليه ثم هلك الرهن فى يد المرتهن هلك بالدين) الذى زعما ان الرهن به فى الاصل يعنى يأخذ الراهن من المرتهن بعد الهلاك الدين المظنون ووجهه ان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما فى الدين الموعود وقد بقيت الجهة لانه يحتمل ان يتصادقا على قيام الدين بعد ان يتصادقا على ان لادين بخلاف الابراء لانه يسقط به الدين اصلا وذكر شمس الائمة رح فى المبسوط انه اذا تصادقا على ان لادين بقى ضمان الرهن وهذا اذا تصادقا بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفى لضمان الرهن فكان مستوفيا فاما اذا تصادقا على ان لادين والرهن قائم ثم هلك الرهن فان هناك يهلك امانة لان بتصادقهما ينتفى الدين من الاصل وضمان الرهن لايبقى بدون الدين وذكر شيخ الاسلام الاسبيجابى انهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف المشايخ فيه والصواب انه يهلك بلا ضمان ﴿كتاب الكفالة﴾ هى لغة الضم ومنه قوله تعالى وكفلها زكريا اى ضمها الى نفسه وشرعا (ضم ذمة) الكفيل (الى ذمة) الاصيل (فى المطالبة) الذمة العهد لان نقضه يوجب الذم ويفسر بالامان والضمان وكل ذلك متقارب ويسمى محل التزام الذمة بهاكما فى قولهم ثبت فى ذمتى كذا ومن الفقهاء من يقول هى محل الضمان والوجوب وقيل هى معنى يصير بسببه الادمى على الخصوص اهلا لوجوب الحقوق له وعليه (لا فى الدين) وقيل فى الدين

من غير منع المرتهن الرهن بعد الابراء (هلك بلا شيء) على المرتهن استحسانا وقال زفر يضمن المرتهن قيمته للراهن وهو القياس واما لو منعه المرتهن بعد الابراء والهبة ثم تلف فى يده فيضمن قيمته اتفاقا لانه بالمنع صار غاصبا (لا بعد القبض) اى لا يهلك الرهن بلا شيء لو هلك فى يد المرتهن بعد استيفاء الدين من الراهن او من المتبرع عنه بل يهلك بالدين ويجب على المرتهن رد ما قبض من الدين الى من قبض منه وهو الراهن او المتبرع (او) هلك بعد (الصلح) اى صلح المرتهن الراهن بالدين على عين او هلك بعد اشترائه منه عينا لان هذا استيفاء (او) هلك (بعد الحوالة) بعد ان احال الراهن المرتهن على غيره بل يهلك بالدين لان الحوالة لاتسقط الدين (فيرد) المرتهن (ما قبض) فى ذلك كله ويهلك الرهن بالدين (ويبطل الحوالة وكذلك لو تصادقا على ان لادين له ثم هلك الرهن هلك بالدين) وقيل الصواب انه لايهلك مضمونا والله سبحانه اعلم

كتاب الكفالة

(هى) لغة مطلق الضم قال الله تعالى (وكفلها زكريا) اى ضمها الى نفسه ليربيها وقال عليه السلام انا وكافل اليتيم كهاتين وفى رواية انا وكافل اليتيم فى الجنة هكذا واشار باصبعيه رواه مسلم والنسائى والترمذى عن سهل بن سعد الساعدى وشرعا (ضم ذمة) الكفيل (الى ذمة) المكفول (فى المطالبة لا) كما قال بعض المشايخ وهو مذهب الشافعى انها ضم ذمة الى ذمة (فى الدين) بان يثبت الدين فى ذمة الكفيل ولا يسقط عن ذمة المكفول

لان التزام المطالبة يبتنى على التزام اصل الدين فيثبت الدين فى ذمة الكفيل مع بقائه فى ذمة المكفول ولا يستوفى الامن احدهما كالغاصب وغاصب الغاصب فان كل واحد منهما ضامن القيمة وحق المالك فى قيمة واحدة واختياره تضمين احدهما يوجب براءة الآخر وقال مالك الاصيل يبرأ عن الدين بالكفالة كما فى الحوالة (وهو) اى كون الكفالة ليست ضم ذمة الى ذمة فى الدين (الاصح) لان جعل الدين الواحد فى حكم دينين قلب الحقيقة فلا يصار اليه الا عند الضرورة ولا ضرورة هنالان التوثق يحصل بتعدد المطالب ثم ركن الكفالة الايجاب والقبول عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف آخرا ومالك واحمد وهو قول الشافعى يتم بالكفيل وحده القبول ام لا واختلف على قول ابى يوسف فقيل تصح من الكفيل موقوفة على اجازة الطالب وقيل نافذة وللمطالب حق الرد وحكمها ثبوت المطالبة على الكفيل مع الاصيل عند عامة الفقهاء وعن مالك وابى ثور لايطالب الضامن الااذا تعذر مطالبة المضمون وقال ابن ابى ليلى وابن شبرمة وداود وابوثور ينتقل الحق الى ذمة الكفيل فلا يطالب الاصيل اصلا كما فى الحوالة وشرعية الكفالة ثابتة بالكتاب قال الله تعالى حكاية عمن قبلنا لافى معرض الانكار (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) اى كفيل وهى لغة اهل المدينة وبالسنة وهى ماروى ابوداود والترمذى من حديث ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم قال العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضى والزعيم غارم وبالاجماع فان الامة اتفقت على جواز الضمان وانما اختلفوا فى فروع فيه (وهى اما) كفالة (بالنفس) وان تعددت الكفلاء بها وهى جائزة لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها (وتنعقد) الكفالة بالنفس (بكفلت) اوتكفلت (بنفسه) اوبدنه اوجسده (وبماصح اضافة الطلاق) والعتاق (اليه) وهو ماعبر به عن البدن حقيقة لغوية كالنفس والجسد اوعرفية كالروح والرأس والوجه والرقبة على مامر فى الطلاق وتنعقد بجزء شائع كنصفه اوثلثه وجزئه وجزء منه لان النفس الواحدة فى حق الكفالة بها لاتتجزأ اذ المستحق بكفالتها احضارها واحضار جزئها الشائع دون كلها لايمكن فصار ذكره كذكر كلها بخلاف اليد والرجل لانه لايعبر بهما عن البدن ولهذا لايقع الطلاق والعتاق بهما وقال الشافعى تنعقد الكفالة ايضا بجزء

وهو قول الشافعى رحمه الله فيصير الدين الواحد دينين (و) الاول (هو الاصح) لان الدين بقى فى ذمة الاصيل كما كان فلا يتصور وجوبه فى ذمة الكفيل لان جعل الدين الواحد دينين قلب الحقيقة وقال مالك رح ان الاصيل يبرأ عن الدين بالكفالة كما فى الحوالة (وهى اما) (بالنفس) والمضمون بها احضار المكفول به وهو مذهب الشافعى وعنه انها لا تصح (وتنعقد) اى الكفالة بالنفس (بكفلت بنفسه) قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله الكفالة لاتتم بالكفيل وحده سواء كفل بالمال اوبالنفس مالم يوجد قبول المكفول له اوقبول اجنبى عنه فى مجلس العقد وقال ابو يوسف رح اخرا ان الكفالة تتم بالكفيل وحده وجد القبول اولم يوجد وفائدة الخلاف تظهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول فعند من يقول بالتوقف لا يؤاخذ به الكفيل وعند من لا يقول بالتوقف يؤاخذ به الكفيل (وبما) عبر به عن البدن وهو ما (صح اضافة الطلاق اليه) كجسده وروحه ورأسه ووجهه اوجزء شائع كنصفه وثلثه كما مر فى الطلاق ولوكفل بيده اوبرجله لا يصح

لايمكن

لايمكن فصله كالقلب والكبد وبه قال احمد فى رواية وقال مالك بكل عضو من البدن فلو قال كفلت بعينه كانت كفالة بالنفس عنده وهو وجه فى مذهب الشافعى واحمد (وكذا) تنعقد كفالة النفس (بضمنته) لانه موجب عقد الكفالة اذ بها يصير الكفيل ضامنا للتسليم والعقد ينعقد بموجبه كالبيع ينعقد بلفظ التمليك (اوهو على) لان كلمة على للالتزام فكانه قال انا ملتزم تسليمه (او) هو (الى) لان الى ههنا بمعنى على قال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا فالينا رواه الشيخان فى الفرائض من حديث ابى هريرة ولايبعد ان يكون تقدير الحديث فالينا مرجعه (اوانا به زعيم) لما تقدم (اوقبيل) لانه بمعنى الكفيل وسمى الصك قبالة لانه يحفظ الحق كالكفيل ولاتنعقد الكفالة بانا ضامن لمعرفته لان موجب الكفالة التزام التسليم وهوضمن المعرفة لا التسليم فصار كالتزامه دلالته عليه (ولا يجبر عليها) اى لاالزام للحاكم على الكفالة بالنفس (فى حدو) لافى (قصاص) بان يكون المكفول به نفس من عليه حد اوقصاص وهذا عند ابى حنيفة واحمد والشافعى فى قول وقال ابو يوسف ومحمد يجبر عليها فى حد القذف وفى حد القصاص وهو قول مالك والشافعى فى المشهور لان الكفالة بالنفس مشروعة وتسليم النفس واجب على الاصيل فى دعوى الحد والقصاص فصحت الكفالة بها فيهما كمافى دعوى المال بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى لان الكفالة شرعت وثيقة لما كيلا يفوت حقنا والله تعالى غنى عن ذلك وبخلاف نفس الحد اوالقصاص لانه لايمكن استيفاؤه من الكفيل ولابى حنيفة ان الكفالة للاستيثاق ومبنى الحد والقصاص على الدرء فلايجبر المطلوب على الكفيل فيهما بخلاف سائر الحقوق فانها لاتسقط بالشبهات فيليق الاستيثاق بها قيد بالجبر لان المطلوب بحد اوقصاص لو سمح بالكفيل للطالب من غير جبر عليه صح وقيد بالحد والقصاص لان التعزير يصح فيه الجبر على اعطاء الكفيل بالنفس لانه محض حق العبد ولهذا يثبت بالشبهة وبالشهادة على الشهادة ويحلف فيه كالاموال وعن المرغينانى ليس الجبر هنا الحبس ولكن امره بالملازمة وليست الملازمة المنع من الذهاب ولكن ان يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه اينما دار كيلا يتغيب فاذا انتهى الى باب الدار واراد الدخول يستأذنه الطالب فى الدخول فان اذن له يدخل معه ويسكن معه حيث يسكن وان لم يأذن له يحبسه الطالب فى باب داره ويمنعه من

(وكذا) يصح (بضمنته اوهو على اوالى) اى انا ملتزم بتسليمه لان كلمة على للالتزام والى بمعنى على قال عليه السلام من ترك مالا فهو لورثته ومن ترك كلا اى يتيما اوعيالا فالى اى على (اوانا به زعيم) لان الزعامة هى الكفالة (او) انا به (قبيل) فان الكفيل يسمى قبيلا ولهذا يسمى الصك قبالة لانه وثيقة بالحق ولو قال انا ضامن لمعرفته فهو باطل لان موجب الكفالة التزام التسليم وهو ضمن المعرفة دون التسليم وعامة المشائخ قالوا لو قال آشنائى فلان برمن است اوقال فلان آشناست يكون كفيلا فكانهم فرقوا بين العربية والفارسية (ولا يجبر عليها) اى على الكفالة واعطاء الكفيل (فى حد) سواء كان حد القذف اوغيره (وقصاص) هذا عند ابى حنيفة رح وقالا يجبر على اعطاء الكفيل فى حد القذف والقصاص لان الكفالة شرعت لتسليم النفس وتسليم النفس واجب على الاصيل ههنا فيصح الكفالة به كما فى دعوى المال بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى لانها محض حق الله تعالى والكفالة شرعت وثيقة لنا كيلا يفوت حقنا والله تعالى غنى عن ذلك وفى القصاص وحد القذف حق العبد وله قوله عليه السلام لا كفالة فى حد مطلقا ولان الكفالة للاستيثاق ومبنى الحد والقصاص على الدرء

الدخول كيلا يتغيب بالخروج من موضع آخر (ويلزمه) اى الكفيل بالنفس (احضار المكفول به مطلقا) وهو الذى لم يتعين وقت احضاره اذا طلب المكفول له احضاره رعاية لما التزمه (او) احضار المكفول به (فى وقت عين) احضاره (ان طلب المكفول له) احضاره فيه هذا قيد فى المسئلتين والحاصل ان المكفول به الذى لم يعين وقت احضاره يلزم الكفيل احضاره فى اى وقت طلب المكفول احضاره وان المكفول به الذى بين وقت احضاره يلزم احضاره ان طلب المكفول له فى ذلك الوقت اوبعده كالدين المؤجل اذا طلب صاحبه عند حلول الاجل او بعده ولا يلزم الكفيل احضاره ان طلبه المكفول له قبل الوقت الذى عينه لا نه لم يلتزم ذلك لكن لو سلمه له بطلبه اوبدونه قبل الوقت الذى عينه برىء لان الاجل حق الكفيل فيملك اسقاطه (فان لم يحضره) اى الكفيل المكفول به فى مسئلتى الاطلاق والتعيين (حبسه الحاكم) لانه امتنع عن ايفاء ما وجب عليه بالتزامه فصار ظالما لكن لا يحبسه اول مرة لان الحبس عقوبة ظلم ولم يظهر ظلمه اذلعله مادرى بماذا يدعى عليه فيمهل حتى يظهر مطله ولوغاب المكفول به ولم يعلم الكفيل مكانه لايطالب به ان صدقه المطالب لانه عاجز فصار كالمديون اذا ثبت اعساره وفى الايضاح هذا يعنى حبس الحاكم الكفيل ان لم يحضر المكفول به اذا لم يظهر عجزه اما اذا ظهر فلا معنى للحبس الا انه لايحال بينه وبين الكفيل فيلازمه ويطالبه ولا يحول بينه وبين اشغاله كالمفلس اذا اخرجه القاضى من الحبس (وبرىء) الكفيل من الكفالة بالنفس (بموت من كفل به) لان الكفيل تبع للمكفول فى سقوط ما عليه والذى على المكفول هذا حضوره وقد سقط عنه بموته فيسقط احضاره عن كفيله وبهذا قال احمد وهو وجه فى مذهب الشافعى والوجه الآخر وهو الاصح فى مذهبه ان الكفيل يطالب باحضاره مالم يدفن اذا اراد المكفول له اقامة الشهادة على صورته وهل يطالب بما عليه فيه وجهان اصحهما لا يطالب وبه قال اصحابنا واحمد والشعبى وشريح وحماد وقال مالك والليث يلزمه ما عليه وبه قال ابن شريح من اصحاب الشافعى (و) برىء الكفيل ايضا من الكفالة (بتسليمه) اى تسليم الكفيل من كفل به الى المكفول له وتسليم من يقوم مقام الكفيل وهو وكيله ومن هو سفير عنه وهو رسوله كتسليم الكفيل لان فعلهما كفعله (حيث يمكنه) اى فى مكان يمكن المكفول له (مخاصمته) اى مخاصمة المكفول به لانه اتى بما التزمه وهو تسليم المكفول به فى مكان يحصل فيه المقصود ولاحاجة الى ابقاء الكفالة لانه لايلزم تسليمه

(ويلزمه) اى الكفيل (احضار المكفول به مطلقا) من غير تقييد بوقت (اوفى وقت عين) احضار المكفول به فى ذلك الوقت (ان طلب المكفول له) مطلقا اومقيدا رعاية لما التزم فان احضره فبها (وان لم يحضره حبسه الحاكم) لانه امتنع عن ايفاء حق مستحق عليه فصار ظالما فلوغاب المكفول به امهل الحاكم الكفيل مدة ذهابه ومجيئه ويستوثق منه بكفيل وهذا اذا عرف مكانه وان وقع الاختلاف فقال الكفيل لا ا عرف مكانه وقال الطالب تعرف فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة فى كل وقت فالقول للطالب والا فالقول للكفيل (وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه الحاكم الى ان يظهر عجزه) (ويبرء) الكفيل (بموت من كفل به)لانه عجز عن احضاره (و)كذا يبرء الكفيل (بتسليمه) المكفول به(حيث يمكنه) اى مكان يقدر المكفول له (مخاصمته) فيه سواء كان مصرا كفل فيه او مصرا اخر وعندهما لا يبرأ بالتسليم فى مصراخر وان سلمه فى بر اوسواد لم يبرء لانه لايقدر على المخاصمة فيهما لعدم حاكم يحكم فيهما

الامرة واحدة اما لو سلمه فى برية اوسوداء لم يبرأ لانه لايقدر على المخاصمة فيها لعدم الحاكم ولوسلمه فى السجن وقد حبسه غير الطالب لايبرأ الكفيل وقال مالك واحمد ان كان فى سجن القاضى الذى يرفع الحكم اليه يبرأ والافلا ولوسلمه فى مصر آخر غير الذى عينه فى الكفالة برئ عند ابى حنيفة وبعض اصحاب احمد ولم يبرأ عند ابى يوسف ومحمد وبه قال مالك والشافعى واحمد ثم التسليم بالتخلية بينه وبين الطالب وذلك برفع الموانع وبقوله له سلمت اليك بحكم الكفالة حتى لو لم يقل ذلك لم يبرأ لان التسليم قد يكون بغير حكم الكفالة فلابد من ان يقول ذلك الا اذا سلمه بعد الطلب لدلالة الطلب على ان التسليم بحكم الكفالة ولو سلم الكفيل المكفول به الى الطالب فابى ان يقبله يجبر على القبول ويترك قابضا بالتخلية كالغاصب اذارد المغصوب او قيمته والمديون اذا قضى الدين (و) برئ ايضا من الكفالة (بتسليمه) اى المكفول به (نفسه) الى المكفول له (هنا) اى حيث يمكن المكفول له مخاصمة المكفول به لحصول المقصود ولابد ان يقول عند تسليم نفسه سلمت اليك بحكم الكفالة لما قدمنا (وان شرط تسليمه عند القاضى) ان للوصل بالمسئلتين السابقتين وانما برئ بالتسليم عند غير القاضى مع شرط التسليم عنده لان المقصود هو التسليم على وجه يتمكن المكفول له من احضاره الى مجلس الحكم وقد وجد وقيل لا يبرأ فى زماننا اذا شرط تسليمه فى مجلس القاضى فسلم فى غيره مما يمكن مخاصمته فيه كالسوق وهو قول زفر وبه يفتى لان اكثر الناس فى زماننا يعينون المطلوب على امتناع المطلوب من الحضور الى مجلس القاضى للعناد وغلبة الفساد فكان التقييد بمجلس القاضى مفيدا (وان مات المكفول له) لم تبطل الكفالة (فلوصيه او وارثه مطالبته به) اى مطالبة الكفيل بالمكفول به لان وصيه قائم مقامه فى استيفاء حقوقه ووارثه خليفته فيها بخلاف الكفيل بالنفس حيث تبطل الكفالة بموته لان التسليم منه لايمكن ووارثه ووصيه لايقومان مقامه الافيماله والكفالة عليه (وان كفل بنفسه على انه) اى الكفيل (ان لم يوافيه) اى بالمكفول بنفسه الى الطالب (غدا فعليه المال) الذى على المكفول (صح) هذا العقد بما اشتمل عليه من كفالتى النفس والمال وقال مالك والشافعى لايصح (فان لم يسلم) الكفيل المكفول بنفسه الى الطالب (غدا) مع قدرته (ضمن)

(و) يبرأ الكفيل (بتسليمه) اى بتسليم المكفول به نفسه الى المكفول له بجهة الكفالة بان قال سلمت نفسى اليك عن الكفيل ولو لم يقل عن الكفيل لايبرأ (هنا) اى فى مكان يمكنه مخاصمته وكذا يبرأ اذا سلمه وكيل الكفيل اورسوله لقيامهما مقامه بخلاف ما اذا سلمه اجنبى حيث لا يبرأ ولايشترط قبول الطالب التسليم لان الكفيل يبرأ نفسه بايفاء ما التزم فلا يتوقف ذلك على قبول صاحب الحق كالمديون اذا وضع الدين بين يدى الطالب فانه لايشترط قبوله (وان شرط تسليمه عند القاضى) اى يبرئ الكفيل بتسليم المكفول به حيث يمكنه مخاصمته وبتسليم نفسه هنا وان كان شرط تسليمه فى مجلس القاضى لان المقصود تسليمه على وجه يوصله الى حقه وقد حصل وقيل فى زماننا لا يبرئ لان اكثر الناس فى زماننا يعينون المطلوب على الامتناع من الحضور والانقياد لغلبة اهل الفساد فكان التقييد بمجلس القاضى مفيدا (وان مات المكفول له فلوصيه) ان كان له وصى (او وارثه) ان لم يكن له وصى (مطالبته) الكفيل (به) اى بالمكفول به لقيام الوصى اوالوارث مقامه (وان) كان له على اخر مال (وكفل) رجل (بنفسه) على انه (ان لم يوافه به) اى لم يأت به (غدا فعليه المال) (صح) الكفالتان اى الكفالة بالنفس والكفالة بالمال (فان لم يسلم) النفس (غدا ضمن المال) لانه علق الكفالة بالمال بعدم الموافاة وهذا التعليق صحيح لتعامل الناس به واذا لم يوافه بنفسه حتى لزمه

الكفيل (المال) لوجود الشرط (ولم يبرأ من كفالته بالنفس) اذ لا منافاة بين الكفالتين ولهذا لو كفل بهما جميعا صحت وقد صحت الكفالة بالنفس فلا يبرأ منها الا بالموافاة بها ولم توجد (وان مات) اوجن (المكفول عنه) اللام للعهد والمعهود هو المكفول بنفسه الذى شرط كفيله انه ان لم يوافى به غدا فعليه ما عليه من المال (ضمن) الكفيل (المال) لتحقق الشرط وبرئ من الكفالة بالنفس لموت المكفول بنفسه (واما بالمال) عطف على اما بالنفس (فتصح) الكفالة (وان جهل المكفول به اذا صح دينه) قيد به احترازا عن بدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح لان الدين الصحيح لايسقط الا بالاخذ اوالابراء وبدل الكتابة يسقط بغيرهما وهو عجز المكاتب اولثبوته فى ذمة المكاتب مع المنافى لانه عبد ما بقى عليه درهم والمولى لايستوجب على عبده دينا الا انه لحاجته الى العتق يثبت الدين فكان ثابتا فى حقه لا فى حق صحة الكفالة وقال الشافعى فى الجديد والثورى والليث وابن ابى ليلى وابن المنذر لايصح ضمان المجهول لان الضمان التزام مال فلايصح اذا كان المال مجهولا كالثمن فى البيع ولنا قوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) وحمل البعير يختلف باختلاف البعير (نحو كفلت بمالك عليه) وهو لا يعلم كم له عليه (اوبمايدرك فى هذا البيع) وهو لايعلم مايدركه فيه وهذه كفالة الدرك وهى جائزة بالاجماع والدرك التبعة يسكن ويحرك (اوعلق الكفالة) عطف على جهل المكفول به اى وصح الكفالة بالمال ان علقها الكفيل (بشرط ملايم نحو ما بايعت فلانا) فعلى ثمنه (اوماذاب) اى وجب وثبت مستعار من ذاب الشحم (لك عليه) اى على فلان فعلى (اوما غصبك) فلان فعلى قيد بفلان اشارة الى ان المكفول عنه يجب ان يكون معلوما لان جهالته تمنع صحة الكفالة نحو ما غصبك احد فعلى وقيد الشرط بالملايم لان غيره لايصح تعليق الكفالة به وفسروا الشرط الملائم بمايكون شرطا لوجوب الحق كان استحق المبيع اوشرطا لامكان الاستيفاء كان قدم زيد وهو مكفول عنه

الكفيل (المال) لوجود الشرط (ولم يبرأ من كفالته بالنفس) اذ لا منافاة بين الكفالتين ولهذا لو كفل بهما جميعا صحت وقد صحت الكفالة بالنفس فلا يبرأ منها الا بالموافاة بها ولم توجد (وان مات) اوجن (المكفول عنه) اللام للعهد والمعهود هو المكفول بنفسه الذى شرط كفيله انه ان لم يوافى به غدا فعليه ما عليه من المال (ضمن) الكفيل (المال) لتحقق الشرط وبرئ من الكفالة بالنفس لموت المكفول بنفسه (واما بالمال) عطف على اما بالنفس (فتصح) الكفالة (وان جهل المكفول به اذا صح دينه) قيد به احترازا عن بدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح لان الدين الصحيح لايسقط الا بالاخذ اوالابراء وبدل الكتابة يسقط بغيرهما وهو عجز المكاتب اولثبوته فى ذمة المكاتب مع المنافى لانه عبد ما بقى عليه درهم والمولى لايستوجب على عبده دينا الا انه لحاجته الى العتق يثبت الدين فكان ثابتا فى حقه لا فى حق صحة الكفالة وقال الشافعى فى الجديد والثورى والليث وابن ابى ليلى وابن المنذر لايصح ضمان المجهول لان الضمان التزام مال فلايصح اذا كان المال مجهولا كالثمن فى البيع ولنا قوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) وحمل البعير يختلف باختلاف البعير (نحو كفلت بمالك عليه) وهو لا يعلم كم له عليه (اوبمايدرك فى هذا البيع) وهو لايعلم مايدركه فيه وهذه كفالة الدرك وهى جائزة بالاجماع والدرك التبعة يسكن ويحرك (اوعلق الكفالة) عطف على جهل المكفول به اى وصح الكفالة بالمال ان علقها الكفيل (بشرط ملايم نحو ما بايعت فلانا) فعلى ثمنه (اوماذاب) اى وجب وثبت مستعار من ذاب الشحم (لك عليه) اى على فلان فعلى (اوما غصبك) فلان فعلى قيد بفلان اشارة الى ان المكفول عنه يجب ان يكون معلوما لان جهالته تمنع صحة الكفالة نحو ما غصبك احد فعلى وقيد الشرط بالملايم لان غيره لايصح تعليق الكفالة به وفسروا الشرط الملائم بمايكون شرطا لوجوب الحق كان استحق المبيع اوشرطا لامكان الاستيفاء كان قدم زيد وهو مكفول عنه

اوشرطا

المال (لم يبرأ من كفالته بالنفس) اذ لاتنافى بين الكفالتين فكل واحد منهما للتوثيق حتى لو كفل بهما معا يصح وانما يبرأ اذا ادى المال لانه لم يبق للطالب على المكفول به شئ فلا فائدة فى الكفالة بالنفس وقال الشافعى رح لايصح الكفالتان اما الكفالة بالنفس فلانه مثل له لاينقاد له بل بما نعه ويد افعه واما الكفالة بالمال فلانها سبب وجوب المال وتعليق سبب وجوب المال بالخطر لا يصح كالبيع ولنا فى الكفالة بالنفس انه يقدر على تسليمه ببيان موضعه للطالب لان الكفيل يكون من معارفه ظاهرا فيقدر على تسليمه بنفسه اوبالاستعانة باعوان القاضى اذ الظاهر انه يكفل من يقدر على تسليمه بنفسه اوبالاستعانة باعوان القاضى وفى الكفالة بالمال انها تشبه النذر ابتداء باعتبار التزام المال وتشبه البيع انتهاء لان الكفيل يرجع على الاصيل بما ادى عنه فكان مبادلة فقلنا لايصح تعليقها بمطلق الشرط كهبوب الريح عملا بشبه البيع ويصح بشرط متعارف كعدم الموافاة به فى وقت كذا عملا بشبه النذر (وان مات المكفول عنه) فى هذه الصورة (ضمن) الكفيل (المال) لان شرط لزوم المال عدم الموافاة وقد وجد (واما بالمال عطف على قوله اما بالنفس فتصح الكفالة بالمال (وان جهل) المال (المكفول به اذا صح دينه نحو) ان يقول (كفلت بمالك عليه اوبمايدرك فى هذا البيع) فان جهالة المال المكفوك به لا يمنع صحة الكفالة لبنائها على التوسع لانها تبرع ابتداء وهذا الضمان يسمى ضمان الدرك وهو ضمان الاستحقاق اى يضمن للمشترى رد الثمن اذا استحق المبيع مستحق والدين الصحيح ان لا يسقط الا بالاداء اوالابراء وفيه احتراز عن بدل الكتابة اذ لاتصح الكفالة به لثبوته فى ذمة المكاتب مع المنا فى لانه عبد ما بقى عليى درهم والمولى لايستوجب على عبده دينا الا انه لحاجته الى العتق ثبت الدين فكان ثابتا فى حقه لا فى حق الكفالة (اوعلق الكفالة بشرط ملائم لها) بان كان شرطا لوجوب المال (نحو ما بايعت فلانا) فانى ضامن للثمن لاما اشتريته منه فانى ضامن للمبيع فان الكفالة بالمبيع لايجوز (اوماذاب لك) اى حق ثبت ووجب مستعار من ذوب الشحم (عليه) اى على فلان (اوماغصبك فلان فعلى) ضامانه وانما قيد بفلان حتى يصير المكفول عنه معلوما لان جهالة المكفول عنه يمنع صحة الكفالة فلو قال ما بايعت من الناس اوماذاب لك على الناس اوماغصبك احد شيئا فعلى ضمانه لم يصح الكفالة

او شرط التعذر الاستيفاء كان غاب عن البلد (وان علق) الكفيل الكفالة (بمجرد الشرط) اى بشرط غير ملايم (فلا) اى فلا يصح الكفالة ولا يجب المال ذكره قاضيخان وغيره (كان هبت الريح) او ان جاء المطر او ان دخل زيد الدار ولو جعل الاجل فى الكفالة الى هبوب الريح ونحوه لا يصح التأجيل ويصح الكفالة ويجب المال حالا وعند الشافعى واحمد لا يصح الكفالة ثم مذهب الشافعى ان تعليق الكفالة بالشرط لا يصح مطلقا لانه تعليق المال بالخطر ولنا الاجماع على صحة الكفالة بالدرك وهى مضافة الى سبب الوجوب بالاستحقاق وقوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) حيث علق الكفالة بشرط مجىء الصواع وشريعة من قبلنا اذا قص الله علينا بلا انكار شريعة لنا ثم الكفالة بالنفس كالكفالة بالمال فى جواز تعليقها بشرط ملائم وعدم جوازه بشرط غير ملائم وجواز تأجيلها الى اجل معلوم وبمجهول جهالة يسيرة كالتأجيل الى العطاء والى قدوم الحاج لا الى هبوب الريح ونحوه فان اجل اليه بطل الاجل دون الكفالة ولزم تسليم النفس فى المال (وان كفل بمالك عليه ضمن ما قامت به بينة) لان الثابت بالبينة كالثابت بالعيان (وان لم يقم) بينة (فالقول للكفيل) فى قدر ما اقر به لانه منكر للزيادة والقول قول المنكر مع يمينه (ولو اقر) الاصيل باكثر مما اقر الكفيل (صدق الاصيل فى الزيادة على نفسه) لان له ولاية عليها (فقط) اى لا يصدق على الكفيل اذ لا ولاية له عليه (فاذا طالب الدائن احدهما) اى الاصيل او الكفيل (فله) اى للدائن (مطالبة الآخر) لان الكفالة كما مرضم ذمة الى ذمة فى المطالبة وذلك يقتضى قيام المطالبة الاولى لا البراءة عنها الا اذا شرط البراءة عنها فان الكفالة حينئذ تكون حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبراء بها المحيل تكون كفالة (ويصح) الكفالة (بامر الاصيل وبلا امره) لانها تصرف من الكفيل فى نفسه بالتزام ان يطالبه الدائن ولا ضرر على الاصيل فى ذلك فان امر الاصيل الكفيل بالكفالة رجع الكفيل بالكفالة عليه بعد اداه بما ضمنه سواء ادى بما ضمنه او ادى خلافه حتى لو كفل بالف جياد وادى الفا زيوفا برضاء الطالب رجع بالجياد ولو كفل بالف زيوفا وادى جيادا يرجع بالزيوف امار جوعه على الآمر فلانه ادى دينه بامره فيرجع به عليه واما بما ضمنه فلان رجوعه بحكم الكفالة فكان بما دخل تحتها (وان لوزم) الكفيل بالمال من جهة الدائن (لازم) الكفيل (اصيله) حتى يخلصه (وان حبس)

(وان علق) الكفالة (بمجرد الشرط) المحض بان كان غير ملائم (فلا) يصح الشرط اما الكفالة فصحيحة (كان هبت الريح اوجاء المطر) وكذا اذا كفل به الى مجىء المطر اوهبوب الريح بطل الاجل وصحت الكفالة لانهما ليستا من الاجال المتعارفة بين التجار والكفالة مما يصح تعليقها بالشرط فلا يبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق (وان كفل بمالك) واجب (عليه ضمن) قدر (ما قامت به بينة) لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا فيتحقق ما عليه فتصح الكفالة به (وان لم يقم به) بينة (فالقول للكفيل) فى مقدار ما يعترف به مع يمينه فى نفى الزيادة وينبغى ان يحلف على العلم لان الحلف فيما يجب على الغير ليس الا على العلم (وصدق الاصيل فى) القدر (الزائد على نفسه فقط) دون الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة فيقتصر الزائد على الاصيل ولا يتعدى الى الكفيل بخلاف البينة فانها حجة متعدية (واذا طالب الدائن احدهما) اى الاصيل او الكفيل (فله مطالبة الاخر) ومطالبتهما معا وهذا بخلاف المالك اذا اختار تضمين احد الغاصبين فانه ليس له ان يضمن الاخر لانه اذا ضمن احدهما بالرضاء او القضاء فقد ملك المغصوب منه فلا يملك رجوعه وتمليكه من الاخر والمطالبة بالكفالة لا يتضمن التمليك مالم يوجد حقيقة الاستيفاء حتى اذا استوفاه من احدهما صار الدين ملكا له فلا يكون له مطالبة الاخر وفى الغصب اذا اختار تضمين احدهما بلا رضاء او قضاء له مطالبة الاخر ايضا (وتصح) الكفالة (بامر الاصيل وبلا امره) لانه تصرف فى حق نفسه بالتزام المطالبة عليها (فان امر الاصيل رجع) الكفيل (عليه بما ادى) بعد اداه لانه ادى دينه بامره فيرجع عليه ولا يطالب الكفيل الاصيل قبل الاداء (وان لوزم) الكفيل بالمال (لازم اصيله) حتى يخلصه (وان حبس)

(حبسه ايضا) لانه الذى ادخله فى هذه العهدة فيلزمه تخليصه (وابراءه) اى ابراء الطالب (وتاجيله) اى تاخير الطالب الدين من الاصيل (يسرى الى الكفيل) ويتاخر الدين عنه اذ الدين على الاصيل عندنا وعلى الكفيل المطالبة به وهى تابعة للدين فكان من ضرورة سقوطه سقوط المطالبة والتاجيل ابراء موقت فيعتبر بالمؤبد (لا عكسه) اى ابراء الطالب الكفيل لايسرى الى الاصيل لان سقوط الفرع لا يوجب سقوط الاصل وكذا التأجيل بخلاف ما لو كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأخر عن الاصيل (وان صالح الكفيل) الطالب (عن الف على مائة برىء) الكفيل والاصيل عن تسعمائة اذ الصلح اضيف الى الالف وهو دين على الاصيل فيبرأ الاصيل فيبرأ الكفيل ايض ضرورة (و) اذا ادى الكفيل المائة (رجع) على الاصيل (بها) اى بالمائة ان كانت الكفالة بامره لانه بالاداء يملك ما فى ذمة الاصيل فاستوجب الرجوع (و) ان صالح عن الف (على جنس اخر فبالالف) يرجع الكفيل على الاصيل لانه مبادلة فيملك تمام ما فى ذمة الاصيل فيرجع بجميع الالف عليه فكان الطالب اشتراه بالالف من الكفيل واحاله على الاصيل (وان صالح) الكفيل (عن موجب الكفالة) وهو مطالبة الكفيل (فلا يبرأ الاصيل) ويكون للطالب حق المطالبة من الاصيل لان هذا الصلح ابراء الكفيل عن المطالبة فلا يبرىء الاصيل (ولا يصح تعليق البراءة عنها) اى عن الكفالة (بالشرط) مثل ان يقول اذا قدم زيد من سفره فانت برىء من الكفالة لان فى البراءة عنها معنى التمليك (كسافر البرا آت) كما اذا قال ان قدم فلان من السفر فانت برىء من الدين وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر وكذا على قول غيره لان فيها تمليك المطالبة وهى كالدين لانها وسيلة اليه والتمليكات لايقبل التعليق بالشرط وقيل يصح لان الثابت على الكفيل المطالبة دون الدين فى الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد بالرد ابراء الكفيل ويرتد ابراء الاصيل برده (ولايصح) الكفالة (بالحدود والقصاص) لان كل حق لا يمكن استيفاءه من الكفيل لا تصح الكفالة به اذ الكفالة انما تصح بشىء مضمون يجرى النيابة فى ايفائه ولايجرى النيابة فى العقوبات لان الغرض من شرعيتها زجر العاصى عن المعاصى وهذا لا يتحقق اذا اقيم على غير الجانى وهذا اذا كفل بنفس الحد فلو كفل بنفس من عليه الحد فقد سبق بيانه (ولا)

الكفيل (حبسه) اى حبس الكفيل اصيله لان ما لحقه انما هو من جهته فيعامله بمثله (وابراؤه) اى ابراء الدائن الاصيل (وتأجيله) اى تأخير الدين عن الاصيل (يسرى) اى الكفيل لان الكفيل ليس عليه الا المطالبة وهى تبع للدين فتسقط بسقوطه وتتأخر بتأخره (لا عكسه) اى ليس ابراء الكفيل اوتأجيله عنه يسرى الى الاصيل لان ماعلى الكفيل فرع لما على الاصيل وسقوط الفرع وتأجيله لا يوجب سقوط الاصل اوتأجيله (فان صالح الكفيل) الدائن (عن الف على مائة برأ) الاصيل لان الكفيل اضاف الصلح الى الالف التى على الاصيل فبرأ الاصيل وبرىء الكفيل ايضا لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل (ورجع) الكفيل على الاصيل (بها) اى بالمائة ان كفل بامره لانها القدر الذى اوفاه (و) ان صالح الكفيل عن الف (على جنس آخر) رجع على الاصيل (بالالف) لان الصلح بجنس آخر مبادلة بالدين فيملك الكفيل الدين فيرجع بكله على الاصيل وقال مالك والشافعى واحمد يرجع بالاقل من الدين ومن قيمة مادفع (و) ان صالح الكفيل الدائن (عن موجب الكفالة لايبرأ الاصيل) لان هذا ابراء الكفيل وحده لان موجب الكفالة ليس الا مطالبة الكفيل (ولايصح تعليق البراءة عنها) اى عن الكفالة (بشرط) لان فى الابراء عنها معنى التمليك فلا يقبل التعليق (كسافر البرا آت ولا) تصح (الكفالة بالحدود والقصاص) لان الكفالة انما تصح بما تجرى النيابة فى ايفائه والنيابة لاتجرى فى العقوبات لان الغرض من شرعها زجر المفسدين عن الفساد وهو لايتحقق اذا اقيم على غير الجانى (و) لاتصح الكفالة

بالمبيع

(بالمبيع) عن البائع لانه قبل القبض مضمون بغيره وهو الثمن الاترى انه لوهلك لايجب على البائع شئ بل يفسخ البيع والمضمون بغيره مضمون بوجه دون وجه فلاتصح الكفالة به للشك (بخلاف الثمن) فانه تصح الكفالة به عن المشترى لانه دين كسائر الديون (و) لاتصح الكفالة (بالمرهون) لانه مضمون بغيره وهو الدين يسقط به اذا هلك (والامانات) لانها غير مضمونة اصلا (كالو ديعة والعارية والمستأجر ومال المضاربة والشركة) وعندابى يوسف ومحمد العين فى يد الاجير المشترك مضمونة فتصح الكفالة بهاعندهما (و) لا (بالحمل على دابة مستاجرة للحمل) معينة و (لا) بخدمة (عبد كذا) اى مستأجر للخدمة معين لان الكفيل عاجز عن تسليم العبد والدابة لكونهما ملك غيره قيدهما بالتعيين اذلو كانا غير معينين صحت الكفالة فيهما لان المستحق حينئذ الحمل على دابة وخدمة عبد ويقدر الكفيل على ايفاء ذلك بان يحمل على دابة نفسه ويخدم بعبد نفسه (و) لاتصح الكفالة (عن ميت مفلس) اى لم يترك مالاولا كفيلا عنه وعليه دين سواء كان الكفيل اجنبيا اووارثا وهذا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ومالك والشافعى واحمد تصح لانه عليه السلام اتى بجنازة انصارى فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان اودينار ان فقال صلوا على صاحبكم فقال ابو قتادة هو على وفى رواية هما على يارسول الله فصلى عليه ولولم تصح الكفالة لماصلى عليه بعدها ولانها كفالة بدين واجب فتصح كمالو كانت فى حياته ولان الدين لا يسقط الا بالايفاء اوالابراء اوانفساخ سبب الوجوب وبالموت لم يتحقق شئ من ذلك ولهذا يؤاخذ به فى الآخرة ولايبرأ كفيله فى حياته بموته ولوتبرع انسان بقضائه صح ولابى حنيفة ان الكفالة عن الميت المفلس كفالة بدين ساقط والكفالة بدين ساقط باطلة لان صحة الكفالة تقتضى قيام الدين فى حق احكام الدنيا ليتحقق معنى الكفالة التى هى ضم الذمة الى الذمة فى المطالبة وانمالم يبرأ بموته كفيله فى حياته لانه كان خلفه فى الاستيفاء منه فجعل

المبيع بعد دفع الثمن الى البائع فيصح لتحقق معنى الضم فى المطالبة فان الكفيل يطالب بتسليم المبيع كالبائع لكن لو هلك لا يجب على الكفيل شىء كالاصيل (بخلاف الثمن) بان كفل للبائع عن المشترى بالثمن فانه يصح لانه دين كسائر الديون (ولا بالمرهون) بان كفل عن المرتهن به بمعنى انه لو هلك فى يد المرتهن فعلى بدله اى قيمته لان المرهون عين مضمون بغيره وهو الدين فلا يمكن تحقق معنى الكفالة على ماذكرنا فى المبيع ولو كفل بتسليم المرهون عن المرتهن الى الراهن بعد ما استوفى المرتهن الدين يصح (ولا بالامانات) لانها غير مضمونة (كالوديعة والعارية والمستاجر ومال المضاربة ومال الشركة) وعند ابى يوسف ومحمد العين فى يد الاجير المشترك مضمون فتصح الكفالة به عندهما ولو كفل بتسليم المستاجر يصح لان التسليم مستحق على الموجر ونقل عن ابى حنيفة رحمه الله تعالى ان الكفالة بالامانات التى هى غير واجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة ومال الشركة لا تصح اصلا اى لابنفسها ولابتسليمها والكفالة بالامانات التى هى واجبة التسليم كالعارية يصح بتسليم العين ومتى هلك لايجب شئ فان عين العارية غير مضمونة لكن تسليمها مضمون فان ضمن التسليم جاز وفى الذخيرة الكفالة بتمكن المودع من اخذ الوديعة صحيحة (ولا) يصح الكفالة (بالحمل على دابة مستاجرة معينة) لان المستحق تسليم تلك الدابة والكفيل عاجز عنه لانها ملك الغير وان كانت الدابة غير معينة صحت الكفالة لان المستحق هو الحمل ويمكنه الحمل على دابة نفسه (ولا) يصح (بخدمة عبد) مستاجر (كذا) اى معين كما فى الدابة (ولا) عن (ميت مفلس) اى اذا مات المديون مفلسا فتكفل عنه رجل للغرماء لم يصح عند ابى حنيفة رحمه الله وعندهما يصح لانه كفل بدين واجب فيصح كما فى حال حياته وله ان ذمة الميت قد ضعفت عن الاداء والدين فى الحقيقة فعل الاداء ولهذا يوصف بالوجوب وبعدما مات لايتصور منه الاداء فسقط الدين فى حق احكام الدنيا والكفالة بالساقط لايجوز اما اذا بقى منه ماله يتعلق الدين بماله فلا يسقط

(ولا) تصح (بلاقبول الطالب فى المجلس) وقال ابو يوسف اذا بلغه الخبر فاجاز يجوز وقيل يجوز عنده بوصف النفاذ ورضاء الطالب ليس بشرط عنده والخلاف فى الكفالة بالنفس والمال (الا) فى مسئلة واحدة وهى ما (اذا) قال المريض لو ارثه تكفل عنى بما على من الدين لغرماؤه و (كفل الوارث عن مورثه فى مرضه مع غيبة غرمائه) فانها تصح استحسانا بطريق الوصية من المريض للوارث بان يقضى دينه ولهذا يصح وان لم يسم المريض الدين ورب الدين فان الجهالة لا يمنع صحة الوصية (ولا بمال الكتابة) اى حر تكفل به او عبد لانه ليس بدين صحيح لثبوته مع المنا فى لان المكاتب عبد ما بقى عليه درهم و المولى لا يستوجب على عبده دينا (ولا بالعهدة اى من اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة بطل الضمان لان العهدة اسم مشترك فقد يقع على الصك القديم الذى فى يد البائع لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة وهو ملك البائع وهو فى يده ولا يلزمه التسليم الى احد وقد يقع على العقد لانها اخذت من العهد والعهد والعقد سواء ويقع على حقوق وعلى الدرك وعلى خيار الشرط فيتعذر العمل بها قبل البيان فيبطل الضمان (والخلاص) اى ضمن الخلاص بطل ايضا عند ابى حنيفة لان تفسيره عنده تخليص المبيع عن المستحق وتسليمه الى المشترى لا محالة وهو باطل لانه ضمن ما لا يقدر على الوفاء به ولو ضمن تخليص المبيع اورد الثمن صح الضمان وعندهما رحمهما الله يصح ضمان الخلاص لانه عندهما مفسر بضمان الثمن ان عجز عن تسليم العين وهذا كالدرك

الدين باقيا فى حقه كما لو كان للميت مال وصح التبرع بقضائه لان صحة تمليك المال لا يتعلق بوجود الدين والحديث يحتمل ان يكون اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء فى الكفالة سواء ولا عموم لحكاية الفعل ويحتمل ان يكون وعدا بالكفالة وكان امتناعه عليه السلام من الصلوة عليه ليظهر طريق قضاء ما عليه فلما ظهر بالوعد صلى عليه (ولا) تصح الكفالة سواء كانت بالنفس او بالمال (بلاقبول الطالب فى المجلس) اى مجلس العقد وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تصح واختلف المشايخ على قوله فقيل عنده تصح بوصف التوقف حتى ان رضى به الطالب بعد القيام من المجلس نفذ وان لم يرض به بطل وقيل بوصف النفاذ ورضى الطالب ليس بشرط عنده وهو الاصح الان للطالب حق الرد (الا) فى مسئلة واحدة وهى (اذا كفل) وارث (عن مورثه فى مرضه) بان قال مريض لوارثه تكفل عنى بما على من الدين لغرمائى فتكفل عنه (مع غيبة غرمائه) وكان القياس على قولهما ان لا تصح الكفالة فى هذه المسئلة ايضا لان الطالب غير حاضر ولان الصحيح لو قال هذا لوارثه فضمنه لم يصح فكذا المريض ووجه الاستحسان ان هذا انما يصح بطريق الوصية من المريض لوارثه ان يقضى دينه لا بطريق الكفالة عنه ولهذا صح وان لم يسم المريض الدين ولا رب الدين لان الجهالة لا تمنع صحة الوصية وقالوا انما تصح اذا كان له مال ولو قال المريض لاجنبى تكفل عنى بما على من الدين فتكفل عنه اختلف المشايخ فقيل لا تصح وقيل تصح (و) لا تصح الكفالة (بمال الكتابة) وهو قول اكثر اهل العلم وعن احمد فى رواية تصح (والعهدة) بالجراى ولا تصح الكفالة بالعهدة وصورتها ان يشترى عبدا فيضمن له آخر عهدته وانما لم يصح ذلك لان العهدة اسم يقع على الصك القديم وهو ملك البائع ولا يلزمه تسليمه فان ضمن الكفيل بتسليمه الى المشترى فقد ضمن ما لا يقدر عليه ويقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى خيار الشرط فبطلت كفالته للجهالة بخلاف الدرك فان كفالته صحيحة بالاجماع لانه عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وهو امر معلوم مقدور التسليم (والخلاص) اى ولا تصح الكفالة بالخلاص وهذا عند ابى حنيفة وعندهما تصح وهذا الخلاف مبنى على تفسيره فعندهما هو تخليص البائع ان قدر عليه ورد ثمنه ان لم يقدر وهذا ضمان الدرك فى المعنى وعنده تخليص المبيع عن المستحق وتسليمه الى المشترى والكفيل لا يقدر على ذلك لان المستحق لا يمكنه منه

ولوكفل بتخليص المبيع اورد الثمن صح لانه كفل بما يمكنه الوفاء وهو تسليم المبيع ان اجاز المستحق ورد الثمن ان لم يجز (ولا) يصح (ضمان المضارب الثمن) اى ثمن سلعة المضاربة لرب المال (و) لاضمان (الوكيل بالبيع) الثمن (لموكله) لان الضمان التزام المطالبة وهى للوكيل والمضارب لانها من حقوق البيع وهما عاقدان له وحقوق البيع لا ترجع الاعلى العاقد فلو صح ضمان الثمن منهما لكان كل منهما ضامنا لنفسه وانه لايجوز (و) لايصح ضمان (احد البائعين حصة صاحبه من ثمن عبد) مثلا (باعاه بصفقة) لانه بضمانها شائعا يصير ضامنا لنفسه اذ ما من جزء يؤديه المشترى الا وهو مشترك بينهما وضمان الانسان لنفسه باطل وبضمانها معينا يصير قاسما للدين قبل قبضه حيث ميز نصيب صاحبه عن نصيبه وقسمة الدين قبل قبضه باطلة لان القسمة افراز وحيازة بان يصير حق كل واحد منهما فى حيز على حدة ولا يتصور هذا الا فى حسى والدين ليس بحسى قيد بصفقة لانهما لو باعاه بصفقتين بان سمى كل واحد منهما لنفسه ثمنا ثم ضمن احدهما للآخر صح ضمانه اذلا شركة بينهما لان نصيب كل واحد منهما ممتاز عن نصيب الآخر (وصح كفالة الخراج) اى ضمانه كما فى نسخة والمراد به الخراج الموظف كما فى بعض شروح الهداية لانه دين لازم يحبس به ويلازم لاجله ويمنع وجوب الزكوة ويطالب به اشد المطالبة فكان كسائر الديون بخلاف الزكوة حيث لايصح ضمانها وان كانت دينا مطالبا به لان الواجب فيها فعل هو عبادة والمال محل لاقامتها ولهذا لاتستو فى من تركة من هى عليه بلاوصية كما يستو فى سائر الديون (و) صح كفالة (النوائب) جمع نائبة وهى ماينوب الانسان ويطالب به اما بحق كاجرة الحارس المشترك وكرى النهر المشترك وما وظفه الامام عند الحاجة الى تجهيز جيش لقتال المشركين او الى فداء اسارى المسلمين فى وقت خلو بيت المال وهذا النوع تصح الكفالة به بالاتفاق لانه مال مضمون واما بغير حق كالجبايات التى تؤخذ على غير ما ذكرنا وهذه لا تصح الكفالة بها عند صدر الاسلام البزدوى وفى مذهب مالك والشافعى واحمد لان الكفالة التزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولاشىء من هذه على الاصيل كذلك وتصح عند فخر الاسلام على البزدوى وشمس الائمة وقاضيخان لانها فى حق المطالبة فوق سائر الديون والعبرة

ثوبا بامره ثم ضمن الثمن عن المشترى للامر لم يصح لان حق مطالبة الثمن للوكيل فيصير ضامنا لنفسه (ولا) ضمان (احد البائعين حصة صاحبه من ثمن عبد باعاه بصفقة) واحدة لان الصفقة اذا كانت واحدة فالثمن يجب لهما مشتركا بينهما فلو صح الضمان فما يؤديه ايضا من يكون مشتركا بينه وبين المضمون له فكان للمضا من ان يرجع بنصيبه على الشريك لان ما استحق من نصيب احدهما فللاخران يشاركه فيه فاذا رجع بطل حكم الاداء فى مقدار ما وقع الرجوع فيه فيصير كانه ما ادى الا الباقى ثم وثم الى ان لايبقى شىء ففى هذا الضمان ضمان ابتداء وابطاله انتهاء ولو باعا العبد بصفقتين بان باع كل واحد منهما نصفه بعقد على حدة ثم ضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن صح الضمان (وصح ضمان الخراج) لانه دين واجب حتى يحبس به ويلازم لاجله ويطالب به اشد المطالبة فاشبه سائر الديون والمراد بالخراج الخراج الموظف وهو الذى يجب فى الذمة بان يوظف الامام كل سنة على ما يراه الامام لا المقاربة وهى التى يقسم الامام ما يخرج من الارض فانها غير واجبة فى الذمة فلم يكن فى معنى الدين (والنوائب) ان اريد بها ما يكون بحق ككرى الانهار المشتركة نحو ان يقضى القاضى بكرى نهر مشترك بينه وبين غيره بشركة خاصة فابى واحد من الكرى وانفق شريكه بامر القاضى تصير حصة الابى دينا فى ذمته فتصح الكفالة بها وكذا اجرة الحارس بين قوم مضمونة تصح الكفالة بها وكذا ما وظف الامام على الناس عند الحاجة الى تجهيز الجيش لقتال المشركين وقد خلى بيت المال عن المال او احتاج الى فداء اسارى المسلمين فوظف على الناس مالا فهو واجب مضمون يصح الكفالة به وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات فى زماننا اختلف المشائخ

فيه قال بعضهم لايصح الكفالة بها لان الكفالة التزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولاشىء هنا على الاصيل وقال بعضهم يصح لانها فى حق توجه المطالبة فوق سائر الديون ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب بالمسلمين بالقسط يوجر وان كان الاخذ ظالما فى الاخذ

(والقسمة) قيل هى النائبة الموظفة الراتبة وهى المقاطعات الديوانية فى كل شهر او شهرين او ثلثة اشهر والمراد بالنوائب ماينوبه غير راتب بل يلحقه احيانا ويحتمل ان يقع وان لا يقع (و قيل معناها اذا طلب احد الشريكين القسمة من صاحبه وامتنع الاخر عن ذلك فضمن انسان بهاصح لان القسمة واجبة عليه وقيل المراد بالقسمة اجرة الكيال الذى يقسم الغلة اذا كان الخراج مقاسمة (وان كانت) النوائب والقسمة (بغير حق) كما ذكرنا (ومال لايجب على عبد حتى يعتق حال على من كفل به مطلقا) مال مبتدأ ولايجب صفة مال وحال خبره اى ان اقر عبد باستهلاك مال وكذبه المولى او اقرضه انسان او باعه وهو محجور او وطى امرأة بشبهة بغير اذن المولى فضمن رجل هذه الاموال عن العبد مطلقا اى لم يذكر الحلول ولا التاجيل صحت الكفالة ويجب على الكفيل المال حالا اما صحة الكفالة فلانه كفل بدين مضمون على الاصيل واما الحلول فلان الدين على العبد حال لوجود سببه وانما لايطالب العبد قبل عتقه لمانع عسرته لان جميع مافى يده ملك سيده ولامانع فى الكفيل فيجب حالا (وبطل دعوى ضامن الدرك) مثل ان يقول للمشترى انا ضامن للثمن ان استحق المبيع لانه ترغيب للمشترى فى الشراء فصار الكفيل مقرا بملك البائع فلا يصح دعواه لنفسه بعد ذلك (و) بطل دعوى (شاهد كتب) شهادته (شهد بذلك على صك) الشراء وقد (كتب فيه) اى فى صك الشراء (باع ملكه) او باع بيعا باتا نافذا فلا يصح دعواه بعد ذلك لان شهادته يكون اقرارا بان البائع باع ملكه او باع بيعا باتا نافذا فلا يصح بعد ذلك لان شهادته يكون اقرارا بان البائع باع ملكه او باع بيعا باتا نافذا فاذا ادعى الملك لنفسه يكون متناقضا والتناقض يبطل الدعوى (بخلاف شاهد) كتب فى صك الشراء (شهد على اقرار العاقدين) فانه لايكون كتابة الشهادة على هذا الوجه اقرارا بان البائع باع ملكه فيصح دعواه بعد ذلك الربو

فى باب الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قالوا من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط يؤجر وان كان الاخذ ظلما وقالوا ان من قضى نائبة غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع كمن قضى دين غيره بامره وقال المصنف والفتوى على الصحة كما فى الديون الصحيحة وقال الطرابلسى المذهب عدم صحتها (و) صح كفالة (القسمة) وهى حصة الواحد من النوائب (وان كانت بغير حق) قيد للمسئلتين وانما صح ضمانها لان كل واحد مطالب بنفسه محبوس به وقيل المراد بها النائبة الموظفة فى كل شهر اونحوه وبالنوائب ماينوب من غير توظيف بل يلحق احيانا ويحتمل ان يقع ويحتمل ان لا يقع (ومال) مبتداء (لايجب على عبد حتى يعتق) صفته والخبر (حال على من كفل به مطلقا) اى من غير تسمية حلول ولا تأجيل اما لو كفل بذلك المال مؤجلا تأجل فى حقه لانه التزم المطالبة به مؤجلا فيلزمه كذلك وقيد بعدم الوجوب على العبد حتى يعتق لانه محل الاشتباه بخلاف المال الذى يجب على العبد فى الحال كدين الاستهلاك عيانا ودين لزم بالتجارة باذن المولى فان كفالة الكفيل به مطلقا تصح ويكون على الكفيل به مطلقا فى الحال بلاشبهة (وبطل دعوى ضامن الدرك) ان الدار المبيعة ملكه لان كفالته بالدرك وهو رد الثمن عند استحقاق المبيع تسليم للمبيع وتصديق بانه ملك البائع فدعواه بعد ذلك ان المبيع ملكه سعى فى نقض ماتم من جهته فلا تسمع ولهذا لو كان شفيعا تبطل بضمان الدرك فى البيع شفعته (و) بطل دعوى (شاهد) على البيع ان المبيع ملكه وقد كان فى ذلك الشاهد (كتب شهد بذلك على صك كتب فيه باع ملكه) اوكتب فيه باعه وهو يملكه اوباعه بيعا باتا نافذا لان فى شهادته بذلك اعترافا بان الملك للبائع ودعواه المبيع بعد ذلك نقض له (بخلاف) دعوى (شاهد) ان المبيع ملكه وقد كان (كتب) على صك كتب فيه باع فلان ملكه (شهد على اقرار العاقدين) فان دعواه ان المبيع ملكه لا تبطل لان هذه الشهادة ليس فيها اعتراف من الشاهد بالملك للبائع اذ البيع قد يوجد من غير المالك ولو امر المكفول عنه كفيله ان يعين عليه ثوبا ففعل يكون الثوب للكفيل والربح عليه وتفسير المسئلة ان المكفول عنه امر الكفيل ببيع العينة وهو مكروه لمافيه الاعراض عن مبرة الاقراض وقد قيل اياك والعينة فانها لعينة وهو مخترع اكلة

الربوا وقد قال صلى الله عليه وسلم اذا تبايعتم بالعينة واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم والمراد باتباع اذناب البقر الاشتغال بالزراعة والاقبال عليها وبالعينة ان ياتى المحتاج الى رجل يستقرض منه عشرة دراهم مثلا فلا يرغب الرجل فى الاقراض طمعا فى اصابة الفضل الذى لا يناله بالقرض فيقول له ابيعك هذا الثوب وقيمته عشرة باثنى عشر الى اجل لتبيعه فى السوق بعشرة فيحصل ربح لى درهمين سمى عينة لان المقرض اعرض عن القرض الى بيع العين فاذا ثبت هذا فنقول الشراء يقع للكفيل لانه لم يصر وكيلا عنه بالشراء لانه لم يقل تعين لى ثوبا وانما قال تعين على وهى كلمة ضمان لا كلمة توكيل ومعنى الضمان هنا ان يقول المديون للضامن اشترلى ثوبا لتبيعه فى السوق فتقضى بثمنه الدين فان امكنك ان تبيعه بمثل البيعة فبها ونعمت وان لم يكن كذلك الا بخسران فذاك على غيران هذا الضمان باطل لانه انما يصح بما هو مضمون على غيره وخسران درهمين غير مضمون على احد فبطل ضمانه كمن يقول لاخر بايع فى هذا السوق على ان كل خسران يصيبك فانا ضامن له والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الحوالة

هى لغة اسم من الاحالة واصل تركيبها يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل الشئ من محل الى محل قال الله تعالى (لا يبغون عنها حولا) وشرعا (اثبات دين على آخر مع عدم) ذلك (الدين) اى مع نفى بقائه (على المحيل بعده) اى بعد ذلك الاثبات وقيل الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة وهو الاظهر الاخصر والاصل فيها الاجماع وقوله صلى الله عليه وسلم مطل الغنى ظلم ومن احيل على ملئ اى ثقة غنى فليحل اى فليقبل الحوالة رواه احمد وابن ابى شيبة من حديث ابى هريرة ورواه الشيخان بلفظ واذا اتبع احدكم على ملىء فليتبع ورواه احمد عن ابن عمر ايضا ولفظه مطل الغنى ظلم واذا احلت على ملئ فاتبعه وهذا الامر للندب عند اكثر اهل العلم وعند احمد للوجوب (فهى) اى الحوالة (بشرط عدم براءته) اى براءة المحيل (كفالة) لان ذلك معنى الكفالة والعبرة للمعانى دون المبانى فله ان يطالب المحيل (وهذه) اى الكفالة (بشرط براءة الاصيل حوالة) لان ذلك معنى الحوالة فليس له ان يطالب

كتاب الحوالة

هى لغة اسم بمعنى الاحالة يقال احلت زيدا بماله على على رجل فاحتال زيد به على الرجل فانا محيل وزيد محال ومحتال والمال محال به والرجل محال عليه وقولهم للمحتال المحتال له لغو لاحاجة الى هذه الصلة ويقال للمحتال هو يل كذا فى المغرب وشريعة (اثبات دين لاخر على اخر) اى على المحتال عليه وفيه احتراز عن الكفالة على الوجه الاصح (مع عدم الدين على المحيل بعده) اى بعد الاثبات فان الدين لم يبق بعد الحوالة على المحيل بل انتقل الى ذمة المحتال عليه ويبرئ المحيل عن الدين واذا كان كذلك (وهى بشرط عدم براءته) اى المحيل (كفالة وهذه) اى الكفالة (بشرط براءة الاصيل حوالة) فان المعتبر هو المعانى الا ترى ان الهبة بشرط العوض بيع

(ويصح) الحوالة (بلادين للمحتال على المحيل) فان قيل اذا احاله فقد اقر بالدين لان الحوالة نقل الدين عن ذمة الى ذمة قلنا الحوالة يستعمل فى التوكيل ويستعمل فى نقل الدين فلم يكن حجة للمحتال على ان المحيل صار معترفا بالدين بل لما كان محتملا كان القول قول من ابهمه اى المحيل مع يمينه ووجب القول بالادنى وهو التوكيل فان قيل لو كان توكيلا ينبغى ان لا يشترط رضاء المحتال عليه قلنا هو توكيل من وجه وحوالة من وجه فيعمل بالشبهين (ويصح به) اى بدين المحتال على المحيل (برضاهما) اى برضاء المحيل والمحتال (ورضاء المحتال عليه) اى الذى قبل الحوالة امارضاء المحتال عليه فلانه يلزمه الدين واما رضاء المحتال فلان الدين حقه والدين ينتقل بالحوالة فلا بد من رضاه بهما للتفاوت فى الذمم وامارضاء المحيل وهو المديون فليس بشرط ذكر فى الزيادات لانه لاضرر له فى التزام المحتال عليه الدين بل فيه نفعه صورته ان يقول رجل للطالب ان لك على فلان الفا فاحتله عنه على فرضى بذلك الطالب صحت الحولة وبرىء الاصيل وفى رواية القدورى رضاء المحيل شرط واختار فى المتن هذه الرواية (واذا تمت) الحوالة (فيبرأ المحيل من الدين) بقبول المحتال ولا يرجع المحتال على المحيل وقال زفر لا يبرأ المحيل كما فى الكفالة لا يقال لو انتقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ويبرء المحيل لما اجبر الدائن على القبول اذا نقد المحيل كما لو تبرع انسان بقضاء دينه لا نا نقول يحتمل عود المطالبة الى المحيل بالتوى فلم يكن متبرعا لان المتبرع من يقصد الاحسان الى الغير من غير ان يقصد دفع الضرر عن نفسه اصلا وهو بهذا الاداء قصد دفع الضرر عن نفسه حيث اسقط عن نفسه حق المطالبة والحبس حال اعساره فلا يكون متبرعا (الا ان يتوى) حقه اى يهلك حق المحتال والتوى عند ابى حنيفة باحد الامرين (اما بموت المحتال عليه مفلسا) ولم يترك كفيلا ولا مالا ولا دينا او بجحد المحتال عليه الحوالة (او حلفه منكر الحوالة ولا بينة) للطالب (عليها) لان التوى انما يتحقق عنده العجز عن الوصول الى الحق والعجز يتحقق بكل واحد منهما لان

الاصيل (وتصح) الحوالة (بلادين للمحتال على المحيل) فان قيل كيف يصح هذا والحوالة لابد فيها من الدين لانه ماخوذ فى تعريفها ولا يكون دين المحيل على المحال عليه لان الحوالة توجد بدونه كالحوالة بدراهم وديعة للمحيل عند المحال عليه فيكون دين المحال على المحيل اجيب بانه يصح ان يكون المحتال وكيل رب الدين اورسوله ويجوز ان يكون فى كلام المصنف مضاف مقدر اى بلاذكر دين (و) تصح (به) اى بدين للمحتال على المحيل وفى الينابيع ويشترط فى المحال به ان يكون دينا اولازما فلا تصح ببدل الكتابة وما يجرى مجراه لانه دين تسمية لا حقيقة واما وجوب الدين على المحيل قبل الحوالة فليس بشرط لصحة الحوالة (و) تصح الحوالة (برضاهما) اى المحتال والمحيل (ورضى المحتال عليه) سواء كان عليه دين للمحيل ام لا اما المحتال فلان الدين حقه والذمم متفاوتة فلابد من رضاه واما المحتال عليه فلان الدين يلزمه فلا بد من التزامه والاصح فى مذهب الشافعى ان لاحاجة الى رضاه اذا كان المحال به دين المحيل وهو قول مالك واحمد لان الحق للمحيل فله ان يستوفيه بنفسه وبغيره واما المحيل وهو المديون فيشترط رضاه لصحة الحوالة على ماذكره القدورى ولا يشترط لصحتها على ما فى الزيادات وانما يشترط للرجوع عليه اولسقوط دينه على المحتال عليه لان الحوالة فيها نفعه وهو سقوط ماعليه من الدين فصار كالمكفول عنه حيث تصح الكفالة بلا رضاه ووجه الاول وهو قول مالك والشافعى ان للمحيل ايفاء الحق من حيث شاء ولا يتعين عليه شىء من الجهات وفى صحة الحوالة بدون رضاه يتعين ذلك عليه قهرا (فيبرء المحيل من الدين) اذا تم عقد الحوالة عند عامة العلماء وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد يوثق بحق المطالبة ولنا ان الاحكام الشرعية ثبتت على وفق المعانى اللغوية ومعنى الحوالة فى اللغة النقل وهو يستدعى زوال المنقول عن المحل المنقول منه فيكون معناها الشرعى زوال الدين عن ذمة المحيل وقيل يبرأ المحيل من المطالبة دون الدين (الا ان يتوى) على زنة يسعى اى يهلك دين المحتال فلا يبرأ المحيل بتمام عقد الحوالة وذلك (بموت المحتال عليه مفلسا) بان لم يترك مالا ولا دينا على احد ولا كفيلا (او حلفه) اى بيمين المحتال عليه حال كونه (منكر الحوالة) حال كونه (لا بينة عليها) وفى نسخة ولا بينة عليها للمحتال ولا للمحيل

لان هلاك دين المحتال يتحقق بكل واحد من الموت والحلف المذكورين (وقالا) اى ابو يوسف ومحمد يتحقق التوى بموت المحتال عليه وبحلفه المذكورين كما قال ابو حنيفة رحمه الله (وبان فلسه القاضى) اى حكم بافلاسه قبل موته بعد ماحبسه لانه عجز عن الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما فصار كعجزه عن الاستيفاء بالجحود اوموته مفلسا ولابى حنيفة ان الدين ثابت فى نفسه وتعذر الاستيفاء لايوجب الرجوع الاترى انه لوتعذر بغيبة المحتال عليه لايرجع على المحيل ولان المال غادوراح فقد يصبح المرء فقيرا ويمسى غنيا وبالعكس وقال الشافعى لايرجع المحتال على المحيل وان توى دين المحتال بموت اوغيره وهو قول احمد والليث وابى ثور وابن المنذر وعن احمد اذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم الطالب ذلك فله الرجوع الا ان يرضى بعد العلم وبه قال مالك لان الافلاس فى المحال عليه عيب فكان له الرجوع كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبة (وتصح) الحوالة (بلاشئ) للمحيل (على المحتال عليه) وهو احدى صورتى الحوالة المطلقة والصورة الاخرى ان يكون للمحيل على المحتال عليه دين اوله فى يده عين ولايقيد الحوالة بشئ منهما (وبدراهم الوديعة) عطف على بلاشئ (ويبرأ) المحتال عليه (بهلاكها) اى هلاك دراهم الوديعة او استحقاقها لان الحوالة مقيدة بها وهولم يلتزم التسليم الامنها فلا يلزم التسليم من غيرها (والمغصوبة) اى وبالدراهم التى غصبها المحال عليه من المحيل (ولم يبرأ) المحتال عليه (بهلاكها) اى المغصوبة بل تبقى الحوالة متعلقة بمثلها حقيقة اومعنى لان الحوالة اذا هلك المحتال به المغصوب تتعلق بمثله فى المثلى وبقيمته فى القيمى لان المغصوب اذاهلك يهلك الى خلف وهو الضمان فكان قائما معنى فلاتبطل الحوالة بهلاكها فلايبرأ المحال عليه بخلاف الوديعة فانهاتهلك لا الى خلف لانها امانة وبالحوالة لم تخرج عن ذلك وهلاك الامانة لايوجب الضمان فيد عدم البراءة من المغصوبة بهلاكها لان المحال عليه يبرأ باستحقاقها لانها به وصلت الى مالكها ووصول المغصوب الى مالكه يوجب براءة غاصبه (وبدين عليه) عطف على بدراهم (فلايطالبه) اى المحتال عليه فى هذه الحوالات المقيدة (الا المحتال) لاالمحيل لان حق المحتال تعلق بتلك الامور كالرهن فلو ملك المحيل

(وقالا) بهذان وجه ثالث (بان افلسه) اى حكم بافلاسه (القاضى) حال حيوته وهذا بناء على ان الافلاس لايتحقق بحكم القاضى عنده لان المال غادوراح فقد يصبح الرجل فقيرا ويمسى غنيا وبالعكس وعندهما يتحقق وقال الشافعى انه لايعود الحق الى ذمة المحيل وان توى (وتصح) الحوالة (بلاشئ) للمحيل (على المحتال عليه) فان طلب المحتال عليه المحيل بمثل ما احال عليه فقال المحيل احلت بدين لى عليك ضمن المحيل مثل الدين ولا يقبل قوله لتحقق سبب رجوع المحتال عليه لانه قضى دينه بامره وهو سبب الرجوع والمحيل يدعى المحتال عليه دينا وهو ينكره والقول للمنكر (وتصح) الحوالة (بدراهم الوديعة) اى من اودع رجلا دراهم واحال بها عليه رجلا اخر صح لان المودع وهو المحتال عليه اقدر على قضاء مال الحوالة من الوديعة (و) لكن (يبرأ) المحتال عليه (بهلاكها) اى بهلاك دراهم الوديعة بعد الحوالة ان لم يمنع المحتال عليه عن التسليم عند الطلب لان المحتال عليه التزم الاداء من دراهم الوديعة فاذا هلكت برى (و) كذا تصح بالدراهم (المغصوبة) اى التى غصبها المحتال عليه (و) لكن (لا يبرأ) المحتال عليه (بهلاكها) لانها فاتت الى خلف وهو الضمان (و) يصح (بدين) للمحيل (عليه) اى على المحتال عليه والاصل فى جميع ذلك ان الحوالة نوعان حوالة مقيدة بدين للمحيل على المحتال عليه او بعين فى يده بغصب اوبوديعة اوغير ذلك ومطلقة بان يرسل الحوالة ارسالا ولا يقيدها بدين او عين او يحيل على رجل ليس عليه دين ولا فى يده عين كما يقول المديون لرب الدين احلتك بالالف التى لك على على هذا الرجل ولم يقل ليؤادیها من المال الذى كان عليه او العين الذى عنده من غصب اووديعة (فلايطالبه) اى المحيل بقبض الدين او العين المحتال عليه فى الحوالة المقيدة (الا المحتال) لان الحوالة المقيدة يتضمن امرين احدهما توكيل المحتال بقبض الدين او العين من المحتال عليه والثانى امر المحيل للمحتال عليه بتسليم ماعنده الى المحتال فلايأخذ المحيل ذلك من المحتال عليه لتعلق حق المحتال به وليس للمحتال عليه ان يدفعها الى المحيل فان دفع للمحيل ضمن للمحتال لانه استهلك ماتعلق به حق المحتال

المطالبة لبطل حق المحتال وهو لايجوز (وفى المطلقة للمحيل الطلب ايضا) اى كما انه للمحتال والظاهر فى العبارة تقديم كلمة ايضا ليكون بجنب مايتعلق به اعنى المحيل وانما يكون له الطلب لان حق المحال لم يتعلق بدين ولا بعين بل بذمة المحال عليه (فلاتبطل) الحوالة (باخذ) المحيل (ماعليه) اى على المحتال عليه من الدين اوما عنده من العين المودعة اوالمغصوبة كما لا تبطل بهلاكه (ويكره السفتجة) بضم مهملة وسكون فاء وفتح فوقانية فجيم تعريب سفته اى شئ محكم وفى الشرع (وهى اقراض لسقوط خطر الطريق) وسمى بها هذا القرض لاحكام امره وصورته ان يدفع شخص دراهم اودنانير قرضا ليدفعها اليه فى بلد آخر ليستفيد المقرض بذلك الاقراض سقوط خطر الطريق وانما كرهت لما روى الحارث بن ابى اسامة فى مسنده عن حفص بن حمزة عن سوار بن مصعب عن عمارة الهمدانى قال سمعت عليا يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل قرض جر منفعة فهو ربوا وروى ابن ابى شيبة عن ابى خالد الاحمر عن حجاج عن عطاء قال كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة وفى المبسوط وان لم تكن المنفعة مشروطة ولم يكن عرف على ذلك فلابأس به حتى لو قضاه اجود مماقبضه ولم يكن ذلك مشروطا ولاعرفا فلابأس به والله تعالى سبحانه اعلم

كتاب الوكالة

(هى) لغة بفتح الواو وكسرها الحفظ ومنه الوكيل فى اسماء الله الحسنى بمعنى الحافظ كما قال الله تعالى (حسبنا الله ونعم الوكيل) ولهذا قالوا اذا قال وكلتك بمالى انه يملك به الحفظ فقط وبمعنى الموكول اليه الامر فمعناها التفويض والاعتماد ومنه التوكل قال الله تعالى (عليه توكلنا وعلى الله فليتوكل المتوكلون) وشرعا (تفويض التصرف) فى البيع والشراء ونحوهما من انسان (الى غيره) واقامته فيه مقام نفسه ومشروعيتها بالكتاب وهو قوله تعالى حكاية (فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة) فان ماقص الله تعالى علينا عن الامم الماضية من الاحكام بلا انكار يكون حكما لنا وبالسنة وهى ماروى الترمذى انه صلى الله عليه وسلم بعث مع حكيم بن حزام بدينار ليشترى له به اضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع واشترى اضحية بدينار وجاء بدينار الى النبى صلى الله تعالى عليه

(وفى) الحوالة (المطلقة للمحيل الطلب) من المحتال عليه دينه وغصبه ووديعته (ايضا) كما ان للمحتال الطلب (فلاتبطل) الحوالة (باخذ) المحيل (ما عليه) اى على المحتال عليه من الدين اوما عنده من الغصب والوديعة سواء كانت الحوالة مطلقة او مقيدة اما فى المطلقة فظاهر واما فى المقيدة فلانه ليس للمحيل حق الاخذ فاذا دفع اليه المحتال عليه دفع ما تعلق به حق المحتال فيضمن المحتال عليه فلا يبطل الحوالة (ويكره السفتجة وهى) بضم السين وفتح الفاء تعريب سفته وصورتها ان يدفع الى تاجر مالا بطريق (الاقراض) ليدفع الى صديقه فى بلد اخر وانما يدفعه بطريق الاقراض لاعلى سبيل الامانة (لسقوط خطر الطريق) وقيل هى ان يقرض انسانا مالا ليقضيه المستقرض الى المقرض فى بلد اخر ليستفيد به سقوط خطر الطريق وانما سمى هذا القرض بها لان معنى السفته المحكم وفى هذا النوع من القرض احكام الامر فان لم يكن المنفعة مشروطة ولا كان فيه عرف الناس ظاهرا فلا باس به وهى فى معنى الحوالة لانه احال الخطر المتوقع على المستقرض ولهذا اوردها فى اخر كتاب الحوالة والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الوكالة

هى فى اللغة بالكسر والفتح مصدر وكل ومنه وكله بالبيع فتوكل به اى قبل الوكالة فالوكيل القائم بما فوض اليه والجمع الوكلاء والوكيل فعيل بمعنى مفعول لانه موكل اليه الامر اى مفوض اليه وفى الشريعة (تفويض) الانسان (التصرف الى غيره) واقامته مقام نفسه

عليه وسلم فتصدق به النبى صلى الله تعالى عليه وسلم ودعا له ان يبارك له فى تجارته وروى ابوداود والترمذى وابن ماجه واحمد مثل هذا وبعث ايضا مع عروة البارقى بدينار ليشترى له اضحية اوشاة فاشترى شاتين فباع احديهما بدينار فاتاه بشاة ودينار فدعا له فى بيعه فكان لو اشترى ترابا لربح فيه وقد وكل صلى الله عليه وسلم بالتزويج عمر وبن ابى سلمة كما رواه احمد والنسائى عن ام سلمة ان النبى صلى الله عليه وسلم لما بعث اليها وخطبها قالت ليس احد من اوليائى شاهد فقال صلى الله عليه وسلم ليس احد من اولياوك شاهد ولا غائب يكره ذلك فقال لابنها ياعمر قم فزوج النبى صلى الله عليه وسلم فزوجه قال الحافظ كان لعمر من العمر ثلاث سنين يوم تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم ومات صلى الله عليه وسلم وله فى العمر سبع سنين وقد صح ان عليا وكل عقيلا وبعد ما اسن عبد الله بن جعفر فقد روى البيهقى عن عبد الله بن جعفر قال كان على يكره الخصومة فكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن ابى طالب فلما كبر عقيل وكلنى وبالاجماع (وشرطه) اى عقد الوكالة اوالتفويض المذكور (ان يملكه) اى التصرف (الموكل) بان يكون حرا بالغا اومأذونا (و) ان (يعقله) اى التصرف (الوكيل) بان يعرف ان الشراء جالب للمبيع وسالب للثمن ويعرف الغبن اليسير من الفاحش الكثير (و) ان (يقصده) اى الوكيل بان يقصد بمباشرة السبب ثبوت حكمه اوالربح حتى لو تصرف فيما وكل به من غير قصد اوبقصد الهزل لا يقع ذلك التصرف للموكل (فصح توكيل الحر البالغ اوالمأذون مثلهما) لان الموكل مالك والوكيل اهل له والمراد بالمأذون الصبى العاقل الذى اذن له الولى والعبد العاقل الذى اذن له المولى (وصبيا) عطف على مثلهما (عاقلا) لما يملكه (وعبدا محجورين) لان الصبى العاقل ينفذ تصرفه باذن وليه فى ملك نفسه فينفذ تصرفه فى ملك غيره بتوكيله والعبد العاقل يملك التصرف على نفسه حتى صح طلاقه واقراره بالحدود فيصح تصرفه فى حق غيره بتوكيله وقال

(وشرطه) اى شرط التفويض (ان يملكه) اى التصرف الشرعى (الموكل) بنفسه لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر عليه من جهته ومن لا يقدر على شئ كيف يقدر عليه غيره وقيل هذا على قول ابى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى واما على قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى فالشرط ان يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون المؤكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمى بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع صيد وقيل المراد به ان يكون مالكا للتصرف نظرا الى اصل التصرف وان امتنع بعارض اخر وبيع الخمر للمسلم يجوز فى الاصل وان امتنع بعارض النهى (و) شرطه ان (يعقله الوكيل) اى يعرف ان الشراء جالب للمبيع وسالب للثمن والبيع على عكسه فلو وكل صبيا لا يعقل او مجنونا بطل التوكيل (ويقصده) اى يقصد بمباشرة السبب ثبوت الحكم فلو تصرف هازلا لا يقع عن الامر ثم فرع على الشرائط المذكورة وقال (فيصح توكيل الحر البالغ العاقل او الماذون) اى الصبى العاقل الذى اذنه الولى اوالعبد الذى اذنه المولى (مثلهما) اى مثل الحر البالغ اوالماذون فالاقسام تسعة لانه اما ان يكون المؤكل حرا وهو ثلثة توكيل الحر الحر وتوكيل الحر الصبى وتوكيل الحر العبد واما ان يكون المؤكل صبيا مأذونا وهو ثلثة توكيل الصبى حرا بالغا وتوكيل الصبى عبدا ماذونا وتوكيل الصبى صبيا واما ان يكون المؤكل عبدا مأذونا وهو ثلثة ايضا توكيل العبد حرا بالغا وتوكيل العبد عبدا وتوكيل العبد صبيا وعبارة المص يشمل جميع هذه الاقسام فان تقدير الكلام صح توكيل الحر مثل الحر والمأذون وتوكيل المأذون مثل الحر والمأذون بمعنى ايهما وقع صح ولا شك فى شموله الاقسام فما قيل لو قال كلامنهما لكان اشمل محل تأمل وكأنه حمل العبارة على ان المراد توكيل الحر مثله وتوكيل الماذون مثله وانت تعلم انها اعم وصح توكيل الحر اوالماذون (صبيا عاقلا اوعبدا محجورين) لان كلامنهما اهل للتصرف حيث ينفذ تصرفهما بالاذن

لكن (ترجع الحقوق) اى حقوق العقد (الى مؤكلهما) ولا يرجع اليهما لان فى رجوع الحقوق اليهما ضررا بالصبى وبالسيد فتلزم المؤكل وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى ان المشترى اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبى محجور او عبد محجور له خيار الفسخ (بكل) متعلق بيصح اى صح التوكيل (بكل ما يعقده) المؤكل (بنفسه) كالبيع والشراء والاجارة والنكاح والطلاق والخلع والصلح والاعارة والاستعارة والهبة والصدقة والايداع والرهن والارتهان والاقراض وكذا قضاء الدين وتقاضى الدين (وبالخصومة فى كل حق) والشرط ان يكون التوكيل بالخصومة برضاء الخصم فلا يصح التوكيل عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى الا برضاء الخصم الا ان يكون المؤكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او قالا رحمهما الله تعالى يصح التوكيل بغير رضاء الخصم وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى ثم قيل الخلاف فى الصحة والصحيح ان الخلاف فى اللزوم فعنده هى صحيحة غير لازمة حتى لا يلزم على الخصم الحضور والجواب بخصومة الوكيل وهذا بخلاف حالة المرض والسفر فانه ليس للخصم حق المطالبة باحضار المؤكل للعجز عن الحضور والمريض اذا لم يمكنه الحضور بنفسه ويمكنه بركوب الدابة والحمل على ايدى الناس يلزم منه التوكيل بلا رضاء الخصم وان كان لا يزيده الركوب مرضا فى الاصح واذا قال انا اريد السفر يلزم منه التوكيل بلا رضاء الخصم طالبا كان المؤكل او مطلوبا ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز اى بالخروج وحضور مجلس القاضى قيل يلزم التوكيل والحقوها بالمريض والمتأخرون اختاروا الفتوى ان القاضى اذا علم من الخصم التعنت فى اباء التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل من المؤكل وان علم من المؤكل القصد الى الاضرار بصاحبه من التوكيل لا يقبل التوكيل منه الا برضاء صاحبه (وصح) التوكيل (بايفائه) اى باداء كل حق (واستيفائه) اى قبض كل حق (الا فى) استيفاء (حد وقصاص بغيبة مؤكله) عن المجلس لانهما يسقطان بالشبهات فلا يستوفى بما يقوم مقام الغير لما فيه من نوع شبهة وقال الشافعى رحمه الله يستوفى القصاص ذلك

الشافعى لا يصح توكيل الصبى وله فى العبد المحجور قولان (وترجع الحقوق الى موكلهما) لانها لما تعذر رجوعها اليهما لاضرار الصبى المبعد من المضار واضرار سيد العبد رجعت الى اقرب الناس الى هذا التصرف وهو الموكل الا ان الحقوق تلزم العبد المحجور بعد العتق لان المانع حق المولى وقد زال بالعتق ولا يلزم الصبى بعد البلوغ لان المانع حقه وحق الصبى لا يبطل بالبلوغ (بكل ما يعقده بنفسه) الباء الاولى متعلقة بتوكيل والثانية بيعقد عطف على الاولى (وبالخصومة فى كل حق) حدا كان او قصاصا او غيرهما لان الموكل يملك مباشرة ذلك بنفسه فيملك تفويضه الى غيره (وبايفائه) اى باعطائه كل حق (واستيفائه) اى اخذ كل حق (الا فى حد) لقذف او سرقة (وقصاص بغيبة موكله) عن المجلس قيد بها لان التوكيل باستيفائهما فى حضرة الموكل جائز اتفاقا وقال مالك والشافعى واحمد يجوز التوكيل باستيفاء القصاص وحد القذف فى غيبة الموكل لانه حق العبد ويجوز استيفاؤه فى حضوره وكذا فى غيبته ولنا انهما يسقطان بالشبهة وشبهة عفو الموكل الغائب ممكنة اذ العفو مندوب اليه قال الله تعالى (وان تعفوا اقرب للتقوى) والعبرة بعموم اللفظ وقال عزوجل (فمن تصدق به فهو كفارة له) وحال الغائب غير معلوم فلعله عفا والوكيل لا يشعر بخلاف الحاضر فان حاله بعدم العفو معلوم وقد يحتاج الى التوكيل لعدم هدايته الى الاستيفاء اولان قلبه لا يحتمل ذلك بخلاف الاستيفاء فى غيبة الشهود لان رجوعهم نادر والاصل فيهم الصدق فلا يكون احتمال رجوعهم فى الغيبة شبهة ويصح التوكيل باثبات الحد والقصاص عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف لا يصح التوكيل باثبات حد الزنا وحد شرب الخمر اتفاقا ويشترط فى التوكيل بالخصومة عند ابى حنيفة رضى الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مدة السفر او امرأة مخدرة وقالا لا يشترط رضى الخصم قيل الخلاف فى الصحة والصحيح انه فى اللزوم وفى شرح الوافى ان المتأخرين اختاروا الفتوى ان القاضى اذا علم من الخصم التعنت فى اباء الوكيل لا يمكنه من

فى حال غيبة المؤكل ويجوز التوكيل باثبات حد السرقة والقذف والقصاص باقامة الشهود واذا ثبت فللمؤكل استيفاؤه وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى لا يصح التوكيل باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد رحمه الله مضطرب والاظهر انه مع ابى حنيفة رحمه الله تعالى وقيل هذا الخلاف فى حال غيبة المؤكل واما عند حضرته فهو جائز اجماعا والتوكيل باثبات حد الزنا وحد شرب الخمر لا يصح اتفاقا

(ويرجع الحقوق الى الوكيل) لا الى المؤكل (فى كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه) اى لا يحتاج فيه الى الاضافة الى المؤكل (مثل بيع وشراء واجارة وصلح عن اقرار) الوكيل فى هذه العقود يكفى ان يقول بعت واشتريت واجرت واستأجرت وصالحت ولا يحتاج الى ذكر المؤكل (فيسلم) الوكيل (المبيع) فى الوكالة بالبيع (ويقبضه) فى الوكالة بالشراء (و) يقبض (ثمن مبيعه ويجب (عليه ثمن مشريه) فيطالب به ويسلمه ولو قال والثمن عطفا على المبيع بمعنى يسلم الوكيل الثمن ويقبضه لم يحتج الى قوله ثمن مبيعه وعليه ثمن مشريه (ويخاصم) الوكيل (فى) الرجوع عند (الاستحقاق) اى اذا استحق المبيع من المشترى يرجع بالثمن على الوكيل (و) يخاصم (فى العيب) اذا باع ويخاصم فيه اذا اشترى (و) كذا يخاصم (فى شفعة ما اشترى وهو) اى المبيع (فى يده) اى فى يد الوكيل بخلاف ما اذا سلمه الى المؤكل فحينئذ لا يرد بالعيب الا باذنه ولا يخاصم هو فى الشفعة وقال الشافعى رحمه الله تعالى يرجع الحقوق الى المؤكل واعلم ان الحقوق نوعان نوع يكون للوكيل كقبض المشترى اذا كان وكيلا بالشراء ومطالبة ثمن المبيع اذا كان وكيلا بالبيع والمخاصمة فى العيب والرجوع بثمن المستحق ففى هذا النوع للوكيل ولاية هذه الامور لكن لا يجب عليه فان امتنع لا يجبر عليه المؤكل على هذه الافعال ونوع يكون على الوكيل كتسليم المبيع وتسليم الثمن ونحوهما ففى هذا النوع يكون الوكيل مدعى عليه فللمدعى ان يجبره على ذلك (ويثبت الملك) فى باب الوكالة بالشراء (للمؤكل ابتداء) اعتبارا بالتوكيل السابق هذا هو الصحيح وقيل يثبت الملك للوكيل اولا ثم ينتقل منه الى المؤكل فكأنه جرى عقد بينهما وان لم يكن ملفوظا بل هو مقتضى للتوكيل السابق (فلا يعتق قريب وكيل بشرائه) لانه لم يملكه وهذا على تقدير ثبوت الملك للمؤكل ابتداء ظاهر اما على تقدير ثبوت الملك للوكيل ابتداء ثم النقل الى المؤكل فلا يعتق ايضا لانه يثبت للوكيل ملك غير متقرر بل ينتقل الى المؤكل (و) يرجع الحقوق (الى الموكل فى) كل عقد يضيفه الوكيل الى مؤكله مثل (نكاح) فانه لو اضاف الى نفسه كان النكاح له (وخلع وصلح عن انكار او عن دم عمد وعتق على مال وكتابة وصدقة وهبة واعارة وايداع واقراض) وكذا الاستعارة والاستيجار والاستيهاب والارتهان فالحكم والحقوق كلها يتعلق بالمؤكل وكذا الوكالة بالشركة والمضاربة اما التوكيل بالاستقراض فلا يصح ولا يثبت الملك فيما استقرض للمؤكل الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلنى اليك فلان ويستقرض منك كذا فح يثبت الملك للمستقرض والفرق بين الصلح عن اقرار والصلح عن انكار ان الاول كالبيع فيلزم تسليم البدل على الوكيل واما الثانى فهو فداء اليمين فى حق المدعى عليه فالوكيل به سفير فلا يرجع الحقوق اليه فمعنى اضافة الصلح عن الانكار الى المؤكل ان حقوقه الى المؤكل فى المعنى فان زيدا ادعى دارا على عمرو فوكل عمرو وكيلا على ان يصلح على مائة فيقول زيد صالحت عن دعوى الدار على عمرو بالمائة ويقبل الوكيل هذا الصلح يلزم على عمرو تسليم المائة لا على الوكيل فان الصلح فى المعنى مضاف الى عمرو ولهذا يكون الوكيل سفيرا محضا ولا يلزم عليه شىء فكأنه قال صالحت من جهة المؤكل وهو عمرو الا ترى ان الوكيل بالبيع لو اضاف البيع الى المؤكل بان قال بعت له يرجع الحقوق الى الوكيل لا الى المؤكل وان اضاف العقد اليه لفظا لانه فى المعنى غير مضاف اليه (فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر) بناء على ان حقوق النكاح لا ترجع الى الوكيل

ذلك ويقبل التوكيل من الموكل وان علم من الموكل القصد الى اضرار الخصم بالتوكيل لا يقبل منه التوكيل الا برضاء الخصم وهو اختيار شمس الائمة السرخسى (ويرجع الحقوق الى الوكيل) فى عقد لا يحتاج الوكيل فيه الى ذكر الوكل فيرجع الى الوكيل (فى بيع وشراء واجارة وصلح عن اقرار) اذ يكفى ان يقول الوكيل بعت واشتريت وآجرت وصالحت وقال مالك والشافعى واحمد يرجع الحقوق الى الموكل (فيسلم) الوكيل (المبيع) فى الوكالة بالبيع (ويقبضه) فى الوكالة بالشراء (و) كذا يقبض الوكيل (ثمن مبيعه) فى الوكالة بالبيع (وعليه) اى على الوكيل بالشراء (ثمن مشريه) بالوكالة بالشراء (ويخاصم فى الاستحقاق و) فى (العيب و) فى (شفعة ما اشترى وهو فى يده) قيد به لان الوكيل بالشراء بعد التسليم الى موكله لا يفعل شيئا من ذلك الا بامر جديد لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم (ويثبت الملك للموكل ابتداء) خلافة وبد لا عن الوكيل باعتبار التوكيل السابق لا اصالة (فلا يعتق قريب وكيل بشرائه) بطريق الوكالة لان الوكيل لم يملكه وكذا لا يفسد نكاح منكوحته اذا اشتراها لانه لم يملكها (والى الموكل) اى ويرجع الحقوق الى الموكل فى كل عقد يحتاج الوكيل فيه الى ذكر الموكل وذلك (فى) عقد (نكاح وخلع وصلح عن انكار اودم عمد وعتق على مال وكتابة وتصدق وهبة واعارة وايداع ورهن واقراض) لان الوكيل فى هذه العقود سفير محض والسفير حاك قول غيره ومن حكى قول غيره لا يلزمه حكم ذلك القول كمن حكى قذف غيره فانه لا يكون قاذفا ومن حكى كفر غيره فانه لا يكون كافرا (فلا يطالب) بفتح اللام (وكيل الزوج بالمهر) الباء فيه وفيما بعده متعلقة بيطالب

(و) كذا (لا) يطالب (وكيلها) اى وكيل الزوجة (بتسليمها و) كذا (لا) يطالب وكيلها (ببدل الخلع (و) ان وكل بالبيع فباع الوكيل وطالب المؤكل المشترى بالثمن (للمشترى منع الثمن من مؤكل بائعه) حق القبض للوكيل والمؤكل كالاجنبى عن حقوق العقد (فان دفع) المشترى الثمن (اليه) اى الى المؤكل صح اذ الثمن المقبوض حق المؤكل لانه بدل ملكه (ولا يطالب الوكيل) المشترى بالثمن (ثانيا) لان الحق وصل الى مستحقه

فصل فى الوكالة بالبيع والشراء

وان وكل رجلا بالبيع والشراء (لايصح بيع الوكيل وشراؤه ممن ترد شهادته له) عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى لان مواضع التهمة مستثناة من الوكالات ويتهم بالعقد مع هؤلاء وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه (وصح بيع الوكيل) بالبيع مطلقا (بما قل من الثمن او كثر والعروض) وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى لانه مأمور ببيع مطلق وقد اتى ببيع مطلق خال عن التهمة فيصح بيعه وقالا رحمهما الله تعالى لايصح بيعه بنقصان الا بما يتغابن الناس فى مثله ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى (و) صح بالنقد و (النسيئة) عندنا لانه امره ببيع مطلق والتقييد بالثمن الحال يبطل صفة الاطلاق والبيع بالنسيئة معتاد بين التجار كالبيع بالنقد وعند الشافعى رحمه الله تعالى لايبيع الا بالنقد (و) صح بيع الوكيل (نصف ما وكل ببيعه) وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى لان التوكيل مطلق وهو يتناول المفترق والمجتمع الاترى انه لو باع الكل بالثمن الذى باع به النصف جاز فاذا باع النصف به اولى ان يجوز وعندهما رحمهما الله تعالى لايصح الا ان يبيع الباقى قبل ان يفترقا

(ولا) يطالب (وكيلها) اى وكيل المرأة بالنكاح (بتسليمها ولا) وكيلها بالخلع (ببدل الخلع) لان ذلك من حقوق النكاح والخلع والحقوق فيهما لاترجع الى الوكيل (وللمشترى منع الثمن من موكل بائعه) لانه اجنبى من حقوق البيع وقال مالك والشافعى واحمد لايمنعه لان الحقوق ترجع فى البيع عندهم الى الموكل (فان دفع) المشترى (الثمن اليه) اى موكل بائعه (صح ولم يطالب) بكسر اللام (الوكيل ثانيا) لان نفس الثمن المقبوض حق الموكل وقد وصل اليه ولا فائدة فى اخذه منه ثم دفعه الى الوكيل ليدفعه اليه

فصل

(لايصح بيع الوكيل وشراؤه ممن ترد شهادته له) عند ابى حنيفة وهو قول الشافعى ووجه فى مذهب احمد وقال ابو يوسف ومحمد يصح بيعه بمثل القيمة وبالغبن اليسير لانه فى حكم المثل الا من عبده ومكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة فصار البيع منهم كالبيع من اجنبى وصار الوكيل كالمضارب بخلاف العبد لان ما فى يده لمولاه وبخلاف المكاتب لان لمولاه حقا فى كسبه وبخلاف الغبن الفاحش لانه ليس فى حكم المثل ولابى حنيفة ان مواضع التهم مستثناة من الوكالة والوكيل يتهم فى العقد مع هؤلاء ولان كل واحد منهم ومن الوكيل ينتفع بمال الآخر عادة فكان مال كل واحد منهم كمال الوكيل فصار الوكيل بائعا اوشاريا من نفسه بخلاف المضارب فانه كالمتصرف لنفسه وعلى هذا الخلاف الاجارة والصرف والسلم ونحوها ثم المراد من عدم جواز البيع لهؤلاء عند ابى حنيفة فى مطلق الوكالة حتى لو قيد الوكالة بتعميم المشية جاز بيع الوكيل منهم اتفاقا بخلاف البيع من نفسه اومن ابن صغير له حيث لايجوز وان قيد بتعميم المشية لانه يؤدى الى تضاد الاحكام بان يكون مخاصما فى العيب ومخاصما وفى الذخيرة ولو باع الوكيل من هؤلاء باكثر من القيمة يجوز بلاخلاف (وصح بيع الوكيل) بالبيع اذا لم يقيد (بما قل اوكثر والعرض) اى وبالعرض (والنسيئة) اى وبالاجل ولو كان اجلا غير متعارف كخمسين سنة وهذا عند ابى حنيفة وقالا يصح بالغبن اليسير دون الفاحش وبالدراهم والدنانير دون العروض وبالاجل المتعارف وقال مالك والشافعى واحمد يصح بثمن المثل وبنقد البلد حالا فان كانت النقود مختلفة يعتبر الاغلب (و) صح للوكيل (بيع نصف ما وكل) ببيعه) مطلقا اما اذا لم يكن فى تفريقه ضرر كالحنطة والشعير فباتفاق

واما

(وصح اخذه) اى اخذ الوكيل بالبيع (رهنا) بالثمن لان حق الاستيفاء للوكيل والرهن والكفالة يؤكدان الاستيفاء فيملكهما الوكـ
(فلا يضمن) الوكيل (ان ضاع) الرهن (فى يده) لانه صار كانه استوفى الثمن الا ترى انه لو استوفى الثمن حقيقة ثم هلك فى يده لا يضمن
(او توى ما على الكفيل) بان يرفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك رحمه الله تعالى فيحكم ببراءة
الاصيل بنفس الكفالة ثم مات الكفيل مفلسا فتوى المال على الكفيل فلا ضمان على الوكيل (ويقيد شراء الوكيل بمثل القيمة وبزيادة)
يتغابن الناس (فى مثلها) ولا يجوز بما لا يتغابن فى مثله هذا بالاتفاق والفرق لابى حنيفة رحمه الله تعالى بين البيع والشراء ان التهمة
تمكنت فى الوكيل بالشراء لجواز انه اشترى لنفسه فلما لم يعجبه لغلاء الثمن اراد ان يحوله على الامر حتى لو كان وكيلا بشراء شىء
بعينه فالو اينفذ على الامر حتى لا يملك شراءه لنفسه (وهى) اى الزيادة التى يتغابن (ما قوم به مقوم) من المتقومين وقيل قدر ما يتغابن
الناس فيه فى العروض ده ده نيم وفى
الحيوانات ده يازده وفى العقارده دوازده
وانما وقع التفاوت لان التصرف يكثر وجوده
فى العروض ويقل فى العقار وفى الحيوانات
بين الامرين وكلما كثر التصرف قل
الغبن لكثرة الممارسة وتوقف شراء نصف ما
وكل بشرائه على شراء الباقى) وهذا
بالاتفاق ايضا والفرق لابى حنيفة رحمه
الله تعالى بين البيع والشراء ان فى
الشراء يتحقق التهمة فلعله اشترى
النصف لنفسه فلما علم ان الشركة عيب
اراد ان يحوله على الامر كما ذكرنا (ولو
رد مبيع على وكيل بعيب رده الوكيل على
آمره) الاصل ان الوكيل بالبيع والشراء
هو الخصم فى العيب لانه من حقوق العقد
فان كان العيب مما لا يحدث مثله كالسن
الزائدة والاصبع الزائدة او لا يحدث
مثله فى هذه المدة رده القاضى بغير
بينة ولا يمين للعلم يقينا بكذبه عند
البائع وقد اشترط فى العيب الذى
لا يحدث مثله ان يكون القضاء بالبينة
او النكول والاقرار فمعنى الاشتراط
ان يشتبه على القاضى ان هذا العيب
قديم ام لا او علم انه لا يحدث فى مدة
شهر مثلا لكن لا يعرف تاريخ البيع
فاحتاج القاضى الى هذه الحجج ليظهر
التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء
او الاطباء كالقرن فى الفرج ونحوه
وقولهن وقول الطبيب حجة فى توجه
الخصومة ولكن لا يثبت الرد بقولهن فيفتقر الى هذه الحجج للرد حتى لو عاين القاضى تاريخ البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شىء منها
فالرد على الوكيل رد على المؤكل فاما اذا كان العيب مما يحدث مثله فان رده بالبينة كان الرد على الوكيل رد ا على المؤكل لان البينة حجة
فى حق الناس كافة وكذا اذا رد بالنكول لان الوكيل مضطر فى النكول والمؤكل هو الذى اوقعه فيه فللوكيل الرد على المؤكل (الا
وكيل اقر بعيب يحدث مثله فى مثله) اى فى مثل هذه المدة كالقروح والجروح فالرد على الوكيل لا يكون رد ا على المؤكل لان الاقرار
حجة قاصرة فيظهر فى حق نفسه دون غيره ولكن للوكيل ان يخاصم المؤكل فيرد ببينة او نكول اذا كان الرد بقضاء القاضى باقرار الوكيل
وان كان المشترى رده بنفسه باقرار الوكيل من غير قضاء القاضى والعيب مما يحتمل الحدوث لزم الوكيل ذلك المعيب ولا يكون له ان
يخاصم مؤكله بحال لان هذا فسخ بالتراضى فكان له حكم عقد جديد فى حق المؤكل فكان الوكيل اشترى من المشترى وان كان العيب لا يحدث
مثله والرد بغير قضاء القاضى باقرار الوكيل لزم المؤكل بلا خصومة فى رواية وفى عامة الروايات ليس له ان يخاصم المؤكل بل يلزم الوكيل

واما اذا كان فى تفريقه ضرر كالعبد فعند ابى حنيفة خلافا لهما وهو قول
الشافعى واحمد (و) صح (اخذه) اى اخذ الوكيل (رهنا) بالثمن (او كفيلا
(بالثمن) فلا يضمن (ان ضاع) الرهن (فى يده او توى) اى هلك (ما على
الكفيل) لان الهالك فى يده كالهالك فى يد الموكل الا ترى ان الوكيل لو
استوفى الثمن حقيقة وهلك فى يده يهلك على الموكل (ويقيد شراء الوكيل)
بالشراء (بمثل القيمة وبزيادة يتغابن الناس) فيها فلا يلزم الموكل بما
شراه وكيله بزيادة على القيمة لا يتغابن فيها وهى الزيادة الفاحشة (وهى)
اى الزيادة التى يتغابن فيها (ما قوم به مقوم) اى ما يدخل تحت تقويم
المقومين عند اختلافهم قال شيخ الاسلام فى جامعه وهذا التحديد فيما لم
يكن له قيمة معلومة فى البلد كالعبيد والدواب فاما ماله قيمة معلومة كالخبز
واللحم فان الوكيل اذا زاد لا ينفذ على الموكل وان كانت الزيادة
كالفلس ونحوه لان ما يدخل تحت تقويم المقومين هو فيما يحتاج فيه الى تقويمهم
وهذا لا يحتاج (ويتوقف شراء نصف ما وكل بشرائه) اى كله (على شراء
الباقى) فان شرى الباقى لزم النصف وان لم يشتره لم يلزم (ولو رد مبيع
على وكيل بعيب) متعلق برد السابق (رده) الوكيل (على آمره الا وكيل
اقر بعيب يحدث مثله) فى تلك المدة يعنى ان من وكل رجلا ببيع شىء
فباعه وسلمه وقبض الثمن اولم يقبض فوجد المشترى به عيبا ان كان لا
يحدث مثله فى تلك المدة ورده بقضاء ببينة او بنكول او باقرار من الوكيل
فان للوكيل ان يرده على الآمر وان كان يحدث مثله ورده ببينة او بايباء

عن يمين فكذلك وان رده باقراره لم يرده على الآمر (ولزمه ذلك) المبيع لان الاقرار حجة قاصرة فتظهر فى حق المقرد ون غيره وهو غير مضطر اليه اذ يمكنه السكوت والنكول (وان باع) الوكيل (نساء) اى الى اجل (وقال قد اطلق الآمر) اوقال لم يبين (فقال) الآمر (امرتك بنقد صدق الآمر) لان الامر مستفاد من جهته وقد يكون مطلقا وقد يكون مقيدا ولا دلالة على احدهما فكان القول قوله مع اليمين كما لو انكر اصل الوكالة وعن مالك ان كانت السلعة قائمة صدق الآمر وقال احمد القول للآمر (وفى المضاربة) اذا قال رب المال امرتك بالنقد وقال المضارب اطلقت اولم تبين شيئا صدق (المضارب) لان الاصل فى المضاربة الاطلاق والعموم والقول قول المتمسك بالاصل (ولا يصح تصرف احد الوكيلين وحده) لان الموكل راض برأيهما لا برأى احدهما فاذا انفرد احدهما بطل غرضه وهذا اذا وكلهما بكلام واحد حتى لو وكلهما على التعاقب جاز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف لانه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله بخلاف الوصيين اذا اوصى كل واحد منهما بكلام على حدة حيث لا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف على الاصح لان حكم الوصية يثبت بالموت فعنده صارا وصيين وحكم الوكالة يثبت بالتوكيل فاذا كان كل واحد منهما بعقد استوى كل منهما بالتصرف وفى الذخيرة لو باع احدهما والآخر حاضر يجوز ولو كان الآخر غائبا فاجاز لم يجز عند ابى حنيفة (الا فى خصومة ورد وديعة وقضاء دين وطلاق وعتق لم يعوضا) وقال زفر والشافعى واحمد لايصح تصرف احد الوكيلين وحده فى الخصومة قيد الوديعة بالرد لان الوكيلين بقبض الوديعة لو قبض احدهما بغير اذن صاحبه يضمن لان الموكل شرط اجتماعهما على القبض ولم يوجد فصار قابضا بغير اذن المالك فان قيل ينبغى ان يضمن النصف لانه مأمور بقبض النصف اجيب بانه مأمور بقبض النصف مع صاحبه لا بدونه وقيد الطلاق والعتق بانهما لم يعوضا لانهما اذا كانا بعوض كالبيع (ولا يصح بيع عبد اومكاتب اوذمى مال صغيره المسلم و) لا (شراؤه) بماله لان المكاتب عبد مابقى عليه درهم والعبد لا ولاية له قال الله تعالى (ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لايقدر على شىء) ولكافر لا ولاية له على المسلم قال الله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) قيد بالذمى للاحتراز عن الحربى لانه فى هذا

(وان باع) الوكيل شيئا (نساء وقال قد اطلق الآمر) اى امرنى بالبيع مطلقا (وقال الآمر) لابل (امرتك) بالبيع (بنقد صدق الآمر) لان الآمر استفاد من جهة الآمر فكان القول له (وفى المضاربة) اى اذا قال رب المال المضارب امرتك بالبيع بالنقد وقال المضارب لابل دفعته مضاربة ولم تبين شيئا (صدق المضارب) لان الاصل فى المضاربة الاطلاق والعموم ثم مطلق الامر بالبيع ينتظم النقد والنسية الى اى اجل كان عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما رحمهما الله تعالى يتقيد باجل متعارف حتى لو باع باجل غير متعارف بين التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده خلافا لهما رحمهم الله تعالى (و) اذا وكل وكيلين (لايصح تصرف احد الوكيلين وحده) فيما وكلا به كالبيع ونحوه لان المؤكل رضى برأيهما فاذا انفرد احدهما بطل غرضه وهذا اذا وكلهما بكلام واحد بان قال وكلتكما ببيع عبدى هذا او بخلع امرأتى هذه اما اذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف (الا) ان يوكلهما (فى الخصومة) فلاحدهما ان يخاصم دون صاحبه لان المعهود بين الناس هو الانفراد بالتكلم صيانة لمجلس القضاء عن الشغب ولايشترط حضور صاحبه فى الخصومة عند الجمهور وقيل يشترط ولكنهما لايقبضان الا معا لان اجتماعهما على القبض ممكن والمؤكل رضى بامانتهما لابامانة احدهما وقال زفر رحمه الله تعالى لايصح الانفراد بالخصومة (و) الا (فى رد وديعة) قيد بردها لانه اذا وكل وكيلين بقبض وديعة ليس لاحدهما ان ينفرد بالقبض فقط (وقضاء دين وطلاق وعتق لم يعوضا) لان هذه الامور لاتحتاج الى الرأى وفى التعبير المحض عبارة الواحد كعبارة العدد

(ولايصح بيع عبد اومكاتب مال صغيره) مسلما كان الصغير اوذميا (اوذمى مال صغيره المسلم وشراءه) اى الشراء للصغير بماله اذلا ولاية للعبد والمكاتب فى مال ولدهما الصغير ولاولاية للذمى فى مال صغيره المسلم

الحكم مثله بل عن المرتد لان ولايته على اولاده واموالهموقوفة فان اسلم جعل كانه لم يزل مسلما فينفذ تصرفه وان مات اوقتل على ردته تبطل لتقرر جهة انقطاع الولاية (والامر بشراء الطعام) يقع على الحنطة ودقيقها بناء على العرف والعادة وقيل يقع (على البر فى دراهم كثيرة) وهى عشرة فما فوقها (وعلى الخبز فى) دراهم (قليلة) وهى الثلاث (وعلى الدقيق فى) دراهم (متوسطة)وهى مابين الكثيرة والقليلة (وفى متخذ الوليمة) يقع (على الخبز) وان كثرت الدراهم والفارق فى ذلك العرف وقراين الاحوال وقال بعض مشايخ ماوراء النهر الطعام فى عرفنا مايمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ او المشوى دون الحنطة ودقيقها قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى (وصح الامر بشراء حمار) وفرس وبغل وشاة وثوب هروى ونحوها لان الجنس صار معلوما بالتسمية وانما الجهالة فى الوصف وهى يسيرة وقد ثبت انه عليه السلام وكل بشراء شاة للاضحية (و) الامر بشراء (دار ان ذكر ثمنها ومحلتها) لان الدار تختلف اختلافا فاحشا بحسب الاغراض والمرافق والجيران والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال فان سمى الثمن والمحلة صارت معلومة عادة وبقيت الجهالة يسيرة (و)بشراء (شىء علم جنسه من وجه وذكر ثمن وعين) ذلك الشىء (نوعا) اى من جهة النوع فلو وكله بشراء عبد لايصح لانه يشمل انواعا ففحشت الجهالة فان سمى الثمن اوعين النوع كتركى وحبشى صح التوكيل (لا ان فحش) اى لا تصح الوكالة بشراء شىء فحش (جهالة جنسه) وان ذكر الثمن (كالرقيق والثوب والدابة) لان الثوب يتناول اجناسا شتى من الاطلس الى الكساء والدابة فى اللغة اسم لما يدب وفى العرف للفرس والحمار والبغل والرقيق يشمل الذكر فينصرف التوكيل اليه دون الحنطة والدقيق والخبز قال صدر الشهيد رحمه الله تعالى وعليه الفتوى واذا لم يدفع الى الوكيل شيئا وقال اشترلى حنطة لم يجز على الامر لانه لم يبين له المقدار وجهالة القدر فى المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لايقدر على تحصيل مقصود الامر بما سمى له (وفى امر متخذ الوليمة يقع) الطعام (على الخبز) فقط سواء كان الدراهم كثيرة اوغيرها بدلالة القرينة (والامر بشراء حمار يصح) اى يصح التوكيل بشراء الحمار وان لم يسم الثمن لان الجنس صار معلوما بالتسمية وانما الجهالة فى الوصف (و) الامر (بشراء دار) يصح (ان ذكر ثمنها ومحلتها) لانها تختلف باختلاف الجيران والمحال اختلافا فاحشا (و)بشراء (شىء علم جنسه من وجه وذكر) نوع او ذكر (ثمن وعين نوعا) الاصل ان الجهالة على ثلثة انواع جهالة فاحشة وهى جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب او الدابة او الرقيق فان تحت كل منها اجناسا وهى تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن وجهالة يسيرة وهى جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار او الفرس او البغل وجهالة متوسطة وهى بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد او امة اودار فان بين الثمن او النوع يصح ويجعل ملحقا بجهالة النوع وان لم يبين الثمن والنوع لايصح ويلحق بجهالة الجنس واذا ثبت هذا فنقول يصح التوكيل بشراء فرس اوبغل اوحمار وان لم يسم الثمن لان هذه الجهالة جهالة النوع فكانت يسيرة ويمكن دركها بالنظر الى حال الموكل وصح التوكيل بشراء عبد اوامة اودار ان سمى ثمنا اونوعا لانه قلت الجهالة ويمكن دركها بحال المؤكل وان لم يبين الثمن والنوع لايصح لانه شمل انواعا اما العبد فكالتركى والحبشى والهندى والمولد وكذا الامة واما الدار فكما ذكرنا فان بين النوع كالتركى مثلا اوذكر ثمنا علم به النوع يصح التوكيل والا فلا (لا) يصح الامر والتوكيل (ان فحش جهالة جنسه كالرقيق) فانه ينقسم الى ذكر وانثى وهما من بنى آدم جنسان مختلفان لاختلاف المقاصد ثم كل منهما قد يقصد به الجمال كالتركى وقد يقصد به الخدمة كالهندى (و) كذا (الثوب والدابة) فان الثوب يتناول اجناسا شتى من الاطلس الى الكساء والدابة فى اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفى العرف يقع على الفرس والحمار والبغل

وان امر رجلا بشراء عبد بالف (صدق الوكيل) فى قوله (اشتريت عبد اللامر فمات) العبد عندى (وقال الامر) لابل اشتريت العبد (لنفسك ان كان دفع الامر الثمن) الى الوكيل لانه امين ادعى الخروج عن عهدة الامانة والامر يدعى الثمن عليه وهو ينكر الثمن (والا) اى وان لم يدفع الامر (فالامر يصدق) لان الوكيل اخبر عما لا يملك استيفاءه وهو الشراء وغرضه الرجوع بالثمن والامر منكر والقول للمنكر وهذه المسئلة على ثمانية اوجه لانه اما ان يكون الثمن منقودا اولا وكل وجه على وجهين لانه اما ان يكون مأمورا بشراء عبد بعينه اوبغير عينه وكل وجه على وجهين لانه اما ان يكون العبد حيا حين اخبر الوكيل بالشراء اوميتا فان كان مامورا بشراء عبد بعينه فان اخبره بشرائه والعبد قائم حى فالقول للمأمور اجماعا منقودا كان الثمن اولا وان كان العبد ميتا حين اخبر فقال هلك عبد عندى بعد الشراء وانكره المؤكل فان كان الثمن غير منقود فالقول للامر وان كان منقودا فالقول للمامور وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المأمور اشتريته لك وقال الامر بل عبدك اشتريت لنفسك فان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور وان لم يكن منقودا فالقول للامر عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما رحمهما الله تعالى القول للمأمور وان كان العبد ميتا وهى مسئلة الكتاب فان لم يكن الثمن منقودا فالقول للامر وان كان منقودا فالقول للمأمور (وللوكيل) بالشراء (حبس المبيع من امره لقبض ثمنه وان لم يدفع) الوكيل (الثمن الى بائعه) لانه يعتبر مبادلة حكمية بين الوكيل والمؤكل فكان الوكيل بائع والمؤكل مشتر والمبائع حبس المبيع لقبض الثمن وعند زفر رحمه الله تعالى ليس له حق الحبس (فان هلك) فى يد الوكيل (بعد الحبس) ضمن ضمان المبيع و (سقط كل الثمن) من امره قلت قيمته اوكثرت وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لانه لما كان الوكيل مع المؤكل كالبائع مع المشترى يسقط كل الثمن بهلاكه وعند زفر رحمه الله تعالى يضمن الوكيل القيمة ضمان الغصب وعند ابى يوسف رحمه الله تعالى يضمن ضمان الرهن حتى لو كان فيه وفاء بالثمن يسقط والا يرجع الوكيل بالفضل على المؤكل فان كان الثمن مساويا للقيمة فلا اختلاف وان كان الثمن عشرة والقيمة خمسة عشر فعند زفر رحمه الله تعالى يضمن خمسة عشر وعند الباقين يضمن عشرة وان كان بالعكس فعند زفر رحمه الله تعالى يضمن المشترى عشرة فيطالب الخمسة من المؤكل وكذا عند ابى يوسف رحمه الله تعالى لان الرهن يضمن باقل من قيمته ومن الدين وعند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يكون مضمونا بالثمن وهو خمسة عشر وقوله بعد الحبس احتراز عما اذا هلك قبل الحبس فللوكيل ان يرجع بالثمن على الامر

والانثى وهما من بنى آدم جنسان مختلفان وتسمية الثمن لاتزيل هذه الجهالة اذ يوجد بما سمى واحد من كل جنس ولا يعرف مراد الامر والامر بما لا يقدر المأمور على الامتثال به باطل الا ان يفوض الموكل الامر الى رأى الوكيل بان يقول له اشترلى بالف ثيابا اودوابا او اشياء او ما شئت اوما رأيت اوادنى شئ حضرك اوما يوجد اوما يتفق لان فى التعميم دلالة على التفويض الى رأيه (وصدق الوكيل) بشراء عبد بغير عينه (فى شريت عبدا للامر فمات وقال الامر) شريته (لنفسك ان) كان (دفع) الامر الثمن) الى الوكيل لانه حينئذ امين على الثمن وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة على الوجه الذى امره به فكان القول قوله ولا فرق بين العبد المعين وغير المعين فتنكيره فى المتن وقع اتفاقا (والا) اى وان لم يدفع الامر الثمن الى الوكيل (فالامر) هو المصدق لان الوكيل يدعى الثمن على الموكل وهو منكر فيكون القول قوله والتقييد بالموت احتراز عما اذا كان العبد حيا فانه ان كان غير معين وكان الثمن منقودا فالقول للوكيل اتفاقا لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عندهما لانه يملك استيفاء الشراء فلا يتهم فى الاخبار عنه وعند ابى حنيفة القول للموكل وان كان العبد معينا فالقول للوكيل اجماعا سواء كان الثمن منقودا اولا وفى الذخيرة ان قول الامين معتبر مع اليمين (وللوكيل حبس المبيع) الذى امر بشرائه (من آمره لقبض ثمنه) ان دفع الوكيل الثمن الى بائعه (وان لم يدفع) وعند زفر ليس له حق الحبس اصلا لان يده كيد الموكل حكما (فان هلك) فى يد الوكيل (بعد الحبس سقط الثمن) عند ابى حنيفة ومحمد قلت قيمته اوكثرت وهو ضمان المبيع اذا هلك فى يد البائع وعند

زفر

(وليس للوكيل بشراء عين شراءه لنفسه) اى لو وكله بشراء شيء بعينه ليس له ان يشتريه لنفسه ولو اشترى لنفسه فهو للامر لانه بقبول الوكالة التزم ان ما يوجد من شرائه لهذا العين فهو للموكل وهو اعتمد عليه (فان)كان الثمن مسمى (وشراه بخلاف جنس ثمن سمى) المؤكل(وقع) الشراء(له)اى للوكيل لانه خالف امر آمره فنفذ الشراء عليه

زفر يضمن ضمان الغصب لانه صار غاصبا بحبس ما ليس له حبسه فيضمن جميع قيمته ان كان قيميا وعند ابى يوسف ضمان الرهن حتى ان كان فيه وفاء بالثمن يسقط الثمن وان لم يكن فيه وفاء يرجع الوكيل بالفضل على الموكل لانه مضمون بالحبس للاستيفاء كالرهن ولهما ان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشترى وهلاك المبيع فى يد البائع يسقط الثمن فكذا هذا قيد الهلاك ببعد الحبس لانه قبل الحبس تقرر الثمن على الموكل (وليس للوكيل بشراء عين) اى معين (شراءه لنفسه) حتى لو شرى لنفسه (فان شرى) الوكيل (بخلاف جنس ثمن سمى) او باكثر مما سمى (وقع) الشراء(له) اى للوكيل لانه خالف امر الامر فنفذ عليه الا ان ينوى وقت الشراء للامر اويضيفه الى مال الامر ولو وكل بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى به عشرين رطلا مما يباع منه عشرة بدرهم فللموكل النصف بحصته عند ابى حنيفة والزما الكل بالدرهم كمالك والشافعى لما روينا ان النبى صلى الله عليه وسلم اعطى عروة البارقى دينارا ليشترى به اضحية او شاة فاشترى شاتين فباع احديهما فاتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة فى بيعه

فصل

(للوكيل بالخصومة) والتقاضى (القبض) سواء كانت الخصومة فى عين او دين وهو وجه فى مذهب الشافعى لان التوكيل بالشيء توكيل بانمامه واتمام الخصومة والتقاضى بالقبض (ويفتى الان بخلافه) وهو ان الوكيل بالخصومة ليس له القبض افتى بذلك الصدر الشهيد وكثير من مشايخ بلخ وهو قول زفر ومالك والشافعى واحمد لان من يؤمن على الخصومة قد لا يؤمن على المال لظهور الخيانة فى هذا الزمان (وللوكيل بقبض الدين الخصومة) عند ابى حنيفة والشافعى فى رواية وقال ابو يوسف ومحمد لايكون خصما وهو رواية الحسن عن ابى حنيفة والاصح من مذهب الشافعى وظاهر الرواية عن احمد (لا بقبض العين) فان الوكيل قبضها ليس له الخصومة انفاقا (وتقصر يد الوكيل) اى الذى وكل (بقبض العبد) ممن هو فى يده فالباء متعلقة بالوكيل (ونقل المرأة) اى وتقصر يد الوكيل بنقل المرأة (ان اقام) الذى فى يده العبد (الحجة على البيع و) اقامت المرأة الحجة على (الطلاق)بان اقام الذى فى يده العبد بينة على ان الموكل باع العبد منه واقامت المرأة بينة على ان الموكل طلقها (بلا ثبوتهما) اى ولا يثبت البيع والطلاق

فصل

(للوكيل بالخصومة القبض) سواء كان الخصومة فى الدين اوفى العين وهذا اصل الرواية وقول علمائنا الثلثة خلافا لزفر رحمه الله تعالى (و)لكن (يفتى الان بخلافه) اى يفتى بقول زفر رحمه الله تعالى لظهور الخيانة فى الوكلاء فلا يكون كل من يؤتمن على الخصومة يؤتمن على المال (وللوكيل بقبض الدين الخصومة) عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى حتى لو اقام المدعى عليه بينة ان رب الدين استوفى منه وابرأه تقبل بينته وقالا رحمهما الله تعالى لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابى حنيفة رحمهما الله تعالى (لا)للوكيل (بقبض العين) فانه لايملك الخصومة حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبده وغاب وجاء الوكيل ليقبض العبد فاقام العبد بينة انه اعتقه المؤكل لم يقبل بينته فى اثبات العتق والقياس ان يدفع العبد الى الوكيل لان البينة قامت على غير خصم ولكن فى الاستحسان يسمع هذه البينة لدفع الخصومة من غير ان يثبت العتق فى حق المؤكل ويتوقف حتى يحضر المؤكل (ويقتصر يد الوكيل بقبض العبد) لانه خصم فى قصور اليد وان لم يكن خصما فى اثبات العتق على المؤكل ويتوقف حتى يحضر المؤكل واذا حضر الغائب يجب اقامة البينة (ونقل المرأة) اى اذا جاء رجل وقال انا وكيل الغائب فى نقل امرأته الى موضع كذا فاقامت المرأة البينة على ان مؤكله طلقها لايقبل هذه البينة على اثبات الطلاق ولكن يقتصر يد الوكيل بنقل المرأة حتى يحضر الغائب ان

(اقام الحجة على العتق)فى الصورة الاولى (والطلاق) فى الصورة الثانية (بلا ثبوتهما)اى بلا ثبوت العتق والطلاق كما ذكرنا

(وصح اقرار الوكيل بالخصومة) على مؤكله (عند القاضى) ولافرق بين ان يكون الوكيل بالخصومة من المدعى فاقر بالقبض او الابراء ومن المدعى عليه فاقر عليه بالحق (لايصح) اقراره (عند غيره) اى غير القاضى لكن اذا شهد شاهدان باقراره فى غير مجلس القضاء عند القاضى يخرجه القاضى من الوكالة ولايسمع خصومته لمكان التناقض وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى ومحمد رحمه الله تعالى وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى يصح اقراره عليه وان اقر فى غير مجلس القاضى وقال زفر رحمه الله تعالى والشافعى رحمه الله تعالى لايصح فى مجلس القاضى وغيره وهو قول ابى يوسف رحمه الله تعالى اولالانه مأمور بالخصومة لا بالاقرار ولنا ان الخصومة يراد بها الجواب مطلقا لا الانكار فقط فانه يمكن ان يعلم ان المدعى محق فلا يملك الانكار شرعا وتوكيله بما لايملكه لايجوز فيحمل على الجواب مجازا تحريا للصحة وطريق المجاز موجود لان الخصومة جواب مقيد فيراد مطلق الجواب (وللموكل عزل وكيله) من الوكالة فان كان الوكيل حاضرا والخصم غائبا فاراد ان يعزله فان كان وكيل المدعى صح عزله وان كان وكيل المدعى عليه فان كانت الوكالة بغير التماس المدعى صح عزله وان كانت بالتماس المدعى لايصح عزله حال غيبة المدعى لان بالتوكيل ثبت نوع حق للمدعى قبل الوكيل وهو ان يحضره مجلس الحاكم ويخاصمه ويثبت حقه عليه فلو صح عزله يبطل هذا الحق اصلا بخلاف ما اذا كان التوكيل بغير التماس الطالب حيث يصح العزل حال غيبة الطالب (ووقف) العزل (على علمه) اى علم الوكيل فان لم يبلغه الخبر فهو على وكالته وقال الشافعى ينعزل وان لم يبلغه الخبر (ويبطل الوكالة بموت احدهما) اى الموكل والوكيل (وجنونه) جنونا (مطبقا) اى مستوعبا وحد المطبق شهر عند ابى يوسف رحمه الله تعالى لانه يسقط به الصوم عنه وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس وعند محمد رحمه الله تعالى حول كامل وهو الصحيح لان استمراره حولا مع اختلاف فصوله اية استحكامه اذ يسقط به جميع العبادات كالصلوة والصوم والزكوة اما مادون الحول فلا يمنع وجوب الزكوة (ولحاقه بدار الحرب مرتدا) قالوا الحكم المذكور وهو ان يبطل الوكالة بلحاقه بدار الحرب بدون حكم القاضى قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذت فان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما فتصرفاته نافذة ولا تبطل الوكالة الا ان يموت او يقتل او يحكم القاضى بلحوقه

(وصح اقرار الوكيل) اى الذى وكل (بالخصومة) على موكله سواء كان وكيلا للمدعى او للمدعى عليه (عند القاضى) متعلق باقرار (لاعند غيره) اى لايصح اقرار الوكيل بالخصومة عند غير القاضى وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يصح اقراره عند غير القاضى ايضا وقال زفر والشافعى واحمد وابن ابى ليلى لا يصح فى الوجهين وهو القياس لانه اتى بضد ما امره به (وللموكل عزل وكيله) عن الوكالة متى شاء لان الوكالة حقه وله ان يسقطه ولو قال الموكل لوكيله كلما عزلتك فانت وكيلى لايملك عزله لانه كلما عزله تجددت الوكالة له وقيل ينعزل بقوله كلما وكلتك فانت معزول وقيل يملك عزله بان يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك الى المعلق والمنجز والصحيح ان يقول اذا اراد عزله وان لاينفذ الوكالة بعد العزل رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة لان ما لايكون لازما يصح الرجوع عنه والوكالة منه فكل من الرجوع عن المعلقة والعزل عن المنجزة صحيح (ووقف) عزل الموكل وكيله (على علمه) فمادام لم يبلغه هو على وكالته وتصرفه جائز ويشترط فى مبلغه عند ابى حنيفة اذا لم يكن رسول الموكل ان يكون عدلا او مستورين بخلافهما حيث اكتفيا بواحد وان لم يكن عدلا كالرسول اليه فانه لا يشترط فيه العدالة اتفاقا واقال الشافعى فى الاصح ومالك فى رواية لايتوقف عزل الوكيل على علمه لان الموكل بعزل الوكيل مسقط لحق نفسه فصار كالطلاق والعتاق فانه يجوز بدون علم المرأة والعبد ولنا ان فى عزله بدون علمه اضرارا به لانه ربما يتصرف بناء على انه وكيل وينقد الثمن من مال الموكل او يسلم المبيع فيضمنه ولو عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل لاينعزل وعند الشافعى واحمد ومالك فى رواية ينعزل وعن مالك ان كان فى عزله ضرر على موكله لاينعزل بدون علمه (وتبطل الوكالة) التى ليست بلازمة (بموت احدهما وجنونه مطبقا) بكسر الباء اى مستوعبا من اطبق الغيم السماء اذا استوعبها (ولحاقه) اى وبلحاق احدهما (بدار الحرب مرتدا) قيد الجنون بالاطباق ليكون كالموت لان قليله كالاغماء

وحد

وحد الجنون المطبق شهر عند ابى يوسف، لانه يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس وعند محمد حول كامل وهو الصحيح لان استمراره حولا مع اختلاف فصوله آية استحكامه ولان مادون الحول لايمنع وجوب الزكوة فلايكون فى معنى الموت والمراد بلحاقه مرتدا اذا حكم الحاكم به لان لحاقه لايثبت الا بحكم الحاكم وحينئذ تبطل الوكالة باتفاقهم واما قبل الحكم فموقوفة عند ابى حنيفة لان تصرفات المرتد عنده موقوفة فكذا وكالته فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت ونافذة عندهما لان تصرفاته نافذة فلا تبطل الوكالة الا ان يموت احدهما او يقتل على ردته او يحكم بلحوقه وقيدنا الوكالة بالتى ليست بلازمة لان اللازمة المشروطة فى عقد الرهن لا تبطل بهذه الامور (وكذا) تبطل وكالة الوكيل (بعجز موكله) حال كونه (مكاتبا) بان وكل مكاتب وكيلا ثم عجز (وحجره اى وكذا تبطل وكالة الوكيل بالحجر على موكله حال كونه (ماذونا) بان وكل ماذون وكيلا ثم حجر على ذلك المأذون وليه وهذا فى الوكيل بالعقود او الخصومات واما الوكيل بقضاء الدين او اقتضائه فلاينعزل بعجز المكاتب ولا بحجر المأذون (وافتراق الشريكين) اى وكذا تبطل وكالة الوكيل بافتراق المشاركين اذا وكلا او احدهما فيما هو من شركتهما (وان لم يعلم به) اى بماذكر من العجز والحجر والافتراق (وكيلهم) لان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بعجز الموكل والحجر عليه والافتراق فكان عزلا حكميا بهذه الاشياء فلا يتوقف على العلم بها (وتصرف الموكل) بالجر اى وكذا تبطل الوكالة بتصرف الموكل (فيما وكل به) تصرفا يعجز الوكيل عن الامتثال به مثل ان يوكل ببيع عبد ثم يبيعه او يدبره او يعتقه بنفسه وكما لو وكل وكيلا بطلاق امرأته فطلقها الموكل ثلاثا او واحدة وانقضت عدتها بطلت الوكالة لعجز الوكيل عن الامتثال ولو تزوجها الموكل بعد ذلك ليس للوكيل ان يطلقها وان كان للموكل ذلك لان تطليقها حينئذ بسبب جديد وهو حاصل للموكل دون الوكيل والله اعلم

كتاب الشركة

(هى) لغة الخلط ويطلق على عقد الشركة وان لم يوجد فيه اختلاط النصيب لان العقد سبب له وشرعا (ضربان) اى نوعان (شركة ملك وهى ان يملك (اثنان) او اكثر (عينا) بارث او بشراء او باستيلاء او بهبة او بصدقة او بوصية او

(وكذا) تبطل الوكالة (بعجز موكله حال كونه (مكاتبا وحجره) حال كونه (مأذونا) لان بقاء الوكالة يعتمد قيام امر التوكيل وقد بطل بعجز المكاتب وحجر المأذون (وافتراق الشريكين) سواء كانت الشركة مفاوضة او عنانا فانه اذا وكل احد الشريكين ثالثا فى التصرف فى مال الشركة وافترقا تبطل الوكالة فى حق الشريك الاخر الذى لم يوجد منه التوكيل صريحا وانما صار وكيلا عنه بالشركة فلما افترقا لم يبق وكيلا عنه لكن يبقى وكيلا فى حق الاخر فينبغى ان لاينعزل فيما اذا وكل الشريكان صريحا بافتراقهما (وان لم يعلم به وكيلهم) اى وكيل المكاتب والمأذون واحد الشريكين فانه لافرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمى والعلم شرط للعزل القصدى لا الحكمى كما اذا اعتق العبد الذى وكل ببيعه (وتصرف المؤكل) بنفسه (فيما وكل به) اى اذا وكل اخر بشىء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة لانه لما فعل ذلك الفعل بنفسه تعذر على الوكيل ذلك الفعل سواء لم يبق محلا للتصرف كما اذا وكله باعتاق عبده فاعتق مؤكله او بقى محلا كما لو وكله بنكاح امرأة فنكحها المؤكل ثم ابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها للمؤكل لان حاجته قد انقضت

كتاب الشركة

هى) فى اللغة الاختلاط وتركيبها دال عليه ومنه الشرك للشبكة لتشابكها واختلاط بعضها ببعض ويطلق هذا الاسم على العقد اى عقد الشركة وان لم يوجد اختلاط النصيبين فيه اذ العقد سبب الاختلاط وفى الشريعة (ضربان) احدهما (شركة ملك وهى ان يملك اثنان عينا) ارثا او شراء او هبة او صدقة او وصية او استيلاء او يختلط مالهما بلا صنع من احدهما او يخلطهما خلطا يمنع التمييز اصلا كالبر مع البر او الشعير مع الشعير او لا يتميز الا بحرج كالبر مع الشعير

باختلاط مالهما بلاصنع من احدهما اوبصنع منه خلطا يمتنع معه التمييز كالبر مع البر اوبعسر كالبر مع الشعير (وكل) من الشريكين فى هذه الشركة (كاجنبى فى مال صاحبه) فلايجوز له ان يتصرف فيه الاباذنه ويجوز له ان يبيع نصيب نفسه من شريكه ومن غيره بغير اذن شريكه الا فى صورة الخلط اوالاختلاط فانه لايجوز الاباذن شريكه (وشركة عقد وركنها الايجاب والقبول) بان يقول احدهما شاركتك فى كذا وكذا ويقول الآخر قبلت (وشرطها) اى شركة العقد (ان لايعين لاحدهما دراهم من الربح) لان هذا التعيين قد يقطع الشركة بان لايبقى بعد تلك الدراهم ربح يشتركان فيه قال ابن المنذر ولاخلاف فيه لاحد ومشروعية الشركة بالكتاب وهو قوله تعالى (فهم شركاء فى الثلث وقوله سبحانه وتعالى) وان كثيرا من الخلطاء ليبغى بعضهم على بعض (والخلطاء الشركاء وبالسنة وهو ما روى ابو داود فى سننه والحاكم فى مستدركه وصححه عن ابى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الله تعالى انا ثالث الشريكين مالم يخن احدهما صاحبه فاذا خان خرجت من بينهما اى تبرأت عنهما وعن المعاونة معهما وباجماع الامة على جوازها وبالمعقول وهو انها طريق الفضل المشروع بقوله تعالى (وابتغوا من فضل الله) اى من رزقه وبالمعاملة مع خلقه (وهى) اى شركة العقد (اربعة اوجه) الاول (مفاوضة) مشتقة من التفويض اذ كل واحد منهما يفوض التصرف الى صاحبه على الاطلاق (وهى شركة متساويين مالا اى من جهة المال والمراد مال يصلح لرأس مال الشركة كالدراهم والدنانير بخلاف العروض والعقار والديون حيث لا يشترط فيها التساوى ولا يعتبر التفاضل فيه (وحرية) اى من جهة الحرية فلاينعقد المفاوضة بين حر وعبد ولابين عبدين لان العبد لايملك التصرف ولو قال تصرفا كما فى بعض النسخ بدل حرية اوزادد كما اى عقلا كما فى الوقاية لكان احسن لان المفاوضة لاينعقد بين صغير وبالغ ولابين صغيرين وانما شرط الحرية والبلوغ لان الصبى والعبد لايملكان التكفل لكونه تبرعا ابتداء وهو شرط فى هذه الشركة (ودينا) اى من جهة الدين وهو الملة فلا ينعقد المفاوضة بين مسلم وكافر وهذا عند ابى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف وينعقد بين الكتابى والمجوسى لان الكفر كله ملة واحدة عندنا وقال مالك والشافعى واحمد لا يجوز شركة المفاوضة وهو القياس لانها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل بانفراده فاسد ووجه الاستحسان ان الناس تعاملوا بها من غير

(وكل واحد) من الشريكين كاجنبى فى مال صاحبه فلا يجوز له ان يتصرف فى نصيب الآخر الا باذنه وثانيهما شركة عقد (وركنها الايجاب والقبول) وهو ان يقول احدهما شاركتك فى كذا وكذا ويقول الآخر قبلت (وشرطها ان لايعين لاحدهما دراهم (مسماة) من الربح) لانه يقطع الشركة لاحتمال ان لايبقى بعد هذه الدراهم المسماة ربح يشتركان فيه (وهى) اى شركة (العقد اربعة انواع) مفاوضة وعنان وتقبل ووجوه وجه الانحصار فيها هو انه لايخلو اما ان يذكر المال فى عقد الشركة ام لا فان ذكر المال فلا يخلو اما ان يلزم اشتراط المساوات فى ذلك المال اى فى رأس المال والربح ام لا فان لزم ذلك فمفاوضة والا فعنان وان لم يذكر المال فلا يخلو اما ان يشترط العمل فيها بينهما فى مال الغير ام لا فالاول الصنائع والثانى الوجوه (وهى) اى المفاوضة فى اللغة المساوات يقال فاوضه فى كذا اى جازاه وفعل مثل فعله والناس فاوضوا فى هذا المال اى سواء لاتباين بينهم وفى الشريعة (شركة متساويين مالا) والمراد مال يصلح لرأس مال الشركة كالدراهم والدنانير ولايعتبر التفاضل فى مال لايصلح لرأس مال الشركة كالعروض والعقار والديون (وحرية) اى لابد ان يكونا حرين بالغين ليتحقق التساوى بينهما فى الملك والتصرف واهلية الوكالة والكفالة فلا تصح بين حر وعبد وصبى وبالغ لفقد التساوى اذ الحر البالغ يستبد بالتصرف والكفالة والعبد لايملك واحدا منهما الا باذن السيد والصبى لايملك الكفالة اذن له وليه اولا وكذا لاتصح بين العبدين وبين الصبيين وبين المكاتبين (ودينا)

نكير والقياس يترك بالتعامل كالاستصناع ودخول الحمام لان التعامل بلا نكير كالاجماع (وتتضمن) المفاوضة (الوكالة والكفالة) لتحقق الشركة فى كل ماشراه احدهما ويثبت المساواة بينهما فى المطالبة بثمنه (ومشترى كل) من شريكى المفاوضة (لهما) لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه فى التصرف فكان شراؤه كشرائه (الاطعام اهله) اى اهل كل (وكسوتهم) اى كسوة اهل كل فانها تكون له خاصة وكذا استيجار كل مايسكنه اوما يركبه لحج اوغيره وشراؤه ادامالياكله اوامة ليطأها لان كل واحد منهما عالم حين العقد بحاجة نفسه الى ذلك ولايقصد انه شريكه فكان مستثنى دلالة والاستثناء الثابت بالدلالة كالاستثناء الثابت بالمقالة وحكم طعام كل وكسوتهم حكم طعام اهله وكسوتهم (وكل دين لزم احدهما بما يصح فيه الشركة كالشراء ونحوه) من البيع والاستيجار (ضمنه الآخر) لانه كفيله واما مالايصلح فيه الشركة كالجناية والنكاح ونفقة الزوجات والاقارب والصلح عن دم عمد ونحوها فلايضمنه الاخر لان كل واحد منهما لم يلتزم الادين التجارة وهذه الاشياء ليست من التجارة (وان ورث احدهما او وهب له) اوتصدق عليه (مايصح فيه الشركة) كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة (وقبض) ذلك (صار) عقد المفاوضة (عنانا) لان المساواة فيما يصلح لرأس مال الشركة ابتداء وبقاء شرط فى المفاوضة وقد فاتت بقاء لعدم مشاركة الاخر له فى الارث والهبة لانه انما يشاركه فيما يحصل بسبب التجارة اوما يشبهها وليست المساواة شرطا فى العنان فانقلب عقد المفاوضة اليها (وفى العروض والعقار) اى وفى ارث احدهما للعروض والعقار اوهبتهما له (بقى) العقد (مفاوضة) ولم ينقلب عنانا لان عدم المساواة فيهما لا يمنع المفاوضة ابتداء فكذا بقاء (و) الوجه الثانى من شركة العقد (عنان) بكسر اوله (وهو شركة فى كل تجارة او) فى (نوع) من انواع التجارة ماخوذ من عن له كذا اى عرض لانه عرض لهما شىء فاشتركا فيه كما ذكره ابن السكيت اومن عنان الفرس اذ كل منهما جعل عنان التصرف فى بعض ماله الى صاحبه كما قاله الكسائى والاصمعى اولانه يجوز ان يتفاوتا فى المال والربح كما يتفاوت العنان فى يد الراكب

للباقى مطالبة الثمن من الآخر (و) اذا تضمن الوكالة كان (مشترى كل واحد) منهما (ملكا لهما) اى مشتركا بينهما فكان شراء احدهما كشرائهما (الاطعام اهله) والادام (وكسوتهم) فانها يكون للمشترى خاصة فانها مستثناة من مقتضى المفاوضة ضرورة (و) اذا تضمن الكفالة كان (كل دين لزم احدهما) بالتجارة و (بما صح فيه الشركة كالشراء ونحوه) كالبيع والاجارة والاستيجار مثل ان يستأجر احد المفاوضين اجيرا فى تجارتهما اودابة فللموجر ان يطالب بالاجر ايهما شاء (ضمن الآخر) وهذا فى التجارة بلا خلاف وان غصب احدهما شيئا واستهلكه فانه يضمن الآخر عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى ومحمد رحمه الله تعالى خلافا لابى يوسف رحمه الله تعالى واما ان لزم احدهما دين بما لايصح فيه الشركة كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لايضمنه الآخر لانها لم تدخل تحت المفاوضة لكونها ليست بتجارة ولو استقرض احدهما مالا لزمهما لان الملك يثبت فى المستقرض لهما ولو اقرض احدهما عن مال مشترك بينهما ذكر فى المبسوط لزم على صاحبه عند ابيح رحمه الله تعالى لانه مفاوضة وعندهما لايلزم على صاحبه حتى يكون لشريكه حق الرجوع لانه تبرع ابتداء (وان ورث احدهما اووهب له) اوتصدق عليه (مايصح به الشركة) كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة (وقبض) قيل القبض يشترط فى الهبة دون الارث وفى الهداية وان ورث احدهما او وهب له ووصل الى يده وفى الكافى قوله ووصل الى يده يرجع الى الهبة والارث فعلم ان القبض يشترط فيهما (صار) عقد المفاوضة (عنانا) ويبطل المفاوضة

لان المساواة فيما يصلح لرأس مال الشركة شرط للمفاوضة ابتداء وبقاء وانما تصير عنانا لعدم اشتراط المساواة فيه فكانهما انشاء الشركة فى الحال ولا مساواة بينهما فتكون عنانا (وفى ارث العرض والعقار) وهبتهما (بقى) العقد (مفاوضة) لان المساواة فيما لايصلح لرأس مال الشركة ليست بشرط فى المفاوضة فى الابتداء فكذا فى البقاء (و) شركة (عنان) وهو لغة من عن اذا عرض كانه عن لهما شىء فاشتركا فيه او من عنان الفرس لان كلا منهما جعل عنان التصرف فى يد صاحبه وشرعا (هو شركة) اثنين (فى كل تجارة او فى نوع) من التجارة كما اذا اشتركا فى برا و طعام

(ويصح ببعض ماله) دون البعض (و) مع اشتراط (فضل مال احدهما) على مال الاخر فانه قد يكون احدهما اهدى واحذق بالتجارة او اكثر عملا فلا يرضى بالمساوات (وتساوى ماليهما مع تفاوت الربح) بان يكون المال نصفين والربح اثلاثا وعكسه بان يكون الربح مساويا ولا يكون المال مساويا خلافا للشافعى رحمه الله تعالى وزفر رحمه الله تعالى وذكر فى فتاوى قاضيخان فان شرط المساواة فى المال واشترطا لاحدهما فضل ربح فان شرطا العمل عليهما كان الربح بينهما على ما شرطا عملا جميعا اوعمل احدهما دون الاخر وان شرطا العمل على المشروط له فضل الربح جاز ايضا وان شرطا العمل على اقلهما ربحا لم يجز (و) يصح مع (كون احدهما) اى احد المالين (دراهم والاخر دنانير) وكون احدهما دراهم بيض والاخر سود خلافا لزفر رحمه الله تعالى والشافعى رحمه الله تعالى وهذا بناء على ان الخلط شرط عندهما رحمهما الله تعالى وذا لا يتحقق فى مختلفى الجنس وعندنا يصح (وبلا خلط) والحاصل ان الشركة فى الربح مستندة الى العقد والشرط عندنا فلم يشترط المساواة والخلط والاتحاد فى جنس المال وعند زفر رحمه الله تعالى والشافعى رحمه الله تعالى الربح انما هو نماء المال فيشترط (وكل) واحد من الشريكين اذا اشترى شيئا فهو (مطالب بثمن مشريه لاغير) اى دون الاخر لان المطالبة على الاخر انما يتوجه فى المفاوضة لانها تتضمن الكفالة والموجود ههنا الوكالة فقط والوكيل هو الاصل فى الحقوق فيتوجه المطالبة اليه دون صاحبه (ثم يرجع على شريكه بحصته اذا اداه من ماله) لانه وكيل من جهة الشريك فى حصته والوكيل بالشراء اذا نقد من مال نفسه يرجع على الموكل فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله بان يقول اشتريت عبدا ونقدت الثمن من مالى وهلك العبد فعليه البينة (ولا تصحان) اى المفاوضة والعنان (الا بالنقدين والفلوس النافقة والتبر) اى ذهب غير مضروب (والنقرة) اى فضة غير مضروبة (ان تعامل الناس بهما) اى بالتبر والنقرة ففى كل بلدة جرى التعامل بالمبايعة بالتبر والنقرة يصح الشركة بهما وفى كل بلدة لم يجر التعامل بهما لا يصح وقيل صحة الشركة بالفلوس قول محمد رحمه الله تعالى وعندهما لا يصح والصحيح ان الشركة فى الفلوس تصح على قول الكل وقال مالك رحمه الله تعالى تصح الشركة فى العروض اذا اتحد الجنس (و) تصحان (بالعروض بعد ان باع كل) واحد منهما (نصف عرضه بنصف عرض الاخر) فتنعقد الشركة مفاوضة او عنانا ويصير العروض

حينئذ

حالة الميل والارخاء كما فى المغرب والمبسوط (وتصح) شركة العنان (ببعض ماله) اى مال احد الشريكين (مع فضل مال احدهما) لان الحاجة قد تمس الى ذلك مع عدم اقتضاء لفظها المساواة فى مال الشركة (و) تصح مع (تساوى ماليهما مع تفاوت الربح) بينهما وعكسه وهو تساوى الربح بينهما مع تفاوت ماليهما وبه قال احمد وقال زفر ومالك والشافعى لا تصح (و) تصح مع (كون احدهما) اى احد المالين (دراهم والاخر دنانير) وقال زفر والشافعى لا تصح (و) تصح (بلا خلط) وبه قال مالك واحمد الا ان مالكا شرط ان يكون ايديهما عليه بان يجعلا فى حانوت لهما او فى يد وكيل لهما وقال زفر والشافعى لا تصح فان الخلط عندهما مشروط ومعنى قوله بلا خلط ان الخلط ليس بشرط عندنا لانه لا يجوز الخلط كما يوهم ظاهر العبارة (وكل) من شريكى العنان (مطالب بثمن مشريه) اسم مفعول من الشراء كالمرمى من الرمى (لاغير) اى لاغير مشريه فلا يطالب بمشترى الاخر لان هذه الشركة لا تتضمن الكفالة (ثم يرجع على شريكه بحصته) من الثمن (ان اداه من ماله) اى من مال نفسه لانه وكيل بالشراء من جهة شريكه والوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه يرجع على الموكل اما لو كان الاداء من مال الشركة فلم يرجع على شريكه (ولا تصحان) اى المفاوضة والعنان (الا بالنقدين) من الذهب والفضة المضروبين (والفلوس النافقة) اى الرائجة لانها حينئذ اثمان كالنقدين (والتبر) اى وبالتبر وهو ذهب غير مضروب (والنقرة) وهى فضة غير مضروبة (ان تعامل الناس بهما) فى ظاهر المذهب وهو الاصح كما فى الهداية بناء على انهما بمنزلة العروض فلا يصلحان لرأس مال الشركة ومال المضاربة وقيل تجوز بهما الشركة مطلقا لانهما خلقا ثمنين فتصح الشركة بهما تنزيلا للتعامل بهما بمنزلة الضرب المخصوص (و) تصح المفاوضة والعنان (بالعرض بعد ان باع كل) من الشريكين (نصف عرضه بنصف عرض الاخر) ان تساويا قيمة وان اختلفا بان تكون قيمة احدهما الفا وقيمة الاخر الفين يبيع صاحب الاقل ثلثى عرضه بثلث عرض الاخر فيكون كل من العرضين مشتركا بينهما اثلاثا والقصد ان يصير العرض مشتركا بينهما اولا شركة ملك حتى لا يجوز لكل واحد منهما

حينئذ ان يتصرف فى ملك الآخر ثم يعتدان عقد الشركة مفاوضة اوعنانا فيصير العرض رأس مال شركة المفاوضة والعنان ويجوز لكل واحد منهما حينئذ ان يتصرف فى نصيب الآخر وهذه حيلة لمن اراد الشركة مفاوضة اوعنانا وهذا هو المختار تبعا للقدورى وشيخ الاسلام وصاحب الذخيرة والمزنى من اصحاب الشافعى وقال شمس الائمة وصاحب الهداية انه لايجوز عقد شركة لما تقدم ان العروض لاتصلح رأس مال الشركة لبقاء الجهالة فى رأس المال والربح عند القسمة ولا يخفى ضعفه لما تبين من زوال جهالتها ثم التقييد بالنصف وقع اتفاقا على ماقررنا وقيل لتصح المفاوضة فان شرطها التساوى والاظهر ان يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر وان تفاوتت قيمتهما حتى يصير المال بينهما نصفين (وهلاك مالها) مبتدأ اى مال الشركة قبل ان يشتريا شيئا وفى بعض النسخ مالهما اى مال الشريكين الذين عقدا به الشركة ويؤيده قوله (اومال احدهما قبل الشراء يفسدها) خبر المبتدأ (وهو) اى هلاك مال احدهما (على صاحبه) ان هلك (قبل الخلط فى يد ايهما هلك) اما ان هلك فى يد صاحبه فظاهر واما ان هلك فى يد الآخر فلانه امانة فى يده لان كلا منهما امين فى رأس مال صاحبه (و) هلاك مال احدهما (بعد الخلط عليهما) لانه لايتميز فجعل من مالهما (ولكل) من شريكى مفاوضة وعنان (ان يبضع) اى يعطى مال الشركة لمن يتجر فيه لان لكل ان يستعمل من يتجر من مال الشركة باجر فبغير شئ اولى (و) ان (يودع) اى يدفع مال الشركة وديعة لان للشريك ان يدفع مال الشركة لمن يحفظ باجر فلان يدفعه لمن يحفظه بلا اجر وهو المودع اولى (و) ان (يضارب) اى يدفع المال لمن يتجر فيه بجزء معلوم من الربح لان المضارب يصير بالدفع اليه مودعا وبالتصرف فى المال وكيلا وبالربح اجيرا هذا وللشريك ان يفعل من مال الشركة هذه الاشياء على الانفراد فكذا على الاجتماع وهو رواية الاصل وهو الاصح (و) ان (يوكل) من يتصرف فى مال الشركة بالبيع والشراء لان ذلك من عادة التجار والشركة منعقدة وهذا استحسان وفى القياس ليس له ذلك لان كل واحد منهما وكيل صاحبه وليس للوكيل ان يوكل غيره لان الموكل انما رضى رأيه دون رأى غيره (والمال) فى كل من شركة المفاوضة والعنان (فى يده) اى يد كل من الشريكين (امانة) لانه قبضه باذن

ثم ينعقد الشركة مفاوضة اوعنانا ويصير العروض رأس مال الشركة وهذا اذا كان قيمة متاعهما متساوية ولو كان بين عرضيهما تفاوتا بان يكون قيمة عرض احدهما اما قة وقيمة عرض صاحبه اربعمائة يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الآخر فصار العروض كله بينهما اخماسا (وهلاك مالهما اومال احدهما قبل الشراء يفسده) اى عقد الشركة لان المعقود عليه فى الشركة المال وبهلاك المعقود عليه يفسد العقد كالبيع (وهو) اى هلاك المال على صاحبه (قبل الخلط فى يد ايهما هلك) اى سواء هلك المال فى يد صاحبه اوفى يد الآخر او فى يديهما اما اذا هلك فى يد صاحب المال فظاهر وكذا اذا هلك فى يد الآخر لان المال بقى على ملكه فكل منهما امين فى رأس مال صاحبه (و) هلاك المال (بعد الخلط عليهما) لانه لاتميز فيجعل الهالك من مالهما ولكل واحد من الشريكين شركة مفاوضة وعنان (ان يبضع) المال لان له ان يستعمل الغير فى التجارة بالاجارة فلان يكون له ذلك بلا اجر اولى (ويودع) لانه من عادة التجار (ويضارب) وعن ابى حنيفة رحمه الله تعالى انه ليس له ذلك والصحيح هو الاول لان الدفع مضاربة لتحصيل الربح ويوكل من يتصرف فى المال بيعا وشراء ونحوهما للاحتياج اليه (والمال فى يده) اى يد كل واحد من الشريكين (امانة) فلا يضمنه الا بالتعدى

(و) النوع الثالث (شركة الصنائع و) الاعمال ويسمى شركة (التقبل وهى ان يشترك صانعان كخياطين اوخياط وصباغ (ويتقبلا العمل باجر بينهما) فيكون الكسب بينهما على ما شرطا ولايشترط فيها اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر فلو عمل احد الشريكين فى دكان والآخر فى دكان اخر يجوز عندنا خلافا لهما و(صحت) هذه الشركة خلافا للشافعى رحمه الله تعالى (وان شرط العمل نصفين والمال) المستفاد بالعمل (اثلاثا) لانه قد يكون بينهما تفاوتا فى العمل فيصح منهما اشتراط التفاوة فى الربح وقال زفر رحمه الله تعالى لا يصح (ولزم كلا عمل قبله احدهما) اى اذا دفع الى احدهما عملا فله ان ياخذ بذلك العمل ايهما شاء (ولكل

واحد منهما (ان يطالب الآجر) اى اجر عمل احدهما (والى ايهما دفع) الآجر (يصح الدفع اليه ويكون الكسب بينهما وان عمل احدهما) فقط وشركة الصنائع قد يكون مفاوضة وقد يكون عنانا فالمفاوضة ما ذكر فى الشركة لفظ المفاوضة اوذكر ماهو فى معنى المفاوضة بان يشترط الصانعان ان يكون قبول الاعمال منهما والعمل منهما على التساوى وان يتساويا فى الربح وان يكون كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فيما لحقه بسبب هذه الشركة فهى مفاوضة حتى يراعى فيها شرائط المفاوضة لوجود معنى المفاوضة وهى المساواة المطلقة وان تفاوتا فى شئ مما ذكرنا مثل ان يشترطا على ان ما قبل من الاعمال فعلى احدهما الثلثان وعلى الآخر الثلث والآجر بينهما على قدر ذلك فهذه شركة عنان لوجود معنى العنان حتى يراعى فيها شرائط العنان وكذا اذا ذكر لفظ العنان وكذا لو اطلقها فهو شركة عنان استحسانا لانه المتعارف

(و) النوع (الرابع شركة الوجوه وهى ان يشتركا بلا مال ليشتريا بوجوههما ويبيعا) ويكون الربح بينهما وهذه شركة المفاليس وانما اضيف الى الوجوه لانها يتبذل فيها الوجوه لعدم المال والاضافة فيها بمعنى الباء كما فى شركة الابدان وذلك لانها اشتركا فى البيع والشراء بوجوههما وابتذالهما الوجه لا بشئ اخر وقيل هو ان يشتريا من الوجه الذى لا يعرف وقيل لانهما يشتريان بجاههما وهو من الوجه على القلب بدليل العبارة الاخرى لانه لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس اى قدر وشرف والاول هو الاوجه كذا فى المغرب وهى باطلة عند الشافعى رحمه الله تعالى (فيصح مفاوضة) اذا روعيت بشرايطها بان يكون الرجلان من اهل الكفالة وان يكون ثمن المشترى بينهما نصفين وان يتلفظا بلفظ المفاوضة اوبما فى معناها

صاحبه لاعلى وجه المبادلة والوثيقة فكان كالوديعة حتى لايضمنه الا بالتعدى وبيع المال الوضيعة وان شرط الفضل فى الربح لقول على كرم الله وجهه الربح على ماشرطا والوضيعة على قدر المالين (و) الوجه الثالث من اوجه الشركة (شركة الصنايع و) تسمى شركة (التقبل) وشركة الاعمال (وهى ان يشترك صانعان) متفقا الصنعة (كخياطين او) مختلفاها نحو (خياط وصباغ ويتقبلا العمل باجر بينهما صحت) هذه الشركة ان شرطا المساواة فى العمل وفى المال المستفاد منه وهو الاجرة (وان شرطا العمل نصفين والمال) المستفاد منه (اثلاثا) لجواز ان يكون قيمة عمل احدهما اكثر وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن وقال الشافعى لا تصح شركة الصنايع وهو احدى الروايتين عن زفر وقال مالك وهو رواية عن زفر لا يجوز اشتراك مختلفى الصنعة ولا اشتراك متفقيهما فى مكان (ولزم كلا) من الشريكين (عمل قبله احدهما) لان كل واحد متقبل لنفسه اصالة ولشريكه وكالة (ويطالب) اى كل (الآجر) الذى لم يتقبل (ويصح الدفع) اى دفع الاجرة (اليه) اى الى الآخر (والكسب بينهما) على ما شرطا (وان عمل احدهما) اما الذى عمل فظاهر واما الذى لم يعمل فلانه لما لزمه العمل بالتقبل وكان ضامنا له استحق الآجر بالضمان ولزم العمل (و) الوجه الرابع من اوجه شركة العقد (شركة الوجوه وهى ان يشتركا بلا مال ليشتريا بوجوههما ويبيعا) وما ربحاه يكون بينهما وسميت بها لانها يشترى بها من له وجه عند الناس وهى جائزة عندنا باعتبار مافيها من الوكالة فان توكيل كل واحد منهما صاحبه بالشراء على ان يكون المشترى بينهما نصفين او اثلاثا صحيح فكذا الشرط الذى يتضمن هذه الوكالة (فتصح) شركة الوجوه (مفاوضة)

اذا

اذا نصا على المفاوضة واجتمعت فيها شرايطها (ومطلقها عنان) لان العنان معتاد بين الناس والمطلق ينصرف الى المعتاد والمتعارف (وكل) منهما (وكيل للاخر) فيما يشتريه قيل لاحاجة الى هذا لان هذه الشركة امامفاوضة واماعنان وقد تبين ان كلا منهما فى ذلك وكيل الاخر واذا كانت مفاوضة كان كل منهما كفيلا للاخر ايضا (فان شرطامناصفة المشترى) بينهما (اومثالثته فالربح كذلك) اى يكون بينهما مناصفة فى صورة مناصفة المشترى ومثالثة فى صوره مثالثة المشترى (وشرط الفضل) فى الربح (باطل) اى اذا شرطان تكون حصة ربح احدهما زائدة على قدر ملكه فهذا الشرط باطل فان الربح يكون على قدر الملك فى المشترى فكان الزائد عليه ربح مالم يضمن وهو غير جائز وانما جاز فى العنان ذلك باعتبار جواز زيادة العمل من احدهما وهذا الاعتبار انما يجوز اذا كان مال معلوم كما فى المضاربة والعنان وهنا ليس كذلك (ولاتصح الشركة فى اخذ المباحات) كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والاستقاء واجتناء الثمار من الجبال والبوادى واخذ جواهر المعادن واخذ الجص والملح من المواضع المباحة والتقاط السنبلة ونحوها لان الشركة تتضمن الوكالة والوكيل يملكه بالاخذ بدون امره فلايصح نافيا عنه وقال مالك واحمد تصح لانها شركة الابدان ولما روى ابوداود عن ابن مسعود انه قال اشتركت انا وابوسعد وعمار يوم بدر فلم اجىء انا وعمار بشى وجاء سعد باسيرين فاشرك بيننا النبى صلى الله عليه وسلم والجواب ان الغنائم مشتركة بين الغانمين فلا يصح اختصاص احد بسبب الشركة فيها وتشريك النبى صلى الله عليه وسلم بين ابن مسعود وصاحبيه فى الاسيرين يحتمل ان يكون بازاء نصيبهم من الغنيمة لالعقد الشركة التى وقعت بينهم وقيل غنائم بدر كانت للنبى صلى الله عليه وسلم خاصة فله ان يدفعها الى من شاء فيحتمل ان يكون دفع الاسيرين لهم لذلك (فخصت) المباحات اذالم تصح الشركة فيها (بمن اخذها) لوجود سبب الاستحقاق منه (ونصفت ان اخذاها) لاستوائهما فى سبب الاستحقاق (وللمعين) خبر مقدم ان اشتركا فى الاحتطاب منه على ان يقطع احدهما ويجمع الاخر (وصاحب العدة) ان اشتركا فى الاستقاء على ان العمل

(ومطلقها عنان) يعنى ان مطلقها ينصرف الى العنان لان المعتاد بين الناس شركة العنان (وكل) واحد (وكيل الاخر) فيما اشتراه اذا كان العقد مطلقا واما ان شرطت فيه المفاوضة فكل وكيل وكفيل (فان شرطامناصفة المشترى بينهما اومثالثته فالربح كذلك) اى يشتركان فيه مناصفة اومثالثة (وشرط الفضل باطل) اى ان شرطا ان يكون المشترى بينهما نصفين اواثلاثا وشرطا ان يكون الربح لاحدهما زائدا على قدر ملكه فذلك الشرط باطل لان الربح فى هذه الشركة بالضمان والضمان بقدر الملك فى المشترى فان قيل يجوز ان يكون زيادة الربح لاحدهما لزيادة اهتدائه وعمله كما فى شركة العنان قلنا انما يجوز اشتراط زيادة الربح لاحدهما لزيادة الهداية والعمل فى مال معلوم كما فى شركة العنان والمضاربة ولم يوجد ههنا (ولايصح الشركة فى اخذ المباحات) كاحتطاب الحطب واحتشاش الحشيش واستسقاء الماء واجتناء الثمار من الجبال والبرارى من الجوز والفستق وغيرهما وكذلك الشركة بنقل التراب وبيعه من ارض لايملكانها والجص والملح والكحل وما اشبه ذلك (فخصت) المباحات (بمن اخذها) وليس للاخر شىء ان لم يعمل (ونصفت ان اخذاها معا) وغلطا لان الاستواء فى الاخذ يوجب الاستواء فى الملك وان عمل احدهما واعانه الاخر على عمله بان اشتركا فى الاحتطاب وقلع احدهما الحطب وجمع الاخر اوقلع وجمع احدهما وحمله الاخر او اشتركا فى الاستسقاء ولاحدهما بغل وللاخر راوية ليستسقى عليهما الماء او استسقى احدهما يكون الحطب للاخذ والماء للمحرز (و)يكون (للمعين) اى الجامع والحامل فى الاحتطاب (وصاحب العدة) اى البغل والراوية فى الاستسقاء

من احدهما والدابة والراوية من الاخر (اجر المثل) المبتدأ (ولا يزاد على نصف القيمة عند ابى يوسف) لانه رضى به ارضاه بنصف المسمى كما لا يزاد على المسمى فى الاجارة الفاسدة (خلافا لمحمد) فانه قال لابد من اجر المثل لان المسمى مجهول والرضى بالمجهول لغو فيسقط وقد استوفى منافعه بعقد فاسد فيكون له اجر مثله بالغا ما بلغ (والربح فى) الشركة (الفاسدة على قدر المال) وان شرط الفضل لان الربح تبع للمال فيقدر بقدره (وتبطل الشركة بالموت والجنون واللحاق بدار الحرب مرتدا) لان الشركة تقتضى الوكالة وهى تبطل بكل من هذه الامور واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة اذ لا بدلها منها وسواء علم الشريك بموت صاحبه اولا (ولم يزك احدهما مال الاخر بلا اذنه) لان كل واحد منهما ليس بنائب عن صاحبه فى الزكوة بل فى التجارة واداء الزكوة ليس منها (فان اذن كل) لصاحبه بان يؤدى الزكوة عنه (فاديا ولاء) اى على التوالى (ضمن الثانى للاول) عند ابى حنيفة علم باداء الاول اولا وعندهما ان علم باداء صاحبه ضمن والا لا كذا اشار فى كتاب الزكوة وفى الزيادات عندهما لا يضمن علم باداء شريكه ام لا وهو الصحيح عندهما (وان اديا معا ضمن كل قسط غيره) علم اولم يعلم عند ابى حنيفة وعندهما لا يضمن ان لم يعلم والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب المضاربة

(هى) لغة مفاعلة من الضرب فى الارض يعنى السير قال الله تعالى (وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله) اى يسافرون للتجارة ونحوها سمى بها لان العامل فيها يسير فى الارض غالبا لطلب الربح ولان المضارب يستحق لسعيه وعمله فهو شريك فى الربح ورأس ماله الضرب فى الارض والتصرف واهل المدينة يسمون هذا العقد مقارضة من القرض بمعنى القطع فصاحب المال قطع قدرا من ماله عن تصرفه وجعل التصرف فيه الى العامل بهذا العقد فسمى به وشرعا (عقد شركة فى الربح بمال من رجل وعمل من آخر) وهى مشروعة باطلاق الاية لان سفر الانسان للتجارة قد يكون بمال

(اجر المثل) لانه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد فيلزم اجر المثل (و) لكن (لا يزاد) اجر المثل (على نصف القيمة) اى قيمة الماخوذ عند ابى يوسف رحمه الله تعالى وهو المختار لرضائه بنصفها خلافا لمحمد رحمه الله تعالى فعنده يجب اجر المثل بالغا ما بلغ لان المسمى مجهول اذ لم يدر اى نوع يصيبان من الماخوذ وهل يصيبان شيئا ام لا والرضاء بالمجهول لغو فاسقط اعتبار رضاه وقد استوفى منافعه بعقد فاسد فله اجر مثله بالغا ما بلغ (والربح) فى الشركة (الفاسدة على قدر المال) كذا اذا شرطا فى الشركة دراهم مسماة من الربح لاحدهما فسدت الشركة ويكون الربح بقدر المال حتى لو كان المال نصفين وشرطا الربح اثلاثا فالشرط باطل ويكون الربح ايضا نصفين لان الربح تبع للمال (وتبطل الشركة (بالموت) اى بموت احد الشريكين او بموتهما (والجنون) والارتداد (واللحاق) بدار الحرب اذا قضى القاضى بموته مرتدا (ولم يزك احدهما مال الاخر بلا اذنه) فلو ادى احدهما زكوة مال الاخر لم يجز لان كل واحد منهما نائب عن صاحبه فى التجارة لا فى اداء الزكوة (فان اذن كل) واحد منهما لصاحبه ان يؤدى الزكوة عنه (فاديا ولاء) اى على التعاقب (ضمن الثانى للاول) عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى علم باداء الاول اولا وعندهما ان علم باداء صاحبه ضمن والا لا كذا اشار محمد رحمه الله تعالى فى كتاب الزكوة من المبسوط وذكر فى الزيادات لا يضمن علم باداء الشريك اولا وهو الصحيح عندهما وكذا الخلاف فى الوكيل باداء الزكوة اذا ادى بعد اداء المؤكل بنفسه (وان اديا معا) مثل ان ادى كلو احد بغيبة صاحبه واتفق اداؤهما فى زمان واحد ولا يعلم تقدم احدهما على الاخر (ضمن كل) واحد من الشريكين (قسط غيره) علم اولم يعلم عند ابى حنيفة وعندهما لا يضمن ان لم يعلم فان قيل اذا اديا معا ينبغى ان لا يجب الضمان عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى لعدم سبق اداء المؤكل فلم يقع فعل الوكيل بعد تعديا قلنا اداء الموكل بنفسه وان لم يسبقه تحقيقا يسبقه اعتبارا وتقديرا لان تصرف المؤكل على نفسه اقرب من تصرف الوكيل فيصير سابقا معنى كالوكيل بالبيع مع المؤكل اذا باعا وخرج الكلامان معا نفذ بيع المؤكل دون الوكيل ﴿كتاب المضاربة﴾ (هى) فى اللغة من ضرب الارض اذا سافر فيها ومنه قوله تعالى واخرون يضربون فى الارض بمعنى الذين يسافرون فى الارض للتجارة وفى الشريعة (عقد شركة) فى الربح بمال من جانب رجل وعمل من جانب اخر يسمى بالمضاربة لان المضارب يسير غالبا فى الارض طلبا للربح

نفسه وقد يكون بمال غيره ولان من الناس من هو صاحب مال ولا يهتدى الى التصرف ومنهم من هو بالعكس فشرعت المضابة لانتظام مصالح الناس وقد بعث النبى صلى الله تعالى عليه وسلم والناس يتعاملون بها فاقرهم عليها وبالسنة وهى ماروى ابن ماجه مرفوعا ثلاث فيهن البركة البيع الى اجل والمقارضة وخلط البر بالشعير للبيت لا للبيع والعمل الصحابة وهو ماروى مالك فى الموطاء ان عبد الله وعبيد الله ابنى عمر بن الخطاب خرجا الى العراق فاعطاهما ابو موسى الاشعرى من مال الله على ان يبتاعا به متاعا ويبيعاه بالمدينة ويؤديا رأس المال لامير المؤمنين والربح لهما فلما قدما المدينة ربحا فقال عمر اكل الجيش اسلفه كما اسلفكما فقالا لا فقال ابنا امير المؤمنين فاسلفكما اديا المال وربحه فراجعه عبيد الله وقال ماينبغى هذا يا امير المؤمنين لو هلك المال اونقص لضمناه فقال لعمر بعض جلسائه لو جعلته قراضا فاخذ عمر المال ونصف ربحه واعطاهما النصف وفى المبسوط والمعرفة للبيهقى ان عمر اعطى مال يتيم مضاربة وكان يعمل به فى العراق وان عثمان اعطى مالا مقارضة وان بن مسعود اعطى زيد بن خليدة مالا مقارضة وان العباس كان اذا دفع مالا مضاربة اشترط على صاحبه ان لا يسلك به بحرا ولا ينزل به واديا ولا يشترى به ذات كبد رطبة فان فعل فهو ضامن فرفع الشرط الى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم فاجازه لكن ضعفه البيهقى بسنده وفيه وفى الدار قطنى بسند صحيح ان حكيم بن حزام صاحب رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم كان اذا دفع مالا مضاربة شرط مثل هذا وتنعقد المضاربة بقوله دفعت هذا المال اليك مضاربة اومقارضة اومعاملة لانه صريحها اوخذه واعمل به على ان لك نصف الربح لانه بمعناه (وهى ايداع اولا) اى قبل عمله لان المضارب قبل المال باذن مالكه لا على جهة المبادلة والوثيقة وفى شرح الطحاوى والحيلة فى ان يصير المال مضمونا على المضارب ان يقرض جميع المال من المضارب الا درهما واحدا ويسلمه اليه ثم يعقد شركة عنان على ان يكون رأس مال المقرض درهما ورأس مال المستقرض جميع ما استقرضه على ان يعملا جميعا والربح بينهما ثم يعمل فيه بعد ذلك المستقرض خاصة فان هلك فى يده فالقرض عليه وان ربح فالربح بينهما (و) هى (توكيل عند عمله) لانه يعمل لرب المال بامره ولهذا يرجع بما لحقه من العهدة عليه كالوكيل (و) هى شركة

(وهى ايداع) فالمضارب (اولا) امين لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه المبادلة والوثيقة (وتوكيل) فالمضارب وكيل (عند عمله) لانه يتصرف لرب المال بامره (وشركة) فالمضارب شريك لرب المال

فى الربح (ان ربح) لتحصله بالمال والعمل (و) هى (غصب ان خالف) المضارب لوجود التعدى منه على مال غيره وبه قال مالك والشافعى واحمد واكثر اهل العلم وعن على والحسن والزهرى انه لاضمان على من شورك فى الربح (و) هى (بضاعة ان شرط كل الربح للمالك) لان المضارب لمالم يطلب لعمله بدلا وعمله لايتقوم الا بالتسمية كان وكيلا متبرعا وهذا معنى البضاعة فكانه عليها (و) هى (قرض ان شرط) كله (للمضارب) لان المضارب لايستحق الربح كله اذا صار رأس المال ملكا له لان الربح فرع المال فكان تمليك المال مقتضى هنا لكن لفظ المضارب يقتضى رده فكان قرضا لاشتماله على معنيين ولان القرض ادنى من الهبة فكان بالاعتبار اولى لكونه اقل ضررا وقال مالك هى فى الصورتين مضاربة صحيحة لانه اذا شرط لاحدهما كل الربح فكأن الاخر وهب له نصيبه واجيب بان الربح حال العقد معدوم والهبة لاتصح عند عدم الموهوب وقال الشافعى واحمد اذا قال خذه مضاربة والربح لى اولك تفسد المضاربة لانها تقتضى ان يكون الربح بينهما فاذا شرط اختصاصه باحدهما فسدت كما لو شرط الربح كله فى شركة العنان واجيب بانه لما ثبت حكم الابضاع او القرض انصرف العقد اليه وصار كانه قال خذه بضاعة او قرضا (و) هى (اجارة فاسدة ان فسدت) لان الواجب له حينئذ فى مقابلة عمله اجر المثل كالاجارة الفاسدة (فلا ربح له) اى للمضارب (بل) له (اجر) مثل (عمله) سواء (ربح اولا) وبه قال الشافعى واحمد فى رواية لان الاجر يجب بتسليم المنافع او العمل وقد وجد العمل فيجب له اجر المثل وعن ابى يوسف لا اجر له اذا لم يربح وبه قال مالك فى رواية وبعض اصحاب احمد اعتبارا بالمضاربة الصحيحة فانه اذا لم يربح فيها لا يستحق شيئا والفاسد من العقود يأخذ حكم صحيح منها (ولا يزاد) فى اجر العمل للمضارب (على ما شرط) من الربح عند ابى يوسف لانه رضى به (خلافا لمحمد) فانه قال له اجر المثل ولو زاد على ما شرط (ولا يضمن المال فيها) اى فى المضاربة الفاسدة بالهلاك (كما) لايضمن (فى) المضاربة (الصحيحة) قال الطحاوى هذا قول ابى حنيفة خلافا لهما وقال ابو جعفر الهندوانى لا يضمن المال فى المضاربة الفاسدة عند الكل قال الاسبيجابى وهو الاصح لان المال فى يد المضارب امانة سواء صحت المضاربة اوفسدت لان رب المال لما قصد ان يكون المال عنده مضاربة قصد ان يكون امينا

(ان ربح) لان الربح حصل بالمال والعمل فاشتركا فيه (وغصب) اى يصير غاصبا (ان خالفه) اى المضارب لرب المال فيما شرط عليه لتعديه على مال الغير (و) تكون (بضاعة ان شرط) بعد دفع المال بالمضاربة (كل الربح للمالك) وان دفع ابتداء بضاعة فهو ظاهر (و) كذا هى (قرض ان شرط) بعد دفع المال بالمضاربة كل الربح (للمضارب) وان دفع قرضا ابتداء فظاهر (و) يكون المضاربة (اجارة فاسدة ان فسدت) اى المضاربة واذا صارت فاسدة (فلا ربح له) اى للمضارب والربح كله لرب المال لانه نماء املكه (بل) للمضارب (اجر مثل عمله) لانه لم يرض بالعمل مجانا ولا سبيل الى المسمى المشروط للفساد فيصار الى اجر المثل ضرورة (ربح اولا) اى او لم يربح فى رواية الاصل وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى انه اذا لم يربح فلا اجر له (لايزاد) اجر مثل عمله (على ما شرط) عند ابى يوسف رحمه الله تعالى خلافا لمحمد رحمه الله تعالى كما مر فى الشركة ان عنده يجب اجر المثل بالغا ما بلغ (ولايضمن) المضارب المال بالهلاك (فيها) اى فى المضاربة الفاسدة لانه عين استأجر المضارب ليعمل به فلا يكون مضمونا عليه كاجير الوحد (كما) لايضمن (فى) المضاربة (الصحيحة) لانه امين

قوله ولاية ذلك (ولاتصح) المضاربة (الابمال يصح به الشركة) لانها عقد شركة فى الربح فلايصح الابمايصح به الشركة وقدمر مايصح به الشركة فى كتابها (ولا) تصح المضاربة الا (بتسليمه) اى المال (الى المضارب) لان يده على المال يد امانة فلا تتم المضاربة الا بتسليمه كالوديعة (وشيوع الربح) اى ولا تصح المضاربة الا بشيوعه (بينهما) اى بين رب المال والمضارب لان عدم شيوعه بينهما بان سمياماله لاحدهما دراهم اودنانير يؤدى الى قطع الشركة فيه على تقدير ان لايزاد على المسمى (والمضارب فى مطلقها) وهو غير مقيد بزمان اومكان اوغيرهما (ان يبيع بنقد ونسيئة) لانهامن صنع التجار وقال مالك والشافعى واحمد فى رواية لايبيع بالنسيئة الا باذن رب المال (الا باجل) هذا مستثنى من النسيئة (لم يعهد) اى عند التجار لانهم العمدة فى هذا الباب (وان يشترى و) ان (يوكل بهما) اى بالبيع والشراء (و) ان (يسافر) وان (يبضع ولو رب المال) المراد بالابضاع هنا مجرد الاستعانة لاما هو المتعارف من ان يكون المال للمبضع والعمل من الآخر ولما صح استعانة المضارب بالاجنبى فلان يصح استعانته برب المال وهو اشفق عليه كان اولى (ولاتفسدهى) اى المضاربة (به) اى بابضاع المضارب رب المال وقال زفر تفسد (و) ان (يودع و) ان يرتهن (ويرهن و) ان يستأجر و (ان) يحتال اى قبل الحوالة (بالثمن على الايسر والاعسر) لان هذا كله من صنع التجار فى تجارتهم والعقد مطلق ولايحصل المقصود منه وهو الربح الا بالتجارة فيتناول ماهو من صنع التجار فى تجارتهم وعن ابى يوسف انه لايسافر به الا باذن وبه قال الشافعى واحمد فى رواية لان فيه تعريض المال للهلاك بلا ضرورة (ولا يقرض) الاباذن لان الاقراض تبرع وليس من ضروريات التجارة فلا يملكه المضارب وان قيل له اعمله برأيك كمالا يملك الهبة والصدقة (ولايستدين لما فى الاستدانة من شغل ذمة المالك (الاباذن المالك) لان المنع حق المالك وله تركه (ولا يضارب) الاباذن المالك اوباعمل برأيك (ولايخلطه) اى مال المضاربة (بماله الابه) اى باذن المالك وفى نسخة باذنه اى صريحا (اوباعمل برأيك) لان شيئا من المضاربة والخلط لايتوقف عليه التجارة فلايدخل فى مطلق

(ولاتصح الابتسليمه) اى بتسليم المال (الى المضارب) لان المضاربة انعقدت على رأس المال من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فيجب ان يخلص يد المضارب فى المال ليتمكن من العمل فيه (والشيوع فى الربح بينهما) اى بين رب المال والمضارب فان شرط لاحدهما دراهم مسماة يفسدها فكل شرط يقطع الشركة فى الربح اويوجب جهالة الربح يفسدها وما عداه من الشروط الفاسدة التى يفسد البيع لايفسد المضاربة بل يبطل ذلك الشرط (وللمضارب فى مطلقها) اى فى مضاربة غير مقيدة بالزمان والمكان والسلعة (ان يبيع بنقد ونسيئة الاباجل لم يعهد) بين التجار (وان يشترى ويوكل بهما) اى بالبيع والشراء (ويسافر بالمال) وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى انه ليس له ان يسافر به وعن ابى حنيفة رحمه الله تعالى انه ان دفع المال اليه فى مصر وهو من اهل ذلك المصر فليس له ان يسافر به وان دفع فى غير مصره له ان يسافر الى بلده (ويبضع) اى يعطى المال بضاعة (ولو) اعطى (لرب المال) بضاعة صح (ولايفسد هى) اى المضاربة (به) اى بان يبضع لرب المال خلافا لزفر رحمه الله تعالى (ويودع) المال (ويرتهن ويرهن ويوجر ويستاجر ويحتال) اى يقبل الحوالة (بالثمن على الايسر والاعسر) لان غرض رب المال حصول الربح ولايحصل ذلك الا بان يملك المضارب جميع اصناف التجارة ليحصل غرضه لانه قد يربح فى نوع منها دون نوع منها والايداع وان لم يحصل به الربح لكن فيه حفظ المال وهو من صنع التجار (ولايقرض) لانه تبرع ولافائدة فيه (ولايستدين) على المضاربة وان قيل له اعمل برأيك (الا باذن المالك صريحا بان ينص على الاستدانة اى لايشترى شيئا على ان يكون ثمنه دينا على رب المال وان قيل له اعمل برأيك (ولايضارب) لانه يجعل بعض ربح ماله لغيره وهو اى رب المال لم يرض به ولان الشئ لايستتبع مثله (ولايخلطه) اى مال المضاربة (بماله الاباذنه اوباعمل برأيك) فحينئذ له ان يدفع المال مضاربة ويخلط بماله واذا كان كذلك لايملك الاستدانة وان قيل له اعمل برأيك

ولاتصح المضاربة بما سوى هذه الاشياء لايجوز اجماعا وحاصله ان العروض لايصلح راس مال المضاربة عندنا خلافا لمالك رحمه الله تعالى وكذا الكيلى والوزنى خلافا لابن ابى ليلى

المضاربة ولكنه جهة تتميز فيدخل فى العقد عند وجود الدلالة على دخوله وهو اذن رب المال او قوله اعمل برأيك (فلو قيل) للمضارب (هذا) اى اعمل برأيك فاشترى المضارب ثيابا (وقصر اوحمل بماله تبرع) لان هذا استدانة على رب المال وهو لا يملكها بهذا المقال (بخلاف ما اذا صبغ) بماله (احمر) فانه يصير شريكا بما زاد الصبغ لانه مال قائم فاذا بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ وكانت حصة الثوب الا بيض على المضاربة (ولا يجاوز) المضارب (بلدا وسلعة ووقتا وشخصا عينه المالك) وخص التصرف به وبه قال احمد وقال مالك والشافعى اذا شرط المالك ان لا يشترى الا من رجل بعينه او سلعة بعينها اوما لا يعم وجوده لا تصح المضاربة وانما قيد بلدا لانه لو عين سوقا لا يقيد به الا اذا صرح بالنهى بان قال لا تعمل فى غير هذا السوق لانه صرح بالحجر (فان جاوز) المضارب شيئا من ذلك (ضمن) لانه صار غاصبا بالمخالفة (وله ربحه) لانه ملكه بالضمان (ولا يزوج) المضارب (عبدا اوامة) من مال المضاربة لانه ليس من عمل التجارة وعن ابى يوسف انه يزوج الامة اذ يستفيد به المهر (ولا يشترى) المضارب (من يعتق على رب المال) لقرابة او يمين (ولو شرى من يعتق على رب المال (فللمضارب) اى فالمشترى للمضارب (ولا) يشترى (من يعتق عليه) اى على المضارب (ان كان ربح) فى المال وان كان ربح المضارب (ولو فعل) شراء من يعتق عليه (ضمن) لانه يصير مشتريا لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة (وان لم يكن) فى المال (ربح) بان لم يكن فى قيمة العبد المشترى زيادة على رأس المال (صح) شراء المضارب من يعتق عليه للمضاربة لانه لا ملك له فيه (ونفقة مضارب) مبتداء مضاف (عمل فى مصره) صفة (فى ماله) خبر المبتداء (وفى سفره) عطف على فى مصره اى ونفقة مضارب عمل فى سفر (طعامه وشرابه) دون دوائه فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابى حنيفة ثمن الدواء فى مال

(فلو قيل) للمضارب (هذا) اى اعمل برأيك واشترى بكل رأس المال ثوبا (وقصر) الثوب بماله (او) اشترى متاعا (وحمل) المتاع (بماله) اى بمال المضارب (تبرع) لانه لا يملك الاستدانة فلم ينفذ على رب المال اذا لم يصرح بالاستدانة (بخلاف) ما اذا اشترى المضارب ثوبا (وصبغ) الثوب (احمر) فانه لايكون متبرعا بل يصير المضارب شريكا بما زاد الصبغ فى الثوب لانه خلط ماله بمال المضاربة اذ الصبغ عين مال قائم فلو تبع الثوب كان ما يخص قيمة الصبغ للمضارب وما يخص الثوب الابيض على المضاربة حتى اذا كانت قيمة الثوب الغير المصبوغ الفا والمصبوغ الفا ومائتين كان الالف للمضاربة ومائتا درهم للمضارب بدل ماله وهو الصبغ بخلاف القصارة والحمل لانه ليس للمضارب عين قائم حتى يكون بعض الثمن بازائه (و) ان خص له رب المال التصرف (لا يجاوز بلدا وسلعة اووقتا اوشخصا عينه المالك) لانه انما يملك التصرف بتفويض المالك فيتقيد بما فوض اليه (فان جاوز عنه) ضمن لانه تصرف فى مال غيره بغير اذنه (وله) اى للمضارب (ربحه) وعليه نقصانه (ولايزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة) لان التزويج ليس من صنع التجار (وعن ابى يوسف رح انه يزوج الامة (ولا يشترى من يعتق على رب المال) سواء كان قريبه اوقال رب المال ان اشتريت فلانا فهو حر (فلو اشترى) من يعتق على رب المال فللمضارب) ولا يكون للمضاربة(ولا) يشترى(من يعتق عليه) اى على المضارب بقرابة او يمين كما ذكرنا ان كان المضارب (ربح) فى المال لانه حينئذ يكون شريكا فيعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال عند ابى حنيفة رح وعندهما يعتق فلايحصل المقصودوهو الاسترباح (ولو فعل) اى اشترى من يعتق عليه صار مشتريا لنفسه دون المضاربة (وضمن) المال (ان نقد) من مال المضاربة (وان لم يكن) المضارب (ربح فى المال صح ان يشترى من يعتق عليه لانه لا ملك له فيه ليعتق فلا مانع من التصرف لقدرته على بيعه فيقع الشراء على المضاربة (ونفقة مضارب عمل فى مصره) ليس فى مال المضاربة بل (فى ماله) لانه فى مصره ساكن بالسكون الاصلى لا للمضاربة فلم تكن نفقة فى مال المضاربة (وفى سفره طعامه وشرابه)

المضاربة ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودوائها فى ما لها (وكسوته واجرة خادمه وغسل ثيابه وركوبه) بفتح الراء مركوبه ومعطوف على طعامه وطعامه وما عطف عليه بيان لنفقة المضارب فى سفره (كراء وشراء) تميز ان لنسبة الركوب اليه (وعلفه) اى علف ركوبه (فى مالها) اى مال المضاربة هذا خبر ونفقة مضارب فى سفره (بالمعروف) الشائع فيما بين التجار (وضمن الفضل) اى الزيادة على المعروف وقال الشافعى واحمد نفقته فى السفر فى مال نفسه (وما دون) مسافة (سفر) ان كان بحيث (يغدو اليه ولا يبيت باهله كالسفر) فيكون نفقته ان عمل فيه فى مال المضاربة لان خروجه لاجلها فصار محبوسا لها وان كان بحيث يغدو اليه ويبيت باهله كالمصر فيكون نفقته فى مال نفسه لان اهل المصر يتجرون فى السوق ويبيتون فى منازلهم (فان ربح) المضارب (اخذ المالك) من الربح (ما انفق) المضارب من رأس المال حتى يتمه (ثم قسم الباقى) لان رأس المال اصل والربح مبنى عليه ولا يسلم الفرع حتى يسلم الاصل ولان ما ذهب للنفقة هالك والهلاك فى المضاربة يصرف الى الربح (وان دفع المضارب) المال الى غيره (مضاربة بلا اذن) من رب المال لم يضمن عند الدفع بل (ضمن عند عمل الثانى) ربح اولم يربح وهذا قول ابى يوسف ومحمد وهو ظاهر الرواية (وقيل) لا يضمن عند عمل الثانى بل ضمن (عند ربحه) وهو رواية الحسن عن ابى حنيفة وقال زفر يضمن عند الدفع عمل اولم يعمل وهو رواية عن ابى يوسف وقول مالك والشافعى واحمد (وصح) عقد المضاربة (ان شرط لعبد المالك شئ) من الربح (ليعمل مع المضارب) بان شرط ان يكون ثلث الربح للمالك وثلثه لعبده وثلثه للمضارب ثم اذا صحت المضاربة يكون للمولى ما شرط للعبد ان لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء وانما قال عبد المالك مع ان الحكم فى عبد المضارب كذلك عند شرط العمل دفعا لما يتوهم ان يد العبد للمولى فلم يحصل التخلية بخلاف شرط العمل على المالك فانه يمنع التخلية لبقاء يد المالك على المال فيمنع صحة المضاربة وانما قال ليعمل لانه اذا لم يشترط عمل العبد فالمشروط للعبد يكون للمولى مطلقا لان العبد لم يشترط العمل له وليس له رأس المال فيكون للمولى ذكره فى الذخيرة (وتبطل) المضاربة

وكسوته واجرة خادمه وغسل ثيابه وركوبه) وهو بفتح الراء ما يركب عليه (كراء وشراء وعلفه) اى علف الركوب (فى مالها) اى فى مال المضاربة لانه اذا سافر صار محبوسا بالعمل للمضاربة فوجبت النفقة فى مالها لاجل الاحتباس بالعمل وانما يطلق ذلك (بالمعروف) حتى لو زاد على المعروف وجاوز المعتاد بين التجار (ضمن الفضل) اما الدواء ففى ما له فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابى حنيفة رح ان الدواء فى مال المضاربة (و) لو كان خروجه (فيما دون سفر) ان كان بحيث (يغدو اليه) ثم يروح الى منزله وهو كالسوق فى المصر لان اهل السوق يتجرون فى المصر ثم يبيتون فى منازلهم وان كان بحيث (لا يبيت باهله) فنفقته فى مال المضاربة (كالسفر) لان خروجه للمضاربة هنا صار كالخروج للسفر (فان ربح) المضارب (اخذ المالك) اولا (ما انفق) المضارب من رأس المال حتى يتم رأس المال (ثم قسم) الربح (الباقى) بينهما لان قسمته انما شرعت بعد تسليم رأس المال وان دفع المضارب المال الى غيره (مضاربة) بلا اذن رب المال لم يضمن بمجرد الدفع لانه ايداع وهو يملكه (بل) يضمن (عند) عمل المضارب (الثانى) فى ظاهر الرواية عن ابى حنيفة رح وهو قول ابى يوسف رح ومحمد رح لانه اذا عمل ظهر انه مضاربة فيضمن (وقيل) لا يضمن حتى يربح الثانى فاذا ربح ضمن لرب المال (عند ربحه) وهو رواية الحسن رح عن ابى حنيفة رح لانه اذا ربح ثبت الشركة فحينئذ يضمن كما لو خلط بغيره وقال زفر رح يضمن بالدفع اليه عمل اولم يعمل وهو رواية عن ابى يوسف رح (وصح ان شرط) فى المضارب (لعبد المالك شئ) مثل ان يشترط ثلث الربح لرب المال وثلثه لعبد رب المال (ليعمل مع المضارب) وثلثه للمضارب لان اشتراط العمل على العبد لا يمنع تسليم المال لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا واشتراط العمل اذن له بخلاف اشتراط العمل على رب المال فانه لا تصح لانه يمنع التسليم (ويبطل) المضاربة

(بموت احدهما) اى رب المال او المضارب لانها توكيل وبموت المؤكل اوالوكيل يبطل الوكالة فكذا هذا (ولحاق المالك) بدار الحرب (مرتدا) لانه كالموت حتى يقسم ماله بين ورثته ويعتق مدبره وام ولده واما قبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابى حنيفة رح على النفاذ بالاسلام او البطلان بالموت او القتل ولو كان المضارب ارتد ولحق

بدار الحرب فالمضاربة على حالها عندهم وان عزل رب المال المضارب (لا ينعزل حتى يعلم بعزله) لانه وكيل من جهته وانعزال الوكيل بالعزل القصدى يتوقف على علمه فلو لم يعلم بالعزل واشترى او باع فتصرفه جائز (فلو علم) بالعزل والمال عروض (فله بيع عروضها) اى عروض المضاربة ولا يمنع العزل عن ذلك لان حقه يظهر فى الربح بنقد رأس المال وذا بالبيع ثم (لا) يجوز (ان يتصرف فى ثمنه) لان العزل انما لا يعمل لضرورة معرفة رأس المال وبعد النقد لا ضرورة (ولا) يتصرف ايضا فى (نقد نض) بالضاد المعجمة اى صار نقد او الناض الدراهم او الدنانير (من جنس رأس ماله) بان كان النقد دراهم اودنانير ورأس مال المضاربة ايضا دراهم او دنانير (ويبدل خلافه) اى خلاف رأس المال (به) اى برأس ماله بان كان رأس المال دراهم ومال المضاربة دنانير اوبالعكس له ان يبيعها بجنس رأس المال استحسانا والقياس ان لا يجوز تصرفه لثبوت المجانسة بينهما من حيث الثمنية فصار كان رأس المال قد نقد وجه الاستحسان ان الواجب على المضارب ان يرد رأس المال وذا لا يمكن الا ان يبيع ما فى يده بجنس رأس المال (ولو) افترقا (وفى المال دين يؤمر) اى يجبر الحاكم (بطلبه) اى بطلب الدين ان كان ربح لانه بمنزلة الاجير فانه استحق الربح بازاء عمله والربح كالاجرة وقد سلم له الربح فيجبر الحاكم على اتمام عمله ومن اتمام عمله استيفاء ماوجب له من الديون (والا) اى وان لم يكن

(بموت احدهما) لانه توكيل وهو يبطل بموت الوكيل اوالموكل (ولحاق المالك) بدار الحرب (مرتدا) لانه موت حكما ولذا يقسم ماله بين ورثته ويعتق مدبره وام ولده قيد باللحاق لان مجرد الارتداد لا يبطل تصرف المضارب عند ابى حنيفة بل يوقفه على النفاذ بالاسلام اوالبطلان بالموت اوالقتل وقيد اللحاق بالمالك لان لحاق المضارب مرتدا لا يبطل المضاربة عندهم لان تصرفات المرتد انما يتوقف عند ابى حنيفة للتوقف فى املاكه ولا ملك للمضارب فى مال المضاربة فبقيت المضاربة على حالها (ولا ينعزل) المضارب (اذا عزله) رب المال (حتى يعلم) المضارب (بعزله) لانه وكيل من عزله قبله وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه لانه نهى والاحكام المتعلقة بالامر والنهى لا يؤثر فيها الامر والنهى الا بعد العلم ودليله اوامر الشرع ونواهيه وهذا اذا كان العزل قصديا فلو كان العزل حكميا كالموت فلا يشترط علم المضارب كما فى الوكالة (فلو علم) بعزله بعدما صار مال المضاربة عرضا (فله بيع عرضها) لان حقه ثبت فى الربح على ان ينض رأس المال اى يتحول عينا بعد ان كان متاعا كذا فى القاموس (ثم لا يتصرف فى ثمنه) بان يشترى به شيئا آخر (ولا فى نقد نض) بفتح النون وتشديد المعجمة اى حصل (من جنس رأس ماله) لان التصرف فى العرض ببيعه بعد العزل انما كان لضرورة ظهور الربح ولا ضرورة ههنا (ويبدل) المضارب بعد العزل (خلافه) خلاف جنس رأس المال (به) اى بجنس رأس المال وبه قال الشافعى واحمد (ولو افترقا) من المضاربة (وفى المال دين لزمه) اى المضارب (طلبه) اى طلب الدين (ان كان ربح) لان المضارب كان كالاجير وحصته من الربح كالاجرة وقد سلمت له فيجبر على اتمام العمل (والا) اى وان لم يكن ربح لا يلزمه طلب الدين لانه وكيل محض والوكيل متبرع لا يجبر على اتمام ما تبرع به لكن (يوكل) المضارب (المالك به) اى بطلب الدين لان حقوق العقد تتعلق

فى المال ربح (لم يلزمه) الطلب لانه وكيل محض والوكيل متبرع والمتبرع لا يجبر على اتمام ما تبرع به ولكن (يؤكل المالك به) اى بالطلب لان حقوق العقد يتعلق بالعاقد فلم يكن لرب المال المطالبة بالديون فيما عقده المضارب الا بتوكيله اياه

بالعاقد وهو ههنا المضارب فلم يكن لرب المال المطالبة بالدين التى فيما عقده المضارب الا بتوكيل من المضارب فيؤمر المضارب بتوكيله كيلا يضيع حقه وقال مالك والشافعى واحمد يلزم المضارب طلب الدين لانه بعقد المضاربة التزم رد رأس المال على صفته فيلزمه ان ينضه كما لو كان فى المال ربح وكذا سائر الوكلاء (والبياع) اى الدلال (والسمسار) بكسر السين الاولى المتوسط بين البائع والمشترى فارسى (يجبر ان عليه) اى على طلب الثمن لانهما يعملان باجرة عادة فكان ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة (وما هلك) من مال المضاربة (صرف الى الربح اولا) لان الربح تابع لرأس المال لتصور وجود رأس المال بدون الربح بخلاف العكس فينصرف الهالك اليه كما يصرف الهالك من مال الزكوة الى العفو دون النصاب لان العفو تبع للنصاب (وان قال المالك عينت نوعا صدق المضارب) مع يمينه (ان جحد) التعين بان قال ما سميت لى تجارة بعينها او قال عممت التجارة فى الانواع كلها وقال زفر صدق رب المال لان الاذن مستفاد منه كما فى الوكالة ولنا ان الاصل فى المضاربة العموم دون الخصوص وفى الوكالة الخصوص دون العموم والقول قول المتمسك بالاصل (وان ادعى كل) من المالك والمضارب (نوعا صدق المالك) مع يمينه لانهما اتفقا على الخصوص والاذن مستفاد من جهة المالك واعتبار قول من يستفاد الاذن من جهته احق من غيره والبينة بينة المضارب لاحتياجه الى نفى الضمان (وكذا) يصدق المالك مع يمينه (ان قال) رب المال (بضاعة اووديعة وقال) ذواليد (مضاربة) لانه ينكر دعوى الربح (او) قال (قرض) لانه ينكر دعوى التمليك والله تعالى اعلم

كتاب المزارعة

(هى) لغة مفاعلة من الزراعة وهى انبات لقوله تعالى (انتم تزرعونه) ونسبتها الى غيره سبحانه مجاز من اسناد الفعل الى السبب وهو الحراثة وهى اثارة الارض للزراعة وما يستنبت بالبذر يسمى زرعا ايضا تسمية بالمصدر وانما عبر عنها بالمفاعلة التى يقتضى الفعل من الجانبين لان الاعانة على الفعل من اعطاء البذر والآلة بمنزلة الفعل كالمضاربة وتسمى المزارعة مخابرة ايضا من الخبرة وهى النصيب اومن خيبر لانها اول ما دفعت اليهم وشرعا

ولكن يؤكل المالك بطلب الثمن على المشترى وكذا المستبضع اذا باع مال البضاعة يؤكل المالك بطلب الثمن (و) الذى يعمل بالاجر مثل (البياع) اى الدلال (والسمسار) بكسر السين الاول المتوسط بين البائع والمشترى فارسية معربة ومصدرها السمسرة وهو ان يوكل الرجل من الحاضرة للبادية فيبيع لهم ما يجلبونه (يجبر ان عليه) اى على طلب الثمن واستيفائه لانه يصل اليهما بدل عملهما (وما هلك) من مال المضاربة (صرف الى الربح اولا) دون رأس المال لان الربح تابع ورأس المال اصل والهلاك يصرف الى التبع اولا دون الاصل كما ان الهلاك يصرف فى مال الزكوة الى العفو دون النصاب فان زاد الهلاك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين (وان قال المالك عينت نوعا) وقال المضارب ما سميت لى نوعا بعينه (صدق المضارب) مع اليمين (ان) ادعى العموم فى كل تجارة و(جحد) قول المالك لان الاصل فى المضاربة العموم فكان القول لمن يتمسك بالاصل وقال زفر رح صدق رب المال (وان ادعى كل) واحد منهما (نوعا صدق المالك) مع اليمين لاتفاقهما على الخصوص فاعتبار قول من يستفاد الاذن من جهته احق والبينة للمضارب لاحتياجه الى نفى الضمان (وكذا) صدق المالك مع اليمين (ان قال) المالك دفعت المال اليك (بضاعة او وديعة وقال ذواليد) المال عندى (مضاربة او قرض) لان ذاليد يدعى عليه تمليك المال او الربح وهو ينكر فكان القول للمنكر والبينة لذى اليد

كتاب المزارعة

(هى) فى اللغة مفاعلة من الزراعة يقال زرع الله الحرث اى انبته وانماه وقولهم زرع الارض الزراع اذا اثارها للزراعة من اسناد الفعل الى السبب مجازا كذا فى المغرب وفى الشريعة

(عقد الزرع ببعض الخارج) منه (ولا تصح عند ابى حنيفة رحمه الله) فان وقعت يجب على صاحب البذر اجر المثل للعامل ولرب الارض والغلة له لانها نماء ملكه وانما لا تصح عنده لما اخرجه مسلم عن ثابت بن الضحاك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزارعة وامر بالمواجرة وقال لا بأس بها وما رواه ابن ابى شيبة عن ثابت بن الحجاج عن زيد بن ثابت قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قلت وما المخابرة قال ان تأخذ الارض بنصف او ثلث اوربع ولقول ابن عمر كنا نخابر ولا نرى بذلك بأسا حتى زعم رافع بن خديج ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عنها فتركناها من اجل ذلك وعن عطاء عن جابر بن عبد الله نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة قال عطاء فسرها لنا جابر فقال اما المخابرة فالارض البيضاء يدفعها الرجل الى الرجل فينفق فيها فيأخذ من الثمر والمحاقلة بيع الزرع القايم بالحب كيلا والمزابنة بيع الرطب فى النخل بالتمر كيلا رواهما مسلم وفى سنن ابى داود ان رافع بن خديج قال كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر ان بعض عمومته اتاه فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن امر كان لنا نافعا وطواعية الله ورسوله انفع قال قلنا وما ذاك قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كانت له ارض فليزرعها او ليزرعها اخاه ولا يكاريها بثلث ولاربع ولا بطعام مسمى ولان المزارعة استيجار باجر مجهول او معدوم وكل منهما مفسد ولانها استيجار ببعض ما يخرج من العمل فيكون فى معنى قفيز الطحان وهو ان يستأجر رجلا ليطحن له كر حنطة بقفيز من دقيقها واما ما اخذه النبى صلى الله عليه وسلم من اهل خيبر فانما كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وذلك جائز بدليل انه عليه السلام لم يبين لهم المدة ولو كانت مزارعة لبينها لان المزارعة لا يجوز عند من يجيزها الا ببيان المدة وقال ابو بكر الرازى ومما يدل على ان ما شرط عليهم من نصف الثمر والزرع كان على وجه الجزية انه لم يرد فى شئ من الاخبار ان النبى صلى الله عليه وسلم اخذ منهم الجزية الى ان مات ولا ابو بكر الى ان مات ولا عمر الى ان اجلاهم ولو لم يكن ذلك جزية لاخذ منهم الجزية حين نزلت آية الجزية والحيلة عنده ان يستاجر رب البذر العامل باجر معلوم الى مدة

(عقد) على فعل (زرع ببعض الخارج) والمزارعة يقتضى فعلا من الجانبين مع ان فعل الزرع يوجد من احد الجانبين وانما سمى بها بطريق التغليب كالمضاربة (ولا تصح) المزارعة (عند ابى حنيفة رح) لانه عليه الصلوة والسلام نهى عن المخابرة وهى مزارعة الارض على الثلث او الربع وخص بالثلث او الربع لمكان العادة فى ذلك الوقت ولانه فى المعنى استيجار الزراع ببعض ما خرج من عمله فكان من قبيل قفيز الطحان ونهى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو ان يستأجر رجلا ليطحن له كذا من حنطة بقفيز من دقيقها

معلومة فاذا مضت المدة يعطيه بعض الخارج عما وجب له من الاجر فى ذمته سواء حصل الخارج اولا فيجوز ذلك برضاهما كالدين اذا اعطى عنه خلاف جنسه (وصحت) المزارعة (عندهما) لما اخرجه الجماعة الا النسائى عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر اوزرع وفى لفظ لما فتح خيبر سأل اليهود رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يقرهم فيها على ان يعملوا على نصف ما يخرج منها من التمر والزرع فقال عليه السلام نقركم فيها على ذلك ما شئنا وفى لفظ لابى داود عن ابن عباس فلما كان حين يصرم النخل بعث اليهم عبد الله بن رواحة فخرز عليهم النخل وهو الذى يسميه اهل المدينة الخرص فقال فى ذه كذا وكذا قالوا اكثرت علينا يا ابن رواحة قال فانا الى خرز النخل واعطيكم نصف الذى قلت قالوا هذا الحق وبه تقوم السماء والارض قد رضينا ان نأخذ بالذى قلت وفيه عن جابر فخرصها اربعين الف وسق ولما خيرهم اخذوا التمر وعليهم عشرون الف وسق وعن عمرو بن دينار قال قلت لطاوس لو تركت المخابرة فانهم يزعمون ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عنها قال اى عمرو يعنى يا عمرو انى اعطيهم واعينهم وان اعلمهم يعنى ابن عباس اخبرنى ان النبى صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها وانما قال لان يمنح احدكم اخاه خير له من ان يأخذ عليه خرجا معلوما متفق عليه وعن عروة ابن الزبير قال قال زيد بن ثابت يغفر الله لرافع بن خديج انا والله اعلم بالحديث منه اتاه رجلان قد اقتتلا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان كان هذا شأنكم فلا تكروا المزارع رواه ابو داود واما ما فيه من قوله عليه السلام من لم يذر المخابرة فليؤذن بحرب من الله ورسوله فمحمول على قول رافع كنا اكثر اهل المدينة حقلا وكان احدنا يكرى ارضه فيقول هذه القطعة لى وهذه لك فربما اخرجت ذه ولم تخرج ذه فنهاهم النبى صلى الله عليه وسلم متفق عليه وقد قال ابو جعفر ما بالمدينة اهل بيت هجرة الا يزرعون على الثلث والربع وزارع على وسعد بن مالك وعبد الله بن مسعود وعمرو بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل ابى بكر وآل عمر وابن سيرين وعامل عمر الناس على انه ان جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وان جاؤا بالبذر فلهم كذا رواه البخارى ولانها عقد شركة بين المال والعمل فيجوز

(ولكن صحت عندهما) لانه عليه الصلوة والسلام دفع نخيل خيبر الى اهلها معاملة وارضها مزارعة على نصف ما يخرج من ثمر وزرع وبذلك عمل الصحابة رض والتابعون والصالحون الى يومنا هذا بلا نكير

كما فى المضاربة والجامع الحاجة لان صاحب الارض قد لا يقدر على العمل والقادر على العمل قد لا يجد الارض فمست الحاجة الى المزارعة لينتظم مصلحتهما ويحصل منفعتهما من الريع كما ان من له مال قد لا يهتدى الى التجارة ومن يهتدى الى التجارة قد لا يكون له مال فمست الحاجة الى المضاربة (وبه) اى وبقولهما فى المزارعة (يفتى) لحاجة الناس اليها وتعامل الناس بها والقياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع وقد اجازها الخلفاء الراشدون وعمدة من الانصار والمهاجرين واما ما رواه من النص عن النهى فمؤول فانهم كانوا يشترطون فيها شيئا معلوما من الخارج لرب الارض وهو مفسد للعقد كما لو دفع الغنم ونحوها الى من يرعاها ويخدمها بنصف الزوائد التى تحدث منها فلذا نهوا عنها ثم اعلم ان ابا حنيفة فرع مسائل المزارعة والمعاملة على اصولهما لما علم ان الناس لا ياخذون بقوله فيهما كذا فى الفصول العمادية والاظهر ان صحة المزارعة رواية عنه والمسائل متفرعة عليها الا انه اختار فسادها واخذ اصحابه برواية صحتها (بشرط صلاحية الارض للزرع) لان المقصود هو الربح وهو لا يحصل بدونه (واهلية العاقدين) وهما رب الارض والمزارع بان يكون كل واحد منهما حرا عاقلا بالغا او عبدا اوصبيا مأذونين وهذا الشرط لا اختصاص له بهذا العقد بل جميع العقود كذلك (وذكر المدة) لان العقد يرد على منفعة رب الارض ان كان البذر من جهة العامل وعلى منفعة العامل ان كان البذر من جهة رب الارض والمنفعة هنا لا يعرف مقدارها الا ببيان المدة فكان معيارا للمنفعة ويشترط فى المدة ان لا يكون اقل مما يمكن فيه الزراعة وان لا يكون لا يعيش الى مثلها احدهما غالبا وهو المختار للفتوى على ما فى الخزانة وعند محمد بن سلمة لا يشترط بيان المدة ويقع مالم يبين فيه المدة على سنة واحدة وبه اخذ الفقيه ابو الليث وفى الفتاوى المنصورية الفتوى على ما قاله محمد بن سلمة (ورب البذر) اى وذكره بتسميته لانه المستأجر (و) ذكر (جنسه) اى جنس البذر ليصير الاجر معلوما لانه منه (و) ذكر (قسط الآخر) وهو غير رب البذر لانه اجرة عمله او ارضه (والتخلية) اى ويشترط التخلية (بين الارض والعامل) ليتمكن من العمل فلو شرط عمل رب الارض مع العامل لا يصح لفوات التخلية (وشيوع الحب) الخارج بين

(وبه يفتى) لاحتياج الناس اليها وتعاملهم فان الانسان قد يكون له ارض ولا يهتدى الى الزراعة وقد يكون مهتديا ولا يكون له ارض فمست الحاجة الى انعقادها لينتظم مصلحتهما ويحصل مقصودهما من الزرع كالمضاربة (بشرط صلاحية الارض للزرع) لان المقصود لا يحصل بدونه (و) بشرط (اهلية العاقدين) وهذا الشرط لا يختص بالمزارعة فان اهلية العاقدين شرط فى كل عقد (و) بشرط (ذكر المدة) بان قال الى سنة او سنتين او ما اشبه ذلك ولو ذكر مدة لا يتمكن فيها من الزراعة فسدت وكذلك ان ذكر مدة لا يعيش فيها احدهما الى مثلها غالبا لان العقد يرد على منفعة الارض ان كان البذر من قبل العامل او على منفعة العامل ان كان البذر من قبل رب الارض والمنفعة لا يعرف مقدارها الا ببيان المدة (وعن) محمد رح انها من غير ذكر المدة جائزة وتقع على سنة واحدة اى زرع واحد وبه اخذ الفقيه ابو الليث (و) بشرط (ذكر رب البذر) لان المعقود عليه يختلف باختلافه فان البذر ان كان من قبل العامل فالمعقود عليه منفعة الارض وان كان من قبل رب الارض فالمعقود عليه منفعة العامل ولابد من بيان المعقود عليه (و) بشرط (ذكر جنسه) اى جنس البذر لانه لابد من اعلام جنس الاجرة ولا يصير ذلك معلوما الا ببيان جنس البذر (و) بشرط ذكر (قسط) الشريك (الآخر) اى من لا بذر من قبله لانه يستحق ذلك عوضا عن العمل بالشرط وما لم يكن معلوما لا يستحق شرطا بالعقد (و) بشرط (التخلية بين الارض و) بين (العامل) حتى اذا شرط فى العقد ما يزول به التخلية وهو رب الارض مع العامل لا يصح العقد (و) بشرط (شيوع الحب) الحاصل من الارض

(بينهما) يعنى ينبغى ان لا يشترط فيه مقدار معين لاحدهما اذ يجوز ان لا يخرج من الارض الا ذلك القدر فلم يبق شركة على ذلك التقدير ومن شروطها بقاء الشركة (فتفسد ان شرط ما ينافيه) شيوع الحب الخارج (كرفع) رب (البذر) بذره (او) رفع (الخراج ثم قسمة الباقى) بينهما لجواز ان لا يخرج من الارض الا قدر البذر او الخراج فيؤدى الى قطع الشركة وهذا اذا كان الخراج موظفا فاما اذا كان الخراج مقاسمة نحو الثلث او الربع يجوز كما لو شرطا رفع العشر وقسمة الباقى والارض عشرية لانه مشاع فلا يؤدى الى قطع الشركة (وكذا) تفسد (ان شرط كل التبن لغير رب البذر)

العاقدين لتحقق المعنى المقصود من المزارعة وهو الشركة لانها انعقد اجارة فى الابتداء وشركة فى الانتهاء (فتفسد) المزارعة (ان شرط ما ينافيه) اى ينافى شيوع الحب الخارج (كرفع البذر) اى رفع رب البذر من الخارج ثم قسمة الباقى (او) رفع (الخراج) من الارض الخراجية خراجا موظفا ثم (قسمة الباقى) لجواز ان لا يخرج من الارض الا القدر المرفوع قيدنا بكون الخراج موظفا لانه لو كان مقاسمة كالربع او الخمس لا يفسد المزارعة كما لو شرط دفع العشر وقسمة الباقى لان هذا الشرط لا يؤدى الى قطع الشركة (وكذا) يفسد المزارعة (ان شرط التبن لغير رب البذر) ثم قسمة الحب لان هذا الشرط يؤدى الى قطع الشركة اذا لم يخرج الا التبن لان استحقاق غير صاحب البذر انما هو بالشرط (وصح) عقد المزارعة ان شرط التبن (للآخر) اى لرب البذر لان ذلك حكم عقد المزارعة (او) ان (لم يتعرض) للتبن لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود وهو الحب والتبن لصاحب البذر لا يحتاج فى اخذه الى شرط لانه نماء بذره وقال مشايخ بلخ التبن بينهما اعتبارا للتصرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يكون بشرط الاصل (ولا تصح) المزارعة (الا ان يكون الارض والبذر لاحد) اى لواحد من العاقدين (والبقر والعمل لآخر) لان البقر آلة العمل (او) الا ان (يكون الارض لواحد والباقى لآخر) لان صاحب البذر حينئذ يكون مستأجرا للارض باجر معلوم من الخارج فيجوز كما استأجرها بدراهم فى الذمة (او) الا ان يكون (العمل له) اى لواحد (والباقى للآخر) لان صاحب البذر حينئذ يكون مستأجرا للعامل وهو باجرة معلومة من الخارج فيجوز (واذا صحت) المزارعة (فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام (ولا شئ للعامل ان لم يخرج) شئ من

لانه شرط يؤدى الى قطع الشركة بان لا يخرج من الارض الا التبن ولا ينعقد الحب (وصح ان) شرط التبن (للآخر) اى لرب البذر فان هذا الشرط مقتضى العقد لان التبن نماء ملكه وغيره انما يستحق بالشرط ولا شرط (او لم يتعرض) للتبن فانه يصح ايضا وحينئذ التبن لصاحب البذر (وقيل) التبن بينهما ايضا لان المعتبر هو العرف فيما لم ينص عليه العاقدان ولانه تبع للحب فيعطى له حكمه ولا يصح) شركة المزارعة عندهما (الا) بشرط (ان يكون الارض والبذر) لاحد) الشريكين (والبقر والعمل لآخر) لان رب الارض كانه استاجر العامل للعمل والبقر الة للعامل فجاز شرطه عليه كما لو استاجر خياطا ليخيطه بابرة نفسه (او يكون الارض وحدها لاحد والبذر والبقر والعمل لاخر) لان رب البذر كانه استاجر الارض بجزء معلوم (او) يكون (العمل) وحده (له) اى لاحد (والباقى لاخر) لان رب الارض كانه استاجر العامل ليعمل بالته فيصح كما لو استاجر خياطا ليخيطه بابرة رب الثوب واعلم ان ما يقوم به المزارعة اربعة وهى الارض والبذر والعمل والبقر وبهذا الاعتبار يصير الاقسام سبعة لانه اما ان يكون احد هذه الاربعة فقط من احد الشريكين كالبذر او الارض او العمل او البقر والثلثة الباقية من الشريك الاخر فهذه اربعة اقسام واما ان يكون اثنان من احدهما واثنان من الاخر فهذه ثلثة اقسام كما اذا كان الارض مع البذر او مع البقر او مع العمل من احدهما والباقيان من الاخر فثلثة من هذه الاقسام السبعة صحيحة وهى المذكورة فى المتن واربعة منها فاسدة وقد نظم المصنف رح فى هذه بيتا فارسيا وقال شعر * زمين تنها عمل تنها زمين با تخم اى كامل * وراى ابن سه صورت دان همه ناجائز وباطل * وعن ابى يوسف رح انه اذا كان الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لاخر فهى صحيحة وهى خلاف ظاهر الرواية (واذا صحت) المزارعة (فالخارج يكون (على الشرط) لصحة الالتزام والمسلمون عند شروطهم) ولا شئ للعامل ان لم يخرج شئ من الارض لان الشركة فى الخارج دون غيره بخلاف ما اذا فسدت المزارعة ولم يخرج شئ فانه يجب اجر المثل للعامل فى الذمة واذا عقدت المزارعة وابى احد العاقدين عن المضى فى العقد يجبر على من ابى

(عن المضى الارب البذر) فانه لايجبر على المضى لانه لايتوصل على الوفاء بالعقد الا باتلاف البذر وفيه ضرره فلا يجبر على ذلك كما لو استاجر اجيرا لهدم داره فامتنع مستاجره فاما اذا امتنع الذى ليس من قبله البذر فانه يجبر على المضى لان الوفاء ممكن بلا ضرر يلحقه (فان ابى) رب الارض والبذر من قبله (بعد ما كرب العامل) فلا شىء للعامل فى عمل الكراب لان

عمله انما يتقوم بجزء الخارج ولا خارج هنا قالوا هذا الجواب فى حكم الشرع لكن فيما بينه وبين الله تعالى (يجب ان يسترضى العامل) ويعطى اجر مثل عمله لانه انما اشتغل باقامة هذه الاعمال ليحصل له نصيبه من الخارج فاذا اخذ الارض منه فقد غره فينبغى ان يطلب رضاه (وان فسدت المزارعة (فالخارج لرب البذر) لانه نماء ملكه وانما يستحق الاخر بالتسمية فاذا فسدت المزارعة يكون النماء كله لرب البذر (وللاخر اجر مثله) فلو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثل عمله وان كان البذر من قبل العامل فلرب الارض اجر مثل ارضه (و) لكن عند ابى يوسف رحمه الله (لا يزاد) اجر المثل (على ما شرط له) فى المزارعة لرضائه بسقوط الزيادة وعند محمد رح له اجر مثله بالغا ما بلغ (وتبطل) المزارعة (بموت احدهما) اى احد العاقدين فلو كان دفع الارض الى ثلث سنين فلما نبت الزرع فى السنة الاولى ولم يحصد مات رب الارض تركت الارض فى يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم بالشرط وتنتقض المزارعة فى السنتين الباقيتين لان فى ابقاء العقد فى السنة الاولى مراعاة الحقين حق للزارع والورثة وفى القلع ابطالا لحق العامل ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار تنتقض المزارعة لانه ليس فى ذلك اتلاف مال على المزارع ولا شىء للعامل بمقابلة العمل لانه يتقوم بالخارج ولا خارج فلا يجب شىء (وتفسخ) المزارعة (بدين) لحق لصاحب الارض (محوج الى بيعها) اى بيع الارض هذا قبل ان ينبت الزرع ولو نبت الزرع

الزرع لان الشركة انما هو فى الخارج فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت فان الواجب حينئذ اجر المثل (ويجبر من ابى) اى امتنع (من المضى) لانها عقد اجارة وهو يجبر على من ابى عن المضى فيه (الارب البذر) لانه لا يمكنه المضى فى العقد الا بضرر يلزمه وهو القاء بذره على الارض ولا يدرى هل يخرج ام لا فلا يجبر عليه وصار كمن استأجر اجيرا يهدم داره ثم امتنع ولو امتنع الاجير اجبر على العمل لان المزارعة ينعقد اجارة والاجارة عقد لازم يفسخ بالعذر عندنا وهو يتحقق هنا من جهة العامل (فابى) رب البذر عن المضى فى العقد والبذر من قبله (بعد ما كرب العامل) الارض اى قلبها للحرث (يجب) عليه ديانة (ان يسترضى) اى يسترضى العامل بان يعطيه اجر مثل عمله لانه غره فى ذلك ولا يجب عليه قضاء لان عمله انما يتقوم بالعقد وقد قومه بجزء من الخارج ولا خارج (وان فسدت) المزارعة (فالخارج لرب البذر) لانه نماء ملكه (وللآخر اجر مثله) من عمل او ارض (ولا يزاد على ما شرط) لانه رضى بسقوط الزائد عليه وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد عليه اجر مثله بالغا ما بلغ (وتبطل) المزارعة (بموت احدهما) اى احد العاقدين اذا عقدها لنفسه اعتبارا بالاجارة سواء كان قبل الشروع فى العمل او بعده وهذا على اطلاقه وهو فى الاستحسان اذا مات احدهما وكانت المدة ثلاث سنين مثلا وقد نبت الزرع فى السنة الاولى يبقى عقد الاجارة حتى يستحصد ذلك الزرع ثم يبطل فى الباقى من السنتين لان فى ابقاء العقد مراعاة للحقين فيعمل العامل او ورثته الى ان يحصد الزرع ويقسم على ما شرطاه (وتفسخ بدين) لا حق لرب الارض (محوج الى بيعها) لانها تفسخ بالاعذار وهذا عذر كما فى الاجارة ولا يطالبه العامل اذا كرب الارض او حفر النهر بشىء لان المنافع انما تقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج واذا لم يكن خارج لم يجب شىء وهذا اذا لم ينبت الزرع واما اذا نبت فلاتباع الارض فى الدين حتى يستحصد لان فى بيعها قبل ذلك ابطال حق المزارع

ولم يستحصد لم يبع الارض فى الدين حتى يحصد الزرع لانه لو بيع الارض فى الدين يؤدى الى ابطال حق المزارع اصلا وفى التاخير اضرار بالغرماء ولكن ضرر التاخير اهون فيتاخر البيع الى وقت الحصاد

وفى تأخير بيعها حتى يستحصد الزرع تأخير حق الغرماء والتأخير اهون من الابطال (فان مضت المدة) المشروطة فى المزارعة (ولم يدرك الزرع فعلى العامل) لصاحب الارض (اجر مثل نصيبه من الارض حتى يدرك) الزرع ويستحصد فلا يجوز لرب الارض ان يأخذ الزرع بقلا لما فيه من اضرار المزارع فاما اذا اراد المزارع ان يأخذه بقلا فلرب الارض ان يفعله ويكون بينهما او يعطيه قيمة نصيبه او ينفق على الزرع ويرجع بما ينفقه فى حصة المزارع كذا فى الهداية (ونفقة الزرع) من اجر السقى ونحوه وكذا مؤنة حفظه بعد انقضاء مدة المزارعة (عليهما بالحصص) اى بقدر الحصص (كاجر الحصاد ونحوه) من الرفاع والدياس والتذرية لان عقد المزارعة يوجب على العامل عملا يحتاج اليه الى انتهاء الزرع وهذه الاشياء بعد انتهائه وهو حينئذ مال مشترك بينهما فيجب عليهما على قدر ملكهما (فان شرط) اجر الحصاد ونحوه (على العامل صح عند ابى يوسف رحمه الله وبه يفتى) وهذا اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمة وهو الاصح فى ديارنا يعنى لتعامل الناس بها كذا فى الهداية وفسد فى ظاهر الرواية وهو القياس وهذا بخلاف ما اذا شرطا على رب الارض فانه مفسد بالاتفاق لعدم العرف وكذا اذا شرطا الجذاذ على العامل او الحصاد على غير العامل لا يجوز بالاتفاق لعدم التعامل وعن نصير بن يحى ومحمد بن سلمة هذا كله يكون على العامل شرط عليه ام لا بحكم العرف قال شمس الائمة السرخسى هذا هو الصحيح فى ديارنا كذا فى فتاوى قاضيخان والله اعلم *

كتاب المساقاة

لغة مفاعلة من السقى (دفع الشجر الى من يصلحه بجزء) معلوم شائع كما فى المزارعة (من ثمره) اى ما هو المقصود منه فيتناول الرطبة والفولة والزعفران وغيرهما وفى اطلاق الشجر دفع لما ذهب اليه الشافعى من ان المساقاة مخصوصة بالنخيل والكرم لان جوازها بالاثر انما ورد فى النخل والكرم ولنا ان جوازها للحاجة وهى تعم الكل ولان الاصل فى النصوص

(فان مضت المدة ولم يدرك الزرع فعلى العامل) لصاحب الارض (اجر مثل نصيبه من الارض حتى يدرك الزرع) لان المدة اذا انقضت فقد انتهى العقد الآن فى قلعه ضررا فابقينا العقد بالاجرة كما فى الاجارة (ونفقة الزرع) مثل اجر السقى ونحوه (عليهما بالحصص) اى على مقدار حقوقهما حتى يستحصد لانه عمل فى مال مشترك حيث انتهى العقد بانتهاء المدة واستحقاق العمل على العامل انما كان فى المدة بالعقد ولم تبق المدة (كاجر الحصاد ونحوه) كالرفاع اى رفع الزرع الى البيدر والدوس والتذرية فانه ايضا عليهما بالحصص (وان شرطا) اجر الحصاد ونحوه فى المزارعة (على العامل) فسدت عند محمد رح) وهذا الحكم عام فى جميع المزارعات غير مختص بصورة انقضاء المدة والزرع لم يدرك وهذا لان المزارعة تنتهى باستحصاد الزرع وليس الحصاد من عمل المزارعة فى شىء فكان شرطا مفسد اللعقد و(صح) هذا الشرط (عند ابى يوسف رح) لانه متعارف وهو اختيار مشايخ بلخ (وبه يفتى) قال شمس الائمة السرخسى رح وهو الصحيح فى ديارنا واعلم ان الاصل ان كل عمل قبل الادراك كالحفظ والسقى فهو على العامل لان العقد وقع على العمل وكل عمل بعد تمام الادراك قبل القسمة كالحصاد والدياس والرفاع والتذرية فهو عليهما لان الخارج ملكهما وكل عمل بعد القسمة كالحمل الى البيت فهو على كل واحد منهما فى نصيبه خاصة قال الفقيه ابو بكر البلخى رح كان محمد بن سلمة وغيره من مشايخ بلخ يفتون بجواز المزارعة مع هذه الشرائط ويزيدون على هذا ويقولون بجواز شرط التنقية والحمل الى منزل رب الارض لان المزارعة بهذه الشرائط متعارفة

كتاب المساقاة

(هى) لغة مفاعلة من السقى وشرعا (دفع الشجر الى من يصلحه بجزء شائع من ثمره) الخارج

(وهى كالمزارعة) فى انها باطلة عند ابى حنيفة رح وعندهما صحيحة والفتوى على قولهما رح وفى ان شروطها كشروطها مما يمكن وجودها فى المساقاة كاهلية العاقدين وبيان نصيب العامل والشركة فى الخارج والتخلية بين الاشجار والعامل فاما بيان البزر ونحوه لا يمكن فى المساقاة وقال الشافعى رح وقال مالك رح المساقاة جائزة ولا يجوز المزارعة الا تبعا للمساقاة وشرط التبعية عند مالك رح ان يكون الاصل ضعف التبع لان به يتحقق التبعية (الا انها تصح بلا ذكر المدة) لان لادراك الثمر وقتا معلوما عادة فصارت المدة معلومة وان تقدم او تأخر فذلك يسير (ويقع) العقد على (اوّل ثمر يخرج) لانا تيقنا ان العقد يتناول اوّل ثمرة خرجت وفيما وراء ذلك شك فلا يثبت الا المتيقن ولو دفع رطبة قد انتهى جزازها على ان يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بزرها على ان ما رزق الله تعالى فى ذلك من بزر فهو بينهما نصفان ولم يسم المدة جاز استحسانا (وادراك بزر الرطبة كادراك الثمر) فى انه لا يشترط بيان المدة لان لادراك البزر وقتا معلوما عند المزارعين والبزر انما يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة

فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها ولو دفع اصول رطبة على ان يقوم عليها حتى يذهب اصولها وينقطع نباتها على ان الخارج بينهما فهو فاسد لانه ليس لذلك نهاية معلومة فى العادة وجهالة المدة فى المساقاة تفسدها ولو دفع اصول رطبة نابتة فى الارض مساقاة ولم يسم سنة ولا اكثر فذلك على وجهين فان لم يكن لجزازها وقت معلوم فالعقد فاسد وان كان لجزازها وقت معلوم فالعقد جائز ويقع على الجزة الاولى وهذا لان الرطبة مما يزداد طولا بطول المدة فمتى لم يكن وقت الجزاز معلوما كانت مدة المعاملة مجهولة بخلاف الثمر لان لادراكها وقتا معلوما اذا بلغ ذلك لا يزداد بعد ذلك وان طال الزمان اما الرطبة فبخلافه فيظهر مما ذكرنا من تفصيل المسائل ان ليس المراد انه اذا دفع رطبة مساقاة لا يشترط بيان المدة ويمتد الى ادراك بزر الرطبة ولا يتوجه ان يقال ان الغالب ان البزر فيها غير مقصود بل يحصد فى سنة ست مرات او اكثر وان اريد البزر يحصد مرة ويترك فى المرة الثانية الى

التعليل لا سيما على اصله وتسمى ايضا المعاملة بلغة اهل المدينة (وهى كالمزارعة) فى انها فاسدة عند ابى حنيفة رحمه الله وجائزة عندهما وهو قول ابن ابى ليلى والفتوى على قولهما وشرطها عندهما شروط المزارعة الا انها اذا امتنع احدهما عن المضى يجبر لانه لا ضرر عليه فى المضى بخلاف المزارعة حيث لا يجبر صاحب البذر (وانما تصح بلا ذكر المدة استحسانا (وتقع على اول ثمر يخرج) لان لادراك الثمر وقتا معلوما قل ما يتفاوت اذا لم تعين المدة لان تناول العقد اول ثمرة متيقن وفيما وراءه شك فلا يثبت (وادراك بذر الرطبة) مبتدأ خبره (كادراك الثمر) فتصح المساقاة عليه بلا ذكر المدة وتقع على اول رطبة يخرج لان له نهاية معلومة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف خريفا وشتاء وربيعا والانتهاء مبنى على الابتداء فتفحش الجهالة (وذكر مدة) يتقين انه (لا يخرج الثمر فيها يفسدها) اى المساقاة للتيقن بفوات المقصود وهو الشركة فى الثمر بخلاف مدة قد يخرج الثمر فيها وقد لا يخرج لعدم التيقن بفوات المقصود (فان لم يخرج) الثمر (فيها) وخرج بعدها (فللعامل اجر المثل) لان الخطأ تبين فى المدة المسماة فيفسد العقد كما لو علم ذلك فى الابتداء واما اذا لم يخرج شىء

اصلا

ان يدرك البزر ففيما لا يوجد ينبغى ان يقع على السنة الاولى (وذكر مدة) لا يخرج الثمر فيها كما اذا دفع شجرا او نخلا او كرما مساقاة شهرا معلوما يعلم انها لا تخرج ثمرة فى تلك المدة (يفسدها) لان المقصود الشركة فى الخارج وهذا الشرط يمنع ما هو المقصود فيكون مفسدا للعقد (بخلاف ذكر مدة قد يخرج الثمر فيها وقد لا يخرج فيها بل يتأخر عنها فانه لا يفسدها بل جازت موقوفة فان خرج الثمر فى تلك المدة فهو بينهما على ما شرطا لصحة العقد (وان لم يخرج (فيها) بل تاخر عن تلك المدة (فللعامل اجر المثل) فيعمل الى ادراك الثمر لفساد العقد لانه تبين انهما سميا مدة لا تخرج الثمار فيها ولو كان ذلك معلوما عند ابتداء العقد كان فاسدا فكذا اذا تبين فى الانتهاء بخلاف ما اذا لم تخرج اصلا لانه بما حدث من الافة لا يتبين ان الثمار لا تخرج فى المدة المذكورة فلم يتبين المفسد فبقى العقد صحيحا وموجبه الشركة فى الخارج ولا خارج فلم يكن لواحد منهما على صاحبه شىء

اصلا فلم يفسد العقد بل وقع صحيحا ولا شيء لو احد منهما على صاحبه لان عدم خروج الثمر اصلا لآفة سماوية فلم يتبين الخطاء فى المدة (ولا تصح المساقاة (ان ادرك الثمر وقت العقد) وصار بحيث لا يزيد بالعمل وتصح ان لم يكن كذلك (كالمزارعة) فانها لا تصح ان ادرك الزرع واستحصد وتصح قبل ذلك لان العامل انما يستحق بظهور اثر عمله ولا اثر لعمله بعد ادراك الثمر او الزرع (وان مات احدهما) والثمرنى او مضت عدتها (والثمرنىء) وهو بكسر النون وتحتية ساكنة بعدها همزة وقد يدغم اى غير نضيج (يقوم العامل عليه او وارثه) الى ان ينتهى الثمر كما فى المزارعة يعنى اذا كان الثمر غير مدرك فان مات رب الارض فللعامل ان يقوم عليه كما كان قبله الى ان يدرك الثمر ولو كره ورثة رب الارض فيبقى العقد دفعا للضرر عنه وان مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه ولو كره رب الارض اذ فيه النظر من الجانبين (ولا تفسخ) المساقاة (الا بعذر) لانها اجارة والاجارة تفسخ بالعذر (وكون العامل مريضا لا يقدر على العمل او) كون العامل (سارقا يخاف منه على سعفه) اى سعف رب الاصول (او ثمره عذر) خبر المبتداء الذى هو كون العامل (ودفع فضاء) مبتداء مضاف والفضاء بفاء معجمة ارض بيضاء غير مغروسة (لغرسه) اى ليغرس كما فى نسخة والمعنى ليغرس ذلك الآخر فيها شجرا (فيكون الارض والشجر بينهما) اى بين رب الارض والغارس نصفين (لا يصح) لاشتراط العامل الشركة فيما كان موجودا قبلها لا بعمله وهو الارض فيفسد (فللعامل قيمة غرسه واجر عمله) اى اجر مثل عمله فيما عمل اما قيمة الغرس لتعذر رده بعينه لاتصاله بالارض وقد غرسه برضاه واما اجر مثل عمله لانه طلب عوضا عن عمله ولم يسلم له ذلك فيجب اجر المثل واما ما ذكره الشارح تبعا للماتن فى التعليل من انه فى معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج عن عمله وهو نصف الاشجار فتوقش فيه بان مطلق المعاملة فى معنى قفيز الطحان وجوزت على خلاف القياس بالحديث وهذا اذا كان الغرس للعامل فان كان الغرس لرب الارض فعليه اجر المثل فقط وانما قال الارض والشجر بينهما لانه لو شرط ان يكون الشجر والثمر بينهما جاز ذكره فى فتاوى قاضيخان والله تعالى اعلم

(ولا تصح) المساقاة (ان ادرك الثمر وقت العقد) وفى بعض النسخ بدله انتهى لان الشركة بعقد المساقاة انما يصح فيما يحدث بعمل العامل او يزداد بعمله ولا اثر للعمل بعد الادراك (كالمزارعة) فانها اذا استحصد الزرع وادرك لا تصح ايضا (فان مات احدهما) اى ان مات رب الشجر (والثمرنىء يقوم العامل عليه) وان كره وارث رب الارض وان مات العامل يقوم وارثه وان كره رب الارض دفعا للضرر عن الجانبين (ولا تفسخ) المساقاة (الا بعذر) لما ذكرنا فى المزارعة (وكون العامل مريضا) مرضا يضعفه و (لا يقدر على العمل) (او) كونه (سارقا) معروفا بالسرقة (يخاف منه على سعفه) اى غصون النخل قبل ادراك الثمر (او ثمره عذر) لانه يلزم رب الارض ضرر لم يلتزمه فيفسخ به (ودفع) رجل (فضاء) اى ارضا بيضاء سنين معلومة (ليغرس فيها) نخلا او شجرا او كرما (ويكون الارض والشجر) مشتركا (بينهما لا يصح) لاشتراطهما الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وهو الارض وان غرسها فاخرجت ثمرا فجميع الثمر والغرس لرب الارض (وللاخر) اى للغارس (قيمة غرسه واجر عمله) فيما عمل لانه استأجره ليجعل ارضه بستانا بالات نفسه على ان يكون اجره نصف البستان الذى يظهر بعمله وبالامة فيكون فى معنى قفيز الطحان المنهى عنه فيكون فاسدا (ثم الغرس عين مال قائمة كانت للعامل وقد تعذر ردها عليه للاتصال بالارض فيلزمه قيمتها مع اجر مثل عمله فيما عمله لانه ابتغى عن عمله عوضا ولم يسلم له ذلك فيستوجب اجر المثل وقيل حيلة الجواز فى ذلك ان يبيع نصف الاغراس بنصف الارض ويستأجره صاحب الارض العامل ثلث سنين بشيء قليل ليعمل فى نصفه وفى فتاوى قاضيخان رجل دفع الى رجل ارضا مدة معلومة على ان يغرس المدفوع اليه فيها اغراسا على ان ما يحصل من الاغراس والثمار بينهما نصفان جاز

كتاب احياء الموات

(هى) اى الموات (ارض بلا نفع لانقطاع ماؤها) فى ارض لا يزرع الا بماء الانهار او الآبار (ونحوه) من غلبة الماء عليها او كونها سبخة او نزة او تعذر زرعها لكثرة الشجر او الحجر او الرمل فيها وسميت بذلك تشبيها لها بالحيوان الميت فى عدم الانتفاع به (ولا يعرف مالكها) عطف على بلانفع وفى بعض النسخ لا يعرف بلا واوفهو صفة ثانية لارض اى غير مملوكة لمسلم ولاذمى وعدم معرفة مالكها اما بان لا يكون لها مالك فى الاسلام وهو حقيقة الموات واما بان يكون لها مالك فيها ولا يعرف فليس هذا بحقيقة الموات وانما حكمه حكم الموات حيث يتصرف فيه الامام كما يتصرف فى الموات فلو ظهر المالك بعد ذلك اخذها وضمن له من زرعها ان نقصت بالزراعة والا فلا شئ عليه وهو المختار للفتوى (بعيدة عن العامر) وحد بعدها ان تكون بحيث (لا يسمع) فيها (صوت من اقصاه) اى اقصى العامر ومنتهاه وهذا عند ابى يوسف رحمه الله لان الظاهر ان ما يكون قريبا من العامر لا ينقطع ارتفاق اهله عنه فيدور الحكم بالاحياء على البعد وعند محمد يشترط فى الموات انقطاع الارتفاق حقيقة وان كان الموات قريبا من العامر واعتمد شمس الائمة السرخسى على قول ابى يوسف رحمه الله (من احياه) اى عمره (ملكه) مسلما كان اوذميا لانهما لا يختلفان فى سبب الملك (ان اذن له الامام) فى احيائه حتى لو احياه بغير اذن الامام لا يملكه وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يملكه من احياه اذن له الامام اولم يأذن وبه قال مالك والشافعى رحمهما الله لما اخرجه الترمذى وقال حديث حسن صحيح عن جابر بن عبد الله ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من احيى ارضا ميتة فهى له ولقوله عليه السلام من اعمر ارضا ليست لاحد فهو احق بها رواه البخارى من حديث عائشة ولفظ ابى يعلى عنها من احيى ارضا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم حق وهكذا رواه ابو داود والترمذى والنسائى من حديث سعيد بن زيد وفى رواية الطبرانى عن فضالة بن عبيد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الارض ارض الله والعباد عباد الله من احيى ارضا مواتا فهى له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما فى الحطب والصيد ولابى حنيفة رحمه الله ما روى الطبرانى

كتاب احياء الموات

(هى ارض خراب) وخلافه عامر (بلا نفع) اى تعذر زرعها (لانقطاع ماؤها عنها) او لغلبته عليها (ونحوه) مما يمنع الزراعة (ولا يعرف) مالكها ويشترط عند محمد رح ان لا يكون مملوكا لمسلم اوذمى مع انقطاع الارتفاق بها لان الميتة على الاطلاق ينصرف الى الكامل وكماله ان لا يكون مملوكا لاحد لانه اذا كان مملوكا لمسلم او ذمى لا يكون مواتا لانه ان عرف مالكه فهو له وان لم يعرف مالكه فهو لعامة المسلمين كمن مات وترك مالا ولم يترك وارثا فلا يكون لاحد ان يتملكه على التخصيص ولو ظهر لها مالك يرد عليه ويضمن المزارع نقصانها (بعيدة عن العمر ان) بحيث اذا وقف انسان جهورى الصوت على مكان عال فصاح باعلى صوته (لا يسمع صوته اى صوت ذلك الانسان (من اقصاه) اى من اقصى العامر بالى اى موضع انتهى صوته يكون من فناء العمر ان لان اهل القرية يحتاجون الى ذلك الموضع لرعى المواشى اوغيره وما وراء ذلك يكون من الموات اذا لم يعرف مالكه والبعد من القرية على ما قال شرطه ابو يوسف رح وهو ان يكون بعيدة بحيث يقطع الارتفاق لبعده فقط لان الظاهر ان ارتفاق اهل القرية عنها لا ينقطع اذا كان قريبا من القرية وعن ابى يوسف رح فى رواية ان البعد قدر غلوة وعن محمد رح انه يعتبر انقطاع ارتفاق اهلها اى اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية فالحاصل ان عند ابى يوسف رح يدار الحكم على القرب والبعد وعند محمد رح يدار الحكم على حقيقة الارتفاق وشمس الائمة اعتمد على ما اختاره ابو يوسف رح (ومن احياه) المراد بالاحياء جعله صالحا للنماء والزراعة بعد ان لم يكن كذلك (ملكه ان اذن له الامام) وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابى حنيفة رح وقالا رح يملكه وفى الخلاصة تفسير الاحياء ان يبنى عليها او يغرس فيها او يكربها او يسقيها من

من حديث معاذ ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به ولان ما يتعلق به حق جماعة المسلمين لا يختص به واحد دون واحد الا باذن الامام اصله الرزق من بيت المال والقياس على الحطب والصيد ليس بتمام لان الامام لا يملك ان يأمر واحدا دون واحد بالحطب والصيد لكن الحديث فيه ضعيف وعلى تقدير صحته فانه لا دلالة للاعم على الاخص ولو تركها بعد الاحياء وزرعها غيره قيل الثانى احق بها لان الاول ملك استغلا لها دون رقبتها والاصح ان الاول احق بها لانه ملك رقبتها بالاحياء فلا يخرج عن ملكه بتركها (ومن حجر ارضا) اى وضع حجرا او شيئا للاعلام بانه قصد احيائها ماخوذ من الحجر بفتح الجيم لان الغالب ان يكون ذلك بالاحجار اوبسكون الجيم بمعنى الجمع (ولم يعمرها ثلث سنين) بكسر الحاء اى سنين (دفعها الامام الى غيره) لان الدفع للاول انما كان ليعمرها فيحصل المنفعة للمسلمين من العشر والخراج فاذا لم يعمرها يدفعها الامام الى غيره لتحصل والتقدير بثلاث حجج لما روى مسلم فى كتاب الخراج عن الحسن بن عمارة عن الزهرى عن سعيد بن المسيب قال قال عمر رضى الله عنه من احيى ارضا ميتة فهى له وليس للمحتجر حق بعد ثلاث سنين وروى حميد بن زنجويه والنسائى فى كتاب الاموال عن عمر وبن شعيب ان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم اقطع اناسا من جهينة ارضا فعطلوها فاخذها قوم آخرون فاحيوا فخاصم فيها الاولون الى عمر ابن الخطاب فقال لو كانت قطيعة منى اومن ابى بكر لم اردها ولكنها من رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم وقال من كان له ارض فعطلها ثلث سنين لا يعمرها فعمرها غيره فهو احق بها (ومن حفر بئرا فى موات بالاذن) من الامام عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وبغير الاذن ايضا عندهما (فله حريمها) اى ما حولها (للعطن) وهى التى ينزع منها الماء باليد (والناضح) وهى التى ينزع الماء منها بالبعير (اربعون ذراعا من كل جانب فى

وجعلها حولها وجعل التراب عليهما ليمنع الناس من الدخول او حفر فيه بئرا ذراعا اوذراعين (ولم يعمرها ثلث حجج دفعها الامام الى غيره) بعد ما اخذها منه لانه انما دفعها اليه ليعمرها ليحصل للمسلمين منفعة العشر والخراج فاذا لم يحصل يدفع الامام الى غيره ليحصل المقصود وانما يترك ثلث سنين لانه اذا اعلمه يحتاج الى ان يرجع الى وطنه ويهيئ اسبابه ثم يرجع الى ذلك الموضع فيهيئه فيجعل له من المدة للرجوع الى وطنه سنة لان دار الاسلام ينقطع من ادناها إلى اقصاها سنة فلعلها انما يحجر فى اقصى طرف دار الاسلام وبلده فى الطرف الاخر من دار الاسلام ولاصلاح اموره فى وطنه سنة وللرجوع الى ذلك الموضع سنة وهذا من طريق الديانة فاما فى الحكم اذا احياها انسان قبل مضى هذه المدة فهى له لتحقق الاحياء منه دون الاول (ومن حفر بئرا فى ارض الموات بالاذن من الامام عند ابى حنيفة رح وبغير اذنه ايضا عندهما (فله حريمها للعطن) والعطن والمعطن مناخ الابل ومبركها حول الماء وبئر العطن هى التى ينزح منها الماء باليد (والناضح) وهو البعير وبئر الناضح هى التى ينزح الماء منها بالبعير وانما يضاف ليفرق بين ما يسقى منه باليد وما يسقى منه بالناضح (اربعون ذراعا من كل جانب لان حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع ببئره الا بما حولها فانه يحتاج الى ان يقف على شفر البئر يسقى الماء والى ان يبنى على شفر البئر ما يركب عليه البكرة والى ان يبنى حوضا ليجتمع فيه الماء والى موضع يقف فيه مواشيه عند الشرب والى موضع تنام فيه مواشيه بعد الشرب فاستحق الحريم لذلك وقدره الشرع باربعين ذراعا ثم قيل اربعين ذراعا من الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة اذرع (فى) القول

(الاصح) اربعون ذراعا من كل جانب والذراع هو المكسر وهو ست قبضات وهو ذراع العامة وانما وصف بالمكسر لانه انقص بقبضة من ذراع الملك وهو بعض الاكاسرة لا الكسرى الاخير وكان ذراعه سبع قبضات كل قبضة اربعة اصابع وهذا عند ابى حنيفة رح وعندهما رح حريم بئر الناضح ستون ذراعا (و) الحريم (للعين خمسمائة كذلك) اى من كل جانب فى القول الاصح وعند بعضهم خمسمائة ذراع من الجوانب الاربعة من كل جانب مائة وخمسة وعشرون ذراعا (ومنع غيره من الحفر فيه) فى حريم البئر لان حريم البئر صار مملوكا لصاحب البئر ضرورة تمكنه من الانتفاع بها فلم يكن لغيره ان يتصرف فى ملكه فان حفر اخر بئرا فى حريم الاول فللاول ان يسد ما حفره الثانى ولا يضمنه النقصان وللاول ان يأخذه بكبس ما حفره وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه وهذا هو الصحيح وان حفر الثانى بئرا فى غير حريم الاول (بل فى منتهاه) قريبا منه فذهب الماء من البئر الاول وعرف ان ذهاب ذلك من حفر البئر الثانى فلا شئ عليه لانه غير متعد فيما صنع والماء تحت الارض غير مملوك لاحد فليس له ان يخاصمه بتحويل ماء بئره الى بئر الثانى (فله) اى فللثانى الذى حفر فى منتهى حريم الاول (الحريم) من ثلثة (جوانب) دون جانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه

(وللقناة) هى مجرى الماء تحت الارض (حريم بقدر ما يصلحها) وعن محمد رح انها بمنزلة البئر فى استحقاق الحريم وقيل هذا عندهما رح واما عنده فلا حريم لها ما لم يظهر الماء على وجه الارض لانها نهر حقيقة فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء هى بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع (و) من كان له نهر فى ارض غيره فعند ابى حنيفة رح (لا حريم للنهر) الا ان يقيم بينة) على ذلك وقالا رح له مسناة النهر ليمشى عليها ويلقى عليها طينه وموضع الخلاف ان يكون الحريم موازيا بالارض لا فاصل بينهما وان لا يكون الحريم مشغولا بحق احدهما اما اذا كان لاحدهما عليه

الاصح) واحترز به عن قول بعضهم اربعون ذراعا من الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة وقال ابو يوسف ومحمد ان كان البئر للعطن فحريمها اربعون ذراعا وان كان للناضح فستون ذراعا لما اخرجه ابن ماجه فى سننه من حديث عبد الله بن مغفل ان رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم قال من حفر بئرا فله اربعون ذراعا عطنا لما شيته (وللعين خمسمائة كذلك) اى من كل جانب على الاصح وهو قول الزهرى وقيل خمسمائة من الجوانب الاربعة من كل جانب مائة وخمسة وعشرون ذراعا وفى بعض نسخ القدورى حريم العين ثلث مائة ذراع وعليها اعتمد الاقطع وهو قول سعيد بن المسيب (وله منع غيره) اى غير حافر البئر او العين من الحفر فيه اى فيما ذكر من حريم البئر وحريم العين (فان حفر) غيره (فى منتهاه) اى منتها حريم الاول باذن الامام عند هم او بلا اذن عندهما (فله) اى فللذى حفر المنتهى (الحريم) من الحفر الذى حفر (ثلث جوانب) دون الجانب الذى يلى ملك الاول لسبق ملكه فيه ولو ذهب ماء الاول الى الثانى فلا شئ عليه لانه غير متعد فى فعله فصار كمن بنى حانوتا بجنب حانوت غيره فكسد الاولى بسببه (وللقناة) وهى مجرى الماء تحت الارض (حريم بقدر ما يصلحها) ولم يقدر بشئ يمكن ضبطه (ولا حريم للنهر) عند ابى حنيفة رحمه الله لا فى الاموات ولا فى غيره (الا ببينة) اى حجة شرعية او دلالة عرفية كطين ملقى على مسناته

غرس اوطين ملقى فصاحب الشغل اولى به بالاجماع لانه صاحب يد وثمرة الخلاف تظهر فى موضعين احدهما انه اذا كان على المسناة اشجار ولا يدرى من غرسها فعنده الاشجار لرب الارض وعندهما رح لرب النهر وثانيهما ان ولاية الغرس على المسناة لرب الارض عنده رح وعندهما رح لرب النهر والقاء الطين قيل على هذا الخلاف وقيل لرب النهر ذلك ما لم يفحش وهو الصحيح وان اراد ان يمر عليه ضاحبها اى صاحب النهر فقيل له ليس ذلك والاشبه ان لا يمنع اذا لم يكن فيه ضرر قال الفقيه ابو جعفر رح اخذ بقوله فى الغرس وبقولهما رح فى القاء الطين ثم عند ابى يوسف رح حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعند محمد رح مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس قال الفقيه ابو جعفر رح الاختلاف فى نهر كبير لانه لا يحتاج الى كريه فى كل حين واما الانهار الصغار التى يحتاج الى كريها فى كل وقت وزمان فلها

مسناته او شجر مغروس فيها له وكونها ارفع من الارض وقال ابو يوسف ومحمد له مسناة يمشى عليها ويلقى عليها طينه وبه قال مالك والشافعى وفى الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة والآخر خلف المسناة ارض وليس لاحدهما عليها غرس ولا طين ملقى لصاحب النهر وتنازعا فهى لصاحب الارض عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وقالا لصاحب النهر حريم له يلقى طينه وغير ذلك وهذا يكشف الخلاف فى هذه المسئلة هذا وحريم الشجرة خمسة اذرع من كل جانب لما روى ابو داود عن ابى سعيد الخدرى قال اختصم الى النبى صلى الله تعالى عليه وسلم رجلان فى حريم نخلة فامر بها فذرعت فوجدت سبعة اذرع وفى رواية فوجدت خمسة اذرع فقضى بذلك وفى لفظ له قضى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم فى حريم النخلة طول عسيبها ورواه الطحاوى فى آثاره ولفظه اختصم رجلان الى النبى صلى الله عليه وسلم فى نخلة قطع منها جريدة ثم ذرع بها النخلة فاذا فيها خمسة اذرع فجعلها حريمها وفى مستدرك الحاكم عن عبادة بن الصامت ان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم قضى فى النخلة ان حريمها مبلغ جريدها *

فصل

(الشرب) بكسر الشين المعجمة (هو نصيب الماء) اى نصيب من الماء فالاضافة بمعنى من نحو خاتم حديد وهذا معناه اللغوى واما الشرعى فهو الانتفاع بالماء سقيا للمزارع او الدواب ومنه قوله تعالى (لها شرب ولكم شرب يوم معلوم) وخصه المصنف بالنوع الاول ولذا قال (والشفة شرب بنى آدم) بضم الشين (والبهايم) يقال هم اهل الشفة اى الذين لهم حق الشرب بشفاههم (ولكل) اى ولكل واحد من بنى آدم (حقها) اى حق الشفة (وحق سقى الدواب) اى اذا كانت له دابة (ان لم يخف تخريب النهر) اما لو خيف تخريبه بالدواب لكثرتها فلم يكن لهم حق سقيها لان اصل الحق له على الخصوص وانما اثبتناه لغيره ضرورة فلا معنى لاثباته على وجه يتضرر صاحبه اذبه تبطل منفعته (فى كل ماء لم يحرز بانائه) سواء فى ذلك الانهار الكبار والصغار والآبار اما الانهار العظام كدجلة وفرات ونيل وسيحون وجيحون فلانها ليس لاحد فيها يد على الخصوص واما الانهار

فصل الشرب

بالكسر لغة (نصيب من الماء) وشريعة عبارة عن نوبة الانتفاع بالماء سقيا للزراع او الدواب (والشفة شرب بنى آدم والبهائم يقال هم اهل الشفة اى الذين لهم حق الشرب بشفاههم وان يسقوا دوابهم (ولكل) واحد من الناس (حقها) اى حق الشفة (وحق سقى الدواب والشفة ان كانت تأتى على الماء كله بان كان جد ولا صغيرا وما يردها من الابل والمواشى كثيرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا يردها فى كل وقت وقال اكثرهم له ان يمنع ولهم ان يأخذ الماء للوضوء وغسل الثياب فى الصحيح ان لم يخف تخريب النهر لكثرة الدواب بكسر ضفة
(فى كل ماء لم يحرز بانائه) اما اذا حرز صار مملوكا له وانقطع حق غيره عنه ولو كان البئر اوالعين اوالحوض فى ملك رجل فله ان يمنع من يريد الشفة من الدخول فى ملكه اذا كان يجد ماء اخر بقرب هذا الماء فى غير ملك احد وان كان لا يجد ذلك يقال لصاحب البئر اما ان تخرج الماء اليه او تتركه ليأخذ بنفسه

المملوكة والآبار والحياض فلانها لا توضع للاحراز والمباح لا يملك الا به فصار الماء فيها كالصيد اذا سكن فى ارض انسان حيث لا يملك الا بأخذ (و) لكل احد فى الانهار الكبار (حق الشرب) بكسر المعجمة بان يحفر منها نهرا الى ارضه (ونصب الرحى) لان الانتفاع بالانهار كالانتفاع بالشمس والقمر لا يمنع منه على اى وجه كان والانهار العظام مباحة الاصل لان قهر الماء يمنع قهر غيره (الا اذا اضر بالعامة) لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك بان يكون ميل الماء الى الارض التى تسقى اوالى الرحى التى تنصب وتكسر حافر النهر فتغرق الاراضى والقرى (اوخص النهر) بصيغة المجهول اى اختص (بغيره) اى بغير من يريد ان ينصب عليه رحى ويسقى منه ارضا (اى دخل فى المقاسم) حين قسم الامام لان الماء متى دخل فى المقاسم انقطعت الشركة فى الشرب ونحوه عنه ممن لم يدخل فى قسمته اذ لو بقيت لم يكن مختصا والاصل فى هذا الباب ما اخرجه ابن ماجه فى سننه عن ابن عباس والطبرانى فى معجمه عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم قال المسلمون شركاء فى ثلاث الماء والكلاء والنار ورواه ابو داود وابن ماجه وثمنه حرام والمراد بالماء ما ليس بمحرز و بالكلاء الحشيش الذى ينبت بنفسه من غير ان يزرعه احد اويسقيه وان كان فى ارض غيره وبالنار الاستضاءة والاصطلاء اى الاستدفاء والا يقاد من لهبها فى فى الصحراء لا الجمر لانه ملكه والمراد بالشركة شركة اباحة لا شركة ملك وما روى ابو يوسف فى كتاب الخراج حدثنا المعلى بن كثير عن مكحول ان رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم قال لا تمنعوا كلاء ولا ماء ولا نارا فانه متاع للمقوين وقوت للمستضعفين والمقوين المسافرين كذا قال ابن عباس ومجاهد والضحاك فى قوله تعالى (ومتاعا للمقوين) (وكرى نهر لم يملك) اى حفره (من بيت المال) لان ذلك لمصلحة عامة المسلمين وبيت المال الخراجى معد لمصالحهم (فان لم يكن فيه) اى فى بيت المال (شئ) يكفيه ومن جملة بيت المال ما فى ايدى الملوك والوزراء والامراء من آلات الذهب والفضة وفى حلق نسائهم من الجواهر ونحوها (فعلى العامة) كريه يجبرهم الامام على ذلك لان فى تركه ضررا وقلما ينفق العامة على

(ولكل) واحد (حق الشرب) فى كل ماء (ونصب الرحى) عليه (الا اذا اضر بالعامة) فح لا يكون له ذلك دفعا للضرر عنهم (او) الا اذ (خص النهر بغيره اى دخل) ماؤه (فى المقاسم)

جمع مقسم يقال نهر له مقسم كانه اراد موضع القسم وهو موضع السكر المعهود كالانهار المملوكة والابار والعين والحاصل ان المياه انواع اربعة الاول ماء البحار ولكل واحد فيها حق الشفة وحق سقى الارض حتى ان من اراد ان يكرى منها النهر الى ارضه لم يمنع من ذلك لان الانتفاع بماء البحر كالانتفاع من الشمس والقمر والهواء والثانى ماء الاودية العظام كجيحون نهر ترمذ وسيحون نهر خوارزم ودجلة نهر بغداد وفرات نهر كوفة فللناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقى الارض بان احيى واحد ارضا ميتة وكرى منها نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر فى ملك واحد فله ذلك وان كان يضر بالعامة فلا يكون له ذلك وعلى هذا اذا نصب الرحى عليه فشق النهر للرحى كشقة للسقى والثالث اذا دخل الماء فى المقاسم اى قسم فحق الشفة ثابت وان اراد رجل ان يسقى بذلك الماء ارضا لاصل النهر منعه عنه اضربهم اولا والرابع الماء المحرز فى الاوانى وهو مملوك للمحرز وانقطع حق غيره كالصيد المأخوذ والانهار ثلثة (نهر غير مملوك لاحد وهو عام من كل وجه ولم يدخل ماؤه فى القسمة اى لا يمكن ذلك كجيحون ونحوه فانه لا يمكن قسمة مائه بان يكون يوما لقوم ويوما لاخرين ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام من وجه وخاص من وجه ونهر مملوك دخل ماؤه فى القسمة وهى خاص من كل وجه والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه (فمؤنة كرى نهر لم يملك) ولم يدخل ماؤه (فى المقاسم) على السلطان (من بيت المال) لان ذلك من حاجة عامة المسلمين ومال بيت المال معد لمصالحهم (فان لم يكن فيه) اى فى بيت المال شئ (فعلى العامة) اى يجبر السلطان الناس على كريه الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسر الذين لا يطيقونه بانفسهم

المصالح

(و) مؤنة (كرى نهر ملك) ودخل ماؤه تحت القسمة سواء كان عاما من وجه اوخاصا من كل وجه (على اهله) لاعلى بيت المال (من اعلاه) اى من اوله لامن إسفله (ومن جاوز) من الذين يكرون (من ارضه برئ) من الكرى ولم

المصالح باختيارهم الا ان الامام يخرج له من يطيقه ويجعل مؤنته على المياسر الذين لا يطيقونه بانفسهم كما فى تحرير الجيوش (وكرى نهر ملك على اهله) لان منفعته لهم على الخصوص فيكون مؤنته عليهم لان الغرم بالغنم ومن ابى اجبر وقيل لا يجبر الا اذا كان مشتركا وابى احد شركائه والا فلا معنى للاجبار مع ترك حقهم بالاختيار (من اعلاه) خبر ثان لكرى نهر ملك لبيان كيفية كريه اى من اوله لاسفله (ومن جاوز) اى الكرى (من ارضه) هكذا فى النسخ بزيادة من وزيادتها وان صحت بعد الشرط على قول ابى على الفارسى الا ان مجرورها يشترط ان يكون نكرة وهو هنا معرفة فكان حقه ان يقول ومن جاوز ارضه ولا يبعد ان يقال بالتضمين فالتقدير ومن تعدى من ارضه (برئ) من الكرى وهذا عند ابى حنيفة والفتوى عليه ذكره قاضيخان وقالا هو عليهم جميعا من اول النهر الى آخره بحصص الشرك والارضين وتوضيحه ان الشركاء فى النهر اذا كانوا عشرة فعند أبى حنيفة مؤنة الكرى عليهم جميعا من اول النهر اعشارا الى ان يجاوز ارض احدهم فحينئذ يكون مؤنة الكرى على الباقين اتساعا الى ان يجاوز ارضا اخرى ثم يكون على الباقين اثمانا وعلى هذا النقصان الى آخر النهر وعندهما المؤنة عليهم اعشارا من اول النهر الى آخره لان كل واحد ينتفع بالاسفل كما ينتفع بالاعلى لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فانه اذا سد ذلك فاض على ارضه فيفسد زرعه فيتبين ان كل واحد منهم ينتفع بالنهر من اوله الى آخره فاذا استووا فى الغنم استووا فى الغرم (وصح دعوى الشرب بلا ارض) استحسانا والقياس ان لا يصح (ولو اختصم قوم فى شرب بينهم قسم بقدر اراضيهم) لان المقصود من الشرب الاستسقاء يسقى الارض فيتقدر بقدرها (ومنع الاعلى من سكر النهر) اى سده على الاسفل حتى يشرب حصته (وان لم يشرب) الاعلى

يكن عليه كرى باقى النهر وهذا عند ابى حنيفة رح وعندهما رح مؤنة الكرى عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب والارضين بيانه ان الشركاء فى الارض اذا كانوا عشرة فمؤنة الكرى من اول النهر على كل واحد منهم اعشارا الى ان يجاوز ارض احدهم فح يكون مؤنة الكرى على الباقين اتساعا الى ان يجاوز ارضا اخرى ثم يكون على الباقين اثمانا على هذا التفصيل الى آخر النهر عنده رح وعندهما رح المؤنة عليهم اعشارا من اول النهر الى آخره وبقول ابى حنيفة رح اخذوا فى الفتوى ثم انما يبرئ عن الكرى اذا جاوز حد ارضه كما ذكرنا وهو الصحيح وزعم بعض مشائخنا رح ان الكرى اذا انتهى الى فوهة ارضه من النهر فليس عليه شئ من المؤنة واذا جاوز الكرى ارض رجل سقطت عنه مؤنة الكرى قيل وهل له ان يفتح الماء لسقى ارضه ام لا قيل له ذلك لان الكرى قد انتهى فى حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ الشركاء من الكرى وللتحرز عن هذا الخلاف جرى الرسم ان يؤخذ فى الكرى من اسفل النهر او يترك بعض النهر من اعلاه حتى يفرغ من اسفله وليس على اهل الشفة من الكرى شئ (وصح دعوى الشرب بلا ارض) استحسانا والقياس ان لا يصح لان شرط الدعوى اعلام المدعى فى الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لاتقبل الاعلام (ووجه الاستحسان ان الشرب قد يملك بغير الارض ارثا ووصية وقد يباع الارض بدون الشرب فيبقى الشرب له وهو مرغوب

فيه منتفع به فيصح فيه الدعوى (وان اختصم قوم فى شرب) من نهر (بينهم) لهم عليه ارضون (قسم) الشرب (بقدر اراضيهم) لان الظاهر ان حق كل منهم من الشرب بقدر اراضيهم (و) ان كان الاعلى يريد ان يسكر النهر (منع الاعلى) (من سكر النهر) اى من سده على الاسفل لان فى السكر قطع منفعة الماء عن الاسفل (وان لم

يشرب) الاعلى

(بدونه) اى بدون السكر (الا برضاهم) بان اصطلحوا على ان يسكر كل واحد منهم فى نوبته او توافقوا على ان الاعلى يسكر النهر ويفهم من قوله ومنع الاعلى ان للاسفل سكر النهر بلا رضاهم وينبغى ان لا يكون له ذلك لانه يحتمل ان يضر سكر النهر من الاسفل للاعلى (ومنع كل منهم) اى من الشركاء (من نصب الرحى) عليه (ونحوه) كالدالية وهى جذع طويل وقد سبق ذكرها وكالسانية وهى البعير التى يسقى عليه ويقال المدلو مع ادواته سانية وكالجسر وهو ما يتخذ من الخشب والالواح ويوضع ويرفع وكالقنطرة وهى ما يتخذ من الاجر والحجر فيكون موضوعا ولا يرفع الا ان يكون ذلك فى ملكه بان يكون بطن النهر وحافتاه مملوكاله وللاخر حق التسييل (بحيث لا يضر بالنهر) بكسر ضفته (ولا بالماء) بان لا يتغير عن سننه التى يجرى الماء عليه (ومنع) كل من الشركاء (من التغيير) عما وقعت القسمة عليه (مما كان قديما) كتوسيع فم النهر وكالقسمة بالايام بعد ما كانت بالكوى وهى مفاتح ماء الارض الى المزارع والى الجداول جمع كوة وهى روزن البيت استعيرت لثقب الماء وكذا اذا اراد ان يؤخر الكوى عن فم النهر فيجعلها فى اربعة اذرع من فم النهر الى اسفله ليس له ذلك التغيير لان الماء يحتبس فى ذلك الموضع فيزداد دخول الماء فيه ولو اراد ان يسفل كواه اى يجعلها اعمق مما كانت او يرفعها الى وجه الارض له ذلك فى الاصح لان قسمة الماء فى الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع وهو العادة وكسوق شربه الى ارض له اخرى ولم يكن لها فى ذلك النهر شرب فيما مضى (و الشرب) مما (يورث) لانه قد تملك بالارث ما لم يملك بسائر اسباب الملك كالقصاص والدين والخمر فانها تملك بالارث فكذا الشرب (و يوصى بالانتفاع به) لان الوصية اخت الميراث (ولا يباع) الشرب (بلا ارض) فى ظاهر الرواية وهو القياس لانه بيع المعدوم فانه لا يدرى ان الماء يجرى فى الوقت الثانى ام لا (الا عند مشايخ بلخ) فانهم

(بدونه) اى بدون السكر لما فيه من ابطال حق الاسفل مدة السكر (الا برضاهم) اى برضاء شركائهم على ان الاعلى يسكر النهر حتى يشرب بحصته اوعلى ان يسكر كل واحد منهم فى نوبته لان الحق لهم وقد رضوا بتركه (و) منع (كل منهم) اى من الشركاء فى النهر (من نصب رحى ونحوه لا فى) ملكه) وهو ما يكون بطن النهر وحافتاه له وللآخر التسييل لان ذلك تصرف فى ملك نفسه (بحيث لا يضر بالنهر) من كسر حافته (ولا بالماء) من تغيره عن سننه الذى كان يجرى عليه (وعن التغيير) اى ومنع كل من الشركاء عن التغيير (مما كان عليه قديما) لان شر الامور محدثاتها كما ورد (والشرب يورث ويوصى بالانتفاع به ولا يباع بلا ارض الا عند مشايخ بلخ) فانهم اجازوا بيع الشرب يوما او يومين لان اهل بلخ تعاملوا على ذلك لحاجتهم اليه (وكذا الاجارة والهبة والصدقة) اى وكما لا يباع الشرب الا تبعا للارض لا يوجر ولا يوهب ولا يتصدق به الا تبعا للارض اما للجهالة او للغرور او لانه ليس بمال متقوم او لعدم الملك فيه للحال او لعدم امكان تسليمه (ومن سقى) ارضه (من شرب غيره يضمن) لانه اتلف شرب غيره باستعماله لارضه وهذا اختيار فخر الاسلام رحمه الله تعالى وقال الامام المعروف بخواهر زاده لا يضمن لانه ليس بمال متقوم (لا) اى لا يضمن (من سقى ارضه) اوشجره (فنزت ارض جاره) اوسال من مائها فى ارض جاره فغرقت لانه بسبب غير متعد لان له ان يملأ ارضه ويسقيها والسبب انما يضمن اذا تعدى وفعله فى ارضه ليس بتعد كما لو اوقد نارا

يجوزون بيع الشرب لان اهل بلخ تعارفوا وتعاملوا بذلك لحاجتهم والقياس يترك بالتعامل وقيل اذا باع الشرب بمجاريه جاز ويصير الماء تبعا للمجرى (وكذا الاجارة والهبة) اى ولا يوجر الشرب ولا يوهب (لما ذكرنا (ومن سقى) ارضه من (شرب غيره يضمن) هذا اختيار الامام فخر الاسلام البزدوى وتفسير ضمان الشرب انه ينظر بكم يشترى لو كان حافرا وعلى رواية الاصل لا يضمن وهو قول الامام المعروف بخواهر زاده رح وذكر فى خزانة المفتين ان لرجل شرب يوم فجاء انسان وسقى بهذا الشرب ارض نفسه فالاصح انه لا يضمن لان الماء قبل الاحراز بالاوانى لا يصير مملوكا فقد اتلف ما ليس بمملوك لغيره (لا) (يضمن من سقى ارضه) فسال من مائها فى ارض جاره (فنزت) اوغرقت (ارض جاره) من هذا الماء قالوا هذه ان سقى ارضه سقيا معتادا يتحمل ارضه عادة اما ان سقى سقيا لا يتحمل ارضه فيضمن لانه اجرى الماء الى ارض جاره تقديرا

نارا فى داره فاحرق دار جاره فانه ان اوقد مثل العادة لا يضمن وان اوقد بخلافها يضمن الا ان من حفر بئرا فى ارضه لا يضمن ما عطب منها ومن حفر بئرا فى الطريق يضمن قالوا وهذ اذا استقى ارضه سقيا معتادا بان سقاها قدر ما يتحمله عادة واما اذا استقاه سقيا لا يتحمله فانه يضمن وكان الشيخ الامام اسماعيل يقول انما لا يضمن بالسقى المعتاد اذا كان مخافيه بان سقى ارضه فى نوبته مقدار حصته واما اذا سقاها فى غير نوبته اوفى نوبته زيادة على حقه وحصته فانه يضمن لوجود التعدى فى السبب والله تعالى اعلم *

كتاب الوقف

(هو) لغة الحبس ويقال للموقوف تسمية للمفعول بالمصدر ويجمع على اوقاف كوقت واوقات ولا يقال اوقفه الا فى لغة ردية وشرعا (حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة كالعارية) وهذا عند ابى حنيفة وعندهما هو حبس) العين (على ملك الله تعالى) وقيل الفتوى على قولهما (فلا يزول ملك المالك عند ابى حنيفة رحمه الله) قيل اصل هذا ان الوقف لا يجوز عنده وهو المذكور فى الاصل وقيل يجوز عنده ولا يلزم بمنزلة العارية فيورث ويرجع عنه ويباع (الا ان يحكم به حاكم) ولاه الامام فانه حينئذ يزول ملك الواقف عنه لقضائه فى امر مجتهد فيه وصورة الحكم ان يسلم الواقف وقفه الى المتولى ثم يريد ان يرجع بعلة عدم اللزوم فيختصمان الى القاضى فيقضى باللزوم (والا فى مسجد بنى وافرز بطريقه) اى ميزبه عن غيره بتعيينه (واذن للناس بالصلوة فيه) اى اذنا عاما (وصلى فيه واحد) فانه ايضا يزول ملكه عنه لانه جعله خالصالله تعالى وشرط الافراز لانه لا يخلص الا به والاذن بالصلوة لان التسليم لابد منه عند ابى حنيفة ومحمد وهو فى المسجد بذلك لانه فى كل شئ بحسبه واكتفى بصلوة الواحد لان فعل الجميع متعذر فاشترط الاقل لان المسجد موضع السجود يحصل بفعل الواحد

كتاب الوقف

(هو) فى اللغة مصدر وقفه اذا حبسه وقفا اووقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر وفى الشرع عند ابى حنيفة رح (حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة) على الفقراء او على وجه من وجوه الخيرات ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف عنده اصلا والاصح انه جائز اجماعا الا انه غير لازم عنده فيرجع عنه ويباع ويوهب ويورث (كالعارية) فينتفع به زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالمملوكات (وعندهما هو حبس) العين (على ملك الله تعالى) ويزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه يعود نفعه الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث كالمسجد يصير ملكا لله تعالى ضرورة حصول ما قصده وهو كونه مصلى للمسلمين على الدوام وقيل الفتوى على قولهما رح (فلا يزول ملك المالك عن الوقف) عند ابى حنيفة رح (الا من يحكم به حاكم) لان القاضى اذا قضى فى محل مجتهد فيه ينفذ وصورة حكم الحاكم ان يسلم الواقف ما وقفه الى المتولى ثم يرجع محتجا بعدم اللزوم فيقضى القاضى باللزوم فيلزم ولو حكما رجلا فحكم المحكم بلزوم الوقف اختلف المشائخ فالصحيح انه لا يرتفع الخلاف وللقاضى ان يبطله ولو علقه بموته بان يقول الا اذا مت فقد وقفت دارى على كذا يكون لازما بالاجماع (والا فى مسجد بنى وافرزه) اى ميزه عن ملكه المتصل به (بطريقه) بان يجعل له طريقا عاما للمسلمين (وانما شرط

لزوال الملك الافراز لان المسجد لابد ان يكون خالصا لله تعالى لقوله تعالى وان المساجد لله اى مختصة لله تعالى ولا يخلص لله الا به (واذن للناس بالصلوة فيه) بان يقول للناس صلوا فيه ابدا حتى لو قال صلوا يوما اوشهرا ونحوه فصلوا لا يزول ملكه (وصلى فيه واحد) وشرط الصلوة فيه لان التسليم شرط عند ابى حنيفة رح ومحمد رح فى الاوقاف كلها غيران تسليم كل شئ بحسب ما يليق به وهو فى المسجد بالصلوة ثم يكتفى بصلوة الواحد فى رواية عن ابى حنيفة رح ومحمد رح كما ذكره المصنف رح وفى رواية يشترط الصلوة بجماعة وهو الصحيح كذا فى الكافى وقال ابو يوسف رح يزول ملك الواقف بقوله جعلته مسجدا لان التسليم ليس بشرط عنده

(وعند محمد تسليمه) اى الوقف (الى المتولى وقبضه) اى قبض المتولى (شرط) فى زوال ملك الواقف عنه لانه تقرب الى الله تعالى بماله فيتوقف جوازه على التسليم كالصدقة بالعين (وعند ابى يوسف يزول) ملك الواقف (بنفس القول) وهو قول الشافعى واكثر اهل العلم لانه اسقاط للملك كالاعتاق وبقول ابى يوسف ومحمد ملك الواقف يزول لا الى مالك بل يرجع الى مالك الا ملاك وخالق الافلاك وبه قال عامة الفقهاء وهو الاصح من مذهب الشافعى واحمد وللشافعى قول وهو رواية عن احمد انه ينتقل الى ملك الموقوف عليه ان كان اهلا للملك لامتناع السائبة وقال مالك لا يزول الوقف عن ملك الواقف لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وهو قول آخر للشافعى والاصل فى جوازه ما رواه محمد بن الحسن فى الآثار واصحاب الستة فى سننهم عن نافع عن ابن عمر قال اصاب عمر بخيبر ارضا فاتى النبى صلى الله عليه وسلم يستأمر فيها فقال يا رسول الله انى اصبت ارضا بخيبر لم اصب مالا قط انفس منه فكيف تأمرنى به قال ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها قال فتصدق بها عمر انه لا يباع اصلها ولا يوهب فى الفقراء والقربى والرقاب وفى سبيل الله وابن السبيل والضيف لاجناح على من وليها ان ياكل منها بالمعروف او يطعم منه صديقا غير متمول فيه وفى لفظ غير متأثل ما لا وفى بعض طرق البخارى فقال النبى صلى الله عليه وسلم تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمره فتصدق به عمر وفى الاسعاف ما حدث به الخصاف عن محمد بن عمر الواقدى قال قتل مخيريق على رأس اثنين وثلاثين شهرا من مهاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم واوصى ان اصيب فامواله لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقبضها عليه الصلوة والسلام وتصدق بها وهى سبعة حوايط بالمدينة الاعواف والصافية والدلال والميثب وبرقة وحسنا ومشربة ام ابراهيم سميت بها لنزول ام ابراهيم فيها وما حدث عنه ايضا ان ابا بكر وعمر وعثمان وعليا وجمعا من اصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وازواجه حبسوا على نحو ما حبس عمر رضى الله عنه فكان هذا اجماعا فعليا منهم على صحته ولزومه قال فى المبسوط وقد استبعد محمد قول ابى حنيفة فى الكتاب لهذا وسماه تحكما على الناس من غير حجة فقال ما اخذ الناس بقول ابى حنيفة واصحابه الا بتركهم التحكم على الناس فاذا كانوا هم الذين يتحكمون على الناس بغير اثر ولا قياس ولم يقلدوا هذه الاشياء فكيف يقلدون ولو جاز التقليد لكان من مضى قبل ابى حنيفة مثل الحسن البصرى وابراهيم النخعى احرى ان يقلدوا ولم يحمد على ما قال وقيل بسبب ذلك انقطع خاطره فلم يتمكن من تفريع مسائل الوقف حتى خاض فى الصكوك واستكثر اصحابه من مسائل الوقف كالخصاف وهلال والله تعالى اعلم بالحال ولابى حنيفة ما اخرجه

(وعند محمد رح تسليم الى المتولى وقبضه شرط) لزوال ملك الواقف ولزوم الوقف لان زوال الملك لصيرورته حقا خالصا لله تعالى وحق الله تعالى انما يثبت فى ضمن التسليم الى العبد كالصدقات والزكوة فانها تكون ملكا لله تعالى بواسطة كونها ملكا للفقراء لان التمليك منه تعالى لا يتحقق قصدا لان ما كان فى ايدينا ملكا لله تعالى على الحقيقة فالوقف يكون لله تعالى بواسطة قبض المتولى (وعند ابى يوسف رح يزول) ملك الواقف (بنفس القول) لان الوقف شرع لاسقاط ملك الواقف عن العين لا للتمليك فيصح بدون التسليم كالاعتاق (فيصح) تفريع على قول ابى يوسف

الدار قطنى فى سننه فى الفرايض عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا حبس فى فرايض الله وفى نسخة عن فرايض الله اى لا مال يحبس بعد موت المالك عن القسمة بين ورثته ورواه ابن ابى شيبة عن على موقوفا وقال ابن ابى شيبة فى مصنفه عن شريج انه قد جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبس اذا عرفت ذلك (تصح عنده) اى عند ابى يوسف (وقف المشاع) وبه قال مالك والشافعى لان القسمة من تمام القبض والقبض ليس عنده بشرط فكذا تتمته ولم يصح عند محمد لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا الخلاف فيما يحتمل القسمة واما مالا يحتملها كالحمام فان وقفه يجوز مع الشيوع كالهبة والصدقة الا فى المسجد والمقبرة فانه لايتم مع الشيوع مطلقا بالاتفاق لان بقاء الشركة فيهما يمنع الخلوص لله تعالى وفى الذخيرة مشايخ بلخ اخذوا بقول ابى يوسف فى وقف المشاع ومشايخ بخارى اخذوا بقول محمد (و) صح عند ابى يوسف (جعل الغلة) اى غلة الوقف كلها او بعضها لنفسه لان المقصود من الوقف القربة وفى صرف الغلة الى نفسه ذلك فقد ورد ان نفقة المرء على نفسه صدقة ولا يصح على قياس قول محمد رحمه الله تعالى وهو قول مالك والشافعى واختاره هلال وفى فتاوى قاضيخان ذكر الصدر الشهيد ان الفتوى على قول ابى يوسف ترغيبا للناس فى الوقف انتهى وهو قول احمد وابن ابى ليلى وابن شبرمة والزهرى وابن شريح من اصحاب الشافعى وبه اخذ مشايخ بلخ ويؤيده انه اذا بنى خانا اوسقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزل فى الخان او يشرب من السقاية اويدفن فى المقبرة فانه جائز اتفاقا (و) صح عن الواقف جعل (الولاية) على الوقف (لنفسه) باتفاقهما لان شرط الواقف معتبر فيراعى كالنص الا عند محمد يسلمه ثم يكون له الولاية لان التسليم شرط عنده ولو لم يشترط الواقف الولاية لاحد فهى له عند ابى يوسف وقال محمد لايكون له بل للقاضى لانه لما ترك الشرط فى ابتداء الوقف خرج الامر من يده وصار اجنبيا ولابى يوسف ان المتولى انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه ويستحيل ان لا يكون له ولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه اقرب الناس الى الوقف فيكون اولى ولاية كمن اتخذ مسجدا فانه اولى بعمارته ولو شرط الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف فللقاضى ان ينتزعه من يده

(عنده وقف المشاع) خلافا لمحمد لان التسليم والقبض عنده شرط والقبض لايتم فى المشاع الابالقسمة لان القبض ان يصير الشىء فى حيز القابض ويد من كل وجه والمشاع فى حيزه من وجه وفى حيز شريكه من وجه واما عند ابى يوسف فالوقف اسقاط الملك والشيوع لايمنعه كما فى الاعتاق والفتوى على قوله والخلاف فى مشاع يحتمل القسمة واما فيما لايحتمل القسمة كالحمام الصغير فيصح مع الشيوع عند محمد رح ايضا وفى المسجد والسقاية والمقبرة لايصح مع الشيوع عند ابى يوسف ايضا (و) صح عنده (جعل) الواقف تمام (الغلة) او بعضها لنفسه فى حال حيوته وبعد موته للفقراء وعند محمد رح لايصح لان التسليم عنده شرط ليخرج العين من ملكه الى الله تعالى وشرط الغلة لنفسه ينافى ذلك والفتوى على قول ابى يوسف رح ترغيبا للناس فى الوقف (و) كذا اذا جعل (الولاية لنفسه) مادام حيا صح الوقف

والشرط عند ابى يوسف ترغيبا للناس فى الوقف خلافا لمحمد رح فانه لايجوز الوقف عنده الامقبوضا مسلما فاذا سلم فليس له الولاية بوجه من الوجوه (و) صح عنده (شرطه) الواقف (ان يستبدل به ارضا اخرى) خيرا منه اومثله اذا شاء وعند محمد الشرط باطل والوقف جائز والان لايفتى بصحة الاستبدال لما فيه من الفساد (وصح عنده ترك ذكر مصرف مؤبد) حتى لو وقف على جهة ينقطع يصح عنده (فاذا انقطع صرف الى الفقراء) وان لم يسمهم وعند محمد شرط التابيد فقال اذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لايصح اذا لم يجعل اخره للمساكين وقيل قول ابى حنيفة كقول محمد والصحيح ان التابيد على على قول الكل ولكن ذكره ليس بشرط عند ابى يوسف رح لان قوله وقفت يقتضى الازالة الى الله تعالى وذا مقتض للتابيد فلا حاجة الى ذكره وعنده يشرط ذكر التابيد لانه تصرف بالمنفعة او الغلة وذا قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لاينصرف الى التابيد فلابد من التنصيص عليه (وصح عند محمد وقف منقول فيه تعامل) بين الناس (كالمصحف ونحوه) كالكتب والكراع والسلاح والفاس والقدوم والمنشار والمر والجنازة وثيابها وما يحتاج اليه من الاوانى كالقصعة والقدر فى غسل الموتى (وعليه الفتوى) وعامة المشايخ رح عليه وعن ابى يوسف انه لايجوز فى غير الكراع والسلاح وان كان المنقول شيء لم يجز التعارف بوقفه كالثياب والحيوان لايجوز وقفه عندنا وقال الشافعى كل مايجوز الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه

نظرا للفقراء كماله ان يخرج الوصى نظرا للضعفاء (و) صح عند ابى يوسف (شرطه) اى شرط الواقف (ان يستبدل به) اى بالوقف (ارضا اخرى اذا شاء) ويكون وقفا مكانه والقياس ان لا يصح الوقف ولا الشرط وهو قول الشافعى واحمد لانه شرط منافى لمقتضى الوقف فكان ابطالا له ووجه الاستحسان ان فيه تحويل الوقف الى ما يكون خيرا منه او مثله فكان تقريرا للوقف لا ابطالا له واختاره الخصاف وهلال ولو باعه بغبن فاحش لايصح فى قول ابى يوسف وهلال وعند محمد واهل البصرة وهو وجه عن احمد ان الشرط باطل والوقف جائز لان هذا شرط يمنع من زوال الملك قربة الى الله تعالى ويتم الوقف بدونه فكان فاسدا كما لو شرط ان يصلى فى المسجد قوم دون قوم فان الشرط باطل ووقف المسجد صحيح واما اذا لم يشترط الواقف لايملكه الا القاضى العالم العامل اذا رآه مصلحة لئلا يتطرق الى اوقاف المسلمين جور قضاة زماننا وفى شرح الوقاية لامنافاة بين صحة الوقف وبين الاستبدال عند ابى يوسف فانه يجوز الاستبدال فى الوقف من غير شرط اذا ضعف عن الريع ونحن لانفتى به فقد شاهدنا فى الاستبدال من الفساد مالايعد ولايحصى (و) صح عند ابى يوسف (ترك ذكر مصرف مؤبد) بان ذكر جهة تنقطع وبه قال مالك والشافعى فى قول واحمد فى رواية (فاذا انقطع صرف الى الفقراء) وبه قال مالك واحمد فى رواية والشافعى فى قول وله قول آخر يصرف الى اقارب الواقف المحتاجين وهو رواية عن احمد وعن احمد يوضع فى بيت المال وقال ابو حنيفة ومحمد لايصح الوقف حتى يذكر مصرفا مؤبدا وقيل التابيد شرط بالاتفاق الا ان ابا يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه ومحمد يشترط لان الوقف صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لاينصرف الى المؤبد وفى المحيط لو قال ارضى هذه صدقة موقوفة او محررة او محبوسة ولم يذكر التابيد صح الوقف عند الكل (وصح عند محمد وقف منقول فيه تعامل كالمصحف ونحوه) من كتب العلم وغيرها كالفاس والقدوم والمنشار والقدر والجنازة وثيابها وما يحتاج اليه من الاوانى فى عمل الموتى والكراع والسلاح (وعليه الفتوى) وهو قول عامة المشايخ ومنهم شمس الائمة السرخسى واما وقف السلاح والكراع فيجوز اتفاقا لما فى زكوة الصحيحين عن ابى هريرة قال بعث النبى صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب على الصدقة فمنع ابن

جميل وخالد والعباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ماينقم ابن جميل الا انه كان فقيرا فاغناه الله تعالى واما خالد فانكم تظلمون خالدا فقد احتبس ادراعه واعتده فى سبيل الله تعالى واما العباس عم رسول الله فهى عليه ومثلها ثم قال اما شعرت ان عم الرجل صنو ابيه والمراد بالكراع الخيل ويدخل فى حكمه الابل تجاهد عليها ويحمل عليه السلاح وروى انه اجتمع فى خلافة عمر ثلاثمائة فرس مكتوب على افخاذها حبس فى سبيل الله وعند ابى حنيفة لا يصح وعند ابى يوسف يصح تبعا للعقار كالبقر والعبيد الاكرة فيه وسائر آلة الحراثة وفى الكراع والسلاح لابى حنيفة ان شرط صحة الوقف التأبيد ولاتأبيد فى المنقول ولابى يوسف ان النص ورد فى الكراع والسلاح فيقصر عليه ولمحمد ان القياس قد يترك بالتعامل كما فى الاستصناع لان التعامل اقوى من القياس فانه بمنزلة الاجماع واكثر فقهاء الامصار على قول محمد وفى الغنية عن المحيط البرهانى وقف مائة دينار على مرضى الصوفية يصح ويدفع الذهب الى انسان مضاربة يستغلها ويصرف الربح (ولا يملك الوقف) اذا صح لانحباسه وان كان على اولاد الواقف لان الموقوف عليه لا حق له فى العين بل فى الغلة (ولايتملك) لقوله عليه الصلوة والسلام لعمر تصدق باصلها لايباع ولا يوهب وكذا لايرهن لعدم امكان استيفاء الدين منه ولا يعار لعدم جواز تمليك منفعة مجانا (لكن يجوز قسمة المشاع) بين الاملاك (عند ابى يوسف) ومالك والشافعى واحمد اذا طلب الشريك القسمة وقال ابو حنيفة لايجوز القسمة ويتهايئون قيدنا بالاملاك اذ لايجوز قسمة الوقف بين مصارفه باتفاق الاصحاب (ويبدأ من ارتفاع الوقف بعمارته ان وقف على الفقراء) شرط الواقف او لم يشرط لان قصد الواقف صرف الغلة على التأبيد ولايتاتى ذلك الا بعمارة الوقف والفقراء ليس لهم شئ حتى يعمروا به واقرب اموالهم غلة الوقف فيعمر منها (وان وقف على معين وآخره على فقراء فهى) اى العمارة (فى ماله) اى مال ذلك المعين لانه يمكن مطالبته ويكون العمارة بقدر مايبقى الموقوف على الصفة التى وقف عليها (فان امتنع) المعين (اوكان فقيرا آجره) اى الوقف (الحاكم) لذلك المعين اولغيره بقدر عمارة الوقف على الصفة التى وقفها الواقف ولا يزاد على ذلك الا برضاء ذلك المعين وكذا ان كان وقفا على الفقراء لا يزيد على ذلك فى الاصح (وعمره باجرته ثم رد) الحاكم (الى مصرفه) لان ذلك رعاية لحق الواقف وحق الموقوف عليه ولايجبر

(ولايملك الوقف ولايتملك) بعد الصحة لانهما ينافيان لمقتضى الوقف وبعض المتاخرين جوزوا بيع الوقف اذا خرب لعمارة الباقى والاصح انه لايجوز فان الملك لايقبل الوقف كالحر لايقبل الرقية (لكن يجوز قسمة الوقف المشاع عند ابى يوسف) نظرا الى ان القسمة تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب فى قسمة غير المكيلات والموزونات معنى المبادلة الا انه جعل الغالب فى الوقف معنى الافراز لا المبادلة لان الشركة فى الاعيان عيب وازالة العيب بالقسمة يكون نظرا للواقف وعند ابى حنيفة اذا قضى القاضى بجواز وقف المشاع نفذ قضاؤه وصار متفقا عليه كسائر المختلفات فان طلب بعضهم القسمة لايقسم ويتهايؤن ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك بينه وبين غيره فهو الذى يقاسم لشريكه عند من يقول بالقسمة وان كان الارض كلها له فوقف بعضها فالقاضى يقسم مع الواقف واجمعوا على ان الكل لو كان وقفا على الارباب فارادوا القسمة لايقسم (ويبدأ من ارتفاع الوقف بعمارته) شرط ذلك الواقف اولم يشترط (ان وقف على الفقراء) وما فضل منها يقسم على الفقراء (وان كان وقف على رجل معين) يمكن مطالبته بالعمارة (واخره للفقراء فهى) اى عمارته (فى ماله) اى فى مال ذلك الرجل المعين اى مال شاء يطالب به فى حال حيوته ولايحبس شىء من الغلة ولايؤخذ منه (فان امتنع) من العمارة (اوكان فقيرا اجره) اى الوقف (الحاكم وعمر باجرته ثم) اذا عمر (رده الى مصرفه) رعاية للحقين ولايجبر الممتنع على العمارة ولان فى العمارة اتلاف ماله ولايصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك لها

المتنع على العمارة لان فيها من اتلاف ماله (ونقضه) بكسر النون اى منقوضه (يصرف الى عمارته) ان احتاج (او يدخر لوقت الحاجة اليها) اى الى العمارة وفى بعض النسخ اليه اى الى النقض (وان تعذر صرفه) اى النقض (اليها) اى الى العمارة (ببع) النقض (وصرف ثمنه اليها) اقامة للبدل مقام المبدل (ولا يقسم) النقض ولا ثمنه (بين مصارفه) اى مصارف الوقف وهم المستحقون له لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيها وانما حقهم فى المنفعة والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم ولذا لا يباع بعض الوقف لعمارة باقيه فى الاصح لخروجه بكل اجزائه عن قابلية الملك وقيل يجوز لعود الثمن القائم مقام ما ابيع منه اليه ولا يعيد ابو يوسف المسجد ملكا لبانيه او وارثه بخراب ما حوله والاستغناء عنه لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وخالفه محمد وحكم بعوده الى بانيه او الى وارثه لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت وصار كحصير المسجد اذا استغنى عنه الا ان ابا يوسف يقول فى الحصير انه ينقل الى مسجد آخر على الصحيح من مذهبه او يبيعها القيم لاجل المسجد ويجوز توسعة المسجد عن الطريق عند ضيقه وسعة الطريق وكذا عكسه لان كلا منهما للمسلمين وكذا توسعة من وقفه عند الحاجة باذن القاضى ومن ملك الغير ايضا بقيمته ولو كرها عند الحاجة اليها بان يضيق على الناس دفعا لضرر العام ويجبر الخاص بالقيمة هذا واذا شرط الواقف لاجارته مدة لا يزاد عليها والا فالمختار ان لا يزيد فى الدور على سنة وفى الاراضى على ثلاث سنين ولا يوجر الا باجر المثل ولا ينقض الا جارة ان زادت الاجرة فى المدة بكثرة الرغبة بخلاف غلو السعر ولا يؤجره الموقوف عليه الا بولاية له عليه او نيابة من المتولى او القاضى ولا تفسخ الا جارة بموت الموجر متوليا كان او قاضيا وضمن منافعه بالغصب فى المختار وكذا منافع مال الاطفال والمعد للاستغلال وهى اختيار المتأخرين دفعا للمفسدين عن ضرر المستضعفين ويجوز الشهادة بالتسامع والشهرة لاثبات اصل الوقف المتقادم فى الاصح كما لا يسمع شرطه وجهته بالتسامع فى الصحيح *

كتاب الكراهية

بتخفيف الياء اى المكروهات وهى اعم من ان يكون كراهة تحريم اوتنزيه وقد يذكر فيها المباح لدفع توهم كونه مكروها ويذكر الفرض ليعلم ان تركه حرام ولقبه القدورى بالحظر والاباحة ولقبه بعضهم بكتاب

(ونقضه) النقض بضم النون وقيل بكسرها البناء المنقوض اى نقض الوقف وما انهدم من بنائه (يصرف الى عمارته) ان احتاج (او يدخر لوقت الحاجة اليها) ان استغنى عنه (وان تعذر صرفه اليها) اى الى العمارة (ببع) نقضه (وصرف ثمنه اليها) صرفا للبدل الى مصرف المبدل (ولا يقسم) نقضه (بين مصارفه) اى بين مستحقيه لانه جزء من العين وحقهم فى الانتفاع دون العين والعين حق الله تعالى او حق الواقف

كتاب الكراهية

هى فى اللغة مصدر كرهت الشىء كراهة وكراهية فهو مكروه اذا لم ترده ولم ترضه

الزهد والورع (ما كره) اى كل مكروه تحريما (حرام عند محمد ولم يتلفظ به)اى بالحرام بل عدل عنه الى لفظ المكروه (لعدم القاطع) الدال على حرمته فهو يسمى ماثبت حرمته بدليل قطعى حراما وما ثبت بدليل غير قطعى من خبر آحاد اوقول صحابى اوغير ذلك مكروها فنسبة المكروه الى الحرام كنسبة الواجب الى الفرض وهذا فى كراهة التحريم اما كراهة التنزيه فهى فى مقابلة السنة (وعندهما) اى عند ابى حنيفة وابى يوسف ما كره ليس بحرام بل (الى الحرام اقرب) وهذه فى المكروه التحريمى واما التنزيهى فالى الحل اقرب اتفاقا (الاكل فرض) وكذا الشرب لقوله تعالى(كلوا واشربوا) بشرط ان يكون حلالا لقوله تعالى (كلوا من طيبات ما رزقناكم) (ان دفع) الاكل (به هلاكه) حتى لو جوع نفسه رياضة حتى مات اوامتنع عن اكل الميتة حال المخمصة حتى مات مات عاصيا (ومأجور عليه) اى اجر الواجب او السنة بالزيادة على قدر الرمق وما دون الشبع (ان مكنه من صلوته قائما) ان مكنه (من صومه) فرضا (ومباح الى الشبع ليزيد قوته) فى التصرفات الدنيوية واما الزيادة لقوة الطاعة والعبادة فمستحب وقد اغرب العينى فى شرح تحفة الملوك حيث قال ومباح وهو ادنى الشبع بنية ان يتقوى به على العبادة قال وهذا القسم لا اجر فيه ولا وزر ولكن يحاسب فيه حسابا يسيرا ولو كان من حل لقوله تعالى (ثم لتسئلن يومئذ عن النعيم) (وحرام فوقه) اى فوق الشبع لضرره واسرافه الممنوع لقوله تعالى (ولا تسرفوا)ولما فى شعب الايمان عن عائشة من رسول الله صلى الله عليه وسلم اراد ان يشترى غلاما فالقى بين يديه تمرا فاكل الغلام فاكثر فقال عليه السلام ان كثرة الاكل شوم فامر برده ولقوله عليه السلام وان اكثر الناس شبعا فى الدنيا اطولهم جوعا فى يوم القيمة رواه ابن ماجه (الا لقصد قوة صوم الغد) بان يأكل اول ليل اوآخره زيادة على الشبع (او لئلا يستحى ضيفه) فيمتنع عن اذ كل لاجله قيل وكذا يجوز الاكل فوق الشبع تطييبا لخاطر مضيفه ثم التنوع بانواع الفاكهة مباح لقوله تعالى (كلوا من طيبات ما رزقنا كم) اى مستلذاته وترك المداومة عليه افضل له لظاهر قوله تعالى (اذهبتم طيباتكم فى حيوتكم الدنيا واستمتعتم بها) وقد اغرب صاحب تحفة الملوك وشارحه العينى فى هذا المحل مسائل لاتطابق ماذ كروه من دلائل منها قوله والجمع بين انواع الاطعمة حرام لان ذلك اسراف وهو حرام لقوله تعالى (ولا تسرفوا انه لا يحب المسرفين) ومنها

وكل(ماكره)فى الشرع(حرام عند محمد رح ولكن لم يلفظ به) اى لم يطلق عليه لفظ الحرام لعدم وجدان النص القاطع فيه فنسبة المكروه الى الحرام كنسبة الواجب الى الفرض (وعندهما رح) ماكره (الى الحرام اقرب) وهذا فى المكروه كراهية تحريمية واما المكروه كراهية تنزيهية فالى الحل اقرب (الاكل) على مراتب(فرض)يوجر عليه ويأثم بتركه (ان دفع به هلاكه) لانه لابقاء البنية ليتمكن به من اداء الفرائض فان ترك الاكل حتى هلك فقد عصى (و)اكل (ماجور عليه)وهو مازاد عليه (بان مكنه من اداء صلوته قائما ومن صومه) قال عليه الصلوة والسلام المؤمن القوى احب الى الله تعالى من المؤمن الضعيف(ومباح) وهو مازاد على ذلك(الى الشبع ليزيد قوته) ولااجر فيه ولاوزر ويحاسب على ذلك حسابا يسيرا ان اكل من حل (وحرام) وهو اكل(فوقه)اى فوق الشبع لانه تبذير واسراف (الالقصد قوته على صوم الغد اولئلا يستحى ضيفه) ولايجوز الرياضة بتقليل الاكل حتى يضعف عن اداء الفرائض واما تجويع النفس على وجه لايعجز عن اداء العبادات فهو مباح والشاب الذى يخاف الشبق لابأس بان يمتنع عن الاكل لكسر شهوته بالجوع على وجه لايعجزعن اداء العبادات

قوله وكذا وضع الخبز على المائدة اضعاف ما يحتاج اليه الآكلون فانه اسراف فيكون حراما ومنها قوله وكذا رفع الخبز على الخوان حرام لما روى عن قتادة عن انس قال ما علمت النبى صلى الله عليه وسلم اكل فى سكرجة قط ولا خبز له مرقق ولا اكل على خوان ومنها قوله وكذا وضع الخبز تحت القصعة ليستقيم حرام لان ذلك استخفافه وقد امرنا بتكريمه وكذا مسح الاصابع والسكين بالخبز ووضع المملحة عليه واكل وجهه خاصة ولايخفى غرابته لان امثال ذلك خلاف الاولى وغايته ان يكون كراهة تنزيه واما كونه محرما اوكراهة تحريم فلادلالة فيه فيما ذكره فتأمل فانه موضع زلل (وحل) عند ابى حنيفة (استعمال المفضض) اى المرصع بالفضة وكذا المضبب وهو المشدود بها حال كون المستعمل (متقيا) اى مجتنبا (موضع الفضة) فيتقى فى الشرب موضع الفم قيل وموضع اليد فى الاخذ ويتقى فى السرير والسرج والكرسى موضع الجلوس وكذا اذا جعل ذلك فى نصل السيف او السكين او قبضتهما ولم يوضع يده فى موضع الذهب والفضة وكذا المفضض من اللجام والركاب وكذا الثوب فيه كتابة بذهب اوفضة لايكره عند ابى حنيفة لان موضع التضبيب تابع لغيره فلا يكره وصار كالجبة المكفوفة بالحرير والثوب المعلم بالحرير والفص المسمر بمسمار الذهب والعمامة المعلمة بالذهب وقال ابو يوسف يكره ذلك لان من استعمل اناء كان مستعملا لكل جزء منه فيكره المضبب مع اتقاء موضع الفضة كما يكره من استعمال موضعها وقول محمد يروى مع ابى يوسف وعلى هذا الخلاف اذا جعل ذلك فى السقف او فى المسجد او جعل حلقة المرآت من الذهب او الفضة اوجعل المصحف مذهبا او مفضضا وهذا كله اذا كان يخلص منه شىء واما الذى لايخلص منه شىء كالمموه فلاباس به اجماعا لانه مستهلك فلاعبرة ببقاء لونه (والاحجار) اى وحل استعمال الاحجار الثمينة للاباحة العامة فى قوله تعالى (هو الذى خلق لكم مافى الارض جميعا) وقوله تعالى (قل من حرم زينة الله التى اخرج لعباده) (لا الذهب) اى لا يحل استعمال الحلى الذهب (والفضة للرجال) لما اخرجه الجماعة الا البخارى من حديث عبدالله بن جبير ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن التختم بالذهب واخرج الترمذى والنسائى عن ابى موسى الاشعرى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حرم لباس الحرير والذهب على ذكور امتى واحل لاناثهم (الا خاتم) بالجر على البدل (ومنطقة وحلية سيف منها) اى من

(وحل استعمال) الاناء (المفضض) والاكل والشرب فيه عند ابى حنيفة وكذا حل الركوب فى السرج المفضض والجلوس على الكرسى المفضض والسرير وكذا اذا جعل ذلك فى السيوف اوحلقة المرآة او اللجام او الركاب او الشفر ويجوز ذلك اذا كان المستعمل (متقيا عن موضع الفضة) اى لايكون الفضة فى موضع الفم وفى موضع اليد عند الاخذ وفى موضع الجلوس على الكرسى والسرير وعلى هذا القياس غيرها وقال ابو يوسف يكره له ذلك وقول محمد يروى مع ابى حنيفة ويروى مع ابى يوسف فصار عن محمد روايتان وهذا الاختلاف فيما يخلص واما المموه الذى لايخلص فلا بأس به بالاجماع (وحل) استعمال آنية (الاحجار) كالبلور والعقيق وقال الشافعى يكره (لا) يحل استعمال (الذهب والفضة) للرجال لان النبى عليه الصلوة والسلام خرج من بيته وباحدى يديه حرير وبالاخر ذهب فقال هذان حرامان على ذكور امتى وحلالان لاناثهم والفضة فى معنى الذهب (الا) استعمال (خاتم ومنطقة وحلية سيف منها) اى من الفضة فقد كان النبى عليه السلام لبس خاتم فضة ونقشه محمد رسول الله فقال بعض الناس لاباس بالتختم بالذهب

الفضة اما الخاتم فلما اخرجه الجماعة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من فضة له فص حبشى ونقش فيه محمد رسول الله وفى لفظ ان رسول الله صلى الله وسلم اراد ان يكتب الى بعض الاعاجم فقيل له انهم لا يقرؤن كتابا الا بخاتم فاتخذ خاتما من فضة ونقش فيه محمد رسول الله فكان فى يده حتى قبض وفى يد ابى بكر حتى قبض وفى يد عمر حتى قبض وفى يد عثمان حتى سقط منه فى بئر اريس فامر بها فنزحت فلم يقدر عليه والعبرة للحلقة لان قوام الخاتم بها دون الفص ويجعل الرجل فى لبسه الفص الى باطن الكف بخلاف المرأة لانه للتزين فى حقها ويستحب للقاضى والسلطان ونحوهما ممن يحتاج الى الختم والافضل لغيرهم تركه واما المنطقة فلما فى عيون الاثر لابى الفتح اليعمرى ويقال له ابن سيد الناس ان النبى صلى الله عليه وسلم كان له منطقة من اديم مبشور اى مقشور ثلاث حلقها وابزيمها وطرفها فضة والابزيم الذى فى رأس المنطقة ونحوها واما السيف فلما اخرجه ابو داود والترمذى والنسائى عن انس قال كانت قبيعة سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم من فضة واخرج الطبرانى فى معجمه عن مرزوق الصقيل انه صقل سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم ذا الفقار وكانت له قبيعة من فضة وحلق من فضة والقبيعة بالقاف فموحدة ثم تحتية ثم مهملة على وزن سفينة ما على طرف مقبض السيف من فضة او حديد واخرج عبد الرزاق فى مصنفه عن جعفر ابن محمد قال رأيت سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم قائمته من فضة ونعله من فضة وبين ذلك حلق من فضة وهو عند هؤلاء يعنى بنى العباس واخرج البيهقى عن عثمان بن موسى عن نافع عن ابن عمر انه تقلد سيف عمر يوم قتل عثمان فكان محلى قلت كم كانت حليته قال اربعمائة قيدنا الذهب والفضة بالحلى لانه لا يحل للرجال ولا للنساء استعمال آنية الذهب والفضة بالاكل والشرب وغيرها كاستعمال الملعقة من احدهما والاكتحال بميل او من مكحلة من احدهما والادهان بدهن فى اناء من احدهما لعموم النهى وفى رواية ام سلمة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال الذى يشرب فى آنية الفضة انما يجرجر فى بطنه نار جهنم رواه الشيخان ومعنى يجرجر يردد وفى رواية مسلم من شرب فى اناء من ذهب او فضة وفى اخرى له ان الذى ياكل او يشرب فى آنية الفضة والذهب وفى الكتب الستة من رواية عبد الرحمن ابن ابى ليلى قال استسقى حذيفة

فسقاه مجوسى فى اناء فضة فقال انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تلبسوا الحرير ولا الديباج ولاتشربوا فى آنية الذهب والفضة ولا تاكلوا فى صحافها فانها لهم فى الدنيا ولكم فى الآخرة وكذا يحرم كل استعمال كالاكل بملعقة الفضة والاكتحال بميلها واتخاذ المكحلة والمرآت والدوات من الفضة وما اشبه ذلك من الاستعمال وروى عن على رضى الله عنه صنعت طعاما فدعوته عليه السلام فجاء فرأى فى البيت تصاوير فرجع رواه ابن ماجه لان اجابة الدعوة سنة ورؤية المنكر بدعة (و) حل (مسمار ذهب فى الخاتم) اى فى ثقب فصه لانه تابع فصار كالعلم فى الثوب وجوز محمد شد السن التى يخاف سقوطها بالذهب كالفضة وكاتخاذ الانف من الذهب وعنهما الجواز وعدمه اما الجواز فلما فى السنن سوى ابن ماجه عن عبد الرحمن بن طرفة ان جده عرفجة بن سعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من ورق فانتن عليه فامره النبى عليه السلام فاتخذ انفا من ذهب وفى معجم الطبرانى بسنده الى هشام بن عروة عن عبد الله بن عمر وان اباه سقطت ثنيته فامره النبى صلى الله عليه وسلم ان يشدها بذهب وفى معجم الصحابة لا بن قانع بسنده الى مشام بن عروة عن ابيه عن عبد الله بن عبد الله بن ابى بن ابى سلول قال اندقت ثنيتى يوم احد فامرنى النبى عليه السلام ان اتخذ ثنية من ذهب واما عدمه عنهما فلان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهى الادنى فبقى الذهب على التحريم والضرورة لم تندفع فى الانف دونه حيث انتن كذا ذكره بعض الشراح وفيه ان نصه صلى الله عليه وسلم ابتداء باتخاذ الثنية من ذهب يابى عن ذلك فالمعتمد ان يقال مهما يندفع الضرورة بالفضة فلا يجوز بالذهب اعتبارا للاخف حيث جوزوا خاتم الفضة دون خاتم الذهب والله اعلم (ولا يتختم) اى ولا يجوز للرجل والمرأة ان يتختم (بحديد وصفر وحجر) اى نحاس اصفر لما اخرجه ابو داود والترمذى والنسائى عن عبد الله بن بريدة عن ابيه قال جاء رجل النبى صلى الله عليه وسلم وعليه خاتم من حديد فقال مالى ارى عليك حلية اهل النار ثم جاء وعليه خاتم من شبه فقال مالى اجد منك ريح الاصنام فقال يا رسول الله من اى شىء اتخذه قال اتخذه من ورق ولا تتمه مثقالا زاد الترمذى قبل التعليم ثم جاءه وعليه خاتم من ذهب فقال مالى ارى عليك حلية اهل الجنة وقال صفر عوض شبه انتهى والشبه بحركة وبكسر النحاس الاصفر

(ولا) استعمال (مسمار ذهب فى الخاتم) لانه تابع الفضة والاكل والشرب والادهان والتطيب من اناء ذهب او فضة لا يحل للرجال والنساء وكذا الاكل بملعقة من احدهما وما اشبه ذلك (ولا يتختم بحديد) فان النبى عليه الصلوة والسلام رأى على يد رجل خاتم حديد فقال مالى ارى عليك حلية اهل النار فامره بالرمى (وصفر) فانه عليه الصلوة والسلام رأى على يد رجل خاتم صفر فقال مالى اجد منك رائحة الاصنام فامره بالرمى فرمى به (وحجر) ومن الناس من اطلق فى اليشب واليه مال شمس الائمة السرخسى فقال والاصح انه لا بأس به كالعقيق فانه عليه الصلوة والسلام كان يتختم بالعقيق ولنا انه يتخذ منه الاصنام فاشبه الصفر ولو كانت الحلقة من الفضة والفص من الحجر يجوز

وحجر كالبشب المشهور باليشم ويقال له البلور واعلم انه وقع فى الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة قال شمس الائمة السرخسى فى شرحه والظاهر هذا اللفظ يعنى بطريق الحصر كره بعض مشايخنا التختم باليشب والاصح انه لاباس بذلك وان مراده كراهة التختم بالذهب والحديد على ما ورد به الاثر واما اليشب ونحوه فلا باس بالتختم به كالعقيق فقد ورد ان النبى صلى الله عليه وسلم تختم بالعقيق ثم اللبس من الحلال فرض ايضا لقوله سبحانه (وخذوا زينتكم عند كل مسجد) لانه لايقدر على اداء الصلوة الا بستر العورة ولانه يجب عليه ستر عورته عن غيره ولان خلقته لايحمل الحر والبرد فيحتاج الى ذلك بالكسوة فصار نظير الطعام والشراب ويستحب ستر غير العورة لقوله عليه السلام ان الله يحب ان يرى اثر نعمته على عبده رواه الترمذى (ولا يلبس الرجل حريرا الا قدر اربعة اصابع) عرضا فانه حلال لما اخرجه مسلم عن قتادة عن الشعبى عن سويد بن غفلة ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه خطب بالجابية فقال نهى نبى الله صلى الله عليه وسلم عن لبس الحرير الا موضع اصبعين اوثلاث او اربع ولما فى صحيح مسلم عن ابى عبد الله بن ابى عمر مولى اسماء بنت ابى بكر انها خرجت ولها طيالسة كسروانية لها لبنة ديباج وفرجاها مكفوفان بالديباج فقالت كانت هذه عند عائشة رضى الله عنها فلما قبضت اخذتها وكان النبى صلى الله عليه وسلم يلبسها فنحن نغسلها للمرضى نستشفى بها ولفظ البخارى فى كتاب المفرد فى الادب فاخرجت له اسماء جبة من طيالسة عليها لبنة شبر من ديباج وان فرجيها مكفوفان به فقالت هذه جبة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يلبسها للوفد والجمعة وروى عمر انه عليه السلام نهى عن لبوس الحرير قال الا هكذا ورفع لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم السبابة والوسطى وضمهما رواه احمد والشيخان وفى معنى العلم الحرير المنسوج بالذهب ويحرم لبنة الحرير والديباج وهى قطعة منهما يعلم فى جيب القميص والجبة وروى محمد فى الآثار عن ابى حنيفة عن حماد عن ابراهيم ان عمر بن الخطاب بعث جيشا ففتح الله عليهم واصابوا غنائم كثيرة فلما اقبلوه وبلغ عمر انهم قد دنوا خرج بالناس ليستقبلهم فلما بلغهم خروج عمر بالناس لبسوا ما معهم من الحرير والديباج فلما رآهم عمر غضب فاعرض عنهم فلما رأوا غضب عمر القوها ثم اقبلوا يعتذرون فقالوا انما لبسنا لنريك مما افاء الله

(ولايحل ان يلبس رجل حريرا) لما روينا (الاقدر اربعة اصابع) مضمومة لامنشورة لانه عليه الصلوة والسلام كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير ويحل الحرير للنساء وقال بعض الفقهاء يحل للرجال ايضا وقال بعض الفقهاء هو حرام عليهن (وفى السير الكبير ان العلم حلال سواء كان صغيرا اوكبيرا

الله علينا قال فسرى ذلك عن عمر ثم رخص فى العلم الاصبع والاصبعين والثلاث والاربع قال محمد وبه نأخذ وهو قول ابى حنيفة وكذا الثوب المنسوج بالذهب لايكره اذا كان قدر عرض اربع ولعل الحكمة فى جواز هذا القدر القليل من اللبس والاستعمال ليعلم العبد به ما اعد الله له فى الآخرة من لدنه فيرغب فيما يكون سببا لتحصيله والتلة من الحرير والقب منه لايحل للرجل لانه استعمال تام ويستحب لبس الثياب الجميلة للتجمل والتزين واظهار نعمة الله تعالى لقوله تعالى (قل من حرم زينة الله التى) الآية ولقوله تعالى (قد انزلنا عليكم لباسا يوارى سوآتكم وريشا) وهو لباس الزينة ولقوله عليه السلام ان الله يحب ان يرى اثر نعمته على عبده رواه الترمذى وقد روى ان ابا حنيفة ارتدى برداء قيمته اربعمائة دينار واما اذا لبس لبس الزينة للتفاخر واظهار التكاثر فهو حرام ليس فيه كلام

(ويتوسده) اى يجوز ان يجعل الحرير وسادة اى مخدة (ويفرشه) ويستر به بابه عند ابى حنيفة وقالا يكره للعمومات ولانه من زى المترفهين وهيئة المتنعمين من الكفار والفجار وقد ذمهم الله تعالى بقوله (اذهبتم طيباتكم فى حيوتكم الدنيا واستمعتم بها) وبقولهما قال مالك والشافعى وهو الصحيح لما فى صحيح البخارى عن ابن ابى ليلى عن حذيفة قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نشرب فى آنية الذهب والفضة وان نأكل فيها وعن لبس الحرير والديباج وان نجلس عليهما ولابى حنيفة ما اخرجه ابن سعد فى الطبقات فى ترجمة ابن عباس عن راشد مولى ابن عامر قال رأيت على فراش ابن عباس مرفقة حرير وما اخرجه عن مؤذن بنى وداعة قال دخلت على ابن عباس وهو متكئ على مرفقة حرير وسعيد بن جبير عند رجليه وهو يقول انظر كيف تحدث عنى فانك حفظت عنى كثيرا

(ويلبس) الرجل (ماسداه) بضم اوله وهو طوله (ابريسم) بكسر الهمزة والراء وفتح السين المهملة الحرير (ولحمته) بضم لامه اى عرضه (غيره) اى غير ابريسم من قطن وكتان وصوف ويستوى فيه الحرب وغيره لما روى عبد الرزاق فى مصنفه عن وهب بن كيسان انه قال رأيت ستة من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يلبسون الخز سعد بن ابى وقاص وابن عمر وجابر بن عبد الله وابو سعيد وابو هريرة وانس بن مالك والخز هو المهدى بالحرير ولما فى سنن ابى داود عن خصيف عن عكرمة عن ابن

(و) حل ان (يتوسده) اى الحرير (ويفرشه) وينام عليه عند ابى حنيفة وقالا يكره وكذا الخلاف فى ستر الحرير وحل للرجال تعليقه على الابواب (و) كذا حل للرجال ان (يلبس) فى الحرب وغيره (ماسداه ابريسم ولحمته غيره) كالقطن مثلا لان الصحابة رضى الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان يكون فى الماء

عباس قال انما نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الثوب المصمت من الحرير فاما العلم من الحرير وسدى الثوب فلا باس به ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج وهو يتم باللحمة فكانت هى المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف لا ارى باسا بحشو القز لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس (و) يلبس (عكسه) وهو مالحمته ابريسم وسداه غيره (فى حرب فقط) اى ولايلبس فى غيرها واما الخالص فلايلبس فى الحرب عند ابى حنيفة ويلبس عندهما وهو قول مالك والشافعى لانه ارفع للسلاح واهيب للعدو ولابى حنيفة ان النصوص الناهية عن لبسه لم يفصل بين حال وحال ورفع السلاح والهيبة يحصلان بالمخلوط الذى لحمته حرير وروا ما فى كامل ابن عدى عن الحكم بن عمير وكان من اصحاب النبى صلى الله عليه وسلم قال رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم فى لباس الحرير عند القتال فقد اعله عبد الحق بعيسى من رواته وقال انه ضعيف عندهم بل متروك وفى طبقات ابن سعيد بسنده الى الحسن قال كان المسلمون يلبسون الحرير فى الحرب انتهى وهو على تقدير صحته قابل للتاويل كما لا يخفى (وكره الباس الصبى ذهبا اوحريرا) لان الصبى يمنع مما لايجوز له فى الشرع اذا كبر ليالف ذلك الاترى انه انما نمنعه من شرب الخمر وناخذه بالصوم والصلوة خلافا لمالك والشافعى لعدم كونه مخاطبا (وينظر الرجل من الرجل و) تنظر (المرأة من المرأة و) من (الرجل) الاجنبى اذا امنت الشهوة (سوى ما بين السرة الى الركبة) اما نظر الرجل من الرجل فيما عداهما فلان السرة ليست بعورة لما روى احمد فى مسنده وابن حبان فى صحيحه والبيهقى فى سننه عن ابن عوف عن عمر بن اسحاق قال كنت امشى مع الحسن بن على فى بعض طرق المدينة فلقينا ابو هريرة فقال للحسن اكشف لى عن بطنك جعلت فداك حتى اقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله تعالى عليه وآله وسلم يقبل قال فكشف عن بطنه فقبل سرته ولو كانت من العورة لما كشفها الحسن ولا قبلها ابو هريرة وماتحت السرة الى الركبة عورة لمامر فى شروط الصلوة واما نظر المرأة فلوجود المجانسة بين المرأتين وانعدام الشهوة غالبا من الطرفين كما فى نظر الرجل اذا لم يكن امرد صبيحا ولاينظر اليه بعين الشهوة وامانظرها من الرجل فلان الرجل يعمل فى شغله متجردا غالبا فلو لم يجزلها النظر لضاق الامر على الناس وفى كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبى بمنزلة نظر الرجل الى محارمه فلا يجوز لها ان تنظر

(وحل عكسه) وهو مايكون لحمته حرير وسداه غيره (فى الحرب فقط) لضرورة دفع السلاح وفيه رعب فى قلوب الاعادى ويكره فى غير الحرب واعتبر اللحمة فى الحل دون السدى لان الثوب بالنسج يصير ثوبا وهو باللحمة والسدى فيضاف كونه ثوبا الى اخر الامرين وهو اللحمة لما عرف ان العبرة فى الحكم لاخر الوصفين فيجعل اللحمة اصلا فى الاباحة والتحريم (وكره الباس الصبى ذهبا اوحريرا) لان النص جعل لبسهما حراما على الذكور فكان الالباس حراما كشرب الخمر لما كان حراما كان سقيها للصبى حراما (وينظر الرجل من) كل بدن (الرجل) سوى مابين السرة الى الركبة قال عليه الصلوة والسلام عورة الرجل مادون سرته حتى يجاوز ركبتيه وبهذا تبين ان السرة ليست من العورة بخلاف مايقول الشافعى انها عورة والركبة عورة خلافا له والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر واعلم ان مسائل النظر اربعة اقسام نظر الرجل الى الرجل كما ذكرنا والمرأة الى المرأة والمرأة الى الرجل ونظر الرجل الى المرأة وهو اربعة انواع نظر الرجل الى زوجته ومملوكته والى ذوات محارمه والى اماء الغير والى الحرة الاجنبية ثم حكم العورة فى الركبة اخف منه فى الفخذ وفى الفخذ اخف منه فى السوأة حتى ان من رأى غيره مكشوف الركبة ينكر برفق ولاينازعه ان لج وان رآه مكشوف الفخذ ينكر عليه بعنف ولايضربه ان لج وان رآه مكشوف السوأة امره بستر العورة وادبه على ذلك ان لج ومايباح النظر اليه من الرجل يباح مسه فان مالايس بعورة يجوز مسه كما يجوز النظر اليه (وينظر المرأة من المرأة و) ينظر المرأة (من الرجل) محرما كان اولا (سوى مابين السرة الى الركبة) وعن ابى حنيفة ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لايباح لها النظر الى بطنها وظهرها والاول اصح

(وينظر الرجل من محرمه) بنسب اورضاع اومصاهرة (ومن امة غيره الى) وجهها ورأسها وساقها وصدرها وعضديها وكل (ماوراء الظهر والبطن والفخذ) وكما يجوز الى هذه المواضع يباح المس وانما يباح المس والنظر ان امن الشهوة على نفسه وعليها اما اذا كان يخاف الشهوة على نفسه اوعليها فلا يحل له ذلك ويحل له ان يخلو اويسافر بمحرمته فان احتاج الى الاركاب اوالانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها وكفها دون ماتحتها اذا امن الشهوة فان خاف على نفسه اوعليها يقينا اوظنا اوشكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا يصيب حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن نفسه بقدر الامكان (وينظر المرأ من الحرة الاجنبية الى الوجه والكفين) لانها تحتاج الى ابداء وجهها فى المعاملة مع الرجال والى ابداء كفها فى الاخذ والاعطاء ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع وروى الحسن رح عن ابى حنيفة رح انه يباح النظر الى قدمها ايضا وعن ابى يوسف انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا وهذا اذا لم يكن النظر عن شهوة فان كان يعلم انه ان نظر اشتهى لم يحل النظر الى شىء منها وكذا اذا شك فى الاشتهاء اوكان اكثر رأيه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها وكفها وان كان يأمن الشهوة وهذا اذا كانت شابة تشتهى فان كانت عورة فلا بأس بمصافحتها ومس يدها وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه الشهوة وعليها فلا باس ان يصافحها والصغيرة اذا كانت لاتشتهى يباح مسها والنظر اليها (و) ينظر الرجل من (السيدة الى الوجه والكفين) كالحر الاجنبى وقال مالك رح والشافعى نظره اليها كنظر الرجل الى ذوات محارمه

الى البطن والظهر لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ وعلى الرواية الاولى يجوز وهو الاصح ولو نظرت المرأة الى مالا يجوز لها النظر منه وفى قلبها شهوة اوفى اكثر رأيها انها تشتهى اوشكت فى ذلك استحب ان تغض بصرها بخلاف الرجل اذا نظر من المرأة الى مايجوز له النظر منها وهو الوجه والكف فانه يغض بصره حتما مع خوف الشهوة لقوله عليه الصلوة والسلام كتب الله على ابن آدم نصيبه من الزنا يدرك ذلك لامحالة فالعينان زناهما النظر الحديث رواه مسلم (ومن محرمه) اى وينظر الرجل من محرمه وهى من لايجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب اوسبب من رضاع اومصاهرة بنكاح اوسفاح (ومن امة غيره) قنا كانت اوامة اومدبرة اومكاتبة اوام ولد (الى ماوراء الظهر والبطن والفخذ) اى ماعدا هذه الاشياء اما المحرم فلقوله تعالى (ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن) الآية والمراد والله تعالى اعلم مواضع زينتهن وما عدا البطن والفخذ مواضع الزينة وقد قال على وابن عباس الزينة هى الكحل والخاتم رواه الطبرانى والبيهقى فالمراد بها موضعهما وهو الوجه والكف وفى رواية عنه الاماظهر منها قال الوجه والكفان وهذا عن عائشة واما امة غيره فلان الامة تخرج لحوايج مولاها وتخدم اضيافه وهى فى ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت فى حق الاجانب كحال المرأة داخله فى حق محارم الاقارب فلا يحل النظر الى بطنها وفرجها خلافا لمايقوله محمد بن مقاتل انه يباح ما دون السرة الى الركبة وحجته قول ابن عباس من اراد ان يشترى جارية فلينظر اليها الا موضع المأزر ولتعامل اهل الحرمين واما الخلوة بها والسفر بها فقيل يباح كما فى المحارم واليه مال شمس الائمة السرخسى لان المولى قد يحتاج ان يبعثها فى حاجته الى بلدة اخرى ولايجد محرما ليسافر معها وقيل لايباح لعدم الضرورة واليه مال الحاكم الشهيد لقوله عليه السلام لايبيتن رجل عند امرأة الا ان يكون ناكحا اوذا رحم رواه مسلم وقوله عليه السلام لا يخلون رجل بامرأة فان الشيطان ثالثهما رواه ابن حبان فى صحيحه وقد ذكر ابوبكر الرازى فى احكام القرآن عن ابن مسعود ومجاهد والحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب انهم يقولون قوله تعالى (اوما ملكت ايمانهن) على الاماء قلت ويؤيده الاجماع عليه فى قوله (الا على ازواجهم اوما ملكت ايمانهم (و) ينظر (الرجل من الاجنبية و) من (السيدة الى الوجه والكفين) لانها محتاجة الى ابداء ذلك لحاجتهما

(وشرط فى حل النظر الامن عن الشهوة الا عند الضرورة كالقضاء والشهادة) فان القاضى اذا اراد ان يحكم عليها يجوز له ان يحكم وينظر الى وجهها وان كان يخاف ان يشتهى والشاهد اذا اراد اداء الشهادة يجوز له النظر وان لم يامن الشهوة فان الضرورة تبيح المحظورات ولكن عند النظر ينبغى ان يقصد اداء الشهادة والحكم عليها ولا يقصد قضاء الشهوة واختلفوا فيما اذا ادعى الى تحمل الشهادة وهو يعلم انه اذا نظر اليها اشتهاها فمنهم من يجوز ذلك بشرط ان يقصد تحمل الشهادة والاصح انه لا يحل له ذلك (و) كذا اذا اراد ان يتزوجها فلا بأس ان ينظر اليها على وجه (ارادة النكاح) وان كان يعلم انه يشتهيها (و) كذا المشترى عند ارادة (شراء) الجارية يجوز له النظر اليها وان لم يامن من الشهوة وكل ما يباح النظر اليه منها يباح مسه منها اذا امن من الشهوة على نفسه وعليها كذا فى المبسوط وذكر فى المختصر ولا باس بان يمس ساقها وصدرها وذراعيها وينظر الى ذلك كله مكشوفا قال مشايخنا يباح النظر فى هذه الحالة وان اشتهى ولا يباح المس اذا اشتهى لان اباحة النظر ليعلم قدر المالية وقد تصير المالية تصير معلوما بالنظر بدون المس (و) كذا للطبيب ان ينظر الى موضع المرض لارادة (المداواة و) لكن (ينظر الى موضع المرض) من العورة (بقدر الضرورة) وينبغى ان يعلم امرأة مداواة المرأة لان نظر الجنس الى الجنس اخف فان لم يجدوا امرأة تداوى اولم يقدروا على تعليم امرأة وخيف الهلاك فلا باس بان يستر منها كل شىء سوى موضع المرض ثم يداويها رجل ويغمض بصره ما استطاع الا عن ذلك الموضع وكذا ينظر الرجل الى موضع الاحتقان من الرجل عند الحاجة (والخصى) اى الذى نزع خصيتاه (ونحوه) كالمجبوب والعنين والمخنث (كالفحل) فى النظر الى الاجنبية وقد رخص بعض مشايخنا اختلاط مجبوب جف ماؤه بالنساء والاصح انه لا يحل له ذلك وكذا رخص بعض فى الترك مع النساء مخنثا فى اعضائه لين وفى لسانه تكسر ولا يشتهى النساء ولا يكون مخنثا فى الردى من الافعال والاصح ان يقول كل من كان من الرجال فلا يحل له ان ينظر اليها الا ان يكون صغيرا

الى الاشهاد والى الاخذ والاعطاء ونحو اضع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع والقدم كالوجه فى رواية الحسن كما ذكره الطحاوى لانها تحتاج الى بدء قدمها اذا مشت حافية او متنعلة وقد لا تجد خفا فى كل وقت واما ما ذكره فى الهداية عن على من نظر الى محاسن امرأة اجنبية عن شهوة صب الله فى عينيه الآنك يوم القيمة فالمعروف من هذا الحديث من استمع الى حديث قوم وهم كارهون صب فى اذنيه الآنك يوم القيمة وهو حديث صحيح رواه البخارى (وشرط) فى النظر (الا من عن الشهوة) فان من لم يامن لم يحل النظر احترازا من الوقوع فى الحرام (الا عند الضرورة كالقضاء والشهادة) اى اداءها لضرورة احياء حقوق الناس وقيدنا باداءها لان النظر لتحملها لا يباح مع الشهوة على الاصح لانه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة (و) الا عند (ارادة النكاح) لا طلاق ما اخرجه النسائى والترمذى وقال حديث حسن عن المغيرة بن شعبة انه خطب امرأة فقال له النبى صلى الله عليه وسلم انظر اليها فانه احرى ان يودم بينكما اى ان تدوم المودة بينكما وقد روى من طرق واخرج مسلم عن ابى حازم عن ابى هريرة قال خطب رجل امرأة من الانصار فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذهب فانظر اليها فان فى عين الانصار شيئا ولان المقصود اقامة السنة لاقضاء الشهوة (و) الا عند (الشراء) اى شراء الامة لانه فى معنى ارادة النكاح (و) الا عند (المداواة) بقدر الحاجات (وينظر) الرجل الطبيب (الى موضع المرض بقدر الضرورة) وصار كنظر الخافضة والختان الى موضع الخفض والختان ويجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل عند الضرورة لانه مداواة (والخصى ونحوه) من المجبوب والمخنث (كالفحل) الخالص فى حكم النظر لانهم ذكور حقيقة ولقول عائشة الخصا مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ذكره فى المبسوط وقيل هو اشد الناس جماعا فانه لا تفتر آلته بالانزال وكذا المجبوب لانه قد يسحق وان كان مجبوبا قد جف ماؤه فقد رخص بعض مشايخنا فى حقه الاختلاط بالنساء لوقوع الامن من الفتنة وقد قال تعالى (او التابعين غير اولى الاربة من الرجال) فقيل هو المجبوب الذى جف ماؤه والاصح انه لا يحل له ذلك لعموم النصوص وكذا المخنث فى الردى من الافعال لانه كغيره من الرجال بل هو من الفساق فينحى عن النساء فاما اذا كان فى اعضائه لين وفى لسانه تكسر

ولا يشتهى النساء ولا يكون مخنثا فى الردى من الافعال فقد رخص بعض مشايخنا فى ترك مثله مع النساء وهو احد تاويلى قوله تعالى (او التابعين) وقيل المراد الابله الذى لا يدرى مايصنع بالنساء وانما همته بطنه والاصح ان نقول انه من المتشابه وقوله (قل للمؤمنين يغضوا من ابصار هم) محكم فناخذ بالمحكم ونقول كل من كان من الرجال لايحل لها ان تبدى موضع الزينة الباطنة بين يديه ولا يحل له ان ينظر اليها الا ان يكون صغيرا فحينئذ لايؤمر به لقوله تعالى (او الطفل الذين لم يظهر وا على عورات النساء) كذا ذكره بعض علمائنا والاظهر انه ليس من المتشابه ولو اختلف معناه فان مآل الكل الى اشتراط عدم الشهوة كما هو منصوص عليه فى قوله سبحانه (غير اولى الاربة من الرجال) (او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء) ولا يبعد ان يكون الموصول نعتا للرجال والاطفال والله تعالى اعلم بالاحوال (والى) اى ينظر الرجل ولو بشهوة الى (كل اعضاء من يحل بينهما الوطى) وهى زوجته وامته لان ما فوق النظر من المسيس والغشيان يباح له فالنظر اولى ولقوله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم اوما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين) ولما فى السنن الاربعة عن بهز بن حكيم عن ابيه عن جده معاوية بن حيدة قلت يا رسول الله عوراتنا مانأتى منها ومانذر قال احفظ عورتك الامن زوجتك اوما ملكت يمينك قال قلت يا رسول الله ارأيت لوكان القوم بعضهم فى بعض قال ان استطعت ان لاترينها احدا فلا ترينها قال قلت يا رسول الله اذا كان احدنا خاليا قال فالله احق ان يستحيى من الناس وحسنه الترمذى ورواه الحاكم وصحح اسناده وفى معجم الطبرانى بسنده الى سعد بن مسعود الكندى قال اتى عثمان بن مظعون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انى استحى ان يرى اهلى عورتى قال ولم وقد جعلكم الله لهم وجعلهم الله لكم قال اكره ذلك قال فانهن يرينه منى واراه منهن قال انت يارسول الله قال انا قال فمن بعدك اذا يارسول الله فلما ادبر عثمان قال صلى الله عليه وسلم ان ابن مظعون لحيى ستير واما حديث عائشة انه ما رأى منى ولا رأيته منه يعنى الفرج كما رواه الترمذى فى الشمائل فلعله من خصائصها وكان ابن عمر يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ فى تحصيل معنى اللذة وروى ابن عدى عن ابن عباس

(وينظر الرجل والمراة الى كل اعضاء من يحل بينهما الوطى) فينظر الرجل الى فرج زوجته وامته وسائر جسدهما بشهوة وغير شهوة وكذا العكس الا ان الاولى ان لاينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه وكان ابن عمر يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ فى تحصيل معنى اللذة

مرفوعا انه يورث العمى وضعف واما قول صاحب الهداية لان ذلك يعنى النظر الى العورة يورث النسيان لورود الاثر فغير معروف (وماحل نظره حل مسه) لتحقق الحاجة الى ذلك فى المخالطة مع قلة الشهوة فى المحارم وهذا فى غير نظر المرأة من الاجنبى ونظر الرجل من الاجنبية حتى لا يجوز للرجل مس وجه الاجنبية ولا كفيها ويجوز له مس ما ينظر من محارمه الا اذا خاف عليها او على نفسه الشهوة فانه حينئذ لايمسها ولا ينظر اليها ولا يخلو بها ولا بأس بالمسافرة بها فان احتاجت الى الاركاب والانزال ولم يمكنها الركوب بنفسها فلا بأس بان يمس من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتها ان امن الشهوة وان خافها عليها او على نفسه او ظن اوشك اجتنب ذلك بجهده واما عبد المرأة فكالاجنبى عندنا وجعل مالك والشافعى نظره اليها كنظر الرجل الى ذات محارمه لقوله تعالى (اوما ملكت ايمانهن) ولايجوز ان يحمل على الاماء لانهن دخلن فى قوله او نسائهن قلنا المراد بالنص الاماء للتأكيد لما فى مصنف ابن ابى شيبة عن سعيد بن المسيب انه قال (لا يغرنكم) الآية انما عنى به الاماء ولم يعن به العبيد وعن الحسن انه كره ان يدخل المملوك على مولاته بغير اذنها ولا يكره الرتيمة وهى خيط يربط فى الاصبع او الخاتم ليتذكر به الحاجة لانه من عادات العرب قاله الشاعر ﴿اذا لم يكن حاجاتنا فى نفوسكم * فليس بمغن عنك عقد الرتايم﴾ وقد روى ابو يعلى الموصلى عن سالم بن عبد الاعلى عن نافع عن ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم اذا اشفق من الحاجة ان ينساها ربط فى اصبعه خيطا ليذكرها الا ان فى سنده ضعفا ويجوز ان يعزل عن امرأته باذنها وعن امته بدونه اما الاول فلما فى سنن ابن ماجه عن عمر بن الخطاب ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ان يعزل عن الحرة الا باذنها واما الثانى فلما فى صحيح مسلم عن جابر قال جاء رجل من الانصار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان لى جارية اطوف عليها وانا اكره ان تحمل فقال اعزل ان شئت فانه سيأتيها ماقدر لها فلبث الرجل ثم اتاه فقال ان الجارية قد حملت قال قد اخبرتك انها سيأتيها ماقدر لها والاولى ان ينظر كل منهما الى عورة صاحبه وكان ابن عمر يقول الاولى ان ينظر الى فرج امرأته حال الوقوع ليكون ابلغ فى تحصيل اللذة قلت والطبائع مختلفة (واذا حدث ملك امة) بشراء اوهبة اوارث او وصية

(وماحل نظره) اليه من الاعضاء المذكورة (حل مسه) على ماذكرنا (واذا حدث ملك امة) بشراء اوهبة اوارث اووصية اوغيرها

(ولو كانت) الامة (بكرا او) كانت (مشرية ممن لايطاها) كما اذا اشتريت امة من امرأة اوعبد ماذون اومكاتب اومحرم لها غيرذى رحم اوكانت الامة من مال صبى وباعها ابوه (حرم) عليه (وطؤها ودواعيه) كالقبلة والمس والمعانقة والنظر الى وجهها بشهوة (حتى تستبرئ) اى تطلب براءة رحمها من الحمل وعن ابى يوسف انه اذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البائع فليس عليه الاستبراء (بحيضة) كاملة ولاتجزئ بالحيضة التى اشتراها فى اثنائها وعن ابى يوسف انه لو طهرت من هذه الحيضة فله ان يطأها (بعد القبض) فلا تجزى بالحيضة التى حاضتها بعد الشراء اوغير ذلك من اسباب الملك قبل القبض خلافا لابى يوسف (فيمن تحيض و) الاستبراء (بشهر فى ذوات اشهر) ممن لاتحيض من صغر اوكبر لان الشهر قائم مقام الحيض (وبوضع الحمل فى الحامل) فان العدة تنقضى بوضع الحمل فلان تنقضى به مدة الاستبراء اولى وان ارتفع حيضها بان صارت ممتدة الطهر وهى ممن تحيض بتركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير فى ظاهر الرواية الا ان مشائخنا قالوا يتبين ذلك بشهرين او ثلثة اشهر وكان محمد يقول اولا استبراؤها اربعة اشهر وعشرة ايام ثم رجع وقال استبراؤها بشهرين وخمسة ايام والفتوى عليه (ورخص فى حيلة اسقاطه) اى اسقاط الاستبراء عند ابى يوسف وقال محمد يكره والماخوذ قول ابى يوسف رح (ان علم عدم وطىء بائعها فى هذا الطهر) وقول محمد رح فيما اذا علم انه وطيها (وهى) اى الحيلة (ان لم يكن تحته) اى تحت المشترى حرة ان (ينكحها ثم يشتريها) فيقبضها ولايلزمه الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفراش وهو لايستلزم الاستبراء ثم اذا اشترى زوجته لايجب ايضا (وان كانت تحته حرة فالحيلة ان ينكحها البائع الشخص الاخر قبل الشراء او المشترى بعد الشراء قبل القبض (ثم يشترى) فى الصورة الاولى (او يقبض) المشترى فى الصورة الثانية (ثم يطلقها ومن الزوج) فى الصورتين قبل الدخول ولايلزم الاستبراء فى الصورتين اما فى الصورة الاولى فلانه اشترى منكوحة الغير ولايحل وطيها فلا استبراء فاذا طلقها الزوج قبل الدخول حل على المشترى وحينئذ لم يوجد حدوث الملك فلا يجب الاستبراء واما فى الصورة الثانية فلان الاستبراء يجب بعد القبض وح لايحل الوطى لانه منكوحة الغير واذا حل بعد طلاق الزوج لم يوجد حدوث الملك فلا يجب الاستبراء

او غيرها (ولو بكرا) او صغيرة (اومشرية ممن لايطأ) بان اشتراها من محرمها اومن امرأة او من مال صبى (حرم وطؤها ودواعيه) من اللمس وغيره (حتى تستبرئ بحيضة بعد القبض فيمن تحيض وبشهر فى ذات شهر) لايس اوصغيرة (وبوضع الحمل فى الحامل) لما اخرجه ابو داود والحاكم وقال صحيح على شرط مسلم عن ابى سعيد الخدرى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال فى سبايا اوطاس لاتوطأ حامل حتى تضع ولاغير ذات حمل حتى تحيض حيضة وفى لفظ لابى داود ولا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر يسقى ماؤه زرع غيره ولايحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر ان يقع على امرأة من السبى حتى يستبرئها وفى مصنف ابن ابى شيبة عن على قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان توطأ الحامل حتى تضع او الحائل حتى تستبرئ بحيضة وحرم دواعى الوطى فى الظهار لانها قد تفضى اليه وما يفضى الى الحرام حرام بحديث الراعى حول الحمى وانما حل الدواعى فى الحيض والصوم لان الوطى حرم فى الحيض لمعنى الاذى وذلك لايوجد فى الدواعى ولان الصوم قد يمتد الى شهر فيؤدى الى الحرج كذا قالوه والاولى ان يقال انه استفيد من الاحاديث الواردة فيهما (ورخص حيلة اسقاطه) اى استبرائه (ان علم عدم وطئ بائعها فى هذا الطهر) اعلم ان ابا يوسف رخص الحيلة وخالفه محمد وكرهه لان الفرار من الاحكام الشرعية ليس من اخلاق المؤمنين فيكره له اكتساب سبب الفرار ولابى يوسف ان هذا منع عن وجوب الاستبراء ورفع لثبوته فلا يكره الحيلة فى اسقاطه كما لايكره فى اسقاط الربا واخذ المشايخ بقول ابى يوسف ان علم المشترى عدم وطئ البائع لها فى ذلك الطهر وبقول محمد ان علم وطىء البائع لها فيه وعن ابى يوسف انه اذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البائع فليس عليه استبراء قلنا ان هذه حكمة الاستبراء والحكمة يتعلق بالعلة لا بالحكمة لبطونها تيسيرا للعامة (وهى) اى الحيلة (ان لم تكن تحته حرة ان ينكحها) اى يتزوجها قبل الشراء (ثم يشتريها) كذا فى الهداية وشرط بعضهم ان يقبضها قبل الشراء وقيل تزوجها ووطئها ثم يشتريها (وان كانت) تحته حرة (ان ينكحها) اى يزوجها البائع قبل الشراء او المشترى قبل القبض (الآخر) يثق به او يشترط ان يكون امرها بيده (ثم يشترى) المشترى ان كان الانكاح قبل الشراء (او يقبض) المشترى ان كان بعد الشراء قبل القبض (ثم يطلق) ذلك الزوج او من امرها بيده

ومن الحيلة ان يشتريها ويقبضها فيكاتبها ثم يفسخ العقد برضاها لان بعقد الكتابة حرمت عليه ثم بعجزها صارت كالمطلقة قبل الدخول وهذه سهل الوصول (ومن فعل بشهوة احدى دواعى الوطى) وهى القبلة واللمس والنظر الى الفرج (بامتيه) حال كونهما (لا يجتمعان نكاحا حرم عليه وطؤهما بدواعيه حتى يحرم احديهما) بتمليك كلها او بعضها اوبانكاحها نكاحا صحيحا اواعتاقها كلها او بعضها لان الجمع بين الاختين المملوكتين لايجوز وطؤهما لاطلاق قوله تعالى (وان تجمعوا بين الاختين) لان المراد به الجمع بينهما وطأ وعقدا لانه معطوف على المحرمات وطأ وعقدا ولا يعارض هذا قوله تعالى (الا ما ملكت ايمانكم) لان الترجيح للمحرم ولانه استثناء من المحصنات من النساء والمراد المسبيات وكذا لايجوز الجمع بينهما فى الدواعى لان النص مطلق فيتنا ولها او لان الداعى الى الوطئ بمنزلته فى التحريم ويستحب لمن اراد بيع امته الموطؤة ان يستبرئها لاحتمال ان يكون علقت منه ولا يستبريها المشترى فيثبت النسب واوجبه مالك صونا لمائه (وكره) للرجل (تقبيل الرجل) فى فمه اوشىء منه (وعناقه فى ازار واحد) ولو بلا شهوة عند ابى حنيفة ومحمد وعند ابى يوسف لابأس بذلك عند عدم الشهوة لما اخرجه الحاكم فى المستدرك وقال اسناده صحيح لاغبار عليه من حديث ابن عمر وقال وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم جعفر ابن ابى طالب الى بلاد الحبشة فلما قدم منها اعتنقه النبى صلى الله عليه وسلم وقبل بين عينيه فصار كالمصافحة وتقبيل يد العالم العامل والسلطان العادل للتبرك اما المصافحة فلقوله عليه السلام ان المؤمن اذا لقى المؤمن فسلم عليه واخذ بيده تناثرت خطاياهما كما تناثر ورق الشجر رواه الطبرانى فى معجمه الاوسط وقوله عليه السلام مامن مسلم يلتقيان فيتصافحان الاغفر لهما قبل ان يفترقا رواه ابو داود والترمذى واما قول صاحب الهداية عنه عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه فقوله حرك يده غير معروف واما التقبيل فلقول ابن عمر كنافى سرية من سرايا رسول الله صلى الله عليه وسلم فدنونا من النبى صلى الله عليه وسلم فقبلنا يده رواه ابى داود والترمذى ولقول صفوان بن عسال ان قوما من اليهود قبلوا يد النبى صلى الله عليه وسلم ورجله رواه الترمذى وقال حديث حسن صحيح واما ما قيل ان حديث جعفر محمول على ماقبل التحريم فغير ظاهر بل ينبغى ان يخص جواز المعانقة بالقادم من السفر والله تعالى اعلم وروى الطحاوى انه عليه السلام

(ومن فعل بشهوة احدى دواعى الوطى) كالتقبيل واللمس مثلا (بامتيه لايجتمعان نكاحا) كاختين اوام وبنت اوكانت احدهما عمة الاخرى اوخالتها (حرم عليه وطؤهما بدواعيه) اى مع دواعيه (حتى يحرم احديهما) على نفسه بان باعها اواعتقها اوانكحها اوغير ذلك ولو وطى احديهما حل له وطى الموطوءة دون الاخرى (وكره تقبيل الرجل) فم الرجل اويده اوشيئا منه (وعناقه فى ازار واحد) وهو قول ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لاباس بالتقبيل و المعانقة وقال ابو منصور رح المكروه من المعانقة ماكان على وجه الشهوة فاما على وجه البر والكرامة فجائز قالوا الخلاف فيما اذا لم يكن عليهما غير الازار واما اذا كان عليهما قميص اوجبة فلا باس به بالاجماع وهو الصحيح ورخص بعض المتاخرين بتقبيل يد العالم اوالمتورع على سبيل التبرك وعن سفيان تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لايرخص فيه قال صدر الشهيد هو المختار وما يفعله بعض الجهال من تقبيل يد نفسه اذا لقى غيره فهو مكروه فلا رخصة فيه وما يفعلون من تقبيل الارض بين يدى العظماء و العلماء فحرام والفاعل والراضى به اثمان وذكر صدر الشهيد انه لايكفر بهذه السجود لانه يريد به التحية دون العبادة وقال شمس الائمة السرخسى السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر ولا باس بالمصافحة لانها سنة قديم واما القيام لتعظيم الغير فعن الشيخ ابى القاسم الحكيم انه اذا دخل عليه احد من الاغنياء يقوم له ويعظمه ولايقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له فى ذلك فقال ان الاغنياء يطلبون منى التعظيم فلو تركت تعظيمهم لتضرروا ولايطلب الفقراء ولاطلبة العلم منى ذلك وانما يطمعون منى جواب السلام والتكلم معهم فى العلم ونحوه

نهى عن المكاعمة وفى الجامع الصغير ويكره ان يقبل فم الرجل اويده اوشيئا منه اويعانقه وذكر الطحاوى ان هذا قول ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لابأس بالتقبيل والمعانقة وقالوا الخلاف فيما اذا لم يكن عليهما غير الازار واما اذا كان عليهما قميص اوجبة فلا بأس بالاجماع وهو الذى اختاره الشيخ ابو منصور الماتريدى ثم لا بأس بتقبيل يد العالم والسلطان العادل على سبيل التبرك وكذا تقبيل يد الابوين والشيخ والرجل الصالح وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه اذا لقى غيره فمكروه وما يفعلون من تقبيل الارض بين يدى السلطان والمشايخ فحرام والفاعل والراضى به آثم لانه يشبه عبادة الاوثان وذكر الصدر الشهيد انه لايكفر بهذا السجود لانه يريد به التحية ففهم منه انه لو سجد للتعظيم كفر كما صرح به السرخسى ولهما ماروى ابن ابى شيبة وعبد الرزاق فى مصنفيهما من حديث عامر الحجرى قال سمعت اباركانة وفى نسخة صحيحة ابا ريحانة صاحب النبى صلى الله عليه وسلم واسمه سمعون بالمهملة او المعجمة قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مكاعمة اومكاعمة المرأة المرأة ليس بينهما شىء وعن مكاعمة الرجل الرجل ليس بينهما شىء قال ابو عبيد القاسم بن سلام والمكاعمة ان يلثم الرجل فاه صاحبه فى ثوب واحد وفى سنن الترمذى عن انس قال رجل يا رسول الله الرجل منا يلقى اخاه اوصديقه اينحنى له قال لا قال افيلتزمه ويقبله قال لا قال فيأخذه بيده ويصافحه قال نعم ويمكن الجمع بان نهى التقبيل محمول على تقبيل الفم ونهى العناق على غير القادم اوعلى ما كان بازاء واحد اما الانحناء للسلطان اوغيره فمكروه ويحرم تقبيل الارض بين يدى العالم والشيخ او السلطان للتحية واما السجود فحرام واختلف فى كونه كفرا (وكره بيع العذرة خالصة وصح) بيعها (مخلوطة) بمنزلة زيت خالطه نجاسة (و) جاز (الانتفاع بهذه) اى بالمخلوطة لان العادة لم تجر بالانتفاع بخالص العذرة وجرت بالمخلوطة وفى شرح الكنز والصحيح عن ابى حنيفة ان الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز (و) صح (بيع السرقين) لانه ينتفع به ويدخر لوقت الحاجة فانه يلقى فى الارض لاستكثار الزرع (و) جاز (خصاء البهائم) لانه صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين موجوأين اى خصيين ولان لحمها يطيب به (لا الآدمى) اى ولا يجوز خصاء الادمى لانه تمثيل به وهو حرام (و) جاز (انزاء الحمير على الخيل) لان النبى صلى الله عليه وسلم ركب البغلة وهى من انزاء الحمير على الخيل ولو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فى ركوبها من فتح بابه كذا ذكروه

(وكره بيع العذرة) هى رجيع الادمى (خالصة) لانه نجس العين لاينتفع بها غير مخلوطة وعن ابى حنيفة رح انه لاباس بالانتفاع بالعذرة الخالصة (وصح) بيعها (مخلوطة) بالتراب اوبالرماد فالمخلوطة متقوم يجوز بيعها والانتفاع بها بالقائها فى الاراضى (وصح بيع السرقين) وهو رجيع البقر والحمار والفرس وغير ذلك من الحيوانات وقال الشافعى لايصح وقال الشيخ ابو المنصور كل ما انفصل من الادمى لايجوز الانتفاع به نحو الظفر والشعر والعذرة وما انفصل من غير الادمى من الحيوانات يجوز بيعه والانتفاع به سوى الخنزير (وصح خصاء البهائم) وخصاء الهرة اذا كان فيه منفعة اودفع ضرر لاباس به ولا باس بكى الاغنام وكى الصبيان اذا كان لداء اصاب الصبيان (لا) يصح خصاء (الادمى) لانه لايتعلق به منفعة مشروعة ولهذا كرهوا كسب الخصى لان كسبه يحصل بالمخالطة مع النسوان (وصح (انزاء الحمير على الخيل) لانه عليه الصلوة والسلام ركب البغلة واقتناها ولو كان هذا الفعل مكروها لما فعل لان فيه فتح بابه

وفيه

وفيه بحث اذلايلزم من ركوبها جواز الانزاء فقدروى ابو داود والنسائى عن على قال اهديت لرسول الله صلى الله عليه وسلم بغلة فركبها فقلت لو حملنا الحمير على الخيل فكانت لنا مثل هذا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما يفعل ذلك الذين لايعلمون ولعل علماءنا حملوه على كراهة التنزيه وجوزوه (و) جاز (سفر الامة وام الولد بلا محرم) لان الاجانب مع الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم فكما يجوز للحرة ان تسافر مع المحرم فكذا يجوز للامة ان تسافر مع الاجنبى وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها وكذا المكاتبة لانها مملوكة رقبة وقد تقدم اختلاف المشايخ فى اختيار هم وفى النهاية معزيا الى شيخ الاسلام هذا فى زمانهم لغلبة اهل الصلاح واما فى زماننا فلالغلبة اهل الفساد (و بيع العصير من متخذه خمرا) لعموم قوله تعالى (واحل الله البيع) ولان المعصية لاتقام بعينه باقيا على حال بل بعد تغيره وصيرورته امرا آخر ممتازا عن العصير بالاسم والخاصة بخلاف بيع السلاح فى ايام الفتنة فان المعصية تقام بعينه كذا ذكروه وينبغى ان يكون مكروها لكونه سببا لتحصيل المعصية ولقوله تعالى (تعاونوا على البر والتقوى ولاتعاونوا على الاثم والعدوان) ولذا منعه مالك والشافعى ويحرم على المسلم اخذ دينه من ثمن خمر باعها مسلم لاذمى لان بيع المسلم الخمر باطل اذلاقيمة للخمر فى حق المسلمين فلم ينعقد البيع واذا لم ينعقد لم يجب الثمن فلم يملكه ولايحل لرب الدين اخذه واما بيع الذمى فى الخمر فصحيح لانها مال فى حقه فيملك الثمن فيصح اخذه (وكره استخدام الخصى) لان فى استخدامه حثا على هذا الصنع الحرام (و) كره (اقراض بقال شيئا ياخذ منه ماشاء) لانه اذا ملك الدراهم فقد اقرضه اياه وقد شرط ان يأخذ منه مايريد مالاوله فى ذلك نفع فيصير فى معنى القرض الذى جر نفعا وهو منهى عنه وان اودعه اياه ثم اخذ منه ما شاء مفرقا لايكره (و) كره (اللعب بالنرد) اجماعا (والشطرنج) وفيه خلاف ياتى (و) كره (الغناء وهى الممدودة بمعنى التغنى بالانغام الموسيقية ونحوها (وكل لهو) اى لعب مشغل عن الغرض اما النرد فلما اخرجه احمد ومسلم وابو داود عن سليمان بن بريدة عن ابيه بريدة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من لعب بالنرد شير فكانما صبغ يده فى دم خنزير وليس فيه ذكر الشطرنج الذى ذكره فى الهداية وروى مالك واحمد وابن ماجه بلفظ من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله واما الشطرنج فلما اخرجه العقيلى فى ضعفائه عن

(وصح سفر الامة وام الولد بلا محرم) بل مع الاجانب قالوا هذا فى زمانهم لغلبة اهل الصلاح اما فى زماننا فلالغلبة اهل الفساد (وصح بيع العصير ممن يتخذه خمرا) لان العصير يصلح لامور شتى وهو بعينه ليس بآلة الفساد وانما يكون بعد تغييره بخلاف بيع السلاح فى ايام الفتنة لان عينه آلة للشر بلا تغيير (وكره استخدام الخصى) لان فيه تحريض للناس على هذا الفعل (وكره اقراض بقال شيئا ياخذ منه) اى من البقال (ماشاء) ومعنى المسئلة ان رجلا فقيرا له درهم يخاف التلف لو كان فى يده وليس له فلوس حتى يشترى بها مامنحت له من الحاجة كل ساعة فيعطى الدرهم الى البقال لان ياخذ منه ما يحتاج اليه بحسابه جزأ فجزأ حتى يستوفى مايقابل الدرهم وهذا الفعل منه مكروه لان حاصل هذا راجع الى قرض جر فيه نفعا وهو مكروه وينبغى ان يودعه ثم ياخذ منه ماشاء فان ضاع فهو وديعة فلا شىء عليه لانه لم يقرضه وانما اودعه (وكره اللعب بالنرد والشطرنج) فان قامر فهو حرام بالاجماع وان خلا عن القمار فهو حرام ايضا لكونه عبثا قال عليه الصلوة والسلام كل لعب حرام واباح الشافعى الشطرنج فان قامر بالشطرنج سقطت عدالته وردت شهادته وان لم يقامر به وكان متاولا فيه قبلت شهادته ولم ير ابو حنيفة باسا بالسلام عليهم ليشغلهم عما فيه وكره ابو يوسف ومحمد رح تحقيرا لهم حيث استطهم عن درجة السلام (وكره الغناء) للناس لانه نصر لهم على نوع فسق ويجمعهم على ارتكاب كبيرة ولايمتنع عادة عن المجازفة والكذب واذا كان غناء لايسمع غيره ولكن يسمع نفسه لازالة الوحشة فلا باس به (وكذا كل لهو) كان كالضرب بالقضيب والمزامير وغير ذلك

ابى هريرة قال مر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوم يلعبون بالشطرنج فقال ما هذه الكوبة الم انه عنها لعن الله من يلعب بها والكوبة النرد ولما رواه ابن حبان فى ضعفائه عن واثلة بن الاسقع عن النبى صلى الله عليه وسلم قال ان لله عز وجل فى كل يوم ثلثمائة وستين نظرة لا ينظر فيها الى صاحب الشاه يعنى الشطرنج واما الغناء فلقوله تعالى (ومن الناس من يشترى لهو الحديث) وفسر بالمغنين وقد كتبت فى هذه المسئلة رسالة مستقلة واستعمال الملاهى محرمة بالاتفاق وطبل الغزاة والدف فى العرس مستثناة للاذن فيهما شرعا وسئل ابو يوسف ايكره الدف فى غير العرس تضربه المرأة للصبى فى غير فسق قال لا فاما الذى محى عنها الوحشة كالغناء فانى اكره واما اللهو فلما اخرجه الحاكم فى المستدرك وقال حديث صحيح على شرط مسلم عن ابى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كل شىء من لهو الدنيا باطل الاثلثة انتضالك بقوسك وتأديبك فرسك وملاعبتك اهلك فانهن من الحق وفيه دلالة على ان الشطرنج لعب باطل كما يدل عليه صيغة الحصر فى لهو الحق واباح الشافعى اللعب بالشطرنج إذا لم يكن قمار ولا اخلال بشىء من الواجبات اذفيه تشحيذ الخواطر وتزكية الافهام قال سهل بن محمد الصعلوكى رئيس اصحاب الشافعى اذا سلمت اليد من الخسران والصلوة من النسيان واللسان من الهذيان فهو ادب بين الخلائق ولو اكثر منه ردت شهادته وفى المجتبى قول الشافعى رواية عن ابى يوسف ولنا انه لهو يصد صاحبه عن ذكر الله وعن الصلوة غالبا فيكون حراما كالخمر والميسر ولان فيه معنى النرد والاربعة عشر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر به وكان متأولا ولم يصده ذلك عن الصلوة لا تسقط ولم ير ابو حنيفة بالسلام عليهم بأسا لشغلهم عما هم فيه وكرهاه تحقيرا لهم ويؤيدهما ما روى ان عليا رضى الله عنه مر بقوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم فقيل له ذلك قال كيف اسلم على قوم يعكفون على اصنام لهم ذكره العينى (و) كره من سيد (جعل الغل فى عنق عبده) لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بها (بخلاف التقييد) لانه سنة المسلمين فى السفهاء فلا يكره فى العبد تحرزا عن اباقه (و) كره كراهة تحريم (احتكار قوت البشر والبهائم) كالحنطة والشعير والتبن (فى بلد يضر باهله) لما اخرجه مسلم عن معمر بن عبدالله العدوى ان النبى

صلى

(وجعل الغل فى عنق عبده) وهو معتاد بين الظالمين قالوا هذا فى زمانهم عند قلة الاباق واما فى زماننا فلا بأس به لغلبة الاباق خصوصا فى الهندى (بخلاف التقييد) فانه سنة المسلمين فى السفهاء والمفسدين (وكره احتكار قوت البشر والبهائم) الاحتكار حبس الطعام للغلاء والتخصيص بالقوت قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعليه الفتوى وقال ابو يوسف رح كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا اوفضة اوثوبا ومدة الحبس قيل مقدرة باربعين يوما وقيل بالشهر وهذا فى حق المعاقبة فى الدنيا لكن يأثم وان قلت المدة ويجب ان يامره القاضى ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله فان لم يفعل عزر والصحيح ان القاضى يبيع ان امتنع اتفاقا اذا كان ذلك (فى بلد يضر باهله) بان كان البلد صغيرا فاما اذا كان لا يضر بان كان البلد كبيرا لا بأس به والحاصل ان التجارة فى الطعام غير محمودة اذا كان على قصد الاحتكار وتربص الغلاء وقصد الاضرار بالناس اما اذا لم يكن شيئا من ذلك فهو محمود لان الكاسب حبيب الله تعالى

صلى الله عليه وسلم قال لا يحتكر الاخاطئ اى مذنب واخرج ابن ماجه فى سننه وابو يعلى الموصلى فى مسنده عن عمر بن الخطاب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجالب مرزوق والمحتكر ملعون اما لو لم يضربهم بان كان المصر كبيرا لا يكره لانه حابس لملكه من غير اضرار غيره وقال ابو يوسف كل ما اضر بالعامة فهو احتكار ولو كان ثيابا او دراهم ثم اذا قصرت المدة لا يكون حبس القوت احتكارا لعدم الضرر بخلاف ما اذا طالت لتحققه وحد المدة الطويلة اربعون يوما لما اخرجه احمد وابن ابى شيبة والبزار والحاكم فى المستدرك عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وايما اهل عرصة بات فيهم امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله وقيل المدة المضروبة للمعاقبة فى الدنيا بان امره القاضى ببيعه عنهم هو الصحيح واما الاثم فيحصل وان قصرت (لا غلة ارضه) اى لا يكره احتكار الشخص غلة ارضه ينبغى ان يقيد بما لم يزد على نفقة سنة (و)لا (مجلوبة من بلد آخر) وهذا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف يكره ان يحبس ما جلبه من بلد آخر لاطلاق ما روينا (و) كره (تسعير الحاكم) لما اخرجه ابو داود وابن ماجه والترمذى وقال حديث حسن صحيح من حديث انس قال قال الناس يارسول الله غلا السعر فسعر لنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق وانى لارجو ان القى الله وليس احد منكم يطالبنى بمظلمة من دم ولا مال ولان الثمن حق الملاك فلا ينبغى للامام ان يتعرض حقهم (الا اذا تعدى الارباب) اى ارباب السلع (عن القيمة) تعديا (فاحشا) بان باعوا بضعف القيمة وعجز السلطان عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فانه يسعر لما فيه من رفع الضرر ولكن بمشورة اهل الرأى ثم اذا سعر الحاكم وباع رجل باكثر مما سعر به جاز عند ابى حنيفة مطلقا لانه لا يرى الحجر على الحروفى ابطال بيعه نوع حجر عليه وعندهما يجوز اذا لم يكن التسعير على قوم بعينهم لانه لايكون حجرا بل فتوى فانهما لايريان الحجر على قوم مجهولين ومن باع بما سعره الامام صح لانه غير مكره على البيع كذا فى الهداية وفى المحيط وشرح المختار ان البائع اذا كان يخاف اذا نقض ان يضربه الامام لا يحل للمشترى ذلك لانه فى معنى المكره والحيلة ان يقول

(لا) يكره احتكار غلة (ارضه) لان ذلك خالص حقه لاحق لاحد فيه فلم يكن فى الحبس مبطلا لحقهم (ولا) غلة (مجلوبة من بلد آخر) عند ابى حنيفة رح لان حق العامة انما يتعلق فيما فى المصر او ما جلب الى فنائها فاما فى غير ذلك فلا وقال ابو يوسف رح يكره مطلقا وقال محمد رح كل بقعة يجلب منها الى المصر فى العادة فهو بمنزلة فناء المصر حتى يحرم الاحتكار فيها (و) يكره (تسعير الحاكم) على الناس (الا) اذا تعلق به ضرر العامة (بان تعدى الارباب عن القيمة) تعديا (فاحشا) بان يبيعوا بضعف ما يبتاع به كما اذا باعوا قفيزا بمائة وهو يشترى بخمسين وعجز القاضى عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فلا باس به بمشورة من اهل الرأى والبصيرة ومن باع بما قدره الحاكم صح لانه ليس بمكره على البيع ومن تعدى عن ذلك وباع بثمن فوقه لم يبطل القاضى البيع وهذا واضح على قول ابى حنيفة رح لانه لايرى الحجر على الحروفى ابطال بيعه نوع حجر عليه وكذا عندهما رح لانه حجر على قوم مجهولين فلا يصح الا ان يحجر على قوم باعيانهم وقال مالك رح يلزم الحاكم التسعير عام الغلاء

المشترى له بعنى بما تحب فباى شىء باعه يحل ولو خاف الامام على اهل مصر الهلاك اخذ الطعام من المحتكرين وفرقه فاذا وجدوا سعة ردوا مثله وليس هذا من الحجر بل من دفع الضرر كما فى حال المخمصة وكذا يحرم تلقى الجلب فى بلد يضر باهله لقوله عليه السلام لا تتلقوا الركبان ولا يبع حاضر لباد رواه الشيخان وفى لفظ لمسلم لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشتراه فاتى سيده السوق فهو بالخيار (وقبل قول فرد كيف ما كان) اى عدلا كان او فاسقا مسلما كان اوكافرا حرا كان او عبدا ذكرا كان او انثى (فى المعاملات) كالوكالات والمضاربات والاذن فى التجارات لانه يكثر وجودها بين الناس والعدل عزيز الوجود فلو شرط فيها امر زائد لادى الى الحرج (فان قال كافر شريت اللحم من مسلم اوكتابى حل اكله و) ان قال (من مجوسى حرم) بخلاف ما اذا قال هذا حلال او حرام فانه لا يقبل قوله (وشرط العدل فى الديانات كالخبر عن نجاسة الماء) وعن حل الطعام وحرمته لانه لا يكثر وقوعها كثرة وقوع المعاملات فيشترط فيها الاسلام والعدالة ففى المخبر العدل بنجاسة الماء لا يتوضاء به لعدم التهمة وفى الكافر يتوضاء به للتهمة (وفى الفاسق والمستور تحرى) فان كان اكبر رأيه انه صادق تيمم ولم يتوضاء به لترجح جانب الصدق بالتحرى والاحوط ان يريق الماء ثم يتيمم وان كان اكبر رأيه انه كاذب يتوضاء به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحرى ولو اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات او طلقها ثلاثا او اخبرها غير ثقة ومعه كتاب بطلاقها ولم تدر انه منه الا انها تحرت فترجح عندها صدقه جاز الاعتداد والتزوج ولو اخبرها ان اصل نكاحها كان فاسدا او زوجها كان اخاها من الرضاع لم يسعها ان تتزوج بقوله وان كان ثقة لان فى هذا الفصل اخبرها بخبر مستنكر وقد الزمها الحكم بخلافه وفى الاول اخبرها بخبر محتمل وهو امر بينها وبين ربها فلها ان تعتمد ذلك الخبر وتتزوج ويقبل قول الصبى والقن فى الهدية والاذن له فى التجارة لان الهدايا تبعث على يد هؤلاء عادة فلو لم يقبل قولهم لادى الى الحرج والعبد يحتاج فى الاسواق والامصار البعيدة ولا يمكنه استحضار الشهود الى تلك المواضع فلو لم يقبل قوله فى الاذن لتحرج الناس فى المعاملة مع العبيد ومما ينبغى ان يلحق بهذا الكتاب مسائل شتى مما يناسب هذا الباب فقد قال علماؤنا لا بأس بتعشير

(وقبل قول فرد كيف ما كان) بعد ان كان مميزا عاقلا سواء كان حرا او عبدا مسلما او كافرا رجلا كان او امرأة (فى المعاملات) لمساس الحاجة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وكون المميز العاقل من اهل الشهادة فى الجملة والعدل لا يوجد فى كل موضع فمن المعاملات الوكالات والمضاربات والرسالات فى الهدايا والاذن فى التجارات (فان قال عبد كافر) ارسل ليشترى لحما (اشتريت اللحم من مسلم او كتابى) يهودى او نصرانى (حل اكله وان قال) اشتريت (عن مجوسى حرم اكله) لان الظاهر انه ذبيحة المجوسى (وشرط خبر المسلم العدل) فى الديانات لانها لا يكثر وقوعها على حسب وقوع المعاملات فلا يقبل فيها الا قول المسلم العدل ولا يقبل قول المستور فى الديانات فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابى حنيفة رح انه يقبل قوله فيها (كالخبر عن نجاسة الماء) حتى اذا اخبره بنجاسة الماء مسلم عدل لم يتوضا به ويتيمم (وفى) قول (الفاسق والمستور تحرى فان كان اكثر رأيه انه صادق يعمل به وان كان اكثر رأيه انه كاذب لا يعمل لترجيح جانب الكذب بالتحرى

المصحف ونقطه وشكله فى زماننا واصل الرواية انه يكره التعشير والنقطة فى المصحف لقول ابن مسعود جردوا القرآن ولا تلحقوا به ليس منه رواه ابن ابى شيبة وله معنيان احدهما جردوه فى التلاوة ولا تخلطوا به غيره وثانيهما جردوه فى الخط من التعشير والنقطة وفى زماننا لابد لغالب الناس من الدلالة فبالتعشير تحفظ الآى وبالنقطة يحفظ التصحيف وبالشكل يحفظ الاعراب فيكون بدعا مستحسنة وقد صح عن ابن مسعود مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ويجوز تجليته لما فيها من تعظيمه وكذا نقش المسجد وتزيينه بماء الذهب ونحوه لكن لامن غلة وقفه حتى لو فعل منها ضمن ثم هو قربة فى الاصح لما فيه من تعظيم بيت الله ولظاهر قوله تعالى (انما يعمر مساجد الله من آمن بالله) وقيل مكروه لانه من الامور المبتدعة ويكره فى المسجد عمل الدنيا كخياطة وكتابة باجرة ورد ان المساجد انما بنيت للصلوة الالضرورة بان لم يجد مكانا غيره وكان قوته من صنعته ولايكره عندنا دخول الذمى المسجد الحرام وكرهه الشافعى لقوله تعالى (انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) ولان الكافر لا يخلو عن جنابة واجيب بانه محمول على منعهم ان يدخلوه طائفين عراة او مستولين وعلى اهل الاسلام مستغلين وبان النجاسة محمولة على خبث عقائدهم وكرهه مالك فى كل مسجد اعتبارا بالمسجد الحرام لعموم العلة وهى النجاسة ولنا ما فى سنن ابى داود عن عثمان بن ابى العاص ان وفد ثقيف لما قدموا على النبى صلى الله عليه وسلم انزلهم المسجد ليكون ارق لقلوبهم فاشترطوا عليه ان لايحشروا ولايعشروا ولايجبوا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لكم ان لاتحشروا ولا تعشروا ولا خير فى دين ليس فيه ركوع والتجبية بالجيم والموحدة وضع اليدين على الركبتين وفى مراسيله عن الحسن ان وفد ثقيف اتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فضربوا لهم قبة فى مؤخر المسجد لينظروا صلوة المسلمين فقيل له يا رسول الله انزلتهم فى المسجد وهم مشركون قال ان الارض لا يتنجس بابن آدم ويحرم بيع اراضى مكة عند ابى حنيفة خلافا لهما ولا يحرم بيع ابنيتها اتفاقا لان البناء ملك لمن بناه الاترى انه لو بنى فى المستأجر او فى الوقف صار البناء له وجاز له بيعه ولا يكره عيادة الذمى لقوله تعالى (لا ينهيكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين

ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم) ولما فى صحيح البخارى عن انس قال كان غلام يخدم رسول الله صلى الله عليه وسلم فمرض فاتاه النبى صلى الله عليه وسلم يعوده فقعد عند رأسه فقال اسلم فنظر الى ابيه وهو عنده فقال اطع ابا القاسم فاسلم فخرج النبى صلى الله عليه وسلم وهو يقول الحمد لله الذى انقذه بى من النار واختلفوا فى عيادة الفاسق والمبتدع والاصح انه لا باس بهذا لانه مسلم قيل ويحرم قوله فى الدعاء اسئلك بمعقد العز من عرشك وقد روى بتقديم القاف على العين فلا يجوز اتفاقا لاستحالة معناه على الله سبحانه وتعالى وروى بعكسه فكذا يحرم لانه يوهم تعلق العز بالعرش والعرش حادث وما يتعلق به يكون حادثا والله سبحانه متعال عن تعلق عزه بالحوادث فان عزه قديم كذاته وسائر صفاته وعن ابى يوسف انه لا باس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث قيل ويحرم ان يقول فى دعائه بحق فلان نبيا كان او وليا او بحق البيت او المشعر الحرام لانه لاحق للخلق على الله لكن قد يقال انه لاحق لهم وجوبا من اصله لكن الله سبحانه جعل لهم حقا فضلا او يراد بالحق الحرمة والعظمة فيكون من باب الوسيلة وقد قال الله تعالى (وابتغوا اليه الوسيلة) وقد عد من آداب الدعاء التوسل بالانبياء والاولياء على ما فى الحصن الحصين وجاء رواية اللهم انى اسئلك بحق السائلين عليك وبحق ممشاى اليك فانى لم اخرج اشرا ولا بطرا الحديث ولا يكره قبول هدية طعام العبد التاجر لما روى من طرق قصة اسلام سلمان ان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم قبل هديته واكل منها بخلاف هدية النقدين والثياب على يده لعدم ورود نص عرف ذلك فيبقى على اصل القياس فى المنع وكره ان يجعل الراية فى عنق العبد وهى طوق من حديد مسمر بمسمار عظيم يمنعه من ان يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بها وحل قيده لانه سنة المسلمين فى السفهاء واهل الدعارة فلا يكره فى العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله وحلت الحقنة للتداوى فى السنن الاربعة عن اسامة بن شريك قال اتيت النبى صلى الله تعالى عليه وسلم واصحابه كانما على رؤسهم الطير فسلمت ثم قعدت فجاء الاعرابى من ههنا ومن ههنا فقالوا يارسول الله صلى الله عليه وسلم انتداوى فقال تداووا فان الله لم يضع داء الا وضع له دواء الا الهرم ولفظ احمد فى مسنده فان الله لم

ينزل داء الا انزل له دواء الا الموت قالوا يا رسول الله فما افضل ما اعطى العبد قال خلق حسن ولا يجوز استعمال المحرم فى الحقنة وغيرها كالخمر ونحوها لان التداوى بالمحرم حرام ثم التداوى بالحلال جائز لا واجب فمن ترك المعالجة فمات لم يمت عاصيا لانه ليس فى ترك المعالجة اهلاك النفس اذ ربما يصح من غير معالجة وربما لا ينفعه المعالجة ويجب على من رأى منكرا ان ينهى عنه لو قدر عليه ولو لم يفعل مثل لانه يجب عليه ترك المنكر والنهى عنه فاذا ترك احدهما لا يسقط عنه الآخر وينهى الامام من اظهر الفسق فى داره فان لم يكف حبسه او ضربه سياطا او ازعجه منها ردعا له وزجرا عن ارتكاب الفواحش ويحرم على المغنى والنائحة اخذ المال المشروط على الغناء والنوح لانه اجر على معصية بخلاف غير المشروط فانه تبرع لكنه يكره لانه وسيلة الى فعله ولا باس بدخول الحمام للرجل والمرأة اذا اتزر وغض البصر لقوله عليه السلام انها ستفتح لكم ارض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلا يدخلنها الرجال الا بالازار وامنعوها النساء الا مريضة او نفساء رواه ابو داود وغيره وكره غمز الاعضاء فى الحمام لانه فعل المترفهين الا لتعب ونحوه من الاوجاع فان فيه منفعة وتخفيفا وكره الجلوس على القبور لقوله عليه السلام لا تجلسوا على القبور ولا تصلوا اليها وقوله لان يجلس احدكم على جمرة فتحرق ثيابه حتى تخلص الى جلده خير له من ان يجلس على قبر ويكره الاشارة الى الهلال عند رؤيته لانه من عادة الجاهلية كانوا يفعلون تعظيما له اما اذا اشار اليه ليريه صاحبه فلا ولا بأس باسقاط حمل لم يستبن شئ من خلقه لانه مضغة بعد ولا حكم لها الا انه مكروه بغير ضرورة ويقطع حمل ميت اعترض فى بطن حامل خيف عليه الموت منه اذا لم يخرج الا به لانه ليس للميت حرمة بالنسبة الى الحى واما اذا اعترض الولد فى الحامل وقت الولادة وخيف على الحامل ولم يمكن اخراج الولد الا بقطعه بان تدخل القابلة يدها الى داخل الفرج فتقطعه بآلة ونحوها فلا تقطع لان موتها موهوم فبامر موهوم لا يجوز اتلاف آدمى حى محقق ويشق من الجانب الايسر بطن من ماتت فاضطرب الولد فيه وعلمت حيوته ولو بغلبة الظن لما قدمنا وقد فعل ابو حنيفة ذلك وعاش الولد وكذا يشق بطن من ابتلع درة غيره ومات مفلسا لان حق صاحب الدرة مقدم على احترام بطن من مات جانيا وقيل لا يشق لامكان الوصول اليه بعد تفسخه ودفع بانه يلزم تاخير حقه وقد لا يعيش

اليه ولو دفنت الحامل وانى على الولد سبعة اشهر وكان يتحرك فى بطنها فرؤيت فى المنام انها تقول ولدت لا يشق لان الظاهر موته ذكره العينى ولا بأس بثقب اذن الصغيرة لانه للزينة فصار كالختان ويجوز الحجامة والفصادة عند الحاجة وربما يجب لما صح ان النبى صلى الله عليه وسلم احتجم والفصادة مثلها ولانهما للتداوى وهو مأذون فيه شرعا ويجب على كل مكلف تعلم ما يحتاج اليه لاقامة الفرايض والواجبات ولمعرفة العقد الصحيح من غيره فى المعاملات والحلال من الحرام من المأكولات والمشروبات لقوله عليه السلام طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة وواضع العلم عند غير اهله كمقلد الخنازير الجوهر واللؤلؤ والذهب رواه ابن ماجه وقوله تعلموا الفرايض والقرآن وعلموا الناس فانى مقبوض رواه الترمذى ويكره تعلمه للمباهات والمجاراة وطلب المال والجاه لقوله عليه الصلوة والسلام من طلب العلم يجارى به العلماء او السفهاء او يصرف وجوه الناس اليه ادخله الله النار رواه الترمذى وابن ماجه ولقوله صلى الله عليه وسلم من تعلم علما مما يبتغى به وجه الله لا يتعلمه الا ليصيب به عرضا من الدنيا لم يجد عرف الجنة يوم القيمة يعنى ريحها رواه ابو داود وقد وردان ريحها يشم من قدر خمسمائة عام ويجب على العالم التعليم الى حد التفهيم لقوله عليه السلام من سئل عن علم علمه ثم كتمه الجم يوم القيمة بلجام من النار رواه الترمذى وانما يلزمه التفهيم لانه لا يوجد بدونه التعليم ويستحب تعليم علم يكون وسيلة الى معرفة الكتاب والسنة ويباح علم لا يضر ولا ينفع كالتواريخ والاشعار والانساب ويحرم علم السحر والمنطق والكلام والهيئة والنجوم الاقدر ما يعرف به الوقت والقبلة ويجب الكسب من الحلال بقدر كفاية نفسه وعياله وقضاء دينه لقوله تعالى (انفقوا من طيبات ما كسبتم) اى بالتجارة (ومما اخرجنا لكم من الارض) اى بالزراعة ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اطيب ما اكلتم من كسبكم وان اولادكم من كسبكم رواه ابن ماجه ولقوله صلى الله عليه وسلم طلب كسب الحلال فريضة بعد الفريضة رواه البيهقى فى شعب الايمان ولقوله عليه السلام ان اعظم الذنوب عند الله ان يلقاه بها عبد بعد الكبائر التى نهى الله عنها ان يموت رجل وعليه دين لا يدع له قضاء رواه ابو داود ويستحب الزيادة لمواساة الفقراء ومجاراة الاقرباء فانه افضل من النفلى

للعبادات لكون منفعته متعدية ولقوله عليه السلام الساعى على الارملة والمساكين كالمجاهد فى سبيل الله وكالذى يقوم الليل ويصوم النهار رواه ابن ماجه وفى رواية له الصدقة على المسكين صدقة وعلى ذى القرابة اثنان صلة وصدقة ويباح للتجمل والتنعم حين بنى البيت وينقش الحيطان ويشترى السرارى والغلمان لقوله تعالى (قل من حرم زينة الله التى اخرج لعباده والطيبات من الرزق) ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم المال الصالح للرجل الصالح ويكره التفاخر والتكاثر ولو كان من حل لقوله تعالى (الهيكم التكاثر حتى زرتم المقابر) ولقوله عليه السلام التجار يحشرون فجارا الا من اتقى وبر وصدق رواه الترمذى وغيره وقال حديث حسن صحيح وافضل الكسب الجهاد لما ورد فى فضله من الكتاب والسنة ولان فيه اعلاء كلمة الله تعالى قصدا والكسب فضلا ثم التجارة لقوله صلى الله عليه وسلم التاجر الصدوق الامين مع النبيين والصديقين والشهداء والصالحين رواه الترمذى والدار قطنى وابن ماجه ثم الزراعة لقوله عليه السلام ما من مسلم يغرس غرسا او يزرع زرعا فيأكل منه طير او انسان او بهيمة الا كان به صدقة رواه البخارى ومنهم من فضل الزراعة على التجارة لانها اعم نفعا وعندى ان الكتابة افضل منهما لاشتمالها على العلم والنفع المتعدى والصدقة الجارية ثم الصناعة لقوله عليه السلام ما اكل احد طعاما قط خيرا من ان يأكل من عمل يديه وان نبى الله داود كان ياكل من عمل يديه رواه البخارى ويلزم العاجز من الكسب سؤاله من الناس فانه كسب مثله فان عجز عن السؤال واشتد جوعه وجب على من علم به ان يطعمه او يدل عليه من يطعمه لما روينا من قوله عليه السلام وايما اهل عرصة بات فيهم امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله اخرجه احمد وغيره عن ابن عمر مرفوعا ويكره اعطاء السائل فى المسجد الا اذا لم يتخط رقاب الناس ولم يمش بين يدى المصلين فى القول المختار فقد روى انهم كانوا يسئلون فى المساجد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى روى ان عليا تصدق بخاتمه فى الصلوة فمدحه الله تعالى (انما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا الذين يقيمون الصلوة ويؤتون الزكوة وهم راكعون) واما اذا تخطى رقابهم او تعدى امامهم فمكروه لانه اعانة على اذى الناس حتى قيل هذا فلس لا يكفره سبعون فلسا ثم اعلم انه يحرم

التسبيح والتكبير والصلوة على النبى عليه السلام عند عمل محرم كما اذا سبح او كبر او هلل او صلى على النبى صلى الله عليه وسلم فى مجلس الفسق واللهو فهو حرام يأثم فيه وكذلك التاجر اذا فتح متاعه لمشتريه ويسبح او يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم واراد بذلك اعلام المشترى جودة متاعه وكذلك القفاعى يقول عند فتح كوز القفاع لا اله الا الله او يقول صلى الله على النبى او نحو ذلك لانه يأخذ ثمنا ويرغب المشترى هنالك كذا فى شرح تحفة الملوك للعينى ومن هنا يفهم ان بالاولى يحرم ذكر الله او النبى مع الرباب كما هو شان الاعراب او مع الزمارة كما هو شعار السيارة من شياد اهل اليمن فى السوق وابواب ارباب التجارة ثم قال ويجب منع الصوفية الذين يدعون الوجد والمحبة عن رفع الصوت وتمزيق الثياب عند سماع الغناء مع ان ذلك حرام عند سماع القرآن فضلا عنه عند سماع الغناء الذى هو حرام خصوصا فى هذا الزمان الذى اشتهر فيه الفسق وظهرت فيه انواع البدع واشتهرت فيه طائفة تحلوا بحلية العلماء وتزيوا بزى الصلحاء والحال ان قلوبهم ممتلية من الشهوة الكاسدة والاهواء الفاسدة فالعجب منهم انهم يدعون محبة الله ويخالفون سنة رسول الله فيصفقون بايديهم ويطربون بارجلهم ويصعقون بافواههم ويظهرون ما ليس فى قلوبهم ويتحركون بحركات مختلفة فى ابدانهم والازباد تنزل من اشداقهم حتى الجهال والحمقى من العامة يعتقدونهم ويلازمونهم ويقصدونهم ويعطونهم وينسبون انفسهم اليهم وينفقون اعادنا الله من شرهم وشر ما لديهم ولا يحل قبول هدية امراء الجور وسائر الظلمة الا اذا علم ان اكثر مالهم حلال بان كان صاحب تجارة او زراعة فلا بأس به لان اموال الناس لا تخلو عن قليل حرام فالمعتبر الغالب وكذا طعامهم وهذا بالنسبة الى الاغنياء واما الفقراء فلهم ان يأخذ وا من اموال الامراء لان غالب اموالهم بيت المال ومصرفه الفقراء وهذا طريق الفتوى والاحوط امتناعه للمتقوى وفى تحفة الملوك رجل يتردد الى الظلمة ليدفع شرهم عنه فان كان مفتيا او مقتدى به لا يحل له ذلك لان دفع شرهم عنه ممكن بغير التردد ولان فيه اهانة للعلم واهله وان كان غير مقتدى به فلا بأس بتردده اليهم ليدفع شرهم عنه واما اذا تردد لاجل ان يصيب منهم فلا يجوز لقوله عليه السلام ان اناسا من امتى سيتفقهون الدين ويقرؤن القرآن ويقولون نأتى الامراء فنصيب من دنياهم ونعتزلهم

بديننا ولا يكون ذلك كما لا يجتنى من القتاد الا الشوك كذلك لا
لا يجتنى من قربهم الا الخطايا رواه ابن ماجه القتاد بفتح القاف والتاء ثالث
الحروف حزب من العضاة وهى جمع عضة وهى شجرة من شجر الشوك فليس
فيه غير الشوك وكان ابن عباس وابن عمر يقبلان هدية المختار وكان
ابو ذر وابو الدرداء لا يجوز ان ذلك حتى روى ان اميرا اهدى الى
ابى ذر مائة دينار فقال هل اهدى لكل مسلم مثل هذا فقيل لافردها وقال
(كلاانها لظى نزاعة للشوى) ولايبعدان يحمل اخذ ابنى عباس وعمر على
نية تفريقه على الفقراء وانهم لو لم ياخذوه لاعطى الاغناء او لم يعط لاحد
شيئا من الاشياء فلاخذهم وجه وان كان للامتناع عن اخذهم اوجه لانه
ابعد من الريبة واشد على الظالم فى مقام الاهانة ويسن قص الشارب
وتقليم الاظفار ونتف الابط وحلق العانة فانها من الفطرة وسنن الخليل عليه
السلام الوارد فيها قوله تعالى (واذ ابتلى ابراهيم ربه بكلمات فاتمهن) وقد
فعلها نبينا صلى الله عليه وسلم وامر بها وفى حديث قص الشارب وتقليم
الظفر ونتف الابط وحلق العانة يوم الخميس والغسل والطيب واللباس
يوم الجمعة رواه الديلمى عن على قال الطحاوى فى شرح الآثار وقص
الشارب حسن وهو ان ياخذ منه حتى ينتقص عن الطرف الاعلى من
الشفة العليا واجاز بعضهم حلقه لقوله عليه السلام احفوا الشارب واعفوا
اللحى وفسر الاحفاء بالاستيصال ودفع بانه ورد قصوا الشارب واعفوا اللحى
كما رواه احمد عن ابى هريرة رضى الله عنه وهو تفسير للاحفاء ولانه
عليه السلام لم يحفظ عنه انه حلق شاربه بل قد ورد قصوا الشوارب مع الشفاء
رواه الطبرانى عن الحكم بن عمرو وحسن ترك قصه مع بقاء اظفاره
فى الجهاد ليكون اهيب فى عين العدو والاظفار سلاح عند الاحتياج
به وسن الختان للرجال وهو من الفطرة وعند مكرمة للنساء لحصول
الكرامة لهن به عند ازواجهن وقد وقته بسبع سنين وهو مختار ابى
الليث او تسع او عشر وقيل بما يطابق المراد بالبلوغ ويترك لو ولد
شبيها بالمختون او اسلم كبيرا وخيف عليه منه وان تركه اهل بلد
قوتلوا عليه لانه من شعائر الاسلام فصار كالاذان ويجوز المسابقة بالخيل
والبغال والحمير والابل والاقدام والرمى بالنبل والاصل فيه حديث ابى

هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لاسبق الا فى خف او نصل او حافر رواه احمد والاربعة والمراد بالخف الابل وبالنصل الرمى والحافر الفرس والبغل والحمار قال الخطابى الرواية الصحيحة بفتح الموحدة وهو ما يحصل من المال هنا على المسابقة وبالسكون المصدر سبقته اسبقه وعن ابى هريرة ايضا قال كانت المسابقة بين اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الخيل والركاب والارجل وحل الجعل من احد الجانبين بان يقول احدهما لصاحبه ان سبقتنى فلك كذا وان سبقتك فلاشئ لى او من شخص ثالث لا سبقهما بان يقول من سبق منكما دفعت اليه دينارا وحرم من الجانبين لانه يصير قمارا الا ان يوجد محلل بينهما ويكون فرسه كفوا لفرسيهما ويشترط انه ان سبقهما اخذ منهما الجعل وان سبقاه لا شئ لهما عليه لخروجه حينئذ عن القمار ويلحق بالمسابقة ان يجعل طالبان بان اختلفا فى مسئلة ورجعا الى الشيخ ليفصل بينهما فيها لانه لما جاز فى الافراس لمعنى يرجع الى الجهاد ويجوز هنا للحث على الجهاد فى طلب العلم لان الدين كما يقوم بالجهاد يقوم بالعلم والاجتهاد ثم رمى السهم له فضائل كثيرة لقوله تعالى (واعدوالهم ما استطعتم من قوة) ورد تفسيرها عنه عليه السلام الا ان القوة الرمى ثلاث مرات وقد ورد ان الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة صانعه يحتسب فى صنعه الخير والرامى به والمبذل به رواه ابن ماجه وفى رواية له من رمى بسهم فبلغ سهمه العدو اصاب او اخطأ فعدل رقبة وفى رواية له ايضا من تعلم الرمى ثم تركه فقد عصى واما الجوز الذى يلعب به الصبيان يوم العيد فيؤكل لان ابن عمر كان يشترى الجوز للصبيان وهم يلعبون به ثم يأكله معهم كذا ذكره العينى ثم قال اذا لم يقامروا انتهى وهذا صورة ليس فيه قمار متعارف كما لا يخفى والا فلا يحل له من البالغين فكيف من الصبيان مع كون اكبرهم غير مالكين وكذا حكم البيض الذين يلعبون به فى العيد وغيره وتضرب الدابة على النفار دون العثار لان العثار يكون من سوء امساك الراكب اللجام والنفار من سوء خلق الدابة فتؤدب عليه ولما فى كامل ابن عدى عن ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم قال اضربوا الدواب على النفار ولا تضربوها على العثار وركض الدابة ونخسها

كما يفعله الدلالون مكروه وكذا اذا كان بطريق اللهو لانه تعذيب الحيوان بلا غرض صحيح بخلاف الفرار من العدو والكرار عليه ويستحب القيلولة فى شدة الحر لانه وقت انتشار الشياطين وقد ورد قيلوا فان الشيطان لا يقيل ويحرم لبس الاحمر والمعصفر لما فى سنن ابى داود والترمذى عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال مر رجل وعليه ثوبان احمر ان فسلم على النبى صلى الله عليه وسلم فلم يرد عليه وفى سنن ابى داود عنه ايضا قال رآنى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى ثوب مصبوغ بعصفر موردا فقال ما هذا فعرفت ما كره فانطلقت فاحرقته فقال النبى صلى الله عليه وسلم ما صنعت بثوبك قلت احرقته قال افلا كسوته بعض اهلك فانه لا بأس به للنساء وفى صحيح مسلم عنه ايضا قال رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثوبين معصفرين فقال ان هذين من ثياب الكفار فلا تلبسهما وفى رواية قلت اغسلهما قال بل احرقهما وهذا مبالغة فى النهى لما تقدم وروى ابو داود والترمذى عن على انه عليه السلام نهى عن لبس المعصفر واما لبس الاخضر فمستحب لقول ابى رمثة رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه ثوبان اخضر ان اخرجه ابو داود والترمذى والنسائى وللنسائى وعليه بردان اخضران وندب لبس البياض لقوله عليه السلام ان احسن ما زرتم اليه فى قبوركم ومساجدكم البياض رواه ابن ماجه وفى رواية للترمذى والنسائى البسوا من ثيابكم البياض فانها اطهر واطيب وكفنوا فيها اموتاكم واما لبس السواد فجائز لقول سعد بن ابى وقاص رأيت رجلا على بغلة بيضاء على رأسه عمامة سوداء وقال كسانيها عليه السلام رواه ابو داود وقال عمرو بن امية كانى انظر الساعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر وعليه عمامة سوداء قد ارخى طرفها بين كتفيه اخرجه النسائى وابن ماجه وقد دخل النبى عليه السلام مكة يوم الفتح وهو متعمم بعمامة سوداء رواه الترمذى فى شمائله ولا ينبغى ان يظاهر بين جبتين او اكثر فى الشتاء اذا اكتفى بدون ذلك لانه يغيظ المحتاجين وطريق المتجبرين من المتكبرين وندب ارسال ذنب العمامة بين الكتفين قدر شبر وقيل الى وسط الظهر وقيل الى موضع الجلوس والاصل فيه قوله عليه السلام عليكم بالعمائم فانها سيماء الملائكة

وارخوها خلف ظهركم رواه البيهقى فى شعب الايمان وقوله عليه السلام فرق ما بيننا وبين المشركين العمائم على القلانس رواه الترمذى وقول ابن عمر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اعتم سدل عمامته بين كتفيه رواه الترمذى وقال حسن غريب وعن عبد الرحمن بن عوف عممنى رسول الله فسدل لها بين يدى ومن خلفى رواه ابو داود ويكره الترجيع بقراءة القرآن واستماعه لانه تشبه بفعل الفسقة وقيل لا بأس به اذا لم يخرج الحرف عن حده والمد عن مده لما ورد زينوا القرآن باصواتكم رواه احمد وجماعة وصححه الحاكم عن البراء وزاد الحاكم فى رواية عنه فان الصوت الحسن يزيد القرآن حسنا وفى رواية زينوا اصواتكم بالقرآن وكره رفع الصوت عند قراءة القرآن وعند الجنازة وحين الزحف على العدو وحين الوعظ لانه يذهب الهيبة والخشوع ويحرم قيام التالى للقرآن وكذا الراوى للحديث للداخل عليه لان فيه نوع اهانة له باعراضه عنه واقباله على ما ليس له عليه حق الا لاستاذه الذى علمه او لابيه لما لهما عليه من حق الاكرام وزيادة الاحترام والقراءة عند القبور مكروهة عند ابى حنيفة ويجوز عند محمد لقوله عليه السلام اقرؤا يس على موتاكم رواه ابو داود ويحرم الغيبة والنميمة والكذب الا للخديعة فى الحرب لقوله عليه السلام الحرب خدعة والصلح بين اثنين ولارضاء اهله لانه من باب اصلاح ذات البين قال الله تعالى (لا خير فى كثير من نجويهم الا من امر بصدقة او معروف او اصلاح بين الناس) وورد ليس الكذاب الذى يصلح بين الناس ويقول خيرا وينمى خيرا قال ابن شهاب ولم اسمع يرخص فى شىء مما يقول الناس كذبا الا فى ثلث الحرب والاصلاح بين الناس وحديث الرجل امرأته وحديث المرأة زوجها رواه مسلم ولدفع الظالم عن ظلمه لانه نهى عن المنكر واخذ على يد الظالم ويكره التعريض بالكذب لانه كذب فى الظاهر الا عند الضرورة كاكلت يعنى امس جوابا لمن دعاه الى الاكل لانه صادق فى قصده ولا غيبة لفاسق معلن ولا لغير معين ولا لظالم يؤذى الناس بقوله او فعله ولا يأثم الساعى به الى السلطان ليزجره بل يثاب عليه لانه من باب النهى عن المنكر والمنع عن الظلم والحاصل ان الكلام اما مستحب كالاذكار واما

حرام

حرام كالكذب والغيبة والنميمة واما مباح كضروريات الانسان من قوله قم واقعد ونحو ذلك واما ما لا يعنيه فتركه مستحب لقوله عليه السلام ان من حسن اسلام المرء تركه ما لا يعنيه واختلف هل يكتب المباح فقيل لا اصلا لقول ابن عباس ان الملائكة لا تكتب الا ما كان فيه اجر او وزر وقيل يكتب ذلك لظاهر قوله تعالى (ما يلفظ من قول الا لديه رقيب عتيد فقيل يكتب ذلك عليه ثم ينسخ متى قوبل عليه باللوح المحفوظ كل اثنين وخميس فما كان فيه جزاء خير او شر ثبت وما لم يكن كذلك محى لقوله تعالى يمحو الله ما يشاء ويثبت وعنده ام الكتاب) ولقوله (انا كنا نستنسخ ما كنتم تعملون) وقيل يكتب وينسخ يوم القيمة لانه يوم الحساب والجزاء اما بالثواب او بالعقاب والله اعلم بالصواب وينبغى لحافظ القرآن ان يختم فى ثلاثة ايام او فى اسبوع او فى شهر او فى اربعين يوما فان نسيان القرآن من الكبائر ويتقدم الشاب العالم على الشيخ العابد الجاهل لقوله تعالى (قل هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون) وقوله (يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين اوتوا العلم درجات) وقوله عليه السلام فضل العالم على العابد كفضلى على ادناكم رواه الترمذى عن ابى امامة وقوله فضل حملة القرآن على من لم يحمله كفضل الخالق على المخلوق رواه الديلمى عن ابن عباس ويسن السلام وجوابه فرض كفاية لقوله تعالى (واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها او ردوها) وثواب هذه السنة افضل من الفرض الذى هو جوابه لانها السبب البادى بالسلام وله دلالة على التواضع لقوله عليه السلام البادئ بالسلام برئ من الكبر كذا فى شعب الايمان ولا يسلم وقت الخطبة والتلاوة لئلا يخل بالاستماع وكون القاضى فى المحكمة حال كونه يحكم هيبة واحتشاما وبهذا جرى الرسم ويجب الرد الا على القاضى والخطيب لان وجوبه على من يسن السلام عليه وكذا لا يجب على من جلس يفقه تلامذته او يقرئهم القرآن لانه جلس للتعليم لا لرد التسليم ويسلم الراكب على الراجل لقوله عليه السلام يسلم الراكب على الماشى والماشى على القاعد والقليل على الكثير متفق عليه ويسلم الرجل على المرأة لانه عليه السلام مر على نسوة فسلم عليهن رواه الامام احمد ويجيب الذمى اذا سلم بقوله وعليك لما فى الصحيحين عن عمر قال قال رسول

الله صلى الله عليه وسلم اذا سلم عليكم اليهود فانما يقول احدهم السام عليك فقولوا وعليك ولا يبدأه بالسلام لقوله عليه السلام لا تبدؤا اليهود ولا النصارى بالسلام فاذا لقيتم احدهم فى طريق فاضطروه الى اضيقه رواه مسلم ويجب كفاية تشميت العاطس الحامد ببرحمك الله لاحاديث وردت بذلك وان تكرر منه فى مجلس يستحب الى الثلاث ولو زاد يقول عافاك الله لان النبى صلى الله عليه وسلم قاله لمن زاد والرجل مذكوم ويجيب هو بقوله يهدينا الله ويهديكم ويصلح بالكم يغفر الله لنا ولكم على ما ورد فى الخبر *

كتاب الأشربة

هى جمع الشراب وهو لغة ما يشرب وهنا ما يشرب ويسكر (حرم الخمر) لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان) الآية ولاجماع الامة ولصحيح الاخبار وهى كثيرة منها ما فى الصحيحين عن انس بن مالك قال كنت ساقى القوم يوم حرمت الخمر فى بيت ابى طلحة وما شرابهم الا الفضيخ البسر والتمر فاذا مناد ينادى فقال اى ابو طلحة اخرج فانظر فخرجت فاذا مناد ينادى الا ان الخمر قد حرمت قال فجرت فى سكك المدينة فقال لى ابو طلحة اخرج فاهرقها فخرجت فهرقتها وفى صحيح مسلم عن عبد الرحمن بن وعلة قال سالت ابن عباس عن بيع الخمر فقال كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم صديق من ثقيف او من دوس فلقيه يوم الفتح بر اوية خمر يهديها اليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا فلان اما علمت ان الله حرمها فاقبل الرجل على غلامه فقال اذهب فبعها فقال يا فلان بما ذا امرته قال امرته ان يبيعها فقال ان الذى حرم شربها حرم بيعها فامر بها فاهرقت فى البطحاء (وهى) اى الخمر هو (النىء) بكسر النون فى اوله وبهمزة فى آخره وقد

(من ماعنب غلا واشتد وقذف بالزبد وان قلت) الخمر وان كانت قطرة فان حرمتها غير معللة بالسكر ولا موقوفة عليه وبعض المعتزلة انكر حرمة عينها وزعم ان السكر حرام اذ به يحصل وقوع العداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وذلك باطل مخالف للكتاب والسنة واجماع الامة فكان كفرا منهم

كتاب الأشربة

هى لغة جمع شراب وهو كل ما يشرب من المائعات ومراد الفقهاء بها ما حرم منها وكان مسكرا (حرم الخمر وهو النىء من ماء العنب اذا غلا) بان صار اسفله اعلاه (واشتد) المراد من الاشتداد كونه صالحا للاسكار (وقذف بالزبد) اى رماه وازاله فانكشف عنه وسكن وتميز الصافى عن الدردى وهذا عند ابى حنيفة رح وعندهما رح اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد وقال بعض الناس كل مسكر خمر لان الخمر ما خامر العقل وكل مسكر فهو مخامر العقل ولنا ان الاسم وضع التى من ماء العنب اذا صار مسكرا حقيقة باتفاق اهل اللغة ويسمى خمرا لتخمره اى لشدته وقوته فان لها شدة وقوة وهذه ليست لغيرها لا لمخامرة العقل وما ذهب اليه البعض انه سمى بها لمخامرة العقل فذا لا يدل على ان كل ما يخامر العقل يسمى خمرا فان الفرس الذى يكون احد خفيه ابيض والاخر اسود يسمى ابلق ولا يسمى الثوب الذى فيه لون السواد والبياض بهذا الاسم وكذا الفارورة تسمى بها لمعنى القرار ولا يسمى الدن بها لقرار الماء والحاصل ان القياس لا يجرى فى اللغة ووجه التسمية لا يطرد وقد حقق فى موضعه ثم ان عين الخمر حرام (وان قلت) ومن الناس من انكر حرمة عينها وزعم السكر منها حرام وذلك باطل مخالف الكتاب والسنة والاجماع فكان انكار حرمة عينها كفرا

وهذا

وهذا لان الله تعالى سماه رجسا وهو اسم للحرام النجس عينا بلا شبهة ولم يشترط ابو يوسف ومحمد القذف بالزبد وهو قول مالك والشافعى هو الاظهر لان الالذة المطربة والقوة المسكرة تحصو بالاشتداد وهو المؤثر فى ايقاع العداوة والصد عن ذكر الله والقذف بالزبد صفاء لا تأثير له فى السكر ولابى حنيفة ان الغليان بداية الشدة وقذف الزبد كمالها اذ به يتميز الصافى عن الكدر واحكام الخمر قطعية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع فيناط بالكمال وقيل يؤخذ فى حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا فينبغى ان يؤخذ فى الحد والتكفير بقذف الزبد احتياطا (كالطلاء) اى كما حرم الطلاء (وهو) بكسر الاول (ماء عنب طبخ فذهب اقل من ثلثيه) كذا فى الهداية وفى المحيط الطلاء اسم للمثلث وهو ماء عنب طبخ حتى يذهب ثلثاه وبقى ثلثه وصار مسكرا وفى الصحاح مثل ما فى المحيط لكن من غير ذكر الاسكار ويدخل فى تفسير المصنف وهو ما طبخ من ماء العنب حتى يذهب نصفه الا ان يقال مراد المصنف ما ذهب اقل من ثلثيه واكثر من نصفه فلايدخل لكن المراد لايدفع الايراد ثم كل ذلك عندنا حرام اذا غلا واشتد وقذف بالزبد وان لم يقذف فهو على الخلاف لانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به كالخمر واما البازق الذاهب ما دون النصف فاظهر الروايتين عن ابى حنيفة انه بمنزلة المنصف فى حكم البيع والحد وعنه فى رواية اخرى انه الحق ذلك بالخمر فى انه لايجوز بيعه كذا فى المبسوط (وغلظا) اى الخمر والطلاء (نجاسة) اى من جهة النجاسة (وحرم نقيع التمر اى السكر) بفتحتين (ونقيع الزبيب نيئين) تثنية النىء (اذا غلا) كل واحد منهما (واشتد) وعند ابى حنيفة واذا قذف بالزبد وقال شريك بن عبد الله السكر حلال لقوله تعالى (ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا) ذكر فى موضع المنة وهى لا تتحقق بالمحرم فاوجب اباحته ولنا اجماع الصحابة على حرمة ذلك وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين والنص محمول على ما قبل التحريم فيكون منسوخا وهو مذهب الشعبى والنخعى وفى مصنف ابن ابى شيبة عن ابراهيم قال قال عبد الله السكر

(كالطلاء) وهو فى الاصل ما يطلى به من القطران وغيره ويقال لكل ما خثر من الاشربة طلاء على التشبيه والمراد ههنا (ماء عنب طبخ ادنى طبخة فذهب اقل من ثلثيه) ويسمى الباذق وقال الاوزاعى هو مباح وهو قول بعض اصحاب الظواهر وبعض المعتزلة (وغلظا) اى الخمر والطلاء (نجاسة) كالبول والدم (وحرم نقيع التمر اى السكر) وهو بفتحتين فى الاصل مصدر سكر من الشراب والمراد ههنا النىء من ماء الرطب اذا صار مسكرا وقال الشريك بن عبد الله هو حرام (و) حرم (نقيع الزبيب) نقيع الزبيب ما القيته فى الخابية ليبتل ويخرج منها الحلاوة واسم الشراب نقيع (نيئين) حال كون السكر ونقيع الزبيب نيئين (اذا غلت) اى الطلاء ونقيع الزبيب (واشتدت) وقذفت بالزبد هذا عند ابى حنيفة رح وعندهما رح يكفى الاشتداد كما فى الخمر

خمر وفيه عن سعيد بن جبير عن ابن عمر انه سئل عن السكر فقال الخمر وقيل السكر نبيذ وهو عصير العنب والزبيب والتمر اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه ثم ترك حتى اشتد وهو حلال عند ابى حنيفة الى حد السكر ويحتج بهذه الآية ويحمل السكر المذكور فى الآية على هذا وعن الشيخ ابى منصور الماتريدى معناه تتخذون من الحلال الخالص ما هو حرام كقوله تعالى (قل ارايتم ما انزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا) واما نقيع الزبيب فحرام عندنا خلافا للاوزاعى (وحرمة الخمر اقوى) لانها قطعية (فيكفر مستحلها فقط) اى ولا يكفر مستحل واحد من الثلاثة الاخر لان حرمتها اجتهادية ويحد شاربها ولو قطرة ولا يحد شارب واحد من الثلاثة الاخر حتى يسكر (وحل المثلث العنبى) وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه (مشتدا) لانه لغلظه لا يحصل بشرب قليله الفساد ولا يدعو قليله الى كثيره بخلاف الخمر قال البخارى ورأى عمر وابو عبيدة ومعاذ شرب الطلاء على الثلث وروى النسائى شربه عن ابى موسى وقال ابو داود وسألت احمد عن شرب الطلاء اذا ذهب ثلثاه وبقى ثلثه فقال لا بأس به قلت انهم يقولون انه يسكر قال لو كان يسكر لما احله عمر ففى المبسوط عن داود بن ابى هند قال قلت لسعيد بن المسيب الطلاء الذى كان يأمر عمر باتخاذه الناس ويستقيهم منه كيف كان قال يطبخ العصير حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه وقال الاوزاعى المنصف والبازق مباح وهو قول بعض اصحاب الظواهر وبعض المعتزلة (و) حل (نبيذ التمر والزبيب مطبوخا ادنى طبخة) بان طبخ حتى نضج (وان اشتد اذا شرب ما لم يسكر بلا نية لهو وطرب) بل بنية تقوى لما روينا ان رجلا شرب نبيذا من تمر فسكر فضربه الحد فقال انما شربت من قربتك فقال له عمر انما جلدناك لسكرك وان رجلا شرب من اداوة على نبيذا بصفين فسكر فضربه الحد ثمانين ولما فى آثار محمد بن الحسن اخبرنا ابو حنيفة عن سليمان الشيبانى عن ابن زياد انه افطر عند عبد الله بن عمر فسقاه شرابا فكانه اخذ منه فلما اصبح غدا اليه فقال ما هذا الشراب ما كدت اهتدى الى منزلى فقال ابن عمر ما زدناك على عجوة وزبيب ولقول على رضى الله عنه طاف النبى صلى الله عليه وسلم بين الصفا والمروة

(وحرمة الخمر اقوى) من حرمة هذه الثلثة لان حرمة الخمر قطعية ثبتت بالكتاب والسنة والاجماع وحرمة هذه الثلثة بضرب من الاجتهاد حتى جاز بيعها وضمن متلفها عند ابى حنيفة رح ولا يكفر مستحلها بخلاف الخمر (فيكفر مستحلها اى مستحل الخمر فقط (كما) ذكرنا (وحل المثلث العنبى) وان غلى وصار مشتدا وهو الذى ذهب ثلثاه بالطبخ وبقى ثلثه ثم غلى واشتد وقذف بالزبد وكذا ان صب فيه الماء حتى يرق بعد ما ذهب ثلثاه ثم طبخ ادنى طبخة ويترك الى ان يغلى ويشتد ويقذف بالزبد وهذا عند ابى حنيفة رح وابى يوسف رح وقال محمد ومالك رح والشافعى رح قليله وكثيره حرام (و) سئل ابو حفص الكبير عنه فقال لا يحل شربه فقيل خالفت ابا حنيفة وابا يوسف رح فقال لا لانهما يحلان للاستمراء والناس فى زماننا يشربون للفجور واللهى فعلم ان الخلاف فيما اذا قصد به التقوى فاما اذا قصد به اللهى فلا يحل بالاتفاق وعن محمد رح مثل قولهما رح وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه فقال لا احرمه ولا ابيحه (وحل نبيذ التمر) النبيذ تمر نبذ فى جرة الماء او غيرها اى يلقى فيها حتى يغلى (و) حل نبيذ (الزبيب مطبوخا) كل واحد منهما (ادنى طبخة وان غلا واشتد اذا شرب ما) يغلب على ظنه انه (لم يسكر بلا نية لهو وطرب) وهذا عند ابى حنيفة ابى يوسف رحمهما الله تعالى

وعند محمد رح والشافعى رح حرام واما القدح الاخير المسكر فهو حرام بالاتفاق وكذا اذا قصد اللهى

والمروة اسبوعا استند الى حايط من حيطان مكة فقال هل من شربة فاتى بقصب من نبيذ فذاقه فقطب ورده اليه فقام رجل من آل حاطب فقال يا رسول الله هذا شراب اهل مكة قال فصب عليه الماء ثم شرب ثم قال حرمت الخمر بيعها والسكر من كل رواه العقيلى عن محمد بن الفرات واعله به ورواه ايضا عن عبد الرحمن بن بشير العطفانى عن على قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الاشربة عام حجة الوداع فقال حرم الله الخمر بيعها والسكر من كل شراب ثم قال وعبد الرحمن هذا مجهول فى الرواية والنسب وانما يروى عن ابن عباس من قوله ورواه النسائى موقوفا عليه من طرق (و) حل (الخليطان) وهو ان يجمع التمر والزبيب او الرطب والبسر ويطبخ ادنى طبخة ويترك ان يغلى ويشتد فان قيل اخرج مسلم عن ابى هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الزبيب والتمر والبسر والتمر وقال ينبذ كل واحد منهما على حدته اجيب بانه محمول على شدة العيش توسعة على الناس روى هذا محمد فى الآثار عن ابى حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال لا بأس بنبيذ خليط التمر والزبيب وانما كره لشدة العيش فى الزمن الاول كما كره السمن واللحم وكما كره الاقران واما اذا وسع الله على المسلمين فلا بأس به وحرمه مالك والشافعى لما قدمنا ولما فى الكتب الستة عن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه نهى ان ينبذ الزبيب والتمر جميعا ونهى ان ينبذ البسر والرطب جميعا وفيها ايضا سوى الترمذى عن عبد الله بن ابى قتادة عن ابيه ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن خليط الزبيب والتمر وعن خليط البسر والتمر وعن خليط الزهو والتمر وقال انتبذوا كل واحد على حدة وعن مسلم عن الخدرى قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نخلط بسرا بتمر او زبيبا بتمر او زبيبا ببسر وقال من شرب منكم النبيذ فليشربه زبيبا فردا او تمرا فردا اوبسرا فردا ولنا ما قدمنا وما فى كامل بن عدى عن ام سليم وابى طلحة انهما كانا يشتريان نبيذ الزبيب والبسر يخلطان فقيل له يا ابا طلحة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن هذا قال انما نهى عن العوز فى ذلك الزمان كما نهى عن الاقران وفى

(وحل الخليطان) وهو ان يجمع بين ماء التمر وماء الزبيب وطبخ ادنى طبخة ويترك الى ان يغلى واشتد وقال اصحاب الظواهر لا يحل شرب الخليطان

سنن ابى داود عن صفية بنت عطية قالت دخلت مع نسوة من عبد القيس على عائشة فسألناها عن التمر والزبيب فقالت كنت آخذ قبضة من زبيب فالقيه فى اناء فامرسه ثم اسقيه النبى صلى الله عليه وسلم (ونبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة) وسائر الحبوب (وان لم يطبخ بلا نية لهو وطرب) بل للتقوى لما روى مسلم وغيره ان النبى صلى الله عليه وسلم قال الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنب وفى لفظ الكرمة والنخلة والمراد بيان الحكم لان الخمر حقيقة فى ماء العنب ولم يشترط فى نبيذ العسل وما عطف عليه الطبخ لان قليله لا يدعو الى كثيره ثم حل ذلك قول ابى حنيفة وابى يوسف فلا يحد شاربه وان سكر منه ولا يقع طلاقه كالنائم وذاهب العقل بالبنج وبلبن الرماك هو بكسر جمع رمكة وهى الفرس الانثى وقال محمد وهو قول مالك والشافعى كل ما اسكر كثيره حرم قليله من اى نوع كان ويحد السكران منه ويقع طلاقه كما فى سائر الاشربة المحرمة والفتوى فى زماننا على قول محمد حتى يحد من سكر من الا نبذة المتخذة من الحبوب والعسل والتين واللبن لان الفساق يجتمعون عليها ويقصدون اللهو بشربها والسكر بها واما فى صحيح مسلم من قوله عليه السلام كل مسكر خمر وكل مسكر حرام وفيه وفى مسند احمد وصحيح ابن حبان كل مسكر خمر وكل خمر حرام ولما فى مسلم عن جابر ان رجلا قدم من اليمن فسأل النبى عليه السلام عن شراب يشربونه بارضهم من الذرة يقال لها المزر فقال النبى صلى الله عليه وسلم او مسكر هو قال نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل مسكر حرام ان على الله عهدا لمن يشرب المسكر ان يسقيه من طينة الخبال وفى الصحيحين عن عائشة قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع وهو نبيذ العسل فقال كل شراب اسكر فهو حرام وفى سنن ابى داود وابن ماجه والترمذى عن النعمان بن بشير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من الحنطة خمرا وان من الشعير خمرا ومن الزبيب خمرا ومن العسل خمرا وفى سنن النسائى وابن ماجه من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبى صلى الله عليه وسلم قال كل ما اسكر كثيره فقليله حرام وهكذا رواه الدار قطنى عن على مرفوعا وفى سنن ابى داود والترمذى عن عائشة انها سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول كل

(وحل نبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة وان لم يطبخ) عند ابى حنيفة رح وابى يوسف رح اذا شرب (بلا لهو وطرب) وفى النوادر عن محمد رح ان شرب النىء منه بعد ما اشتد لا يحل والشيخ الخسر وانى رح ذكر ان الفتوى على قول محمد رح ولا حد على من شرب مما يتخذ من العسل والبر والشعير والدرباو الفانيذ والسكر والتوت والكمثرى وغير ذلك سكر اولم يسكر كذا فى مبسوط شمس الائمة السرخسى وذكر فى الهداية ومبسوط شيخ الاسلام الاصح انه يحد وكذا المتخذ من الالبان اذا اشتد وقيل على قول ابى حنيفة رح لا يحل لبن الرمكة كلحمها والصحيح انه يحل لان كراهية لحمها لما فيه من قطع مادة الجهاد فلا يتعدى حكمه الى لبنه

مسكر

مسكر حرام وما اسكر الفرق منه فملؤ الكف منه حرام وفى لفظ الترمذى فالجرعة منه حرام ولما ذكر لابن المبارك حديث ابن مسعود رضى الله تعالى عنه فى كل مسكر وهى الشربة التى اسكرتك قال حديث باطل وفى المبسوط ولان المثلث بعد ما اشتد خمر لان الخمر انما سمى بهذا الاسم لمخامرته العقل وذلك موجود فى سائر الاشربة المسكرة وقد سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم خمرا ولو سماه احد من اهل اللغة خمرا لكان يستدل بقوله على اثبات هذا الاسم فاذا سماه صاحب الشرع وهو افصح العرب اولى وابو حنيفة وابو يوسف اوجبا الحد بالسكر من الاشربة المذكورة فى الصحيح عنهما لما روينا عن عمر وعلى ولقطع مادة مفاسدة لازمة للمسكر منها (و) حل (خل الخمر ولو بعلاج) من القاء خل او ملح فيها ليصير خلا لاطلاق ما اخرجه الجماعة الا البخارى من حديث جابر قال قال رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم نعم الادام الخل وقال مالك والشافعى لا يحل تخليل الخمر ولا اكل الحاصل منه لما اخرجه مسلم قال سئل النبى صلى الله عليه وسلم عن الخمر أتخذ خلا قال لا واخرج ايضا عن انس ان ابا طلحة سأل النبى عليه السلام عن ايتام ورثوا الخمر قال اهرقها قال افلا نجعلها خلا قال لا ولان الصحابة اهرقوها حين نزلت آية التحريم ولو جاز التخليل لنبه عليه السلام عليه كما نبه اهل الشاة الميتة على دباغ اهابها وفى مسند احمد عن ابن عمر قال امرنى صلى الله عليه وسلم ان آتيه بمدية فاتيته بها فخرج باصحابه الى اسواق المدينة وفيها زقاق الخمر نشق ما كان من ذلك الزقاق بحضرته ثم اعطانيها وامر اصحابه ان يمضوا معى ويعاونونى وامرنى ان آتى الاسواق كلها فلا اجد فيها زق خمر الا شققته ففعلت فلم اترك فى اسواقها زقا الا شققته واجاب الطحاوى بان ذلك محمول على التغليظ والتشديد بدليل انه ورد فى بعض طرقه الامر بكسر الدنان فيما روى الدارقطنى والطبرانى فى معجمه وبدليل ما روى احمد

(و) حل (خل الخمر ولو بعلاج) اى بالقاء شئ فيه كالملح والخل وقال الشافعى رح التخليل ان كان بالقاء شئ لا يحل قولا واحدا وان كان بغير القاء شئ كالنقل عن الظل الى الشمس او بايقاد النار بالقرب منه فله فيه قولان واذا صارت الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء تبعا للخل فاما اعلاه وهو الذى انقص منه الخمر قبل صيرورته خلا قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل اعلاه بالخل فتخلل من ساعة

فى مسنده عن ابن عمران النبى صلى الله عليه وسلم شق زقاق الخمر بيده
فى اسواق المدينة وهذا صريح فى الغليظ لان فيه اتلاف مال الغير اذ
قد كان يمكن اراقة الدنان والزقاق وتطهيرها ولكن قصد باتلافها التشديد
ليكون ابلغ فى الردع قلت ويؤيده ما رواه البيهقى كما تقدم عن احمد
وفيه فقال الناس ان فى هذا الزقاق منفعة يا رسول الله قال اجل ولكن انما
افعل ذلك غضبا لله لما فيه من سخطه وفى مسند ابى يعلى الموصلى عن جابر
بن عبد الله قال كان رجل يحمل الخمر من خيبر الى المدينة فيبيعها من
المسلمين فحمل منها بمال فقدم فلقيه رجل من المسلمين فقال ان الخمر قد
حرمت فوضعها حيث انتهى على تل وسجاها باكسية ثم اتى النبى صلى الله
عليه وسلم فقال يا رسول الله بلغنى ان الخمر قد حرمت قال اجل قال فهل لى
ان اردها على من ابتعتها منه قال لا قلت افاهديها الى من يكافئنى منها
قال لا قال فان فيها مالا ليتامى فى حجرى قال اذا اتانا مال البحرين فاوتنا
نعوض ايتامك من ما لهم ثم نادى بالمدينة فقال رجل يا رسول الله الاوعية
ينتفع بها قال فحلوا اوكيتها فانصبت حتى استقرت فى بطن الوادى ومن
ادلتنا ما فى سنن الدار قطنى عن فرج بن فضالة عن يحيى ابن سعيد عن
عمرة عن ام سلمة انها قالت كان لنا شاة نحتلبها فقصدها النبى صلى الله
عليه وسلم ما فعلت شاتكم قلنا ماتت قال افلا انتفعتم باهابها فقلنا انها ميتة
فقال صلى الله عليه وسلم ان دباغها يحل كما يحل خل الخمر الا انه قال تفرد
به فرج بن فضالة عن يحيى وهو ضعيف يروى عن يحيى بن سعيد احاديث
عدة لا يتابع عليها وفى المعرفة للبيهقى عن المغيرة بن زيادة عن ابى زبير
عن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال خير خلكم خل خمركم
ثم قال تفرد به المغيرة عن ابى الزبير وليس بالقوى قال وان صح فهو
محمول على ما اذا تخلل بنفسه وكذا ايضا حديث فرج بن فضالة قلت ولا
يخفى بعد هذا الحمل وفى المبسوط حجتنا ماروى انه عليه السلام قال ايما اهاب
دبغ فقد طهر كالخمر تخلل فتحل ولا يقال قد روى كالخمر تخلل اى تخلل فتحل لان
الروايتين كالخبرين فيعمل بهما ثم اذا صارت خلا يطهر ما يوازيها من الاناء
واما اعلاه وهو الذى انتقص منه الخمر فقيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه
تنجس باصابة الخمر ولم يوجد ما يوجب طهارته فبقى نجسا ولا تحل هذه

الاشربة الاربعة بالطبخ بعد اشتدادها لانه لاقى عينا حراما فلا يفيد الحل فيه كطبخ لحم الخنزير وهذا لانه ليس للشارب فيه تأثير فى اثبات الحل ولها تأثير فى ثبوت صفة الحرمة فيه ثم بيع غير الخمر من هذه الاشربة جائز عند ابى حنيفة ومضمونة بالاتلاف لانها شراب مختلف فى اباحة شربها بين العلماء فيجوز كالمثلث وهذا لانه ليس من ضرورة حرمة التناول حرمة البيع وقالا لايجوز بيعها كمالك والشافعى وهو الاظهر لان عينها محرم التناول فلا يجوز بيعها كالخمر (و) حل (الانتباذ فى الدباء) وهو القرع (والحنتم) وهو الجرة الخضراء (والمزفت) وهو الظرف المطلى بالزفت وكذا النقير وهو المنقور من الخشب لما روى الجماعة من حديث بريدة انى نهيتكم عن الظروف فان ظرفا لايحل شيئا ولايحرمه وكل مسكر حرام وفى رواية كنت نهيتكم عن الاشربة الا فى ظروف الادم فاشربوا فى كل وعاء غير ان لاتشربوا مسكرا وفى لفظ لمسلم كنت نهيتكم عن الظروف والظروف لاتحل شيئا ولاتحرمه وكل مسكر حرام وفى سنن ابى داود عن بريدة قال قال رسول الله صلى عليه وسلم نهيتكم عن ثلاث وانا آمركم بهن نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها فان زيارتها تذكرة ونهيتكم عن الاشربة ان تشربوا الا فى ظروف الادم فاشربوا فى كل وعاء غير ان لاتشربوا مسكرا ونهيتكم عن لحم الاضاحى ان لاتأكلوها بعد ثلاث فكلوا واستمتعوا بها فى اسفاركم (وحرم شرب دردى الخمر) لان فيه اجزاء الخمر فكان حراما ونجسا (والامتشاط به) لانه الانتفاع به والانتفاع بالنجس حرام ولايحد شاربه بلا سكر لان وجوب الحد للزجر والزجر انما يشرع فيما تميل الطباع اليه ولا تميل الطباع الى شرب الدردى بل تعافه وتنفر عنه فاشبه غير الخمر من الاشربة التى لاحد فيها الا بالسكر ويكره الاحتقان بالخمر والاقطار فى الاحليل لانه انتفاع بالجنس المحرم والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الذبايح

(حرم ذبيحة لم تذك) لقوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما اهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع الا ما ذكيتم) اى ادركتم ذبحها والمراد بالذبيحة ما من شأنها ان تذبح ليتناول حرمة ما ليس بمذبوح كالمتردية والنطيحة ونحوهما وحرمة عضو قطع من الحيوان وليخرج السمك والجراد (وذكوة الضرورة جرح اين كان من (وحل الانتباذ فى الدباء) وهو القرع (والحنتم) وهو الجرة الاخضر اوكل جرة وعن ابى عبيدة رحمه الله تعالى جرار حمر يحمل فيها الخمر الى المدينة الواحدة حنتمة (والمزفت) هو الوعاء المطلى بالزفت وهو القار (والنقير) وهذه الظروف كانت مختصة بالخمر فلما حرمت الخمر حرم النبى عليه الصلوة والسلام استعمال هذه الظروف فلما مضت مدة اباح النبى عليه الصلوة والسلام استعمالها (وحرم شرب دردى الخمر) لان فيه اجزاء الخمر ودردى كل شئ بمنزلة صافيه (والامتشاط به) فانه شئ تضعه بعض النساء لانه يزيد فى بريق الشعر وهو حرام لانه نوع انتفاع بالخمر والانتفاع بالخمر محرم شرعا من كل وجه (ولايحد شاربه) اى الدردى بلا سكر فان فى الخمر انما يحد بشرب القليل لان قليل الخمر يدعو الى كثيره ولا كذلك فى الدردى فان الطباع لاتميل الى شربه بل من يعتاد الخمر يراق الدردى فصار كغير الخمر من الاشربة ولاحد فيها الا بالسكر وقال الشافعى رحمه الله تعالى يحد بلا سكر

كتاب الذبايح

هى جمع ذبيحة وهى اسم لما يذبح كالذبح بالكسر واما الذبح بالفتح فمصدر ذبح اذا قطع الاوداج (حرم ذبيحة) اى مذبوحة (لم تذك) شرعا اى لم يذكر اسم الله تعالى عليها فالتذكية شرط لحل الذبيحة وهى كما يوجب حلها يوجب طهارتها وان لم تكن مأكول اللحم وما قيل اراد بالذبيحة حيوان من شأنه الذبح حتى يخرج السمك والجراد ويتناول حرمة ما ليس بمذبوح كالمتردية والنطيحة ونحوهما ليس بسديد لان المقصود بيان حرمة مذبوحة لم تذك شرعا واما مثل السمك والجراد فمعلوم انه لايذبح وخروج مثل المتردية والنطيحة لايضر اذ ليس الغرض من هذا الكلام بيان حكمها

البدن و) ذكوة (الاختيار ذبح بين الحلق واللبة) اى الصدر لما روى انه عليه السلام بعث مناديا ينادى فى مجامع منى الا ان الذكوة فى الحلق رواه الدار قطنى (وعروقه) اى عروق الذبح (الحلقوم) وهو مجرى النفس سواء كان الذبح فى وسطه اوفى اعلاه اوفى اسفله بعد ان يكون فيه حتى لو ذبح اعلى من الحلقوم او اسفل منه يحرم لانه ذبح فى غير المذبح ذكره فى الواقعات وفى بعض الفتاوى ما يخالف ذلك وهو انه سئل عن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم فقال يجوز اكلها سواء بقيت العقدة مما يلى الرأس اومما يلى الصدر (والمرى) بفتح الميم وكسر الراء وهو مجرى الطعام والشراب وهو رأس المعدة والكرش اللازم بالحلقوم (والودجان) وهما مجرى الدم وفى الهداية الحلقوم مجرى العلف والمرى مجرى النفس وهذا موافق لما فى مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده وهو المرى عرق احمر هو مجرى النفس ولما فى الكشاف الحلقوم مدخل الطعام والشراب والاول اصح قد ذكره القدورى فى شرح مختصر الكرخى ويؤيده قوله تعالى (فلولا اذا بلغت الحلقوم) ولما فى ديوان الادب وهو المرى الذى يدخل فيه الطعام والشراب ونحوه فى المغرب وانما كانت عروق الذبح هذه الاربعة لان قطع الودجين لانهار الدم والحلقوم والمرى للتعجيل عليه (وحل) الذبح (بقطع اى ثلاث منها) عند ابى حنيفة وهو قول ابى يوسف اولا ثم رجع الى انه لابد من قطع الحلقوم والمرى واحد الودجين وعن محمد انه لابد من قطع اكثر كل واحد من الاربعة وهو رواية عن ابى حنيفة لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره وقد ورد الامر بقطعه ولابى يوسف ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر ولابى حنيفة الاكثر يقام مقام الكل فى كثير من الاحكام ويحصل باى ثلاث منها انهار الدم كذا ذكروه وفيه ان اكثر الشىء يقوم مقام كله لا اكثر الاشياء وبهذا يتبين ان الاظهر قول محمد ثم المعتمد ان الذبح الاختيارى يتعين بين الحلقوم واللبة وهى المنحر تحت العقدة على ما صرح به فى ذبايح الذخيرة ان الذبح اذا وقع اعلى من الحلقوم لايحل وكذا فى فتاوى اهل سمرقند لانه ذبح فى غير المذبح والاصل فى ذلك قول عمر وابن عباس الذكوة فى الحلق واللبة رواه عبد الرزاق فى مصنفه وفى سنن الدار قطنى عن سعيد بن

(و) الزكوة على نوعين (ذكوة الضرورة) اى حال عدم القدرة (وهى جرح اين كان) اى فى اى موضع كان من البدن (و) ذكوة (الاختيار) اى حال القدرة فيعتبر فى محل مخصوص وهو ذبح (بين الحلق واللبة) وهى المنحر من الصدر (وعروقه) اى العروق التى تقطع فى الذبح اربعة (الحلقوم) هو مجرى النفس (والمرى) هو مجرى الطعام والشراب وهو رأس المعدة والكرش (والودجان) وهو عرقان فى العنق يجرى فيهما الدم وقال الشافعى رحمه الله تعالى ان قطع الحلقوم والمرى حل وان لم يقطع الودجان (وحل) المذبوح (بقطع اى ثلث منها) اى من هذه الاربعة عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وهو قول ابى يوسف رحمه الله تعالى اولا وعنه انه يشترط قطع الحلقوم وآخرين وعنه انه يشترط قطع الحلقوم والمرى واحد الودجين وعن محمد رحمه الله تعالى انه لابد من قطع الاكثر من كل واحد من هذه الامور الاربعة وعند مالك يشترط قطع الكل

سلام العطار حدثنا عبد الله بن بديل الخزاعى عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن ابى هريرة قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم بديل بن ورقاء الخزاعى على جمل اورق يصيح فى فجاج منى الا ان الذكوة فى الحلق واللبة ثم قال سعيد بن سلام يحدث بالبواطل متروك وقال فى التنقيح هذا اسناد ضعيف بالمرة وسعيد بن سلام اجمع الائمة على ترك الاحتجاج به وكذبه ابن نمير وقال البخارى يذكر بوضع الحديث اذا عرفت هذا (فلم يجز) الذبح (فوق العقدة) اى عقدة الحلقوم بان يكون الذبح بينهما وبين الرأس بل لابد ان يكون تحت العقدة بان يكون الذبح بينهما وبين اللبة لانه لم يحصل حينئذ قطع واحد من الحلقوم والمرى والاصحاب وان اشترطوا قطع الاكثر فلا بد عندهم من قطع الحلقوم او المرى وقال مالك لابد من قطع الاربع (وقيل يجوز) سواء بقيت مما يلى الرأس اومما يلى الصدر وشرط فى الذبح ان يكون حلالا خارج الحرم فى حق الصيد (وحل) الذبح (بكل ما فيه حدة) ولو كان ليطة بكسر اللام وهى قشر القصب اومروة وهى الحجر الحاد لما فى سنن ابى داود والنسائى عن عدى بن حاتم قلت يا رسول الله ارايت احدنا يصيب صيدا وليس معه سكين ايذبح بالمروة وشق العصا قال امرر الدم بما شئت واذكر اسم الله وفى رواية لمسلم افر الاوداج بما شئت واذكر اسم الله عليه وفى مصنف ابن ابى شيبة عن رافع بن خديج قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الذبح بالليطة قال كل ما افرى الاوداج الا سنا وظفرا وهذا معنى قوله (الا سنا وظفرا قائمتين) وقال الشافعى لايجوز بهما الذبح سواء كانتا قائمتين او غير قائمتين لما رواه الستة عن عباية بن رافع بن خديج عن جده انه قيل يا رسول الله انا نكون فى المفازى وليس معنا مدى افنذبح بالقصب قال ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل ليس الظفر والسن اما الظفر فمدى الحبشة واما السن فعظم اخبر جوه مختصرا ومطولا وفى رواية فكلوا ما لم يكن سنا اوظفرا وساحدثكم عن ذلك اما السن فعظم واما الظفر فمدى الحبشة قال ابن القطان فى كتابه هذا حديث برواية مسلم من حديث سفيان الثورى عن رافع بن خديج قال كنا الحديث وقال والشك فى قوله اما السن هل هو من كلام النبى صلى الله عليه وسلم اولا فقد رواه ابو داود عن ابى الاحوص عن سعيد بن مسروق والد سفيان عن عباية بن رفاعة

(فلم يجز) الذبح (فوق العقدة) لان الذبح حينئذ قد وقع اعلى من الحلقوم (وقيل يجوز) وهو بناء على ما ذكره فى الجامع الصغير لابأس بالذبح فى الحلق كله اوسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام الذكوة ما بين اللبة واللحيين وذكر فى الفوائد ان الامام الرستغفنى رحمه الله تعالى سئل عنه عما اذا ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلى الصدر وكان يجب ان يبقى مما يلى الرأس ايؤكل ام لا قال هذا قول العوام من الناس وليس هذا بمعتبر ويجوز اكلها سواء بقيت العقدة مما يلى الرأس اومما يلى الصدر (وحل الذبح بكل) ما قطع الاوداج وانهر الدم (ما فيه حدة) كالمروة وهى الحجر الذى فيه حدة والليطة وهى قشر القصب (الا) ان يكون ما فيه حدة (سنا اوظفرا قائمين) اما اذا كانا منزوعين يحل به الذبيحة عندنا لكن يكره هذا الذبح وقال الشافعى رحمه الله تعالى الذبيحة ميتة لقوله عليه الصلوة والسلام كل ما انهر الدم وافر الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ونحن نحمله على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك

بن رافع عن ابيه عن جده رافع بن خديج قال اتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقلت له يارسول الله انا نلقى العدو غدا وليس عندنا مدى افنذبح بالمروة وشقة العصا فقال عليه السلام ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سنا اوظفرا قال رافع ساحدثكم عن ذلك اما السن فعظم واما الظفر فمدى الحبشة قال فهذا كما ترى فيه بيان قوله اما السن من كلام رافع وليس فى حديث مسلم نص ان قوله اما السن من كلام النبى صلى الله عليه وسلم فبينه ابو الاحوص من قول رافع لانه محتمل فيه قال وليس لاحد ان يقول اخطأ ابو الاحوص الاكان لآخر ان يقول اخطأ مخالفه لانه ثقة كذا فى التخريج باختصار والحاصل انه عليه السلام لم يفصل بين القائم وغيره فدل على عدم جواز الذبح بهما مطلقا ولنا ما اخرج البخارى ايضا عن كعب بن مالك ان جارية لهم كانت ترعى بسلع فابصرت بشاة من غنمها موتا فكسرت حجرا فذبحتها فقال لاهله لاتأكلوا حتى آتى النبى صلى الله عليه وسلم فاساله اوحتى ارسل اليه فاتى النبى صلى الله عليه وسلم او بعث اليه فامر النبى صلى الله عليه وسلم باكلها واذا صلخ الحجر آلة للذبح لمعنى الجرح فكذا الظفر والسن المنزوعان بخلاف غير المنزوع فانه يوجب الموت بالثقل مع الحدة فتصير الذبيحة فى معنى المنخنقة نعم يكره الذبح بالمنزوع لمافيه من زيادة الضرر بالحيوان كما لو ذبح بشفرة كليلة وحديث هباية يحمل على القائمتين توفيقا بين الاحاديث ولان الحبشة يحددون اسنانهم ولا يقلمون اظفارهم ويقاتلون بالخدش والنهش (وكره النخع) وهو بنون ومعجمة فمهملة ان يبلغ بالسكين النخاع وهو بضم النون والكسر والفتح عرق ابيض فى جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب لما اخرجه الطبرانى والبيهقى عن ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الذبيحة ان تفرس قبل ان تموت وفى غريب الحديث الفرس ان يذبح الشاة فتنخع وقيل معنى النخع ان يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن اضطرابه وكل ذلك مكروه لما فيه زيادة تعذيب الحيوان وقد نهينا عنه (و) كره (السلخ قبل ان تبرد وكل تعذيب بلا فائدة) كقطع الرأس وجر ما يريد ذبحه الى المذبح ثم الكراهة فى هذه لمعنى زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم بل يوجب التنزيه لما اخرجه

(وكره النخع) وهو ان يبلغ السكين الى النخاع وهو خيط ابيض فى جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والفتح والضم فيه لغة اى فى الكسر وقيل هو ان يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من اضطراب وكل ذلك مكروه لانه تعذيب الحيوان بلا ضرورة (و) كره (السلخ قبل ان يبرد) اى قبل ان يسكن عن الاضطراب (و) كره (كل تعذيب بلا فائدة) مثل قطع الرأس وجر ما يريد ذبحه برجله الى المذبح ومثل ذبح الشاة من قفائها فبقيت حية حتى قطع اكثر العروق وان ماتت قبل قطع اكثر العروق لايحل فالحاصل ان كل ما فيه زيادة الم لايحتاج اليه فى الذكوة مكروه

الجماعة عن شداد بن اوس ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ان الله كتب الاحسان على كل شىء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته وعلى فى الحديث بمعنى اللام وعلى مقدرة فيه اى كتب عليكم بمعنى اوجب واخرج الحاكم فى المستدرك وقال صحيح على شرط الشيخين عن ابن عباس ان رجلا اضجع شاتا يريد ان يذبحها وهو يحد شفرته فقال النبى صلى الله عليه وسلم اتريد ان تميتها موتتين هلا حددت شفرتك قبل ان تضجعها والشفرة السكين العظيم وفى سنن ابن ماجه عن ابن عمر قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر ان تحد الشفار وان توارى عن البهائم وقال اذا ذبح احدكم فليجهز اى ليسرع (وشرط كون الذابح مسلما) لقوله تعالى (الاماذكيتم) (اوكتابيا) ولو كان الكتابى حربيا لقوله تعالى (وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم) والمراد مذكاهم لاطلاق قوله تعالى (الا ما ذكيتم) لان مطلق الطعام غير المذكى يحل من اى كافر كان بالاجماع ويشترط ان لايذكر الكتابى عند الذبح غير الله حتى لوذكر المسيح اوعزيرا لايحل ذبيحته (و) ولو كان الذابح (امراة) لما تقدم (اومجنونا) اذ لايشترط التكليف بغير الاسلام فى حقه (اوصبيا يعقل) كما فى سائر افعاله من الصلوة والصوم ونحوهما من العبادات والمعاملات ويضبط الذبيحة والتسمية (او اقلف او اخرس) ولو كتابيا لاطلاق ماتلونا من قوله الا ما ذكيتم ايها المؤمنون ولان عذر المجنون والاخرس ابين من عذر الناسى فاقيمت الملة مقام التسمية فى حق الناسى ففى حق المجنون والاخرس اولى (لامن لا كتاب له) الا وشرط ان لايكون الذابح غير كتابى مجوسيا او وثنيا اما المجوسى فلما اخرجه عبد الرزاق وابن ابى شيبة فى مصنفيهما عن على ان النبى صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر يعرض عليهم الاسلام فمن اسلم قبل منه ومن لم يسلم ضرب عليه الجزية غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبايحهم ولانه لايدعى التوحيد فانعدمت منه الملة اعتقادا كما فى المسلم ودعوى كما فى الكتابى واما الوثنى فلانه مثل المجوسى فى عدم دعوى التوحيد (ولا مرتدا) لانه لاملة له اذ لايقر على ما انتقل اليه ولهذا لايجوز نكاحه بخلاف اليهودى اذا تنصر والنصرانى اذا تهود والمجوسى اذا تنصر اوتهود فانه يقر على ما انتقل اليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح

(وشرط) فى الذبح (كون الذابح) على ملة التوحيد اعتقادا اودعوى سواء كان (مسلما) فانه على ملة التوحيد اعتقادا (اوكتابيا) فانه يدعى التوحيد (ولو كان الكتابى حربيا) فيحل ذبيحة الكتابى الحربى والذمى والعربى والتغلبى لاطلاق قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم والمتولد من كتابى وغير كتابى يحل ذبيحته لان الولد يتبع خير الابوين دينا وفيما لايلحقه الذكوة كالسمك يستوى فيه الكتابى والمجوسى وغيرهما ثم انما يحل ذبيحة الكتابى اذا لم يذكر وقت الذبح اسم العزير واسم المسيح اما اذا ذكر ذلك فلا يحل كما لايحل ذبيحة المسلم اذا ذكر غير اسم الله تعالى (او امرأة اومجنونا) عقل ويضبط (اوصبيا يعقل) اى يعلم ان حل الذبيحة معلق بالتسمية ويعلم شرائط الذبح من فرى الاوداج ونحوه (ويضبط) اى يقدر على فرى الاوداج ونحوه ويحسن القيام به اما اذا كان المجنون اوالصبى بحيث لايعقل ولايضبط لايحل الذبح (او اقلف) اى الذى لم يختن (او اخرس) لانه يومى ايماء يعرف به التسمية (لا يصح ذبح (من لا كتاب له) كالوثنى لانه لايعتقد الملة والمجوسى لانه ليس له ملة التوحيد اعتقادا ولادعوى (ومرتد) لانه لاملة له لانه ترك ما كان عليه وما انتقل اليه لايقر عليه

ولو تمجس اليهودى او النصرانى لايحل زكوته لانه لايقر على ذلك ويشترط بالتسمية فى زكوة الاختيار ان يقصد انها للذبيحة ولو سمى ولم تحضره النية حلت لانه اتى بالتسمية وظاهر حاله انها للذبيحة فتقع عنها ولو سمى لابتداء الفعل كسائر الافعال لايحل الذبيحة ويشترطان يسمى حالة الذبح لقوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف) وهذه الحالة حالة النحر وحالة الذبح اختها فيكون مثل هذا الحكم لها وان يذبح عقيب التسمية قبل ان يتبدل المجلس فلو سمى واشتغل بعمل آخر من كلام قليل اوشرب ماء او اكل لقمة او تحديد شفرة ثم ذبح تحل الذبيحة وان كان بعمل كثير لاتحل لان فى ايقاع الذبح متصلا بالتسمية بحيث لايتخلل بينهما شئ حرجا فاقيم المجلس مقام الاتصال ولا يؤكل ذبيحة المحرم الصيد لان فعله فيه غير مشروع وذبيحة غير الصيد يؤكل لان فعله مشروع وما ذبح من الصيد فى الحرم حرام ولو ذبحه حلال لانه منهى عنه فلا يكون مشروعا وكذا يحرم لو صيد خارج الحرم ثم ادخل فيه فذبح خلافا للشافعى (و) لا (تارك التسمية عمدا) مسلما كان اوكتابيا وقال الشافعى رحمه الله يحل متروك التسمية عمدا لانها عنده سنة ولما رواه الدار قطنى عن مروان ابن سالم عن الاوزاعى عن يحى بن ابى كثير عن ابى سلمة عن ابى هريرة قال سأل رجل النبى صلى الله عليه وسلم الرجل منا يذبح وينسى ان يسمى الله قال اسم الله على قلب كل مسلم وفى لفظ على فم كل مسلم قلنا مروان بن سالم ضعيف ضعفه الدار قطنى وابن قطان وابن عدى واحمد والنسائى على مافى المحيط فاما ما رواه ابو داود فى المراسيل عن عبد الله بن داود عن ثور بن يزيد عن الصلت عن النبى صلى الله عليه وسلم قال ذبيحة المسلم حلال ذكر اسم الله اولم يذكر فقد قال ابن قطان فيه مع الارسال ان الصلت السدوسى لايعرف له حاله ولا يعرف بغير هذا الحديث ولاروى عنه غير ثور بن يزيد ولنا اطلاق قوله تعالى (ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق) اى وان الذى لم يذكر اسم الله عليه حرام لان الفسق هو الخروج عن الطاعة وان مطلق النهى يقتضى التحريم وما اخرجه اصحاب الكتاب الستة عن عدى بن حاتم قال قلت يا رسول الله انى ارسل كلبى واجد معه كلبا آخر لاادرى ايهما اخذه قال لاتأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على الكلب الاخر ووجه الدلالة على انه علل الحرمة بترك التسمية عمدا

(وان

التسمية صح) لان النسيان مرفوع الحكم عن الامة بقوله عليه السلام عن امتى الخطاء والنسيان ولان فى اعتباره حرجا لان الانسان كثير النسيان والحرج مرفوع فى الشرع وفى المسئلة خلاف مالك مستدلا بظاهر قوله عليه السلام لعدى اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه وقوله عليه السلام ايضا اذا ارسلت كلبك وسميت فاخذ فقتل فكل اذلافصل فتقييد الحرمة بحالة العمد زيادة على النص فيجرى مجرى النسخ وقد سبق الجواب عنه ووقت التسمية فى غير الصيد عند الذبح لقوله تعالى (فاذكروا اسم الله عليها صواف وهى حالة النحر وفى الصيد عند الرمى اوارسال الجارح لان التكليف بحسب الوسع وفى الخلاصة ولو ذبح ولم يظهر الهاء فى بسم الله ان قصد ذكر اسم الله يحل ولو ذبح المنخنقة او الموقوذة وهى المضروبة بنحو خشب او حجر او المتردية التى تردى من علو اوفى بئر او النطيحة التى نطحتها اخرى او التى شق الذئب ببطنها وفيها حيوة خفيفة حلت فى ظاهر الرواية ويحل ذبيحة علم حيوتها قبل الذبح وان لم تتحرك ولم يخرج منها دم لان سبق الحياة قرينة على ان الموت حصل بالذكوة وان لم يعلم بسبق حياتها بلا بد من وجود احدهما وهو الحركة اوخروج الدم ليعلم بقاء الحيوة عند الذكوة وحرم الدم المسفوح لقوله تعالى (اودما مسفوحا) وكره ان ياكل من الشاة الحياة وهو الرحم والخصية والغدة والمثانة وهو موضع البول والمرارة وهى التى فيها المرة لما فى سنن البيهقى وغيره انه عليه السلام كان يكره من الشاة اذا ذبحت سبعا الدم والمرارة والذكر والانثيين والحياة والغدة والمثانة (و) حرم المذبوح (ان عطف على اسم الله غيره) موصولا به على سبيل الشركة (نحو باسم الله واسم فلان) اوبسم الله وفلان اوبسم الله وبمحمد لانه اهل به لغير الله لان العطف للتشريك بين المعطوف والمعطوف عليه ولا يعتبر بالاعراب لان كلام الناس اليوم لا يجرى عليه وفى النوازل سئل ابو نصر عن رجل ذبح شاة فقال بسم الله واسم فلان قال سمعت محمد بن سلمة قال سمعت ابراهيم بن يوسف يقول يصير ميتة وقال محمد بن نصر لا يصير ميتة اذ لو صارت ميتة لصار الرجل كافرا انتهى ولا يخفى انه لا ملازمة لان عدم التكفير انما هو لعدم اعتقاده الشركة والحكم بالميتة لصورة التشريك فرجع الحكم فى كل منهما الى الاحوط فى بابه (وكره ان وصل ولم يعطف نحو باسم الله اللهم تقبل من فلان) لان

ولا تارك التسمية عمدا او ان نسى التسمية صح) بعذر النسيان وقال الشافعى رحمه الله تعالى يصح فى الوجهين وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارساله البازى والكلب وعند الرمى وقول الشافعى رحمه الله تعالى مخالف للاجماع فان من كان قبله اجمعوا على الحرمة اذا ترك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف رحمه الله تعالى والمشايخ على ان متروك التسمية عامدا لا يسيغ فيه الاجتهاد ولو قضى القاضى بجواز بيعه لا ينفذ قضاءه لانه مخالف للاجماع (وحرم) المذبوح (ان عطف على اسم الله تعالى غيره نحو) ان يقول (بسم الله واسم فلان) او بسم الله وفلان اوبسم الله ومحمد رسول الله بجر محمد لانه اهل به لغير الله (وكره ان يذكر مع اسم الله شيئا غيره (ان وصل ولم يعطف نحو) ان يقول (بسم الله اللهم تقبل من فلان) اويقول بسم الله محمد رسول الله برفع محمد لان الشركة لم يوجد فلم يكن الذبح واقعا له ولكنه يكره لوجود الوصل صورة والقران ظاهرا وذلك متصور بصورة الحرام فيكره

الشركة لم توجد فلم يكن الذبح لغير الله فلا يحرم ولكن يكره لوجود القران فى الصورة فينزه لكمال الاحتياط وفى النوازل ولو قال بسم الله محمد رسول الله بالخفض لايحل وقال بعضهم هذا اذا كان يعرف النحو والاوجه ان لايعتبر الاعراب بل يحرم مطلقا بالعطف لان كلام الناس اليوم لايجرى عليه واما اذا قال بسم الله محمد رسول الله بالنصب او الرفع فيكره واذا قال بسم الله ومحمد رسول الله بالجر فيحرم المذبوح لانه اهل به لغير الله وقد قال الله تعالى وما اهل لغير الله به ولقول ابن مسعود جردوا التسمية (وحل ان فصل صورة ومعنى كالدعاء قبل الاضجاع و) الدعاء قبل (التسمية) اوبعد الذبح لعدم القران اصلا بان يقول اللهم تقبل من فلان كماروى انه عليه السلام كان اذا اراد ان يذبح اضحيته قال اللهم هذا منك ولك ان صلوتى ونسكى الى وانا من المسلمين بسم الله والله اكبر واخرج الحاكم فى المستدرك وقال حديث صحيح عن ابى رافع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا ضحى اشترى كبشين املحين اقرنين فاذا خطب وصلى ذبح احد الكبشين بنفسه بالمدية ثم يقول هذا عن امتى جميعا ممن شهد لك بالتوحيد وشهد لى بالبلاغ ثم اتى بالاخر فذبحه وقال اللهم هذا عن محمد وآل محمد ثم يطعمهما المساكين ويأكل هو واهله منهما فمكثنا سنين وقد كفانا الله العزم والمؤنة ليس احد من بنى هاشم يضحى والكبش الاملح هو الاغبر الذى فيه بياض وسواد ثم الشرط هو الذكر الخالص حتى لوقال عند الذبح اللهم اغفر لى واكتفى به لاتحل الذبيحة لانه دعاء ولو قال سبحان الله والحمد لله يريد به التسمية حلت وذكر الحلوانى انه يستحب ان يقول بسم الله الله اكبر لان ذكر الواو يقطع فور التسمية يعنى فورها اولى، واما فى الهداية لقول ابن مسعود جردوا التسمية فالمعروف عنه جردوا القرآن (وندب نحر الابل) وهو قطع العروق فى اسفل العنق عند الصدر لانه فيها ايسر لان العروق مجتمعة فى المنحر (وكره ذبحها) لانه خلاف السنة وانما حل لحصول المقصود وهو تسييل الدم والتعجيل (وفى البقر والغنم عكسه) فندب ذبحهما لان الذبح فيهما ايسر وكره نحرهما لانه خلاف السنة لانه صلى الله عليه وسلم نحر الابل وذبح البقر والغنم وقد قال الله تعالى (فصل لربك وانحر) اى الجزور وقال (ان

(وحل) المذبوح (ان فصل) عن اسم الله (صورة ومعنى كالدعاء قبل الاضجاع والتسمية) لانه عليه الصلوة والسلام كان يقول بعد الذبح اللهم تقبل هذه من امة محمد عليه السلام ممن شهد لك بالوحدانية ولى بالبلاغ فهذه ثلث مسائل احدها ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة والثانية ان يذكر موصولا لاعلى وجه العطف والثالثة ان يذكر مفصولا وذكر الامام التمر تاشى رحمه الله تعالى ان ذكر اسم الله واسم الرسول موصولا بغير واو فهذا على ثلثة اوجه اما ان ينصب محمدا او يخفضه او يرفعه وفى كلها يحل الذبيحة لان اسم الرسول عليه الصلوة والسلام غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدأ لكن يكره لوجود الوصل صورة وان ذكر مع الواو فان خفضه لايحل لانه يصير ذابحا بهما وان رفعه يحل لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه وعلى هذا القياس لو سمى اسما اخر مع اسم الله تعالى (وندب نحو الابل) النحر قطع العروق فى اسفل عنقه عند الصدر وانما ندب النحر لان موضع النحر من البعير لالحم عليه وماسوى ذلك من حلقه عليه لحم غليظ والعروق مجتمع فى المنحر فكان النحر فى الابل سهل (وكره ذبحها) الذبح قطع العروق فى اعلى العنق تحت اللحيين وانما كره لمخالفة السنة (وفى البقر والغنم عكسه) اى ندب ذبحهما لانه ايسر لاجتماع العروق فى المذبح وعند مالك رحمه الله تعالى ان ذبح الابل اونحر البقر والغنم لايحل

الله

الله بامر كم ان تذبحوا بقرة) وقال الله تعالى (وفديناه بذبح عظيم) اى مذبوح وهو كبش سمين وكذا كره المذبوح من الفقهاء وبه قال الشافعى وحكم مالك بحرمة العكس لما سبق وذبح الفقا لمخالفة المشروع وصار كالجرح فى غير محل الذبح ولنا ماروينا من قوله عليه السلام ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوه ولان المقصود تسييل الدم وهو حاصل (وكفى الجرح فى نعم توحش اوسقط فى بئر ولم يمكن ذبحه) ولا نحره وقال مالك لايحل بذكوة الا ضطرار فى الوجهين لان ذلك نادر ولا عبرة للنادر فى الاحكام قلنا اذا وقع لابد من اعتباره كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم ان لها اوابد كاوابد الوحش فاذا غلبكم منها شئ فافعلوا به هكذا قاله فى بعير ند فرماه رجل بسهم (لا فى صيد مستأنس) لان ذكوة الاضطرار انما يصار اليها عند العجزعن ذكوة الاختيار والعجز متحقق فى الاول دون الثانى (ولا يحل) اى ويحرم (جنين ميت وجد فى بطن امه) سواء اشعر اولم يشعر وهذا عندابى حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو قول ابراهيم والحكم بن عيينة لقوله والمنخنقة ولقوله عليه السلام لعدى بن حاتم اذا وقعت رميتك فى الماء فلا تاكل فانك لاتدرى ان الماء قتل اوسهمك فقد حرم الاكل عند وقوع الشك فى سبب زهوق الروح وذلك موجود فى الجنين فانه لايدرى انه مات بذبح الام او باختناس نفسه وقال ابو يوسف ومحمد اذاتم خلقه حل وبه قال الشافعى لما اخرجه ابوداود وابن ماجه والترمذى وقال حديث حسن عن ابى سعيد الخدرى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ذكوة الجنين ذكوة امه وهذا لفظ الترمذى ولفظ ابى داود وقال قلنا يا رسول الله ننحر الناقة وندبح البقرة اوالشاة وفى بطنها الجنين انلقيه ام نا كله فقال كلوه ان شئتم فان زكوته من زكوة امه ورواه الدار قطنى فى سننه من حديث ابن مسعود وابن عباس وزاد اشعر اولم يشعر واسنده الحاكم فى المستدرك باللفظ الاول من حديث ابن عمر وابى ايوب وابى هريرة واسند البزار من حديث ابى امامة وابى الدرداء واجيب بان معنى الحديث كذكوة امه والتشبيه بهذا الطريق كثير ومنه قوله تعالى (وجنة عرضها السموات والارض) ويدل على هذا انه رؤى ذكوة امه بالنصب اى يذكى ذكوة مثل ذكوة امه والتحقيق ان هذا التأويل انما يصح فى الرواية بالنصب اذا كان المنزوع حرف الكاف كقوله تعالى [وهى تمر السحاب] ويحتمل الباء ايضا لكن

(وكفى الجرح) والعقر (فى نعم توحش) ولم يمكن ذبحه لانه لم يقدر الاعلى ذكوة الاضطرار (او) نعم سقط فى البئر) ووقع العجز عن ذكوة الاختيار (ولم يمكن ذبحه) وقال مالك رحمه الله تعالى لايحل بذكوة الاضطرار فى الوجهين (لا) يحل الجرح (فى صيد استأنس) لانه يقدر على زكوة الاختيار فلايحل بذكوة الاضطرار (ولا يحل جنين ميت وجد فى بطن امه) حتى لو نحر ناقة اوذبح بقرة فخرج من بطنها جنين ميت لم يؤكل الجنين عند ابيحنيفة رحمه الله تعالى وزفر رحمه الله تعالى والحسن بن زياد اشعر اولم يشعر وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى ومحمد رحمه الله تعالى والشافعى رحمه الله تعالى ان تم خلقه اكل وان لم يتم خلقه لم يؤكل وفى النوازل رجل له شاة حاملة فاراد ان يذبحها ان تقاربت الولادة يكره ذبحها لان فيه تضييعا لما فى بطنها من غير فائدة وهذا التفريع انما يتأتى على قول ابيحنيفة رحمه الله تعالى وفيه ايضا الجنين اذا خرج حيا ولم يكن من الوقت ما يقدر على ذبحه فمات يؤكل وهذا التفريع على قول ابى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى

(ولايحل ذوناب) الناب من الاسنان ما يلى الرباعيات (وذو مخلب) وهو للطير كالظفر للانسان (من سبع اوطير) قالوا المراد بالناب والمخلب ما هو سلاح منهما بان يصيد بهما فذوناب من السباع الاسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والكلب والسنور البرى والاهلى وذو مخلب من الطيور الصقر والبازى والنسر والعقاب والشاهين (ولايحل الحشرات) هى صغار دواب الارض مماليس له دم سائل وقيل هى الفارة واليرابيع والضباب فالمؤثر فى الحرمة الايذاء وهو تارة يكون بالناب وتارة يكون بالمخلب او الخبث وهو قد يكون خلقة كما فى الحشرات والهوام وقد يكون بعارض كما فى الجلالة ومعنى التحريم كرامة بنى ادم كيلا يعدو شىء من هذه الصفات الذميمة اليهم بالاكل لما ان للغذاء من الاثر فى ذلك قال عليه الصلوة والسلام لاترضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدو (ولا) يحل اكل لحم (الحمر الاهلية والبغل) وكان بشر المرسى رحمه الله تعالى ومالك رحمه الله تعالى يبيحان اكل الحمار الاهلى (ولا) يحل اكل لحم (الخيل عند ابى حنيفة) رحمه الله تعالى ومالك رحمه الله تعالى وعند ابى يوسف رحمه الله تعالى ومحمد رحمه الله تعالى والشافعى رحمه الله تعالى لاباس باكله لحديث جابر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله تعالى عليه وآله وسلم نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الاهلية واذن فى الخيل ولان سؤره طاهر على الاطلاق وبوله كبول ما يوكل لحمه فدل انه مأكول اللحم كالانعام وله قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة الاية سيقت لبيان المنة وقد من علينا بالركوب ولم يبين الاكل ولو كان مأكولا لكان اولى ببيان منفعة الاكل لانه اعظم وجوه المنافع لان فيه بقاء النفوس ولايليق بالحكيم العدول عن بيان اعظم المنافع الى بيان الادنى عند اظهار المنة وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس فعلى هذا يكون المراد بما نقل عن ابى حنيفة رحمه الله تعالى انه يكره لحم الخيل الكراهة التحريمية واليه مال صاحب الحصر والهداية وقيل الكراهة عنده كراهة تنزيهية لان كراهته لمعنى الكرامة لئلا يحصل باباحته تقليل آلة الجهاد ولهذا كان سؤره طاهرا فى ظاهر الرواية وهو الصحيح وروى الحسن رحمه الله تعالى عن ابى حنيفة رحمه الله تعالى الكراهية فى سؤره كما فى لبنه وقيل لابأس بلبنه لانه ليس فى شربه تقليل آلة الجهاد

ان جعلناه الكاف لم يحل الجنين وان جعلناه الباء يحل ومتى اجتمع الموجب للحل والموجب للحرمة يغلب الموجب للحرمة وعلل ابراهيم النخعى فقال ذكوة نفس لاتكون ذكوة نفسين وبسط الكلام عليه فى المبسوط وزيد فى كلام ابى حنيفة ان الله حرم الميتة وشرط الذكوة بقوله (الا ما ذكيتم) فيحرم الجنين الميت بنص الكتاب وما روى لا يعارض الدليل القطعى فى فصل الخطاب وفيه انه عليه السلام مبين للكلام فان قيل لو لم يحل اكله بذكوة امه لما حل ذبح امه لان فى ذبحها اضاعته وقد نهى النبى عليه السلام عن اضاعة المال اجيب بان موته ليس بمتيقن بل يرجى ادراكه حيا فيذبح فلا يحرم ذبح امه ويكره ذبح الحامل المقرب وهى التى قربت ولادتها لان فى ذلك ترك الجزم (ولايحل ذوناب اوذو مخلب من سبع) بيان لذى ناب (اوطير) بيان لذى مخلب لما اخرجه احمد ومسلم وابو داود وابن ماجه وغيرهم عن ابن عباس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اكل كل ذى ناب من السباع وعن اكل كل ذى مخلب من الطير والفقرة الاولى اخرجها الجماعة عن ابى ثعلبة وفى رواية لمسلم كل ذى ناب من السباع حرام والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد فى العادة فذو الناب من السباع الاسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والسنور البرى والاهلى وذو المخلب من الطير الصقر والبازى والنسر والعقاب والشاهين والمؤثر فى الحرمة الايذاء وهو طورا يكون بالناب وطورا يكون بالمخلب او الخبث وهو قد يكون خلقة كما فى الخنزير وقد يكون عارضا كما فى الجلالة ومعنى التحريم تكريم بنى آدم لئلا يتعدى شىء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل (ولا يحل الحشرات) والهوام والزنابير واليربوع والقنفذ وغيرها لانها من الخبائث وقال الله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث) ولان الطباع السليمة يستخبثها (ولا الحمير الاهلية ولا البغال) اتفاقا (ولا) يحل (الخيل عند ابى حنيفة) اى يكره اكل لحمه لما اخرجه ابوداود والنسائى وابن ماجه عن خالد بن الوليد قال نهى صلى الله عليه وسلم عن لحوم الخيل والبغال والحمير هذا لفظ ابن ماجه واما لفظ ابى داود قال غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاتت اليهود فشكوا ان الناس قد اسرعوا الى حظائرهم فقال لايحل اموال المعاهدين الا بحقها وحرام عليكم الحمير الاهلية وخيلها وبغالها وكل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير

الطير ورواه الواقدى فى المغازى مثل ابى داود ثم قال ثبت عندنا ان خالدا لم يشهد خيبر واسلم قبل الفتح هو وعمرو بن العاص وعثمان بن ابى طلحة اول يوم من صفر سنة ثمان وقال ابو يوسف ومحمد لا بأس باكل الخيل لما اخرجه البخارى فى غزوة خيبر ومسلم فى الذبايح عن جابر بن عبدالله قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر الاهلية واذن فى لحوم الخيل وفى لفظ البخارى ورخص فى لحوم الخيل وعورض بحديث خالد واجيب بان حديث جابر صحيح وحديث خالد فيه كلام ولحم الخيل مكروه تحريما فى رواية عن ابى حنيفة فان قوله فى الجامع الصغير اكره لحم الخيل يدل على ان كراهته تحريم لما روى ان ابا يوسف قال لابى حنيفة اذا قلت فى شىء اكرهه فما رأيك فيه قال التحريم وفى ظاهر الرواية مكروه تنزيها وبه قالا وهو الصحيح لما قدمناه ولما فى الصحيح عن اسماء بنت ابى بكر قالت نحرنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فرسا فاكلناه وفى رواية اكلنا لحم فرس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكره ولقول جابر بن عبدالله انهم ذبحوا يوم خيبر الحمير والبغال والخيل فنهاهم النبى صلى الله عليه وسلم عن الحمير والبغال ولم ينههم عن الخيل رواه الحاكم فى المستدرك وقال صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه واما ما احتج فى المبسوط وغيره بقوله تعالى (الخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة) فقال قدم الله على عباده بما جعل اليهم من منفعة الركوب والزينة فى الخيل ولو كان مأكولا لكان الاولى بيان منفعة الاكل لانها اعظم المنافع وبه بقاء النفوس ولا يليق بذكر الحكيم ترك عظيم وجوه المنفعة وذكر مادون ذلك فى مقام المنة الا ترى انه تعالى فى الانعام ذكر الاكل بقوله (ومنها تأكلون) انتهى فلا دليل فيه اذ لا يلزم من تعليل الفعل بما يقصد منه غالبا ان لا يقصد غيره اصلا ويدل عليه ان الاية مكية وعامة المفسرين والمحدثين على ان الحمر الاهلية حرمت يوم خيبر (ولا الضبع) وهو قول سعيد بن المسيب والثورى لانه ذو ناب ولما فى سنن الترمذى عن ابن جزء قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اكل الضبع فقال اويأكل الضبع احد فيه خير رواه ابن ماجه ولفظه من يأكل الضبع وحل عند الشافعى واحمد واسحاق لما فى سنن الترمذى وابن ماجه والنسائى عن عبدالرحمن ابن ابى عمار قال سألت جابرا عن الضبع اصيدها قال نعم قلت آكلها قال نعم قلت اشىء سمعته من

(ولا يحل الضبع) لانه من السباع وقال الشافعى رحمه الله تعالى يؤكل الضبع

رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم ورواه الحاكم فى مستدركه عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الضبع صيد فاذا اصابه المحرم ففيه كبش مسن ويؤكل وقال حديث حسن ولم يخرجاه وقال مالك يكره اكلها والمكروه عنده ما اثم باكله ولا يقطع بتحريمه (ولا اليربوع) لانه من الحشرات وفيه خلاف الشافعى واحمد ولنا ماروى احمد واسحاق بن رهوايه وابو يعلى الموصلى عن عبدالله بن يزيد السعدى قال سألت سعيد بن المسيب ان ناسا من قومى يأكلون الضبع فقال ان اكلها لايحل وكان عنده شيخ ابيض الرأس واللحية فقال ذلك الشيخ يا عبدالله الا اخبرك بما سمعت ابا الدرداء يقول فيه قلت نعم قال سمعت ابا الدرداء يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اكل كل ذى خطفة ونهبة ومجثمة وكل ذى ناب من السباع فقال سعيد صدق والمجثمة بتشديد المثلثة المفتوحة كل حيوان ينصب ويرمى ليقتل الا انما يكثر فى الطير والارنب واشباه ذلك يجثم الارض يلزمها ويلزق بها وجثوم الطير بمنزلة بروك الابل (ولايحل الغراب الذى يأكل الجيف) لانه باكلها صار كسباع الطير واما غراب الزرع فحلال كما سيأتى (ولا) يحل (حيوان مائى) لقوله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث) وماسوى السمك خبيث فقد اخرج ابو داود والنسائى عن عبد الرحمن بن عثمان القرشى ان طبيبا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضفدع يجعلها فى الدواء فنهى عن قتلها ورواه احمد واسحاق وابو داود الطيالسى فى مسانيدهم والحاكم فى مستدركه وقال صحيح الاسناد قال المنذرى فيه دليل على تحريم اكل الضفدع لان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن قتله والنهى عن قتل الحيوان اما لحرمة كالادمى واما لتحريم اكله كالصرد والضفدع ليس بمحرم فكان النهى منصرفا الى اكله (سوى سمك لم يطف) من طفا يطفو اذا علا وفى الجامع الصغير ان وجد السمك ميتا على وجه الماء وبطنه من فوق لم يؤكل لانه طاف وان كان ظهره من فوق اكل لانه ليس بطاف اى لم يعل على الماء قيد به لان السمك الطافى يكره اكله عندنا لما اخرجه ابو داود وابن ماجه من حديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما القاه البحر اوجزر عنه فكلوه ومامات فيه وطفا فلاتاكلوه وهوحجة على مالك والشافعى فى اباحتهما الطافى وجزر بجيم فزاى فراء انكشف وفى رواية فحسر وهو بمعناه وروى ابن ابى شيبة وعبد الرزاق

(واليربوع) وهو حلال عند الشافعى رحمه الله تعالى (والغراب) الابقع (الذى يأكل الجيف) هى جمع جيفة وهى جسة الميتة المنتنة (ولايحل حيوان مائى) وقال الشافعى رحمه الله تعالى ومالك رحمه الله تعالى يؤكل جميع حيوانات البحر واستثنى بعضهم الكلب والخنزير والانسان (سوى سمك لم يطف) واما الطافى الذى يموت فى الماء فهو حرام وقال مالك رحمه الله تعالى والشافعى رحمه الله تعالى لاباس باكله والاصل فى السمك عندنا ان مامات منه بسبب فهو حلال كالمأخوذ منه ومامات منه بغير سبب لايحل كالطافى فان ضرب سمكة فقطع بعضها يحل اكل ما ابين منه وما بقى لان موته بسبب وكذا ان وجد فى بطنها سمكة لان ضيق المكان سبب لموتها وكذا ان قتلها شىء من طير الماء اوغيره وكذا ان ماتت فى جب ماء اوجمعها فى حظرة لايستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فخنق فيها لان ضيق المكان سبب لموتها واذا ماتت فى الشبكة وهى لايقدر على التخليص منها او اكل شيئا القى فى الماء ليأكله فماتت منه اوربطها فى الماء فماتت او انجمد الماء فبقيت بين الجمد وماتت يؤكل وان ماتت لحر الماء اولبرده يؤكل فى رواية لوجود السبب لموتها وفى رواية اخرى لايؤكل لان الماء لايقتل السمك

(وحل الجراد وانواع السمك) كالجريث والمار ما هى بلا ذكوة وقال مالك رحمه الله تعالى لا يحل الجراد الا ان يقطع الاخذ رأسه او يشويه

فى مصنفيهما كراهة اكل الطافى عن جابر بن عبدالله وعن ابن عباس وابن المسيب وابى الشعثاء والنخعى وطاوس والزهرى (وحل الجراد) اى اجماعا (وانواع السمك) اى من الجريث والمار ماهى ونحوهما ماعدا الطافى فانه مكروه عندنا (بلا ذكوة) لما اخرجه الشافعى واحمد وابن ماجه فى كتاب الاطعمة من حديث ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال واطلق مالك والشافعى فى حل حيوان البحر وقيل عند الشافعى ان اكل مثله فى البر حل والا فلا كالكلب والحمار وفى الخنزير البحرى قولان فى مذهب مالك لهما على اطلاق الحل قوله تعالى (احل لكم صيد البحر وطعامه متاعا) من غير فصل وقوله عليه السلام هو الطهور ماؤه والحل ميتته وما فى الصحيحين عن جابر قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وامر علينا ابا عبيدة نتلقى عير القريش وزودنا جرابا من تمر لم يجد لنا غيره فكان ابو عبيدة يعطينا تمرة تمرة فكنا نمصها كما يمص الصغير ثم نشرب عليه من الماء فتكفينا الى الليل وكنا نضرب بعصينا الخبط ثم نبله بالماء فنأكله قال فانطلقنا على ساحل البحر فالقى لنا البحر دابة يقال لها العنبر قال ابو عبيدة ميتة ثم قال لا بل نحن رسل رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى سبيل الله وقد اضطررتم فكلوا قال فاقمنا عليه شهرا ونحن ثلاثمائة حتى سمنا ولقد كنا نغترف الدهن من وقب عينيه بالقلال واخذ ابو عبيدة ثلاثة رجال فاقعدهم فى وقب عينه واخذ ضلعا من اضلاعه فاقامه ثم رحل اعظم بعير معنا فمر من تحتها وتزودنا من لحمه وشائق فلما قدمنا المدينة اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرنا ذلك له فقال هو رزق اخرجه الله لكم فهل معكم من لحمه شئ فتطعمونا قال فارسلنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاكله والوشائق جمع الوشق وهى اللحم يغلى اغلاء ثم يقدد ويحمل فى الاسفار وهو ابقى قديد يكون ولنا ما قدمنا من الحديث المفصل وان المراد طعام البحر المالح المقدر من السمك بلا ذكوة كالجراد لما فى مصنف عبد الرزاق اخبرنا سفيان الثورى عن جعفر بن محمد عن ابيه عن على قال الحيتان والجراد ذكى كله واخرج عن عمر الحوت ذكى كله والجراد ذكى كله وعن ابى هاشم الايلى عن زيد بن اسلم عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كل دابة من دواب البر والبحر ليس لها دم ينعقد

فليس لها ذكوة وعن احمد فى الجراد اذا قتله البر لم يؤكل وملخص مذهب مالك ان قطع رأسه حل والا فلا (و) حل (غراب الزرع) لانه يأكل الحب دون الجيف وليس من سباع الطير (والعقعق) بفتح العينين (معها) اى مع الذكوة وهذا عند ابى حنيفة لانه يأكل الحب والجيف فاشبه الدجاج وقال ابو يوسف يكره لان غالب ماكوله النجاسة ويحرم الضب والثعلب خلافا لمالك والشافعى فيهما اما الضب فلما فى الصحيحين عن خالد بن الوليد انه دخل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم على ميمونة وهى خالته فوجد عندها ضبا محنوذا فاهوى رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده الى الضب فقالت امرأة من النسوة الحضور اخبروا رسول الله صلى الله عليه وسلم بما قدمت له فقالوا هو الضب يا رسول الله احرام هو قال لا ولكن لم يكن بارض قومى فاجدنى اعافه قال خالد واجتررته فاكلته ورسول الله صلى الله عليه وسلم ينظر ولم ينهنى وفيهما ايضا عن ابن عمر قال كان ناس من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيهم سعد فذهبوا ياكلون من لحم فنادتهم امرأة من بعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لحم ضب فامسكوا فقال عليه السلام كلوا واطعموا فانه حلال لاباس به ولكنه ليس من طعامى واما الثعلب فكانه ملحق بالضبع عندهما ولنا اطلاق ما روينا فى اول الفصل من ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل كل ذى ناب من السبع وما فى سنن ابى داود عن عبد الرحمن بن شبل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل لحم الضب (وحل الارنب) عندنا وسائر الائمة لما فى البخارى عن انس بن مالك قال انفجنا ارنبا ونحن بمر الظهران فسعى القوم فتعبوا فادركتها فاخذتها فاتيت بها الى ابى طلحة فذبحها وبعث بوركيها اوقال بفخذيها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقبلها قلت واكل منها وفى سنن النسائى عن ابى هريرة قال جاء اعرابى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بارنب قد شواها فوضعها بين يديه فامسك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يأكل وامر القوم ان يأكلوا وزاد فى لفظ انى لو اشتهيتها اكلتها ولحم الفرس مكروه عند ابى حنيفة وكراهته كراهة تحريم لانه للجهاد آلة وفى اكله قلتها وقالا مباح كسائر الائمة وفى فتاوى قاضيخان ان لبنه يكره كلحمه وفى شرح الكنز لبن الرمكة حلال بالاجماع ويحرم شرب لبن الاتن لان اللبن يتولد من اللحم فصار مثله ويحرم شرب بول الابل وهذا عند ابى حنيفة وعند ابى يوسف يجوز للتداوى

(وحل غراب الزرع) لانه يلتقط الحب وليس من سباع الطير (والعقعق) قال ابو يوسف رحمه الله تعالى سالت ابا حنيفة رحمه الله تعالى عن العقعق فقال لا بأس به فقلت انه يأكل الجيف فقال انه يختلط اى تارة ياكل الجيف وتارة ياكل الحب فصار كالطير وقال ابو يوسف يكره اكله لان غالب اكله الجيف (وحل اكل الارنب معها) اى مع الزكوة لانه ليس من السباع ولا من آكلة الجيف فصار كالظبى

وعند محمد يباح مطلقا وبه قال مالك ويحرم اكل لحم الابل والبقر الجلالة لانها تتغير وكذا شرب لبنها لانه يتولد من لحمها وفى المنتقى الجلالة هى التى تغيرت وانتنت فوجد منها رايحة خبيثة واما الدجاجة المخلاة فلايحرم اكلها لانها لا تتغير كذا ذكره بعضهم فان حبست الجلالة فى مكان وعلف حلت وكان ابو حنيفة لا يوقت لحبسها ويقول تحبس حتى تطيب ويذهب نتنها وهو قولهما كذا فى التتمة وقيل يقدر فى الابل اربعين وفى البقر عشرين وفى الشاة بعشرة ايام وفى الدجاجة بثلاثة ايام ولو وقع ما نثر من السكر والدراهم فى حجر رجل فاخذه غيره حل له لانه مباح والمباح لمن سبق يده اليه الا ان يكون الاول قد تهيأله او ضمه الى نفسه لانه بذلك يملكه ثم التهيئة هل هى جائزة فعن محمد جازت اذا كان اذن فيها صاحبها فقد صح انه عليه السلام نحر يوم النهب خمسة بقرة وقال من شاء فليقطع ويحرم اكل التراب والطين لورود النهى ولانه يورث الاصفرار ووجع المثانة وسن للنساء خضاب اليد والرجل ويحرم على الرجال وكذا يحرم ان يخضب ايدى الصبيان وارجلهم ولا بأس بخضاب الرأس واللحية بالحناء والوسمة للرجال والنساء لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ان احسن ما غير تم به الشيب الحناء والكتم رواه ابن ماجه وان اردت تفصيل المحرمات والمباحات من الحيوانات فعليك بكتابنا المسمى ببهجة الانسان فى مهجة الحيوان والله المستعان فى كل مكان وزمان والله تعالى اعلم بالصواب.

كتاب الاضحية

(هى) لغة ما يضحى به وشرعا (شاة) تذبح يوم الاضحى (من فرد) اى شخص واحد (وبقرة او بعير منه) اى فرد (الى سبعة) والقياس ان لا يجوز الاعن فرد لان الاراقة واحدة وهى القربة الا انا تركناه لما اخرجه الجماعة الا البخارى عن جابر قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة وانما قال الى سبعة لان كلامنهما يجوز عن ستة واقل لانه اذا جاز عن سبعة فيما دونها اولى ولا يجوز عن ثمانية اخذا بالقياس فيما لا نص فيه لكن اخرج الترمذى وقال حديث حسن غريب والنسائى واحمد وابن حبان فى صحيحه عن ابن عباس قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر فحضر الاضحى فاشتركنا فى البقر سبعة وفى

كتاب الاضحية

هى بضم الهمزة وكسرها اسم لما يذبح ايام النحر بنية القربة لله تعالى وجمعها الاضاحى ويقال ضحية وضحايا كهدية وهدايا واضحاة واضحى وبه يسمى يوم الاضحى واعلم ان القرب المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقة ونوع بطريق الاتلاف كالاعتاق وفى الاضحية اجتمع المعنيان فانها تقرب باراقة الدم وهو اتلاف ثم التصدق باللحم وهى تمليك (وهى واجبة) على كل حر مسلم مقيم موسر فى يوم الاضحى عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى ومحمد رحمه الله تعالى وزفر رحمه الله تعالى والحسن رحمه الله تعالى وابى يوسف رحمه الله تعالى فى رواية وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى فى الجوامع انها سنة وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى وذكر الطحاوى رحمه الله تعالى انها واجبة عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعند ابى يوسف رحمه الله تعالى سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشائخ رحمه الله تعالى هذا الاختلاف والاصح انها واجبة عند اصحابنا (ويجوز شاة من فرد وبقرة او بعير منه) اى من فرد (الى سبعة) افراد

الجزور عشرة (ان لم يكن لفرد) منهم (اقل من سبع) قيد به لانه لو كان لاحدهم اقل من سبع لا يجوز عن الكل لانعدام القربة فى البعض (ويقسم اللحم) بينهم (وزنا) لانه موزون عرفا (لا جزافا) اذ لا يتحقق التساوى ويدخل فيه شائبة الربا (الا اذا ضم معه من اكارعه اوجلده) ليكون فى كل جانب شىء من اللحم وشىء من الاكارع او يكون فى كل جانب شىء من اللحم وبعض الجلد او يكون فى جانب لحم واكارع وفى آخر لحم وجلد وانما يجوز اذا كان كذلك صرفا لكل جنس الى خلافه (وصح اشتراك ستة فى بقرة مشرية لاضحية) بان اشترى شخص بقرة يريدان يضحى بها عن نفسه ثم اشترك فيها معه ستة وقال زفر لا يصح وهو القياس لان اعدادها للقربة يمنع عن بيعها تمولا ووجه الاستحسان انه قد يجد بقرة يشتريها ولا يجد شركاء وقت الشراء فكانت الحاجة ماسة الى ذلك دفعا للحرج (وذا) اى الاشتراك (قبل الشراء احب) ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع فى القربة وعن ابى حنيفة انه يكره الاشتراك بعد الشراء واعلم ان الاضحية واجبة عندنا على كل حر مسلم مقيم موسر فجر يوم النحر وتلويه وقالا سنة فى رواية كمالك والشافعى لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم من رأى هلال ذى الحجة منكم واراد ان يضحى فليمسك عن شعره واظفاره رواه الجماعة الا البخارى والتعليق بالارادة ينا فى الوجوب ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث هن على فرايض وهى لكم تطوع الوتر والنحر وصلوة الاضحى رواه احمد فى مسنده والحاكم فى مستدركه وسكت عنه ولنا اطلاق قوله تعالى (وانحر) اى الاضحية والامر للوجوب وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان له سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا رواه احمد وابن ابى شيبة والحاكم وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وما فى السنن الاربعة عن ابن عون عن ابى رملة حدثنا علف ابن سليم قال كنا وقوفا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرفات قال يا ايها الناس على كل اهل بيت فى كل عام اضحاة وعتيرة اتدرون ما العتيرة وهى التى يقول الناس انها رجبية انتهى والعتيرة منسوخة فالاضحية باقية على وجوبها فيذبح عن نفسه شاة او سبع بدنة ولا يذبح عن طفل الفقير فى ظاهر الرواية ولا يجب عن طفله الغنى من ماله فى اصح ما يفتى به كما فى شرح الوافى قال بعض مشايخنا على الاب او الوصى ان يذبح من ماله

(ان لم يكن لفرد اقل من سبع) وان كان نصيب احدهم دون السبع لا يجوز عن الكل حتى لو مات رجل وترك ابنا وامرأة وبقرة فضحيا بها لم يجز لان نصيب المرأة الثمن وقال مالك يجوز البدنة عن اهل بيت واحد سبعة كانوا او اكثر ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل من سبعة (و) اذا جاز الاضحية على الشركة (يقسم) الشركاء (اللحم وزنا) لانه موزون (لا جزافا) فان فى القسمة معنى التمليك فيحتمل الربوا (الا اذا ضم معه) اى مع اللحم شىء (من اكارعه اوجلده) ففى كل جانب شىء من اللحم وشىء من الاكارع او يكون فى كل جانب شىء من اللحم وبعض الجلد او يكون فى جانب لحم واكارع وفى آخر لحم وجلد وانما يجوز جزافا صرفا للجنس الى خلاف الجنس (وصح اشتراك ستة فى بقرة مشرية للاضحية) وهذا استحسان وفى القياس لا يجوز وهو رواية عن ابى حنيفة رحمه الله تعالى وهو قول زفر رحمه الله تعالى لانه اعدها للقربة فلا يجوز له ان يبيع شيئا منها بعد ذلك والاشتراك تمليك بعض الاضحية من آخر ببدل وهو بيع ولنا انه لو اشتركهم معه فى الابتداء بان اشتروا جملة جاز فكذا اذا اشتركهم بعد الشراء قبل اتمام المقصود وهذا لان الانسان قد يحتاج الى هذا فانه قد يجد بقرة سمينة ولا يظفر بالشركاء وقت البيع فيشتريها ثم يطلب الشركاء فيها بعد ذلك (وذا) اى الاشتراك قبل الشراء (احب) لبعده عن الاختلاف وعن صورة الرجوع فى القربة وعن ابى حنيفة رحمه الله تعالى انه يكره الاشتراك بعد الشراء (ولا يجب على اب عن طفله) فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابى حنيفة رحمه الله تعالى انه يجب عن ولده الصغير

عند ابى حنيفة وهذا معنى قوله (ويضحى الاب او الوصى من مال طفل غنى) وفى الهداية انه الاصح (فيأكل الطفل منه وما يبقى يبدل بما ينتفع بعينه) كالخف والثوب لا بما ينتفع باستهلاكه كالخبز ونحوه (واول وقتها بعد صلوة العيد ان ذبح فى مصر) لما رواه البخارى من حديث انس انه عليه السلام قال من ذبح قبل الصلوة فليعد ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه وما اخرجه الشيخان عن البراء بن عازب قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اول مايبدأ فى يومنا هذا ان نصلى ثم نرجع فنحر فمن فعل ذلك فقد اصاب سنتنا ومن ذبح قبل فانما هو لحم قدمه لاهله ليس من النسك فى شئ وفى سنن ابى داود فقام ابو بردة بن نيار فقال يا رسول الله لقد نسكت قبل ان اخرج الى الصلوة وعرفت اليوم اكل وشرب فتعجلت واطعمت اهلى وجيرانى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تلك شاة لحم فقال ان عندى عناقا جذعة وهى خير من شاتى لحم فهل يجزى عنى فقال اذبحها ولم يصلح لغيرك كذا فى المواهب وفى الشمنى اخرج الشيخان عن البراء بن عازب قال ضحى خالى ابو بردة قبل الصلوة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تلك شاة لحم فقال يا رسول الله ان عندى جذعة من المعز فقال ضح بها ولا تصلح لغيرك من ضحى قبل الصلوة فانما ذبح لنفسه ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين (وبعد طلوع فجر يوم النحر ان ذبح فى غيره) اى فى غير مصره والمعتبر فى ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت فى السواد والمضحى فى المصر يجوز وقت الفجر ولو كانت فى المصر والمضحى فى السواد لا يجوز الا بعد الصلوة لانها تسقط بالهلاك قبل مضى ايام النحر كالزكوة تسقط بهلاك النصاب فيعتبر فيها مكان المحل وهو المال لامكان الفاعل كالزكوة بخلاف صدقة الفطر حيث يعتبر فيها مكان الفاعل لانها تتعلق به فى الذمة (وآخره قبيل غروب اليوم الثالث) من ايام النحر لما روى مالك فى الموطاء عن نافع عن ابن عمر انه كان يقول الاضحى يومان بعد يوم الاضحى وقال مالك بلغنى ان على ابن ابى طالب كان يقول مثل ذلك فان لم يصل الامام ذبح هو والناس بعد الزوال وعند الشافعى اذا مضى من الوقت مقدار مايصلى فيه صلوة العيد عادة جازت الاضحية بعد ذلك لانهم لو صلوا جازت التضحية فلا يتغير ذلك بتاخير الامام الصلوة كما لو زالت الشمس فاذا غربت لم يجز التضحية بعده وقال الشافعى رحمه الله تعالى يجوز فى

(ان يضحى الاب او الوصى من مال طفل غنى) عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وابى يوسف رحمه الله تعالى والاصح انه لا يجب كذا فى الكافى لانه ان كان المقصود الاتلاف فالاب لا يملكه فى مال ولده كالاعتاق وان كان المقصود التصدق باللحم بعد اراقة الدم فذلك تطوع ومال الصبى لا يقبل التطوع واذا ضحى الاب او الوصى من مال طفل غنى (فيأكل الطفل منه وما بقى منه يبدل بما ينتفع بعينه) كالثوب والخف لا بالدراهم ولا بما ينتفع به بالاستهلاك كالخبز ونحوه لان التبديل بالدراهم تمول وما ينتفع به بالاستهلاك فى حكم الدراهم فلا يجوز (واول وقتها) اى وقت الاضحية (بعد صلوة العيد) وعند مالك رحمه الله تعالى والشافعى رحمه الله تعالى لا يجوز بعد الصلوة قبل نحر الامام ان ذبح فى مصر فلا يجوز للمصرى الذبح حتى يصلى الامام العيد لعدم الشرط لا لعدم الوقت (ووقتها بعد طلوع فجر يوم النحر ان ذبح فى غيره) اى فى غير مصر فاهل السواد يذبحون بعد الفجر والمعتبر فى ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت الاضحية فى السواد والمضحى فى المصر يجوز كما انشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلوة فاذا اراد المصرى التعجيل يامر باخراج الاضحية الى خارج المصر فى موضع يباح للمسافر قصر الصلوة فيضحى كما انشق الفجر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا والقياس ان لا يجوز لان هذا قبل الصلوة من وجه وبعد الصلوة من وجه فلا يجوز بالشك احتياطا فى العبادات وجه الاستحسان ان الشرط هو الذبح على اثر صلوة معتبرة وقد وجد لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزاتهم ولو كان على العكس يجوز قياسا واستحسانا لان المسنون فى العيد الخروج الى الجبانة فاهل الجبانة اصلوا وقد صلوا (واخره) اى آخر وقتها (قبل غروب الشمس من اليوم الثالث) اليوم الرابع وهو آخر ايام التشريق

فلنا الواجب مراعاة الترتيب المنصوص وما بقى وقت الصلوة فمراعاة الترتيب ممكن بخلاف ما بعد الزوال فقد خرج وقت صلوة العيد بزوال الشمس فى هذا اليوم فلهذا يجوز التضحية بعده (واعتبر الآخر) اى آخر وقت النحر (للفقر وضده) الغنى (والولادة والموت) فان كان انسان غنيا فى آخره يجب عليه وان ولد فى اليوم الآخر وان مات فيه لا يجب كما اعتبر آخر وقت الصلوة فى حق الحيض والطهر وآخر وقت المسح على الخفين فى حق السفر والاقامة (وكره الذبح فى الليل) لاحتمال الغلط (ويقضى الناذر) اى يقضى لهذه الشاة اذا لم يضح حتى اذا مضت ايام النحر (و) يقضى (فقير شرى الاضحية) ولم يضح حتى مضت الايام (بتصدقها حية) الباء متعلق بيقضى (و) يقضى (الغنى) اذا مضت الايام (بتصدق قيمتها) سواء (شرى) الاضحية (اولا) وان تعيبت قبل اضجاعها للذبح وهى الغنى بدلها بغيرها لعدم اجزائها عنه بخلاف الفقير فانه ليس عليه اضحية وانما لزمته بالتزامه فى هذا المحل بعينه ولهذا لو هلكت لم يلزمه شئ (وضح الجذع من الضان) وهو عند الفقهاء ما تم له ستة اشهر (والثنى فصاعدا من غيره) لما اخرجه مسلم عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تذبحوا الا مسنة الا ان يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن (وهو) اى الثنى (ابن حول من الضان والمعز و) ابن (حولين من البقر و) ابن (خمس من الابل) ويدخل فى البقر الجاموس لانه من جنسه (ويذبح) فى الاضحية (الثولاء) وهى المجنونة (والجماء) وهى التى لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود (والخصى) لان لحمه اطيب ولما روى ابو داود وابن ماجه من حديث عائشة وابى هريرة وابى رافع وابى الدرداء ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ذبح يوم النحر كبشين اقرنين املحين موجوأين وروى وجيئين قال ابن المنذر اى منزوعى الانثيين قال ابو موسى الاصبهانى وقال الجوهرى الوجاء بالكسر والمد رض عرق الانثيين وقال ابن الاثير منهم من يرويه بغير همزة فيكون من وجيته وجيا (و) تذبح (الجرباء) ان كانت سمينة ولم ينلف جلدها لانه لا يخل بالمقصود (لا عجفاء) اى لا تذبح فى الاضحية عجفاء (و) لا (عرجاء) بحيث (لا تمشى الى المنسك) اى المذبح لما اخرجه اصحاب السنن الا الاربع ومالك فى الموطا من حديث البراء بن عازب قال قام فينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اربع

(و) اعتبر فى وجوب التضحية الآخر) اى آخر الوقت (للفقر وضده) اى اذا كان غنيا فى اول الايام وفقيرا فى آخرها لا يجب عليه وان كان على العكس يجب عليه (والولادة والموت) اى ان ولدت فى اليوم الآخر يجب عليه على تقدير الوجوب وان مات فيه لا يجب عليه (وكره الذبح فى الليل) لاحتمال الغلط لظلمة الليل فى المذبح او فى الشاة انها له او لغيره او ان يذبح شاة وفات منها بعض الشرائط (و) لو لم يضح حتى مضى ايام النحر (يقضى الناذر) الذى اوجب على نفسه تضحية شاة بعينها بان يكون فى ملكه شاة فيقول على ان اضحى بهذه الشاة او يقول لله على ان اضحى بهذه يجب ان يتصدق بها حية فان اوجب على نفسه تضحية شاة مطلقا ومضت ايامها يتصدق بقيمتها (وفقير شرى للاضحية) ومضى وقتها (يتصدق بها حية) لانها يجب على الفقير بالشراء بنية الاضحية فاذا مضى وقتها يجب عليه التصدق بعينها (وضح الجذع) وهو فى مذهب الفقهاء ما تمت له ستة اشهر (من الضان) وهو ما يكون له الية وذكر فى المبسوط اذا تمت له سبعة اشهر فهو جذع بعد ذلك قالوا هذا اذا كان عظيما بحيث لو اختلط بالثنايا اشتبه على الناظر من بعيد انه جذع او ثنى ولا خلاف فى الجذع من المعز لا يجوز (و) صح (الثنى فصاعدا من غيره وهو) اى الثنى (ابن حول) اى ما تم له سنة وطعن فى الثانية (من الضان والمعز و) ابن (حولين) اى ما تم له سنتان وطعن فى الثالثة من البقر ويدخل فيه الجاموس لانه نوع منه (و) ابن (خمس) اى الذى تم عليه خمس سنين وطعن فى السادسة (من الابل) قيل * الثنايا ابن حول وابن ضعف * وابن خمس من ذى ظلف وخف * (و) يجوز ان يذبح (الثولاء) اى المجنونة قيل هذا اذا كانت تعتلف اما اذا كانت لا تعتلف لا يجوز (والجماء) اى لا قرن لها خلقة وكذا مكسورة القرن بطريق الاولى (والخصى) وعند ابى حنيفة رحمه الله تعالى انه اولا لان لحمه طيب (لا) يجوز ان يذبح (عجفاء) لا تنقى اى ما يكون عجفها الى حد لا يكون فى عظامها نقى اى (و) لا (عرجاء) تبين عرجها بحيث مخ (لا تمشى الى المنسك)

(ولا ما ذهب اكثر من ثلث اذنها) اوعينها اواليتها او ذنبها) والاصل ان العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان قلما يخلو عنه فلم يمكن الاحتراز عنه وفى تقديره عن ابيحنيفة رح اربع روايات ففى ظاهر الرواية عنه الزائد على الثلث حتى لو كان الذاهب اكثر من الثلث لا يجوز وان كان الثلث او اقل من الثلث يجوز وهكذا روى هشام عن محمد رح وفى رواية بشر رح الثلث حتى لو كان الذاهب اقل من الثلث يجوز وان كان الذاهب الثلث لا يجوز وفى رواية ابن شجاع عن ابيحنيفة رح الربع وفى رواية الزائد على النصف وهو قولهما رح وانما يعرف ذهاب قدر النصف او الثلث من العين بان تشد العين المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رآه فى موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد العين الصحيحة ويقرب العلف اليها قليلا قليلا حتى اذا رآه من مكان اعلم على ذلك المكان ثم يقدر ما بين الرؤية الاولى والثانية من المسافة فان كانت المسافة بينهما الثلث فقد ذهب الثلث وبقى الثلثان وان كان النصف فقد ذهب النصف (وان اشترى سبعة بقرة) ليضحوا بها (ومات احد) السبعة قبل النحر (وقال ورثته) وهم كبار (اذبحوها عنه) اى عن الميت (وعنكم صح) استحسانا والقياس ان لا يصح وهو رواية عن ابى يوسف رح لان نصيب الميت صار ميراثا والتضحية تقرب بطريق الاتلاف فلا يصح من الوارث عن الميت كالاعتاق عن الميت واذا لم يجز فى نصيبه لم يجز عن الشركاء وجه الاستحسان ان الورثة يقومون مقام المورث بعد موته والتبرع من الوارث عن مورثه بالقرب المالية صحيح كالتصدق وانما لا يجوز الاعتاق لما فيه من الزام الولاء على الميت وهو ليس باهل الولاء وانما الشرط ان يكون قصد الكل القربة وان اختلف جهاتها (كبقرة) يذبح (عن اضحية ومتعة وقران) فانه يصح عندنا خلافا لزفر رح لاتحاد المقصود وهو القربة فان الورثة لما ذبحوها صار ذلك قربة ايضا فان تضحية المرء عن غيره مشروعة بصفة القربة ولو ذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة لعدم الاذن منهم فلم يقع الكل قربة لعدم التجزى (وان كان احدهم) اى احد الشركاء السبعة (كافرا اومريد اللحم لايصح) عن واحد منهم لان ذلك القدر لم يصر قربة لان الكافر ليس من اهلها وكذا ارادة اللحم ينافى القربة والاراقة لاتجزى قربة فيبطل الكل (ويأكل منها) وفى الذخيرة اذا نذر ذبح شاة لا ياكل منها الناذر ولو اكله فعليه قيمة ما اكل (ويوكل) ويطعم من شاء (ويهب من شاء) عن الاغنياء والفقراء

لا يجوز فى الضحايا العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعرجاء البين ظلعها والكسيرة التى لا تنقى بمثناة فوقية مضمومة فنون ساكنة ففاء مكسورة اى بلغ بها العجف الى حد لا يكون فى عظامها نقى اى مخ وقال مالك والترمذى عوض الكسيرة العجفاء (و) لا (ما ذهب اكثر من ثلث اذنها او عينها او اليتها او ذنبها) وهكذا عند ابى حنيفة ويروى عنه الربع والثلث وقال ابو يوسف ومحمد اذا بقى اكثر من النصف اجزأه اعتبارا للحقيقة وهو اختيار ابى الليث وفى كون النصف مانعا روايتان عنهما (وان مات احد سبعة) اشتركوا فى بقرة او بعير للاضحية (وقال ورثته اذبحوها عنه وعنكم صح) والقياس ان لا يصح وهو رواية عن ابى يوسف (كبقرة) اى كما يصح بقرة (عن اضحية ومتعة وقران) لاتحاد المقصود وهو القربة وان اختلف جهاتها (وان كان احدهم) اى احد السبعة (كافرا او مريد اللحم لا) اى لا يصح عن احد لان الكافر ليس من اهل القربة وقصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة لم يقع الكل اذ الاراقة لا تجزى فى حق القربة (ويأكل) المضحى (منها) اى من اضحيته (ويوكل) اى يطعم الاغنياء والفقراء (ويهب من يشاء) لما روى مسلم عن ابى سعيد الخدرى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا اهل المدينة لا تأكلوا لحم الاضاحى فوق ثلث فشكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لهم عيالا وحشما وخدما فقال كلوا واطعموا واحبسوا وادخروا وروى البخارى عن سلمة بن الاكوع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ضحى منكم فلا يصبحن بعد ثالثة وفى بيته منه شىء فلما كان العام المقبل قالوا يا رسول الله نفعل كما فعلنا عام الماضى قال كلوا واطعموا وادخروا فان ذلك العام

المقصود وهو القربة فان الورثة لما ذبحوها صار ذلك قربة ايضا فان تضحية المرء عن غيره مشروعة بصفة القربة ولو ذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة لعدم الاذن منهم فلم يقع الكل قربة لعدم التجزى (وان كان احدهم) اى احد الشركاء السبعة (كافرا اومريد اللحم لايصح) عن واحد منهم لان ذلك القدر لم يصر قربة لان الكافر ليس من اهلها وكذا ارادة اللحم ينافى القربة والاراقة لاتجزى قربة فيبطل الكل (ويأكل منها) وفى الذخيرة اذا نذر ذبح شاة لا ياكل منها الناذر ولو اكله فعليه قيمة ما اكل (ويوكل) ويطعم من شاء (ويهب من شاء) عن الاغنياء والفقراء

كان بالناس جهد فاردت ان تعينوا فيها ولانه لما جاز اكل المضحى منها وهو غنى جاز ان يؤكل الغنى (وندب التصدق بثلثها) لان الجهات ثلاثة الاكل والادخار والاطعام لما ذكرنا من الاحاديث فانقسمت الاضحية عليها اثلاثا والاطعام التصدق لما فى رواية تصدقوا بدل اطعموا ولقوله تعالى (واطعموا القانع والمعتر) والقانع السائل يقال قنع قنوعا كمنع اذا سأل وخضع وقنع قناعة كفرح اذا رضى بما عنده وبما يعطى من غير سؤال والمعتر المعترض بغير السؤال او المراد بالقانع الراضى وبالمعتر المعترض بالسؤال وهو الاظهر (و) ندب (تركه) التصدق (لذى) اى لصاحب (عيال توسعة عليهم) هذا كله فى الاضحية السنة والواجبة بغير النذر واما الواجبة بالنذر فليس لصاحبها ان يأكل شيئا منها ولاان يطعم الا غنياً سواء كان الناذر غنيا او فقيرا لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق ان يأكل من صدقته ولا ان يطعم منها غنيا (و) ندب للمضحى (الذبح بيده ان احسن) الذبح لانه قربة والاولى فى القربة التى تقبل النيابة ان يتولاها صاحبها بنفسه وقد نحر النبى عليه السلام ثلاثا وستين بدنة بيده الشريفة فى حجة الوداع عدد سنى عمره الكريم (والا) اى وان لم يحسن بيده (امر غيره) بذبحها وينبغى ان يشهدها بنفسه لما روى الحاكم فى مستدركه والبيهقى فى سننه والطبرانى فى معجمه عن عمران بن حصين ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة قومى الى اضحيتك فاشهديها فانه يغفر لك عند اول قطرة من دمها كل ذنب عملته وقولى (ان صلوتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا اول المسلمين) قال عمران قلت يا رسول الله هذا لك ولاهل بيتك خاصة ام للمسلمين عامة فقال بل للمسلمين عامة وفى المستدرك عن ابى سعيد الخدرى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لفاطمة قومى الى اضحيتك فاشهديها فان لك باول قطرة تقطر من دمها ان يغفر كل ما سلف من ذنوبك فقال فاطمة يا رسول الله هذا لنا اهل البيت خاصة او لنا وللمسلمين عامة قال لا بل للمسلمين (وكره ذبح كتابى) اضحية لان ذبحها قربة والكتابى ليس من اهلها لكن لو امره صاحبها فذبحها جاز

(وندب التصدق بثلثها) وان لا ينقص التصدق منه لان جهات الانتفاع ثلثة الاكل والادخار والاطعام (وندب تركه) اى التصدق (لذى عيال توسعة عليهم وندب الذبح بيده ان) كان (احسن الذبح) لان الاولى فى القربات ان يتولى بنفسه (والا) اى وان لم لم يحسن الذبح (امر غيره) ولكن ينبغى ان يشهدها بنفسه (و) لو امر المسلم كتابيا ان يذبح اضحية جاز لانه من اهل الذبح والقربة اقيمت بانابته وبنيته لكن (كره ذبح كتابى) لان فعله ليس بقربة

لانه

لانه من اهل الذكوة (ويتصدق بجلدها) لانه جزء منها (او يعمله آلة) يستعمل فى البيت كالنطع والجراب والغربال لان الانتفاع بها غير محرم ولانه يجوز الانتفاع باللحم فكذا بالجلد او يبدله (مما ينتفع به باقيا) لان للمبدل حكم المبدل قيد بقوله باقيا لانه لا يبدل بما ينتفع به مستهلكا كالخل والملح والا بازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه يصرف على قصد التمول (فان بيع) الجلد (بغير ذلك) اى غير ما ينتفع به باقيا (يتصدق بثمنه) لان القربة انتقلت الى بدله واللحم بمنزلة الجلد فى الصحيح واما ما رواه الحاكم وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه فى تفسير سورة الحج عن الاعرج عن ابى هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من باع جلد اضحية فلا اضحية له وكذا رواه البيهقى فى سننه فيفيد كراهة البيع لانه جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم (ولو غلط اثنان وذبح كل) منهما (شاة صاحبه صح) عنهما (بلا غرم) عليهما خلافا لزفر وهو القياس لانه ذبح شاة غيره بغير امره ويضمن كل منهما شاة الآخر عنده ووجه الاستحسان انها تعينت للاضحية والاذن حاصل دلالة لجرى العادة بالاستعانة بالغير فى امر الذبح واذا صح الذبح عنهما ياخذ كل منهما اضحيته ان كانت باقية ولا يضمن الآخر لانه بمنزلة وكيله ويحل كل منهما صاحبه ان كان كل منهما اكل ما ذبحه لان صاحبها لو اطعمه الكل جاز وان كان غنيا فكذا اذا حلله منه وان تشاحا كان لكل منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن لحم الاضحية فصار كما لو باع اضحية اللحم له (وصح التضحية بشاة الغصب) وضمن قيمتها ولم يصح عند زفر وهو قول الائمة الثلثة لانه حين ضحى بها لم يكن مالكها ولنا انه ملكها عند اداء الضمان مستندا الى الغصب السابق فكانت التضحية واردة على ملكه (لا الوديعة) اى لا تصح التضحية بشاة الوديعة لانها لا تصير ملكه الا بعد الذبح فكان التضحية فى غير ملكه (وضمنهما) اى شاة الغصب والوديعة لحصول التعدى منه بالذبح وضمانهما بالقيمة وكره الانتفاع بلبن الاضحية وجز صوفها قبل الذبح لانه اعد للقربة بجميع اجزائها فلاينبغى ان يصرف شيئا منها الى حاجة نفسه لانه فى معنى الرجوع عن الصدقة بخلاف ما بعد الذبح لان القربة اقيمت

(ويتصدق بجلدها) لانه جزءها (او يعمله آلة يستعمل فى البيت) نحو الجراب والغربال (او يبدله بما ينتفع به) فى البيت (باقيا) كالقدر والقصعة ولايبدله بما لا ينتفع به فى البيت الابعد استهلاكه كالخل والملح والمرق ونحوها (فان بيع الجلد بغير ذلك) كالدراهم والخل والملح مثلا يتصدق بثمنه لان معنى التمول سقط عن الاضحية فاذا تمولها بالبيع انتقل القربة الى بدله فوجب التصدق به (ولو غلط اثنان وذبح كل) واحد منهما (شاة صاحبه صح) عنهما وياخذ كل واحد منهما شاة مسلوخة عن صاحبه (بلا غرم) وضمان وهذا استحسان والقياس ان لا يصح ويضمن كل واحد منهما لصاحبه وهو قول زفر لان كل واحد ذبح شاة غيره بغير اذنه وجه الاستحسان ان كل واحد منهما كانه وكيل من الآخر فى الذبح دلالة (وصح التضحية بشاة الغصب) وعند زفر رح لاتصح لانه حين ضحى بها لم يكن مالكها ولنا انه ضمنها وملكها عند اداء الضمان مستندا الى زمان الغصب السابق فكانت التضحية واردة على ملكه (لا) تصح (بشاة الوديعة) لانه يضمنها ويصير غاصبا بالذبح فلم يثبت الملك الا بعد الذبح فكانت التضحية واردة على ملك الغير (فان قيل) بل يصير غاصبا بمقدمات الذبح كالاضجاع وشد الرجل فيكون غاصبا قبل الذبح قلنا قد يعرض الذبح فجاءة من غير اتيان بمقدمات الذبح كما اذا ذبحها قائمة مثلا فانه يصير غاصبا بالذبح (وضمنها) اى شاة الغصب والوديعة كما ذكرنا

بالذبح والانتفاع بعد اقامة القربة مطلقا كالاكل والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

كتاب الصيد

الصيد مصدر بمعنى الاصطياد ويطلق على المصيد تسمية للمفعول بالمصدر والاصطياد حلال فى غير الحرم ولغير المحرم والصيد يحل ان كان مأكولا لقوله تعالى (واذا حللتم فاصطادوا) والامر للاباحة وقوله تعالى (احل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) (يحل صيد كل ذى ناب و) ذى (مخلب) اى يحل الاصطياد بكل منهما لقوله تعالى (يسالونك ما ذا احل لهم قل احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما امسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه) فقوله وما علمتم عطف على الطيبات على ان ما موصولة اى وحل لكم صيد ما علمتم اوما شرطية وجوابها فكلوا والجوارح الكواسب من سباع البهايم والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازى والمكلب مؤدب الجوارح ومضريها لصاحبها ورايضها لذلك بما علم من الحيل وطرق التأديب واشتقاقه من الكلب لان ذلك اكثر ما يكون فى الكلاب او لان السبع يسمى كلبا واستثنى الخنزير فان الاصطياد به لا يجوز بالاجماع لنجاسة عينه (بشرط علمهما) اى علم ذى ناب وذى مخلب باخذ الصيد لقوله تعالى (وما علمتم) ولقوله عليه السلام لابى ثعلبة ما صدت بكلبك المعلم فذكرت اسم الله عليه فكل وما صدت بكلب الغير المعلم فادركت ذكاته فكل رواه احمد والبخارى (و) بشرط (جرحهما) فى اى موضع كان لتحقق الذكوة الاضطرارية ولتوافق اصل المعنى اللغوى من الجراحة فى الجوارح وان كان نقل الجرح الى معنى الكسب ومنه قوله تعالى (ويعلم ما جرحتم بالنهار) وعن ابى حنيفة وابى يوسف انه لا يشترط وهو قول الشعبى لاطلاق قوله تعالى (فكلوا مما امسكن عليكم) من غير قيد بالجرح وقيل هذا رجوع منهما الى تاويل الجوارح بالكواسب كما قال الله تعالى (ويعلم ما جرحتم بالنهار) اى كسبتم ولنا ان لها تأويلا آخر وهو ان يكون جارحا بنابه او بمخلبه ويمكن حمله عليها فيشترط ان يكون من الكواسب التى تجرح ليعمل بالجرح بيقين والاصل عند اهل

التأويل

كتاب الصيد

هو لغة الاصطياد وقد يسمى المصيد صيدا تسمية بالمصدر فيجمع افا على صيود والاصطياد مباح لغير المحرم فى غير الحرم وهو نوعان احدهما الاصطياد بالجوارح كالكلاب والفهود والصقور والبزاة والثانى الاصطياد بالرمى والصيد اسم لكل حيوان ممتنع متوحش طبعا لم يمكن اخذه الا بحيلة سواء كان ماكول اللحم او غير ماكول اللحم لما فى اصطياده من تحصيل منفعة جلده اودفع اذاه عن الناس (يحل) اكل (صيد كل ذى ناب) من الكلب ونحوه (وذى مخلب) من البازى وغيره وقدمر فى الذبائح معنى ذى ناب ومخلب والخنزير مستثنى من ذلك فلا يجوز به الاصطياد لانه نجس العين فكان الانتفاع به محرما وعن ابى يوسف رح انه استثنى الاسد والدب لانهما لا يتعلمان ولا يعملان لغيرهما اما الاسد فلعلو همته واما الدب فلخساسته والحق بعضهم الهرة بهما لخساسة (بشرط علمهما) قيل هذا الشرط مغن عن استثناء الاسد والدب لانهما لا يتعلمان كما ذكرنا (و) بشرط (جرحهما) فلابد من الجرح فى ظاهر الرواية ليتحقق الذكوة الاضطرارى وهو الجرح فى اى موضع كان من البدن وقد مر من قبل (وعن ابى يوسف رح انه لا يشترط الجرح

التأويل ان اللفظ اذا كان له تاويلات مختلفة وامكن الجمع بينها يقال بجميعها كما فى قوله تعالى (ان ابراهيم كان امة قانتا لله حنيفا) قيل فى تفسيره مسلما وقيل مخلصا وقيل خارجا فنقول بجميعها بخلاف المشترك ووجه الظاهر ايضا ان المقصود اخراج الدم المسفوح وهو بالجرح عادة واقيم الجرح مقامه كما فى الذكوة الاختيارية والرمى بالسهم ولانه لو لم يجرحه صار موقوذة وهى محرمة بالنص (و) بشرط (ارسال مسلم او كتابى) لان ذا الناب والمخلب بمنزلة آلة الذبح ولا يحصل بمجرد الآلة بل باستعمالها وذلك فيهما بالارسال والكتابى اهل للذكوة الاختيارية فيكون اهلا للاضطرارية بخلاف المجوسى والوثنى والمرتد (مسميا) اى حال كون المسلم او الكتابى مسميا عند الارسال فمتروك التسمية عامدا لا يحل وناسيا يحل لما بيناه فى الذبايح لقوله تعالى (واذكروا اسم الله عليه) ولقوله عليه السلام لعدى بن حاتم اذا ارسلت كلبك فاذكر اسم الله عليه فان امسك فادركته حيا فاذبحه وان ادركته قد قتل ولم ياكل منه فكله فان اخذ الكلب ذكاة رواه احمد والشيخان (على ممتنع) متعلق بارسال واحترز عن الارسال على غير الممتنع بقوايمه او بجناحيه فلو اخذ الكلب ونحوه صيدا قد قيد فى شبك او سقط فى بئر او اثخنه آخر لم يحل بمجرد جرحه اياه لانه خرج بهذه العوارض عن الامتناع (متوحش) احترز به عن المستانس (يؤكل) لان الكلام فيما يحل اكله بالصيد فلا بد ان يكون مما يؤكل (و) بشرط (ان لا يشارك المعلم ما لا يحل صيده) وهو كلب غير معلم او كلب مجوسى او كلب لم يرسل للصيد او كلب ارسل وترك التسمية عليه عمدا لما اخرجه اصحاب الكتب الستة عن عدى بن حاتم قال قلت يا رسول الله انى ارسل كلبى فاجد معه كلبا آخر لا ادرى ايهما اخذه فقال لا تاكل فانما سميت على كلبك ولم تسم على كلب آخر وفى لفظ اذا ارسلت كلبك فسميت فاخذ فقتل فكل وان اكل منه فلا تاكل فانما امسك على نفسه وفى لفظ قلت يا رسول الله انى ارسل الكلاب المعلمة فيمسكن على واذكر اسم الله فقال اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل ما امسك عليك قلت وان قتل قال ما لم يشركه كلب ليس معه وفى رواية لاحمد والشيخين اذا ارسلت كلبك فاذكر اسم الله عليه فان وجدت مع

(و) بشرط (ارسال مسلم) يعقل الذبح والتسمية حتى لا يوكل صيد الصبى والمجنون اذ الم يعقلا الذبح والتسمية (او كتابى) كذلك ممن يكون له ملة التوحيد دعوى (مسميا به عند ارساله) اى لا يترك التسمية عمدا الان الارسال بمنزلة امرار السكين فلابد من التسمية عنده (على) كل حيوان (ممتنع) بالقوائم او الجناحين عند الاخذ (متوحش) فالصيد الذى استانس ممتنع غير متوحش والصيد الواقع فى الشبكة متوحش غير ممتنع لخروجه عن حيز الامتناع (يوكل) اى اذا كان من جنس ما يوكل شرعا وبشرط ان لا يشاركه ذو الناب المعلم اوذو مخلب (مالا يحل صيده) من كلب غير معلم اوكلب مجوسى اوكلب لم يرسل للصيد او ارسل وترك التسمية عمدا

كلبك كلبا غيره وقد قتل فلا تأكل فانك لا تدرى ايهما قتل ولانه اجتمع الاباحة والحرمة فغلبت الحرمة (و) بشرط ان (لا يطول وقفته) اى توقف ما ارسل (بعد الارسال) لانه اذا طال وقوفه بعد الارسال لم يكن اصطياده مضافا الى الارسال (ويعلم) اى يعرف (المعلم) بالصيد فى نحو الكلب والبازى (بترك اكل الكلب ثلاث مرات ورجوع البازى بدعائه) عند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله لان علامة التعلم ترك ما هو مألوف عادة والبازى متوحش متنفر فكانت الاجابة علامة تعلمه ولو بمرة والكلب الوف لا يترك الاكل عادة فكان علامة تعلمه ترك اكله وانما قدر بثلاث مرات لانه ربما يترك الاكل لشبعه فقدر له مدة ضربت للاختبار كما فى مدة الخيار وعند ابى حنيفة رحمه الله لا يثبت التعلم الا بان يغلب على الظن انه تعلم ولا يقدر بشئ لان المقادير تعرف بالنص لا بالاجتهاد ولا نص فيفوض الى رأى المبتلى به وراية الحسن عنه كقولهما (فان اكل الكلب (بعد تركه ثلاثا تبين جهله) عندهما (ولا يؤكل ما قد صاد) قبل اكله (وبقى فى ملكه) اى ملك مالكه من الصايد وغيره سواء لم يكن محرزا بان كان فى المفازة بعد وهذا بالاتفاق او كان محرزا وهذا عند ابى حنيفة واما عندهما فيؤكل لان الاكل لا يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة تنسى بخلاف غير المحرز لانه صيد من وجه لعدم الاحراز فحرم احتياطا ولابى حنيفة ان اكل الكلب علامة الجهل من الابتداء لان الحرفة لا تنسى اصلها فاذا اكل يتبين انه انما كان ترك الاكل للشبع لا للتعلم ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه حل لانه ممسك عليه وهذا غاية علمه حيث شرب مالا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له (ولا) يؤكل (ما يصيده) الكلب (حتى تعلم) فاذا ترك ثلاثا لا يؤكل الاول ولا الثانى اتفاقا ولا الثالث عندهما خلافا لابى حنيفة واما ان اكل البازى ونحوه منه فلا يحرم اتفاقا لما روى عن ابن عباس فى البازى يقتل الصيد ويأكل منه قال كل (وشرط الحل) مبتدأ (بالرمى) اى بالحاد وهو متعلق بالحل والخبر (التسمية) وهذا عندنا وبه قال مالك وذلك لان الرمى كالذبح لكون السهم آلة ولقوله عليه السلام لعدى اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فان وجدته قد قتل فكل الا ان تجده قد وقع فى ماء رواه

(و) بشرط (ان لا يطول وقفته) اى وقفة المعلم (بعد الارسال ويعلم المعلم بترك اكل الكلب ثلث مرات)وهذا عند ابيبوسف رح ومحمد رح وهو رواية عن ابيحنيفةرح لكن بين هذه الرواية عن ابيحنيفة رحمه الله وبين قولهما رحمهما الله فرق ففى قولهما انما يصير معلما اذا صاد ثلثا ولم ياكل منها فيحل الرابع وعلى قول ابيحنيفة رح على تلك الرواية يوكل الصيد الثالث وعن ابيح رح انه لم يوقت فيه وقتا ولكنه فوض الى اجتهاد صاحبه فانكان اكثر رأيه انه صار معلما فهو معلم والافلا(ورجوع البازى)واجابة صاحبه (بدعائه) وهذا مأثور عن ابن عباس رض (فان اكل) الكلب الصيد (بعد ما تركه ثلثا تبين جهله) لان علامة العلم ترك الاكل فكان اكله علامة الجهل (فلا) يحل ان(يؤكل ما قد صاده) قبل هذا الاكل (وبقى فى ملكه) محرزا فى بيته فان الكلب اذا اكل علم انه لم يكن معلما فكل ما صاد قبل ذلك الاكل فهو صيد كلب جاهل فيحرم اذا بقى فى ملك الصائد وهذا عند ابى حنيفة رح خلافا لهما رح واما الصيود التى اكل منها فلا يظهر الحرمة فيها لعدم المحلية وما ليس بمحرز بان كان فى المفازة فيحرم اتفاقا (ولا) يحل ان يأكل (ما يصيده) بعد الاكل حتى يتعلم كما فى الابتداء (وشرط الحل بالرمى التسمية) بان لا يتركها عمدا

الشيخان وزاد مسلم فانك لا تدرى الماء قتله او سهمك (والجرح) اى وشرط حله به الجراحة لتحقق معنى الذكوة (وان لا يقعد عن طلبه ان غاب) الصيد حال كونه (متحاملا سهمه) لما روى ابن ابى شيبة فى مصنفه والطبرانى فى معجمه عن ابى رزين عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الصيد يتوارى عن صاحبه قال لعل هوام الارض قتلته وروى عبد الرزاق نحوه عن عائشة مرفوعا بلفظ ان رجلا اتى النبى صلى الله عليه وسلم بظبى قد اصابه بالامس وهو ميت فقال يا رسول الله عرفت فيه سهمى وقد رميته بالامس فقال لو اعلم ان سهمك قتله اكلته ولكن ادرى هوام الارض كثيرة وفى مراسيل ابى داود عن الشعبى ان اعرابيا اهدى الى النبى صلى الله عليه وسلم ظبيا فقال من اين اصبت هذا قال رميته فطلبته فاعجزنى حتى ادركنى المساء فرجعت فلما اصبحت اتبعت اثره فوجدته فى غار وهذا مشقص فيه اعرفه قال بات عنك ليلة فلا آمن ان يكون هامة اعانتك عليه فلا حاجة لى فيه هذا ولكنه يخالف صريح ما فى صحيح مسلم واحمد وابى داود والنسائى عن ابى ثعلبة الخشنى عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الذى يدرك صيده بعد ثلاث قال كل ما لم ينتن وكذا ما فى صحيح البخارى ومسلم والنسائى عن عدى بن حاتم وان رميت بسهمك فاذكر اسم الله فان غاب عنك يوما فلم تجد فيه الا اثر سهمك فكل ان شئت وان وجدته غريقا فى الماء فلا تأكل فانك لا تدرى الماء قتل او سهمك وفى مسلم عنه ايضا انه قال يا رسول الله يرمى احدنا الصيد فيقتفى اثره اليومين او الثلاثة ثم يجده ميتا وفيه سهمه ايأكل قال يأكل ان شاء وفى سنن الترمذى والنسائى عنه ايضا قال قلت يا رسول الله انا اهل صيد وان احدنا يرمى الصيد فيغيب عنه الليلة والليلتين فيبقى الاثر فيجده ميتا قال اذا وجدت السهم فيه ولم تجد اثر غيره وعلمت ان سهمك قتله فكله ولا شك ان الصريح مقدم على الظاهر فى الاستدلال اللهم الا ان يقال ان الظاهر حاظر وهو مقدم على المبيح (فان ادركه المرسل او الرامى حياذكاه) لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل لان المقصود هو الاباحة وهى لا تثبت قبل موته (فان تركها) اى الذكوة (عمدا حرم) لانه ميتة لان الواجب فيه الذكوة الاختيارية ولم يفعل هذا

(والجرح) ليتحقق الزكوة الاضطرارى (وان لا يقعد الرامى عن طلبه ان غاب) الصيد عن بصره (متحاملا سهمه) ثم ادركه ميتا يحل وان قعد عن طلبه ثم ادركه ميتا لا يحل بخلاف ما اذا لم يقعد عن طلبه فان الاحتراز عنه غير ممكن فاجناه للضرورة وقال الشافعى رح اذا غاب عن بصره ثم ادركه ميتا لا يحل وقال مالك اذا غاب عنه فان لم يبت ليلة يحل وان بات ليلة لا يحل (فان ادركه) اى الصيد (المرسل) للكلب او البازى (او الرامى) للسهم حيا (ذكاه فان تركها) اى التذكية (عمدا حرم) الصيد لانه ترك الذكوة الاختيارية مع القدرة عليها

اذا تمكن من ذبحه ولم يذبحه اولم يتمكن وفيه من الحياة فوق ما فى المذبوح فى ظاهر الرواية وعن ابى حنيفة وابى يوسف انه يحل وهو قول الشافعى لان ذكوة الاضطرار بدل عن ذكوة الاختيار وما لم يقدر على الاصل لا يسقط حكم البدل وهنا لم يقدر على الاصل فصار كالمتيمم اذا وجد الماء وبينه سبع اوعدو واما اذا لم يتمكن من ذبحه وكان فيه من الحيوة بقدر ما فى المذبوح بان لم يبق الا مضطربا اضطراب المذبوح فانه يحل اتفاقا لان هذا القدر من الحيوة لا يعتبر فكان ميتا حكما واذا كان ميتا حكما لا يكون محلا للذبح قال الصدر الشهيد ان هذا وفاق وقيل هو قولهما وعند ابى حنيفة لا تحل الا اذا ذكاه بناء على ان الحيوة الحقيقية معتبرة عنده غير معتبرة عندهما وقال بعض المشايخ ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل اتفاقا لان التقصير من قبله حيث لم يحمله آلة الذكوة معه وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا وقال حسن بن زياد ومحمد بن مقاتل يحل استحسانا لانه لم يقدر على الاصل لضيق الوقت فبقيت ذكوة الاضطرار موجبة للحل وبالاستحسان إخذ الامام فخر الدين قاضيخان ولنا انه بالوقوع فى يده لم يتقرر صيدا فلم يعتبر حكم ذكوة الاضطرار فيه وصار كما لو خنقه الكلب ولم يجرحه (كما) حرم الصيد (اذا قتله معراض) وهو السهم الذى لاريش له (بعرضه) متعلق بقتل وانما حرم لما روى اصحاب الكتب الستة عن عدى بن حاتم قال قلت يا رسول الله انى ارمى بالمعراض الصيد فاصيد قال اذا اصاب بحده فكل واذا اصاب بعرضه فقتل فلا تأكل فانه وقيذ (او) قتله (بندقة ثقيلة ذات حدة) لان البندقة تكسر ولا تجرح فكانت كالمعراض ولانه عليه الصلوة والسلام نهى عن الخذف وقال انها لا تصيد ولكنها تكسر السن وتفقأ العين رواه احمد والشيخان قيد بالثقيلة لانها لو كانت خفيفة ذات حدة لم يحرم لتيقن الموت بالجرح والاصل هنا ان الموت ان حصل بالجرح بيقين يؤكل وان حصل بالثقل اوشك فيه لا يؤكل فيه حتما اواحتياطا (اورمى فوقع) الصيد (فى ماء اوعلى سطح ثم على الارض) لاحتمال انه مات بغير الرمى اذ كل من الماء والسقوط من علو مهلك اما الماء فلما روينا من قوله عليه السلام الا ان يجده قد وقع فى ماء واما المتردى فلقوله تعالى (والمتردية) إما الواقع على الارض ابتداء اكل استحسانا لانه لا يمكن الاحتراز عنه اذ فى اعتباره سد باب الاصطياد (ويعتبر الزجر) وهو الاغراء

(كما) حرم الصيد اذا اصابه (وقتله) (معراض بعرضه) المعراض اسم لسهم بلا ريش يسمى به لانه يمضى ويصيب الشئ بعرضه فلو كان فى رأسه حدة فاصاب بحدة يحل (او) قتله (بندقة) وهى طينة مدورة يرمى بها ويقال لها الجلاهق وهى (ثقيلة) وان كانت (ذات حدة) وانما حرم لاحتمال انها قتله بثقلها حتى لو كانت خفيفة بها حدة يحل لتيقن الموت بالجرح ولو رماه بمروة حديدة ولم يبضع بضعا حرم لان القتل بالدق وكذا اذا رماه بها فابانت رأسه او قطعت اوداجه لان العروق قد ينقطع بثقل الحجر والافضل فى هذه المسائل ان الموت اذا اضيف الى الجرح قطعا حل الصيد وان اضيف الى الثقل قطعا حرم وان وقع الشك ولم يدر انه مات بالثقل اوبالجرح حرم احتياطا (اورمى) صيدا (فوقع فى ماء اوعلى سطح اوعلى جبل ثم تردى على الارض) وانما حرم لانه المتردية والله تعالى ذكرها فى جملة المحرمات ولانه يحتمل الموت بغير الرمى ولو وقع على الارض ابتداء حل لان ذلك لا يستطاع الامتناع عنه فيكون عفوا فصار الحاصل ان سبب الحل وسبب الحرمة إذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه (و) ان لم يرسل الكلب اوالبازى احد ولكن انبث على اثر الصيد بغير ارسال فزجره مسلم (يعتبر الزجر)

بالصياح

بالصياح عليه والانزجار اظهار زيادة الطلب (فيما) انفلت الجارح و (لم يرسل) فان الزجر عند عدم الارسال اقيم مقام الارسال لان اثر جارحه عقيب زجره دليل على طاعته فان لم يرسل الكلب احد وزجر مسلم فانزجر فاخذ الصيد حل ولو زجره مجوسى فانزجر فاخذ الصيد حرم (ولو اجتمعا) اى الارسال والزجر (من مسلم ومجوسى) او محرم او مرتد اوتارك التسمية عمدا (يعتبر الارسال) لان الفعل يرفع مما فوقه اومثله لا بما هو دونه والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه (وان اخذ) المرسل (غير ما ارسل اليه حل) لانه لا يمكن تعليمه على وجه يأخذ ما عينه لاخذه فسقط اعتباره (كصيد) اى كحل صيد (رمى فقطع عضو منه) لوجود الجرح (لا العضو) اى لا يحل العضو لانه ميتة لما اخرجه ابو داود والترمذى وقال حديث حسن عن ابى واقد الليثى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ما يقطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة زاد الترمذى قال قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يجبون اسنمة الابل ويقطعون اليات الغنم فقال صلى الله عليه وسلم ما قطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة وفى المستدرك عن ابى سعيد الخدرى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن قطع اليات الغنم وجب اسنمة الابل فقال ما قطع من حى فهو ميت وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه (فان قطع) الصيد (اثلاثا واكثره مع عجزه او قطع نصف راسه او اكثره اوقد) اى شق (بنصفين اكل كله) لان المبان منه فى الصور الثلاث حى صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحيوة فيه وصار كما لو ابين رأسه فى الذكوة الاختيارية وذلك ان فيه من الحيوة بقدر ما فى المذبوح ولهذا لو وقع فى الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من جبل او سطح لا يحرم (وان رمى صيدا فرماه آخر فقتله فهو للاول وحرم) لاحتمال موته بالرمى الثانى وهو ليس بذكوة له لوجود القدرة على الذكوة الاختيارية (وضمن الثانى له) الاول (قيمته مجروحا ان كان الاول اثخنه) بان اخرجه عن حيز الامتناع لانه اتلف صيدا مملوكا للاول

لما انزجر بزجره جعل ذلك بمنزلة ابتداء الارسال (ولو اجتمعا) اى الارسال والزجر (من مسلم ومجوسى) بان ارسل مجوسى فزجر مسلم اوبالعكس (يعتبر الارسال) ففيما اذا ارسله مجوسى وزجره مسلم فانزجر حرم وفيما اذا ارسله مسلم فزجره مجوسى حل اكله والفرق ان الزجر دون الارسال لانه بناء عليه ففى المسئلة الاولى ارسال المجوسى موجب للحرمة فلا يرتفع بزجر المسلم لانه دونه وفى الثانية ارسال المسلم موجب للحل فلا يرتفع بزجر المجوسى لانه دونه وكل من لا يجوز ذكوته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عمدا فى هذا بمنزلة المجوسى (وان) ارسل كلبه او بازه على صيد فلم يأخذه و(اخذ غيرما ارسل اليه حل) لانه لا يمكن التعليم بحيث يأخذ ما عينه وقال مالك رح والشافعى رح لا يحل (كصيد رمى فقطع عضوا) منه (حل الصيد ولا يحل العضو) لقوله عليه الصلوة والسلام ما ابين من الحى فهو ميتة وهذا اذا ابان شيئا يبقى المبان منه حيا بدونه عادة كاليد والرجل والفخذ وما يليه مما يلى من القوائم والاقل من نصف الرأس (وان قطع) الصيد (اثلاثا واكثره مع عجزه) اى قطع قطعتين بحيث يكون الثلث فى طرف الرأس والثلثان فى طرف العجز (او قطع رأسه او قطع نصف رأسه او اكثره اوقد بنصفين) حل المبان والمبان منه و(اكل كله) اذ لا يتوهم بقاؤه حيا بعد هذا فكان قتلا وهذا كله عندنا وعند الشافعى رح يحل المبان والمبان منه فى الوجوه كلها اذا مات الصيد (وان رمى فاصابه ورماه اخر فقتله فهو ملك للاول) وحرم ولم يوكل (وضمن الثانى) للاول (قيمته) اى قيمة الصيد (مجروحا) وهذا (ان كان الاول اثخنه) واخرجه عن حيز الامتناع يقال اثخنه الجراحات اى وهنه وضعفته وانما كان ملكا للاول لانه اذا اثخنه ملكه بالاخذ معنى وانما حرم ولم يوكل لاحتمال موته بالرمى الثانى وهو ليس بذكوة لانه بالاثخان لم يبق صيدا فلا يحل بالذكوة الاضطرارية للقدرة على ذكوة الاختيار وانما ضمن الثانى قيمته مجروحا لان الاول لما ملكه فالثانى قد اتلف صيدا مملوكا له منقوصا بجراحة فلا يضمن كملا لان قيمة المتلف يعتبر يوم الاتلاف وهذا اذا علم ان القتل حصل من الثانى بان كان الرمى الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثانى بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثانى وان علم ان الموت حصل من الجراحتين اولم يدر ضمن الثانى مانقصته جراحة

لانه ملكه بالرمى المثخن وقيمة المتلف يعتبر يوم الاتلاف فيلزمه قيمته ناقصا بجراحة الاول كما لو اتلف عبدا مريضا اوشاة مجروحة فانه يضمن قيمته ناقصا بالمرض او الجرح (والا) اى وان لم يثخنه الاول (فللثانى) اى فالصيد للثانى لانه هو الصايد له وهو صيد بعد وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم الصيد لمن اخذ لا لمن اثره رواه ابن حمدون فى التذكرة من حديث ابى هريرة (وحل) لانه ذكى ذكوة اضطرارية وهو حينئذ مما يذكى به (ويصاد ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل) لا طلاق الآية ولان صيد ما لا يوءكل سبب للانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله تعالى اعلم

كتاب اللقيط واللقطة والآبق

اللقيط لغة فعيل بمعنى مفعول من لقطه اذا رفعه من الارض وعرفا غلب على الصبى المنبوذ لانه يصدد ان يلقط وشرعا مولود حى طرحه اهله خوفا من العيلة او فرارا من غيبة البرية سمى بما يوءل او بما هو مشرف عليه كقوله عليه السلام من قتله قتيلا فله سلبه ومضيعه آثم ومحرزه غانم لما فى ابرازه من احياء النفس وفى اهماله من التسبب لهلاكها وقد قال الله تعالى (كتبنا على بنى اسرآئيل انه من قتل نفسا بغير نفس او فساد فى الارض فكانما قتل الناس جميعا ومن احياها فكانما احيا الناس جميعا) ولذا (رفعه) اى اللقيط (احب) من تركه ان لم يخف هلاكه بان كان فى مصر لما فى رفعه من الترحم وفى تركه من عدمه (وان خيف هلاكه) بان كان فى مفازة اوبر او مسبعة (يجب) صيانة له عن الهلاك وجوب فرض الكفاية لقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) لحصول المقصود بالبعض وقال مالك والشافعى واحمد رفعه ان لم يخف هلاكه فرض كفاية لقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) وان خيف فرض عين كمن رأى اعمى يقع فى البئر فانه يفترض عليه حفظه من الوقوع كذا ذكروه وفيه ان هذا اذا كان هناك شخص واحد فظاهر انه يصير فرض عين عليه اجماعا واما اذا كان جماعة فلا شك انه فرض كفاية ان خيف هلاكه والا فيستحب (كاللقطة) فان رفعها احب من تركها ان لم يخف ضياعها او من نفسه عليها وواجب

(والا) اى وان لم يكن الاول اثخنه واخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله (فللثانى) اى الصيد لانه صيد بعد اى وقت رمى الثانى وقال عليه الصلوة والسلام الصيد لمن اخذ (و) (حل اكله) لان الصيد يحل بالذكوة الاضطرارية (و) يجوز ان (يصطاد ما يؤكل لحمه (وما لا يؤكل) لان فى اصطياده تحصيل منفعة بجلده او شعره او ظفره او ريشه او دفع الاذى عن الناس

كتاب اللقيط واللقطة والآبق

اللقيط فى اللغة من اللقط وهو الرفع فعيل بمعنى مفعول اسم لطفل يوضع على الطريق سمى به لانه على عرض ان يلقط اى يرفع وهو من باب وصف الشىء بما يؤل اليه مثل قوله عليه الصلوة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه (و فى الشريعة اسم لهذا الطفل بشرط ان لا يعرف نسبه وكذا اللقطة فى اللغة من اللقط اسم لمال يوجد فى الطريق ولا يعرف له مالك بعينه سميت بها لانها يلقط غالبا والابق هو اسم المملوك الذى فر من ابق فلان اذا فر (رفعه) اى رفع اللقيط (احب) من تركه لما فيه من الترحم على الصغار (وان خيف هلاكه) بان كان فى مفازة وكان غالب ظنه هلاكه (يجب) رفعه (كاللقطة) وسيجىء حكمها

ان خاف ضياعها ومكروه ان خاف من نفسه عليها وقال بعض التابعين يحل رفعها والافضل تركها وبه قال احمد وعن الشافعي اذا لم يأمن عليها وجب رفعها لقوله تعالى (والمؤمنون بعضهم اولياء بعض) واذا كان المؤمن ولي المؤمن وجب عليه حفظ ماله وقال مالك ان كانت شيئا له بال فرفعه احب لان فيه حفظ مال المسلم فكان اولى من تضييعه (وهو) اى اللقيط (حر الا بحجة رقه) لان الاصل في بني آدم الحرية ولقضاء علي رضى الله عنه في اللقيط انه حر وقرأ هذه الآية (وشروه بثمن بخس دراهم معدودة وكانوا فيه من الزاهدين) رواه البيهقي (ونفقته وجنايته في بيت المال وارثه له) اى يوضع فيه اما الارث والارش فلان الخراج بالضمان واما النفقة فلما روى مالك في الموطأ في كتاب الاقضية عن ابن شهاب الزهري عن سنين ابي جميلة رجل من بني سليم انه وجد منبوذا في زمن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال فجئت به الى عمر فقال ما حملك على اخذ هذه النسمة قال وجدتها ضائعة فاخذتها فقال له عريفه يا امير المؤمنين انه رجل صالح قال كذلك قال نعم فقال عمر اذهب به فهو حر وعلينا نفقته وفي المغرب عريفه الذي بينه وبينه معرفة وفي رواية عبد الرزاق فقال له عسى الغوير أبؤسا وهو مثل معروف لما يكون باطنه بخلاف ظاهره واول من تكلم به الزباء الملكة حين رأت الصناديق فيها الرجال وقد اخبرت ان فيها الاموال فلما احست بذلك انشأت شعرا هذه آخره فصار كلامها مثلا وكان عمر ظن ان هذا الرجل جاء اليه بولده بزعمه انه لقيط ليستوفي منه نفقته فلذا ذكر هذا المثل (ولا يؤخذ من آخذه) الا باذنه لسبقه ولو دفعه الى غيره ليس له ان يسترده منه لانه رضي باسقاط حقه (و) يثبت (نسبه) استحسانا (من مدعيه ولو) كان مدعيه (رجلين) ليس احدهما الملتقط ولا سبقت دعوته (او ممن يصف منهما علامته) لان الظاهر شاهد له وانما ثبت نسبه من اثنين لاستوائهما في دعوى ما فيه نفع له وعندنا يثبت النسب من اثنين في باب الاستيلاد اذا استويا في الحجة واما لو كان احدهما الملتقط او سبقت دعوته لكان اولى لترجح الملتقط باليد وسابق الدعوى بثبوت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الآخر البينة لانها اقوى وقال الشافعي واحمد يعتبر قول القافة اذا ادعاه اثنان ولم يبينا سواء وصف احدهما علامة اولم يصف او بينا وتعارضا واذا اشتبه على القافة

(وهو حر) لان الدار دار الاحرار فمن كان فيها يكون حرا باعتبار الظاهر (الا بحجة رقه) كما اذا ادعى احد ان اللقيط عبده واقام حجة على ذلك (ونفقته) في بيت المال لانه يعد للصرف الى المحتاجين وهو صار كالمفقود الذي لامال له (و) كذا عقل (جنايته في بيت المال و) لو مات وترك ما لا كان (ارثه له) اى لبيت المال ميراثا للمسلمين لان الغنم مقابل بالغرم فلما كان نفقته وجنايته في بيت المال كان ارثه له (و) اذا التقطه رجل (لايؤخذ من آخذه) لان يده سبقت اليه فكان احق بحفظه (ونسبه) يثبت (ممن يدعيه) ولو كان المدعي غير الملتقط اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسانا والقياس ان لا يثبت نسبه من غير الملتقط لان قصده بهذه الدعوة اخذه من الملتقط وحق الحفظ ثبت له على وجه ليس لغيره ان يأخذه منه فلا يقبل مجرد دعواه في ابطال الحق الثابت وجه الاستحسان ان اللقيط يحتاج الى النسب فهو في الحقيقة اقرار بما ينفعه فصحت دعواه ثم من ضرورة ثبوت النسب ان يكون احق بحفظ ولده (ولو) كان ادعاء النسب (من رجلين معا) لانهما استويا في السبب وهو الدعوة (و) يثبت نسبه (ممن يصف منهما) اى من المدعين (علامة به) في جسده فمن يكون هو اولى به لان الظاهر شاهد له اذ العلامة وافقت كلامه

بهما لحق بهما عند احمد ولو ادعاه امرأتان يثبت منهما عند ابى حنيفة كالرجلين وعندهما لا يثبت لان ثبوت النسب من المرأة متعلق بحقيقة الولادة وولادته عنهما محال (او) كان مدعيه (عبدا) لان فى ثبوت نسبه له نفعا (وكان حرا) لان المملوك قد تلد له الحرة ولدا فيكون تبعا لامه (او) كان مدعيه (ذميا وكان مسلما ان لم يكن فى مقرهم) اى مقر اهل الذمة بان وجد فى قرية من قرى المسلمين او فى مسجد اما اذا وجد فى مقرهم بان وجد فى قرية من قراهم او فى بيعة او كنيسة كان ذميا وفى المبسوط ولو وجده مسلم فى مكان المسلمين ولم يدعه احد يحكم باسلامه وبه قال مالك واحمد والشافعى ولو وجده كافر فى مكان المسلمين او مسلم فى مكان الكفار ففى كتاب اللقيط العبرة للمكان فى الفصلين لسبقه ولان المسلم لا يضع ولده فى البيعة والكافر لا يضع ولده فى المسجد وفى رواية ابن سماعة عن محمد العبرة للواجد لقوة اليد وفى رواية الاعتبار للاسلام نظرا للصغير اوللزى كما فى اختلاط موتانا بموتاهم فى الحرب وفى المبسوط ان اسلم الروايات اعتبار الاسلام لانه يعلو ولا يعلى (وما شد) اى ربط من المال (عليه) اى على اللقيط اوعلى دابة هو عليها (له) اى اللقيط اعتبارا للظاهر فى دفع دعوى الغير واليد فى الملك واصله القميص الذى عليه (صرف اليه) اى الى مصالح اللقيط بامر القاضى لانه مال ضائع وللقاضى ولاية صرف مثله اليه وقيل بغير اذن القاضى لانه للقيط ظاهرا فاندفعت يد الغير عنه فبقى المال ضائعا فيصرف فى مصالحه على انه له او لبيت المال اولانه للقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء مالابد له كالطعام والكسوة ولان الظاهر ان واضعه انما وضع ذلك المال معه لينفق عليه منه وللبناء على الظاهر جاز مالم يظهر خلافه وهو مصدق فى نفقة مثله عليه لانه امين يخبر عما هو محتمل ويكون وجوب الضمان عليه فقبل قوله فيه كمن دفع مالا الى انسان وامره ان ينفق على عياله فانه يقبل قوله فى نفقة مثلهم (وللملتقط قبض هبته) وصدقته لانه نفع محض له (وتسليمه فى حرفة) اى صناعة لانه من باب تأديبه لان من اشتغل بعمل قلما يشتغل بالفساد (لا انكاحه) اى ليس للملتقط انكاح اللقيط ذكرا كان او انثى لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة (ولا تصرف ماله) لما قد منا (ولا اجارته) فى الاصح ويصح صلح الامام عن دمه بالدية لانه

(او) كان المدعى (عبدا) فانه يثبت نسبه منه لانه ينفعه (و) لكن اللقيط (كان حرا) لان المملوك قد تلد له الحرة فلا يبطل الحرية الثابتة بالشك (او) كان المدعى (ذميا) فانه يثبت نسبه منه استحسانا والقياس ان لا يصدق لانه حكم له بالاسلام فلو جعل ابنا للكافر بدعوته لكان تبعا له فى الدين فكان حكما بابطال اسلامه وجه الاستحسان ان موجب كلامه شيئان احدهما ثبوت نسبه منه وذا ينفعه والاخر كفره وذا يضره فصحت دعوته فيما ينفعه لا فيما يضره نظرا للصبى (و) لهذا نقول (كان مسلما ان لم يكن فى مقرهم) اى مقر الذميين (اما) ان كان فى مقرهم كما اذا وجد فى قرية من قراهم او فى بيعة او كنيسة كان ذميا ان كان الواجد ذميا فى رواية واحدة وان كان الواجد مسلما فى هذا المكان اوذميا فى مكان المسلمين ففى رواية يعتبر المكان فى الفصلين وفى رواية يعتبر الواجد فى الفصلين وفى رواية ايهما كان موجبا للاسلام يعتبر ذلك وفى رواية يحكم بزيه وعلامته (و) ان وجد مع اللقيط (مال شد عليه) كان المال (له) اى اللقيط لانه فى يده وهو من اهل الملك لكونه حرا وصرف ذلك المال اليه بامر القاضى عند البعض وقيل يصرفه الواجد اليه بغير امر القاضى (و) يجوز (للملتقط قبض هبة) لانه نفع محض و (تسليمه فى حرفة) وصنعة لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله (ولا) يجوز للملتقط (انكاحه) لان ولاية التزويج على الغير يستحق بالقرابة او الملك او السلطنة ولم يوجد واحد منها (ولا تصرف ماله) بالبيع والشراء (ولا اجارته) وفى متن القدورى له ان يواجره ولانه يعود الى منفعته وحفظه من الافات (وجه الاول وهو الاصح انه لا يملك اتلاف منافعه

نفع للمسلمين لا عفوه لانه ابطال حق مسلم ويمنعه ابو يوسف من استيفاء القصاص لانه استيفاء لوليه وهو مجهول واجازا له استيفاءه لقوله عليه السلام السلطان ولى من لاولى له والمولى اذا كان مجهولا لا يكون وليا لانه لا ينتفع به مع جهالته فالتحق وجوده بعدمه (واللقطة) بضم اللام وفتح القاف ويسكن المال الملقوط (امانة) سواء كان متاعا او بهيمة وندب رفعها لمن يثق من نفسه الامانة وهو قول علمائنا وعامة الفقهاء لانه لو تركها لا يأمن ان تصل اليها يد خائنة فيكتمها عن مالكها ولانه يلتزم اداء الامانة فى رفعها والتزام اداء الامانة تعرض بمنزلة المثوبة قال الله تعالى (ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها) وامتثال الامر سبب لمثال الاجر والمتقشفة يقولون لا يحل له ان يرفعها لانه اخذ مال الغير بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعا وبعض المتقدمين من الائمة التابعين كان يقول يحل له ان يرفعها والترك افضل لان صاحبها انما يطلبها فى الموضع الذى سقطت منه اذا فقدها فاذا تركها وجدها صاحبها فيها ولانه لا يأمن على نفسه ان يطمع فيها بعد رفعها فكان معرضا نفسه للفتنة قلنا نعم لكن الحكم لغلبة الظن والافضل مراعات الطرفين (ان اشهد) الآخذ (على اخذه) انه اخذها (ليرد على ربها) ذكر الضمير باعتبار الماخوذ ثم انثه باعتبار اللقطة رعاية لمعناها تارة ولمبناها اخرى وهذا نوع تفنن فى العبارة وانما كانت امانة لان اخذها على هذا الوجه مأذون فيه شرعا فلا تكون مضمونة وشرط الاشهاد لما روى اسحاق بن راهويه فى مسنده عن عياض بن حماد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اصاب لقطة فليشهد ذا عدل ثم لا يكتم وليعرفها سنة فان جاء صاحبها والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء قالوا ويكفى فى الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على (والا) اى وان لم يشهد وادعى انه اخذها للرد (ضمن) عند ابى حنيفة ومحمد (ان جحد المالك اخذه للرد) وقال ابو يوسف لا يضمن لان صاحبها يدعى سبب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله كما فى الغصب وهو قول مالك والشافعى لان الاشهاد غير واجب عندهم بل مستحب وحاصله ان الاشهاد شرط الامانة عند ابى حنيفة ومحمد ويكتفى ابو يوسف ليكون امانة بقصد ردها الى مالكها كمالك والشافعى وهو رواية عن محمد والقول قوله فى ذلك بيمينه ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير بغير اذنه وادعى ما يبرئه وهو

(واللقطة) قد مر معناه اختلف الناس فيمن وجد لقطة فالمتقدمون يقولون لا يحل له ان يرفعها لانه اخذ مال الغير بغير اذن صاحبه وبعض المتقدمين من الائمة التابعين كانوا يقولون يحل له ان يرفعها وتركه افضل والمذهب عند علمائنا وعليه عامة الفقهاء ان رفعها افضل من تركها لانه لو تركها لا يامن بان يصل اليها يد خائن فيكتمها من صاحبها ولهذا قالوا يجب اذا خاف الضياع وهى (امانة ان) اخذها و(اشهد) شاهدين (على اخذه) وحفظه (ليردها على ربها) والاشهاد ان يقول من سمعتموه ان ينشد لقطة فدلوه على (والا) اى وان لم يشهد الاخذ انه اخذها ليردها (ضمن ان) اقر انه اخذها لنفسه بالاجماع وان لم يقر بهذا وقال اخذتها للرد على المالك و(جحد المالك اخذه للرد) ضمن عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح لا يضمن والقول قوله فى انه اخذها للرد و ذكر فى فتاوى قاضيخان هذا الاختلاف فى الاشهاد فيما اذا امكنه ان يشهد اما اذا لم يجد احدا يشهده عند الرفع اوخاف انه لو اشهد عند الرفع يأخذ منه الظالم فترك الاشهاد لا يكون ضامنا خائنا وان وجد من يشهد ولم يشهد ضمن لانه ترك الاشهاد مع القدرة

الاخذ لمالكه فلا يصدق كمن اخذ مال الغير وهلك فى يده ثم ادعى ان صاحبه اودعه اياه حيث لا يصدق الا بحجة وفى الخانية وهذا الاختلاف فيما اذا امكنه الاشهاد واما اذا لم يمكنه عند الرفع او خاف انه لو اشهد يأخذها منه ظالم فترك الاشهاد فلا يضمن بالاتفاق لان ترك الاشهاد يدل على انه اخذها لنفسه الا عند القدرة على الاشهاد وقيد بجحود المالك لانه لو صدقه لا يضمن بالاتفاق لان تصديقه حجة عليه كالبينة ولو اشهد عند الاخذ وعرفها ثم ردها الى موضعها لا يضمن بالاتفاق كذا قال الشارح والصواب انه فى ظاهر الرواية وتوضيحه انه اذا اعاد اللقطة الى موضعها الذى وجدها بعد ما اخذها ليعرفها برئ من ضمانها لو هلكت او استهلك رجل قبل ان يصل اليها صاحبها لان اخذها لم يكن سببا لوجوب الضمان عليه وكذلك ردها الى مكانها اذا قد يأخذها ليعرف صفتها حتى اذا سمع انسانا يطلبها دله عليها وقد يأخذها لردها الى مالكها ثم يحس فى نفسه عجزا او طمعا فيردها الى مكانها فلهذا لا يضمن شيئا وانما الضمان على مستهلكها وفى مختصر الحاكم ان ردها بعد ما حولها يضمن بالتحويل لانه بالتحويل التزم حفظها وبالرد صار مضيعا لها ولا كذلك قبل التحويل بخلاف ما اذا لم يشهد حيث لا يبرأ من الضمان اتفاقا لان الظاهر انه اخذها لنفسه فلا يبرأ بغير الرد على صاحبها (وعرفت) ما يبقى على سبيل الوجوب (فى مكان وجدت) بان نادى انى وجدت لقطة لا ادرى مالكها فليأت مالكها او ليصفها لاردها (و) عرف ايضا (فى المجامع) لان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها (مدة لا تطلب بعدها) وهو يختلف باختلاف اللقطة فى قيمتها (و) عرف (ما لا يبقى الى ان يخاف فساده ثم تصدق) لان فى التصدق بها عوضا آجلا وهو الثواب فى العقبى اوعاجلا وهو الضمان فى الدنيا وروى محمد عن ابى حنيفة ان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما على حسب ما يرى وان كانت عشرة او اكثر عرفها حولا وروى الحسن عن ابى حنيفة ان يعرف المائتين فما فوقها حولا اعتبارا بالزكوة ويعرف العشرة فما فوقها شهرا وما دونها الى ثلثة دراهم اياما عشرة اوشهرا ويعرف الثلثة الى الدرهم جمعة او ثلثة والدرهم يوما والفلس بالنظر يمنة ويسرة وقدر محمد فى الاصل مدة التعريف بالحول من غير تفصيل بين الكثير والقليل وهو قول مالك والشافعى واحمد لما روى الشيخان عن زيد بن خالد

(وعرفت) اى يجب تعريف اللقطة قليلة كانت اوكثيرة بان ينادى انى وجدت لقطة لا ادرى مالكها فليات مالكها وليصفها لاردها عليه (فى مكان وجدت وفى المجامع) وان كان شيئا يعلم ان مالكها لايطلبها كالنواة وقشور الرمان بان كان جمعها من مواضع مختلفة وصارت كثيرة بحيث يكون لها قيمة له ان يأخذها وينتفع بها بلا تعريف ولكنه يبقى على ملك المالك حتى كان له ان يأخذها وذكر شيخ الاسلام انه ليس له ان يأخذها بعد ما جمعها واخذها ويصير ملكا للاخذ وكذلك الجواب فى التقاط السنابل وبه كان يفتى الصدر الشهيد (مدة) يغلب على ظنه انها (لا يطلب) مالكها (بعدها) اى بعد تلك المدة وهو الصحيح ويروى عن ابيحنيفة رح انها ان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما على حسب ما يرى وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا وقدر محمد رح زمان التعريف فى الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهذا قول مالك والشافعى (و) عرف (مالا يبقى) لو اتى عليه يوما اويومان كالاطعمة المعدة للاكل وبعض الثمار (الى ان يخاف فساده ثم (اذا مضى وقت التعريف ولم يظهر صاحبه (تصدق به) لانه التزم حفظها ليرد على مالكها وذا بايصال عينها اليه ان وجده والا فبايصال ثوابه اليه وذا بالتصدق وان شاء امسكه فربما يظفر لصاحبه

الجهنى قال سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال عرفها سنة ثم اعرف عفاصها ووكاءها فان جاءك احد يخبرك بها والا استنفق بها فان جاء صاحبها فادها اليه والعفاص الوعاء الذى يكون فيه النفقة من جلد او خرقة ونحوها الوكاء الذى يشد به الكيس وغيره والصحيح ان شيئا من هذه التقادير ليس بلازم وان تفويض التقدير الى رأى الآخذ لاطلاق حديث مسلم عن ابى بن كعب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى اللقطة عرفها فان جاء احد يخبرك بقدرها ووعائها ووكائها فاعطها اياه والا فاستمتع بها وفى رواية والا فهى كسبيل مالك واخرجه عن زيد بن خالد ايضا وفيه فان جاء صاحبها فعرف عفاصها وعدد وكائها فاعطها اياه والا فهى لك ولان النبى صلى الله عليه وسلم قد زاد على السنة ونقص منها اما الزيادة فلما فى الصحيحين من حديث ابى بن كعب انه وجد صرة فيها مائة دينار فاتى بها النبى صلى الله عليه وسلم فقال له عرفها حولا فعرفها فلم يجد من يعرفها ثم اتاه فقال له عرفها حولا فعرفها فلم يجد من يعرفها فقال له احفظ وعاءها وعددها الحديث واما النقصان فلما فى مصنف عبد الرزاق وغيره عن ابى سعيد الخدرى ان على بن ابى طالب رضى الله عنه وجد دينارا فى السوق فاتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال عرفه ثلاثة ايام قال فعرفه ثلاثة ايام فلم يجد من يعرفه فرجع الى النبى صلى الله عليه وسلم فاخبره فقال شانك به قال فباعه على فابتاع منه بثلاثة دراهم شعيرا وبثلاثة دراهم تمرا وقضى ثلاثة دراهم وابتاع بدرهم لحما وبدرهم زيتا وكان الدينار باحد عشر درهما فلما كان بعد ذلك جاء صاحبه فعرفه فقال على قد امرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاكلته فانطلق صاحب الدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال لعلى رده اليه فقال قد اكلته فقال النبى صلى الله عليه وسلم للرجل اذا جاءنا شىء اديناه اليك ورواه ابو داود ولم يذكر فيه ثلاثة ايام فعلم ان التقدير بالسنة ليس بعلة لازمة فى كل شىء وانما يعرف مدة يتوهم ان صاحبها يطلبها وذلك يختلف باختلاف المال وكثرته واما ما ورد من التقييد بالسنة فلعله لكون اللقطة المسئول عنها كانت تقتضى ذلك اولان الغالب فى اللقطة ان يكون كذلك ولو كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبه لا يطلبه كالنواة وقشر الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه يبقى على ملك

مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح وملك المبيح لا يزول بالاباحة قال شيخ الاسلام ولو كانت متفرقة فجمعها الآخذ ليس للمالك اخذها بعد جمعها لانها تصير ملكا له به وكذا الجواب فى التقاط السنابل بعد الحصاد وبه كان يفتى الصدر الشهيد (فان جاء ربها) بعد التصدق بها ان شاء (اجاز) التصدق بها ولو بعد هلاكها لان التصدق لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير فيها قبل الاجازة فلا يتوقف الاجازة فيها على قيام المحل ولا فرق بين ان يتصدق بامر القاضى اوبغير امره على الصحيح (وضمن الآخذ) اى آخذ اللقطة لانه سلم مالا الى غير صاحبه بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافى الضمان حقا للعبد كما فى تناول مال الغير حال المخمصة وان شاء ضمن الفقير ان كان اللقطة هلكت فى يده لانه قبض ماله بغير اذنه ولا يرجع الفقير على الملتقط بما لحقه من الضمان كما لا يرجع الملتقط على الفقير وان كانت قائمة اخذها لانها عين ماله وبه قال مالك والثورى والحسن بن صالح وقال الشافعى واحمد اذا لم يجئ ربها بعد التعريف ملكها الملتقط بحكم القرض فصارت كسائر امواله غنيا كان الملتقط اوفقيرا لما فى حديث مسلم السابق عن ابى بن كعب فى رواية والا فهى كسبيل مالك ولنا ما اخرجه البزار فى مسنده والدار قطنى فى سننه عن ابى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئا فليعرفه سنة فان جاء صاحبها فليرد اليه وان لم يات فليتصدق به فان جاء به فليخيره بين الاجر وبين الذى له (وما انفق) الملتقط (عليها) على اللقطة وكذا حكم اللقيط (بلا اذن حاكم تبرع) لقصور ولايته عن ذمة المالك وصار كما لو قضى دين غيره بغير امره (وباذنه) اى الحاكم (دين على ربها) لان للحاكم ولاية فى مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر فى الانفاق (وآجر القاضى ما) اى شيئا (له منفعة) من البهائم (وانفق عليها) من اجرتها لان فى ذلك ابقاء للعين على ملك المالك من غير الزام الدين عليه (كالآبق) كما ان الآبق يفعل به ذلك (وما لا منفعة له اذن) القاضى (بالانفاق) عليه (ان كان الانفاق (اصلح) وجعل النفقة دينا على مالكه لان القاضى نصب ناظرا لمصالح الناس وفى هذا نظر لجانب المالك بابقاء عين ماله ولجانب الملتقط بالرجوع (والا) اى وان لم يكن الانفاق اصلح بان كانت النفقة تستغرق

(فان جاء ربها) بعد ما تصدق بها فهو بالخيار (ان شاء اجازه) اى التصدق فيكون له ثوابه (او) ان شاء (ضمن الآخذ) وفى الهداية والكافى ان شاء ضمن الملتقط او المسكين اذا هلكت فى يده وايهما ضمنه لم يرجع على الآخر بشىء وان كانت قائمة اخذها من يد المسكين ان شاء (وما انفق) الملتقط (عليها بلا اذن حاكم فهو تبرع)لانه لا ولاية على ذمة مالكها فصار كما لو قضى دين غيره بغير امره(و)ما انفق (باذنه فهو دين على مالكها)لان امر الحاكم حال عيبته كامره (واجر القاضى ما له منفعة) كالبهيمة مثلا(وانفق عليها)من اجرتها احياء للبهيمة ونظرا للمالك حيث لا يلزم الدين عليه (كالابق) اى يفعل بالعبد الابق مثل هذا اى اجره وانفق عليه (وما لا منفعة له اذن بالانفاق) عليه(ان كان) الانفاق(اصلح وجعل النفقة دينا على مالكها (والا) اى وان لم يكن الانفاق اصلح بان خاف ان يستغرق النفقة قيمتها

قيمة اللقطة (باع) القاضى اللقطة وامر بحفظ ثمنها ابقاء لها معنى عند تعذر ابقائها لها معنى عند تعذر ابقائها صورة قالوا وانما يأذن بالانفاق بعد يومين او ثلثة على قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالكها فان لم يظهر امر ببيعها لانه لا نظر فى الانفاق مدة مديدة (وللمنفق حبسها لاخذ النفقة) لانها حبست بنفقة فصار المالك كانه استفاد الملك من جهة فاشبه المبيع (فان هلكت) اللقطة (بعد الحبس سقطت) النفقة التى حبست لاجلها لانها تصير بالحبس كالرهن (فان بين مدعيها) اى اللقطة (علامتها) كان سمى وزن الدراهم والدنانير وعددها ووكائها (حل الدفع) اى جاز دفعها اليه (ولا يجب) الدفع (بلا حجة) وهو قول الشافعى وقال مالك واحمد وداود وابن المنذر يجب الدفع بالعلامة لقوله عليه السلام فى الحديث السابق فان جاء احد يخبرك بعددها ووعائها فاعطه اياها ولنا انه مدع وعلى المدعى البينة والعلامة لا تدل على انها له اذ قد يقف الانسان على علامة فى مال صديقه ولا يقف على علامة فى مال نفسه والامر فى قوله عليه السلام فاعطه اياها للاباحة ولو دفعها بالعلامة يأخذ من صاحبها كفيلا بلا خلاف لاحتمال ان يجىء غيره ويقيم البينة انها له فيضمن ولا يمكنه الرجوع على الذى اخذها لخفائه ولو دفعها بالعلامة فجاء آخر واقام بينة انها له فان كانت قائمة اخذها وان كانت هالكة ضمن ايهما شاء لتعديهما بالدفع والاخذ ويرجع الملتقط ولا يرجع الآخذ على احد (وينتفع) الملتقط (بها) حال كونه (فقيرا والا) اى وان لم يكن الملتقط فقيرا (تصدق بها ولو على اصله وفرعه وعرسه) لحصول المقصود بالكل وهو التصدق على المحتاج ولو التقط العبد شيئا بغير اذن مولاه يجوز عندنا وعند مالك واحمد والشافعى فى قوله فان اتلفه طولب ربه بقضاء الدين او بالبيع سواء اتلفه قبل التعريف او بعده وبه قال احمد والشافعى وعند مالك ان اتلفه قبل التعريف يؤمر المولى بالدفع او الفداء وان اتلفه بعد التعريف يطالب العبد بعد العتق لان الشرع اذن له فى الانتفاع فكان ضمانا يخصه فلا يظهر فى حق المولى ويلتقط ابل وبقر وغنم ونحوها وجوبا ان خيف ضياعها على مالكها من خيانة او لكونها فى مضيعة والاندبا لما فى الصحيحين عن ابى هريرة قال لما فتح الله تعالى على رسوله مكة قام فى الناس فحمد الله واثنى عليه ثم قال ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانها لم تحل لاحد

(باع) اللقطة وامره بحفظ ثمنها وانما يأمر بالانفاق يومين او ثلثة ايام بقدر ما يقع عنده انه لو كان المالك حاضرا لظهر واذا حضر المالك (فللمنفق حبسها) اى حبس اللقطة منه (لاخذ النفقة) لان هذا دين واجب له بسبب هذا المال فكان له تعلق به فاشبه الرهن ولا يسقط دين النفقة بالهلاك فى يد الملتقط قبل الحبس (فان هلكت بعد الحبس سقطت) النفقة لانها تأخذ صفة الرهن عند اختيار الحبس (فان) حضر و(بين مدعيها علامتها) بان سمى وزن الدراهم وعددد وعائها ووكائها (حل) للملتقط (الدفع) اليه (ولا يجب) ولا يجبر على ذلك فى القضاء (بلا حجة) وقال مالك والشافعى رحمهما الله تعالى انه يجبر ويجب الدفع ان بين العلامة (و) لا باس بان (ينتفع) الملتقط (بها) ان كان فقيرا لانه محل للصدقة (والا) اى وان لم يكن فقيرا الا يصرفها الى نفسه وقال الشافعى رح لغنى صرفها الى نفسه بحكم القرض بل (تصدق بها) على الغير (ولو) كان التصدق (على اصله) كابويه (وفرعه) كولده (وعرسه) ان كانوا فقراء

قبلى وانها احلت لى ساعة من نهار وانها لا تحل لاحد بعدى فلا ينفر صيدها ولا يختلى شوكها ولا تحل ساقطتها الا لمنشد الحديث وفى الكتب الستة عن زيد بن خالد الجهنى قال جاء رجل فسأل النبى صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكائها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والافشأنك بها قال فضالة الغنم قال هى لك اولاخيك اوللذئب قال فضالة الابل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وترعى الشجر فذرها حتى يلقاها ربها ولهذا منع مالك من التقاط الابل فى الصحراء وحمله مشايخنا على ما لم يخف ضياعها من يد خاونها بدليل قوله حتى يلقاها ربها ويحل اخذ التفاح والكمثرى من الانهار الجارية بين البساتين لان هذا مما يفسد لو ترك وكذا اخذ ما لا يبقى من الثمار الواقعة تحت الاشجار فى غير الامصار على القول المختار لانه يعلم ان مالكه لا يطلب عادة ولو سيب صيده او دابته لهزا لها فاخذها غيره واصلحها بان داواها وعلفها وسقاها حتى صارت مما ينتفع بها فان قال عند التسييب جعلتها لمن اخذ ليس له ان يأخذها منه لان التمليك من المعلوم صحيح والزيادة تمنع من الرجوع وان لم يقل ذلك جاز له اخذها لما قدمنا من عدم جواز التمليك من المجهول ولو اخذ نعله ووجد غيره مكانه لا يملك لعدم تمليك من مالكه ويصير كاللقطة فى الحكم لاحتمال ان يكون لغير من اخذه (وندب اخذ الآبق) وهو المملوك الذى فر من مالكه قصدا اسم فاعل من ابق ومنه قوله تعالى (اذ ابق الى الفلك المشحون) (لمن قوى عليه) اى قدر على اخذه وحفظه الى ان يوصله الى سيده لما فيه من احياء ماله ونفعه ولا خلاف فى ذلك بين العلماء (وترك الضال) وهو المملوك الذى ضل الطريق الى منزل مولاه (قيل احب) وقيل يندب اخذه كالآبق ووجه الاول وهو الفرق ان الضال لا يبرح مكانه فيجده مالكه ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتى به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه عادة بخلاف اللقيط واللقطة وهذا اختيار السرخسى وقال الحلوانى الآخذ بالخيار ان شاء حفظه وان شاء دفعه الى الامام وكذا واجد الضال واذا دفع الآبق الى السلطان يحبسه

(وندب اخذ الابق لمن قوى) وقدر (عليه) لما فى الاخذ من احياء حق المالك (وترك الضال قيل احب) لانه لا يبرح غالبا عن مكانه فياتى به مالكه فياخذه بخلاف الابق فانه فرعن صاحبه تمردا وعنادا والضال هو المملوك الذى ضل الطريق الى منزله وقيل اخذ الضال افضل وينبغى للراد ان ياتى بالابق الى الامام بخلاف اللقطة لانه يقدر على حفظها بنفسه عادة ولا يقدر على حفظ الابق بنفسه عادة

تعزيرا له فى اباقه واذا دفع الضال اليه لا يحبسه لعدم ما يوجبه ولان الآبق لا يؤمن عليه الاباق ثانيا بخلاف الضال ولهذا لا يوجره ان كان له منفعة وينفق عليه من بيت المال دينا على مالكه واذا طالت المدة ولم يجئ صاحبه باعه وحفظ ثمنه وفى المبسوط لو حبس السلطان الآبق فجاء واحد واقام بينة انه له يحلف بالله ما بعته ولا وهبته ثم يدفعه اليه لانه يحتمل انه باعه او وهبه ولا يعرف الشهود ذلك قلت وينبغى ان يحلفه ثانية ما اعتقته لوجود احتمال عتقه ولو دفعه باقرار العبد بلا بينة ياخذ كفيلا ويجوز الدفع باقراره لان العبد فى يد نفسه فيعتبر اقراره كما لو ادعى الحرية (ولراده) اى الآبق (من مدة سفر) وهى ثلاثة ايام فصاعدا (اربعون درهما) ولو كان ام ولد او مدبرا فى حيوة المولى لانهما مملوكان له بخلاف المكاتب لانه احق بمكاسبه وبخلافهما بعد حيوة المولى لان ام الولد تعتق بموته فتكون حرة ولا جعل فى رد الحر وكذا المدبر ان خرج من الثلث وكذا ان لم يخرج عندهما لانه حر عليه دين لان العتق لا يتجزى عندهما ومكاتب عند ابى حنيفة ولا جعل فى المكاتب (وان لم يعد لها) اى لم يعدل الآبق الاربعين بان كانت قيمته اقل منها وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد يقضى له بقيمته الا درهما يسلم للمالك شئ تحقيقا للفائدة وهو رواية عن ابى حنيفة ولابى يوسف انه ورد التقدير بها فلا ينقص عنها (ان اشهد انه اخذه للرد) قيد به لان الاشهاد شرط فى اخذ الآبق على الاخذ عند ابى حنيفة ومحمد كما فى اللقطة وعند ابى يوسف ومالك والشافعى واحمد ليس بشرط ثم القياس ان لا شئ عليه لراده الا بشرط ان يقول كل من رد على آبقى فله كذا وهو قول الشافعى والنخعى وبعض اصحاب احمد لان المراد تبرع بمنافعه فى رده على سيده وهو لو تبرع بمنافعه فى رد غيره من اعيان ماله اوفى رد الضال لا يستوجب الاجر الا بشرط فكذا هذا وقال مالك له اجر مثله بقدر تعبه ان كان ممن شأنه طلب الاباق وان لم يكن فله نفقته عليه وعن احمد ان رده من المصر فله عشرة دراهم وان رده من خارجه سواء رده من مدة سفر او لا فله اربعون درهما ولنا ان الصحابة قد اتفقوا على الجعل وان اختلفوا فى

(ولراده) اى لراد الابق قنا اومدبرا اوام ولد (من مدة سفر) او اكثر الجعل (اربعون) درهما وان كانت قيمته اقل منها (ولم يعد لها) وهذا عند ابى يوسف رح وعند محمد رح يقضى له بقيمته الا درهما لان وجوبه ثبت احياء لحقوق الناس نظرا لهم ولا نظر فى ايجاب اربعين برد ما لا يساوى ذلك وله ان هذا التقدير عرف شرعا بالاجماع وقد قدره بلا تعرض لقيمة العبد فيجب اتباعه وقال الشافعى رح لا جعل له الا بالشرط (ان اشهد انه اخذه للرد) فالاشهاد عليه حتم عند ابى حنيفة رح ومحمد رح حتى لو رده من غير ان يشهد عند الاخذ لا جعل له عندهما

مقداره فان محمدا روى عن ابى يوسف عن ابى حنيفة عن سعيد بن مرزبان عن ابى عمرو الشيبانى قال كنت قاعدا عند ابن مسعود فجاءه رجل فقال ان فلانا قدم باباق من القوم فقال القوم اصاب اجرا فقال عبد الله وجعلا ان شاء من كل رأس اربعين درهما وروى عبد الرزاق فى مصنفه عن سفيان الثورى عن ابى رباح عن ابى عمرو الشيبانى قال اصبت غلمانا ابقا بالغين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال الاجر والغنيمة فقلت هذا الاجر فما الغنيمة قال اربعون درهما من كل رأس وخرج ابن ابى شيبة فى مصنفه عن قتادة وابى هاشم ان عمر قضى فى جعل الآبق باربعين درهما وروى ايضا عن وكيع عن سفيان عن ابى اسحاق قال اعطيت الجعل زمن معاوية اربعين درهما وروى ايضا عن سعيد بن المسيب ان عمر جعل فى جعل الآبق دينارا اواثنى عشر درهما وروى ايضا عن على انه جعل فى جعل الآبق دينارا اواثنى عشر درهما وروى هو وعبد الرزاق عن عمرو بن دينار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى العبد الآبق الذى يؤخذ خارج الحرم بدينار اوعشرة دراهم والمفهوم عن خارج الحرم فى اعتبار القرب لا قدر مسيرة سفر عنه ولهذا روى عن عمار بن ياسر ان اخذه فى المصر فله عشرة وان اخذه خارج الحرم فله اربعون ولعله اعتبر الحرم كالمكان الواحد على ان المروى عن ابن مسعود اقوى من الكل فرجحناه وانما يؤخذ بالاقل اذا ساوى الاكثر فى القوة وفى المبسوط ولان الراد يحتاج الى معالجة ومؤنة فى رده وقلما يرغب الناس فى التزام ذلك حسبة ففى ايجاب الجعل له ترغيب له فى رده واظهار الشكر من المردود اليه لاحسان الرد اليه ثم ان الشافعى استحسن برايه فى هذه المسئلة من وجه فقال لو ان المولى خاطب قوما فقال من رد منكم عبدى فله كذا فرده احد هم استوجب ذلك المسمى وهذا شئ يأباه القياس لان العقد مع المجهول لاينعقد بدون القبول كذلك ولا شك ان الاستحسان الثابت باتفاق الصحابة خير من الاستحسان الثابت برأيه والشريعة قامت بوثوق بهم الى آخر الدهر وليس لاحد ان يظن بهم الا احسن الوجوه ولكنه بحر عميق لايقطعه كل سابح ولا يصيبه كل طالب (ومن اقل منها) ولراد الآبق من اقل مدة سفر (بقسطه) اعتبارا للاقل بالاكثر (فان ابق) من راده اومات عنده (لم يضمن) لانه امانة فى يده وهذا اذا اشهد (فان لم يشهد فلا شئ له) من الجعل لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه عند ابى حنيفة ومحمد (وضمن ان ابق منه) لانه ليس بامانة فى يده والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

(و)لراده(من اقل منها)اى من مدة السفر (فبقسطه) فيقسم الاربعون على ثلثة ايام اويقدر الرضخ فى الرد بمادون مدة السفر باصطلاحهما او يفوض الى رأى القاضى (فان ابق منه)اى من الراد (لم يضمن) لانه امانة فى يده ولا جعل له وهذا ان اشهد على نفسه انه يأخذه لرده (فان لم يشهد فلا شئ له) من الجعل (وضمن ان ابق منه) كما ذكرنا فى اللقطة (واذا قال الرجل لغيره ان عبدى قد ابق فان وجدته فخذه فقال الماءور نعم ان كان الماءور وجده على مسيرة ثلثة ايام فاخذه ورده على المولى فلا جعل له لان المولى قد استعان منه فى رد الابق وقد وعد له الاعانة والمعين لا يستحق شيئا وفى المبسوط هذا اذا علم ان العبد كان ابقا فان انكر المولى ان يكون العبد ابقا فالقول قوله وعلى هذا لورد فانكر المولى ان يكون العبد ابقا فلا جعل له الآن يشهد الشهود بانه ابق من مولاه او مولاه اقر باباقه فحينئذ يجب له الجعل

كتاب المفقود

(هو) لغة مفعول من فقدت الشيء غاب عني وشرعا (غائب لم يدر اثره) اى موضعه ولا حيوته ولا موته مع جداهله فى الطلب وحكمه انه (حى فى حق نفسه) استصحابا للحال (فلا تنكح عرسه) ولا يفرق بينه وبينها لان النكاح حقه وهو حى فى حق نفسه والتفريق بالايلاء لدفع الظلم ولا ظلم من المفقود (ولايقسم ماله) لانه حى فى حق نفسه فكذا فى ماله لانه تبع له (ولايفسخ اجارته) لان الا ستصحاب يصلح لابقاء ماكان وهذ امنه (ويقيم القاضى من يقبض حقه ويحفظ ماله) لان القاضى نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة بل اقوى وفى نصب الحافظ لماله نظر له فصار كالصبى والمجنون (ويبيع مايخاف فساده) لانه لما تعذر حفظه له بصورته كان النظر فى حفظه بمعناه وهوثمنه اما ما لايخاف فساده فلا يبيعه لان القاضى لا ولاية له على الغائب الا فى حفظ ماله (وينفق على ولده وابويه وعرسه) لان الاصل ان كل من يستحق النفقة فى ماله حال حضرته بغير قضاء القاضى ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لايستحقها فى حضرته الا بالقضاء لاينفق عليه فى غيبته لان النفقة حينئذ بالقضاء وهو على الغائب ممتنع فمن الاول الوالدان والاولاد الصغار والاناث الكبار والذكور الزمنى الكبار ومن الثانى الاخ والاخت والعم والعمة والخال والخالة واذا لم يكن للمفقود مال وطلبت الزوجة من القاضى ان يقضى لها بالنفقة عليه كان ابو حنيفة يقول يجيبها الى ذلك وهو قول ابراهيم ثم رجع الى قول شريح وقال لايجيبها اليه ووجه قوله الاول حديث هند ووجه قوله الآخر ان نفقة الزوجة لايصير دينا الا بقضاء القاضى وليس لها ان يؤاخذ القاضى على الغائب وهذا اذا كان النكاح معلوما له وان ارادت اثباته بالبينة لم يسمعها القاضى عندنا خلافا لزفر (ميت فى حق غيره فلا يرث من غيره) لان بقاءه حيا باستصحاب الحال وفى توريثه من غيره اثبات مالم يكن والاستصحاب لا يصلح لذلك

كتاب المفقود

يقال فقدت الشيء اى غاب عنى فهو مفقود (وهو) شرعا (غائب لم يدر موضعه وحيوته وموته واستتر اثره) وانقطع خبره فهو (حى فى حق نفسه) باعتبار اول حاله فانا علمنا حيوانه فيستصحب ذلك مالم يظهر خلافه واذا كان حيا (فلا تنكح عرسه) ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك رحمه الله اذا مضى اربعة سنين يفرق القاضى بينه وبينها ان طلبت ذلك ثم تعتد عدة الوفات ثم تزوجت من شاءت فان عاد الزوج بعد العدة ولم يتزوج بزوج اخر فهو احق بها وان تزوجت فلا سبيل له عليها (ولايقسم ماله) بين ورثته (ولا يفسخ اجارته) كما لو غاب وعلم حيوته (ويقيم القاضى) عليه (من يقبض حقه) وغلاته وديونا اقر بها غريمه (ويحفظ ماله) لان القاضى نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر بنفسه وفى نصب القائم على ماله والحافظ له نظر فينصب من يحفظ ماله (ويبيع مايخاف فساده) كالثمار ونحوها لان حفظ عينه متعذر فيميل الى حفظ ثمنه ولا يبيع ما لا يخاف فساده لان ولاية البيع للنظر له وحفظ العين مما يتاتى النظر له (وينفق) من ماله (على) قريبه ولادا مثل (ولده وابويه وعلى زوجته) والاصل ان كل من يستحق النفقة فى ماله حال حضرته بغير قضاء القاضى ينفق عليه من ماله عند غيبته مثل ولده الصغير والكبير الانثى والذكر الزمن لان هذا لايكون من القاضى قضاء حقيقة بل يكون تمكينا للمستحق من اخذ حقه وان تمكنوا من ذلك كان لهم ان ياخذوه فيعينهم القاضى على ذلك وكل من لايستحقها فى حضرته الا بالقضاء لاينفق عليه من ماله فى غيبته كالاخ والاخت والخال والخالة لان نفقتهم يجب بالقضاء والقاضى لايقضى على الغائب (وهو ميت فى حق غيره) فلا يرث من غيره لان حيوته ثبتت بالاستصحاب فانا علمنا حيوته فيستصحب ذلك مالم يظهر خلافه واستصحاب الحال يصلح لابقاء ماكان على ما كان لا لاثبات مالم يكن ثابتا وفى الامتناع من قسمة مال من ورثته بقاء ما كان على ما كان وفى توريثه من الغير اثبات امر لم يكن ثابتا ومعنى قولنا لايرث المفقود من احد

ولما كان قوله فلا يرث ظاهرا فى نفى التوريث اصلا فسره بقوله

(اى يوقف قسطه من مال مورثه الى تسعين سنة) من يوم ولد على المفتى به لان الغالب فى زماننا عدم الحيوة الى تسعين الا نادرا والنادر لا عبرة به وروى الحسن عن ابى حنيفة مائة وعشرين سنة وعن ابى يوسف مائة سنة وظاهر الرواية التقدير بموت الاقران فى بلده والمختار ان ذلك مفوض الى رأى الامام اذ يختلف باختلاف الاشخاص فان الملك العظيم اذا انقطع خبره يغلب على الظن فى ادنى مدة انه مات لاسيما اذا دخل فى مهلكة واقتصر مالك على اربعة اعوام واحتج بما رواه فى الموطا عن يحيى بن سعيد عن سعيد ابن المسيب ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال ايما امرأة فقدت زوجها فلم تدراين هو فانها تنتظر اربع سنين ثم تعتد اربعة اشهر وعشرا ثم تحل ورواه عبد الرزاق فى مصنفه وزاد ان بدالها قلنا تربصها اربع سنين كان قول عمر فى الابتداء ثم رجع الى قول على انها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت اوطلاق رواه عبد الرزاق وقال ايضا اخبرنا ابن جريج قال بلغنى عن ابن مسعود انه وافق عليا على انها تنتظر ابدا وروى ابن ابى شيبة عن ابى قلابة وجابر بن زيد والشعبى والنخعى كلهم قالوا ليس لها ان تتزوج حتى يتبين موته (فان ظهر) المفقود (حيا فله ذلك) القسط الموقوف له (وبعدها) اى بعد التسعين سنة (يحكم بموته فى) حق (ماله يوم تمت المدة) لان هذا موت حكمى والحكم معتبر بالحقيقى (فتعتد عرسه للموت) من ذلك الوقت (ويقسم ماله بين من يرثه الآن) اى فى ذلك الوقت كانه مات فيه معاينة (و) يحكم بموته (فى) حق (مال غيره من حين فقده) لانه ميت فى حق غيره فى ذلك الوقت حكما فكانه مات فيه عيانا (فرد ما وقف له) اى للمفقود (الى من يرث الغير عند موته) اى موت ذلك الغير والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب القضاء

هو لغة الفراغ عن الامر ومنه قوله تعالى (قضى الامر) وشرعا الزام الحكومات وفصل الخصومات وقطع المنازعات وهو فرض كفاية بالاجماع فان لم يصلح للقضاء الا واحد تعين عليه (اهله اهل الشهادة) اى يشترط فيمن يفوض اليه القضاء ان يكون من اهل الشهادة يعنى حرا مكلفا مسلما وذلك لان

(اى يوقف قسطه من مال مورثه الى) ان يبلغ من زمان ولادته (تسعين سنة) وعليه الفتوى لانه هو الغالب فى زماننا والحيوة بعدها نادر ولا عبرة للنادر بل العبرة للغالب فى كثير من الاحكام وفى ظاهر الرواية يقدر بموت اقرانه فى اهل بلده فاذا لم يبق احد من اقرانه حكم بموته وعن ابى حنيفة اذا تم له مائة وعشرون سنة من تولده حكم بموته وعن ابى يوسف مائة سنة (فان ظهر) اى المفقود (حيا) علم انه كان مستحقا (فله ذلك) اى القسط الموقوف من مال مورثه (وبعدها) اى بعد مضى مدة تسعين سنة (يحكم بموته فى حق ماله يوم تمت المدة) اى تسعين سنة (فتعتد عرسه) عدة (الموت) من ذلك الوقت كانه مات فى ذلك الوقت (ويقسم ماله بين من يرثه الآن) اى ورثته الموجودين فى ذلك الوقت كانه مات فى ذلك الوقت معاينة ومن مات قبل ذلك لم يرث منه (و) يحكم بموته (فى حق مال غيره من حين فقده) لان حيوته باعتبار الظاهر وهو يصلح حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق فلا يستحق ميراث غيره (فيرد ما وقف له) من مال غيره (الى من يرث الغير عند موته) اى موت ذلك الغير

كتاب القضاء

هو عبارة عن الاحكام لغة قال الشاعر وعليهما مسرودتان قضاهما * اى حكمهما وعن الالزام شرعا (واهله) اى هل القضاء (اهل الشهادة) لان كلا من القضاء والشهادة الزام فالشهادة لازمة على القاضى والقضاء لازم على الخصم وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء

ولاية القضاء كالفرع لولاية الشهادة اذ حكم القضاء يبتنى على حكم الشهادة (ويصحان) اى الشهادة والقضاء (من الفاسق) لان العدالة فيهما شرط الاولوية لان السلف اجازوا حكم من تغلب من الامراء وجار ولولا صحته لما فعلوا ذلك وفى وسيط الغزالى اجتماع هذه الشرايط من الاجتهاد والعدالة وغيرهما متعذر فى عصر يخلو عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذوشوكة وان كان جاهلا فاسقا (لكن) ينبغى انه (لايقلد) الفاسق القضاء (ولايقبل) اذا شهد لان الفاسق لايؤمن لقلة مبالاته بواسطة فسقه (ولوفسق) القاضى (العدل) باخذ الرشوة اوبغيره كالزنا وشرب الخمر (يعزل) اى يستحق العزل فى ظاهر المذهب وعليه مشايخ بخارا وسمرقند ومعنى يستحق العزل انه يجب على السلطان عزله (وقيل ينعزل) بمجرد الفسق ولايصح قضاؤه بعد ذلك كمالا يقبل شهادته وهو قول مالك والشافعى واختاره الكرخى والطحاوى وعلى الرازى صاحب ابى يوسف وهو اختيار حسن لعدم ائتمان الفاسق على حقوق الناس (ومن اخذه) اى القضاء (بالرشوة لا يصير قاضيا) وكذا لاينفذ قضاؤه فى الامر الذى اخذ الرشوة لاجله قال القاضى فخرالدين اجمعوا انه اذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وقال اذا اخذ القضاء بالرشوة لايصير قاضيا ولوقضى لاينفذ قضاؤه كذافى الكافى وفى ادب القاضى للصدر الشهيد ان الرشوة على اربعة اوجه منهاما هو حرام للاخذ والمعطى وهو الرشوة فى تقلد القضاء فانه لايصير قاضيا ومنها ما يأخذه القاضى على القضاء وهو حرام من الجانبين ايضا ولا ينفذ قضاؤه ولوكان بحق ومنها ما دفعها لخوف على نفسه اوماله وهذه حرام على الآخذ لا الدافع ومنها ما دفعها ليستوى حاله عند السلطان وهذه تحل لدافع لا لآخذ (والاجتهاد شرط للاولوية) عندنا فى الاصح وهو ظاهر الرواية لا شرط الصحة لما روى ان النبى عليه السلام قلد عليا قضاء اليمن حيث لم يبلغ حد الاجتهاد فقد روى ابوداود عن على قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضيا فقلت يارسول الله ترسلنى وانا حديث السن ولا علم لى بالقضاء فقال ان الله سيهدى قلبك ويثبت لسانك فاذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كماسمعت من الاول فانه احرى ان يتبين لك القضاء قال فمازلت قاضيا اوما شككت فى قضاء بعد خلافا لزفر ومالك

(ويصحان) اى القضاء والشهادة (من الفاسق) حتى لو قلد القضاء الفاسق يصح (لكن) يجب ان (لايقلد) حتى لو قلد يأثم كمايصح قبول الشهادة من الفاسق (و) لكن (لايقبل) لانه لا يؤتمن عليه لقلة مبالاته بواسطة فسقه (ولو) كان القاضى عدلا و (فسق) بعد ذلك (العدل) باخذ الرشوة او بغيره يستحق ان (يعزل) فى ظاهر المذهب وعليه مشايخنا (وقيل ينعزل) بالفسق وقال الشافعى لايجوز قضاء الفاسق كما لا يقبل الشهادة عنده وعن علمائنا الثلثة فى النوادر انه لايجوز قضاؤه واجمعوا على انه اذا ارتشى لاينفذ قضاؤه فيما ارتشى وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين ومبناه على الامانة والاحتراز عن الخيانة والفاسق لا يحترز عن الخيانة وقيل يصلح لانه يجتهد كل الجهد حذرا عن نسبته الى الخطاء ومن اخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا ولو قضى لاينفذ قضاؤه (والاجتهاد شرط الاولوية) فى الصحيح حتى يصح تقليد القضاء للجاهل عندنا خلافا للشافعى رحمه الله تعالى

والشافعى واحمد وهو نص محمد فى الاصل ان المقلد لايجوز ان يكون قاضيا لانه مأمور بالقضاء بالحق ولا امر بلا قدرة ولا قدرة بلا علم ولنا ان المقصود من القضاء وهو ايصال الحق الى مستحقه يحصل بفتوى غيره والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل مايظنه المجتهد فانه لاقطع فى مسائل الفقه غالبا فاذا قضى بقول مجتهد فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب ولكن اذا وجد فى الرعية عدل عالم لايحل تولية من ليس كذلك بل ولا يصح تولية الجاهل الفاسق فى رواية النوادر عن ائمتنا الثلاثة كسافر اقوال اصحاب المذاهب واختارها الطحاوى لقوله عليه السلام من استعمل رجلا على عصابة وفى تلك العصابة من هو ارضى لله منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين رواه الحاكم من حديث ابن عباس واخرجه الطبرانى عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تولى من امر المسلمين شيئا فاستعمل عليهم رجلا وهو يعلم ان فيهم من اولى بذلك واعلم منه لكتاب الله وسنة رسوله فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين واصح ما قيل فى حد المجتهد ان يكون قد هوى علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها وكذا علم الاثار المنقولة عن الصحابة وما اجمعوا عليه وما اختلفوا فيه وان يكون عالما بالقياس وعرف الناس (ولا يطلب) القضاء لا بقلبه ولا بلسانه الا اذا لم يكن غيره يصلح للقضاء فانه يفترض عليه صيانة لحقوق المسلمين كصلوة الجنازة اذا تعين واحد لاقامتها يفترض عليه وقال بعض اصحاب الشافعى ان كان خامل الذكر ولو ولى القضاء لاشتهر وانتفع الناس بعلمه اولم يكن له كفاية ولو ولى صار مكفيا من بيت المال يستحب له الطلب والاصل فى ذلك ما اخرج البخارى عن النبى عليه الصلوة والسلام انه قال يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسال الامارة فانك ان اعطيتها عن مسئلة وكلت اليها وان اعطيتها عن غير مسئلة اعنت عليها واخرج ابو داود والترمذى وابن ماجه عن انس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سال القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل اليه ملك يسدده وانما وكل الى نفسه لانه اعتمد على نفسه وورعه بخلاف من اكره فانه اعتصم بالله وحفظه وقيل يحرم الدخول فيه الا ان يكره عليه لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين رواه اصحاب السنن من حديث ابى هريرة وحسنه الترمذى ورواه ابن عدى

(و) ينبغى ان (لايطلب) القضاء بقلبه ولا يسال بلسانه لقوله عليه الصلوة والسلام من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه انزل عليه ملك يسدده اى يلهمه الرشد

فى الكامل عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم من استقضى فقد ذبح بغير سكين وفى صحيح مسلم عن ابى ذر ان النبى صلى الله عليه وسلم قال له يا ابا ذر انى احب لك ما احب لنفسى لاتأمرن على اثنين ولا تولين مال يتيم (وانما يدخل فيه) اى القضاء (من يثق عدله) اى يعتمد عدل نفسه صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد واما من يخاف على نفسه العجز عنه اولا يأمن على نفسه الظلم فيكره له الدخول فى القضاء وذلك لان عليا لما امتحن قاضيا قال ما صلاح الامر قال الورع قال ما فساده قال الطمع فقال حق لك ان تقضى وعن عمرانه قال اذا كان فى القاضى خمس خصال فقد كمل وان كان فيه اربع ولم يكن واحدة ففيه وصمة وان كان فيه ثلاث ولم يكن فيه اثنتان ففيه وصمتان قيل وماهى يا امير المؤمنين قال علم بما كان قبله وهو اشارة الى مابين فى حق المجتهد وقال نزهة عن الطمع وحلم على الخصم واستخفاف الملامة من الناس يعنى لايصغى القاضى فيما يفصل من القضاء الملامة من الناس فانه اذا خافها يتعذر عليه القضاء بالحق وهذا لانه لابد ان ينصرف احد الخصمين من مجلسه شاكيا بلوم القاضى مع اصدقائه على ما كان منه فاذا تفكر القاضى واشتغل بالعرض على الملامة يتعذر عليه فصل القضاء ولعله مقتبس من قوله تعالى (يجاهدون فى سبيل الله ولايخافون لومة لائم) قيل ومع هذا يستحب ان يتعذر للمقضى عليه ويبين له وجه قضائه لديه وان الحكم فى الشرع يقتضى القضاء عليه صيانة لعرضه من نسبة الجور اليه قال ومشاورة اولى العلم وفيه دليل على ان القاضى وان كان عالما ينبغى له ان لايدع مشاورة العلماء قال الله تعالى (وشاورهم فى الامر) وقال عز وجل (وامرهم شورى بينهم) وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم اكثر الناس مشورة لاصحابه وكان عمر يستشير الصحابة مع كمال فقهه حتى كان اذا رفعت اليه حادثة قال ادعوا لى عليا ادعوا لى زيد بن ثابت ادعوا لى ابى بن كعب وكان يستشيرهم ثم يفصل بما اتفقوا عليه وفى سنن ابى داود عن بريدة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاة ثلاثة اثنان فى النار وواحد فى الجنة رجل عرف الحق فقضى به فهو فى الجنة ورجل عرف الحق فجار فى الحكم فهو فى النار ورجل لم يعرف الحق فقضى الناس على جهل فهو فى النار وفى صحيح ابن عباس عن عائشة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يؤتى بالقاضى العدل

واما) يباح ان (يدخل فيه) اى فى القضاء (من يثق) بنفسه (عدله) واداء فرضه ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يا من على نفسه الحيف فيه وقيل يكره الدخول فيه مختارا والصحيح ان الدخول فيه رخصة والامتناع عنه عزيمة

يوم القيمة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى انه لم يقض بين اثنين فى تمرة واخرج الحاكم عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم من ولى عشرة فحكم بينهم بما احبوا اوكرهوا جىء به يوم القيمة مغلول يده الى عنقه فان حكم بما انزل الله ولم يرتش فى حكم ولم يخن فك الله عنه غله وان حكم بغير ما انزل الله وارتشى فى حكمه وخان فيه شدت يساره الى يمينه ثم رمى فى جهنم ولهذا اجتنب ابوحنيفة وصبر على الضرب والسجن حتى مات فيه قال البحر عميق فكيف اعبره بالسباحة فقال ابو يوسف البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال ابوحنيفة كانى بك قاضيا وقد اجتنبه كثير من السلف وقيد محمد بن الحسن نيفا وثلاثين يوما ليتقلده وقال مكحول لوخيرت بين ضرب عنقى وبين القضاء لاخترت ضرب عنقى رواه النسائى عنه هذا ويصح تقلده ولو من السلطان الجائر واهل البغى لان بعض الصحابة تقلدوه من معاوية بعد ماظهر الخلاف مع على وكان الحق مع على فى نوبته وبعض التابعين تقلدوه من الحجاج وكان جائرا فقد قال الحسن فى حقه لوجاء كل امة بخبثائها وجئنا به لغلبناهم ولكن انما يجوز التقلد من السلطان الجائراذا مكنه من القرباء بحق واما اذا لم يمكنه فلا لان المقصود لايحصل بالتقلد منه ويصح تولية المرأة عندنا وابطلها مالك والشافعى لان المرأة ناقصة العقل ليست اهلا للخصومة مع الرجال فى محافل الحكومة وقد قال عليه السلام لن يفلح قوم ولوا امرهم امرأة رواه البخارى والجواب ان ماذكرغاية مايفيد منع ان تستقضى وعدم حله والكلام فيما لوولیت واثم المقلد بذلك وحكمها خصمان فقضت قضاء موافقا لدين الله كان ينفذام لا لم ينهض الدليل على نفيه بعد موافقة ما انزل الله الاان يثبت شرعا سلب اهليتها وليس فى الشرع سوى نقصان عقلها ومعلوم انه لم يصل الى حد سلب ولايتها بالكلية الاترى انها تصلح شاهدة وناظرة فى الاوقاف ووصية على اليتامى مع ان عقل بعض النساء اوقوى من عقول كثير من الرجال وفى ادب القاضى للصدر الشهيد للسلطان ان يعزل بريبة وبغير ريبة اما بريبة فظاهر واما بغير ريبة فلما روى عن ابى حنيفة ان القاضى لا يترك على القضاء الا حولا لانه متى اشتغل بالقضاء اكثر من سنة نسى العلم وقال الشافعى واحمد يجوز عزله بخلله وقال مالك بشكوى احد ولو عزله بغير خلل منه لاينعزل فان كان احد صالح افضل منه جاز عزله وان كان دونه اومثله فان

كان لتسكين فتنة اولمصلحة اخرى جاز عزله والقضاة والولاة لاينعزلون بموت السلطان بلا خلاف ولو عزل القاضى نفسه ينعزل (ومن قلد القضاء سأل) اى طلب (ديوان قاض قبله) وهو الخرايط التى فيها نسخ السجلات وغيرها من الصكوك والمحاضر ونصب الاوصياء والقيم فى اموال الوقف وتقدير النفقات وهذا لان القاضى يكتب نسختين احديهما فى يد الخصم والاخرى يكون فى يد القاضى ربما يحتاج اليها لمعنى من المعانى وما فى يد الخصم لايؤمن عليه من الزيادة والنقص فيبعث القاضى عدلين اوعدلا واحدا ليقبض ديوان القاضى المعزول بحضرته اوبحضرة امينه (ولايعمل) القاضى المتولى (فى المحبوس) المنكر (بقول المعزول) بل بالبينة فان لم يكن بينة نادى من له حق على فلان فليحضر مجلس القضاء فان لم يحضر احد خلى سبيله واخذ منه كفيلا وانما لا يعمل بقول المعزول لان قوله حينئذ شهادة وشهادة الفرد ليست بحجة لاسيما اذا كانت على فعل نفسه (وكذا فى غلة الوقف والوديعة) لايعمل بقول المعزول ان وديعة فلان دفعتها الى هذا الرجل وهو منكر بل يعمل بالبينة (الا اذا اقر ذواليد بالتسليم منه) اى بالاخذ من المعزول لان ذاليد اقر بان اليد كانت للمعزول ولوكان المال فى يد المعزول يقبل اقراره فيه فكذا اذا كان فى يد مودعه لان يد المودع كيد المودع (ويقرض) القاضى (مال اليتيم) وكذا مال الغائب لان فى اقراضه مصلحة لليتيم ونحوه وهى بقاء ماله محفوظا ويكتب الصك تذكرة للحق قيد بالقاضى لان الوصى لايقرض مال اليتيم لعجزه عن الاستخلاص فربما يجد المستقرض ولايجد شهودا يوافقونه على اداء الشهادة ولو وجد فلا كل بينة تعدل ولاكل قاض يعدل وفى الجثو بين يدى القاضى ذل فكان اضرارا بالصغار بهذا الاعتبار وكذا الاب فى اظهر الروايتين ولو اخذ الاب مال الابن قرضا لنفسه قالوا يجوز وروى الحسن عن ابى حنيفة انه لايجوز ويجوز للقاضى ان يحكم بعلمه عندنا كما يحكم بعلمه بعد ثبوت البينة وهو قول الشافعى ورواية عن مالك واحمد وقال الشافعى فى قول ومالك واحمد فى ظاهر مذهبه لا يحكم لانه يتهم فى الحكم بعلمه كالحكم لولده ولو رأى شيئا قبل ان يقلد القضاء اوفى غير مصره الذى هو قاضيه لايحكم عند ابى حنيفة ومالك ويحكم عند ابى يوسف ومحمد والشافعى فى قول واحمد فى رواية لان العلم حاصل له كعلمه فى حال قضائه اوفى مصره ولابى حنيفة انه علم شهادة لاعلم قضاء فلا

(ومن قلد القضاء سأل ديوان قاض) كان (قبله) وديوان القاضى الخرائط التى فيها نسخ السجلات والصكوك والمحاضر ونصب الاوصياء والقيم فى اموال الوقف وتقدير النفقات ونظر فى حال المحبوسين فمن اقر بحق او انكر فقامت عليه بينة الزمه اياه (ولا يعمل فى المحبوس بقول) القاضى (المعزول) لانه صار كواحد من الرعايا وشهادة الواحد لاتقبل وان لم يقر المحبوس بحق ولم يقم البينة على المنكر لم يعجل بتخليته حتى يامر ان ينادى من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبين فلان فان حضر فبها وان لم يحضر احد تأنى فى ذلك اياما على حسب مايرى ثم اخذ من المحبوس كفيلا واطلقه القاضى (وكذا) لايعمل بقول المعزول (فى غلة الوقف والوديعة) اى لايقبل قول المعزول بان قال هذا وديعة فلان دفعتها الى هذا الرجل وهو ينكر (الا اذا اقر ذواليد بالتسليم منه) اى المعزول فح يأخذ بقول المعزول الوديعة ويسلم الى الذى اقر المعزول انه له (ويقرض مال اليتيم) ويكتب الصك ويحفظه فى ديوانه وكذا يملك القاضى اقراض مال الغائب

(ويجلس فى المسجد للقضاء جلوسا ظاهرا (والجامع اولى لجلوسه الظاهر) لان محل مجلس القضاء ينبغى ان لايكون مخفيا والجامع اشهر المواضع وقال الشافعى رحمه الله يكره الجلوس فى المسجد

يصير موجبا الا بلفظ الشهادة والعدد (والجامع) الذى فى وسط البلد (اولى) من داره (لجلوسه الظاهر) وهو الجلوس الذى ياتى الناس فيه لقطع الخصومات كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين فى البلد والحاصل ان جلوسه للحكم فى اشهر الاماكن ومجامع الناس بلا حاجب ولا بواب افضل ولو جلس فى اى مكان شاء جاز وقال الشافعى يكره الجلوس فى المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس والحائض وهى ممنوعة عن دخوله ولنا ان النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى المسجد الجامع وكذلك الصحابة والتابعون لما فى الصحيحين عن سهل بن سعد فى قصة اللعان ان رجلا قال يارسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا الى ان قال فتلاعنا فى المسجد وانا شاهد ولما اخرجه الجماعة الا الترمذى عن كعب ابن مالك انه تقاضى ابن ابى حدرد دينا كان عليه فى المسجد فارتفعت اصواتهما حتى سمعهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى بيته فخرج اليهما حتى كشف سجف حجرته فنادى يا كعب قال يارسول الله فاشار بيده ان ضع الشطر من دينك قال كعب قد فعلت يارسول الله قال قم فاقضه والسجف بفتح السين وكسرها الستر وفى البخارى ولاعن عمر عند منبر النبى صلى الله عليه وسلم وقضى شريح والشعبى ويحيى بن يعمر فى المسجد وقضى مروان على زيد بن ثابت باليمين عند المنبر واخرج ابن سعد فى الطبقات عن ربيعة ابن ابى عبد الرحمن انه رأى ابا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يقضى فى المسجد عند القبر وكان على القضاء بالمدينة فى ولاية عمر بن عبد العزيز واخرج ايضا عن سعيد بن مسلم بن فاتك قال رأيت سعد بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضى فى المسجد وكان قد ولى قضاء المدينة واما استدلال صاحب الهداية بقوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم غير معروف وانما المحفوظ فى مسلم حديث انس فى بول الاعرابى فى المسجد قال انس ثم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دعاه فقال ان هذه المساجد لاتصلح لشىء من هذا البول ولا القذر انما هى لذكر الله عزوجل والصلوة وقراءة القرآن ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها فى المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك فى اعتقاده فلا يمنع من دخوله والحايض تخبر بحالها فيخرج القاضى اليها اوتبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة فى دابة ويستحب له ان يقعد مع اهل العلم ويجلسهم قريبا منهم للمشورة وكذا اهل العدل

للشهادة

الشهادة بخلاف الاعوان فان بعدهم اولى لحصول الهيبة ولايقضى فى حال شغل قلبه بشىء فلا يقضى وهو غضبان اوفرحان اوجائع اوعطشان اومهموم اونعسان اوحاقن اومتالم من حر اوبرد وينبغى ان يتخذ مترجما ثقة ليبين له مالايعرفه من لسان الخصم لانه عليه السلام امر زيد بن ثابت ان يتعلم العبرانية وكان يترجم لرسول الله صلى الله عليه وسلم عمن كان يتكلم بين يديه بتلك اللغة وكذا يتخذ كاتبا امينا عدلا صالحا ورعا (ولا يقبل) القاضى من احد (هدية) وهو ما يعطى لاجل المحبة (الا من ذى رحم محرم) لانه من صلة الرحم (او) من (من اعتاد مهاداته قبل القضاء) لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا (قدرا عهد) من ذلك المهدى حتى لو زاده عليه لا يقبل الزيادة (اذا لم يكن لهما) اى لذى الرحم المحرم ولمن اعتاد الاهداء للقاضى قبل القضاء (خصومة) حتى لو كان لاحدهما خصومة لايقبل القاضى هديته ما دامت الخصومة لانها حينئذ لاجل القضاء فيكون من الرشوة (ولا يحضر) القاضى (دعوة) لاحد ولو كان صاحبها ذا رحم محرم من القاضى (الا) دعوة (عامة) لتحقق التهمة فى الخاصة وانتفائه فى العامة وفى الكفاية لو كان صاحب الدعوة خصما لايحضر القاضى دعوته ولو كانت عامة والخاصة هى التى لو علم صاحبها ان القاضى لا يحضرها لا يصنعها وقيل ما كانت لغير عرس اوختان والعامة خلافها واجازله محمد حضور دعوة قريبه الخاصة كالعامة وعيادة المريض وشهادة الجنائز اذا لم يكن لهم ولا عليهم دعوى وابو حنيفة وابو يوسف منعاه منها لمكان التهمة (ويسوى) القاضى (بين الخصمين جلوسا) بين يديه غير متربعين ولا مقعين ولا محتبين ويكون بينهما وبين القاضى قدر ذراعين ولا يقعد احدهما من الجانب اليمين والآخر من الجانب اليسار لان جانب اليمين افضل والقلب اليه اميل يفعل ذلك مع الشريف والضعيف والاب والابن والخليفة والرعية واذا سوى بينهما وحكم بالحق ولكنه يجد فى قلبه الميل الى احدهما فلا باس به لان ذلك لاقدرة له عليه كما فى القسم بين النساء (واقبالا) اى توجها والتفاتا لقوله عليه السلام من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهم فى المجلس فى الاشارة والنظر ولا يرفع صوته على احد الخصمين اكثر من الآخر رواه اسحاق بن راهويه فى مسنده من حديث ام سلمة واخرجه الدار قطنى عن النبى صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم فى لحظه واشارته ومقعده روى عن

(ولا يقبل هدية) فان هدايا الامراء غلول (الا من ذى رحم محرم) لانه من صلة الرحم وفى ردها قطعها (اوممن) جرت (عادته) قبل القضاء (مهاداته) لانه لا يصير اكلا بالقضاء بل باعتبار المعتاد بينهما (قدرا عهد) ولو زاد المهدى على المعتاد يرد الزيادة (اذا لم يكن لهما خصومة) ولو كان للقريب خصومة لايقبل هديته وكذا لو وقعت لمن اعتاد المهاداة خصومة لايقبل ايضا للتهمة (ولا يحضر دعوة الا) اذا كانت (عامة) الصحيح ان المضيف لو علم ان القاضى لا يحضر الدعوة لا يتخذها فهى خاصة وان كان يتخذها عامة وان كان بين القاضى والمضيف قرابة يجيبه وان كانت الدعوة خاصة لان اجابة دعوته صلة الرحم كذا ذكره الخصاف وذكر الطحاوى ان على قول ابى حنيفة لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد رحمهما الله يجيب كالهدية (ويسوى بين الخصمين) اذا حضرا (جلوسا واقبالا) لقوله عليه السلام اذا ابتلى احدكم بالقضاء فليسو بينهما فى المجلس والاشارة والنظر

عمر انه كتب الى ابى موسى عبدالله بن قيس الاشعرى ان آس بين الناس فى عدلك ووجهك ومجلسك حتى لا يطمع شريف فى حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك (ولا يسار احدهما) اى لا يكلمه سرا (ولا يضيفه) اى لايصنع القاضى لاحدهما ضيافة قيد بالاحد لانه لو سارهما معا او اضافهما معا لابأس به كذا قاله الشارح وفى جواز مسارتهما معا نظر ظاهر اذ لا يخلو عن تهمة وريبة لكل منهما (ولا يضحك) من احدهما (ولا يمزح معه) بل ولا معهما لان كلا منها يذهب مهابة القضاء (ولا يشير اليه) لانه بذلك يجترىء الخصم لديه (ولا يلقنه حجة) لان فيه تهمة وكسر قلب الآخر وربما ادى الى ترك حقه (ولا يلقن) القاضى الشهادة بقوله (اتشهد بكذا وكذا) لان فيه اعانة احد الخصمين (واستحسنه ابو يوسف فيما لاتهمة فيه) لان الشاهد قد يهاب مجلس القاضى فيحصر فكان فى تلقين الشاهد احياء للحق (ويحبس) القاضى (الخصم مدة رأها مصلحة) ليظهر حاله ان كان يخفيه وقيل شهرا وهو اختيار الطحاوى لان ما زاد فى حكم الآجل وما دونه فى حكم العاجل وقيل شهرين وقيل ثلاثة وقيل اربعة الى ستة اشهر روايات عن ابى حنيفة والصحيح ما فى المتن لان من الاشخاص من يرى حبسه فى زمان طويل ايسر من اعطاء ما عليه من مال قليل وصفة الحبس ان يكون فى موضع ليس فيه فراش ولا وطاء ولا يدخل عليه احد يستانس به ولا يخرج لجماعة ولا لجمعة ولا لجنازة ولا اعطى كفيلا ولا لموت قريب الا اذا لم يوجد من يجهزه ولو مرض مرضا اضناه لا يخرج ان كان له من يخدمه ولو احتاج الى الجماع لايمنع من دخول امرأته اوجاريته عليه ان كان فى السجن موضع سر لان اقتضاء شهوة الفرج كاقتضاء شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطى من فضول الخوايج والحبس ثابت بالكتاب وهو قوله تعالى (اوينفوا من الارض) والمراد بالنفى الحبس وبالسنة فانه حبس عليه السلام رجلا فى تهمة رواه ابو داود وزاد الترمذى والنسائى ثم خلى عنه ولم يكن فى عهده عليه السلام وعهد ابى بكر سجن وانما كان يحبس فى المسجد او الدهليز بالربط حتى اشترى عمر دارا بمكة باربعة آلاف درهم فاتخذه محبسا وقيل بل لم يكن فى زمن عمر ولا عثمان الى زمن على فبنى سجنا وسماه نافعا فانفلت الناس منه فبنى آخر وسماه محبسا (بطلب ولى الحق) حبسه لانه يحبس لاجل حقه فلابد من طلبه (ان امتنع) المديون (المقر عن الايفاء) بعد ما امر القاضى له بالاداء (اوثبت الحق بالبينة فيما لزمه) متعلق بيحبس (بعقد)

متعلق

(ولا يسار احدهما ولا يضيفه) ولو اضاف الخصمين جميعا فليس به باس ففى المبسوط لاينبغى ان يضيف احد الخصمين الا ان يكون معه خصمه (ولا يضحك) فى وجه احدهما لانه يجترء على خصمه (ولا يمزح معه) ولا مع غيره لانه يذهب بمهابة القضاء (ولا يشير اليه) لان فى الاشارة الى احدهما كسر قلب الآخر (ولا يلقنه حجة) لانه اعانة لاحد الخصمين (و) كذا (لا يلقن الشاهد) بقوله (اتشهد بكذا وكذا واستحسنه) اى تلقين الشاهد (ابو يوسف رحمه الله) فان الشاهد قد يحصر فى الكلام لمهابة مجلس القاضى فيترك لفظ الشهادة او الاشارة فكان تلقينه احياء لحقوق المسلمين (فيما لاتهمة فيه) بان لا يستفيد بتلقينه زيادة علم (و) اذا اثبت المدعى الحق عند القاضى (يحبس الخصم) كالغريم (مدة راها (القاضى) مصلحة فالصحيح ان التقدير فى الحبس مفوض الى رأى القاضى لان الحبس للانضجار وذا مما يختلف فيه احوال الناس وقيل يحبسه شهرين او ثلاثة اشهر وعن ابى حنيفة انه مقدر بشهر واحد وعنه بستة اشهر وعنه باربعة اشهر (بطلب ولى الحق) حبس الخصم (ان امتنع المقر) بالحق (عن الايفاء) بعدما امره القاضى بالايفاء (او ثبت الحق بالبينة فانه اذا ثبت بالبينة ظهر مطله بانكاره فحبسه كما ثبت لان الحبس جزاء الظلم والمطل يصير ظلما لقوله عليه السلام مطل الغنى ظلم واما اذا ثبت الحق بالاقرار لم يعرف مطله فى الحال فلا بد ان يأمره القاضى بالايفاء فاذا امتنع حبس (فيما) اى فى الدين (لزمه بالعقد)

متعلق بلزم (كالكفالة) لان التزامه المال باختياره دليل على يساره ظاهرا اذ العاقل لا يلتزم ما لا يقدر على اداءه (اوبدل مال) عطف على بعقد اى وفيما لزمه بدل مال (حصل له) كثمن المبيع وبدل القرض لان دخول المال فى يده مثبت لغناه (وفى نفقة عرسه) المقدرة لانه بالامتناع عن الانفاق عليها صارظالما (وفى نفقة ولده) لانها لاحياءه (لا فى دينه) اى لايحبس الوالد فى دين عليه لولده لان الحبس عقوبة فلا يقع من الولد على والده اكراما وكذا الوالدة والجد والجدة وان علوا كالحدود والقصاص الا اذا ابى من الانفاق عليه طفلا وكذا كل من وجبت عليه نفقة من جد اوجدة لانها تسقط بمضى الوقت فلو لم يحبس عليها تفوت بخلاف سائر الديون (وفى غيرها) اى غير هذه الاشياء كضمان المتلفات وارش الجنايات ونفقة الاقارب (لا) اى لا يحبس القاضى الخصم (اذا ادعى فقره) لعدم وجود امارة تدل على غناه (الا اذا قامت بينة) من المدعى (بضده) اى بضد فقر الخصم وهو غناه فلو قال لغناه لكان اظهر فى مدعاه والمعنى فحينئذ يحبسه بقدر ما يرى لانه مدعى الفقر وهو متمسك بالاصل اذ الآدمى حين يولد لا مال له فكان القول له مالم يكذبه الظاهر كما فى مالزم بعقد اوبدل مال واختيار الخصاف وهو مروى عن الاصحاب ان القول لمن عليه الدين سواء كان بدل مال اولالان الفقر اصل والغنى عارض فاحتيج الى اثباته ثم بعد ذلك يسال القاضى جيرانه واهل الخبرة به عن ماله احتياطا لاحتمافان شهد شاهدان عنده انه قادر على قضاء الدين ابد حبسه وان لم يظهر له مال بان قالوا انه ضيق الحال اطلقه لقوله تعالى (وان كان ذوعسرة فنظرة الى ميسرة) ولورأى ان يسأل عنه قبل مضى مدة الحبس كان له ذلك واما السؤال قبل الحبس وقبول بينة الاعسار فعن محمد يقبل وبه افتى محمد بن الفضل واسماعيل بن حماد ابن ابى حنيفة وهو قول الشافعى والاكثر انها لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك وهو الاصح فان بينة الاعسار بينة على النفى فلا تقبل حتى تتاييد بمؤيد وبعد مضى المدة تاييدت اذالظاهر انه لوكان له مال لم يتحمل ضيق السجن ومرارته ولو طلب المديون يمين المدعى انه لا يعلم انه معسر حلفه فان نكل اطلقه ولو قبل الحبس وان حلف حبسه ولغريمه ملازمته بعد خروجه من الحبس واخذ فضل كسبه عند ابى حنيفة لعدم تحقق القضاء بالافلاس عنده اذالمال غاد

(كالكفالة والمهر المعجل) فان التزام المال باختياره دليل يساره اذالظاهر انه لايلتزم الامايقدرعلى اداءه(اوبدل مال حصل له) كالثمن والقرض فانه ظهرت قدرته بمادخل فى ملكه (و)كذا يحبس الزوج(فى نفقة عرسه) يحبس الاب الابى(فى نفقة ولده)لان النفقة لحاجة الوقت فهو بالمنع قصدفى اهلاكه(لا) يحبس الاب(لدينه)اى لدين الولد لان الحبس نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده بخلاف نفقة الولد فانها لدفع هلاكه (وفى غيرها)اى فى غيرما لزمه بعقد الى الاخرمثل اعواض المغصوبات ومثل الديات وارش الجنايات وضمان اعتاق العبد المشترك وبدل الكتابة (لا) يحبس (ان ادعى فقره) وقال انى فقير لان الاصل فى الادمى الفقر مالم يظهر منه امارة الغنى(الا اذا قامت بينة بضده) اى بالغنى فح يحبس

ثم شرع فيما يفعله القاضى اذا كان الخصم حاضرا واذا لم يكن فقال (واذا شهدوا على خصم حاضر حكم بها) اى بالشهادة لوجود الحجة (وكتب به) اى بالحكم (وهو) اى كتاب الحكم (السجل) فيكتب القاضى حكمت بذلك اوثبت هذا عندى فان هذا حكمه (و) اذا شهدوا على الغائب لا (يحكم) اذ لا يصح القضاء على الغائب (بل يكتب كتابا حكميا) وهو كتاب القاضى الى القاضى بالحقيقة هو نقل الشهادة (ليحكم) القاضى (المكتوب اليه) ويشترط ان يكون الكتاب من معلوم الى معلوم فى معلوم من المدعى المعلوم على المدعى عليه المعلوم وهو مقبول فى كل الحقوق كالدين و النكاح بان ادعى رجل نكاحها على امرأة او بالعكس واراد كتاب القاضى الى القاضى بذلك والطلاق بان ادعت امرأة طلاقا على زوجها او النفقة والشفعة والوكالة والوصية والورثة والقتل اذا كان موجبه المال والنسب عن الحى والميت والغصب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين والدين يعرف بالوصف ولا يحتاج فيه الى الاشارة وكذا فى العقار لانه يعرف بالتحديد ولا يحتاج فيه الى الاشارة ولا يقبل فى الاعيان المنقولة كالثياب والعبيد والاماء للحاجة الى الاشارة فيما ينقل عند الدعوى والشهادة وعن ابى يوسف انه يقبل فى العبيد دون الاماء لان الاباق يغلب فى العبيد دون الاماء (وعنه انه يقبل فيهما وعن محمد انه يقبل فى جميع ماينقل وعليه المتأخرون قال القاضى الاسبيجابى وعليه الفتوى (الا فى حد وقود) فانه لا يقبل فيهما كتاب القاضى الى القاضى لانه لاينفك عن الشبهة فلا يقبل فيما يسقط بالشبهات فاذا اقام المدعى عند القاضى الشهود انه كان له عبد فابق وهو اليوم فى يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وقيمته وسنه والدار التى جلب منها كتب القاضى شهادة الشهود لينتقل شهادتهم بالكتاب الى مجلس ذلك القاضى المكتوب اليه (فيقرأ) الكتاب (على الشهود) الذين ينقلون الكتاب الى القاضى المكتوب اليه ويشهدون لديه ان هذا كتاب الى فلان القاضى اويعلمهم بما فيه لانهم يشهدون عند الثانى ولا شهادة بدون العلم وهى باحد هذين الطريقين (ويختم عندهم) اى بحضرتهم كيلا يتوهم تغييره وهذا شرط عند ابى حنيفة

ورايج ولان وقوف الشهود على عسرته من حيث الظاهر فيصلح لدفع الحبس عن المديون لالابطال حق الغريم فى الملازمة ومنعاه من ملازمته واخذ فضل كسبه لان القضاء بالافلاس يصح عندهما فتثبت العسرة فيجب النظرة الى ان يقيم بينة على انه اكتسب مالا يفى بدينه كله اوبعضه فحينئذ يؤمر بحبسه ويقدم بينة اليسار على بينة العسار لانها تثبت امرا عارضا (واذا شهدوا على) خصم (حاضر حكم) القاضى لوجود الحجة (وكتب به) اى بحكمه (وهو) اى هذا المكتوب (السجل و) ان شهدوا (على غائب لا) اى لا يحكم القاضى لان القضاء على الغائب لا يجوز وكذا للغائب عندنا الا ان يكون له وكيل عنه اووصى ولومن جهة القاضى وجوز مالك والشافعى القضاء عليه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من انكر فاشتراط حضور الخصم زيادة عليه بلا دليل ولنا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلى حين استقضاه على اليمن لا تقض لاحد الخصمين لشىء حتى تسمع كلام الآخر علمت كيف تقضى رواه احمد وابوداود وغيرهما وفى نفوذ القضاء على الغائب روايتان ذكر شمس الائمة وشيخ الاسلام انه ينفذ وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ (بل يكتب كتابا حكميا ليحكم) القاضى (المكتوب اليه) وهذا الكتاب هو نقل الشهادة فى الحقيقة لان القاضى الكاتب لم يحكم بالشهادة وانما نقلها الى المكتوب اليه يحكم بها ولهذا يحكم المكتوب اليه برأيه وان خالف رأى الكاتب بخلاف السجل فانه ليس لاحد ان يخالفه ولا ان ينقض حكمه اذا كان فى فصل مجتهد فيه او متفق عليه (الا فى حد وقود) فلا يكتب فيهما كتابا حكميا وقال مالك واحمد يكتب فيهما لان الاعتماد على الشهود ولنا ان فى كتاب القاضى شبهة وهما لايثبتان معهما وفى ظاهر الرواية ان كتاب القاضى لا يقبل فى المنقولات لانها تحتاج الى الاشارة اليها عند الدعوى والشهادة بخلاف العقار وغيره من الحقوق لانها تعرف بالوصف وعن محمد انه يقبل فى جميع ما ينقل وعليه الفتوى وعمل المتاخرين وبه قال مالك واحمد والشافعى فى قول (فيقرأ القاضى) الكتاب (على الشهود) الذين ينقلون الكتاب الى القاضى المكتوب اليه ويشهدون لديه ان هذا كتاب الى فلان القاضى اويعلمهم بما فيه لانهم يشهدون عند الثانى ولا شهادة بدون العلم وهى باحد هذين الطريقين (ويختم عندهم) اى بحضرتهم كيلا يتوهم تغييره وهذا شرط عند ابى حنيفة

(على الشهود) الذين ينقلون كتابه وانما يقرأ عليهم ليعرفوا مافيه اذ لا شهادة بدون العلم (ويختم) الكتاب (عندهم) لئلا يتوهم التغيير

(ويسلم اليهم) وهذا عند ابي حنيفة ومحمد لان من اصلهما ان علم الشهود بما فى الكتاب والختم بحضرتهم شرط جواز بل القضاء بذلك وكذا حفظ ما فى الكتاب من وقت التحمل الى وقت الاداء شرط عندهما ولهذا يدفع اليهم كتاب اخر غير مختوم ليكون معهم معونة على حفظهم (وعن ابي يوسف رح ان شيئا من ذلك ليس بشرط) وهو قوله الاخر يكفى ان يشهد هم ان هذا كتابه وختمه وعنه ان الختم ليس بشرط) فسهل ذلك حين ابتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسى رحمه الله تعالى قول ابى يوسف (ثم) اذا وصل الكتاب الى القاضى (المكتوب اليه) نظر الى ختمه و (لا يقبله الا بحضور الخصم) لانه بمنزلة اداء الشهادة على الشهادة اذ الكاتب ينقل الفاظ الشهود بكتابه الى

المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة شهود الاصل بعبارته فكما لا يسمع الشهادة الا بحضرة الخصم فكذا لا يفتح الكتاب الا بحضرة الخصم (و) لا يقبل الكتاب الا باقامة (بينة) رجلين او رجل وامرأتين (على انه كتاب فلان القاضى قرأه علينا وختمه وسلمه الينا) لان الكتاب قد تزور و ينقل والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم فلا يثبت الكتاب الا بحجة تامة (فيفتحه ويقرأه على الخصم (ويلزمه ما فيه) لثبوت ما فى الكتاب عند القاضى المكتوب اليه وانما يقبله المكتوب اليه (ان بقى الكاتب قاضيا) حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب او بعده قبل القراءة لا يقبله (ولا يعمل به) اى بكتاب القاضى (غيره) اى غير القاضى المكتوب اليه من القضاة (الا اذا كتب) الى فلان بن فلان قاضى بلدة كذا وكتب (بعد اسمه والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين) لانه لما عرف الاول صحت كتابة القاضى اليه فيجعل غيره تبعا له ولو كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضى بلدة كذا الى كل من يصل اليه كتابى هذا من قضاة المسلمين لا يجوز عند ابى حنيفة ومحمد وعند ابى يوسف ان كتب على هذا ابتداء يقبل ايضا وجوز توسعا فيه لما ابتلى بالقضاء وقد قيل فى كيفيته ان يكتب قاضى بخارا الى قاضى سمرقند ان فلانا وفلانا ويذكر نسبهما شهدا عندى بان عبد فلان ويذكر نسبه المسمى بالمبارك ويذكر حليته ابق منه ووقع بسمرقند فى يد فلان ويذكر نسبه الى اخر الكتاب فاذا وصل الى قاضى سمرقند يحضر الخصم مع العبد ويفتحه بشرائطه فان لم تكن حليته كما كتب يتركه وان كانت كما كتب فالخصم ان ذهب الى بخارا فبها والا يسلم العبد الى المدعى لا على وجه القضاء ويأخذ منه كفيلا بنفس العبد ويجعل فى عنقه شيئا من الرصاص ويختمه صيانة عن التبديل عند شهادة الشهود ويكتب الى قاضى بخارا جواب كتابه وانه ارسل اليه العبد فاذا وصل الكتاب يحضر الشهود الذين شهدوا فى غيبة العبد ليشهدوا فى حضور العبد ويشيروا اليه انه ملك المدعى فاذا اعادوا اليه شهادتهم يقضى الكاتب به له ثم يكتب الى قاضى سمرقند ان يبرئ كفيله وفى بعض الروايات ان القاضى الكاتب لا يقضى بالعبد للمدعى بل يكتب الى قاضى سمرقند ان الشهود شهدوا بحضوره ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد ليحكم قاضى سمرقند على الخصم ويبرأ الكفيل عن كفالته وكتاب القاضى الى القاضى فى الجواري كذلك غير ان القاضى المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعى بل يبعث بها معه على يدامين

ومحمد والشافعى ومالك واحمد فى رواية (ويسلم اليهم) على قول ابى حنيفة ومحمد والى المدعى على قول شمس الائمة وهو المختار للفتوى (وعند ابى يوسف يكفى) ان هذا كتابه وختمه ان يشهدهم وبه قال مالك فى رواية (وعنه ان الختم ليس بشرط) فسهل فى ذلك لما ابتلى بالقضاء واختاره شمس الائمة السرخسى وما قال ابو حنيفة ومحمد احوط (ثم) القاضى (المكتوب اليه لا يقبل الا بحضور الخصم والبينة) اى الا بالبينة عند ابى حنيفة ومحمد (على انه كتاب فلان قرأه علينا وختمه وسلمه) لئلا يكون الكتاب زورا وقال ابو يوسف يقبل القاضى المكتوب اليه بلا بينة ولكن لا يعمل به الا بالبينة (فيفتحه) القاضى (ويقرأه) على الخصم (ويلزمه ما فيه) اذا ثبت عدالة الشهود عنده بان كان القاضى الاول كتب عدالتهم او كان المكتوب اليه يعرفهم بالعدالة او سأل من يعرفهم من الثقات فزكاهم (ان بقى الكاتب قاضيا) قيد به لان الكتاب يبطل بموت الكاتب وعزله وبكونه لم يبق اهلا للقضاء بان جن او ارتد او قذف فحد او عمى قبل وصول الكتاب الى الثانى او بعد وصوله قبل ان يقرأه وقال ابو يوسف واحمد لا يبطل (ولا يعمل به) اى بالكتاب (غيره) اى غير المكتوب اليه وان مات المكتوب اليه او عزل بل يبطل (الا اذا كتب بعد اسمه) اى اسم المكتوب اليه (والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين) وقال الشافعى واحمد يعمل به وان لم يكتب ذلك (وعند ابى يوسف ان كتب هذا) اى الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين (ابتداء) بان كتب من فلان ابن فلان الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين وحكامهم (يقبل) وبه قال الشافعى واحمد واستحسنه كثير من

(وان مات الخصم ينفذ) الكتاب (على وارثه) لقيامه مقام مورثه (والمرأة) تصلح ان (تقضى) فى كل شىء (الا فى حد وقود) كشهادتها فان حكم القضاء والشهادة واحد (ولا يستخلف قاض) على القضاء لان السلطان فوض اليه ورضى برأيه وعلمه وامانته دون غيره (و) هذا كما انه (لا يوكل وكيلا) بخلاف المأمور باقامة الجمعة مطلقا حيث يجوز له استخلاف غيره وان لم يؤذن به لانها على شرف الفوات لتوقته وضيق الوقت ولا كذلك القضاء (الا من فوض اليه ذلك) اى الاستخلاف والتوكيل بان يقول السلطان للقاضى ول من شئت ويقول الموكل للوكيل وكل من شئت (ففى المفوض اليه) الاستخلاف صار القاضى الثانى قاضيا من جهة السلطان لا من جهة هذا القاضى وفى المفوض اليه التوكيل صار الوكيل الثانى وكيلا من جهة الموكل لا من جهة الوكيل حتى ان (نائبه) وهو القاضى الثانى او الوكيل الثانى (لا ينعزل بعزله وبموته) وان كان المفوض اليه (موكلا) وانما قال ذلك لان فى الوكالة ينعزل الوكيل بموت مؤكله فاراد ان يصرح ان الوكيل ههنا لا ينعزل بموت مؤكله لانه ليس فى الحقيقة نائبه (بل هو) اى نائب المفوض اليه (نائب الاصل) وهو السلطان فى القضاء والموكل الاول فى التوكيل ففى التوكيل ينعزل بموت الاصل وهو الموكل الاول وفى القضاء لا ينعزل بموت الاصل وهو السلطان فلما كان الاشتباه فى التوكيل خص بالذكر الموكل واما القضاء فلا اشتباه ان النائب لا ينعزل بموت المنوب وهذا اذا لم يقل الخليفة للقاضى ول من شئت واستبدل من شئت ولم يقل المؤكل للوكيل مثل ذلك واما اذا قال ذلك فللقاضى والوكيل عزل النائب (وفى غيره) اى غير المفوض اليه (ان فعل نائبه عنده) وبحضوره (او) فعل بغيبته (لكن وصل الخبر اليه و) اجاز هو) اى غير المفوض اليه قضاء القاضى الثانى وتصرف الوكيل الثانى (او كان) المؤكل الاول (قدر الثمن فى) باب الوكالة صح فعل النائب لانه اذا فعل بحضوره ففعل النائب ينتقل اليه وكذلك اذا فعل بغيبته لكن وصل الخبر اليه فاجاز لانه اذا انضم رأيه الى رايه فكانه فعل بنفسه وكذا اذا قدر المؤكل الثمن اذ بتقدير الثمن حصل رايه

تقدير

المشايخ تسهيلا للامر على الناس وقال ابو حنيفة لا يقبل اخذا بالاحتياط (وان مات الخصم ينفذ) الكتاب (على وارثه) لقيامه مقامه (والمرأة تقضى) لانها من اهل الشهادة فيكون من اهل القضاء اذ كل منهما من باب الولاية وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يفلح قوم ولوا امرهم امرأة يدل على نقصان حال ذلك القوم لا على عدم جواز توليتها وقد سبق تحقيقه (الا فى حد وقود) لعدم جواز شهادتها فيهما (ولا يستخلف قاض قاضيا) لانه قلد القضاء دون ان يقلده لغيره ولان الامام رضى بقضائه دون غيره (ولا يوكل وكيل وكيلا) لان الموكل انما رضى بتصرفه دون غيره (الا من فوض اليه ذلك) اى الا القاضى المفوض اليه الاستخلاف والوكيل المفوض اليه التوكيل بخلاف المأمور باقامة الجمعة فانه يجوز له الاستخلاف فيها وان لم يفوض اليه ذلك لانه لما فوض اليه الجمعة مع علمه ان العوارض المانعة من اقامتها قد تعتريه ولا يمكن انتظار اذن الامام الاعظم لضيق الوقت كان الاذن باقامتها اذنا بالاستخلاف فيها دلالة (ففى المفوض) اليه الاستخلاف والتوكيل (نائبه لا ينعزل بعزله وموته موكلا) فى شرح الوقاية انما قال موكلا لان فى الوكالة ينعزل الوكيل بموت موكله فاراد ان يصرح بان الوكيل ههنا لا ينعزل بموت موكله لانه فى الحقيقة ليس نائبه بل هو نائب الاصل اما فى القضاء فلان النائب لا ينعزل بموت المنوب فخص الموكل بالذكر للاشتباه ولا اشتباه فى باب القضاء فلم يذكر (بل هو نائب الاصل) الا انه فى التوكيل ينعزل بموت الاصل وفى القضاء لا ينعزل وقال الشافعى واحمد اذا عزل القاضى المفوض اليه نائبه ينعزل لانه كوكيله والموكل يملك عزل وكيله ولنا انه لما صح الاستخلاف من جهة الامام كان نائبا عن الامام ولم يملك المفوض اليه عزله الا ان يقول الامام ول من شئت واستبدل من شئت (وفى غيره) اى غير المفوض (ان فعل نائبه عنده) اى بحضرته (او اجاز هو) ما فعل نائبه فى غيبته (او كان) الموكل الاول (قدر الثمن) فى الوكالة صح اما اذا فعل بحضوره ففعله ينتقل اليه واما اذا اجاز فعله فلانه صار كانه فعله واما اذا فعل بالثمن الذى قدر الاول فلحصول المقصود باستعمال رأيه فى

رأيه تقدير الثمن (وباعمل برأيك يوكل) الوكيل لاطلاق التفويض الى رأيه (والقضاء) اى قضاء القاضى (فى مجتهد فيه على خلاف مذهبه) اى (ناسيا اوعامدا الاينفذ) عند ابى حنيفة ومحمد وبه قال مالك والشافعى واحمد وعليه الفتوى لانه زاعم فساد قضائه فيؤاخذ بزعمه وقال ابو حنيفة ان كان ناسيا ينفذ وان كان عامدا ففيه روايتان وجه النفاذ انه ليس خطاء بيقين لان كل مجتهد لا يقطع بصواب اجتهاده وبه كان يفتى الصدر الشهيد والمرغينانى وفى الذخيرة الخلاف فى نفاذ القضاء وقيل فى حل الاقدام عليه وقال بعض المحققين والوجه فى هذا الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الالهوى باطل لالقصد جميل واما الناسى فلان المقلد ما قلده الا ليحكم بمذهبه لابمذهب غيره وهذا كله فى القاضى المجتهد واما المقلد فانما ولاه ليحكم بمذهب ابى حنيفة مثلا فلا يمكن المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم (وعلى وفاقه) اى القضاء على وفاق رأى القاضى (يجعل المختلف فيه مجمعا عليه) لان الخلاف الموجود قبل القضاء يرتفع باجماع العلماء على قول بعد اختلافهم على قولين فى العصر الذى قبله (فان عرض على) قاض (آخر يمضيه) سواء كان على رأيه اوعلى خلافه لان القضاء متى لاقى مجتهدا فيه ينفذ ولا ينقض باجتهاد آخر لان اجتهاد الثانى كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلاينقض بمادونه وشرطه ان يكون القاضى عالما باختلاف العلماء حتى اوقضى فى فصل مجتهد فيه وهولا يعلم بذلك لايجوز قضاؤه عند عامتهم ولا يمضيه الثانى كذا فى النهاية عن المحيط وقال شمس الائمة انه ظاهر الرواية (الافيما خالف الكتاب) اى ظاهره (او السنة المشهورة) اى مافاربت المتواترة (اوالاجماع) اى اتفاق الائمة فانه لا ينفذ قضاؤه ولاتنفيذ قاض آخر له لانه يكون حكما بلا دليل فيكون باطلا ولا يعود بالتنفيذ صحيحا فمخالف الكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عمدا ومخالف السنة المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد الزوج الثانى ومخالف الاجماع كالحكم ببطلان قضاء القاضى فى المجتهدات والمراد بالاجماع ماليس فيه خلاف يستند الى دليل شرعى والحكم بصحة نكاح المتعة وبعدم وقوع الطلاق الثلاث جملة وبعدم وقوع الطلاق على حبلى اوحايض اوقبل

(وباعمل برايك يوكل) اى اذا قال الموكل للوكيل اعمل برايك جاز له ان يوكل غيره (والقضاء فى مجتهد فيه على خلاف مذهبه) مثل ما اذا قضى الحنفى بجواز بيع المد بر المطلق (ناسيا لمذهبه (اوعامدا الاينفذ) عند ابيحنيفة وفى رواية عنه لاينفذ ان كان عامدا وعندهما الاينفذ فى الوجهين لانه قضاء بماهو خطاء عنده وعليه الفتوى كذا فى الهداية وفى الفتاوى الصغرى اذا قضى فى محل مجتهد فيه وهو لايرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند ابيحنيفة رحمه الله وعليه الفتوى وفى الفصول محالا الى المحيط والذخيرة اذا قضى القاضى فى فصل مجتهد فيه وهو لايعلم بذلك اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا اينفذ قضاؤه وعامتهم على انه لاينفذ وانما ينفذ اذا علم بكونه مجتهدا فيه وقال شمس الائمة السرخسى ان هذا ظاهر المذهب (و) القضاء فى مجتهد فيه (على وفاقه) اى وفاق مذهبه ينفذ ظاهرا وباطنا و(يجعل) الحكم (المختلف فيه) بين المجتهدين (مجمعا عليه) بينهم (فان عرض) هذا القضاء (على) قاض (اخر يمضيه) ولايجوز له ان يرده وان كان يرى غير ذلك لان الاجتهاد الثانى كالاول والاول قد تاييد باتصال القضاء به (الافيما) اى فى (حكم خالف الكتاب) كما اذا قضى قاض بشاهد واحد ويمين فانه يخالف قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونوا رجلين فرجل وامرأتان ومثل هذا انما يكون لقصر الحكم عليه بدليل قوله تعالى وذلك ادنى ان لا ترتابوا ولامزيد على الادنى (اوالسنة المشهورة) كالقضاء بحل مطلقة الثلثة بنفس نكاح الزوج الثانى بلا وطى على ذهب اليه السعيد ابن المسيب رحمهما الله فانه مخالف لحديث رفاعة وهو قوله عليه الصلوة والسلام حتى تذوقى من عسيلته وهو يذوق من عسيلتك (اوالاجماع) كالقضاء بحل متعة النساء لان الصحابة رضى الله تعالى عنهم قد اجمعوا على فساد ذلك وهذا اذا كان محل القضاء مختلفا فيه

الدخول وبيع ام الولد من هذا القبيل عند محمد خلافا لهما (وان كان نفس القضاء مختلفا فيه) مثل القضاء على الغايب وقضاء المحدود فى القذف بعد التوبة وقضاء الفاسق قبل التوبة (يصير مجمعا عليه بامضاء) قاض (آخر) لان محل الخلاف لم يوجد قبل القضاء بل وجد بعده فلابد من قضاء آخر للترجيح (والقضاء بحرمة اوحل ينفذ ظاهرا وباطنا) اى عند الله (ولو بشهادة زور) وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف اولا وقال محمد وابو يوسف آخرا كمالك والشافعى واحمد لا ينفذ بالزور الا ظاهرا وعليه الفتوى كما لوكان الشهود عبيدا اومحدودين فى قذف اوكفارا والمشهود له يعلم بحالهم دون القاضى اوكمالو قضى القاضى بنكاح الرجل على امرأة منكوحة اومعتدة لغيره وكما فى الاملاك المرسلة (اذا ادعاه بسبب معين) قيد به لان القضاء بحل وحرمة فى المدعى بلا سبب لا ينفذ الا ظاهرا بالاتفاق ثم معنى النفاذ ظاهرا ان تسلم المرأة نفسها له بقول القاضى سلمى نفسك فانه زوجك والنفاذ باطنا ان يحل له وطيها ويحل لها التمكين فيما بينها وبين الله تعالى ولنا ان القضاء لقطع المنازعة وقد عهد نفوذ القضاء بمثل ذلك فى الشرع الا ترى ان التفريق باللعان ينفذ باطنا واحدهما كاذب بيقين وكذا اذا اختلف المتبايعان وتحالفا يفسخ القاضى بينهما البيع فينفذ الفسخ باطنا حتى يحل للبائع وطى الجارية المبيعة فكذا فى باقى الفسوخ والعقود واما العبيد والكفار والمحدودون فى القذف فيمكن الوقوف عليهم بخلاف الشهود الزور وعدم النفاذ فى الحكم بنكاح منكوحة الغير اومعتدته لفوات شرط الحكم لا الزور الشهود اذ شرط الحكم ان يكون فى محل قابل له ومنكوحة الغير ومعتدته ليست بمحل للنكاح وانما لم ينفذ باطنا فى المدعى بلا سبب لان فى اسباب الملك تزاحما اذ الملك تارة تثبت بالشراء وتارة بالارث وغيره وليس تعين بعض اولى من بعض واثبات الملك مطلقا من غير سبب ليس فى وسع البشر بخلاف المدعى بسبب معين كالبيع والشراء والاجارة والنكاح والاقالة والفرقة بطلاق اوغيره وفى الهبة والصدقة روايتان احتج ابو حنيفة بما روى ان رجلا ادعى على امرأة نكاحا بين يدى على كرم الله وجهه واقام شاهدين فقضى على

الآن يرفع قضاؤه الى قاض اخر فيمضيه فحينئذ (يصير مجمعا عليه) (بامضاء قاض اخر) فبعد الامضاء ان رفع الى قاض اخر يجب عليه تنفيذه (والقضاء بحرمة) كما اذا زعمت المرأة وادعت على زوجها انه طلقها ثلثا واقامت على ذلك شهود الزور وقضى القاضى بالفرقة بينهما وتزوجت بزوج اخر بعد انقضاء العدة فعلى قول ابى حنيفة رحمه الله وهو قول ابى يوسف رحمه الله الاول لايحل للزوج الاول وطيها ظاهرا وباطنا ويحل للزوج الثانى وطيها ظاهرا وباطنا علم بحقيقة الحال ان الزوج الاول لايطلقها بان كان الزوج الثانى احد الشاهدين اولم يعلم بحقيقة الحال بان كان الزوج الثانى اجنبيا واما على قول ابى يوسف الاخر وهو قول محمد لايحل للزوج الثانى وطيها اذا كان عالما بحقيقة الحال وان لم يعلم بحقيقة الحال يحل له وطيها وهل يحل للاول وطيها ام لا على قول ابى يوسف الاخر لايحل مع انه لايقع الفرقة باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس لا عند الله فيحد ونه وذكر شيخ الاسلام ان على قول ابى يوسف الاخر يحل للاول وطيها سرا وعلى قول محمد يحل للاول مالم يدخل بها الثانى فاذا دخل بها الثانى فالان لايحل للاول وطيها سواء كان الثانى يعلم بحقيقة الحال اولم يعلم (وحل) كما اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهى تجحد واقام عليها شاهدى زور وقضى القاضى بالنكاح بينهما حل للرجل وطيها وحل للمرأة التمكين عنه عند ابى حنيفة وابى يوسف فى قوله الاول رحمهما الله وعند محمد وابى يوسف رحمهما الله فى قوله الاخر لايحل لهما ذلك (ينفذ ظاهرا) ونعنى بالنفاذ ظاهرا ان يسلم القاضى المرأة الى الرجل ويقول سلمى نفسك اليه فانه زوجك (وباطنا) ونعنى بالنفاذ باطنا ان يحل له وطيها ويحل له التمكين فيما بينهما وبين الله تعالى (ولو) كان القضاء (بشهادة زور) كما ذكرنا فيجعل قضاء القاضى بمنزلة انشاء العقد وهذا اذا ادعاه بسبب معين بان ادعى جارية بسبب الشراء من رجل او ادعى على امرأة نكاحا اما اذا ادعى ملكا مطلقا بان ادعى جارية انها ملكه ولم يذكر السبب واقام بينة وقضى القاضى لها لايحل لوطيها بالاجماع

بالنكاح بينهما فقالت المرأة ان لم يكن بد يا امير المؤمنين فزوجنى منه فانه لا نكاح بيننا فقال على شاهداك زوجاك فقد طلبت منه ان يعفها عن الزنا بان يعقد النكاح بينهما فلم يجبها الى ذلك ولو لم ينعقد بينهما بقضائه لما امتنع من تجديده عند طلبها ورغبة الزوج فيها وانما لم يجبها لذلك لترجيح قول الشهود على قولها واتهامها بالكتاب اذ مثله لا يقضى الا بشهود عدول ولهم قوله تعالى (ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتاكلوا فريقا من اموال الناس بالاثم وانتم تعلمون) فقد نهى الله عن اكل مال الغير بالباطل محتجا بحكم الحاكم فهو تنصيص على ان قضى القاضى له بالشراء بشهادة الزور لايحل له تناوله ويكون ذلك منه اكلا بالباطل وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم انما انا بشر وانكم تختصمون الى ولعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من بعض فاقضى له على نحو ما اسمع منه فمن قضيت له بشىء من حق اخيه فلا ياخذنه فانما اقطع له قطعة من نار متفق عليه (ولا يقضى) القاضى (على غائب) لما سبق (الا بحضرة نائبه حقيقة) وهو وكيله (او) نائبه (شرعا كوصى القاضى او) نائبه (حكما بان كان ما يدعى على الغائب لا محالة) اى بيقين (سببا لما يدعى على الحاضر) كما لو ادعى عينا فى يد غيره انه اشتراها من فلان الغائب واقام البينة على ذى اليد بعد انكاره وقضى به ثم حضر الغائب وانكر لايلتفت الى انكاره واما احتمال السببية كما اذا قال لامرأة ان زوجك الغائب وكلنى بان احملك اليه فاقامت البينة انه طلقها ثلاثا فانه لا يقضى بالطلاق على الغائب لانه يحتمل ان يكون وكيلا بالحمل بعده وان يكون وكيلا بالحمل قبله فلما كان سببا من وجه يقضى بقصر يد الوكيل ولا يقضى بالطلاق كذا فى الفصول العمادية (لا) اى لا يكون الحاضر نائبا عن الغائب (ان كان) ما يدعى على الغائب (شرطا) لما يدعى على الحاضر كما لو قال رجل لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق ثم ان امرأة ادعت على الحالف ان فلانا طلق امرأته وفلان غائب واقامت البينة لاتقبل منها هذه البينة ولا يحكم بوقوع الطلاق عند عامة المشايخ بخلاف ما لو قال اذا دخل فلان الغار فانت طالق وبرهنت على دخول فلان وهو غائب حيث يقبل ويحكم بوقوع الطلاق لان هذا ليس بقضاء على الغائب اذ ليس فيه ابطال حق له وافتى بعض المتاخرين بقبول البينة ووقوع الطلاق فى المسئلة الاولى منهم فخر الاسلام لان دعوى المدعى كما يتوقف

اى من يقوم مقامه (حقيقة) اى بانابته المؤكل (كوكيله اوشرعا) اى بانابة القاضى (كوصى) من جهة (القاضى) وفى المسخر من جهة القاضى اختلاف الروايتين وفى الذخيرة اذا نصب القاضى مسخرا عن الغائب لايجوز ولو حكم عليه لايجوز حكمه عليه وتفسير المسخر من جهة القاضى ان ينصب وكيلا من جهة الغائب ليسمع الخصومة عليه (اوحكما) اى من يقوم مقامه من حيث الحكم والشرع (بان كان مايدعى على الغائب سببا لمايدعى على الحاضر) فانتصب الحاضر خصما شرعا عنه وصار القضاء كالقضاء على الغائب كما اذا ادعى دارا فى يد رجل انها داره اشتراها من فلان الغائب وهو مالكها والبكر ذواليد وقال الدار دارى واقام المدعى بينة على دعواه قبلت بينته ويقضى له ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب وينتصب الحاضر خصما عن الغائب حتى لو جاء وحضر الغائب وانكر لايلتفت الى انكاره لان مايدعى الى الغائب وهو الشراء منه سبب لثبوت مايدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب له لامحالة (لا) يكون الحاضر نائبا عن الغائب (ان كان) مايدعى على الغائب (شرطا) لمايدعى على الحاضر وهذا قول عامة المشايخ فاما على قول بعض المتاخرين فالشرط اعتبار ايضا كما للسبب لان دعوى المدعى كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط ايضا وصورته رجل قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق ثم ان امرأة الحالف ادعت على الحالف ان فلانا طلق امرأته وفلان غائب واقامت البينة لاتقبل منها هذه البينة ولايحكم بوقوع الطلاق وقد افتى بعض المتأخرين بقبول هذه البينة عليها وانما لايقضى على الغائب فى صورة الشرط اذا كان الشرط يتضرر به الغائب ويكون فيه ابطال حق الغائب اما اذا كان الشرط لايتضمن ضررا كما لو قال لامرأته ان دخل فلان الدار فانت طالق ثم ان المرأة اقامت البينة على ان فلانا دخل الدار وفلان غائب تقبل هذه البينة ويحكم بوقوع الطلاق عليها (وصح تحكيم الخصمين

من صلح قاضيا) اى يشترط فى المحكم اهلية القضاء (فى غير حد وقود) فالواو التحكيم فى جميع المجتهدات كالكنايات بانها رواجع وفسخ اليمين بالطلاق المضاف ونحوهما وتخصيص المجتهدات بالذكر ليس لنفى الحكم عما عداها فان ما ليس للاجتهاد فيه مساغ كالثابت بالكتاب او السنة المشهورة او الاجماع لا شك فى صحة التحكيم فى ذلك فذكر المجتهدات ليدل على ان غيرها بالطريق الاولى واذا صح التحكيم فى جميع القضايا لا يفتى بذلك ويقال يحتاج الى حكم المولى لان العوام يتجاسرون على ذلك فيقل الاحتياج الى القاضى (ولزمهما) اى الخصمين (حكمه) بالبينة او بالنكول او الاقرار (وصح اخباره باقرار احدهما) اى احد الخصمين (وبعدالة الشاهدين حال ولايته) يعنى لو قال المحكم لاحدهما قد اقررت عندى لهذا بكذا وكذا وقامت عندى عليك بينة لهذا بكذا وكذا فعدلوا عندى وقد الزمتك ذلك وحكمت عليك به لهذا وانكر المقضى عليه ان يكون اقر عنده بشئ او قامت البينة عليه بشئ لم يلتفت الى قوله لان اخباره حال ولايته قائم مقام شهادة رجلين كالقاضى المولى اذا قال فى حال ولايته وقضاه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك او ببينة قامت عندى عليك على كذا فانه يصدق فى ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضى عليه فكذا ههنا الا ان يخرجه من الحكم ويعزله عنه قبل ان يقول حكمت عليك ثم قال المحكم بعد ذلك حكمت عليك لم يصدق لانه التحق به بواحد من الرعايا فلا بد من الشاهد الآخر وكذا لا يقبل اخباره بعد الحكم بانه حكم لانه اذا حكم ينعزل فلا يقبل اخباره (ولكل واحد منهما ان يرجع) عن ذلك (قبل حكمه) لانه محكم من جهتهما فيتوقف حكمه على رضاهما (فان رفع حكمه الى قاض امضاه ان وافق مذهبه) وان خالفه ابطله فليس حكم المحكم مثل حكم المولى فى ان المختلف فيه يصير مجمعا عليه لان المحكم له ولاية على المحكمين ولا ولاية له على غيرهما واما القاضى المولى فله ولاية على كل الناس فكان قضاؤه حجة فى حق كل الناس فلا يكون للقاضى الآخر ان يرده اذا صادف محله بان يكون فصلا مجتهدا فيه

على السبب يتوقف على الشرط والاصح خلافه وبه كان يفتى المرغينانى وقال الشافعى يجوز الحكم على الغائب عن البلد وعن مجلس الحكم اذا كان مستترا فى البلد قولا واحدا وبه قال مالك واحمد وللشافعى فى الغائب عن مجلس الحكم غير مستتر فى البلد قولان اصحهما انه لا يحكم بدون حضوره وبه قال مالك واحمد لان فى المستتر تضييع الحقوق وفى غيره لا والثانى ان يحكم عليه لوجود الحجة وظهور الحق ولنا ان القضاء لقطع المنازعة ولا منازعة بدون الانكار ولم يوجد واما قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة ابى سفيان خذى من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف فلم يكن قضاء على ابى سفيان بل كان فتوى لها (وصح تحكيم الخصمين) لقوله تعالى (فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها) ولعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحكيم سعد بن معاذ فى بنى قريظة بسبى ذراريهم وقتل مقاتليهم كما فى الصحيح ولما قال ابو شريح يا رسول الله ان قومى اذا اختلفوا فى شئ اتونى فحكمت بينهم فرضى عنى الفريقان فقال صلى الله عليه وسلم ما احسن هذا رواه النسائى وروى انه كان بين عمر وابى بن كعب منازعة فى نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فاتياه فخرج زيد وقال لعمر هلا بعثت الى فاتيتك يا امير المؤمنين فقال عمر فى بيته يؤتى الحكم فدخلا بيته فالقى لعمر وسادة فقال عمر هذا اول جورك وكانت اليمين على عمر فقال زيد لابى لو اعفيت امير المؤمنين فقال عمر عن يمين لزمتنى فقال ابى نعفى امير المؤمنين ونصدقه ولان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما (من صلح قاضيا) لان المحكم بينهما بمنزلة القاضى فيشترط فيه ما يشترط فى القاضى ويشترط فى نفوذ حكمه ان يكون (فى غير حد وقود) لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان اباحته فلا يصح تحكيمهما فيه والحدود بمنزلة الدم (ولزمهما حكمه) اذا حكم بالبينة او الاقرار او النكول لانه صدر عن ولاية شرعية عليهما ثم بالعزل لا يبطل حكمه كالقاضى (واخباره) اى وصح اخبار المحكم (باقرار احدهما) بان يقول انك اقررت عندى بكذا ذكره فى الخزانة (وبعدالة شاهد) بان يقول قام عليك بينة لهذا بكذا وعدلوا عندى وقد حكمت عليك به لهذا وانما يلزمهما اخباره بذلك (حال ولايته) فان اخباره حال ولايته قائم مقام شهادة رجلين قيل ولكن لا يفتى به لئلا تذهب مهابة منصب القضاء اما لو اخبر بذلك حال عزله فلا يصدق لانقضاء الولاية (ولكل منهما) اى المحكمين (ان يرجع) عن تحكيمه (قبل حكمه) اى حكم المحكم لانه معزل من جهتهما فكان لهما عزله قبل ان يحكم بينهما كما ان المعزل من جهة الامام له ان يعزله قبل ان يحكم بين الناس (فان رفع حكمه الى قاض امضاه ان (اوفق مذهبه) اذ لا فائدة فى نقضه ثم ابرامه اما لو خالفه فلم يمضه انشاء بخلاف حكم القاضى اذا

(ولايصح القضاء) والحكم سواء كان الحاكم موليا اومحكما (والشهادة لمن يكون بينهما) اى بين الحاكم والمحكوم له اوبين الشاهد والمشهود له (ولاد اوزوجية) فيبطل الحكم والشهادة لابويه وولده وزوجته للتهمة بخلاف ما اذا حكم اوشهد عليهم (وصح الايصاء بلا علم الوصى) اى ان جعل رجلا وصيا بعد موته ولم يعلم الوصى بذلك ثم باع شيئا من التركة بطريق الفضولى يجوز بيعه (لا) يصح (التوكيل) حتى يعلم الوكيل فلو وكل رجلا بالبيع ولم يعلم الوكيل بذلك فباع لايجوز بيعه والفرق ان الوصية استخلاف لان الوصى يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصى فلايتوقف على علم كتصرف الوارث واما الوكالة فاثبات ولاية التصرف فى ماله وليست باستخلاف فيتوقف على علمه وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى لايصح بيع الوصى ايضا حتى يعلم (وشرط خبر عدل اومستورين لعزل الوكيل) اى اذا عزل الموكل الوكيل فاخبر بذلك عدل اومستورين ثبت العزل ولايصح تصرفه بعد ذلك ولو اخبر بالعزل فاسقان اومستور الحال لاعتبار بذلك ولايثبت العزل وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يقبل فيه خبر العدل والفاسق والمستور والعبد والحر (و) على هذا اذا جنى عبد خطأ يشترط فيه عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى فى (علم السيد بجناية عبده) خبر عدل اومستورين فان باع السيد بعد ذلك عبده او اعتق يكون مختارا للفداء ولو اخبره فاسقان اومستوران لايكون كذلك خلافا لهما رحمهما الله تعالى (و) كذا فى (علم الشفيع بالبيع) يشترط عنده خبر عدل اومستورين وعندهما لايشترط فلو اخبره واحد غير عدل ببيع الدار وسكت لاتبطل الشفعة عنده خلافا لهما رحمهما الله تعالى (و) كذا فى علم (البكر بالنكاح) فان البكر اذا اخبرت بانكاح الولى اياها فان كان المخبر واحدا غير عدل لايكون سكوتها رضا عنده خلافا لهما رحمهما الله تعالى (و) كذا فى علم (مسلم) اى من اسلم فى دار الحرب (ولم يهاجر) الينا فاخبر بما عليه من الفرائض (وبالشرائع) ان كان المخبر واحدا عدلا اومستورين لزمته الفرائض والشرائع حتى لو ترك يلزمه قضاؤها وان كان المخبر فاسقا ان صدقه فكذلك وان كذبه فعلى الاختلاف الذى قلنا وقال شمس الائمة السرخسى رحمه الله تعالى الاصح عندى انه يلزم القضاء هنا لان من يخبره فهو رسول رسول الله عليه الصلوة والسلام و(لا) يشترط خبر عدل اومستورين (لصحة التوكيل) فلو اخبره فاسق بان فلان وكله بالبيع فباع يجوز بيعه (وقبل قول قاض عالم عادل) قال لك (قضيت) على زيد (بهذا) اى بالرجم مثلا فارجمه اوبالقطع فاقطعه اوبالضرب فى حد الزنا فاضربه (و) قبل قول (قاض جاهل عدل) ان استفسر فاحسن تفسيره (وبين سببه) بان يقول فى حد الزنا انى استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ويقول فى حد السرقة انه ثبت عندى بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وفى القصاص انه قتل عمدا بلا شبهة وانما يحتاج الى استفسار الجاهل لانه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا

خالف مذهب قاض ورفع اليه حيث يمضيه وجوبا لان القاضى المولى من جهة الامام له ولاية على الناس فكان قضاؤه حجة على الكل بخلاف المولى من الخصمين فانه لاولاية له على غيرهما وفائدة امضاء القاضى حكم الموافق لمذهبه ان لايكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه اذا رفع اليه لان امضاءه بمنزلة قضائه ابتداء (ولا يصح القضاء) تولية وتحكيما (و) لا (الشهادة لمن بينهما ولاد اوزوجية) للتهمة واما لوكان القضاء والشهادة عليهم صحا لعدم التهمة (وصح الايصاء بلا علم الوصى لا التوكيل) بلا علم الوكيل فلو باع الوصى شيئا من التركة قبل علمه صح بيعه ولو تصرف الوكيل فيما وكل به قبل علمه لم يصح تصرفه (وشرط) عند ابى حنيفة (خبر عدل او مستورين بعزل الوكيل وعلم السيد بجناية عبده و) علم (الشفيع بالبيع و) علم (البكر بالنكاح و) علم (مسلم) فى دار الحرب (لم يهاجر بالشرائع) وقال ابو يوسف ومحمد لايشترط الا التمييز والاصح فى حق المسلم الذى لم يهاجر ان يقبل خبر الفاسق حتى تجب عليه الاحكام بخبره لان المخبر له مبلغ ورسول وفى الرسول لاتشترط العدالة كما فى رسول المولى الى البكر بالتزويج (لالصحة التوكيل) اى لايشترط خبر عدل او مستورين لصحة التوكيل حتى لو اعلم للوكيل واحد غير عدل صح توكيله لانه من المعاملات وليس فيه الزام فلا يشترط فيه الا التمييز (وقبل قول قاض عالم عدل قضيت بهذا) من غير بيان سبب القضاء لان عدالته تمنعه من الميل الى الرشوة وعلمه يمنعه من الغلط فى الحكم (وجاهل) عطف على عالم اى وقبل قول قاض جاهل (عدل ان بين سببه) على وجه التبرع بان قال فى الزنا باقرار استفسرت المقر كما هو

المعروف فيه وحكمت برجمه وقال فى السرقة ثبت بالحجة عندى انه اخذ نصابا من حرز لاشبهة فيه لان عدالته تمنعه من الخيانة وتبينه السبب يمنع من الغلط فاذا قبل قولهما يعمل وفق امرهما من قتل وقطع وغيرهما (لا) يقبل قول (غيرهما) وهو العالم الفاسق والجاهل الفاسق لتهمة الخطاء للجهالة وتهمة الخيانة لعدم العدالة وهذا الذى ذكره المصنف مختار ابى منصور الماتريدى وفى الجامع الصغير لم يقيد بعلم ولا بعدالة وهو ظاهر الرواية لان طاعة اولى الامر واجبة وفى تصديق القاضى طاعته ثم رجع محمد عن هذا وقال لا يؤخذ بقوله الا ان يعاين الحجة اويشهد بذلك القاضى العدل لان قوله يحتمل الغلط والخطاء والتدارك غير ممكن وحرمة النفس عظيمة والحدود تندرئ بالشبهة واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد الحال فى اكثر القضاة ولاباس برزق القاضى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم عام فتح مكة حين خروجه الى حنين فقام للناس بالحج تلك السنة وهى سنة ثمان ولم يزل عتاب اميرا على مكة حتى قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم واقره ابو بكر عليها فلم يزل عليها الى ان مات وكان وفاته فيما ذكره الواقدى يوم مات ابو بكر الصديق رضى الله عنه قال ماتا فى يوم واحد وروى عن عمرو بن عوف قال سمعت عتاب بن اسيد يقول وهو يخطب مسندا ظهره الى الكعبة يخلف ما اصبت فى عمل الذى بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ثوبين كسوتهما مولاى كيسان وقد ذكر الاصحاب انه عليه الصلوة والسلام فرض لعتاب بن اسيد اربعين اوقية فى السنة والاوقية اربعون درهما وتكلموا فى اى مال رزقه ولم يكن يؤمئذ الدواوين ولا بيت المال فان الدواوين وضعت فى زمن عمر فقيل انما رزقه من الفئ مما افاء الله فقيل من المال الذى اخذ من نصارى نجران وقيل من الجزية التى اخذها من مجوس هجر وقيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض له كل يوم درهما وكان شريح اخذ على القضاء اجرا والله سبحانه اعلم

كتاب الشهادة

(هى) لغة اخبار بشئ عن مشاهدة وعيان لاعن تخمين وحسبان وشرعا (اخبار بحق للغير) اى اخبار صدق باثبات حق لغير المخبر (على آخر) احترز به عن الاقرار فانه اخبار بحق لغير المخبر على المخبر وسببها فى حق التحمل المشاهدة

(لا) يقبل (قول) فاسق (غيرهما) اى غير عالم عدل اوجاهل عدل اى عالم فاسق اوجاهل فاسق لتهمة الخطاء والخيانة فالحاصل ان القضاة اربعة عالم عادل فيجب قبول قوله لظاهر الامر وعدم تهمة الخطاء والخيانة وجاهل عدل فيستفسره فان احسن تفسيره وجب تصديقه وقبول قوله والافلا وجاهل فاسق وعالم فاسق لايقبل قولهما لتهمة الخطاء والخيانة الا ان يعاين سبب الحكم

او السماع

أو السماع وفى حق الاداء طلب المدعى وركنها استعمال لفظ الشهادة لان النصوص وردت بهذا اللفظ فتنفذ بها وتكون عند القاضى لان المقصود منها القضاء بها وشروطها كثيرة منها ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما عدلا باجتناب الكبائر وعدم الاصرار على الصغائر لقوله تعالى (ممن ترضون من الشهداء) والمرضى هو العدل وقوله (واشهدوا ذوى عدل منكم) وحكمها وجوب الحكم على القاضى بما ثبت بها وفى المبسوط والقياس يأبى كون الشهادة حجة ملزمة لانها خبر يحتمل الصدق والكذب والمحتمل لايكون حجة الا ان هذا القياس ترك بالنصوص والاجماع (وتجب بطلب المدعى) لقوله تعالى (ولايأب الشهداء اذا مادعوا) وقوله تعالى (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه) وهاتان الايتان وان كانتا نهتا عن الاباء والكتمان الا ان النهى عن الشىء امر بضده اذا كان له ضد واحد وانما خص القلب بالاثم لانه رئيس الاعضاء والمضغة التى اذا صلحت صلح الجسد كله واذا فسدت فسد الجسد كله كما ورد فى الصحيح ثم اداء الشهادة انما يجب اذا كان الشاهد قريبا من مجلس القضاء او بعيدا بحال لوحضر مجلس الحكم وشهد يمكنه الرجوع الى اهله فى يومه لانه لاضرر عليه حينئذ فى حضوره وقال الله تعالى (ولايضار كاتب ولا شهيد) وفى المجتبى تحمل الشهادة فرض على الكفاية كاداؤها والاضاعت حقوق الناس وعلى هذا كتابة الكاتب لقوله تعالى (ولايأب كاتب ان يكتب كما علمه الله فليكتب) الاانه يجوز اخذ الاجرة على الكتابة ولا يجوز على الشهادة فيمن تعين عليه اداؤها باجماع الفقهاء وفيمن لم يتعين عليه ايضا عندنا وبه قال الشافعى فى قول وقال فى آخر يجوز لعدم تعينه عليه (وسترها) اى الشهادة (فى الحدود افضل) من اظهارها لما فى الصحيحين من حديث ابى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من ستر مسلما ستره الله فى الدنيا والاخرة الحديث ولانه عليه السلام لقن المقر بالزنا والمقر بالسرقة لدرء الحد عنه فان قيل هذا معارض بقوله تعالى (ولا تكتموا الشهادة) وتقييد المطلق من الكتاب لايجوز بخبر الواحد واجيب بان الاية محمولة على الشهادة فى حقوق العباد بدليل سياقها وهو آية المداينة وبالاجماع ولقوله تعالى (ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة) الآية وانما اختصت بذلك الحدود لانها حق الله تعالى وهو غنى عن كل شىء

(ويجب) اداء الشهادة (بطلب المدعى) ولايسع للشاهد كتمانها (وسترها فى الحدود والقصاص افضل) فان الشاهد فيها مخير بين الستر والاعلان لتردده بين الحسبتين حسبة اقامة الحد ودحسبة الستر لكن الستر افضل لقوله عليه السلام للذى شهد عنده لو سترته بثوبه لكان خيرا لك

(و) لكن يجب ان يشهد بالمال و(يقول فى السرقة اخذ) و(لا) يقول (سرق) احياء لحق المسروق منه ورعاية لجانب الستر لئلا لا يجب الحد (و) الشهادة على مراتب (نصابها للزنى اربعة رجال) لقوله تعالى لولا جاؤا عليه باربعة شهداء الاية (وللقود وباقى الحدود) غير حد الزنا (رجلان) ولا يقبل فى الحدود والقصاص شهادة النساء لحديث الزهرى رحمه الله تعالى قال مضت السنة من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء فى الحدود والقصاص

كريم لطيف لعباده بخلاف غيرها فانه حق العبد وهو محتاج شحيح (ويقول) الشاهد (فى السرقة اخذ) احياء لحق المسروق له (لا سرق) محافظة على الستر لان الشهادة بالمال واجب ان طلب المدعى والستر فى الحدود افضل وفى قوله اخذ مراعاة الامرين (ونصابها) اى الشهادة (للزنا اربعة رجال) فلا يقبل فيه شهادة النساء لقوله تعالى (لو لا جاؤا عليه باربعة شهداء) وقوله (ثم لم يأتوا باربعة) وقوله (واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم) والتاء لا يدخل على العدد الا اذا كان معدوده مذكرا وعن عطاء وحماد لو شهد ثلاثة رجال وامرأتان فى الزنا قبلوا الاطلاق قوله تعالى (اربعة منكم) ولنا ماروى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن حفص عن حجاج عن الزهرى انه قال مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده انه لا يجوز شهادة النساء فى الحدود والحاصل ان الله سبحانه يحب الستر على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة ولهذا جعل النسبة الى هذه الفاحشة فى الاجانب موجبة للحد وفى الازواج موجبة للعان بخلاف سائر الفواحش ليستر بعضهم على بعض (و) نصابها (للقود وباقى الحدود رجلان) لقوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) مع ماروينا عن الزهرى وقال الحسن البصرى لا يقبل فى القتل الا اربعة كالزنا (و) نصابها (للبكارة والولادة وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه الرجال امرأة) والاصل فى ذلك قوله تعالى (ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله فى ارحامهن) وقال الشافعى يشترط الاربع وهو قول عطاء لان كل امرأتين مقام رجل واحد والحجة رجلين لا رجل واحد وقال مالك يشترط اثنتان وهو قول الثورى لانه لما سقط اعتبار الذكورة بقى العدد معتبرا ولنا ما رواه مجاهد وسعيد بن المسيب وابن جبير وعطاء وطاوس عنه عليه الصلوة والسلام انه قال شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه وما روى عبد الرزاق فى مصنفه عن ابن جريج وعن الزهرى انه قال مضت السنة ان يجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن ووجه الدلالة ان النساء جمع محلى باللام من غير عهد فيكون للجنس فيصدق بالاقل كما فى قوله تعالى (لا يحل لك النساء من بعد) فيتناول الاقل و ما روى ايضا فى مصنفه عن ابراهيم بن ابى يحيى عن اسحاق عن الزهرى ان عمر بن الخطاب اجاز شهادة امرأة فى الاستهلال اى صياح الصبى عند الولادة

ولا تقبل شهادة النساء على استهلال الصبى عند ابى حنيفة فى حق الارث وتقبل فى حق الصلوة وقال ابو يوسف ومحمد تقبل فى حق الارث ايضا وبه قال مالك والشافعى واحمد لحديث على رضى الله عنه انه اجاز شهادة القابلة فى الاستهلال (و) نصابها (لغيرها) اى لشهادة غير الشهادة على الامور التى تقدم نصابها وهو الحقوق (رجلان او رجل وامرأتان) سواء كان الحق مالا اوغير مال كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية والعتاق والرجعة والنسب وقال الشافعى ومالك واحمد فى رواية لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا فى الاموال وتوابعها كالاجارة والكفالة وشرط الخيار وكذا يكفى فى النكاح ونحوه رجل وامرأتان عندنا ومنع مالك والشافعى انعقاده بحضرة رجل وامرأتين ولنا ما روى ان عمر وعليا رضى الله عنهما اجازا شهادة النساء مع الرجال فى النكاح والفرقة (وشرط للكل العدالة) وفى الذخيرة واحسن ما قيل فى تفسيرها ما نقل عن ابى يوسف وهو ان يكون مجتنبا عن الكبائر ولا يكون مصرا على الصغائر فيكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه اكثر من خطائه وانما شرط العدالة لقوله تعالى (واشهدوا ذوى عدل منكم (ولفظ الشهادة) حتى لو قال الشاهد اعلم او اتيقن لاتقبل شهادته لان النصوص الواردة فيها لم ترد الا بلفظ الشهادة والاشهاد قال الله تعالى (واقيموا الشهادة لله) وقال (واشهدوا اذا تبايعتم وقال (واستشهدوا شهيدين من رجالكم (ويسال القاضى عن حال الشاهد عندهما) اى عند ابى يوسف ومحمد (مطلقا) اى فى سائر الحقوق والدواعى سواء طعن الخصم اولم يطعن (وبه يفتى) لكثرة الفساد فى هذا الزمان بين العباد وهو قول الشافعى واحمد وقال مالك يجب عليه السؤال اذا شك وان سكت الخصم الا ان يقر بعدالتهما لان القضاء مبنى على الحجة وهى شهادة العدول وقال ابو حنيفة يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة فى المسلم ولايسأل عنه حتى يطعن الخصم الا فى الحدود والقصاص لانهما يدرأ ان بالشبهة ويحتاط لاسقاطها فيستقصى فى كل منهما ابتداء من غير طعن من خصم رجاء ان يسقط ولما روى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى قذف وفى نسخة الا ان فرية ومثله عن عمر رضى الله عنه وهذا من صاحب الشرع تعديل اقوى من تعديل المزكى وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لان ابا حنيفة كان فى القرن الثانى وقد شهد

(و)نصابها (للبكارة والولادة وعيوب النساء فيما) اى موضع (لايطلع عليه الرجال) امرأة واحدة وعند الشافعى رحمه الله تعالى يشترط الاربع وعند مالك امرأتان وان كان العيب فى موضع يطلع عليه الرجال كالاصبع الزائد مثلا لايكفى شهادة امرأة (و)نصابها (لغيرها) من الحقوق سواء كان الحق مالا اوغير مال كالنكاح والطلاق والعتاق والايداع والوكالة والوصية والرجعة ونحو ذلك (رجلان اورجل وامرأتان) وقال الشافعى رحمه الله تعالى لايقبل شهادة النساء مع الرجال الا فى الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار والاجارة والاعارة والكفالة (وشرط للكل) اى لجميع ماتقدم (العدالة) وهى الانزجار عن محظورات دينه لان من ارتكب غير الكذب من المحظورات فقد يرتكب الكذب ايضا وهى شرط وجوب العمل بالشهادة ولايشترط لاهلية الشهادة لان الفاسق اهل الولاية والقضاء والسلطنة والامارة والشهادة عندنا فغير العدل يجب على القاضى ان لايقبل شهادته اما لو قبل شهادته وحكم به صح وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى ان الفاسق اذا كان وجيها فى الناس ذامروة تقبل شهادته والاصح ان شهادته لاتقبل (ولفظ الشهادة) لان النصوص وردت بهذه اللفظة فتقيد بها ولان فيها زيادة تاكيد لان فيها معنى الحلف فانه لو قال اشهد ان افعل كذا يكون يمينا فلو لم يذكر لفظ الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته (و)لابد ان (يسأل) القاضى فى السر والعلانية عن حال الشاهد فى جميع الحقوق عندهما (مطلقا) سواء طعن الخصم اولا (وبه) اى بقولهما (يفتى) فى زماننا وعند ابى حنيفة رحمه الله تعالى يقتصر القاضى على ظاهر العدالة فى المسلم ولايسال عن الشاهد مالم يطعن المشهود عليه فان طعن فيهما يسأل عنهما فى السر وزكاهما فى العلانية لافى الحدود والقصاص فانه يسأل فى السر ويزكى فى العلانية فيهما بالاجماع طعن الخصم اولم يطعن

(وكفى السؤال) والتزكية (سرا) فى زماننا) فان التزكية العلانية بلاء وفتنة اذ الشهود والمدعى معايقابلون الجارح بالاذى وصورة تزكية السر ان يبعث القاضى سرا رسولا الى المزكى اويكتب اليه كتابا فيه اسم الشاهد ونسبه وحليته ومحلته وسوقه ان كان سوقيا حتى يعرفه المزكى فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه فى كتاب القاضى اليه انه عدل ومن عرفه بالفسق لايكتب ذلك تحت اسمه بل يسكت احترازا عن هتك الستر الا اذا عدله غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك يقضى القاضى بشهادته فحينئذ يصرح بذلك ومن لايعرفه لابالعدالة ولا بالفسق يكتب تحت اسمه فى كتاب القاضى انه مستور وكفى واحد للتزكية سرا (والاثنان احوط فى التزكية) سرا هذا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وابى يوسف رحمه الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى لايجوز الا الاثنان وهذا الخلاف فى التزكية سرا واما فى التزكية علانية فالعدد شرط بالاجماع (و) كذا الخلاف (فى ترجمة الشاهد والرسالة الى المزكى) اى من ينقل قول المزكى الى القاضى بعد ما بلغ قول القاضى الى المزكى فعند محمد رحمه الله تعالى انه لايجوز الا اثنان وعندهما رحمهما الله تعالى يكفى واحد ولكن الاثنين احوط (ولايشترط الاشهاد الا فى الشهادة على الشهادة) فما يتحمله الشاهد على نوعين نوع يثبت حكمه بنفسه بلا اشهاد كالبيع والاقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل فاذا سمع الشاهد البيع والاقرار وحكم الحاكم ورأى الغصب والقتل وسعه ان يشهد ولا يشترط الاشهاد عليه لانه علم ماهو موجب بنفسه عيانا وذا مطلق للاداء ويقول اشهد انه باع ولايقول اشهدنى لئلا يكون كاذبا ونوع لايثبت حكمه بنفسه كالشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهد يشهد بشئ عند القاضى لم يجز له ان يشد على شهادته الا ان يشهده وكذا لو سمع ان يشهد الشاهد على شهادة لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره

رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالخير والصلاح حيث قال خير القرون قرنى ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم وابو يوسف ومحمد كانا بعده وقد تغير احوال الناس وكثرت الخيانات والكذب فى الشهادات كما اخبر عنهم صلى الله عليه وسلم انه يفشو الكذب فيهم (وكفى السؤال سرا فى زماننا) تحرزا عن الفتنة وكيفيته ان يبعث القاضى مع العدل المستورة وهى رقعة بها اسم الشاهد ونسبه وحليته ومسجده الذى يصلى فيه ومحلته وسوقه ان كان سوقيا يسأل جيرانه واصدقائه فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه فى كتاب القاضى انه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لايذكر حاله احترازا عن الهتك بل يقول الله اعلم الا اذا عدله غيره وخاف ان يحكم القاضى بشهادته فحينئذ يصرح بحاله ومن لا يعرف حاله يكتب تحت اسمه انه مستور ويرد العدل المستورة الى القاضى سرا وتزكية العلانية ان يجمع القاضى بين المزكى والشهود فى مجلس القضاء فيسأل المزكى عن الشهود بحضرتهم وان كانت التزكية فى عهد رسول الله عليه الصلوة والسلام واصحابه علانية لان المعدل كان لا يتوقى عن الجرح ولايخاف من المدعى ولا من الشهود لانهم كانوا منقادين للحق ولا يقابلونه بالاذى لو جرحهم ووقع الاكتفاء بتزكية السر فى زماننا وترك تزكية العلانية لانها بلاء وفتنة اذ الشهود والمدعى يقابلون الجارح بالاذى والاضرار (واثنان احوط فى التزكية) اى تزكية السر اما فى تزكية العلانية فالعدد شرط بالاجماع لان معنى الشهادة فيها ابين فانها تختص بمجلس القضاء (وفى ترجمة الشاهد) اى ترجمة المترجم عن الشاهد (وفى الرسالة) اى رسول القاضى (الى المزكى) ويجوز الواحد عند ابى حنيفة وابى يوسف وبه قال مالك واحمد فى رواية وعند محمد والشافعى يشترط فى التزكية ما يشترط فى الشهادة من العدد ووصف الذكورة حتى يشترط فى تزكية شهود الزنا اربعة ذكور وفى غيره من الحدود والقصاص رجلان (ولا يشترط الاشهاد الا فى الشهادة على الشهادة) فانها لا تجوز الا ان اشهده عليها فمن رأى الغصب او النهب او القتل او الجرح او السرقة اوسمع الاقرار بمال اومنفعة اوالبيع او الاجارة او النكاح او الهبة اوحكم قاض جازله ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم بما هو موجب بنفسه عيانا وذا مطلق للاداء قال الله تعالى (الا من شهد بالحق وهم يعلمون) واذا سمع شاهد ايشهد لشئ لم يجزله ان يشهد

(ولا) يحل ان (يشهد من رأى خطه ولم يذكر شهادته) لان الخط يشبه الخط فلعله كان خط غيره هذا قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما رحمهما الله تعالى يحل له ان يشهد لان الظاهر انه خطه والعمل بالظاهر واجب وان ذكر المجلس الذى كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق انا شهدنا وانت بالحق ولم يذكر الحادثة لا يحل ان يشهد (ولا) يحل ان يشهد الشاهد (بالتسامع الا فى النسب والموت والنكاح والدخول) بامرأته (وولاية القاضى) اى كونه قاضيا فانه يسع للشاهد ان يشهد بهذه الاشياء بالتسامع وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز الشهادة بالتسامع لان المطلق للشهادة هو العلم وذا انما يحصل بالمعاينة وبالتواتر فصار كبيع وهبة ووجه الاستحسان ان معاينة اسباب هذه الامور مختصة بجمع خاص فسبب النسب الولادة ولا يحضرها الا القابلة وسبب القضاء التقليد ولا يعاين ذلك الا الوزير ونحوه من الخواص وكذا النكاح لا يحضره كل واحد وكذا الموت لا يعاينه كل واحد والدخول لا يقف عليه احد الا بامارته (وان هذا وقف على كذا) فالصحيح انه

يقبل الشهادة بالتسامع على اصل الوقف دون شرائطه فبيان المصرف داخل فى اصل الوقف قال شيخ الاسلام ظهير الدين المرغينانى رحمه الله تعالى لابد من بيان الجهة بان يشهدوا ان هذا وقف على المقبرة ونحو ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك فى شهادتهم لا يقبل (الا على شروطه) مثل ان يشهدوا انه ما يبدأ من غلته فيصرف الى كذا وكذا فلا يحل فيها الشهادة بالتسامع اذا اخبر الشاهد ان بهذه الاشياء (رجلان او رجل وامرأتان) وقيل يكفى فى الموت اخبار واحد او واحدة لان الناس يكرهون مشاهدة تلك الحالة فلا يحضرها غالبا الا واحد او واحدة (ويشهد رأى انسان جالس فى مجلس القضاء ويدخل عليه الخصوم انه قاض وكذا يشهد رأى رجل وامرأة يسكنان بيتا واحدا وبينهما انبساط الازواج انها عرسه) عملا بظاهر الحال (و) يشهد (رأى شيء سوى الرقيق) عبدا كان او امة (فى يد) انسان (متصرف) فى ذلك الشيء (كالملاك انه) اى ذلك الشيء (ملكه) واشتراط التصرف فى ذلك الشيء للشهادة قول بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى وبه قال الشافعى رحمه الله تعالى وبعض مشايخنا رحمه الله تعالى لا يشترط ذلك ففى الهداية والكافى ومن كان فى يده شيء سوى الرقيق اى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك وعن ابى يوسف رحمه

على شهادته الا ان يشهده (ولا يشهد من رأى خطه ولم يذكر شهادته) لان الخط يشبه الخط وكذا لا يروى راو وجد بخط له او بخط غيره انه قرأ على فلان او سمع كذا حتى يذكر الرواية وهذا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يجوز لكل ان يعمل بالخط فيه وبه يفتى لان الظاهر انه خطه والعمل بالظاهر واجب وعن ابى يوسف يجوز للراوى دون الشاهد (ولا) يشهد (بالتسامع) لان الشهادة لا يجوز الا عن علم والتسامع لا يفيده (الا فى النسب والموت والنكاح والدخول) بزوجته (وولاية القاضى) اذا اخبره بذلك من يثق به استحسانا (وان هذا وقف على كذا) فانه يشهد بالتسامع (لا على شرائطه) فانه لا يشهد بالتسامع على شرائط الوقف وعليه الفتوى وفى المجتبى والمختار انها تقبل على شرائط الوقف ايضا وكان القياس ان لا يجوز الشهادة بالتسامع فى المسائل المذكورة ووجه الاستحسان ان هذه الامور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام فلو لم تقبل الشهادة فيها بالتسامع لتعطلت احكامها بخلاف البيع ونحوه وقال مالك والشافعى واحمد لا تقبل الشهادة بالتسامع فى الدخول لانه مما يعاين كما فى الشهادة على الزنا قلنا الزنا فاحشة فلا يحتاج فى اثباتها بخلاف الدخول (اذا اخبر) بلفظ الشهادة (رجلان او رجل وامرأتان) عدول وهذا شرط لجواز شهادة الشاهد بالتسامع فى المسائل المذكورة وانما شرط فيه ذلك ليحصل له نوع علم وهو اقل نصاب يفيد العلم الذى يبنى عليه الحكم فى المعلامات (ويشهد رائى جالس مجلس القضاء) مفعول مطلق او فيه لرائى (يدخل عليه الخصوم انه قاض ورائى رجل وامرأة يسكنان بيتا وبينهما انبساط الازواج انها عرسه ورائى) شيء (سوى الرقيق فى يد متصرف كالملاك انه ملكه) وانما قال سوى الرقيق

الله تعالى انه يشترط مع ذلك ان يقع فى قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا اى قوله ان يقع فى قلبه انه له تفسيرا لاطلاق محمد رحمه الله تعالى فى الرواية ثم المسئلة على اربعة اوجه ان عاين المالك والملك بان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه فى يده بلا منازع ثم راه فى يد اخر فجاء الاول وادعى الملك وسعه ان يشهد للاول بالملك بناء على يده وان عاين الملك دون المالك بان عاين ملكا محدودا ينسب الى فلان بن فلان الفلانى وهو لا يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذى ينسب اليه الملك وادعى ملكية هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد وان لم يعاين الملك والمالك ولكن يسمع من الناس قالوا ان لفلان بن فلان فى قرية كذا ضيعة محدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد له بالملك وان عاين المالك دون الملك بان عرف الرجل معرفة تامة وسمع ان له فى قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه ان يشهده لانه لم يحصل له العلم بالمحدود وهو شرط للشهادة واما العبد

والامة فان كان يعرف انهما رقيقان حل للرائى ان يشهد لذى اليد بالملك لان الرقيق لايكون فى يد نفسه فيكون فى يد المستولى عليه وان كان لايعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لايعبران عن انفسهما فكذلك لانه لايد لهما فيثبت يد المستولى عليهما حقيقة وصار كالثياب والدواب وان كانا كبيرين او صغيرين يعبران عن انفسهما فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما حتى اذا ادعى عبد انه حر الاصل كان القول له وعن ابى حنيفة رحمه الله تعالى وابى يوسف رحمه الله تعالى ومحمد رحمه الله تعالى انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا فجعلوا اليد دليلا على الملك فى الكل (لكن) ينبغى (ان) يطلق اداء الشهادة ولا يفسر حتى اذا فسر و (قال) الشاهد (شهادتى بالتسامع اوبحكم اليد بطلت) شهادته ولا يقبل (ومن شهد انه شهد) اى حضر (دفن زيد اوصلى عليه قبلت شهادته) فلو شهد ان زيدا مات وفسر للقاضى بذلك قبلت شهادته (وهذا عيان) لان معاينة الموت لايكون الامن واحد اواثنين فحضور الدفن او الصلوة بمنزلة المعاينة ولايجرى فى ذلك التلبيس

فصل فى قبول الشهادة وعدمه

(وتقبل الشهادة من اهل الاهواء) هى جمع الهوى مصدر هويه اذا احبه واشتهاه ثم يسمى به لغة المهوى اى المشتهى محمودا كان اومذموما ثم غلب على غير المحمود فيقال فلان اتبع هواه اذا اريد ذمه ومنه فلان من اهل الاهواء لمن زاغ عن طريق المثلى من اهل القبلة الذين لايكون معتقدهم معتقد اهل السنة كالجبرية والقدرية والحشوية والروافض والخوارج والمعطلة والمشبهة والمعتزلة ومن سار بسيرتهم وقال الشافعى رحمه الله تعالى لاتقبل شهادتهم (الا الخطابية) هم صنف من الروافض منسوبون الى ابى الخطاب محمد بن ابى زهب ابن الاجدع وكان يزعم ان عليا رضى الله عنه اله اكبر وجعفر بن محمد الصادق رضى الله عنه اله اصغر فطرده جعفر رضى الله عنه فادعى فى نفسه انه اله وزعم اتباعه ان جعفرا رضى الله عنه اله اصغر وابو الخطاب اعظم منه وهم يدينون بشهادة الزور ليوافقيهم على مخالفيهم وقيل يعتقدون الشهادة لمن حلف عندهم انه محق ويقولون المسلم لايحلف كاذبا

لان الادمى له يد على نفسه فيدفع يد غيره وحتى اذا ادعى انه حر الاصل فالقول له فاليد لا تعتبر فيه وكذا لايعتبر فيه التصرف وهو الاستخدام لان الحر قد يخدم غيره هذا اذا كان الرقيق بالغا اوصغيرا يعبر عن نفسه اما اذا كان صغيرا لا يعبر عن نفسه فهو كالدابة والمتاع وقيد اليد بالمتصرف كالملاك ليتحقق دليل الملك بالاتفاق فان الخصاف قال دليل الملك اليد مع التصرف وهو قول مالك والشافعى وابن حامد الحنبلى لان اليد يتنوع الى ملك ونيابة وضمان ولنا ان اليد اقصى مايستدل به على الملك اذهى مرجع الدلائل فى اسباب الملك كلها فيكتفى بها والمذهب عندنا عدم شرط التصرف لجواز الشهادة لذى اليد وعن ابى يوسف وهو رواية عن محمد انه يشترط مع ما ذكر ان يقع فى قلبه انه له ليحصل له نوع علم لان الشهادة بلا علم لا يجوز لقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع ولذا قيل لورأى درة ثمينة فى يد كناس او كتابا فى يد جاهل وليس فى آبائه من هو اهل لذلك لايسعه ان يشهد له واجيب ان اليد اقوى اسباب ظن الملك ولهذا يقضى القاضى به لاجلها (لكن) ينبغى للشاهد ان يطلق فى اداء الشهادة ولا يقول انها بالتسامع حتى (ان قال شهادتى بالتسامع اوبحكم اليد بطلت) لانه قد اقر بانه شهد بغير علم ولان القاضى انما يلزم بالشهادة اذا كانت عن عيان اوعن اطلاق لاحتمالها المشاهدة فيحمل عليها اما اذا كانت عن تسامع اورؤية فى يد فانها لا تزيده علما فلا يجوز له ان يحكم بها (ومن شهد انه حضر دفن زيد اوصلى عليه قبلت) شهادته لانه شهد عن علم (وهذا عيان) حتى لوفسر للقاضى قبل هذا

فصل

(وتقبل الشهادة من اهل الاهواء) وهو جمع هوى بمعنى ميلان النفس الى ما يستلذ الطبع من غير داعية الشرع قال الله تعالى (افرأيت من اتخذ الهه هويه) وقال تعالى (ومن اضل ممن اتبع هويه بغير هدى من الله) سموا بذلك لمتابعتهم انفسهم ومخالفتهم اهل السنة والجماعة وانما قبلت شهادتهم لان فسقهم من حيث الاعتقاد وما اوقعهم فيه الا التعمق والغلو فى الدين والفاسق انما ترك شهادته لتهمة الكذب وقد قال عليه السلام لاشهادة لمتهم والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على الكذب (الا الخطابية) وهم قوم

من

من الروافض ينسبون الى ابن الخطاب محمدبن وهب الاجدع يستجيزون ان يشهدوا للمدعى اذا حلف انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فباعتقادهم هذا تمكنت الشبهة فى شهادتهم وقيل لانهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على غيره يجب ان يشهد له بقيتهم وفى شرح الاقطع انهم قوم ينسبون الى الخطاب رجل بالكوفة وحارب عيسى بن موسى بن على بن عبدالله بن عباس وكان يزعم ان عليا الاله الاكبر وجعفرا الصادق الاله الاصغر وكان اظهر الدعوة الى جعفر فتبرأ منه ودعا عليه فقتل هو واصحابه قتله عيسى وصلبه بالكناسة واما غيرهم فمنهم من يكفر بالذنب كالخوارج ومنهم من يخرج الذنب عن الايمان ولا يدخله فى الكفر كالمعتزلة وذلك يكون اقوى اجتنابا عن الكذب حذرا عن الخروج عن الدين كمن تناول المثلث او متروك التسمية عمدا معتقدا اباحته فانه لايصير مردود الشهادة وشرط فى الذخيرة ان يكون هوى لا يكفر به صاحبه كالمجسمة وفى النهاية اصول اهل الهوى ستة الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل وكل واحد ينقسم الى اثنى عشر فرقة وقال مالك لا يقبل شهادة احد من اهل الاهواء لانه اغلظ وجوه الفسق وقال احمد لا تقبل شهادة ثلاثة من اهل الاهواء القدرية والجهمية والرافضة (و) تقبل (من الذمى على مثله) اى على ذمى آخر (وان خالفا ملة) كالتهود والتنصر (و) من الذمى (على المستأمن) وقال مالك والشافعى لايقبل لان الله تعالى قال (واشهدوا ذوى عدل منكم) وقال (ممن ترضون من الشهداء) والكافر ليس بعدل ولا بمرضى ولانا فصار كالمرتد حيث لا تقبل شهادته على مثله ولا غيره ولنا ما اخرجه ابن ماجه فى سننه عن مجاهد عن الشعبى عن جابر بن عبدالله ان النبى صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة اهل الكتاب بعضهم على بعض واذا قبل الذمى عند اتحاد الملة قبل عند اختلافها اذ لا قائل بالفصل الا ان مجاهدا فيه مقال وما فى سنن ابى داود بهذا الاسناد جاء اليهود برجل وامرأة منهم زنيا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ايتونى باعلم رجلين منكم فاتوه بابنى صوريا فنشدهما كيف تجدان امر هذين فى التورية قالا نجد فيها اذا شهد اربعة منهم انهم رأوا ذكره فى فرجها كالميل فى المكحلة رجما قال فما يمنعكما ان ترجموهما قالا ذهب سلطاننا فكرهنا القتل فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشهود فجاء اربعة فشهدوا انهم رأوا ذكره فى فرجها كالميل

(ويقبل شهادة الذمى) اذا كان عدلا فى دينه (على مثله) وقال مالك رحمه الله تعالى والشافعى رحمه الله تعالى لايقبل شهادتهم على احد (وان اختلفا) اى الذمى ومثله (ملة) كالنصرانى واليهودى فانهم صاروا من اهل دارنا فتقبل شهادة بعضهم على بعض (وعلى المستأمن) فالذمى بعقد الذمة صار كالمسلم وتقبل شهادة المسلم على المستأمن فكذا شهادته عليه وعلى المستامن

(وتقبل شهادة المستأمن على مثله اذا كانا من) اهل (دار واحدة) فان كانا من دارين كالترك والروم لاتقبل لان الولاية فيما بينهم ينقطع باختلاف المنعتين ولهذا لايجرى بينهما التوارث (و) يقبل الشهادة (من عدو) على من يعاديه (بسبب الدين) والعدو من يفرح بحزنه ويحزن بفرحه وقيل يعرف ذلك بالعرف (و) يقبل شهادة (من اجتنب كل الكبائر) وان الم بصغيرة (و) لكن (لم يصر) اى لم يدم (على الصغائر) فمن ارتكب كبيرة اواصر على الصغيرة سقط عدالته ثم قيل الكبيرة ما يسمى فاحشة فى الشرع كاللواطة والزنا اوشرع عليها عقوبة بنص قاطع فى الدنيا كالحد اوالوعيد بالنار فى العقبى كالسرقة واكل مال اليتيم ظلما واكل مال الربوا وما لم يسم فاحشة فى الشرع ولايشرع عليها عقوبة فى احد الدارين كالقبلة والغمزة فهو صغيرة وقيل ما كان حراما لعينه فهو كبيرة وما كان حراما لغيره فهو صغيرة والاصح ان ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو كبيرة والا فهو صغيرة (وغلب صوابه) اى كانت حسناته اغلب من سيئاته وهذا هو الصحيح فى تفسير العدالة المعتبرة شرعا فالعدالة شرط لقبول الشهادة ومع كون الشاهد عدلا جاز ان لاتقبل شهادته لمانع مثل ان يكون اعمى ومثل الاكل فى الطريق والبول عليها كما سيجىء فما قيل لابد من قيد آخر فى قبول الشهادة وهو ان يجتنب الافعال الخسيسة الدالة على الدناءة كالاكل فى الطريق ليس بسديد (و) تقبل (شهادة الاقلف) هو الذى لم يختن وعن ابن عباس انه لاتقبل شهادته وانما تقبل عندنا اذا تركه بعذر الكبر اوخوف الهلاك فان تركه على وجه الاعراض عن السنة والاستخفاف بالدين لايقبل شهادته لانه لم يبق عدلا (والخصى)

فى المكحلة فامر النبى صلى الله عليه برجمهما واسند الطحاوى كذلك والشعبى عن جابر وفيه انه صلى الله عليه وسلم قال ايتونى بابعة منكم يشهدون (و) يقبل (من المستأمن على مثله) قيد به لانه لا ولاية له على الذمى لان الذمى اعلى حالا منه لانه من اهل دارنا فلا يقبل شهادته عليه (ان كانا من دار) واما لو كانا من دارين كالتركى والرومى لاتقبل لان اختلاف الدار يقطع الولاية ولهذا لا يتوارثان (و) يقبل (من عدو بسبب الدين) لان معاداته من ديانة فيدل على عدالته (و) يقبل (ممن اجتنب الكبائر ولم يصر على الصغائر وغلب صوابه) على خطائه وصلاحه على فساده اذ العدل من كان كذلك على ما نقل عن ابى يوسف والحاصل ان ارتكاب الكبيرة توجب سقوط العدالة وارتكاب الصغيرة لا يوجب سقوطها لان ارتكاب الكبيرة يدل على تهاون مرتكبها فى الدين والمتهاون لايمتنع من شهادة الزور وارتكاب الصغيرة لايدل على التهاون فى الدين الا ان يصر عليها لان الصغيرة تصير بالاصرار كبيرة كذا فى الذخيرة (و) يقبل من (الاقلف) وهو الذى لم يختن لان ذلك لا يخل بالعدالة وهذا اذا كان عن عذر وهو الكبر وخوف الهلاك واما اذا كان من غير عذر فان شهادته لاتقبل لانه مستخف بالختان ومع الاستخفاف لا يكون عدلا ثم الختان للذكور واجب عند الشافعى واحمد وعندنا وعند مالك سنة وهو قول للشافعى ولم يقدر ابو حنيفة مدته بشىء لان التقدير لم يرد فى الكتاب ولا فى السنة وطريق معرفة التقادير السماع وقدرها المتأخرون بسبع سنين الى عشر وقيل اليوم السابع من ولادته او بعد السابع ان احتمل الصبى ذلك وعند بعض اصحاب الشافعى لايختن حتى يصير ابن عشر (و) تقبل من (الخصى) لما روى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن ابن علية عن ابن عون عن ابن سيرين ان النبى صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة علقمة الخصى على ابن مظعون وفى حلية ابى نعيم حدثنا اسماعيل بن مسلم عن ابى المتوكل بن الجارود عن ابيه انه شهد على قدامة انه شرب الخمر فقال هل معك شاهد آخر قال لا قال يا جارود ما اريك الا مجلودا قال يشرب حتنك الخمر واجلد انا فقال علقمة الخصى لعمر انجوز شهادة الخصى قال وما بال الخصى لا تقبل شهادته قال فانى اشهد انى رايته يقيئها فقال عمر ما فائها حتى شربها فاقامه ثم جلده كذا رواه الشارع مرسلا وروى غيره عن عمر موقوفا ولانه

قطع منه عضو ظلما فصار كما لو قطعت يده (و) تقبل من (ولد الزنا) لان فسق الوالدين كفرهما واما حديث ولد الزنا شر الثلاثة فباطل لا اصل له وعلى تقدير ثبوته يحمل على غالب حاله وقال مالك لاتقبل شهادته فى الزنا للتهمة لانه يجب ان يكون غيره مثله واجيب بان العدل لايجب ذلك والكلام فيه (و) تقبل من (العمال) اى عمال السلطان وهم الذين يأخذون الحقوق الواجبة كالخراج والجزية والصدقات لقوله تعالى (والعاملين عليه) ولان بعض الصحابة كانوا عمالا لان العمل ليس بفسق وانما الفسق الظلم وقيل هم الامراء وفى شرح الوافى هذا فى زمانهم لان الغالب عليهم الصلاح واما فى زماننا فلا تقبل شهادة العمال لغلبة ظلمهم وتقبل شهادة الانسان لاخيه وعمه وابويه رضاعا وامرأة ابنه وزوج بنته واصل امرأته وفرعها لان الاملاك بينهم متميزة والايادى متغيرة (لا من اعمى) اى لايقبل الشهادة من اعمى وقال زفر وهو رواية عن ابى حنيفة تقبل فيما يجرى فيه التسامع وبه قال مالك والشافعى واحمد وكذا ابو يوسف وهو قول النخعى والحسن البصرى وسعيد ابن جبير والثورى لان الحاجة فى ذلك الى السماع ولا خلل من الاعمى فى ذلك واما شهادته فى الحدود والقصاص فلا تقبل بالاجماع وفى المبسوط ولا يجوز شهادة الاخرس لان الاداء يختص بلفظ الشهادة وهى لاتتحقق منه وقال الشافعى فى الاصح تقبل اذا كان له اشارة مفهومة (و) لا من (مملوك) لان الشهادة من باب الولاية وهو لايلى على نفسه فاولى ان لايلى على غيره (و) من (محدود فى قذف وان تاب) اى اظهر توبته وكذب نفسه فى قذفه وقال مالك والشافعى واحمد تقبل لقوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) فان الاستثناء اذا تعقب جملا بعضها معطوفة على بعض ينصرف الى الكل كقول القائل امرأته طالق وعبده حر وعليه الحجة الا ان يدخل الدار فان الاستثناء ينصرف الى جميع ماتقدم ولنا ان قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا) معطوف على قوله (فاجلدوهم) والعطف للاشتراك فيكون رد الشهادة من حد القذف والحد لايرتفع بالتوبة ولا نسلم ان الاستثناء فى الاية يعقب جملا بعضها معطوف على بعض لانه يعقب جملة (واولئك هم الفاسقون) وهى جملة مستأنفة لان ماقبلها امر ونهى فلم يحسن عطفها عليه بخلاف المثال فان الجمل كلها فيه انشائية معطوفة فيتوقف كلها على آخرها حتى اذا وجد المغير تغير الكل وقال ابن عباس التوبة فيما بينه وبين الله فاما نحن فلانقبل شهادته (وولد الزنا) لانه جرى عليهما امر بلا اختيارهما فلا يخل بالعدالة والتمييز وقال مالك لاتقبل شهادة ولد الزنا فى اثبات الزنا (والعمال) والمراد عمال السلطان الذين يأخذون الحقوق الواجبة كالخراج ونحوه عند الجمهور لان نفس العمل ليس بفسق قالوا هذا فى عصرهم لان الغالب عليهم الصلاح فاما الذين فى زماننا فلا تقبل شهادتهم لغلبة ظلمهم والحاصل انهم ان كانوا عدولا تقبل شهادتهم والا لا وذكر شمس الائمة السرخسى ان العامل اذا كان وجيها فى الناس ذا مروة لايجازف فى كلامه تقبل شهادته واما اذا كان ساقط المنزلة عند الناس او مجازفا فى كلامه لاتقبل شهادته وقيل المراد بالعمال الامراء وقيل هم الذين يعملون بايديهم ويواجرون انفسهم ومن الناس من قال لاتقبل شهادة هؤلاء وانما اورد هذه المسئلة لرد قول ذلك القائل لاتقبل شهادتهم لان كسبهم اطيب الكسب فلا يوجب ذلك جرحا (لا) تقبل الشهادة (من اعمى) لانه يحتاج فى تحمل الشهادة وادائها الى التمييز بين المشهود له والمشهود عليه بالاشارة اليهما والى المشهود به فيما يجب احضاره والة هذا التمييز البصر وقد عدم وقال مالك رحمه الله تعالى تقبل شهادته وقال زفر رحمه الله تعالى وهو رواية عن ابى حنيفة رحمه الله تعالى انها تقبل فيما يجرى فيه التسامع وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى والشافعى رحمه الله تعالى اذا تحمل الشهادة وهو بصير ثم اداها وهو اعمى تقبل (ولا من مملوك) لان الشهادة من باب الولاية لانها قول ملزم على الغير والمملوك ليس له ولاية على نفسه فعلى غيره اولى ولو ادى حال الحرية وتحمل قبلها تقبل شهادته وقال مالك رحمه الله تعالى شهادته مقبولة (و) لا من (محدود فى قذف وان تاب) لان رد شهادته من تمام حده وقال الشافعى رحمه الله تعالى تقبل شهادته اذا تاب

وعن ابراهيم وشريح مثله (الا من حد فى كفره فاسلم) فان شهادته تقبل بعد الاسلام (و) من (عدو بسبب الدنيا) لانه لايؤمن من التقول على عدوه (و) لامن (سيد لعبده) قنا كان اومدبرا اوام ولد (و) لا (مكاتبه) لانه شهادة لنفسه من وجه (و) لالشريك من (شريكه) (فيما يشتركانه) لانها شهادة له من وجه قيد بما يشتركانه لانها تقبل فى غيره لانتفاء التهمة كان حقه ان يقول ولاحد الزوجين للاخر كالاصل لفرعه وبالعكس وان بعد الما اخرجه ابن ابى شيبة وعبد الرزاق عن شريح انه قال لايجوز شهادة الابن لابيه ولا الاب لابنه ولاالمرأة لزوجها ولاالزوج لامرأته ولاالشريك لشريكه فى شئ بينهما لكن فى غيره يجوز ولا الاجير لمن استاجره ولاالعبد لسيده وروى ابن ابى شيبة عن سفيان وابراهيم مثله وقد اسنده الخصاف وهو ابو بكر الرازى الذى عده له اكابر المشايخ انه كبير فى العلم فقال حدثنا صالح بن رزيق وكان ثقة قال حدثنا مروان بن معاوية الفزارى عن يزيد لايجوز شهادة الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا السيد لعبده ولا الشريك لشريكه ولا الاجير لمن استأجره قيل المراد بالاجير التلميذ الخاص الذى يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام ولا القانع باهل البيت الحديث وقبل الشافعى شهادة احد الزوجين للاخر لانه ليس بينهما بعضية والزوجية قد يكون سببا للتنافر والعداوة وقد يكون سببا للميل والمحبة وهى نظير الاخوة اودونها فانها تحتمل الفسخ والقطع والاخوة لاتحتمل والجواب ان التعليل فى معرض النص غير مقبول (و) لامن (مخنث) وهو المتشبه بالنساء فى لين الكلام وتكسر الاعضاء (يفعل الردى) وهو تمكين الرجال منه واما من لم يفعل الردى فتقبل شهادته (و) لامن (نايحة و) لامن (مغنية) لان رفع المرأة صوتها حرام وفى الذخيرة ولم يرد بالنايحة التى تنوح فى مصيبتها بل التى تنوح فى مصيبة غيرها لانها لاتؤمن ان ترتكب شهادة الزور لاجل المال فكان حق الماتن ان يقيد هما باجرة (و) لامن (مدمن الشرب) من الخمر والسكر وغيرهما من المحرمات (على اللهو) وانما اشترط الادمان وهو المداومة ليكون ذلك ظاهرا منه فان من شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك منه لايسقط عدالته وان كان شربها كثيرا وانما تسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك منه اويخرج وهو سكران ويلعب به الصبيان فانه لايحترز عن الكذب عادة كذا فى الخانية وشرح الوافى والصواب مافى النهاية عن الذخيرة ان المراد به

(الامن) قذف و(حد فى) حال (كفره فاسلم) فحينئذ تقبل شهادته لان هذه الشهادة استفادها بالاسلام ولم يلحقها رد فان هذه الشهادة لم يمكن ثابتا زمان الحد والرد (ولامن عدو) على من يعاديه (بسبب الدنيا) وتقبل شهادة العدو للعدو (ولامن سيد لعبده) سواء كان عليه دين اولا لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن عليه دين اومن وجه اذا كان عليه دين (ومكاتبه) لما ذكرنا (ولامن شريكه فيما يشتركانه) ولوشهد بمالبس من شركتهما تقبل لعدم التهمة (ولامن مخنث يفعل الردى مثل التشبيه بالنساء والتمكين من الرجال فاما من كان فى كلامه لين وفى اعضائه تكسر ولم يشتهر بشئ من الافعال الرديةفهو عدل مقبول الشهادة (و) لامن (نائحة ومغنية) لانهما ترتكبان محرما ولم يردبها اللتى تنوح فى مصيبتها بل التى تنوح فى مصيبة الناس (و) لامن (مدمن الشرب على اللهو) اطلق الشرب على اللهو ليتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما والادمان شرط فى الخمر ايضا وانما شرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان من اتهم بشرب الخمر فى بيته لاتبطل عدالته وان كان يشرب الخمر كثيرا وانما تبطل اذا ظهر ذلك اويخرج سكرانا فيلعب به الصبيان والمراد بالادمان الادمان فى النية وهو ان يشرب مرة ومن نيته ان يشرب بعد ذلك كلما وجد وشرط الادمان على السكر فى سائر الاشربة وفى الخمر الادمان على نفس الشرب

الادمان فى النية بان يشرب ومن نيته ان يشرب ذلك اذا وجده والحاصل ان المراد به من شرب ولم يتب فانه فاسق ومما يدل عليه قولهم ولا يقبل شهادة من يجلس فى مجالس الفجور والشرب وان لم يشرب لانه يتشبه بهم ولم يحترز من ان يظهر عليه مايظهر عليهم فلا يحترز عن شهادة الزور ثم قيد باللهو احترازا عمن شرب لغض لقمة فى حلقه (و) لا (من يلعب بالطيور) لما فى سنن ابى داود عن ابى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يتبع حمامة فقال شيطان يتبع شيطانة (اوالطنبور) لانه من اللهو المحظور وفى قوله يلعب ايماء الى انه لو اخذ طيورا فى بيته للاستيناس لا يكون مسقطا للشهادة لان اتخاذ الحمام فى البيوت للاستيناس مباح (او) من (يغنى للناس) لانه يجمع الناس على اللهو واللعب فلا يمتنع عادة من اتيان المحارم والكذب امالو كان لازالة الوحشة عن نفسه من غير ان يسمع غيره فلا بأس على الصحيح ثم انشاد الشعر ان كان فيه وعظ وحكمة فجائز بالاتفاق وان كان فيه ذكر امرأة غير معينة اومعينة وهى ميتة فلابأس به وفى المعينة الحية يكره (او) من (يرتكب مايحد به) لانه فاسق لايؤمن من الكذب والزور وقد قال الله تعالى (ياأيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا والامر بالتوقف يمنع العمل بالشهادة (او) من (يدخل الحمام بلا ازار) لانه يرتكب محرما وهو كشف العورة (او) من (ياكل الربوا اويقامر بالنرد والشطرنج او) من (يفوته الصلوة بهما) لان ذلك كله حرام وشرط محمد فى الاصل ان يكون آكل الربوا اشتهر به لان الانسان قلما يخلو عن مباشرة عقد فاسد وذلك ربوا بخلاف اكل مال اليتيم حيث لايشترط فيه ذلك لان التحرز عنه ممكن ثم اللعب بالنرد بمجرده تسقط الشهادة لماروى ابو داود عن النبى صلى الله عليه وسلم انه من لعب بالنرد شير فقد عصى ابا القاسم واللعب بالشطرنج يسقطها اذا اقترن بالقمار اوبفوت الصلوة اوبكثرة الحلف واما اذا لم يقترن بشئ من هذه الامور فانه عند مالك والشافعى يباح مع الكراهة وعندنا وعند احمد يحرم فكان حق الماتن ان يقول اويلعب بالنرد اويقامر بالشطرنج (او) من (يبول على الطريق او) من (ياكل فيه) لانه اذا كان لايستحى عن مثل ذلك لا يستحى عن الكذب فيتهم فى الشهادة (اومن يظهر سب السلف) وهم الصحابة والتابعون ومن اقتفى اثرهم فى الدين

(و) لامن يلعب بالطيور) لان الغالب انه ينظر الى العورات فى السطوح وغيرها وذا فسق فاما اذا كان يمسك الحمام فى بيته للاستيناس ولايطيرها فهو عدل مقبول الشهادة (او الطنبور) لان اللعب حرام (اويغنى للناس) واذا تغنى بحيث لايسمع غيره ذلك ولكن يسمع نفسه لازالة الوحشة فلا بأس به لايقال ان فيه تكرارا فقد ذكر المغنية قبل هذا لانانقول ذلك مختصة بالمرأة وهذا عام ولان الاول فى تغنى المرأة مطلقا لان رفع الصوت منها حرام خصوصا اذا كان مع الغناء وهذا فى تغنى الرجل للناس (اويرتكب مايحد به) من الكبائر لانه فسق (اويدخل فى الحمام بلا ازار) لان فيه كشف العورة وهو حرام (اويأكل الربوا) وشرط فى المبسوط ان يكون آكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما يمكنه التباعد من الاسباب المفسدة للعقد وكل ذلك ربوا (اويقامر بالنرد او الشطرنج) لانه كبيرة (اوتفوته الصلوة) للاشتغال بهما اما مجرد اللعب بالشطرنج بدون القمار اوفوت الصلوة فليس بمانع للشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا فعند الشافعى رحمه الله تعالى هو مباح فاما من يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة بكل حال فيعلم من هذا ان فى النرد لايشترط المقامرة وفوت الصلوة ووقع التقييد بهما اتفاقا (اويبول على الطريق) بين ايدى الناس (اوياكل فيه اويظهر سب السلف) هو فى اللغة جمع سالف وهو الماضى وفى الشرع اسم لكل من يقتدى مذهبه ويتبع اثره كابى حنيفة واصحابه فانهم سلفنا والصحابة والتابعين سلف لابى حنيفة وانما لايقبل شهادة هؤلاء لان هذه الافعال تدل على قصور العقل والمروة ومن لم يمتنع عنها لايمتنع عن الكذب عادة

(ولاتقبل الشهادة على جرح مجرد وهو مايفسق الشاهد ولم يوجب حقا) من حقوق (الشرع او العبد مثل هو فاسق او آكل الربوا) وانما لاتقبل لان البينة انما تقبل على مايدخل تحت الحكم وفى وسع القاضى الزامه والفسق مما لايدخل تحت الحكم وليس فى وسع القاضى الزامه لانه يرفعه

بالتوبة ولان الشاهد بهذه الشهادة صار فاسقا لان فيها اشاعة الفاحشة بلا ضرورة وهى حرام والمشهود به لايثبت بشهادة الفاسق ويمكنه ان يخبر القاضى بذلك سرا اذ لاضرورة على ملا من الناس (او) مثل (انه) اى المدعى (استاجرهم) اى الشهود لاداء الشهادة لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم فى اثباته لان المدعى عليه اجنبى عنه فان قيل ينبغى ان تقبل الشهود فى الجرح لانه فى معنى التزكية علانية قلنا فى هذه الشهادة نسبة الشهود الى الفسق فيجب عليهم التعزير لهذه الاشاعة وكان يمكنهم ان يخبروا القاضى بحال الشهود سرا فلما لم يفعلوا ذلك صاروا فسقة باشاعة الفاحشة من غير ان يثبتوا بها حقا ولايصلح الفاسق معدلا (وتقبل) الشهادة لو اقام المدعى عليه بينة (على اقرار المدعى بفسقهم) لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم ويقدر القاضى على الالزام لانه لايرتفع بالتوبة ولان الشاهد لم يشهد باظهار الفاحشة فلايصير فاسقا (وكذا) تقبل (على انهم عبيد) لان الرق حق الله تعالى (اوشاربوا خمر) ولم يتقادم العهد لان فيه احياء حق الله تعالى وهو الحد (او قذفة) والمقذوف يدعى ذلك لان فيه اثبات حد القذف وفيه حقان حق العبد وحق الله تعالى والغالب فيه حق الله تعالى (اوشركاء المدعى) بان يشهدوا بمال مشترك فيثبت التهمة والشهادة ترد بالتهمة (اواستاجرهم) فتثبت المدعى لاداء الشهاد (واعطاهم الاجرة بها من مالى) الذى كان فى يده لانه خصم فى ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه (او اقام) المدعى عليه البينة على انى صالحت الشهود (ودفعت اليهم كذا) من المال لئلا يشهد واعلى بهذا بخلاف الباطل فاذا شهد وافعليهم ان يردوا ذلك المال على فانه تقبل بينة المدعى عليه لان فيه ضرورة ليصل الى ماله حتى لو قال لم اعطيهم المال لم يقبل لان فيه اظهار الفاحشة بلا ضرورة (وشرط موافقة الشهادة الدعوى) لان الشهادة لاجل تصديق الدعوى فيجب ان توافقها

(ولاتقبل الشهادة على جرح مجرد وهو) اى الجرح المجرد (مايفسق الشاهد ولم يوجب حقا للشرع او للعبد مثل هو) اى الشاهد (فاسق او آكل الربوا) او شارب خمر اوزان اوقاتل نفس او شاهد زور (اوانه) اى المدعى استأجرهم) اى الشهود او انهم اقروا انهم شهدوا بالزور او انهم اقروا ان المدعى مبطل فى هذه الدعوى او انهم اقروا ان لاشهادة لهم على المدعى عليه فى هذه الحالة لان الشهادة انما تقبل على مايدخل تحت حكم القاضى وفيما وسعه الزامه ومجرد الفسق ليس كذلك لان الفاسق يرتفع فسقه بالتوبة ولعله تاب فى مجلسه او قبله فلايتحقق الالزام ولانها اشاعة الفاحشة من غير ضرورة والفاحشة فسق لقوله تعالى (ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب اليم) فان قيل فيها ضرورة وهى منع الظالم عن الظلم اجيب بانه لا ضرورة فيها لامكان اخباره القاضى سرا حتى يرد شهادتهما (وتقبل) الشهادة (على اقرار المدعى بفسقهم) لانهم ما اظهروا الفاحشة بل شهدوا على اظهار غيرهم فلا يوجب ذلك فسقهم (و) تقبل (على انهم عبيد) لان فيها اثبات حق الرق (او) على (انهم شاربوا خمر) ولم يتقادم لاثباتهم الحد قيدنا بعدم التقادم لانه لو تقادم لاتقبل لعدم الحد (او) على انهم (قذفة) بفتح المعجمة جمع قاذف وهذا اذا كان المقذوف يدعى القذف لتعلق الحد بهم (او) على (انهم شركاء المدعى) لاثباتهم حق الشركة (او) على انه (اعطاهم الاجرة لها) اى للشهادة (من مالى) الذى كان فى يده وطلب استرداده لانه خصم فى ذلك (او) على انى (دفعت اليهم كذا) من المال (لئلا يشهدوا على) وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال لانهم اخصام فى ذلك (وشرط) فى قبول الشهادة (موافقة الشهادة للدعوى) وهذا فى حقوق العباد لان الشهادة فى حقوق الله تعالى واجبة على كل احد فكان كل واحد فيها خصما فى اثباتها وحقوق العبد تتوقف على مطالبته اومطالبة من يقوم مقامه فلو ادعى دارا ارثا او شراء فشهدا بملك مطلق لاتقبل لانهما شهدا باكثر مما ادعى لانه ادعى ملكا حادثا وشهدا بملك قديم لان الملك المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق المدعى به الزوائد ولو ادعى ملكا مطلقا وشهدا بملك بسبب معين تقبل لانهم شهدوا باقل مما ادعاه فلم يخالف شهادتهما الدعوى

بخلاف الاول (كاتفاق الشاهدين) اى كما شرط اتفاقهما (لفظا ومعنى عند ابى حنيفة) واكتفيا بالمعنى كمالك والشافعى (فتردد فى الف والفين) اى شهادة احد الشاهدين بالف والاخر بالفين وتقبل عند ابى يوسف ومحمد على الاقل اذا كان المدعى يدعى الاكثر وبه قال الشافعى فى وجه واحمد فى رواية لانهما اتفقا على الالف وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما ولابى حنيفة انهما اختلفا بلفظين غير مترادفين فاختلفا معنى وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد الاترى انه لو شهد احدهما انه قال لامرأته انت خلية وشهد الاخر بانه قال لها انت برية لا يثبت شىء وان اتفق المعنى وفى النهاية ان كانت المخالفة بينهما فى اللفظ دون المعنى تقبل نحو ان يشهد احدهما على الهبة والآخر على العطية لان اللفظ ليس بمقصود فى الشهادة بل المقصود ما صار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة فى ذلك لايضر المخالفة فيما سواه وكذا اذا شهد احدهما بالنكاح والاخر بالتزويج (ويثبت فى الف والف ومائة الاقل عند دعوى الاكثر) لاتفاق الشاهدين على الاقل لفظا ومعنى لان المائة عطف على الالف والعطف يقرر الاول ولان المعطوف غير المعطوف عليه فكانا كلمتين والفان كلمة واحدة فان قيل لو ادعى الفين وشهدا بالف تقبل اتفاقا مع ان شرط صحة القضاء الموافقة بين الشهادة والدعوى ولم يوجد اجيب بان الاتفاق فى اللفظين الدعوى والشهادة ليس بشرط على حسب الاتفاق فى اللفظ بين شهادتى الشاهدين (ان قصد) المدعى (المال لا العقد) اما لو قصد العقد فالشهادة باطلة لان العقد يختلف باختلاف الثمن فكان هناك عقدان لم يتم نصاب الشهادة على واحد منهما فان ادعى الشراء مثلا فشهد احدهما على الشراء بالف والاخر بالف ومائة لايثبت الشراء لاختلاف المشهود به ولا فرق بين ان يدعى المدعى الاقل والاكثر (فتقبل) شهادة احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة

(كاتفاق الشاهدين لفظا ومعنى عند ابى حنيفة) رحمه الله تعالى المراد باتفاقهما لفظا تطابق لفظهما على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن وعندهما لا يشترط اتفاقهما لفظا ومعنى بل يكفى اتفاقهما معنى (فتردد) الشهادة عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى (فى الف والفين) اى ان شهد احدهما بالف والاخر بالفين تردد وكذا ان شهد احدهما بطلقة والاخر بطلقتين او ثلث وعندهما تقبل اذا ادعى الاكثر حتى ان ادعى الاقل يكون المدعى مكذبا بالشاهد الاكثر (وان شهد) احدهما (بالف والاخر بالف ومائة يثبت فى الف والف ومائة الاقل) وتقبل الشهادة عليه لان الشاهدين اتفقا على الاقل وهو الالف لفظا ومعنى وهذا لان ذكر المائة على سبيل العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فكانا كلمتين متباينتين لاتتعلق احديهما بالاخرى فحينئذ تقبل بالاقل بخلاف الالف والالفين فان الالفين كلمة واحدة (عند دعوى الاكثر) فان قال المدعى لم يكن لى الا الالف فشهادة الذى شهد بالف ومائة باطلة لان المدعى كذبه فى الزيادة فلم يبق له الا شاهد واحد فلم يقض به (وكذا اذا سكت عن دعوى المائة الزائدة لم تقبل شهادة مثبت الزيادة لان التكذيب ظاهر فلابد من التوفيق ولم يوجد حتى لو وافق فقال كان اصل حقى الفا ومائة كما يشهد به ذلك الشاهد ولكنى استوفيت مائة او ابرأته عنها ولا يعلم بذلك الشاهد قبلت لزوال التكذيب بالتوفيق وهذا (ان قصد) المدعى (المال) وادعاه (لا) تقبل الشهادة (ان قصد) المدعى (العقد) بان ادعى انه اشترى عبد فلان وشهد احدهما انه اشتراه بالف وشهد الاخر انه اشتراه بالف وخمسمائة لاتقبل الشهادة لانهما لم يتفقا على عقد واحد فالشراء بالف غير الشراء بالف وخمسمائة والمقصود اثبات العقد فاذا اختلف المشهود به تعذر الحكم لقصور الحجة وكذا اذا كان المدعى هو البائع ولافرق بين ان يدعى المدعى اقل المالين او اكثرهما (فتقبل) الشهادة

(فى عتق بمال) ان ادعى من له المال يعنى اذا ادعى المولى انه اعتق عبده بالف ومائة وشهد شاهد انه اعتقه على الف وشهد آخر انه اعتقه على الف ومائة تقبل الشهادة على الف لان العتق يثبت باقرار المولى فبقيت الدعوى فى الدين فان ادعى المولى الاقل لاتقبل شهادة الشاهد بالاكثر وان ادعى المولى الاكثر تقبل فى الاقل واما اذا ادعى العبد ان المولى اعتقه وانكر المولى لاتقبل هذه الشهادة لان المدعى لايقصد اثبات المال بل مقصوده اثبات العقد وهو مختلف فالعتق على الف يخالف العتق على الف ومائة (و)كذا تقبل الشهادة (فى صلح عن قود) ان ادعى من له المال يعنى اذا ادعى ولى المقتول بانه صالح القاتل على الف ومائة وشهد شاهد انه صالح على الف وشهد شاهد آخر انه صالح على الف ومائة تقبل هذه الشهادة على الاقل لان المقصود

اثبات المال اما اذا ادعى القاتل انه صالح ولى المقتول على الف ومائة وانكر ولى المقتول واختلف الشاهدان لاتقبل هذه الشهادة لان المقصود اثبات عقد الصلح (و)كذا تقبل الشهادة (فى رهن) ان ادعى من له المال يعنى ان ادعى المرتهن انه ارتهن هذه الدار بالف ومائة وشهد شاهد على انه ارتهن هذه الدار على الف وشهد شاهد آخر انه ارتهن هذه الدار على الف ومائة تقبل هذه الشهادة على الاقل لان المقصود اثبات المال اما اذا ادعى الراهن لاتقبل (و)كذا تقبل هذه الشهادة (فى خلع ان ادعى من له المال) يعنى اذا ادعى الزوج انه خالع امرأته على الف ومائة واختلف الشاهدان تقبل الشهادة على الاقل واما اذا ادعت المرأة لاتقبل كما ذكرنا (والاجارة) نظير (بيع فى اول المدة) يعنى اذا ادعى الموجر او المستاجر فى اول مدة الاجارة ان الاجارة وقعت على الف ومائة واختلف الشاهدان لاتقبل هذه الشهادة لان المقصود اثبات العقد (و)الاجارة نظير (مال بعدها) اى بعد مضى المدة يعنى اذا ادعى الموجر بعد مضى مدة الاجارة ان الاجارة وقعت على الف ومائة واختلف الشاهدان تقبل هذه الشهادة لان المقصود اثبات المال لا العقد وفى الصور المذكورة لو ادعى المدعى الفين واختلف الشاهدان فى الف والفين لايقبل الشهادة عند ابى حنيفة وعندهما تقبل على الاقل (و)لو كانت الدعوى فى النكاح واختلف الشاهدان فى المهر (يثبت النكاح) باقل المالين يعنى (بالف) عند ابى حنيفة استحسانا سواء كان الدعوى من الزوج او من المرأة والمدعى يدعى الاقل او الاكثر خلافا لهما رحمهما الله تعالى فعندهما لايثبت النكاح وهو القياس لان المقصود من الجانبين هو عقد النكاح والنكاح بالف غير النكاح بالف ومائة فبطلت الشهادة كما فى البيع وله ان المهر فى النكاح تابع ومن حكم التابع ان لايتغير الاصل بتغيره الا ترى ان النكاح لايبطل بنفى المهر ولا يفسد بفساده فكذا لايختلف باختلافه اذا اتفقا على ماهو الاصل فوجب القضاء بالنكاح وبقى المهر مالا منفردا فوجب القضاء كما فى المال المنفرد وقيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هى المدعية فان كان المدعى هو الزوج لاتقبل اجماعا لان قصدها قد يكون المال اما الزوج فلا يقصد الا العقد

(فى عتق بمال وصلح عن قود ورهن وخلع ان ادعى من له المال) بان ادعى فى العتق المولى وفى الصلح ولى المقتول وفى الرهن المرتهن وفى الخلع الزوج لان قصد كل منهم الى المال فكان كمدعى الدين قيد بكون المدعى من له المال لانه لو كان الآخر وهو العبد فى العتق والقاتل فى الصلح والمرأة فى الخلع كان القصد الى اثبات العقد فكانت الشهادة باطلة (والاجارة بيع فى اول المدة) وهو انما يقصد فيه الى اثبات العقد سواء كان المدعى الموجر او المستأجر وسواء كانت الدعوى باقل المالين او باكثرهما (ومال بعدها) اى بعد المدة فيثبت ما اتفق عليه الشاهدان وهو الاقل اما لو كان المدعى هو الاجر فانه لا حاجة حينئذ الى اثبات العقد واما ان كان المستأجر فلان ذلك منه اعتراف بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به من غير حاجة الى اتفاق الشاهدين او اختلافهما وهذا اذا كان المدعى يدعى الاكثر وان كان يدعى الاقل لاتقبل شهادة من يشهد بالاكثر لان المدعى يكذبه (ويثبت النكاح بالف) يعنى باقل المالين سواء ادعى الزوج او المرأة عند ابى حنيفة خلافا لهما كمالك والشافعى فان عندهما تبطل الشهادة ولا يقضى بشىء لان الحاجة الى اثبات العقد والنكاح بالف غير النكاح بالف وخمسمائة ولابى حنيفة ان المال فى النكاح تابع للاصل فيه وهو الحل والازدواج والملك ومن حكم التبع ان لايغير الاصل فيبقى العقد سالما عن الاختلاف فيلزم ويقضى بالاقل مما وقع فيه الاختلاف وهو المال كما فى الدين ويستوى فيه ان يكون المدعى الزوج او المرأة ثم الاصل ان المشهود به ان كان قولا كالبيع فاختلاف الشاهدين بالمكان او بالزمان لايمنع الشهادة لان القول مما يعاد وان كان المشهود به فعلا

كالغصب والقتل والجرح اوقولا والفعل شرط كالنكاح فانه قول وحضور الشاهدين فعل فاختلاف الشاهدين بالزمان اوالمكان يمنعها (ولزم الجر فى) دعوى (الارث) الميراث الى المدعى (بقوله) فى الشهادة لمن ادعى شيئا فى يدغيره انه ميراثه من ابيه (مات مورثه وتركه ميراثا له او مات وذا ملكه) وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة (او) مات وذا (فى يده) لان اليد المجهلة عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذامات مجهلا لتركه الحفظ والمضمون يملكه الضامن ولان الظاهر من حال من حضره الموت ان يبين ما كان عنده من الودائع والمغصوب فاذا لم يبين فالظاهر انه ملكه (فان قال) الشاهد فى دعوى الارث (كان لابيه اودعه او اعاره) اواجاره اورهنه اوغصبه منه (من فى يده جاز بلا جر) لان اثبات يد من يقوم مقامه يغنى عن اثبات الملك وقت الموت فاكتفى به عن ذكر الجر (وتقبل الشهادة على الشهادة الا فى حد وقود) وقال مالك تقبل فى كل الحقوق وبه قال الشافعى فى الاصح لان الفروع عدول نقلوا شهادة الاصول فالحكم بشهادة الاصول وصار الفروع كالترجمان ولنا ان القياس ان لايجوز الشهادة على الشهادة لان الاخبار اذا تداولتها الالسنة يمكن فيها شبهة النقصان والزيادة وانما جوزناها استحسانا لحاجة الناس وانما لايجوز فى حد وقود لانهما يدرأان بالشبهة وفى الشهادة على الشهادة شبهة من حيث البدلية واجازها مالك والشافعى فيهما نظرا لحق العبد (وشرطها) اى للشهادة على الشهادة (تعذر حضور الاصل بموت او مرض) لايستطيع معه الحضور الى مجلس القضاء (اوسفر) مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا لان جوازها للحاجة وهى عند عجز الاصل وهو يتحقق بهذه الاشياء وعن ابى يوسف انه ان كان فى مكان لو غدا لاداء الشهادة لايستطيع ان يبيت فى اهله صح الاشهاد احياء لحقوق العباد ودفعا للحرج عن الشاهد لان فى بيتوتته عند غير اهله حرجا فى حقه وبه قال الشافعى فى قول واحمد فى رواية واخذ به ابو الليث وكثير من المشايخ وذكره محمد فى السير الكبير وفى الذخيرة عن محمد انه يجوز كيف ما كان حتى لو كان الاصل فى زاوية المسجد والفرع فى زاوية اخرى من ذلك المسجد تقبل (و) شرط (شهادة عدد) رجلين اورجل وامرأتين (عن كل اصل) لما روى عبد الرزاق فى مصنفه عن على انه قال لا يجوز على شهادة الميت الا رجلان ولفظ الهداية عن على لايجوز على شهادة رجل الاشهادة رجلين وماروى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن الشعبى انه قال لايجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين

(ولزم الجر فى الارث) اى من ادعى دارا واقام بينة على انها كانت لابيه لايقضى له حتى يجر الشاهد الميراث الى المدعى (بقوله مات) ابوه (وترك ميراثا له اومات ابوه وذا ملكه اوفى يده) فانه لما ثبت بهذه الشهادة كون الدار ملكا للمورث يوم الموت ثبت الملك للوارث ضرورة والشهادة باليد وقت الموت شهادة بالملك لانها لايخلو من ان يكون يده يد ملك اوغصب او امانة فان كانت يد ملك فظاهر وكذا لو كانت يد غصب لانها تصير يد ملك بالضمان لان بالموت يتقرر الضمان ويصير المضمون ملكا له وان كانت يد امانة فتصير يد غصب بالتجهيل فصارت يد ملك ايضا وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى لايلزم الجر والانتقال لقبول البينة (فان قال) الشاهد (كان) الدار (لابيه لكن اودعه او اعاره من فى يده جاز ذلك بلاجر) اتفاقا اما عند ابى يوسف رحمه الله تعالى فلعدم اشتراط الجر واما عندهما فلان يد المودع والمستعير كيد المودع والمعير فصار كان الشاهد قال مات ابوه والدار فى يده (وتقبل الشهادة على الشهادة) فى كل حق (لان شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لموته او سفره او غيبته فلو لم تقبل شهادة الفرع لتعطلت حقوق الناس وكما يجوز فى درجة يجوز فى درجات حتى يجوز الشهادة على شهادة الفرع ثم وثم (الا فى حد وقود) لان فى الشهادة على الشهادة زيادة شبهة من حيث البدلية فلا تقبل فيما يندرأ بالشبهات كالحدود والقصاص كما لاتقبل شهادة النساء مع الرجال (وشرطها) اى للشهادة على الشهادة (تعذر حضور الاصل) مجلس القاضى (بموت اومرض اوسفر) وعن ابى يوسف انه لم يجعل السفر شرطا بل يكفى مسافة لو غدا الى القاضى لاداء الشهادة لم يستطع ان يبيت باهله (و) شرط (شهادة عدد عن كل اصل) فلا تقبل شهادة رجل واحد على رجل واحد خلافا للمالك

(لا يشترط تغاير فرعى هذا الشاهد وفرعى ذلك الشاهد فان شهد رجلان على شهادة اصل وشهد هذان الرجلان على شهادة اصل آخر جاز عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا يجوز الا الاربع على كل اصل فرعان وصفة الاشهاد ان (يقول شاهد الاصل) لشاهد الفرع (اشهد على شهادتى انى اشهد بكذا او) يقول شاهد (الفرع) عند الاداء (اشهد ان فلانا اشهدنى على شهادته بكذا وقال لى اشهد على شهادتى بذلك) ففى شهادة الاصل ثلث شينات

ولها لفظ اطول من هذا وهو ان يقول الاصل اشهد بكذا وانا اشهدك على شهادتى فاشهد على شهادتى وفيه خمس شينات ويقول الفرع اشهد ان فلانا شهد عندى بكذا واشهدنى على شهادته بذلك وامرنى ان اشهد على شهادتى وانا اشهد على شهادته بذلك وفيه ثمانى شينات ولها لفظ اقصر وهو ان يقول الاصل اشهد على شهادتى بكذا وفيه شينان ويقول الفرع اشهد على شهادة فلان بكذا وفيه ايضا شينان من غير احتياج الى زيادة شىء وكان يفتى شمس الائمة رحمه الله تعالى به (وصح تعديل) شهود (الفرع) شهود (الاصل (و) كذا اذا شهد شاهدان صح تزكية (احد الشاهدين الاخر) لان كلا من الشاهدين من اهل التزكية (وانكار) شهود (الاصل) الشهادة بان قالوا ما لنا شهادة فى هذه الحادثة وماتوا او غابوا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة (يبطل شهادة) شهود (الفرع) واما مع حضور شهود الاصل فلا يلتفت الى شهادة الفرع وان لم ينكر شهود الاصل (ومن اقر انه شهد زورا شهر) اعلم ان شاهد الزور يعزر اجماعا اتصل القضاء بشهادته اولم يتصل فانه ارتكب كبيرة يلحق ضررها بالمسلمين الا انهم اختلفوا فى كيفية التعزير فقال ابو حنيفة رحمه الله تعالى تعزيره تشهيره فقط (ولم يعزر) بالضرب والحبس وقالا رحمهما الله تعالى يضرب ويحبس وهو قول الشافعى لانه روى عن عمر رضى الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولابى حنيفة رحمه الله تعالى ان شريحا كان يشهره ولا يضرب فيبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقى بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول انا وجدناه شاهد الزور فاحذروه وحذروه الناس وشريحا كان قاضيا فى زمن الصحابة ولم ينكر عليه احد منهم فصار محل الاجماع فكان هذا احتجاجا منه باجماع الصحابة رضى الله عنهم لا بتقليد الشريح وشاهد الزور يعلم باقراره على نفسه بالكذب متعمدا كما يقول كذبت فيما شهدت متعمدا او بان يشهد بقتل رجل ثم يجىء المشهود عليه بقتله حيا او بغير ذلك

(لا) اى لا يشترط (تغاير فرعى هذا) الاصل (و) فرعى (ذاك) الاصل حتى لو اشهد احد الاصلين على شهادته شاهدين واشهدهما الاخر بعينهما على شهادته جاز وقال الشافعى فى وجه لا يجوز الا الاربع على كل اصل شاهدان ولا يكفى شهادة فرد على شهادة اصل وشهادة فرد آخر على الاصل الاخر الا على قول الحسن البصرى وعثمان البتى وابن ابى ليلى والعنبرى (ويقول الاصل) فى اشهاد الفرع (اشهد على شهادتى انى اشهد بكذا) لان الفرع كالنائب عن اصل فلا بد من التحميل والتوكيل له ومن ان يشهد الاصل عنده كما يشهد عند القاضى لينقله الى مجلس القضاء (و) يقول (الفرع) فى اداء الشهادة (عند الحاكم اشهد ان فلانا اشهدنى على شهادته بكذا وقال لى اشهد على شهادتى بذلك) لانه لا بد من ذكر شهادة الاصل وذكر التحميل وهو يحصل بهذا وفيه خمس شينات (وصح تعديل الفرع) اى تزكية الشاهد الفرع (الاصل و) تعديل (احد الشاهدين الاخر) بان شهد شاهدان فى واقعة فزكى احدهما الاخر لانه من اهل التزكية فكانت تزكيته كتزكية غيره (وانكار الاصل تبطل شهادة الفرع) لان التحميل شرط وهو لم يثبت للتعارض بين خبر الفروع وخبر الاصول (ومن اقر انه شهد زورا) او شهد بقتل رجل او موته ثم جاء ذلك الرجل حيا (شهر) فى الاسواق (ولم يعزر) بضربه ولا يحبس عند ابى حنيفة وعزر بالضرب والحبس عند ابى يوسف ومحمد وباقى العلماء على قدر ما يراه القاضى حتى يظهر توبته ثم التشهير لاعلام الناس حتى لا يعتمدوا لشهادته بعد ذلك والتعزير لارتكاب كبيرة فشهادة الزور من اعظم الكبائر فانها عدلت الشرك بالله تعالى فى قوله سبحانه (فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور) وفيه اشارة الى عظم حرمة المسلم فقد جعل الله الشهادة عليه بالزور كالشهادة على ذاته بالزور والحاصل ان شاهد الزور يعزر بالاتفاق سواء اتصل القضاء بشهادته اولم يتصل لانه ارتكب كبيرة اتصل ضررها بالمسلمين وليس فيها حد مقدر فيعزر زجرا له الا انهم اختلفوا فى كيفية تعزيره فقال ابو حنيفة بتشهيره فقط وقال غيره بضربه وحبسه لما روى ابن

ابى شيبة فى مصنفه عن ابى خالد عن حجاج عن مكحول عن الوليد بن ابى مالك ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب الى عماله بالشام فى شاهد الزور بضرب اربعين سوطا ويسحم وجهه ويحلق رأسه ويطال سجنه ومعنى يسحم بالحاء المهملة والمعجمة يسود من الاسحم وهو الاسود وهذا الاثر دليل على اثبات الضرب ونفى قول ابى حنيفة الاانهما لا يقولان بالسحم ومحمد لا يقول بتبليغ التعزير الى اربعين ولابى حنيفة ماروى محمد فى الاثار عن ابن ابى الهيثم عن من حدثه عن شريح انه كان اذا اخذ شاهد زور فان كان من اهل السوق قال للرسول قل لهم ان شريحا يقرأ كم السلام ويقول لكم انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وان كان من العرب ارسله به الى مسجد قومه اجمع ما كانوا فقال للرسول مثل ما قال فى المرة الاولى فان قيل ابو حنيفة لا يرى تقليد التابعى اجيب بانه لم يذكر فعل شريح مستدلا به وانما ذكره لبيان انه لم يستدل بهذا القول بل سبقه اليه غيره او استدلاله انما هو بتجويز الصحابة فعل شريح فانه كان قاضيا فى زمن عمر وعلى ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة الذين كان هو فى زمنهم واما حديث عمر فمحمول على السياسة ولو قال غلطت او نسيت او اخطأت اوردت شهادتى لتهمة او مخالفة بين الدعوى والشهادة او بين الشهادتين لا يعزر والرجال والنساء واهل الذمة فى حكم شهادة الزور سواء ولو تاب بعد ذلك وشهد قالوا ان كان فاسقا تقبل لان الذى حمله على الزور فسقه وقد زال وقدر بعضهم مدة ذلك بستة اشهر وبعضهم بسنة لان بمضى الزمان يتغير حال الانسان والله المستعان والصحيح انه مفوض الى رأى القاضى وان كان عدلا او مستورا لا تقبل شهادته ابدا لان عدالته لا يعتمد وروى الفقيه ابو جعفر عن ابى يوسف انها تقبل وبه يفتى*

فصل

(لا رجوع عنها) اى لا يصح الرجوع عن الشهادة (الا عند قاض) اى قاض كان لان الرجوع عن الشهادة فسخ لها فيختص بما اختصت به وهو كونها عند قاض كفسخ البيع حيث يشترط فيه مايشترط فى البيع من قيام المبيع ورضى المتبايعين ولان الرجوع عن الشهادة توبة عما ارتكب من قول فى مجلس القضاء فيكون توبته بالرجوع كذلك هكذا فى الهداية والكافى اخذا

(فصل) فى الرجوع عن الشهادة (لا رجوع عنها الا عند قاض) فللرجوع ركن وهو قول الشاهد شهدت بزور اورجعت عما شهدت به وشرط جوازه ان يكون عند القاضى لانه فسخ للشهادة فيختص بما يختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضى وحكمه وجوب التعزير كما ذكرنا والضمان مع التعزير كما سيجىء

من المبسوط ويؤيده ما ورد انه صلى الله عليه وسلم قال اذا احدثت ذنبا فاحدث لله توبة السر بالسر والعلانية بالعلانية (فان رجعا عنها قبل الحكم سقطت) لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضى لا يقضى بكلام متناقض (ولم يضمنا) لانهما لم يتلفا شيئا على المدعى ولا على المدعى عليه (و) ان رجعا عنها (بعده) اى بعد الحكم (لم يفسخ) الحكم لان آخر كلامهم فى الدلالة على الصدق مثل أوله وقد ترجح الاول باتصال القضاء به (وضمنا ما اتلفاه) للمشهود عليه (بها) اى بشهادتهما لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع الاقرار (اذا قبض) المدعى (مدعاه) دينا كان اوعينا لان الاتلاف يتحقق بقبض المدعى وفى ذلك لا يتفاوت الحكم بين العين والدين (والعبرة للباقى للراجع) اذ لولا ذلك لوجب الضمان مع بقاء من يقوم الحق بشهادته بان بقى النصاب (فان رجع احد ثلاثة) شهدوا بحق وقضى القاضى به وقبضه المدعى (لم يضمن) لان شهادة الشاهدين يكفى لثبوت الحق فى غير الزنا والكلام فيه فصار لحق مستحقا بهما وقال احمد يضمن ثلث الحق وبه قال الشافعى فى قول ومالك فى رواية (فان رجع آخر ضمنا) اى الراجع اولا والراجع ثانيا (نصفا) لانه بقى من الثلاثة واحد فبقى ببقائه نصف الحق (وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعوا فعلى الرجل سدس عند ابى حنيفة وعلى النسوة خمسة اسداس) وبه قال مالك والشافعى واحمد (ونصف عندهما) وعلى النسوة النصف الآخر وبه قال ابو العباس من اصحاب الشافعى لان النسوة وان كثرت يقمن مقام الرجل الواحد ولذا لا يقبل شهادتهن الا اذا شهد معهن رجل فكان الثابت بشهادتهن نصف المال وبشهادة الرجل النصف الآخر وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم فى نقصان عقل النساء عدلت شهادة اثنتين بشهادة رجل (وان رجعن) اى النسوة العشرة (فقط) اى ولم يرجع الرجل (فعليهن نصف) من الحق اتفاقا لانه بقى من يبقى به نصف الحق وهو حق الرجل وبه قال الشافعى فى قول واحمد والشافعى فى قول آخر عليهن خمسة اسداس بناء على ان العبرة للراجع وكذلك ان رجع الرجل وحده عليه نصف الحق لبقاء من يقوم بالنصف (وضمن الفرع ان رجع هو والاصل) عند ابى حنيفة وابى يوسف لان القضاء وقع بشهادة

(فان رجعا عنها) اى عن الشهادة (قبل الحكم سقطت) شهادتهما (ولم يضمنا شيئا وان) حكم بشهادتهما ثم (رجعا بعده لم يفسخ الحكم) لان الكلام الثانى مثل الاول فى الدلالة على الصدق وقد ظهر رجحان الاول لاتصال القضاء به (وضمنا) للمشهود عليه (ما اتلفاه بها) اى بشهادتهما لان السبب على وجه التعدى سبب الضمان وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا يضمنان اذ لا اعتبار للسبب عند وجود المباشرة وهى حكم القاضى قلنا لا يمكن ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضى وان حصل الاتلاف بقضائه لانه بمنزلة الملجاء من جهتهما الى القضاء لانه وجب عليه القضاء شرعا حتى لو امتنع عنه يأثم ويعزل ويعزر وانما يضمنان (اذا قبض) المدعى (مدعاه) حتى اذا قضى القاضى ولم يقبض المدعى مدعاه لا يجب الضمان بل يتوقف الضمان على القبض وان رجع احدهما ضمن النصف والاصل (ان العبرة فى هذا للباقى لا للراجع) فان شهد ثلثة (ورجع واحد من ثلثة لم يضمن الراجع شيئا لانه بقى من يبقى بشهادته كل الحق (فان رجع آخر ضمنا نصفا) لانه بقى نصف نصاب الشهادة فان قيل ينبغى ان يضمن الراجع الثانى فقط لان التلف اضيف اليه قلنا التلف مضاف الى المجموع الا ان رجوع الاول لما لم يظهر لمانع وهو بقاء من بقى بشهادته كل الحق وهو اثنان فاذا رجع الثانى ظهر ان التالف بهما (وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعوا اى) الرجل والنساء جميعا (فعلى الرجل سدس المال) وعليهن خمسة اسداسه عند ابى حنيفة رح (و) عليه (نصف عندهما) وعلى النساء نصف لان النساء وان كثرن فى الشهادة لم يقمن الا مقام رجل واحد ولهذا لا يقبل شهادتهن الا مع انضمام رجل فكان الثابت بشهادتهن نصف المال وله ان

الفروع

كل امرأتين فى الشهادة تقومان مقام رجل واحد فعشر نسوة كخمسة من الرجل فصار كما لو شهد بذلك ستة من الرجال ثم رجعوا (وان رجعن) اى النساء كلهن فقط دون الرجل (فعليهن نصف المال) فصار كما لو شهد ستة رجال ثم راجعوا خمسة (وضمن الفرع) فقط (ان رجع هو والاصل) جميعا لان سبب الاتلاف الشهادة القائمة فى مجلس القاضى وذا وجد من الفرع فيجب الضمان عليهم عند الرجوع وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الفروع وان شاء ضمن الاصول

الفروع فكانوا مباشرين والاصول متسببين واذا اجتمع المباشر والمتسبب كان الضمان على المباشر وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من حيث ان القاضى عاين بشهادتهم وبشهادة الاصول من حيث ان الفروع ناقلون عنهم وناقلون بشهادتهم بامرهم فيتخير فى تضمين اى الفريقين شاء والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول فلايجمع بينهما فى التضمين بل يجعل كل فريق كالمنفرد ولو رجع شهود الاصل بان قالوا لم نشهد الفروع على شهادتنا اواشهدناهم وغلطنا لا يضمنون وقال محمد يضمن شهود الاصل (و) ضمن (المزكى) اذا رجع عند ابى حنيفة وقالا لايضمن (لاشاهد الاحصان) اى لايضمن شهود الاحصان اذا رجعوا وهو قول للشافعى ورواية عن مالك سواء رجعوا مع الشهود اووحدهم وقال زفر واحمد والشافعى فى قول ومالك فى رواية يضمنون لان الزنا صار موجبا للرجم بقولهم فكان فى معنى علة العلة فلنا ان الاحصان شرط محض لايضاف الحكم اليه كما تقرر فى الاصول (و) ضمن (شاهدا اليمين) اى التعليق (لاالشرط) اى لايضمن شاهدا وجود الشرط (اذا رجعوا) اى شاهدا اليمين وشاهدا وجود الشرط فلوشهدا بتعليق العتق اوالطلاق قبل الدخول بشرط وشهد آخران بوجود الشرط فقضى القاضى ثم رجعوا كلهم ضمن شهود اليمين قيمة العبد ونصف المهر لاشهود وجود الشرط وقال زفر يضمنون لان التلف حصل بشهادة الفريقين جميعا ولو رجع شهود الشرط وحدهم بان كانت اليمين ثابتة بالاقرار ضمنوا عند بعض المشايخ واليه مال فخر الاسلام والصحيح ان شهود الشرط لايضمنون بحال واليه مال شمس الائمة السرخسى والله تعالى اعلم ولو رجعوا بعد ما شهدوا بقصاص ضمنوا الدية وان قالوا تعمدنا الكذب ولايقتص منهم عندنا وبه قال مالك وحكم الشافعى بالقصاص ومعه شهب المالكى ان قالوا تعمدنا وصاروا كالمكره لان كل واحد قاتل تسببا ولنا ان القصاص جزاء مباشرة الفعل ولم يوجد منهم القتل مباشرة لانها بفعل الولى بخلاف المكره لان المكره صار آلة للمكره فاضيف فعله اليه لان اختياره فاسد واختيار المكره صحيح على انه ان لم يقطع النسبة بالكلية فلا اقل من ان يورث الشبهة وهى مانعة للقود بخلاف الدية لان المال يثبت مع الشبهة والله سبحانه وتعالى اعلم *

(و) ضمن (المزكى) ان رجع عن التزكية عند ابى حنيفة رح لان الحكم يضاف الى الشهادة والشهادة انما يصير حجة بالعدالة والعدالة ما يثبت بالتزكية فصارت فى معنى علة العلة وعندهما لايضمن لانه اثنى على الشاهد خيرا (و) ضمن (شاهد الزنى لا) شاهد (الاحصان) اى اذا شهدوا على الزنا وشهد الشهود على احصان الزانى ثم رجع شهود الاحصان لم يضمنوا لان الاحصان شرط محض لايضاف الحكم اليه لان الحكم يضاف الى العلة لا الى المعرف وعند زفر رح يضمن شهود الاحصان اذا رجعوا (و) ضمن (شاهد اليمين لا) شاهد (الشرط اذا رجعوا) اى اذا شهد شاهد ان انه قال لعبده اذا دخلت الدار فانت مر وشهد اخران بوجود الشرط اى الدخول وحكم بعتق العبد ثم رجع الكل ضمن شاهد اليمين قيمة العبد لاشاهد الشرط لان شهود اليمين شهود العلة

كتاب الاقرار

(هو اخبار بحق لآخر عليه) وليس باثبات للحق (وحكمه ظهور المقر به لا (ثبوته و(انشاؤه) ابتداء ولهذا قالوا الواقر لغيره بمال والمقر له يعلم انه كاذب فى اقراره لايحل له اخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا ان يسلم المال بطيب نفسه فيكون تمليكا مبتدأ منه على سبيل الهبة والملك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول ويبطل برده والمقر له اذا صدقه ثم رده لايصح رده والاقرار يلزم على المقر ما اقر به (فصح الاقرار بالخمر للمسلم) ولايصح تمليكه اياه و(لا) يصح الاقرار (بطلاق اوعتاق مكرها) ولو كان حكمه انشاء لصح لان اعتاق المكره وطلاقه واقعان عندنا (فلو اقر حر مكلف) اى عاقل بالغ بحق (صح) قيده بالحر ليصح اقراره مطلقا اذ العبد المحجور لايصح اقراره بالمال وان كان يصح اقراره بالحدود والقصاص والعبد المأذون اذا اقر لرجل اوبعارية او وديعة اوغصب يصح لانه ملحق بالاحرار فى حق الاقرار لان المولى اذا اذن له فقد رضى بتعلق الدين برقبته (ولو) كان ذلك الحق المقر به (مجهولا) فكما يصح الاقرار بالمعلوم يصح الاقرار بالمجهول لان الحق قد يكون مجهولا بان اتلف مالا ولايدرى قيمته اويجرح جراحة لايعلم ارشها اوبقى عليه باقى حساب لايحيط علمه به بخلاف الجهالة فى المقر له اذا كانت متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس فانها يمتنع صحة الاقرار فاما اذا لم يكن متفاحشة بان اقر انه غصب هذا العبد من هذا اومن هذا فانه يصح هذا الاقرار على الاصح لانه يفيد لان فائدته وصول الحق الى المستحق وطريق الوصول انهما اذا اجتمعا على اخذه فلهما حق الاخذ وكذا جهالة المقر يمنع صحة الاقرار بان يقال لرجل لك على احدنا الف درهم

كتاب الاقرار

هو لغة افعال من قر الشئ ثبت وشرعا (اخبار بحق لآخر عليه) فخرجت الشهادة فانها اخبار بحق لآخر على غيره والدعوى فانها اخبار بحق نفسه على آخر (وحكمه) اى الاقرار (ظهور المقر به) اى ملزم على المقر ما اقر به لوقوعه دليلا على صدق المخبر به قال الله تعالى (كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم) والشهادة على نفسه هو الاقرار وقال عز وجل (بل الانسان على نفسه بصيرة) اى شاهدة بالحق وقد رجم النبى صلى الله عليه وسلم باقراره على نفسه بالزنا (لاانشاؤه) لان الاقرار اخبار بوجود المقر به والاخبار اظهار المخبر بلسانه للمخبر به لا ايجاده له (فصح الاقرار بالخمر للمسلم) ولو كان الاقرار انشاء لما صح لان المسلم لا يصح له تمليك الخمر (لا بطلاق) اى لايصح الاقرار بطلاق (وعتق مكرها) ولو كان انشاء صح لان طلاق المكره واعتاقه واقعان عندنا وانما خص الطلاق والعتاق بالذكر مع ان كل اقرار مع الاكراه غير صحيح لانه اراد ان يبين ان الاقرار ليس بانشاء (فلو اقر حر مكلف بحق صح ولو) كان الحق (مجهولا) لان جهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف ما لا يدرى قيمته اوجرح جراحة لا يدرى ارشها اويبقى عليه بقية حساب يعرف قدرها وهو محتاج لابراء ذمته بالايفاء اوبالايصاء بخلاف الجهالة بالمقر له سواء تفاحشت بان قال على الف درهم لواحد من الناس اولم يتفاحش على الاصح بان قال على الف لاحد هذين لان المجهول لايصلح مستحقا اذ لا يمكن الجبر على البيان من غير تعيين المدعى ولو كان المقر عليه مجهولا بان قال لك على احدنا الف درهم لا يصح اتفاقا لان المقضى عليه مجهول ذكره فى النهاية قيد بالحر لان المراد صحة الاقرار مطلقا والعبد المحجور عليه يتأخر اقراره بالمال الى ما بعد العتق وعن احمد ان اقرار العبد بالحد والقصاص فيما دون النفس يصح وبالقصاص فى النفس يتبع به بعد العتق وبه قال زفر والمزنى وداود وابن جرير الطبرى لان به يسقط حق سيده فاشبه الاقرار بقتل الخطاء وقيد بالمكلف لان اقرار المجنون والصبى العاقل لايصح لانعدام اهلية الالتزام والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التميز واقرار السكران من محرم يلزم الا فيما يقبل الرجوع كالحدود

الخالصة

(ولزمه) اى المقر بالمجهول (بيانه) لأن التجهيل من جهته فلزمه البيان (بماله قيمة) لانه وصفه بالوجوب فى الذمة وما لاقيمة له لايوصف بالوجوب فى الذمة (والقول له) اى للمقرمع يمينه (ان ادعى المقر له اكثرمنه) اى مما بين (ولايصدق) المقر(فى اقل من درهم فى قوله له (على مال) اى لو قال رجل لفلان له على مال فالقول قوله فى المقدار ويقبل قوله فى القليل والكثير لان الكل مال الا انه لايصدق فى اقل من درهم لانه لايعد مالا عادة

(و)لايصدق المقر(فى اقل من النصاب) اى عشرين دينارا اومائتى درهم (فى) قوله له (على مال عظيم من ذهب اوفضة) لان النصاب مال عظيم حتى صار صاحبه به غنيا وهذا قول ابى يوسف ومحمد رحمهما الله وهورواية عن ابى حنيفة رحمه الله وعنه انه اذا قال من فضة يصدق فى عشرة دارهم (و)لا يصدق المقر (فى اقل من خمسة وعشرين من الابل فى)قوله لفلان على مال عظيم من الابل لانه ادنى نصاب تجب الزكوة فيه من جنسه وكان ينبغى ان يصدق فيه بخمس من الابل لانه تجب فيه شاة لكن الخمس مال عظيم من وجه حتى تجب فيه الزكوة وليس بعظيم من وجه حتى لاتجب الزكوة فيه من جنسه فاعتبر ماذكرنا ليكون عظيما مطلقا (و)لا يصدق فى اقل(من قدر النصاب قيمة) فى اقراره بمال عظيم(فى غير مال الزكوة) كالحنطة مثلا (ولو قال له على دراهم) فهى (ثلثة) لانه ادنى الجمع ولاغاية لاقصاه (و)لوقال(له على دراهم كثيرة)لم يصدق فى اقل من (عشرة) دراهم عند ابى حنيفة وعندهما رح لايصدق فى اقل من مائتى درهم(و)لو قال(كذا درهما)فهو(درهم)لانه تفسير للمبهم وهوكذا كذا ذكر فى الهداية وفى التتمة وفتاوى قاضيخان لو قال كذا دينار فعليه دينار ان لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان (و) لو قال (كذا كذا) درهما فهو (احد عشر) درهما لان كذا كناية عن العدد المجهول فقد اقر بعد دين مجهولين ليس بينهما حرف العطف واقل العددين ليس بينهما حرف العطف يصير احد عشر (و) لو قال (كذا وكذا) درهما مع الواو (فهواحد وعشرون) لان اقل عددين يذكران بالواو يصير احد وعشرون (ولوثلث) فقال كذا كذا كذا (بلا واوفاحد عشر) حملا للواحد منها على التكرار لانه لانظير للثلاثة بلا واو فالاقرب منه اثنان بلا واواعنى احد عشر (و) لو ثلث وقال كذا وكذا وكذا (مع واوفمائة واحد وعشرون) لانه اقل ما يعبر عنه بثلاثة اعداد مع العطف

الخالصة لله تعالى والسكر ان كان بطريق مبيح كالشرب مكرها لايلزم من اقراره شيء (ولزمه) اى المقر (بيانه) اى المجهول حتى لو امتنع عن البيان اجير عليه (بماله قيمة) لانه اخبر باقراره عن الوجوب فى ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فكان رجوعا (والقول له) اى للمقر مع يمينه (ان ادعى المقر له اكثر منه) لان المقر هو المنكر (ولايصدق) المقر (فى اقل من درهم فى على مال) لانه لا يعد ما لا عرفا (و) لافى اقل (من النصاب) اى نصاب الزكوة (فى مال عظيم من ذهب او فضة) لان النصاب مال عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا فى الشرع ووجب عليه مواساة الفقراء وقال الشافعى واحمد يقبل تفسيره بالقليل والكثير (ولا) فى اقل (من خمس وعشرين) فى على مال عظيم (من الابل) لانها ادنى نصاب منها يجب فيه من جنسه (ولا) فى اقل (من قدر النصاب قيمة) فى على مال عظيم من كذا مشيرا الى مال (غير مال الزكوة و) لزمه (فى دراهم ثلثة) لانه اقل الجمع الصحيح فصار متيقنا به والزائد عليه مشكوك عليه (و) لزمه فى (دراهم كثيرة عشرة) عند ابى حنيفة ومائتان عندهما لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه ولابى حنيفة ان العشرة اقصى ما يذكر بلفظ الجمع الا ترى انه يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فكان هو الاكثر من حيث اللفظ فيصرف اليه (و) لزمه فى (كذا درهما درهم) لان كذا مبهم ودرهما تفسير له (و) لزمه فى (كذا كذا احد عشرو)فى (كذا وكذا احد وعشرون) لان هذه الكلمات مبهمة فيجب حملها على نظيرها من المفسر واقل عددين يذكران من غير حرف عطف بينهما احد عشر وبحرف عطف احد وعشرون (ولو ثلث بلا واو فاحد عشر) لانه لا نظير له فلا يزاد على الاول (ومع واو فمائة واحد

(وان ربع زيد عليها الف) لان ذلك نظيره (و) لو قال له (على او قبلى) كذا فهو (اقرار بالدين) لان كلمة على للايجاب والالزام وقبلى ينبئ عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان اى ضمن فلان ولو قال المقر فى قوله له على او قبلى (و) هو وديعة له (صدق ان وصل به) قوله (هو وديعة وان فصل) لا يصدق لان ظاهر قوله اقرار بالدين وقوله وهو وديعة تغيير لكن اللفظ يحتمله مجازا لان الحفظ فى الوديعة مضمون عليه والمال محل الحفظ فقد ذكر المحل وارادبه ما يحله فكانه قال على او قبلى حفظ كذا فيصدق موصولا لا مفصولا (و) لو قال (عندى) كذا (او معى ونحوه) — مثل فى بيتى او فى صندوقى او فى كيسى (فهو امانة) لان كل ذلك اقرار بكون الشئ فى يده وذا يكون امانة ويكون مضمونا والامانة اقلهما (وقوله لمدعى الالف) اى لو قال له رجل لى عليك الف فقال له (اتزنها او قضيتكها او نحوهما) مثل اجلنى بها او انقدها او ابرأتنى منها او تصدقت بها على او وهبتها او احلتك بها على زيد فهو (اقرار) لان الكناية ينصرف الى الالف المذكور وهو الموصوف بالوجوب فكانه قال اتزن الالف الواجب لك على ولو لم يذكر الكناية بان قال اتزن وانقد او اجلنى او قضيتك لا يكون اقرار الانه لا دليل على انصرافه الى المذكور (و) ان قال له على (مائة ودراهم او) قال مائة و(ثلثة اثواب) لزمه كلها (دراهم) فى الاول وقال الشافعى المائة مبهمة والدرهم معطوف عليه بالواو فيجب تفسير المائة وهو القياس ولنا ان ودرهم بيان للمائة عادة لان الناس استثقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره مرة الا ترى انهم يقولون احد وعشرون درهما ويقال بعتك هذا بمائة ودرهم وهذا مما يكثر استعماله (و) لزمه كلها (ثياب) فى الثانى لانه ذكر عدد دين مبهمين اعنى مائة وثلثة واعقبهما تفسيرا فانصرف اليهما لانهما استويا فى الحاجة الى التفسير (ولا يقال الاثواب لا يصلح تمييزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلاثة صار كعدد واحد (وفى) قوله له على (مائة توثوب او) مائة (وثوبان) لزمه ثوب واحد فى الاول وثوبان فى الثانى (و) يجب (ان يفسر المائة) فى الوجهين لانها مبهمة وثوب او ثوبان لا يصلح تفسيرا لها لان الثوب ليس من المقدرات بخلاف قوله مائة ودرهم فان الدرهم يصلح تفسيرا للمائة والفرق ان المقدرات كالمكيلات والموزونات يثبت دينا فى الذمة كثيرا كما فى السلم والقرض والثمن وكذا فى جميع المعاملات فيكثر استعمالها بكثرة اسباب وجوبها فاستثقلوا تكرارها فاكتفوا بذكرها مرة كما ذكرنا بخلاف الثياب ومالا يكال ولا يوزن فانه لا يكثر وجوبها فى الذمة لان الثياب لا تثبت فى الذمة الا فى السلم والنكاح وذا لا يكثر فبقى على الحقيقة اى لا يكون تفسيرا

ثوب

وعشرون) لانه اقل ثلاثة اعداد بين كل اثنين فيها حرف عطف (وان ربع زيد الف) لانه اقل اربعة اعداد بين كل اثنين فيها حرف عطف (وعلى وقبلى اقرار بدين) لان كلمة على للوجوب وكلمة قبل للضمان يقال قبل فلان عن فلان اى ضمن وانما يكون المال واجبا ومضمونا اذا كان دينا فى الذمة (وصدق) من قال على او قبلى (ان وصل به) قوله (وهو وديعة) لانه يحتمله مجازا لان الحفظ واجب على المودع فيجوز تفسيره به متصلا (وان فصل لا) اى لا يصدق لانه يقرر حكمه بالسكوت فلا يجوز تغييره بعد ذلك كسائر المغيرات من الاستثناء والشرط (وعندى او معى ونحوه) كفى بيتى وفى كيسى وفى صندوقى (امانة) لان ذلك اقرار بكون الشئ فى يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما وهو الامانة (وقوله لمدعى الالف اتزنها) بتشديد النون امر من الاتزان افتعال من الوزن (او قضيتكها ونحوهما) كانتقدها او اجلنى بها او افعل فاقبضها (اقرار) لان الهاء كناية عن المذكور فى الدعوى فى جميع ذلك فصار كانه اعاد المدعى وهو الالف فيكون اقرارا بها واما لو لم يكن فيها ضمير لا يكون اقرارا لانه لا دليل على انصرافها الى المال المذكور فيكون كلاما مبتدأ فلا يلزمه شئ وقال الشافعى واحمد فى اتزن وانتقد انه ليس باقرار وبه قال بعض اصحاب مالك لانه يحتمل الاقرار ويحتمل الاستهزاء والمبالغة فى الجحود فلا يكون اقرارا بالشك (و) قوله (مائة ودرهم او) مائة (وثلاث اثواب) يلزم به فى الاول مائة كلها (دراهم و) فى الثانى مائة كلها (ثياب وفى) قوله (مائة وثوب) (او) مائة و (ثوبان يفسر المائة) والقياس ان يرجع فى تفسير المائة اليه فى الكل لان المعطوف غير المعطوف عليه فلا يكون مفسرا له فبقيت المائة على ابهامه كما فى عطف الثوب عليها ووجه الاستحسان ان الدراهم يكثر استعماله فاستثقلوا تكراره واكتفوا بذكره مرة وكذا كل ما يكثر استعماله ويثبت فى الذمة من المكيل والموزون وانما لزم مائة

ثوب فى مائة وثلاث اثواب لان الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرفت الى الجميع ولزم تفسير المائة فى مائة وثوب اوثوبان لان الثوب لايكال ولا يوزن ولايكثر استعماله فبقى على الاصل ولو اقر بسهم من دار فهو سدس عند ابى حنيفة واصل المسئلة فى الوصايا اذا اوصى له بسهم من ماله ينصرف عنده الى السدس اخذا بقول ابن مسعود واحتج بقول ابن معاوية وجماعة من اهل اللغة ان السهم هوالسدس وامرا بالبيان لان السهم يتناول القليل والكثير فان سهما من سهمين يكون النصف ومن العشرة يكون عشرا فهو والجزء والنصف سواء ولواقر بشرك فى عبد يوجب ابو يوسف الشطر لان الشرك المنكر عبارة عن النصف قال الله تعالى (ام لهم شرك فى السموات (وقال (ما لهم فيهما من شرك (اى من نصيب ولان لفظ الشركة يقتضى المساواة قال الله تعالى (فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركآء فى الثلث) واوجب محمد البيان ولو اقر بخمسة فى خمسة وعنى المعية لزمه عشرة لانه بين انه استعمل فى بمعنى مع اوبمعنى واوالعطف وفيه تشديد عليه فيصح بيانه وان عنى الحساب اوجبنا خمسة لا خمسة وعشرين كما قال زفر وهو قول الحسن اذالعادة حاكمة بان هذه العبارة يراد بها خمسة وعشرون فصار للخمسة والعشرين عبارتان احديهما وصفية والاخرى عرفية فيلزم باحديهما ما يلزم بالاخرى لكنا نقول ان حساب الضرب فى المسوحات لا فى الموزونات مع ان عمل الضرب فى تكثير الاجزاء لا فى زيادة المال وخمسة دراهم وزنا وان كثرت اجزاؤها لا يصير اكثر من خمسة وفى المبسوط يلزمه على قول زفر عشرة لان فى بمعنى مع قال الله تعالى (فادخلى فى عبادى) فيحمل على هذا تصحيحا لكلامه قلنا فى للظرف حقيقة والدراهم لاتكون ظرفا للدراهم وجعله بمعنى مع مجاز والمجاز قد يكون بمعنى على قال تعالى (ولاصلبنكم فى جذوع النخل) وليس احدهما اولى من الآخر فبقى من المعتبر حقيقة كلامه فيلزمه عشرة باول كلامه ويلغو آخره ولو اقر بدين لزمه وان قال كنت كاذبا فى الاقرار لانه رجوع فلا يصح لتعلق حق المقر له به ويرى ابو يوسف تحليف المقر له على ان المقر لم يكن كاذبا فيما اقر لك به ولست بمبطل فيما تدعيه عليه وبه يفتى لجريان العادة بين الناس انهم يكتبون صك الاقرار ثم ياخذون المال (والاقرار بداية فى اصطبل) وهو بيت الدواب (يلزمها) اى الدابة (فقط) اى ولا يلزم الاصطبل وهذا عند ابى يوسف وابى حنيفة لان غير المنقول لايضمن بالغصب عندهما وعلى قياس قول محمد

(والاقرار بداية فى اصطبل يلزمها) اى يلزمه الاقرار بالدابة فقط وعلى قياس قول محمد رح يلزم الدابة والاصطبل لان الاصطبل مضمون عنده بالغصب وعند ابيحنيفة وابى يوسف غير مضمون ومثله الطعام فى البيت لان الغصب لايثبت فى العقار عندهما

(وسيف) يلزمه (جفنه) اى غمده (وحمائله ونصله) فهذا من

باب العطف على معمولى عاملين مختلفين والمجرور مقدم وفى خاتم الفص والحلقة لان اسم الخاتم يشتمل الكل (وصح اقراره بالحمل) اى ان اقر بحمل امة اوشاة لرجل صح اقراره لان له وجها صحيحا بان اوصى رجل بالحمل لرجل ومات فاقر وارثه بان هذا الحمل لفلان (و)صح اقراره (له) اى للحمل (ان بين سببا صالحا) وهذا على ثلثة اوجه احدها ان يبين سببا صالحا بان قال اوصى له فلان اومات ابوه فورثه فاستهلكته فهذا الاقرار صحيح (فان ولدت) فى مدة يعلم انه كان قائما فى وقت الاقرار بان وضعته) لاقل من نصف حول) من مدة الوصى او المورث (فله) للحمل (ما اقر به) وان ولدته لاكثر من نصف حول لم يستحق شيئا فان ولدت ميتا فالمال مردود على ورثة الموصى والمورث وثانيها ان يبين سببا مستحيلا بان يقول اقرضنى الف درهم اوباع منى شيئا بالف درهم فهذا الاقرار باطل ولا يلزمه شئ وثالثها ان يبهم الاقرار فانه لم يصح عند ابى يوسف وعند محمد يصح الاقرار ويحمل على السبب الصالح (و) ان اقر (بشرط الخيار) كما اذا قال لفلان على الف درهم على انى بالخيار ثلثة ايام (صح) الاقرار (وبطل الشرط) لان الاقرار اخبار ولا مدخل للخيار فى الاخبار (واستثناء كيلى اووزنى) اوعددى متقارب (من دراهم) بان قال له على الف درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة اوالا فلسا (صح قيمة) فيلزم المقر الف درهم الا قيمة دينار او قفيز الحنطة اوالفلس وهذا عند ابى حنيفة رح وابى يوسف رح وهى الاستحسان والقياس ان لا يصح هذا الاستثناء لعدم المجانسة وهو قول محمد رح وزفر رح وجه الاستحسان ان المجانسة من وجه ثابتة لان المقدرات جنس واحد معنى لانها تثبت فى الذمة والعدديات التى لا تتفاوت كالمقدرات فى ذلك بخلاف مالو استثنى الشاة اوالثوب فانه لا

انه يضمن ويلزمه الدابة والاصطبل (وسيف) اى والاقرار بسيف يلزم (جفنه) اى غمد السيف (وحمائله) وهى جمع حمالة بكسر الحاء وهو العلاقة وانما يلزمه ذلك لان السيف اسم يطلق على مجموع النصل والجفن والحمالة (وصح اقراره) اى الرجل (بالحمل) بان يقر بحمل جارية اوشاة لرجل لان هذا الاقرار له وجه صحيح وهو ان يكون اوصى به رجل ومات واقر وارثه بان هذا الحمل لفلان فيحمل عليه وان لم يبين السبب وهذا باتفاق وقال الشافعى فى قول نقله المزنى عنه ان اطلق لا يصح وفى قول يصح وهو الاصح وبه قال احمد وقال مالك يصح ان تيقن بوجود الحمل عند الاقرار (وله) اى واقراره للحمل (ان بين) المقر (سببا صالحا) بان قال اوصى له به فلان اومات ابوه وتركه ميراثا وهو قيد للاقرار له وانما قيد به لانه ان بين فيه سببا غير صالح بان قال باعنى اواقرضنى لا يصح الاقرار وان لم يبين سببا لم يصح عند ابى يوسف وقيل ابو حنيفة معه وبه قال الشافعى ويصح عند محمد وبه قال مالك واحمد والشافعى فى الاصح لان هذا اقرار صدر عن اهله فيجب اعماله ويحمل على السبب الصالح تصحيحا لكلام العاقل ولابى يوسف ان الاقرار المطلق ينصرف الى الكامل وهو الاقرار بسبب التجارة وهو البيع ونحوه فصار كانه فسره به (فان ولدت) ام الحمل المقر له (لاقل من نصف حول) من وقت الاقرار (فله) اى فللحمل (ما اقر به) له لانه كان موجودا وقت الاقرار بيقين (وان اقر بشرط الخيار) بان اقر الرجل بالف قرض اوغصب اووديعة اوعارية قائمة او مستهلكة على انه بالخيار ثلاثة ايام (صح) الاقرار لوجود الصفة الملزمة وهى قوله على ونحوه (وبطل شرطه) لان الاقرار اخبار ولا مدخل للخيار فى الاخبار لان الخبر ان كان صادقا فهو واجب العمل به اختاره اولم يختره وان كان كاذبا فهو واجب الرد فلا يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تأثيره فى العقود لتتغير به صفة العقد ويتخير به بين فسخه وامضائه كذا فى العناية وهذا اذا كان المقر به لا يقبل الخيار كما فى الصور المذكورة واما اذا كان يقبل كما اذا اقر انه باع او اشترى شيئا على انه بالخيار ثلاثة ايام اواقل فانه يصح الاقرار والخيار جميعا (واستثناء كيلى اووزنى من دراهم) بان قال له على الف درهم الا قفيز حنطة او الا دينارا (صح قيمة) او بطريق القيمة فيلزمه الف درهم الا قيمة القفيز اوالدينار وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد وزفر واحمد لا يصح لان الاستثناء اخراج ما لولا الاستثناء

لكان

يصح هذا الاستثناء عندنا وقال الشافعى رح يصح

لكان داخلا وهذا لا يتصور فى خلاف الجنس ولابى حنيفة ان الكيلى والوزنى جنس الدراهم فى المعنى من حيث انها ثبت فى الذمة حالا ومؤجلا ويجوز استقراضها واذا كانت فى المعنى جنسا لهاجاز استثناؤها منها قيد بالكيلى والوزنى لانه لايصح فى غيرهما باتفاق الاصحاب وهو قول احمد وقال الشافعى يصح وبه قال مالك فعندنا لو قال له على مائة درهم الاثوبا لا يصح الاستثناء وعنده يبين قيمة الثوب فان استغرقت المائة بطل الاستثناء فى قول وبه قال مالك وفى قول يلغو تفسيره ويجب ان يبين ثوبا لا يستغرق قيمة المائة (لا) اى لا يصح (استثناء التابع) من المتبوع (كالبناء) من الدار بان اقر بدار واستثنى بناءها (والفص) من الخاتم بان اقر بخاتم واستثنى فصه (والنخل) من البستان بان اقر ببستان واستثنى نخله وقال مالك والشافعى واحمد يصح لانه اخرج ما تناوله اللفظ معنى فصار كما لو قال الاثلثها اوربعها اوبينا منها ولنا ان الاستثناء اخراج ما يتناوله صدر الكلام نصا وصدر الكلام انما يتناول هذه الاشياء تبعا بخلاف البيت فان الدار تتناوله نصا اذ الدار تشتمل البيت ولهذا لو استحق البيت فى بيع الدار سقطت حصته من الثمن ويبطل اقرار وصل به انشاء الله فلو قال لزيد على الف درهم انشاء الله لم يلزمه شئ لان التعليق بمشية الله ابطال عند محمد فيبطل قبل انعقاده بحكم وعند ابى يوسف تعليق بشرط لا يوقف عليه فكان اعدامامن الاصل (ودين صحته) مبتدأ مضاف (مطلقا) اى سواء علم سببه وهو بمعاينة الشهود بسببه اوبالاقرار (ودين مرضه) مرض الموت (بسبب فيه) اى فى المرض كالنفقة وثمن الادوية (وعلم) السبب (بلا اقرار) كالاستقراض فى مرضه بمعاينة الشهود والشراء اوالاستعمار اوالتزوج (سواء) اى مستويان فى الرتبة فلا يقدم احدهما على الآخر فى الاستيفاء من التركة هو خبر المبتدأ وما عطف عليه (وقدما على ما اقر به فى مرضه) ولم يعلم الا بالاقرار وبه قال النخعى والثورى (و) قدم (الكل على الارث وان شمل الكل (ماله) وقال الشافعى دين الصحة ودين المرض الذى لا يعلم الا بالاقرار سواء وبه قال مالك والخرقى والتميمى من اصحاب احمد لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب هو الذمة القابلة للحقوق ولنا ان الاقرار لا يعتبر اذا كان فيه تهمة ابطال حق الغير وفى اقرار المريض بما ليس من التبرعات كالبيع والنكاح والاتلاف تهمة ابطال

(لا) يصح (استثناء التابع كالبناء) والغرس والفص (والنخل) بان قال هذه الدار لفلان الابناؤها اوقال هذا الخاتم لفلان الافصه اوقال هذا البستان لفلان الانخله لان الاستثناء انما يكون فيما يتناوله الكلام نصا وهذا كمن قال هذه الامة لفلان الاطوقها (ودين صحة مطلقا) اى سواء علم سببه كما اذا استقرض مالا وعاين الشهود او علم بالاقرار (ودين مرضه) اى مرض الموت (بسبب فيه) فى مرضه (وعلم) سبب دين المرض بمعاينة القاضى اوبمعاينة الشهود (بلا اقرار) كما اذا اشترى شيئا فى مرضه وعاين الشهود اوتزوج امرأة بمهر مثلها اواستأجر شيئا بمعاينة الشهود (سواء) خبر لقوله ودين صحة (وقدما) اى دين الصحة ودين المرض المعلوم سببه (على ما) اى دين (اقربه فى مرضه) ولم يعلم سببه وقال الشافعى رحمه الله تعالى هذا يساوى الاولين لاستواء السبب وهو الاقرار ولنا ان اقرار المريض وقع بما تعلق به حق الورثة او الغرماء حتى لا يجوز تبرعه بشئ اذا كان الدين محيطا او فيما زاد على الثلث اذا لم يكن عليه الدصحة ين لتعلق حق الورثة بماله (وقدم الكل) اى الدين الثلثة وهى دين ودين بسبب معلوم ودين المرض الذى علم المرض بمجرد الاقرار (على الارث (وان شمل) جميع (ماله) لان اقرار المريض) صحيح وانما يرد لحق غرماء الصحة فاذا لم حقهم ظهرت صحته

او دين) ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية لان به دفع الحائل بينه وبين الجنة العلية وحق الورثة متعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا يقدم تجهيزه وتكفينه وتدفينه (ولو اقر) المريض اوغيره (ببنوة غلام جهل نسبه ويولد مثله) اى مثل الغلام (لمثله) اى لمثل المقر (وصدقه الغلام ثبت نسبه) وقال مالك ان تيقن الناس انه ليس ولده لا يثبت كما اذا كان الغلام سنديا والرجل فارسيا ولنا ان النسب يحتال لاثباته فيثبت اذا امكن وفى هذه الصورة يمكن قيد بمجهول النسب لان معرفته تمنع ثبوته من غيره وبكونه يولد مثله لمثله لئلا يكون مكذبا فى الظاهر وبتصديق الغلام لان المسئلة غلام يعبر عن نفسه فلا بد من تصديقه لانه فى يد نفسه حتى اذا كان صغيرا لا يعتبر تصديقه كذا فى الكافى والهداية وغيرها واذا ثبت نسبه شارك الورثة فى الميراث لان ذلك من ضرورات ثبوت النسب (وشرط تصديق الزوج) امرأته او معتدته (اوشهادة قابلة فى اقرارها) اى المرأة (بالولد) لان اقرار المرأة لا تقبل على الزوج فلا بد من تصديقه وقول القابلة حجة فى تعيين الولد والنسب يثبت بالفراش (ولو اقر بنسب من غير ولاد) اى ابوة اوبنوة كان اقر باخ اوعم (لا يصح) الا بالبينة لان فيه حمل النسب على الغير (ويرث الامع وارث) معروف قريب اوبعيد فانه اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لم يزاحم الوارث المعروف النسب وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان للمقر ولاية التصرف فى مال نفسه عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصى بجميع ماله فكذا له ان يجعله لهذا المقر له (ومن اقر باخ وابوه ميت شاركه فى الارث بلا نسب) اى ولا يثبت نسبه لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه فلا يثبت الا بالبينة والاشتراك فى المال وله ولاية عليه فيثبت (ولو اقر احد ابنى ميت له على) شخص (آخر دين) هذه الجملة صفة ميت (بقبض ابيه نصفه) اى نصف الدين (فلا شئ له) اى للا بن المقر (والنصف للآخر) وهو الابن المنكر لان الاقرار باستيفاء الميت الدين اقرار بالدين على الميت لان المقبوض غير الدين فيكون مضمونا على القابض دينا فى ذمته فيتقاضان فان كذبه اخوه لا يصدق عليه وينفذ فى حقه خاصة فوجب على الميت النصف على زعمه والدين مقدم على الميراث وقد استغرق نصيبه فلا يأخذ منه شيئا وصار كما لو اقر على

(ولو اقر) المريض (ببنوة غلام جهل نسبه) وليس له نسب معروف وهما فى السن بحيث (يولد مثله) اى مثل ذلك الغلام (لمثله) اى لمثل المقر (وصدقه الغلام) هذا اذا كان الغلام مما يعبر عن نفسه واما اذا كان صغيرا لا يعبر عن نفسه فلا يعتبر تصديقه (يثبت نسبه) اى نسب الغلام من المقر ويشارك الورثة فى الميراث لان النسب من الحوائج الاصلية فلما ثبت نسب الغلام من المقر صار كالوارث المعروف وشرطه ان لا يكون له نسب معروف لان ذلك يمنع ثبوت النسب من غيره وان يولد مثله لمثله لئلا يكون مكذبا باظاهر او اذا اقرت المرأة بالولد فان لم تكن ذات زوج يثبت النسب منها بقولها وان كانت ذات زوج شرط تصديق زوج لان فيه تحميل النسب على الزوج اذ النسب منه فلا يلزمه بلا التزامه (او شهادة قابلة فى اقرارها بالولد) فان سبب ثبوت النسب من المرأة الولادة ويمكن ان تقف عليه القابلة اوغيرها ولذا قيل ذكر القابلة خرج مخرج العادة (ولو اقر بنسب من غير ولاد) كاخ اوعم اوجد اوابن ابن (لا يصح) اقراره فى النسب لان فيه حمل النسب على الغير وذا لا يجوز لكن يرث المقر له من المقر الميت (الا) ان (يكون مع وارث) اخر (معروف) قريب اوبعيد فانه احق بالارث من المقر له حتى لو اقر باخ وللمقر عمة اوخالة فالارث للعمة والخالة لانه لم يثبت نسبه فلا يزاحم الوارث المعروف (ومن) مات ابوه (واقر باخ) لم يثبت نسب اخيه من ابيه لان فيه حمل النسب على الغير وهو الاب و(ابوه ميت) فلا يمكن تصديقه (و) لكن (شاركه) اى شارك الاخ المقر له (فى الارث) لان مقتضى اقراره شيئان حمل النسب على الغير ولا ولاية له فيه وشركة فى الارث وللمقر فيه ولاية فتثبت الشركة فى الارث (بلا ثبوت النسب) من الاب (ولو اقر احد ابنى) انسان (ميت له) اى للميت (على اخر دين بقبض ابيه) الميت (نصفه) اى نصف الدين وكذبه الابن الاخر (فلا شئ) عليه (له) اى للمقر (والنصف) من (الدين) للاخر اى للابن الاخر الذى لم يقر لان اقرار المقر ينصرف الى نصيبه اى المقر

الميت بدين آخر وكذبه اخوه وصح اقراره بدين لاجنبى وان استغرق ماله لما روى محمد فى الاصل عن ابن عمر انه قال اذا اقر فى مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بما له ولا يعرف له مخالف وعلماؤنا والشافعى جعلوا الطلق وهو وجع الولادة كمرض الموت فى الاحكام لان الموت يندر فى غير حالة الطلق ويوجد فيها كثيرا والحكم مبنى على ما كثر لا على ما ندر لا بعد ماتم لها ستة اشهر من حين الحمل كما قال مالك واحتج بان ولادتها حينئذ متوقعة ساعة فساعة وهى قد تموت بها فتوطن نفسها على الهلاك وتبادر الى ما يتبادر اليه المرض واذا خيف الموت على المسلول وهو المريض مرض السل والدق ونحوه من الامراض التى تطول ويعتاد الانسان بها كانت الهبة ونحوها من ثلث ماله لكونه مريضا والله اعلم *

كتاب الدعوى

(هى) فى اللغة قيل قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وهذا معنى قوله (اخبار بحق له على غيره) وقيل عبارة عن اضافة الشئ الى نفسه حالة المنازعة والمسائلة يقال ادعى زيد على عمرو مالا فزيد المدعى وعمرو المدعى عليه والمال المدعى والمدعى به خطأ ولغو والمصدر الادعاء والدعاء والدعوى اسم منه والفها للتانيث يقال دعوى صحيحة اوباطلة وجمعها دعاوى بفتح الواو لاغير كفتوى وفتاوى واما شرعا فيراد به اضافة الشئ الى نفسه فى حالة مخصوصة وهى حالة المنازعة والخصومة ولذا قال (والمدعى شرعا من لا يجبر على الخصومة) اذا تركها (والمدعى عليه من يجبر) على الخصومة وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله بلا حجة كذى اليد وقال محمد المدعى عليه هو المنكر والآخر هو المدعى وهو الصحيح لكن الشان فى المعرفة والترجيح بالفقه عند التفاق اذ المعتبر هو المعنى دون الصورة حتى ان المودع اذا ادعى رد الوديعة فهو مدعى فى الظاهر لكنه فى المعنى منكر لوجوب الضمان ولهذا يحلفه القاضى اذا ادعى الرد انه لا يلزمه رد ولا ضمان (وهى) اى الدعوى (انما

كتاب الدعوى

(هى) لغة بمعنى الدعاء قال الله تعالى (دعويهم فيها سبحانك اللهم) (وآخر دعويهم ان الحمد لله رب العالمين) وشرعا اضافة الشخص الشئ الى نفسه حال المنازعة على ما قاله شيخ الاسلام والمحبوبى ويقال ادعى زيد على عمر وفزيد المدعى وعمرو المدعى عليه والمال المدعى والمدعى به خطأ المصدر الادعاء افتعال من دعاه والدعوى على فعلى اسم منه والفها للتأنيث فلا تنون يقال دعوى باطلة او صحيحة وجمعها دعاوى بفتح الواو لاغير كفتوى وفتاوى كذا فى الكافى وشرط صحتها مجلس القضاء فلا يصح فى غيره حتى لا يستحق على المدعى عليه جوابه وحكمها وجوب الجواب على المدعى عليه وقال المصنف (اخبار) من الشخص (بحق له على غيره) فاحترز بقوله له عن الشهادة فانها اخبار بحق لآخر وبقوله على غيره عن الاقرار فانه اخبار بحق لآخر على نفسه ولما كان معرفة الفرق بين المدعى والمدعى عليه من اهم ما يحتاج الى معرفته فى هذا الكتاب عرفهما بقوله (المدعى من لا يجبر على الخصومة) اذا تركها (والمدعى عليه من يجبر) عليها اذا تركها وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد وقيل المدعى من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر (وهى) اى الدعوى (انما

تصح بذكر شيء علم جنسه) بان ادعى ذهبا اوفضة اوحنطة اوشعيرا (وقدره) بان يقول كذا دينارا اودرهما وكذا حنطة اوشعيرا وهذا فى دعوى الدين وينبغى ان يذكر النوع والصفة ايضا ففى الذخيرة ان كان المدعى مكيلا فانما صح الدعوى اذا ذكر المدعى جنسه بانه حنطة اوشعير ويذكر مع ذلك نوعها انها سقية اوبرية اوخريفية اوربيعية ويذكر مع ذلك صفتها انها جيدة اوردية اووسطويذكر قدرها بالكيل فيقول كذا قفيزا ويذكر بقفز كذا لان القفزان يتفاوت فى ذاتها ويذكر سبب الوجوب لان احكام الدين يختلف باختلاف اسبابها فانه اذا كان بسبب السلم يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء ولايجوز الاستبدال به قبل القبض وان كان من ثمن مبيع يجوز الاستبدال به قبل القبض ولايشترط فيه بيان مكان الايفاء (و) انما يصح دعوى العين بذكر (انه فى يد المدعى عليه) لانه انما يصير خصما بكونه فى يده (وفى المنقول يجب ان يزيد ويقول (بغير حق) فان الشيء قد يكون فى يد غير المالك بحق كالرهن فى يد المرتهن والمبيع فى يد البائع لاجل الثمن الا ان هذه العلة تشمل العقار فينبغى ان يقول فيه ايضا بغير حق (وفى العقار لايثبت اليد الا بحجة اوعلم القاضى) هو الصحيح لاحتمال ان يكون العقار فى يد غيرهما وقد تواضعا على ذلك بخلاف المنقول لان اليد فيه معاينة وعند بعض المشايخ يكفى تصديق المدعى عليه ان العقار فى يده (والمطالبة به) اى انما يصح الدعوى بمطالبة المدعى من المدعى عليه المدعى فهو عطف على قوله بذكر شيء (واحضاره) اى احضار المدعى (ان امكن) احضاره بان كان عينا منقولا (ليشير اليه المدعى والشاهد والحالف) لان الاعلام باقصى مايمكن شرط وذا فى المنقول بالاشارة حتى قالوا فى المنقول الذى تعذر نقله كالرحى ونحوه حضر القاضى عنده اوبعث امينا (وذكر قيمته ان تعذر احضاره) فانه لما تعذر مشاهدة عينه يجب ذكر قيمته ليصير المدعى معلوما وفى الذخيرة ان وقع الدعوى فى عين غائب لايعرف مكانه بان ادعى رجل على رجل انه غصب منه ثوبا اوجارية لايدرى انه قائم اوهالك فان بين الجنس والصفة والقيمة فدعواه تكون مسموعة وبينته مقبولة وان لم يذكر القيمة اشار فى عامة الكتب الى انها مسموعة لان الانسان ربما لايعرف قيمة ماله فلو كلف ببيان القيمة يتضرر به وقال الامام فخر الاسلام البزدوى رحمه الله تعالى اذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغى للقاضى ان يكلف المدعى ببيان القيمة فاذا كلفه ولم يبين القيمة يسمع دعواه لان الانسان قد لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه ببيان القيمة يتضرر به اذ تعذر عليه الوصول الى حقه واذا سقط بيان القيمة من المدعى سقط من الشاهد بالطريق الاولى

تصح بذكر شيء علم جنسه) اى جنس المدعى بان يقال حنطة مثلا (وقدره) بان يقال كذا كيلا لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة الاشهاد ولايتحقق الاشهاد ولا الالزام فى المجهول وفى شرح الوقاية هذا فى دعوى الدين لا فى دعوى العين فان العين ان كانت حاضرة تكفى الاشارة بان هذا ملك لى وان كانت غائبة يجب ان يصفها ويذكر قيمتها انتهى وقيل لا يشترط ذكر القيمة واليه مال القاضى فخر الدين وصاحب الذخيرة وكذا ذكر فى عامة الكتب انه يسمع دعويه بدون القيمة لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيانا لتضرر به (وانه فى يد المدعى عليه) هذا عطف على ذكر شيء وانما شرط ذلك فى الدعوى لان المدعى عليه لا يكون خصما الا اذا كان العين فى يده (وفى المنقول يزيد بغير حق) اذ الشيء قد يكون فى يد غير المالك بحق كرهن فى يد المرتهن والمبيع فى يد البائع لاجل الثمن وفى شرح الوقاية وهذه العلة تشتمل العقار ايضا فلا ادرى ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم ووجهه بعض بوجوه وردها غيرهم (وفى العقار لايثبت اليد الا بحجة اوعلم القاضى) ولا يثبت بتصادقهما انه فى يد المدعى عليه بخلاف المنقول فانه يثبت بذلك والفرق بينهما ان اليد فى العقار غير مشاهدة ولعله فى يد غيرهما واتفقا على ذلك ليكون لهما ذريعة الى اخذه بحكم الحاكم فشرط الحجة اوعلم القاضى لنفى التهمة واليد فى المنقول معاينة فلا حاجة الى اشتراط ذلك وفيه ان العلة مشتركة والمعاينة ممنوعة فلا يظهر وجه الفرق هناك (والمطالبة به) عطف على انه فى يد المدعى عليه اوعلى ما عطف عليه وانما كان ذكر المطالبة لابد منه فى صحة الدعوى لان المطالبة حقه فلابد من طلبه (واحضاره) عطف على ذكر شيء وانما تصح باحضار المدعى (ان امكن ليشير اليه المدعى والشاهد والحالف) لان الاعلام باقصى مايمكن شرط وذلك بالاشارة فيما يمكن احضاره (وذكر قيمته ان تعذر)

(و)ذكر (الحدود الاربعة او الثلثة في العقار) وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وان ذكر الثلث من الحدود يكتفى به عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى بخلاف ما اذا غلط في الرابع فانه لا يقبل (و)ذكر (اسماء اصحابها) اى اصحاب الحدود (ونسبتهم الى الجد) لان تمام التعريف به وان كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره وفي الدار لابد من التحديد وان كانت مشهورة عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا يشترط (واذا صحت) الدعوى (سأل القاضى الخصم) اى المدعى عليه (عنها فان اقر) قضى عليه واطلاق لفظ القضاء توسع لان الاقرار حجة بنفسه ولا يتوقف على القضاء وكان الحكم من القاضى الزام للخروج عن موجب ما اقر به بخلاف البينة لانها انما تصير حجة باتصال القضاء بها (او انكر و سأل) القاضى (المدعى بينة) على دعواه (فاقام) البينة (قضى) القاضى (عليه) بها (وان لم يقم حلفه ان طلبه) اى طلب التحليف (خصمه) اى المدعى لان اليمين حقه فان المدعى عليه اتوى حقه بانكاره فشرع الاستحلاف لحقه حتى لو كان الامر كما زعم يكون اتواء بمقابلة اتواء فان اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع والاينال المدعى عليه الثواب بذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم صادقا (فان نكل) المدعى عليه عن اليمين (مرة) وقال لا احلف على المدعى بعد ما عرض اليمين على المدعى عليه (او سكت بلا آفة) من صمم او خرس (وقضى) القاضى (بالنكول صح) عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى لا يقضى بل يرد اليمين على المدعى كما سيجئ (وعرض) القاضى (اليمين) على المدعى عليه فيقول له انى عرضت عليك اليمين ثلث مرات فان حلفت فبها والا قضيت (ثم) اذا كرر العرض ثلاثا فح (القضاء) بالنكول احوط والتقدير بالثلث فى عرض اليمين لازم فى المروى عن ابى يوسف ومحمد والجمهور على انه للاحتياط حتى لو قضى مرة نفذ قضاؤه فى الصحيح كما ذكرنا لابد ان يكون النكول فى مجلس الحكم وهل يشترط القضاء على فور النكول ام لا فيه اختلاف العرض

احضاره بان كان هالكا او غائبا ليصير المدعى معلوما لان الشئ يعلم بقيمته لانها مثله معنى (و)ذكر (الحدود الاربعة) وبه قال زفر كمالك والشافعى لان التعريف لا يتم الا بها (او الثلاثة) عندنا لان للاكثر حكم الكل (فى العقار) فانه يعرف بحدوده وقد تعذر تعريفه بالاشارة لتعذر نقله الى مجلس الحكم (و)ذكر (اسماء اصحابها ونسبهم) ليتميزوا عن غيرهم (الى الجد) لان تمام التعريف به وهذا ان لم يكن مشهورا واما ان كان مشهورا فلا يلزم ذكر الجد لحصول المقصود (واذا صحت) الدعوى (سأل القاضى الخصم) وهو المدعى عليه (عنها) اى عن الدعوى التى ادعاها لينكشف له وجه الحكم فيها لان القضاء بالبينة يخالف القضاء بالاقرار (فان اقر) الخصم (او انكر وسأل) القاضى (المدعى بينة) بان قال له الك بينة (فاقام) البينة (قضى) القاضى (عليه) لوجود الحجة الملزمة للقضاء فى الوجهين وروى اصحاب الكتب الستة عن اشعث بن قيس قال كان بينى وبين رجل من اليهود ارض فجحدنى فقدمت الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال لى صلى الله عليه وسلم الك بينة قلت لا فقال لليهودى احلف قلت يارسول الله اذا يحلف ويذهب مالى فانزل الله (ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا) الآية (وان لم يقم البينة حلفه) القاضى (ان طلبه) اى الحلف (خصمه) لان اليمين حقه فلا بد من طلبه (فان نكل مرة) بان قال لا احلف (او سكت بلا آفة) من طرش او خرس (وقضى) القاضى (بالنكول صح) لان النكول دل على كونه مقرا اذ لولا ذلك لا قدم على اليمين اداء للواجب ودفعا للضرر عن نفسه لان اليمين واجبة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم اليمين على المدعى عليه (وعرض اليمين) على المدعى عليه (ثلاثا) يقول فى كل مرة انى اعرض عليك اليمين فان حلفت والا قضيت عليك (ثم القضاء) بعد ذلك (احوط) لما فيه من المبالغة فى الانذار فهو نظير امهال المرتد ثلاثة ايام فى انه مستحب فعرض اليمين مبتدأ والقضاء عطف عليه واحوط خبر المبتدأ وهذا عند الجمهور وقيل عند ابى حنيفة ندب وعندهما انه حتم ثم القائل بعد الدعوى عليه لا اقر ولا انكر يحبس عند ابى حنيفة حتى يقر او ينكر اذ لا تحليف مع قوله لا انكر لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر وقالا يحلف كمالك والشافعى لان قوليه لما تعارضا تساقطا فصار كالساكت وفى المجتبى يشترط ان يكون القضاء على فور النكول عند بعض المشايخ وقال الخصاف لا يشترط حتى لو اشهد بعد

العرض يوما اويومين اوثلاثا فلا بأس به وهو قول مالك والشافعى واحمد وفى الفصول لو كان الا ستحلاف عند غير القاضى كان المدعى على دعواه لان المعتبر يمين قاطعة للخصومة وهى اليمين عند القاضى والفتوى على سماع البينة بعد يمين الخصم وانما يؤخذ فى ذلك بفعل عمر رضى الله عنه فانه جوز قبول بينة المدعى بعد حلف المدعى عليه وبقول شريح اليمين الفاجرة احق بالرد من البينة العادلة (ولاترد اليمين على مدع وان نكل خصمه) وقال مالك والشافعى لا يقضى بالنكول بل يرد اليمين على المدعى لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة كما فعله عثمان ويحتمل ان يكون لا شتباه الحلال ومع هذا الا حتمال لا يكون حجة ويمين المدعى دليل الظهور كما كانت يمين المدعى عليه فيصار اليه ولنا ما فى الصحيحين عن ابن عباس قال قال رسول صلى الله عليه وسلم لويعطى الناس بدعواهم لادعى رجال اموال قوم ودماءهم لكن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وفى رواية اليمين على من انكر وفى رواية البيهقى عن ابن عمر بلفظ المدعى عليه اولى باليمين الا ان يقوم عليه البينة ووجه الدلالة انه صلى الله عليه وسلم قسم والقسمة تنافى الشركة فدل على ان جنس الايمان فى جانب المدعى عليه ولايمن فى جانب المدعى اذ الالف واللام لاستغراق الجنس فمن جعل بعض الايمان حجة للمدعى فقد خالف هذا الحديث الذى تلقته بالقبول حتى صار فى حيز التواتر وقد ادعى بعض اهل الاصول انه مخالف لقوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) الآية فيكون مردودا وروى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن سالم ان ابن عمر باع غلاما له بثلاث مائة درهم فوجد به المشترى عيبا فخاصم الى عثمان فقال له عثمان تحلف انك بعته بالبراءة فابى ان يحلف فرده عثمان عليه وروى ايضا عن ابن ابى مليكة عن ابن عباس انه امره ان يستحلف امرأة فابت ان تحلف فالزمها وروى ايضا عن الحارث قال نكل رجل عند شريح عن اليمين فقضى شريح عليه فقال الرجل انا احلف فقال شريح قد مضى قضائى ويبتنى على هذا التنازع القضاء بشاهد ويمين وقال مالك والشافعى واحمد يقضى بهما لما روى مسلم عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين واجيب بانه منقطع وقال الترمذى فى علله الكبير سألت محمدا عن هذا الحديث فقال ان عمرو بن دينار لم يسمعه من ابن عباس ولو سلم فمثل هذه العبارة لاتفيد العموم لان الحجة فى المحكى لافى الحكاية اذ المحكى قد يكون خاصا

(ولاترد اليمين على المدعى وان نكل خصمه) اى اذا قال المدعى عليه انا احلف لايحلف المدعى اتفاقا وان قال لا احلف لايرد اليمين على المدعى عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى اذا لم يكن للمدعى بينة اصلا ونكل المدعى عليه يرد اليمين على المدعى فان حلف قضى به له والالاوكذا اذا اقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد اخر فانه يرد اليمين عليه ان حلف قضى له عليه بما ادعى وان نكل لايقضى له بشئ

(ولايحلف فى نكاح) بان ادعى رجل على امرأة اوهى عليه نكاحا والآخر منكر فانه لايحلف الرجل ولا المرأة (ورجعة) بان ادعت عليه اوادعى هو عليها بعد انقضاء العدة انه راجعها فى العدة وانكر الآخر (وفى ايلاء) بان ادعى الزوج المولى عليها اوهى عليه بعد انقضاء مدة الايلاء انه فاء اليها فى المدة وانكر الآخر (و استيلاد) بان ادعت امة على سيدها انها ولدت منه هذا الولد اوادعت انها ولدت منه ولدا وقدمات وانكر المولى ولايتصور فى هذه المسئلة الدعوى من الجانب الآخر اذلو ادعى المولى يثبت الاستيلاد باقراره ولايعتبر انكارها (ورق) بان ادعى الرجل على مجهول النسب انه عبده اوادعى المجهول انه عبده وانكر الآخر (ونسب) بان ادعى الرجل على مجهول النسب انه ابنه اوهو يدعى عليه انه ابوه وانكر الآخر ولم يذكر المصنف هذه المسئلة فى شرح الوقاية مع انه مذكور فى المتن فكانه غفل عنها (وولاء) سواء كان ولاء العتاقة بان

ادعى على معروف النسب انه معتقه وانا مولاه اوادعى المعروف عليه ذلك وانكر الآخر اوولاء الموالاة بان ادعى على رجل مجهول النسب انه مولاه وولاء موالاة اوادعى المجهول عليه ذلك وانكر الآخر فعند ابى حنيفة لايستحلف فى هذه المسائل السبع وعندهما يستحلف واذا نكل يقضى بالنكول لان النكول اقرار لان الحلف واجب عليه على تقدير صدقه فى انكاره واذا امتنع عن الحلف علم انه غير صادق فى انكاره فاذا كان النكول اقرارا والاقرار يجرى فى هذه الامور فيحلف حتى اذا نكل يقضى بالنكول ولابى حنيفة ان النكول بذل لان المرء كثيرا مايتحرز عن اليمين الصادقة فيبذل شيئا ولايحلف واذا امكن حمله على البذل لايثبت الاقرار بالشك فيحمل على البذل والبذل لايجرى فى هذه الاشياء وقد قيل فى هذه الاشياء شعر وليس ان يستحلف فى النكاح *والفىء والرجعة للاصلاح* والرق والولاء والولاد *فى جحود المرأ الاستيلاد *وقال القاضى الامام فخر الدين فى الجامع الصغير الفتوى على قولهما وقيل ينبغى ان ينظر فى حال المدعى عليه فان راه متعنتا يحلفه اخذا بقولهما رح الله تعالى وان كان مظلوما لايحلفه اخذا بقوله (ولا)

(ولايحلف) عند ابى حنيفة (فى نكاح) بان ادعى رجل على امرأة انه تزوجها وانكرت اوبالعكس (و) لافى (رجعة) بان ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه راجع فيها وانكرته اوبالعكس (و) لافى (فىء) بفتح فاء فسكون ياء فهمز اى رجوع (ايلاء) بان ادعى بعد مدة الايلاء انه فاء اليها فى المدة وانكرت اوبالعكس (و) لافى (استيلاد) بان ادعت امة على مولاها انها ام ولد له وهذا ابنه منها فانكر المولى ولا يتأتى العكس لان المولى اذا ادعى انها ام ولد يثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها (و) لافى (رق) بان ادعى رجل على مجهول انه عبده او ادعى المجهول ذلك (و) لافى (نسب) كان ادعى رجل على آخر انه ولده (و) لا فى (ولاء) بان ادعى رجل على آخر ان له عليه ولاء عتاق وموالاة او بالعكس (و) لافى (حد) بان ادعى على آخر ما يوجب الحد وانكر (و) لافى (لعان) بان ادعت امرأة على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وانكر وقال ابو يوسف ومحمد يحلف فى ذلك كله الا فى الحد واللعان وقال الشافعى يحلف فى حد القذف والقصاص ولايحلف فى باقى الحدود وقال مالك واحمد لايجرى التحالف فيما لايثبت الا بشاهدين وفى جامع قاضيخان والواقعات والفصول الفتوى على قولهما وهو اختيار فخر الاسلام قيل وهو اختيار المتأخرين (الا اذا ادعى فى النكاح والنسب مالا كمهر ونفقة وارث) فانه يحلف اتفاقا (وحلف السارق وضمن ان نكل ولم يقطع) لان موجب فعله شيئان احدهما الضمان وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول وثانيهما القطع وهو لايجب مع الشبهة

يحلف (فى حد) بان ادعى رجل على اخر انك قد فتنى بالزنا وعليك الحد وانكر الآخر لايستحلف بالاجماع (ولعان) بان ادعت المرأة على زوجها انه قذفها قذفا موجبا للعان وانكر الزوج لايستحلف بالاجماع (الا اذا ادعى فى النكاح والنسب مالا كمهر ونفقة وارث) اى اذا ادعت المرأة النكاح وطلبت المال كالمهر والنفقة فانكر الزوج يحلف فان نكل يلزمه المال ولايثبت الحل عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وكذا اذا ادعى رجل هو زمن مثلا على رجل انه اخ المدعى عليه وطلب ان يفرض القاضى عليه النفقة وانكر المدعى عليه ان يكون هذا المدعى اخاه فانه يستحلف المدعى عليه ولكن ان نكل يثبت ما ادعى من المال لا النسب وكذا اذا ادعى المدعى انه اخ المدعى عليه وان اباهما مات وترك مالا فى يد المدعى عليه وانكر المدعى عليه فانه يستحلف وان نكل يثبت الارث لا النسب فقوله كمهر خاص بالنكاح وقوله ونفقة مشترك بين النكاح والنسب وقوله وارث خاص بالنسب

الشبهة فلايجب بالنكول (و) حلف (الزوج اذا ادعت) المراة (طلاقا لان مقصودها) المال والاستحلاف يجرى فى المال بالاتفاق (فيثبت ان نكل نصف المهر) ان ادعت الطلاق قبل الدخول (اوكله) ان ادعت الطلاق بعد الدخول (وكذا) يحلف (منكر القود فان نكل فى النفس حبس حتى يقر اويحلف) ولا يقتص وبه قال احمد وقال مالك والشافعى واحمد فى رواية يقتص منه بعد حلف المدعى (وفيما دونها) اى دون النفس (يقتص) وبه قال مالك والشافعى بعد حلف المدعى واحمد فى رواية وقال ابو يوسف ومحمد يجب عليه الارش فى النفس وفيما دونها (وان قال) (المدعى لى بينة حاضرة وطلب حلف الخصم) لايحلف عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف يحلف ومحمد مع ابى حنيفة فى رواية ومع ابى يوسف فى اخرى وهذا الخلاف اذا كانت البينة حاضرة فى المصر غائبة عن مجلس الحكم حتى لو كانت غائبة عن المصر يحلف بالاتفاق اوكانت فى مجلس الحكم لايحلف اتفاقا (ويكفل) اى يقيم كفيلا (بنفسه ثلاثة ايام) كيلا يغيب نفسه فيضيع حق المدعى والقياس ان لايكفل قبل اقامة البينة لعدم تعلق حق المدعى حينئذ وهو مذهب الشافعى والتقدير بثلاثة ايام مروى عن ابى حنيفة وهو الصحيح وعن ابى يوسف التقدير بمابين مجلس القاضى اما لو قال ليس لى بينة او شهودى غيب لايجبر الخصم على اقامة الكفيل لان الغائب كالهالك والاستحلاف فى الحال ممكن ولو قال لابينة لى عليه ولاشهادة ثم اقام المدعى البينة اوشهد الشاهد قبلت فى الاصح لامكان التوفيق بان كان له شهود لايعلم بهم اوتذكرهم بعد مانسيهم اوبذكر الشاهد وقيل لايقبل لظاهر التناقض ولو باع عقارا وقربه حاضر يعلم البيع ثم ادعاه لايسمع دعواه لانه بسكوته اولا صار مصدقا على صحة البيع وبدعواه ثانيا يصير متناقضا (فان ابى) الخصم ان يقيم كفيلا بنفسه (لازمه) المدعى اى دار معه حيث سار كيلا يغيب فيذهب حقه (و) لازم (الغريب قدر مجلس الحكم) اى الى

(وحلف السارق) ان انكر (وضمن) المال (ان نكل و) لكن (لم يقطع) يده لانه فى السرقة يدعى المدعى المال والحد والمال يثبت بالنكول لا الحد (و) حلف (الزوج ان ادعت) المرأة (طلاقا) قبل الدخول اوبعده (فيثبت ان نكل نصف المهر) فى الطلاق قبل الدخول (اوكله) فى الطلاق بعد الدخول فى قولهم جميعا الاستحلاف يجرى فى الطلاق اتفاقا خصوصا اذا كان المقصود المال (وكذا) اذا ادعى قودا فانكر المدعى عليه حلف (منكر القود) اجماعا بعد ما طلب مدعى القود تحليفه سواء كان القود فى النفس اوالاطراف (فان نكل فى النفس) لم يقض بقتل ولا دية بل (يحبس حتى يقر او يحلف) وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يلزم الدية (و) ان نكل (فيما دونها) اى ما دون النفس يقتص منه عند ابى حنيفة لان الاطراف يستوفى بالنكول كالاموال لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية النفس كالاموال فيجرى فيها البذل الا ترى انه لو قال اقطع يدى فقطعه لايضمن شيئا وعندهما يضمن ويلزم الارش فيما دون النفس ايضا فان النكول اقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص بل يلزم المال (وان قال) المدعى (لى بينة حاضرة) فى المصر (و طلب حلف الخصم لايحلف) عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى ولو قال المدعى لا بينة لى اوشهودى غيب يحلف (ويكفل بنفسه) اى يقال للمدعى عليه اعطه كفيلا (ثلثة ايام) لئلا يغيب فيبطل حق المدعى ويجب ان يكون الكفيل ثقة معروفة الدار حتى يحصل فائدة التكفيل وهو الاستيثاق واخذ الكفيل عليه بعد اقامة البينة قياس واستحسان وقيل اقامتها بمجرد الدعوى استحسان عندنا اذ فيه نظر للمدعى وليس فى التكفيل كثير ضرر بالمدعى عليه والتقدير بثلثة ايام مروى عن ابى حنيفة وهو الصحيح وعن ابى يوسف انه يقدر بمابين مجلس القاضى ولا فرق فى الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير وعن محمد رحمه الله تعالى انه اذا كان معروفا والظاهر من حاله انه لايخفى نفسه بذلك القدر لايجبر على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لايخفى المرأ نفسه بذلك القدر (فان ابى) الخصم ان يعطيه كفيلا (لازمه) اى دار معه حيث سار (و) لو كان الخصم غريبا لازم المدعى (الغريب قدر مجلس الحكم) اى مقدار مايكون القاضى جالسا فى المحكمة فقوله والغريب عطف على الضمير المنصوب فى لازمه

(ولايكفل بالغريب (الا الى اخر المجلس) فان اتى بالبينة فبها والا يحلفه ان شاء اويدعه لان فى اخذ الكفيل منه والملازمة زيادة على هذا القدر اضرار بالغريب (والحلف بالله تعالى) دون غيره لقوله عليه الصلوة والسلام لاتحلفوا بابائكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله اوليذر و(لا بالطلاق والعتاق) لما روينا (فان الخ الخصم قيل صح) للقاضى ان يحلف (بهما) اى بالطلاق والعتاق فى زماننا لقلة مبالاة الناس باليمين بالله تعالى لكن القاضى اذا حلف المدعى عليه بالطلاق والعتاق فنكل لايقضى عليه بالنكول ولو قضى بالنكول لاينفذ قضاؤه وذكر الامام قاضيخان فى فتاواه انه اذا اراد المدعى تحليفه بالطلاق او العتاق ففى ظاهر الرواية لايجيب القاضى الى ذلك لان التحليف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك حرام وبعضهم جوزوا ذلك فى زماننا والصحيح ظاهر الرواية (ويغلظ بصفاته) نحو قل بالله الذى لااله الاهو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الذى يعلم من السر كما يعلم من العلانية ونحو ذلك ولله ان يزيد فى التغليظ على هذا وله ان ينقص منه الا انه يحتاط فلا يذكرها بلفظ الواو والتا لايتكرر عليه اليمين وان شاء القاضى لم يغلظ فيقول قل بالله او والله لان المقصود منه النكول واحوال الناس فيه شتى فمنهم من يمتنع اذا غلظ عليه ومنهم من تجاسر اذا لم يغلظ فكان الرأى فى ذلك الى رأى القاضى وقيل لايغلظ على الرجل المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ فى الخطير من المال دون الحقير (لا) يغلظ اليمين (بالزمان والمكان) وقال الشافعى رح ان كان اليمين فى قسامة اولعان اوفى مال عظيم يبلغ عشرين مثقالا يختص بالمكان فعند الركن والمقام فى مكة وعند منبر النبى عليه السلام فى المدينة والمسجد الجامع فى غيرهما والمسجد ان لم يكن ثمه مسجد جامع وبالزمان بعد العصر يوم الجمعة (وحلف اليهودى بالله تعالى الذى انزل التورية على موسى عليه السلام والنصرانى بالله الذى انزل الانجيل على عيسى عليه السلام والمجوسى بالله الذى خلق النار) ويغلظ على كل واحد بما يعتقد تغليظ اليمين به ليكون ردعا له عن اليمين الكاذبة وعن ابى حنيفة رحمه الله تعالى انه لايحلف احد الا بالله تعالى خالصا وذكر الخصاف رحمه الله تعالى انه لا يحلف غير اليهود والنصرانى الا بالله تعالى وهو اختيار بعض مشايخنا لما فى ذكر النار فى اليمين من تعظيم النار ولا ينبغى ان يعظم النار

ان يقوم القاضى من مجلسه (ولايكفل) الغريب (الا الى اخر المجلس) لان فى اخذ الكفيل منه وفى الملازمة له اكثر من مجلس القاضى اضرار له بالمنع عن سفره (والحلف بالله تعالى لا بالطلاق والعتاق) لما فى الصحيحين من حديث ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من كان حالفا فليحلف بالله اوليصمت وفى رواية ابى داود وغيره انه صلى الله عليه وسلم قال ان الله نهاكم ان تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله اوليسكت (فان الخ الخصم) اى اكد وبالغ (قيل صح) التحليف (بهما فى زماننا) لقلة مبالاة الناس باليمين بالله تعالى وكثرة الامتناع عن الحلف بالطلاق والعتاق لكن ان نكل لايقضى عليه بالنكول لانه امتنع عما هو منهى عنه شرعا ولو قضى عليه بالنكول لاينفذ ولو طلب المدعى عليه تحليف الشاهد او المدعى انه لايعلم ان الشاهد كاذب لايجيبه القاضى لانا مأمورون باكرام الشهود والمدعى لايجب عليه اليمين لاسيما اذا اقام بينة (ويغلظ) اليمين (بصفاته تعالى) مثل والله الذى لااله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما فلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولاشىء منه ويزيد على هذا التغليظ ان شاء وله ان ينقص منه ويحترز عن عطف بعض الاسماء على بعض لئلا يتكرر عليه اليمين ولو غلظ عليه فنكل عن التغليظ وحلف من غير تغليظ لايقضى عليه بهذا النكول لان المقصود الحلف بالله تعالى وقد حصل (لا بالزمان) اى لايغلظ اليمين بالزمان كبعد العصر يوم الجمعة (والمكان) كمنبر النبى والحجر الاسود وبه قال احمد والشافعى فى قول وقيل يستحب التغليظ بالزمان وبالمكان وبه قال مالك فيما ليس بمال ولا القصد منه المال لقوله صلى الله عليه وسلم لايحلف احد عند منبرى هذا على يمين آثمة ولو على سواك اخضر الا تبوأ مقعده من النار اووجبت له النار رواه مالك وابو داود ولنا قوله صلى الله عليه وسلم اليمين على من انكر فالتخصيص بالمكان والزمان لزوما زيادة عليه (وحلف اليهودى بالله الذى انزل التورية على موسى والنصرانى بالله الذى انزل الانجيل على عيسى) لما روى

(و) لا يحلف (الوثنى) الا (بالله) اذ الكفرة كلهم مع اختلاف مللهم يقرون بالله تعالى (ولا يحلف) اليهودى والنصرانى والوثنى (فى معابدهم) لان فيه تعظيمها والقاضى ممنوع من ان يحضرها (و) من ادعى انه ابتاع من هذا عبده فجحد (يحلف الجاحد (على الحاصل نحو بالله مابينكما بيع قائم او) ادعى نكاحا فجحد يحلف على الحاصل (نحو بالله مابينكما نكاح قائم فى الحال او) ادعى طلاقا فجحد يحلف الجاحد على الحاصل نحو بالله (ماهى باين منك الان) والاصل ان الدعوى اذا وقعت فى سبب يرتفع بعد وقوعه كالبيع والنكاح والطلاق فان اليمين يكون على الحاصل (لا على السبب) عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى (نحو بالله مابعته ونحوه) مثل بالله مانكحتها وبالله ماطلقتها لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه لان هذه الاسباب ترتفع بان باع شيئا ثم تقايلا اوطلق امرأته ثم راجعها اونكحها فلو حلف على السبب كالبيع ونحوه يكون الحالف كاذبا ولو لم يحلف يثبت للمدعى

روى ابو داود عن ابى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لليهود انشدكم بالله الذى انزل التورية على موسى ماتجدون فى التورية على من زنى ولان اليهود يعتقدون نبوة موسى والنصارى نبوة عيسى فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه (و) حلف (المجوسى بالله الذى خلق النار) لانه يعظمها فيخاف بذكرها ذكره محمد فى الاصل كما فى الهداية وذكر الخصاف انه لا يحلف المجوسى الا بالله وهو اختيار بعض المشايخ لان فى ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيما لشأنها وماينبغى ان تعظم بخلاف الكتابيين فان كتب الله معظمة (و) حلف (الوثنى بالله) لان الكفرة باسرهم يقرون بالله تعالى قال تعالى (ولئن سالتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله) (ولا يحلف) احد منهم (فى معابدهم) لان فيه تعظيمها ولان القاضى لا يحضرها لانه ممنوع من دخولها (ويحلف على الحاصل) عند ابى حنيفة ومحمد فى البيع والنكاح والطلاق والغصب (نحو بالله ما بينكما بيع قائم او نكاح قائم فى الحال او ما هى باين منك الآن) او ما يجب عليك رده الآن (لا على السبب) اى لا يحلف على السبب كما قال ابو يوسف بان يقول فى البيع (نحو بالله ما بعته ونحوه) بان يقول فى النكاح بالله مانكحت وفى الطلاق بالله ماطلقت وفى الغصب بالله ماغصبت (الا ان يتضرر المدعى فيحلف على السبب) اى باتفاق (كدعوى شفعة بالجوار فانه) اى المدعى عليه ربما (يحلف على مذهب الشافعى انه لا يجب الشفعة) بالجوار فيصدق يمينه فيكون فى تحليفه على الحاصل ترك النظر فى جانب المدعى (وكذا) يحلف على السبب باتفاق (فى سبب لا يتكرر كعبد مسلم يدعى عتقه على مولاه وفى الامة) الكافرة

المدعى لانه لو ادعى المعنى الطارى كالاقالة فى البيع مثلا لم يقبل قوله واذا حلف على الحاصل فقد وفى المدعى والمدعى عليه حقهما وعند ابى يوسف انه يحلف فى جميع ذلك على السبب الا اذا عرض المدعى عليه بان يقول ايها القاضى لا تحلفنى على السبب فان الانسان قد يبيع ثم يقيل او يطلق ثم يرجع او يتزوج فح يحلف القاضى على الحاصل وعنه انه ينظر القاضى الى انكار المدعى عليه فان انكر السبب كالبيع ونحوه يحلف على السبب وان انكر الحكم يحلف على الحاصل وعليه اكثر القضاة وقال فخر الاسلام يفوض ذلك الى رأى القاضى فان قيل ينبغى ان يحلف على السبب دائما وان عرض المدعى عليه فلا اعتبار لذلك التعريض لان غاية مافى الباب انه وقع البيع ثم وقعت الاقالة ففى دعوى الاقالة يصير المدعى عليه مدعيا فعليه البينة على الاقالة فان عجز فعلى المدعى اليمين قلنا دفع الدعوى اسهل من اثبات المدعى اذ ربما يعجز مدعى الاقالة عن اقامة البينة ولا يامن المدعى عليه من المدعى ان يتحرز عن اليمين الكاذبة فان الشافع ان كل احد يحتال فى باب الدعوى ان يكون دافعا مدعى عليه ويتحرز

ان يكون مدعيا مثبتا واذا انكر المدعى عليه الحاصل وقال لا بيع قائم بيننا مثلا كيف يجعله مدعيا اذ لا يجوز للقاضى ان يلزمه ان يكون مدعيا فلذلك قال (الا ان يتضرر المدعى) ويكون فى التحليف على الحاصل ترك النظر له (فيحلف على السبب) بالاجماع (كدعوى) الشفيع (الشفعة بالجوار) والمشترى ممن لا يراها بان كان المشترى شافعى المذهب فانه (ربما يحلف على مذهب الشافعى انه لا يجب الشفعة) فان الشفعة لا تجب بالجوار عنده فلو حلف على الحاصل بالله ماهو مستحق للشفعة يصدق فى معتقده فيفوت النظر فى حق المدعى فيحلف المشترى على السبب مثل بالله ما اشتريت هذه الدار (وكذا) يحلف على السبب اجماعا (فى سبب لا يتكرر ولا يرتفع) برافع (كعبد مسلم يدعى عتقه) على مولاه وجحده فان المولى يحلف على السبب نحو بالله ما اعتقه فانه لا ضرورة الى الحلف على الحاصل فان العبد المسلم لا يجوز ان يعود رقيقا بعد العتق (وفى) دعوى

(والعبد الكافر) اذا ادعى احدهما العتق على مولاه وانكر يحلف (على الحاصل) لان الرق يتكرر فى الامة بالسبى بعد الردة والالتحاق بدار الحرب وفى العبد الكافر بالسبى بعد نقض العهد والالتحاق بدار الحرب ولا يتكرر فى العبد المسلم اذ لا يقبل منه فى الارتداد بعد السبى الا الاسلام او القتل (ويحلف على العلم من ورث شيئا فادعاه آخر) ولا يحلف على البتات لان الوارث لا يعلم بما فعل المورث (ويحلف على البتات ان وهب له شئ (او اشتراه) فادعاه آخر لان الشراء وقبول الهبة سبب لثبوت الملك بالاختيار ولو لم يعلم ان العين ملك البائع او الواهب لما باشر الشراء باختياره ولا قبل الهبة بخلاف الملك فى الارث فانه ثبت للوارث جبرا ولا علم له بحال ملك الوارث والاصل فى ذلك ان اليمين ان كانت على فعل الغير فهى على العلم وان كانت على فعل النفس فهى على البتات (وصح فداء الحلف والصلح منه) وليس له ان يستحلفه بعد ذلك لانه سقط حقها من اليمين باخذ بدلها خص الفداء والصلح لانه لو اشترى يمينه منه لا يصح وله ان يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال واليمين ليست بمال وقد روى عن عثمان انه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى من يمينه ولم يحلف وعن حذيفة انه افتدى من يمينه بمال ولانه لو حلف يقع فى القيل والقال فان الناس بين مصدق ومكذب فاذا افتدى من يمينه فقد صان عرضه وهو حسن وروى عبد الرزاق فى مصنفه عن معمر قال سئل الزهرى عن الرجل يقع عليه اليمين فيريد ان يفتدى من يمينه فقال كانوا يفعلون ذلك وقد افتدى عبيد السهام وكان من الصحابة بيمينه بعشرة آلاف وذلك فى امارة مروان والصحابة بالمدينة كثير ومن ظفر بجنس حقه اخذه بلا استيذان ولا حكم قاض لان الديون تقضى بامثالها فكانه عين حقه ولو ظفر بخلاف جنسه لا ياخذه عندنا الا باذنه او حكم قاض لاختلافهما حقيقة واجازه مالك والشافعى لاتحادهما فى جنس المالية

فصل

فى التحالف كما فى نسخة (ولو اختلفا فى قدر الثمن) بان ادعى البائع اكثر مما اعترف به المشترى (او) اختلفا فى قدر (المبيع) بان اعترف البائع

(الامة والعبد الكافر) العتق بل يحلف المولى (على الحاصل) مثل ما هى حرة او ما هو حر فى الحال لان السبب قد يرتفع فيهما ويمكن تكرار الرق امافى الامة فبالردة والالتحاق بدار الحرب ثم السبى واما فى العبد الكافر فينقض العهد والالتحاق بدار الحرب ثم السبى بخلاف العبد المسلم (ويحلف على العلم من ورث شيئا فادعاه اخر) اى لو ورث رجل عبدا مثلا فادعى رجل اخر انه له ولا بينة للمدعى واراد تحليف الوارث على دعواه يحلف بالله ما نعلم ان هذا عبده (و) يحلف (على البتات ان وهب له) اى للمدعى (او اشتراه) فالموهوب له والمشترى يحلفان بالله ما ليس هذا ملكا للمدعى والاصل ان التحليف فى الشرع على نوعين على البتات اى على القطع وعلى العلم فان التحليف يكون على مبلغ علم من يستحلف فالمشترى او الموهوب له مالك بسبب شرعى وضع للملك فيصح تحليفه على البتات اما الوارث فلا علم له بما صنع مورثه ظاهرا فلو حلفناه على البتات لامتنع عن اليمين مع كونه صادقا فيها فيتضرر فطولب بالعلم والضابطة ان التحليف على فعل نفسه يكون على البتات وعلى فعل غيره على العلم وفى كل موضع وجب اليمين على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجب على العلم فحلف على البتات يسقط عنه الحلف على العلم ولو نكل عنه يقضى عليه (وصح فداء الحلف) فانه لو توجه الحلف على المدعى عليه فافتدى بمال وقال اعطيت هذه العشرة مثلا فداء عن اليمين وقبل الآخر صح (وكذا صح الصلح عنه) اى عن الحلف كما اذا قال المدعى صالحت عن دعوى الحلف على مال وقال الآخر قبلت صح وليس للمدعى ان يستحلف بعد الفداء والصلح ابدا لانه اسقط خصومته باخذ البدل منه

فصل

فى التحالف (ولو اختلفا) اى المتبائعين (فى قدر الثمن) بان يدعى المشترى ثمنا بقدر اقل وادعى البائع اكثر منه (او فى قدر المبيع) بان اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشترى اكثر منه

(حكم لمن برهن) اى اقام البينة على مدعاه سواء كان بائعا او مشتريا (وان برهنا) فالبينة (لمثبت الزيادة اولى) لان البينات شرعت للاثبات وحكم لمثبت الزيادة وهو البائع ان كان الاختلاف فى قدر المبيع (وان اختلفا فيهما) اى فى قدر المبيع وقدر الثمن جميعا كما اذا قال البائع بعت هذا العبد الواحد بالفين وقال المشترى اشتريت هذين العبدين بالف واقام كل واحد حجة تقبل الحجتان معا ﴿ ٣٤٧ ﴾ (فحجة البائع فى زيادة الثمن اولى لانها اكثر اثباتا وحجة المشترى فى المبيع اولى لانها اكثر اثباتا (وان عجزا) اى البائع والمشترى عن البينة ولم يكن لواحد منهما بينة سواء كان الاختلاف فى الثمن او فى المبيع او فيهما (رضى كل) من المشترى والبائع (بزيادة مايدعيه الآخر والا تحالفا) فان كان الاختلاف فى الثمن قيل للمشترى اما ان ترضى بالثمن الذى ادعاه البائع والا فسخنا البيع وان كان الاختلاف فى المبيع قيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشترى والا فسخنا البيع وان كان الاختلاف فى كل منهما قيل ذلك لكل منهما فان رضى كل بقول الآخر فظاهر والا تحالفا لان الغرض دفع الخصومة وقد امكن ذلك برضى احدهما بمايدعيه الآخر عليه فيجب ان لا يعجل القاضى بالفسخ حتى يسال كل واحد منهما عما يختار فان لم يتراضيا استحلف القاضى كل واحد منهما على دعوى الآخر والاصل ان الاختلاف اذا كان فى الثمن فالتحالف قبل القبض موافق للقياس لان البائع يدعى على المشترى زيادة الثمن والمشترى ينكرها والمشترى يدعى على البائع وجوب تسليم المبيع بما ادعاه ثمنا وهو اقل الثمنين والبائع ينكره فكان كل واحد منهما منكرا او تحليف المنكر موافق للقياس واما التحالف بعد القبض فعلى خلاف القياس عند ابى حنيفة وابى يوسف فان المشترى لا يدعى على البائع شيئا لان المبيع قد سلم اليه فبقى دعوى البائع على المشترى بزيادة الثمن وهو ينكره ونما يثبت التحالف بعد القبض بقوله السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا (وحلف المشترى اولا فى الصور الثلث وهو الصحيح وهو المروى عن ابى حنيفة وابى يوسف وهو قول محمد وزفر رحمهم ﴿ ٣٤٨ ﴾ الله تعالى لان انكار المشترى اسبق لانه يطالب اولا بالثمن فيكون هو البادى بالانكار فيبدأ بيمينه ولان اليمين انما شرعت لفائدة النكول ونكول المشترى يتعجل فائدته وهو تسليم الثمن ونكول البائع يتاخر فائدته لان تسليم المبيع يتاخر الى زمان استيفاء الثمن لانه يقال للبائع امسك المبيع حتى تستوفى الثمن فكان تقديم ما يتعجل فائدته وهو تسليم الثمن اولى وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى انه يبدأ بيمين البائع وقيل يقرع بينهما وهذا اذا كان بيع عين بدين فان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن يبدأ القاضى بيمين ايهما شاء واذا حلفا

بقدر منه وادعى المشترى اكثر من ذلك القدر (حكم لمن برهن) لانه نور دعواه بالبينة (وان برهنا) اى اقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه (فلمثبت الزيادة) لان البينة للاثبات ولا معارضة فى قدر ما اتفقا عليه ولا فى الزيادة ولان البينة على الاقل وان نفت الزيادة لكن الشهادة على النفى غير مسموعة وزيادة الثقة مقبولة كما انها حجة فى الرواية (وان اختلفا فيهما) اى فى قدر الثمن وقدر المبيع (فحجة البائع فى الثمن) اولى (وحجة المشترى فى المبيع) اولى نظرا الى زيادة الاثبات ولو كان الاختلاف فى جنس الثمن بان قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشترى انما اشتريتها منك بمائة دينار واقاما البينة لزم المشترى البيع بالعبد فيقبل بينة البائع دون المشترى لان حق المشترى فى الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف فى حق البائع وبينته تثبت الحق لنفسه فى العبد وبينة المشترى تنفى ذلك والبينة للاثبات دون النفى (وان عجزا) فى الصور الثلاث عن اقامة البينة قيل للمشترى فيما اذا كان الاختلاف فى قدر الثمن اما ان ترضى بالثمن الذى ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع فيما اذا كان الاختلاف فى قدر المبيع اما ان تسلم ما ادعاه المشترى من القدر والا فسخنا البيع وانما يقال لهما ذلك لان المقصود قطع المنازعة وهذا طريق فيه اذ ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتفقان (رضى كل بزيادة يدعيه الآخر) فذلك هو المطلوب (والا) اى وان لم يرض كل بزيادة يدعيها الآخر (تحالفا) اى حلف كل واحد منهما على دعوى الآخر بان يحلف البائع بالله ما باعه بما ادعاه المشترى ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بما ادعاه البائع والمعنى فيه ان اليمين يجب على المنكر وهو الباقى فيحلف على هيئة النفى بان الحلف وجب عليه لانكاره وانما وجب على البائع والمشترى جميعا لان كلا منهما منكر لان الخلاف ان كان فى قدر الثمن وقدر المبيع فيكون كل منهما منكرا ظاهرا وان كان فى احدهما فواحد منهما يدعى زيادة البدل والآخر ينكر والمنكر منهما يدعى وجوب تسليم البدل على صاحبه عند تسليمه المبدل والآخر ينكره فصارا مدعيين ومنكرين (وحلف المشترى اولا) وهو قول محمد وابى يوسف آخرا وهو رواية عن

(فسخ القاضى البيع) بينهما لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فبقى بيعا مجهولا فيفسخه القاضى قطعا للمنازعة لكن ان طلبا او طلب احدهما لان الفسخ حقهما فاحتيج الى ذلك قيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الاول (ومن نكل منهما) عن اليمين (لزمه دعوى الآخر) اى اذا عرض اليمين اولا على المشترى فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يعرض اليمين على البائع فان حلف يفسخ البيع وان نكل لزمه دعوى المشترى (ولا تحالف) ان اختلفا (فى الاجل) سواء قال المشترى الثمن مؤجل وانكر البائع او قال المشترى الثمن مؤجل الى سنة وقال البائع بل الى نصف سنة لان هذا الاختلاف فى غير المعقود عليه والمعقود به والشرع علق وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلاف

المتبايعين فيما يثبت به البيع والبيع يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل واذا اختلفا فى المبيع او الثمن فكل واحد منهما يدعى عقدا غير العقد الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره فيتحالفان وقال زفر رحمه الله تعالى والشافعى يتحالفان اذا اختلفا فى الاجل (وكذا) لا يتحالفان ان اختلفا (فى شرط الخيار) بان قال احدهما شرط الخيار وانكر الآخر او قال احدهما الخيار الى ثلثة ايام وقال الآخر بل الى يومين لانهما اختلفا فى امر زائد واتفقا على المعقود عليه والمعقود به فلا يتحالفان (ولا) ان اختلفا (فى قبض بعض الثمن) بان قال المشترى ادیت بعض الثمن وانكر البائع ولو اختلفا فى قبض كل الثمن فالحكم كذلك حيث يكون الحلف على البائع لا غير وانما لم يذكره فى المتن لان ذلك مفروغ عنه باعتبار انه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوى اولانه يعلم بذكر البعض (وحلف المنكر) اى منكر الاجل وشرط الخيار وقبض بعض الثمن والقول قوله مع حلفه وكذا ان هلك المبيع بعد القبض ثم اختلفا فى قدر الثمن (لا) يتحالفان عند ابى حنيفة وابى يوسف (بعد هلاك المبيع وحلف المشترى) والقول له وعند محمد يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعى وعلى هذا اذا اخرج المبيع عن ملكه او تغير وصار بحال لا يقدر على رده بالعيب بان زاد زيادة متصلة او منفصلة لان كل واحد منهما يدعى عقدا غير العقد الذى يدعيه صاحبه

ابى حنيفة وقول زفر والشافعى فى واحد لان المشترى اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن فينكر فيكون بادئا بالانكار ولان انكار البائع مبنى على انكاره وقال ابو يوسف اولا يبدأ بيمين البائع وهو قول مالك والشافعى واحمد فى صح لما اخرجه اصحاب السنن الاربعة ان عبد الله بن مسعود باع للاشعث بن قيس رقيقا من رقيق الخمس بعشرين الف درهم فارسل عبد الله اليه فى ثمنهم فقال انما اخذتهم بعشرة آلاف فقال عبد الله ان شئت حدثتك بحديث سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعته يقول اذا اختلف المتبايعان ليس بينهما بينة فالقول ما يقول رب السلعة او يتتاركان واجيب بان المنذرى قال قد روى هذا الحديث من طرق عن ابن مسعود وكلها لا يثبت وقال ابن الجوزى فى التحقيق احاديث هذا الباب فيها مقال ودفع هذا الجواب بان صاحب التنقيح قال والذى يظهر ان حديث ابن مسعود بمجموع طرقه له اصل بل حديث حسن يحتج به لكن فى لفظه اختلاف ويدل على هذا ان مالكا اخرجه فى الموطأ قلت وذكره محمد فى موطاه (وفسخ القاضى البيع) بينهما بطلب احدهما وقيل ينفسخ بنفس التحالف وهو الاصح من مذهب الشافعى (ومن نكل) منهما (لزمه دعوى الآخر) يعنى بقضاء القاضى لانه بنكوله صار مقرا او باذلا فلم يبق دعواه معارضة لدعوى الآخر فلزم القول بثبوت دعوى الآخر (ولا تحالف فى الاجل و) لا فى شرط (الخيار ولا فى قبض بعض الثمن) ولا فى مقدار الاجل ولا فى قدر الشرط ولا فى الرهن ولا فى شرط الضمان (وحلف المنكر) لان ثبوت هذه الاشياء لعارض والقول لمنكر العارض مع يمينه وبه قال احمد وقال زفر ومالك والشافعى يتحالفان (ولا) تحالف اذا اختلفا فى قدر الثمن وهو دين (بعد هلاك المبيع) فى يد المشترى عند ابى حنيفة وابى يوسف (وحلف المشترى) وبه قال مالك فى رواية واحمد فى رواية

والآخر ينكره فان البيع يختلف باختلاف الثمن فيتحالفان ولهما قوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا والتحالف بعد القبض على خلاف القياس فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة لان حال هلاك السلعة ليس فى معنى حال قيام السلعة لان عند قيامها يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف بان يفسخ العقد فيعود كل واحد منهما الى رأس ماله بعينه وبعد هلاكها لا يحصل ذلك فالعقد بعد هلاك السلعة لا يحتمل الفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذلك بالتحالف

رواية وعند محمد يتحالفان ويفسخ على قيمة الهالك وهو قول الشافعي وبه قال مالك في رواية واحمد في رواية لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وهذا النص وان كان مطلقا يقيد بحال قيام السلعة بقرينة التراد اذ المراد به تراد العوضين لاتراد العقد لانه لا يتصور ذلك ولابي حنيفة وابي يوسف قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا وقوله والسلعة قائمة مذكور على وجه الشرط والمطلق يحمل على المقيد اذا وردا في حادثة واحدة وحكم واحد وعلى هذا الخلاف اذا خرج المبيع عن ملك المشتري ببيع او غيره اوصار بحال لا يمكن رده بدون رضاه هذا اذا كان الثمن دينا بان كان دراهم او دنانير او مكيلا او موزونا موصوفا في الذمة فان كان عينا كان البيع مقايضة يتحالفا اتفاقا لان المبيع قائم لان كل واحد من العوضين مبيع من وجه وذلك كاف لصحة التحالف كما هو كاف لصحة الاقالة (ولا) تحالف اذا اختلفا (بعد هلاك بعضه) اي بعض المبيع بعد قبض الجميع عند ابي حنيفة كما لو باع عبدين صفقة واحدة ثم هلك احدهما عند المشتري بعد قبضهما وقال ابو يوسف يتحالفان في القائم ويفسخ العقد فيه والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد القائم وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لايمنع التحالف عنده فهلاك بعضها اولى ولابي يوسف ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابي حنيفة ان التحالف لايمكن في القائم الاعلى حصته من الثمن فلابد من القسمة على قيمتهما والقيمة تعرف بالحرز والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذا لايجوز (الا ان يرضى البائع بترك حصة الهالك) فيتحالفان لان الثمن حينئذ يكون كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد ويصير كان العقد وقع على القائم (ولو اختلفا في بدل الاجارة) وهو الاجرة (او) اختلفا في (المنفعة) قبل استيفائها (تحالفا) وترادا (كما في البيع والمنفعة) في الاجارة (كالمبيع والبدل) فيها (كالثمن) وان وقع الاختلاف في البدل بدئ بيمين المستأجر لانه منكر لوجوب الاجرة

(ولا) تحالف (بعد هلاك بعضه) اي بعض المبيع كما اذا اشترى عبدين صفقة واحدة فقبضهما ثم مات احدهما. واختلفا في الثمن فقال المشتري اشتريتهما بالف درهم وقال البائع اشتريتهما بالفي درهم لا يتحالفان عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يرضى البائع بترك حصة الهالك اي لاياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا ويجعل الهالك كان لم يكن اصلا وكان العقد لم يكن الاعلى العبد القائم فح يتحالفان على القائم ويفسخ العقد ويأخذ البائع العبد الحي ولاشيء له من الهالك وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول للمشتري في حصة الهالك من الثمن مع يمينه وقال محمد رح يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك (ولو اختلفا) اي الموجر والمستاجر (في بدل الاجارة) قبل استيفاء المنفعة وقبضها بان قال الموجر اجرت الدار شهرا بعشرة دراهم وقال المستاجر استاجرت الدار بثمانية دراهم (او المنفعة قبل قبضها) اي قبل استيفاء المنفعة وقبضها بان قال المستاجر استاجرت الدار شهرين وقال الموجر اجرت شهرا (تحالفا) وفسخ العقد (كما في البيع) لان الاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع باعتبار ان كل واحد من المتعاقدين يدعي على صاحبه وهو ينكر وكل واحد من العقدين معاوضة يحتمل الفسخ فالحقت الاجارة بالبيع فان قيل قام المعقود عليه شرط للتحالف والمنفعة معدومة قلنا الدار مثلا اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها فكانها قائمة تقديرا (والمنفعة كالمبيع) فاذا وقع الاختلاف في المنفعة لزم التحالف كما اذا اختلفا في المبيع (والاجرة كالثمن) فعند الاختلاف في الاجرة لزم التحالف كالاختلاف في الثمن فان وقع الاختلاف في الاجرة بدأ بيمين المستاجر وان وقع في المنفعة بدأ بيمين الموجر وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة يقبل بينته وان اقاما فبينة الموجر اولى ان اختلفا في المنفعة نظرا الى زيادة الاثبات فان حجة الموجر تثبت زيادة الاجرة وحجة المستاجر تثبت زيادة المنفعة وان اختلفا فيهما نحو ان يدعي الموجر شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة يقبل بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الزيادة فيقضى بشهرين بعشرة

(و) لو اختلفا فى قدر الاجرة (بعد قبضها) اى قبض المنفعة (لا) يتحالفان والقول المستاجر مع يمينه لانه منكر للزيادة وهذا الان جريان التحالف لفائدة الفسخ والمنافع المستوفات لا يمكن فسخ العقد فيها فلا يجرى التحالف فان قيل عدم جريان التحالف ظاهر على مذهب ابى حنيفة وابى يوسف رح لان هلاك المعقود عليه مانع للتحالف عندهما رح فاما عند محمد فينبغى ان يجرى التحالف كما لو هلك المبيع قلنا اذا فسخ البيع بالتحالف يمكن ايجاب قيمة المعقود عليه لان العين متقومة بنفسها وهنا اذا تحالفا وفسخ العقد فلا قيمة للمعقود عليه لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وبالفسخ ارتفع العقد من الاصل (و) لو اختلفا (بعد قبض بعضها) اى بعد قبض المنفعة (تحالفا وفسخت) الاجارة (فيما بقى) من المدة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فيصير كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه عقدا مبتدأ فصار ما بقى من المدة كالمنفردة بالعقد فيتحالفان فيه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع لان كل جزء منه ليس بمعقود عليه عقدا مبتدأ بل الجملة معقود عليه بعقد واحد فاذا تعذر الفسخ فى البعض بالهلاك تعذر فى الكل ضرورة (وكان القول) فى مقدار الاجرة (للمستاجر فيما مضى) من المدة لانه هو المنكر لزيادة الاجرة (وان اختلفا الزوجان فى متاع البيت) وادعى كل ان المتاع له والنكاح بينهما قائم اوليس بقائم ولا بينة لاحدهما (فلها ما صلح) لها اى القول للمرأة مع يمينها فيما صلح لها كالدرع والخمار والملاءة والمرآة ونحوها لان الظاهر شاهد لها الا اذا كان الرجل صانعا او يبيع ثياب النساء فلا يكون القول لها لتعارض الظاهرين (وله ما صلح له) كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب فالقول فيها قول الزوج مع اليمين الا اذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال (او ما صلح لهما) كالفراش والامتعة والاوانى والرقيق والمنزل والعقار والمواشى والنقود فالقول فيها للزوج لان المرأة وما فى يدها فى يد الزوج فالاموال كلها فى يد الزوج والقول لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لان لها ظاهرا اخر اظهر من اليد وهو الاستعمال فجعلنا القول قولها (وان مات احد هما) اى الزوجين واختلف ورثته مع الاخر فى متاع البيت (فالمشكل) اى ما يصلح للرجال والنساء (للحى) مع يمينه لان اليد للحى لا للميت والجواب فى غير المشكل على ما مر وهذا الذى ذكرنا قول ابى حنيفة رح وعند ابى يوسف يدفع الى المرأة من المشكل ما يجهز به مثلها والباقى للزوج مع يمينه والطلاق والموت سواء وقال محمد رح ما صلح له فله وما صلح لها فلها وما صلح لهما فله او لورثته لقيامهم مقامه وقال مالك والشافعى وزفر رح ان المشكل بينهما وقال ابن ابى ليلى الكل للرجل ولها ثياب بدنها وقال الحسن البصرى الكل لها وله ثياب بدنه

وان وقع فى المنفعة يدى بيمين الموجر لانه منكر لوجوب المنفعة وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه فايهما اقام البينة قبلت ولو اقاماها فبينة الموجر اولى ان كان الاختلاف فى الاجرة وبينة المستأجر اولى ان كان الاختلاف فى المنافع وان كان الاختلاف فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه (وبعد قبضها) اى المنفعة (لا) اى لا يتحالفان لان فائدة التحالف الفسخ والمنافع المستوفات لا يمكن فسخ العقد فيها فكان القول قول المستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه (وبعد قبض بعضها تحالفا وفسخت) الاجارة (فيما بقى والقول للمستأجر فيما مضى) لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة فيصير فى كل جزء من المنفعة كانه ابتدأ العقد عليه بخلاف البيع فانه ينعقد دفعة واحدة فاذا تعذر فى البعض تعذر فى الكل (وان اختلف الزوجان فى متاع البيت فلها) اى للمرأة (ما صلح لها) كدرع والخمار والملحفة لان الظاهر شاهد لها الا ان يكون الرجل ممن يبيع ما يصلح للنساء فلا يكون لها لتعارض الظاهرين (وله) اى للزوج (ما صلح له) كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة لان الظاهر يشهد له (الا ان كانت المرأة ممن تبيع ما يصلح للرجال او ما صلح لهما) كالآنية والفرش والامتعة والرقيق والعقار والمواشى والنقود لان المرأة وما فى يدها فى يد الزوج والقول فى الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه وهو اقوى من اليد ولا فرق بينهما اذا كان الاختلاف فى حال قيام النكاح او بعد الفرقة (وان مات احدهما) واختلف ورثته مع الآخر (فالمشكل) وهو ما يصلح للرجال والنساء (للحى) سواء كان الرجل او المرأة لان اليد له دون الميت وهذا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف للمرأة ما يجهز به مثلها والباقى للزوج مع يمينه ولورثته بعد الموت لان الظاهر ان المرأة تأتى بالجهاز وهو اقوى من ظاهر الزوج والباقى لا معارض لظاهره والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد للرجل اولورثته وقسم زفر من الرجل والمرأة فيما يصلح لهما وحكم فى الباقى مثل ابى حنيفة وعنه المتاع كله بينهما نصفان وهو قول مالك والشافعى لاستوائهما فى الدعوى واليد

وقال ابن ابى ليلى الكل للرجال ولها ثياب بدنها وقال الحسن البصرى الكل لها الاثياب بدنه ولعل وجه نظرهما ان يكون المحل للرجل والمرأة

(وان كان احدهما عبدا) مكاتبا اوماذونا له فى التجارة (فالكل للحر فى الحيوة) اى حياتهما لان يد الحر اقوى فانها يد ملك بخلاف يد العبد (وللحى) منهما (بعد الموت) اى موت احدهما لانه لايد للميت فخلت يد الحى عن المعارض (وسقط دعوى الملك المطلق) اى اندفعت خصومة مدعيه فى العين القائمة (ان برهن ذواليد ان المدعى) بفتح العين (وديعة اوعارية اورهن اوموجر او مغصوب من زيد) وبه قال مالك واحمد والشافعى فى الاظهر وقال ابن شبرمة لايسقط وبه قال الشافعى ايضا لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه وسقوط الدعوى وهو رفع الخصومة بناء عليه ولنا انه يثبت ببينته ان العين وصلت اليه من يد الغائب وان يده ليست يد خصومة فصار كما اقر المدعى بذلك او اثبت ذواليد اقراره به قيدنا بكون العين قائمة فى يد المدعى عليه لانها لو كانت هالكة لايندفع الخصومة بهذه الدعاوى وقيد بالوديعة واخواتها لانه لو برهن على انه مبيع له من الغائب لم يندفع الخصومة لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وتسمى هذه المسئلة بخمسة كتاب الدعوى لان فيها خمس صور دعوى الوديعة والعارية وغيرهما وقيد بدعوى الملك المطلق لانه لوقال غصبه منى وقال ذواليد وادعنيه فلان وبرهن على ذلك لاتندفع الخصومة لان ذاليد هنا خصم باعتبار دعوى الفعل عليه وفيه لايمكنه الخروج عن الدعوى بالاحالة على غيره (وحجة الخارج) اليد (فى الملك المطلق احق) واولى (من حجة ذى اليد) وبه قال احمد وقال مالك والشافعى حجة ذى اليد احق لاعتضادها باليد ولنا ان البينة شرعت للاثبات وبينة الخارج اكثر اثباتا لانه لاملك له على المدعى بوجه وذواليد له ملك عليه باليد فكان بينته اقل اثباتا من بينة الخارج قيد بالمطلق لاستوائهما فى المقيد بالسبب وهذا ان وقتا او لم يوقتا باتفاق (وان وقت احدهما فقط) فعند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابى

(وان كان احدهما عبدا) اى مملوكا سواء كان محجورا اوماذونا (فالكل) اى كل متاع البيت (للحر فى) حال (الحيوة) لان يد الحر اقوى لانها يد ملك ويد المملوك ليست بيد ملك وقال ابو يوسف رح ومحمد الماذون والمكاتب كالحر (و) ان مات احدهما فكل المتاع (للحى) حرا كان اوعبدا (بعد الموت) لانه لايد للميت فبقيت يد الحى بلا معارض هكذا ذكر فى الهداية والجامع الصغير للصدر الشهيد وصدر الاسلام وشمس الائمة الحلوانى والقاضى فخر الدين قاضيخان رحمهم الله تعالى وذكر شمس الائمة السرخسى فى الجامع الصغير ماوقع فى بعض النسخ للحى منهما وهو سهو وفى رواية محمد الزعفرانى رح للحر منهما بالراء

(فصل ولو ادعى رجل عبدا) مثلا فى يد رجل (انه له يسقط دعوى الملك المطلق) ان قال (وبرهن ذواليد على) ان العبد (المدعى مثلا (وديعة) زيد عندى (اوعارية اورهن او موجر اومغصوب من زيد) لانه اثبت بالبينة ان يده ليست يد خصومة وقال ابن ابى شبرمة رح لايخرج من خصومته وان اقام البينة على ماقال وقال ابن ابى ليلى يخرج من خصومته بمجرد قوله بغير بينة وقال ابو يوسف رح ان كان ذواليد رجلا صالحا يندفع الخصومة عنه باقامة البينة وان كان معروفا بالحيل لم يندفع الخصومة عنه باقامة البينة رجع اليه حين ابتلى بالقضاء وعرف احوال الناس فقال المحتال قد ياخذ مال انسان غصبا ثم يدفعه سرا الى من يريد ان يغيب عن البلدة حتى يودعه بشهادة الشهود حتى اذا جاء المالك واراد ان يثبت ملكه يقيم ذواليد البينة على ان فلانا اودعه فيبطل حقه ويندفع خصومة المالك وهذا اذا عرف شهود صاحب اليد المودع باسمه ونسبه ووجهه فاما اذا قال شهود ذى اليد اودعه رجل لانعرفه اصلا فالقاضى لايقبل شهادتهم اصلا ولا تندفع خصومة المدعى عن صاحب اليد بالاجماع وعند محمد ان قال الشهود نعرف المودع بوجهه ولانعرفه باسمه ونسبه لايندفع الخصومة عنه وعند ابى حنيفة رح يندفع الخصومة بالبينة وهذه المسئلة تسمى مخمسة كتاب الدعوى فان لخمسة من العلماء فيها اقوالا كما ذكرنا وهى ايضا خمس مسائل وهى ما اذا قال هذا الشىء لفلان الغائب عندى وديعة اوعارية او اجارة اورهن اوغصب ولو ادعى ذواليد والخارج الملك المطلق وبرهنا كان (حجة الخارج فى الملك المطلق احق من حجة ذى اليد) لان حجته اكثر اثباتا وعند الشافعى رح حجة ذى اليد احق (وان وقت احدهما فقط) دون الاخر وهذا

حنيفة حجة ذى اليد الموقت اولى من حجة الخارج الذى لم يوقت لان من وقت اولى ممن لم يوقت كما فى دعوى الشراء اذا ارخت احدى البينتين ولم تورخ الاخرى (ولو برهن خارجان) على عين فى يد غيرهما كل منهما يزعم انها له ولم يذكرا سبب الملك ولا تأريخه (قضى لهما) بذلك المدعى (نصفين) لعدم اولوية احدهما على الآخر وقال مالك فى رواية والشافعى فى القديم واحمد فى رواية تساقطت البينتان لانها تعارضنا ولا مرجح لاحدهما فصارتا كالدليلين اذا تعارضا من غير ترجيح وعن الشافعى يقرع بينهما لما روى الطبرانى فى معجمه الاوسط من حديث سعيد بن المسيب عن ابى هريرة ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء كل واحد منهما بشهود عدول فى عدة واحدة فساهم بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال اللهم اقض بينهما ورواه عبد الرزاق فى مصنفه مرسلا ولنا ما روى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن ابى الاحوص عن سماك عن تميم بن طرفة ان رجلين ادعيا بعيرا فاقام كل واحد منهما البينة انه له فقضى النبى صلى الله عليه وسلم به بينهما وما اخرجه ابو داود فى سننه واحمد فى مسنده والحاكم فى مستدركه وقال صحيح على شرط الشيخين وقال المنذرى رجال اسناده كلهم ثقات عن همام عن قتادة عن سعيد بن ابى بردة عن ابيه عن جده ابى موسى الاشعرى ان رجلين ادعيا بعيرا على عهد النبى صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسم النبى صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين وحديث القرعة كان فى الابتداء ثم نسخ بين ذلك الطحاوى (ولو برهن خارجان فى نكاح) بان ادعى كل واحد نكاح امرأة واقام عليه بينة (سقطا) ولم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك (وهى) اى المرأة (لمن صدقته) لان النكاح مما يحكم فيه بتصادق الزوجين قيد بالخارجين لان اليد على المرأة بالدخول بها او بنقلها دليل على سبق العقد عليها وهذا اذا لم تؤرخ البينتان (فان ارخا فالسابق) تاريخا (احق) بالمرأة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة (وان اقرت) امرأة بالزوجية (لمن لاحجة له فهى له) لتصادقهما على النكاح وهو يثبت بتصادق الزوجين عليه (فان برهن الآخر) اى الذى لم تقر له (قضى له) لان البينة اقوى من الاقرار (وان برهن احدهما) على امرأة انها زوجته (وقضى له ثم برهن الآخر لم يقض له) لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض

عند ابى يوسف ومحمد وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابى حنيفة رح صاحب الوقت احق ولو ادعى رجلان ملكا مطلقا والمدعى فى يد ثالث ولم يوقتا اووقتا واحدا (وبرهن خارجان) على شئ (قضى به لهما) بنصفين لاستوائهما فى الحجة وعند الشافعى تهاترت البينتان اى سقطتا وان ادعى خارجان (وبرهنا فى نكاح) امرأة (سقطا) ولم يقض بواحدة من البينتين لان العمل تعذر بهما لانه لا يحتمل الشركة بخلاف الملك فان الشركة فيه ممكن (وهى) زوجة (لمن صدقته) لانه يحكم بالنكاح بتصادق الزوجين (وان ارخا) اى المدعيان الزوجة (فالسابق احق) لما فيه من زيادة الاثبات ويلزم من ذلك بطلان نكاح الاخر بها (وان اقرت) المرأة بالزوجية (لمن لاحجة له فهى) زوجة (له) لتصادقهما عليه (فان برهن الاخر) على انها زوجته (قضى له) لان البينة اقوى من الاقرار (وان برهن احدهما) على انها زوجته (وقضى بها له ثم برهن الاخر) على انها امرأته (لم يقض له بها) لان الشئ لا ينقض بما دونه لاتصال القضاء بالاول دون الثانى

بما

(الا اذا اثبت الآخر سبقه) اى سبق النكاح على الاول فح يقضى بها للثانى لظهور الخطأ فى الاوّل دون الثانى وهذا (كما لم يقض بحجة) المدعى (الخارج على) زوج (ذى يد ظهر نكاحه الا اذا اثبت سبقه) اى اذا كانت امرأة فى يد رجل ونكاحه ظاهر وادعى الخارج انها زوجته واقام البينة لم يقض له بشىء الا اذا اثبت ان نكاحه

سابق (وان) ادعى رجلان كل واحد منهما انه اشترى شيئا من صاحب اليد (وبرهنا على شراء) شئ (من ذى اليد فلكل نصفه بنصف الثمن او تركه) اى لكل واحد منهما الخيار ان شاء اخذ نصف ذلك الشىء بنصف الثمن وان شاء تركه وانما خير كل من المشتريين لانه ما رضى بالعقد الا ان يسلم له كل المبيع فاذا لم يسلم اختل رضاه فيخير (ولو ترك احدهما بعد ما قضى) لهما بان قال بعد قضاء القاضى لا اختاره (لم ياخذ) المدعى (الآخر كله) لانه صار مقضيا عليه فى النصف الذى هو نصيب الآخر فانفسخ البيع فيه بخلاف ما لو قال ذلك قبل قضاء القاضى حيث يكون له ان ياخذ كله لانه يدعى الكل (و) ان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضها واقاما البينة كان (الشراء احق من هبة) لان الشراء عقد ضمان يوجب الملك فى العوضين والهبة تبرع (و) كذا لو ادعى احدهما الشراء والآخر الصدقة او الرهن كان الشراء (احق من صدقة ورهن مع قبض و) لو ادعى رجل الشراء من ذى اليد وادعت المرأة ان ذا اليد قد تزوجها عليه كان (الشراء والمهر سواء) فيقضى لكل واحد منهما بالنصف لان كل واحد منهما اثبت الملك بنفسه كما فى دعوى الشراء بين المشتريين فان قيل الشراء مبادلة مال بمال والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال فكان الشراء اولى قلنا النكاح اولى لان الملك فى الصداق يثبت بنفس العقد متاكدا حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف الشراء وقال محمد الشراء اولى (وكذا) لو ادعى احد الخارجين على ذى اليد انك غصبت هذا الشىء منى والآخر ادعى انى اودعت هذا الشىء عندك وبرهنا كان (الغصب والوديعة) سواء فينصف

بما هو مثله فضلا عما هو دونه لاتصال البرهان الاول بالقضاء دون الثانى (الا اذا ثبت سبقه) اى سبق الآخر بان وقت الشهود سابقا لانه ظهر الخطاء فى الاول بيقين (كما لم يقض بحجة الخارج) اليه (على ذى يد ظهر نكاحه) بنقلها الى بيته او بالدخول بها لان ذلك فيه دلالة على سبق عقده عليها (الا اذا اثبت سبقه) اى سبق الخارج لان التصريح فوق الدلالة فلا يعتبر معه (وان برهنا على شراء شىء من ذى يد فلكل نصفه بنصف) اى بنصف الثمن (او تركه) اى ترك النصف واخذ كل الثمن لاستوائهما فى السبب وتعذر القضاء بكله لكل واحد منهما وبه قال مالك فى رواية والشافعى فى قول وقال فى قول آخر يقرع وبه قال احمد فى رواية وعن الشافعى ايضا تسقط البينتان ويرجع الى البائع فان صدق احدهما سلم ذلك الشئ له (ولو ترك احدهما) البيع واختار الفسخ (بعد ما قضى له) باخذ نصفه او تركه (لم ياخذ الآخر كله) لان القاضى لما قضى بالمبيع بينهما تضمن قضاؤه فسخ العقد فى حق كل واحد منهما فى النصف فلا يعود اليه الا بتجديد العقد قيد ببعد القضاء لانه لو ترك قبل القضاء يأخذ الجميع لان بينته اثبتت انه اشترى الكل وانما لم يرجع الى النصف لضرورة القضاء ولم يوجد (والشراء احق من هبة) مع قبض (و) من (صدقة) مع قبض (و) من (رهن مع قبض) يعنى اذا ادعى واحد شراء من شخص وآخر هبة وقبضا او صدقة وقبضا او رهنا وقبضا من ذلك الشخص واقام كل منهما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لكونه معاوضة من الجانبين يثبت به الملك فى المعوض والعوض والبينات ترجح بكثرة الاثبات (والشراء والمهر سواء) يعنى اذا ادعى واحد شراء شىء من آخر وادعت امرأة انه تزوجها عليه فليس احدهما احق به من الآخر ويقضى به بينهما وهذا عند ابى يوسف وقال محمد الشراء اولى وعلى الزوج قيمة ذلك الشىء (وكذا الغصب والوديعة) سواء حتى لو كان عين فى يد رجل فاقام رجلان عليه البينة احدهما بالغصب والآخر بالوديعة يقضى بها بينهما نصفين لان الوديعة تصير غصبا بالجحود (ولا يرجح بكثرة الشهود) فلو اقام احد المدعيين اربعة والآخر اثنين فهما سواء لان

الشىء بينهما لاستوائهما فان المودع اذا جحد الوديعة صار غاصبا واعلم ان الرجلين اذا ادعيا عينا وبرهنا فلا يخلو اما ان يدعيا ملكا مطلقا وارثا او شراء وفى كل قسم ثلثة اقسام لانه اما ان يكون المدعى فى يد ثالث او فى يد احدهما او فى يدهما وكل وجه على اربعة اقسام لانه اما ان لم يؤرخا او ارخا تاريخا واحدا او ارخا وتاريخ احدهما اربق الارخ احدهما دون الآخر وجملة ذلك ستة وثلثون فصلا (ولا يرجح بكثرة الشهود) وزيادة عددها حتى لو اقام المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء فان الترجيح عندنا لا يقع بكثرة العلل بل بقوة العلة وعند الاوزاعى

رح يقضى لاكثرها عددا ولا يرجح ايضا بزيادة العدالة وعند مالك رح يقضى باعدل البينتين (ولو ادعى احد الخارجين نصف دار) فى يد رجل (و) الخارج (الآخر) ادعى انها (كلها) له وبرهنا على ذلك فعند ابى حنيفة رح يقسم الدار بين المدعيين ارباعا بطريق المنازعة (فالربع للاول) اى لمدعى النصف (والباقى للثانى) اى لمدعى الكل فابو حنيفة رح اعتبر فى هذه المسئلة طريق المنازعة وهو ان نصف الدار سالم لمدعى الكل بلا منازعة فيه واستوت منازعتهما فى النصف الآخر فينصف بينهما فجعل الدار على اربعة اسهم

لحاجتنا الى الربع واقل مخارجه اربعة فلمدعى الكل ثلثة ارباع ولمدعى النصف ربع (وقالا رح) يقسم الدار بينهما اثلاثا (الثلث) للاول (والباقى للثانى) فهما اعتبرا طريق العول والمضاربة اما العول فلان فى مسئلة كلا ونصفا فالمسئلة من اثنين وتعول الى ثلثة فلمدعى الكل سهمان ولمدعى النصف سهم واما المضاربة فلان كل واحد منهما يضرب اى ياخذ بقدر حقه فلمدعى الكل سهمان اى الثلثان من الثلثة ولمدعى النصف الثلث لان الدار جعلت سهمين لحاجتنا الى النصف بواسطة دعوى الصنف ففى المسئلة سهمان وسهم اى ثلثان وثلث فيضرب صاحب الكل حقه وهو ثلثان فى الدار فحصل له سهمان ويضرب صاحب النصف حقه وهو ثلث فيها فحصل له فيها سهم فان معنى ضرب الكسور فى عدد اضافة الكسر اليه فضرب الثلثين فى الدار التى جعلت ثلثة اسهم اضافة الثلثين اليها اى الثلثين من الثلثة وضرب الثلث فيها اضافته اليها (وان كانت) الدار (معهما) اى فى يد المدعيين الذين يدعى احدهما النصف والآخر الكل وبرهنا (فهى) اى الدار كلها (للثانى) اى لمدعى الكل (نصفه بالقضاء ونصفه لابه) اى لابالقضاء لان الدار اذا كانت فى ايديهما يكون النصف فى يد كل واحد منهما فالنصف الذى يدعى الكل لايدعيه احد فيترك فى يده والنصف الذى فى يد مدعى النصف يدعيه كل واحد منهما فمدعى الكل خارج وبينة الخارج اولى (ولو برهن الخارجان) بعدما تنازعا (على نتاج دابة) اى على انها نتجت عندهما (وارخا) اى ذكرا تاريخين وسن الدابة يوافق احد التاريخين (قضى لمن وافق تاريخه سنها) لان الحال يشهد له فيرجح (وان اشكل) السن (فلهما) اى تكون الدابة بينهما نصفان وصار كانهما لم يذكرا تاريخا اما اذا خالفا سنها من التاريخين بطل البينتان ويترك الدابة مع ذى اليد لظهور كذب الفريقين

كل واحد من البينتين لايوجب الا الظن وبه قال احمد والشافعى فى الجديد ومالك فى المشهور وقال الاوزاعى يرجح وهو قول الشافعى فى القديم ومالك فى رواية لان القلب اليهم اميل وعن مالك ايضا يرجح بزيادة العدالة

(ولو ادعى احد خارجين نصف دار والآخر كلها فالربع للاول) عند ابى حنيفة (وقالا الثلث) للاول (والباقى للثانى) على القولين لهما ان مدعى الكل يدعى النصفين والآخر يدعى النصف الواحد وليس لشىء واحد ثلاثة انصاف فيقسم بينهما اثلاثا على قدر حقهما وهذا طريق العول ولابى حنيفة ان مدعى الكل لاينازعه احد فى النصف فيسلم له نصف من غير منازعة ثم استوت منازعتهما فى النصف الآخر فيكون بينهما وهذا طريق المنازعة (وان كانت) الدار (معهما) اى فى يديهما (فهى) كلها (للثانى) وهو مدعى الكل (نصف بالقضاء ونصف لابه) وهو رواية عن احمد وقال مالك والشافعى واحمد فى رواية تبقى الدار فى يدهما كما كانت لترجح بينة صاحب اليد باليد (ولو برهن خارجان على نتاج دابة) تنازعاها بان اقام كل منهما بينة على انها نتجت عنده (وارخا قضى لمن وافق تاريخه سنها) لان الحال شهدت له ولافرق بين ان تكون الدابة فى يدهما اوفى يد احدهما اوفى يد ثالث لان الحال لاتختلف فى ذلك قيد بالتاريخ لان النزاع لو كان فى النتاج من غير تاريخ لكانت الدابة لذى اليد ان كانت فى يد احدهما ولهما ان كانت فى يدهما اوفى يد ثالث (وان اشكل) موافقة سن الدابة للتاريخين بان لم يتبين موافقته ولامخالفته (فلهما) اى فالدابة لهما لان احدهما ليس اولى بها من الآخر وهذا اذا كانت فى ايديهما اوكانا خارجين بان كانت فى يد ثالث وان كانت فى يد احدهما قضى بها له لانه لما اشكل الامر سقط التاريخان فصار كانهما لم يؤرخا ولو خالف سن الدابة التأريخين بطلت البينتان لانه ظهر كذب الفريقين فتترك فى يد من كانت فى يده هكذا ذكر الحاكم وبعض المشايخ والاصح انهما لاتبطلان بل

يقضى بها بينهما ان كانا خارجين اوكانت فى ايديهما وان كانت فى يد احدهما
قضى بها لذى اليد هكذا ذكر محمد وهو استحسان ويؤيده رواية جابر بن
عبد الله ان رجلين تداعيا دابة فاقام كل واحد البينة انها دابته نتجتها فقضى
رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى هى فى يده (وذواليد) هو (المستعمل
كمن لبن) بتشديد الموحدة اى ضرب اللبن حتى لو ادعى رجل ان ارضا
فى يده وادعى الآخر فيها ذلك ولم يبرهن واحد منهما ولكن عمل فيها
احدهما بان بنى اوضرب لبنا اوحفر بئرا قضى له لان التمكن من الاستعمال
دليل اليد فى ظاهر الاحوال قيدنا بانه لم يبرهن واحد منهما لانهما لو برهنا
قضى بها لهما ولو برهن احدهما قضى له لان اليد حق مقصود فلا يثبت
عند القاضى بمجرد الدعوى بل لابد من البينة او الاستعمال لان التمكن
منه دليل اليد (واللابس) بالرفع عطف على المستعمل (لا آخذ الكم والراكب
لا آخذ اللجام ومن فى السرج لاردیفه وذوالحمل لامن علق) عليه (كوزه)
فلو تنازعا فى قميص واحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه اوفى دابة واحدهما
راكبها والآخر متعلق بلجامها او احدهما راكب فى سرجها والآخر رديف
له اوفى بعير واحدهما له حمل عليه والآخر علق عليه كوزه كان القميص
للابس والدابة للراكب (ومن اتصل الحايط ببنائه) عطف على المستعمل
(اتصال تربيع) لااتصال ملازقة بان يتداخل لبن البناء المتنازع فيه فى لبن
جداره ولبن جداره فى لبن البناء المتنازع فيه (اووضع) عطف على اتصل
(عليه) اى على الحايط (الجذع) لان اتصال التربيع لايكون الاعند البناء
فدل على ان بانيهما واحد وصاحب الجذع صاحب استعمال فصارا كمتنازعين
فى دابة لاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق وقال الشافعى واحمد
لاترجيح بوضع الجذع لان الوضع يحتمل ان يكون عن ملك وان يكون عن استعارة
اوغصب ولا ترجيح بالمحتمل ولنا ان واضع الجذع مستعمل للحايط بالوضع والاستعمال
يد وعند التعارض القول لصاحب اليد (ولا اعتبار لوضع خشبات عليه) اى
على الحايط حتى لوتنازعا فى حايط ليس لاحدهما عليه شئ وللآخر عليه خشبات
كان بينهما لان تلك الخشبات للاستظلال فصاركما لوكان لاحدهما على الحايط
ثوب مبسوط ولاشئ عليه للآخر (وجالس البساط) وقع مثل هذه العبارة فى
الوقاية وكان النساخ حذفوا منها حرف على اى وجالس على البساط (والمتعلق
به) اى بالبساط (سواء) اى مستويان فى اليد فهو بينهما نصفان (وكذا من

(وذواليد) مبتدأ (المستعمل) خبره (كمن
لبس) فان تنازعا فى قميص مثلا واحدهما
لابسه دون الآخر فذواليد اللابس وكذا
اذا كان الآخر آخذكم القميص مثلا
واحدهما لابسه دون الآخر (فذواليد
اللابس لاآخذ الكم) لان تصرف اللابس
اظهر (و) كذا لو كان احدهما راكبا فان
(الراكب) هو ذواليد (لارديفه و) كذا لو
تنازعا فى بعير وعليه حمل لاحدهما كان
(ذوالحمل) هو ذواليد (لامن علق كوزه)
عليه (و) كذا لو تنازعا فى حائط فذوا اليد
(من اتصل الحائط ببنائه اتصال تربيع)
هو اتصال جدار بجدار يتداخل لبنات
هذا الجدار فى لبنات ذلك وانما سمى
اتصال تربيع لانهما يبنيان ليحيطان
مع جدارين آخرين بمكان مربع
(اووضع عليه) اى على الحائط (الجذع)
فهو ذواليد (ولا اعتبار لوضع الخشبات
عليه) حتى لو تنازعا فى حائط ولاحدهما
عليه خشبات وليس للآخر شئ فهو بينهما
ولا يختص به صاحب الخشبات (و) لو تنازعا
فى البساط واحدهما جالس عليه والآخر
متعلق به فهو بحيث يكون (جالس
البساط والمتعلق به سواء) لان الجلوس
ليس بيد عليه حتى لا يصير غاصبا لبساط
الغير بمجرد الجلوس عليه (وكذا) اى سواء

معه ثوب وطرفه مع آخر) سواء فى اليد حتى لو تنازعا يكون بينهما نصفين لان يد كل واحد منهما ثابتة فى الثوب الا ان يد احدهما ثابتة فى الاكثر وذلك لايوجب الترجيح لانه بالقوة لابالكثرة فصار كما لو تنازعا فى دابة ولهما عليها حمل على التفاوت لاحدهما من ٍ وللآخر مافة منّ فان الدابة بينهما نصفين (وذو بيت من دار كذى بيوت) منها (فى حق ساحتها) وهى عرصة فى الدار وبير يديها فلو تنازعا فى الساحة كانت نصفين نصف لذى البيوت ونصف لذى البيت لا ستوائهما فى استعمال تلك الساحة بالمرور فيها ووضع الامتعة وصب الوضوء وكسر الحطب فصار نظير الطريق يستوى فيه صاحب الدار والمنزل والبيت بخلاف ما لو تنازعا فى الشرب حيث يقسم بينهما على قدر اراضيهما لانه يحتاج اليه لاجل سقى الارض فيقدر بقدرها

فصل

اى فى دعوى النسب كما فى نسخة (مبيعة ولدت لاقل من نصف حول منذ بيعت فادعى البائع الولد ثبت نسبه منه) استحسانا وان ادعاه المشترى معه (و) ثبت (امتيتها) اى كون المبيعة ام ولد له (ويفسخ البيع) والقياس وهو قول زفر والشافعى ان لايثبت نسبه ولايصح دعوته الاان يصدقه المشترى لان البائع اعترف بالبيع بان الولد عبد فكان فى دعواه مناقضا وساعيا فى نقض ما تم من جهته وهو البيع وصار كما لو ادعى التدبير او الاعتاق قبل البيع وكذبه المشترى ووجه الاستحسان ان مبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض فتقبل دعوته اذا تيقن بالعلوق فى ملكه وذلك بالولادة لاقل من ستة اشهر لانه بمنزلة اقامة البينة بخلاف دعوى الاعتاق والتدبير بعد البيع فانه فعل نفسه فلايخفى عليه فلايعفى فيه التناقض واذا صحت دعوة البائع استندت الى وقت العلوق وتبين انه باع ام ولده وهو باطل فيرد الثمن لانه قبضه بغير حق (ولو ادعاه) اى ادعى البائع الولد (بعد عتقها) اى عتق المشترى امته (ثبت نسبه) لان الولد هو الاصل فى النسب والام تبع له الاترى انها تضاف اليه فيقال ام ولد وتستفيد الحرية من جهته والمانع من ثبوت النسب وهو هنا العتق لم يقم به بل بامه فلذا لم يمتنع النسب فيه وامتنع فى امه فصار كولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها وفى النهاية ان ولد المغرور هو ولد الذى تزوج امرأة على انها حرة فبانت مملوكة

(من معه ثوب وطرفه مع آخر) اى اذا كان الثوب فى يد رجل وطرف منه فى يد آخر وتنازعا فيه فهو بينهما نصفان لان كل واحد منهما يثبت يده على هذا الثوب الا ان يد احدهما يثبت فى اكثره ويد الآخر فى اقله والزيادة ليس من جنس الحجة فلا يوجب ترجيحا كما لو اقام احد المدعيين شاهدين واقام الآخر اربعا (وذو بيت من دار كذى بيوت منها فى حق ساحتها) فالساحة بينهما نصفين لانهما سواء فى استعمال الساحة بالمرور ولعل مرور صاحب القليل اكثر بان كان ولاجا وخراجا

فصل

فى دعوى النسب جارية (مبيعة ولدت لاقل من نصف حول منذ بيعت فادعى البائع الولد يثبت نسبه) اى نسب الولد (منه) اى من البائع ويثبت (امومتها) للولد (ويفسخ البيع ويرد الثمن) استحسانا والقياس ان يبطل دعواه ولا يثبت النسب من البائع اذا لم يصدقه المشترى وبه اخذ زفر رح والشافعى لان البائع متناقض فى كلامه فان البيع اعتراف منه بانها امة فبالدعوة يصير متناقضا ولنا ان العلوق امر خفى فيعفى فيه التناقض وكون العلوق فى يد البائع دليل على انه منه اذ الظاهر عدم الزنا منها واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فيظهر انه باع ام ولده (ولو ادعاه) اى البائع الولد (بعد عتقها) اى بعد عتق المشترى الام وقد جاءت به لاقل من نصف حول (يثبت نسبه) اى نسب الولد من البائع

(ويرد

(ويرد حصته من الثمن) اى يرد البائع حصة الولد من الثمن فانه يقسم الثمن على قيمة الام وقيمة الولد فما اصاب الولد يرده البائع الى المشترى وما اصاب الام لايرده فان قيل ينبغى ان لا يصح اعتاق المشترى ويجب عليه رد كل الثمن فانه لما ثبت نسب الولد ظهر ان الامة ام ولد البائع فلا يصح البيع وحينئذ يبطل الاعتاق ويجب عليه رد كل الثمن قلنا لما اعتق المشترى الام فقد حل بالام ما يمنع صحة الدعوة بالنسبة اليها لان العتق بعد ثبوته لايحتمل البطلان وليس من ضرورة ثبوت نسب الولد وحريته صيرورة الام ام ولده كولد المغرور فانه حر الاصل ثابت النسب من المستولد وامه ليست ام ولده بل هى امة لمولاها وكما فى المستولدة بالنكاح يثبت النسب ولا يصير الامة ام ولده (ولايعتبر دعوة المشترى مع دعوة البائع ولا بعدها) وعند ابراهيم النخعى دعوة المشترى اولى اما لو ادعاه المشترى اولا قبل دعوة البائع يعتبر دعوة المشترى ولا يعتبر دعوة البائع ويثبت النسب

من المشترى ويحمل على ان المشترى منه نكحها واستولدها ثم اشتراها وان مات الولد فادعاه البائع وقد ولدت لاقل من نصف حول (لايعتبر دعوه البائع بعد موت الولد) ولم يثبت نسبه لاستغنائه ولم تصر الامة ام ولده لان الاستيلاد فرع النسب فاذا لم يثبت النسب لم يثبت الاستيلاد واما ان مات الام والولد حى فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من نصف حول يعتبر دعوة البائع ويثبت النسب لان الولد اصل فى ثبوت النسب قال عليه الصلوة والسلام اعتقها ولدها (و) اذا صحت الدعوة بعد موت الام فعند ابى حنيفة رح يرد كل الثمن وعندهما رح يرد حصة الولد لاحصة الام (اوعتقه) اى لو اعتق المشترى الولد لايعتبر دعوة البائع ايضا لافى حق الولد ولافى حق الام لان الولد هو المقصود فى ثبوت النسب والام تبع فاذا اعتق المشترى الولد فقد حل بالولد مايمنع صحة الدعوة وهو الحرية فلم يصح الدعوة فى حق الولد فلا يصح فى حق الام ايضا لانها تبع له ثم للبائع حق استحقاق النسب لكن الثابت للمشترى حقيقة الاعتاق فسقط الحق لضعفه بمقابلة الحقيقة لقوتها (وكذا) لايعتبر دعوة البائع لو ولدت (لاكثر من نصف حول واقل من سنتين) لانه احتمل ان العلوق لم يكن فى ملكه فلم يوجد الحجة (الا اذا صدقه المشترى) وح يثبت النسب العلوق فى ملكه (و) لو ولدت (لسنتين)

(ويرد حصته من الثمن) بان يقسم الثمن على قيمة الولد وقيمة امه فما اصاب الولد يرده البائع الى المشترى وما اصاب الام لايرده ولاتصير الجارية ام ولد للبائع لانه ثبت فيهاما لايحتمل الابطال وهو العتق والولاء وكذا الحكم فيما اذا دبرها لماظهر فيها من آثار الحرية وهو امتناع التمليك (ولا يعتبر دعوة المشترى) بكسر الدال (ولا) دعوة (البائع بعد موت الولد او عتقه) لانه بالموت قد استغنى عن النسب فتعذر اثباته فيه وبالاعتاق ثبت الولاء فيه وهو كالنسب لايمكن ابطاله كما لايمكن ابطال النسب (وكذا) لايعتبر دعوة البائع (لو ولدت لاكثر من نصف الحول اواقل من سنتين) من وقت البيع فلا يثبت النسب لاحتمال ان يكون العلوق بعد البيع (الااذا صدقه المشترى) فيثبت النسب من البائع للتصادق ويبطل البيع ويكون الولد حرا والام ام ولد (ولسنتين اواكثر) يثبت النسب (وهى ام ولده نكاحا ان صدقه المشترى) حملا لحاله على الصلاح وقول المشترى على الصدق ولايبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن فى ملك البائع واذا لم يكن العلوق فى ملك البائع كانت دعوته دعوة تحرير وهو غير مالك وغير المالك ليس باهل للتحرير فلاتصح دعوة التحرير منه فلم يعتق الولد ولم تصر امه ام ولد فيبقى بتصديق المشترى لانه لو لم يصدقه لم تصح الدعوة للبائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقينا ولو اخبرت امرأة بموت زوجها فاعتدت وتزوجت وجاءت بولد ثم جاء الزوج الاول فالولد للاول فى رواية عن ابى حنيفة سواء جاءت به لاقل من ستة اشهر منذ تزوجها الثانى اولاكثر من ذلك الى سنتين اواكثر لانه صاحب الفراش الصحيح فان خبر موته لايفسد فراشه والزوج الثانى صاحب فراش فاسد ولامعارضة

ويبطل البيع ويكون الولد حرا والام ام ولد للبائع لانهما تصادقا ويحتمل ان من وقت البيع (او اكثرهما) ردت دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه لكن تكون هى (ام ولده نكاحا ان صدقه المشترى) فيثبت النسب منه ويحمل على ان البائع استولدها بحكم النكاح حملا لامره على الصلاح ولا يبطل البيع ويبقى الولد عبدا للمشترى ولاتصير الامة ام ولد للبائع كما لو ادعاه اجنبى اخر لان بتصادقهما ان الولد من البائع لايثبت كون العلوق فى ملكه لان البائع لايدعى ذلك وكيف يدعى ذلك والولد لايبقى فى البطن اكثر من سنتين فكان حادثا بعد زوال ملك البائع فلا يثبت حقيقة العتق المولد ولا حقيقة العتق للامة ولا يظهر بطلان البيع

بين الصحيح والفاسد بل الفاسد مدفوع بالصحيح والمرأة مردودة الى الزوج الاول والولد ثابت النسب منه وعن عبد الكريم الجرجانى عن ابى حنيفة ان الولد للثانى وهو قول ابن ابى ليلى لان الفراش الفاسد يثبت النسب كالفراش الصحيح ثم الثانى اقرب اليها يدا والولد مخلوق من مائه حقيقة فيترجح جانبه بالقرب واعتبار الحقيقة وفيه حديث الشعبى ذكره محمد فى الكتاب وهو ان رجلا من جعفى زوج ابنته عن عبيد الله بن الحرب ثم مات ولحق عبيد الله بمعاوية فزوج الجارية اخوتها فجاء ابن الحرب فخاصم زوجها الى على فقال ما انك المحال علينا عدونا فقال يمنعنى ذلك من عدلك قال لا كذبا فقضى بالمرأة له وقضى بالولد للزوج الآخر الا ان ابا حنيفة قال الحديث غير مشهور فلا يترك به القياس الظاهر ولو ثبت وجب القول به وقال ابو يوسف الولد للاول ان جاءت به لاقل من نصف سنة من حين العقد الثانى وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا منذ تزوجها الثانى فهو من الثانى سواء ادعياه او نفياه لان النكاح الفاسد يلحق بالصحيح فى حكم النسب فباعتراض الثانى على الاول ينقطع الاول فى حكم النسب ويكون للثانى والتقدير بادنى مدة الحمل اعتبارا للفاسد بالصحيح وانما قلنا ان الاول ينقطع بالثانى لانها بدخول الثانى بها تحرم على الاول وتلزمها العدة من الثانى ووجوب العدة ليس الا لصيانة الماء فى الرحم فلو لم يكن النسب بحيث يثبت من الثانى لم يكن لوجوب العدة عليها من الثانى معنى وقال محمد هو للاول ان جاءت به لاقل من سنتين منذ دخل بها الثانى وللثانى ان جاءت به لاكثر من سنتين منذ دخل بها لان وجوب العدة عليها من الثانى بالدخول لا بالنكاح والحرمة انما تثبت على الاول بوجوب العقد من الثانى فكانت حرمتها عليها بهذا السبب كحرمتها عليها بالطلاق والتقدير بادنى مدة الحمل عند قيام الحمل ولا حد بينهما فالعبرة للامكان فاذا جاءت به لاقل من سنتين منذ دخل بها الثانى يتوهم ان يكون هنا علوق كان قبل دخول الثانى بها فى حال حلها للاول فكان النسب من الاول واذا جاءت لاكثر من سنتين منذ دخل بها الثانى علم ان العلوق لم يكن قبل دخوله فكان النسب من الثانى وكذا الخلاف لو ادعت الطلاق واعتدت فتزوجت والزوج الاول جاحد اذ كلاهما فى المعنى سواء والله تعالى اعلم بالصواب *

كتاب الصلح

(هو) لغة اسم للمصالحة بمعنى المسالمة واصله من الصلاح وهو استقامة الحال ضد الفساد وشرعا (عقد يرفع النزاع) اى المنازعة بين الخصمين (وصح) الصلح (باقرار) اى مع اقرار (و) مع (سكوت) بان لايقر ولاينكر (و) مع (انكار) وبه قال مالك واحمد وقال الشافعى لايصح الامع الاقرار لان المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة وذلك مع غير الاقرار رشوة ولما روى ابو داود فى سننه وابن حبان فى صحيحه من حديث ابى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلح جائز بين المسلمين الاصلحا احل حراما اوحرم حلالا ورواه الترمذى من حديث كثير بن عبدالله بن عمرو بن عوف المزنى عن ابيه عن جده ووجه الدلالة ان الصلح مع انكار اوسكوت احل حراما وحرم حلالالان المدعى ان كان محقا كان اخذه المدعى به حلالا قبل الصلح وحراما عليه بعده وان كان مبطلا كان اخذ المال على الدعوى الباطلة حراما عليه قبل الصلح حلالا بعده ولنا اطلاق قوله تعالى (والصلح خير) واطلاق اولا الحديث السابق واما آخره فمعناه احل حراما لعينه كالصلح على خمر اوحرم حلالا لعينه كصلح المرأة زوجها على ان لايطا ضرتها وهذا اولى فى معناه لان الصلح مع الاقرار فى العادة يقع على بعض الحق فمازاد على الماخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعى اخذه قبل الصلح وقد حرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه قبل الصلح وقد حل بالصلح ولان الصلح عن انكار اوسكوت صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعى ياخذه عوضا عن حقه فى زعمه وهو مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهو ايضا مشروع لان المال خلق لصيانة الانفس عن المهالك والمفاسد ودفع الضرر امر جائز نقل ابو الليث عن ابى يوسف جواز المصالحة وفى نسخة المصانعة وهى الرشوة للاوصياء فى اموال اليتامى وبه يفتى واليه الاشارة بقوله تعالى (اما السفينة فكانت لمساكين يعملون فى البحر فاردت ان اعيبها) حيث اجاز التعييب مخافة اخذ المتغلب كذا فى احكام الصغار وفى المحيط لو رشى لدفع خوفه على نفسه او ماله او خوفا على نسائه او اعطى مالا لشاعر لاباس به يعنى صيانة لعرضه (فالاول) وهو الصلح مع الاقرار (كبيع ان وقع عن مال بمال) لوجود معنى البيع فيه وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى (ففيه) ان كان عقارا (الشفعة و) فيه (الخيارات) الثلثة وهى خيار العيب وخيار الشرط وخيار

كتاب الصلح

(هو) فى اللغة اسم بمعنى المصالحة وهو خلاف المخاصمة واصله من الصلاح وهو استقامة الحال وفى الشريعة (عقد يرفع النزاع) وركنه الايجاب والقبول وشرطه ان يكون البدل اى المصالح عليه مالا معلوما ان احتيج الى قبضه والا لايشترط معلوميته فان من ادعى حقا فى دار وادعى المدعى عليه قبله حقا فى حانوته فتصالحا ان يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صح وان لم يبين كل واحد منهما مقدار حقه لان جهالة الساقط لايفضى الى المنازعة (وصح) الصلح (باقرار) اى مع اقرار المدعى عليه (وسكوت) المدعى عليه (وانكار) المدعى عليه وقال الشافعى لايصح الصلح مع انكار وسكوت (فالاول) اى الصلح مع الاقرار (كبيع) اى بمنزلة البيع (ان وقع) الصلح (عن مال بمال) لوجود معنى البيع فيه وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى (ففيه) اى فى هذا الصلح يجرى (الشفعة) اذا كان المدعى او بدل الصلح عقارا (و) يجرى فيه (الخيارات) اى خيار الرؤية والعيب والشرط فلو صالح عن دار او على دار فللشفيع الشفعة ويثبت الرد بالخيارات الثلاث لكل واحد من المدعى والمدعى عليه فى بدل الصلح والمصالح عنه

الرؤية لان هذه الاشياء من احكام البيع (ويفسده جهالة البدل) وهوما وقع عليه الصلح لان البيع يفسد بالجهالة المفضية الى المنازعة قيد بالبدل لان جهالته هى المفضية الى المنازعة فى الصلح لان المصالح عنه لايحتاج فى الصلح الى تسليمه فلاتضره الجهالة بخلاف المصالح عليه ولهذا لو كان البدل غير مقدور التسليم يفسد الصلح ولو كان المصالح عنه كذلك لايفسد لانه لايحتاج الى تسليمه وكذا يفسد البدل بجهالة الاجل اذا جعل مؤجلا (وما استحق من المدعى) اى المصالح عنه (رد المدعى حصته من العوض) اى البدل ان كلا فكلا وان بعضا فبعضا (وما استحق من البدل رجع) المدعى على المدعى عليه (بحصته من المدعى) ان كلا فبالكل وان بعضا فبالبعض لان كل واحد منهما عوض من الآخر وهذا حكم المعاوضة (وكاجارة) عطف على كبيع اى والصلح عن اقرار كاجارة (ان وقع عن مال بمنفعة) لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنفعة بمال والاعتبار فى العقود للمعانى والاصل فى الصلح ان يحمل على اشبه العقود له فيجرى فيه احكامه (فيشترط التوقيت فيه) اى فى الصلح الواقع عن مال بمنفعة وهذا اذا كانت المنفعة تعلم بالتوقيت كالخدمة وسكنى الدار قيدنا به لانه لوكانت لاتعلم به كما لو صالح عن مال على نقل هذا الشئ من ههنا الى ثمة لايشترط التوقيت (ويبطل) الصلح (بموت احدهما فى المدة) وبهلاك المنفعة قبل الاستيفاء حتى لو صالح عن دعوى دار على سكنى دار او خدمة عبد سنة اوركوب الدابة الى بغداد اولبس هذا الثوب شهرا ثم مات المدعى او المدعى عليه او هلك محل المنفعة فان كان قبل استيفاء شئ من المنفعة بطل الصلح فيعود الى الدعوى وان كان بعد استيفاء بعضها بطل بقدر ما بقى ورجعت دعواه بقدره وهذا قول محمد وهو القياس لان هذا الصلح اجارة وهى تبطل بواحد من هذه الاشياء وقال ابو يوسف ان مات المدعى عليه لايبطل الصلح ويستوفى المدعى المنفعة وان مات المدعى فكذلك فى خدمة العبد وسكنى الدار ويقوم الوارث مقامه ويبطل فى ركوب الدابة ولبس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة وفى ابطال الصلح بموت احدهما اثارتها بينهما والناس متفاوتون فى الركوب واللبس فلا يقوم الوارث فيه مقام المورث للضرر الذى يلحق المالك (والآخران) وهما الصلح مع انكار اوسكوت (معاوضة فى حق المدعى) لانه ياخذ بدل الصلح على انه عوض فى زعمه (وفداء يمين وقطع نزاع فى حق الآخر) وهذا فى الانكار ظاهر لان

(ويفسده) اى الصلح (جهالة البدل) مثل ان يكون البدل عبدا او دابة لان جهالة البدل مفضية الى المنازعة (وما استحق من المدعى) رجع المدعى عليه على المدعى و(يرد المدعى حصته) اى حصة ما استحق (من العوض وما استحق من البدل) اى المصالح عليه (رجع) المدعى على المدعى عليه (بحصته من المدعى) ولو استحق الكل رجع بالكل لانه مبادلة كالبيع وحكم الاستحقاق فى البيع هذا (و) الصلح مع اقرار (كاجارة ان وقع عن مال بمنفعة) لوجود معناها وهو تمليك المنفعة بعوض كما اذا ادعى دارا على رجل ثم صالح عنها على سكنى داراوخدمة عبده سنة وح يعتبر فيه ما يعتبر فى الاجارة (فشرط التوقيت فيه) اذا كان البدل منفعة يعرف بالتوقيت كسكنى الدار والخدمة بخلاف ما اذاوقع الصلح عن المال على نقل هذا الشئ من هذا الى بغداد فانه لايشترط فيه التوقيت (ويبطل) الصلح (بموت احدهما) اى المدعى والمدعى عليه (فى المدة) كما يبطل الاجارة وعندابى يوسف ليس هذا الصلح كالاجارة من كل وجه حتى لو ادعى دارا ثم صالح عنها على سكنى داراوخدمة عبد اوركوب هذه الدابة الى بغداد اولبس هذا الثوب شهرا ثم مات المدعى او المدعى عليه اوهلك محل المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح قياسا وهو قول محمد وقال ابو يوسف ان مات المدعى عليه لايبطل الصلح والمدعى يستوفيه وان مات المدعى فكذلك فى خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقام المورث فيهما ويبطل فى ركوب الدابة ولبس الثوب (والآخران) اى الصلح مع السكوت والصلح مع الانكار (معاوضة) بمعنى البيع والاجارة (فى حق المدعى) لان الاعتبار فى العقود للمعانى وفى زعم المدعى انه اخذ عوضا عن حقه (وفداء يمين وقطع نزاع فى حق الآخر) اى المدعى عليه لان فى زعمه ان لاحق عليه

بالانكار تبين ان ما يعطيه لقطع الخصومة وفداء اليمين وكذا فى السكوت لانه يحتمل الاقرار والانكار وعلى تقدير الاقرار يكون عوضا وعلى تقدير الانكار لا يكون فلا يثبت كونه عوضا بالشك ويجوز ان يختلف حكم العقد وغيره فى شخصين كما فى الاقالة فانها فسخ فى حق المتعاقدين بيع فى حق ثالث وكالخلع فانه معاوضة من جانب المرأة يمين من جانب الزوج وكالنكاح فانه حل فى حق المتناكحين تحريم مؤبد فى حق اصولهما وكالجهة الواحدة فى تحرى القوم عند اشتباه القبلة فانها قبلة فى حق من وقع تحريه عليها دون الآخر (فلا شفعة فى صلح عن دار) مع سكوت او انكار لانه يعتقد انها داره باقية على ملكه فان ما يدفعه الى المدعى ليس بعوض عنها وانما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة (بل) الشفعة (فى الصلح على دار) لان المدعى ياخذها عوضا عن المال فكانت معاوضة فى حقه وان كان المدعى عليه يكذبه فصار كما لو قال اشتريت هذه الدار من فلان وفلان ينكر حيث ياخذها الشفيع بالشفعة (وما استحق) فى الصلح مع سكوت وفى الصلح مع انكار (من المدعى) وهو بفتح العين ومن بيان لما (فكما مر) فى الصلح مع اقرار من ان المدعى يرد حصته من العوض لان المدعى عليه لم يدفع العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق فى الجميع تبين ان لا خصومة للمدعى فبقى العوض فى يده غير مشتمل على غرضه فيسترده واذا ظهر فى بعضه تبين ان لا خصومة له فى ذلك البعض فخلا العوض فيه عن الغرض الذى هو العوض (وما استحق من العوض رجع) المدعى (الى الدعوى) فى الكل ان استحق الكل وفى قدر المستحق ان استحق البعض لان المدعى ماترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له رجع بالمبدل وهو الدعوى (ولو صالح على بعض دار يدعيها) بان صالحه على بيت معلوم منها (لم يصح) الصلح وهو على دعواه فى الباقى لان بعض الشئ لا يصلح عوضا عن كله وبه قال مالك واحمد وهو وجه فى مذهب الشافعى (وحيلته) اى حيلة جواز هذا الصلح (ان يزيد) المدعى عليه (فى البدل شيئا) ثوبا او درهما حتى يكون ذلك الشئ عوضا عن الباقى فى يده (او يبرىء) من الابراء بصيغة المفعول اى يبرأ المدعى عليه او بصيغة الفاعل اى يبرىء المدعى المدعى عليه (عن دعوى الباقى) بان يقول له المدعى ابرأتك او برئت من دعوى هذه الدار لان

من ان ما استحق من المدعى يرد المدعى حصته من العوض ففى الصلح عن الانكار والسكوت اذا استحق من المدعى يرد المدعى حصته من العوض فاذا استحق كل المدعى يرد المدعى كل العوض وخاصم المدعى مع المستحق لان ما اخذه عوض فى زعم المدعى وبالاستحقاق فات المعوض فلزمه رد العوض (وما استحق) فى الصلح عن انكار او سكوت (من العوض رجع المدعى (الى الدعوى) اى اذا استحق بعض العوض من يد المدعى رجع الى دعوى حصة ما استحق من العرض وهو المصالح عنه وان استحق كل العوض يرجع الى دعوى كل ما استحق لان المعوض فى الصلح عن انكار او سكوت هو الدعوى فاذا استحق العوض رجع بالمعوض وهو الدعوى (ولو) ادعى دارا و(صالح على بعض) من (دار يدعيها لم يصح) الصلح والمدعى على دعواه فى الباقى لان الصلح اذا كان على بعض المدعى كان استيفاء لبعض الحق واسقاطا للبعض والاسقاط لا يرد على الاعيان بل هو مخصوص بالديون وهذا جواب غير ظاهر الرواية واما على ظاهر الرواية فانه يصح الصلح وفى الذخيرة رجل ادعى دارا فى يد رجل وتصالحا على بيت معلوم من دار اخرى للمدعى عليه فهو جائز وان وقع الصلح على بيت معلوم من الدار التى وقع فيها الدعوى فكذلك الصلح جائز لان فى زعم المدعى انه اخذ بعض حقه وترك البعض وفى زعم المدعى عليه انه فداء اليمين (وحيلته ان يزيد المدعى عليه فى البدل شيئا) ليكون المدعى مستوفيا لبعض حقه و آخذ العوض عن البعض (او يبرأ)

المدعى (عن دعوى الباقى) لان فى هذه براءة عن دعوى العين والبراءة عن دعوى العين صحيحة وان لم يكن البراءة عن الاعيان صحيحة كما اذا مات واحد وترك ميراثا فبرأ واحد من الورثة عن نصيبه من الميراث لا يصح لان هذه براءة عن الاعيان وذا لا يجوز

(فلا شفعة فى صلح عن دار) مع السكوت او الانكار لان المدعى عليه زعم انه يستبقى الدار مملوكة على نفسه بهذا الصلح ويدفع المال لقطع خصومة المدعى وزعم المدعى ليس بحجة عليه (بل هى) اى تجب الشفعة (فى الصلح على دار) لان المدعى ياخذ الدار عوضا عن حقه فى زعمه فيؤاخذ بزعمه فتجب الشفعة (وما استحق من المدعى) فيما اذا وقع الصلح عن انكار او سكوت (فكما مر) اى فى الصلح عن اقرار

الابراء عن دعوى العين جائز (وصح الصلح عن دعوى المال) بمال وبمنفعة اما بمنفعة فلانه فى معنى الاجارة واما بمال فلانه بمعنى البيع فى حقهما ان وقع مع اقرار وفى حق المدعى ان وقع مع سكوت اوانكار واقتداء اليمين فى حق الاخر (و) صح الصلح عن دعوى (المنفعة) بمال وبمنفعة كان ادعى فى دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده الوارث او اقربه وصالحه عن شىء جاز لان اخذ العوض عن المنفعة جائز بالاجارة فكذا بالصلح لكن لايجوز بالمنفعة عن المنفعة الا اذا كانا مختلفى الجنس كما لو صالح عن السكنى على خدمة العبد اوزراعة الارض او لبس الثياب اما ان اتحد جنسهما كمالو صالح عن السكنى على السكنى اوعن الزراعة على الزراعة فانه لايجوز لان المنفعة لايجوز استيجارها بجنسها ويجوز بخلاف جنسها من المنافع فكذا الصلح (و) صح الصلح عن دعوى (الجناية فى النفس وما دونها عمدا اوخطا) سواء كان مع اقرار اوسكوت او انكار اما العمد فى النفس فلقوله تعالى (فمن عفى له من اخيه شىء فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان) فان معناه عندابن عباس والحسن والضحاك فمن اعطى له وهوولى القتيل من دم اخيه اى من جهة المقتول شىء من المال بطريق الصلح ونكره لانه مجهول القدر فانه يقدر بما تراضيا عليه فاتباع بالمعروف اى فلولى القتيل اتباع المصالح ببذل الصلح على حسن معاملة واداء اى وعلى المصالح اداء الى ولى القتيل باحسان واما الخطا فى النفس فلان موجبه المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لايصح الزيادة على قدر الدية اذا وقع الصلح على احد مقادير الدية كما لايجوز الصلح على اكثر من الدين من جنسه فى دعوى الدين للربا بخلاف الصلح عن القود حيث يصح الزيادة فيه لان القود ليس بمال واما دون النفس فمعتبر بالنفس فيلحق مايوجب القصاص فيه بالعمد فى النفس وما يوجب المال فيه بالخطا فيها (و) صح الصلح عن دعوى (الرق) بان ادعى رجل على آخر انه عبده (و) عن (دعوى الزوج) على امرأة (النكاح) والمرأة تنكره (وكان) الصلح عن الرق (عتقا بمال) فى حق المدعى (و) عن النكاح (خلعا) فى حق الزوج لانه امكن تصحيح الصلح فيهما بهذا الاعتبار

(وصح الصلح عن دعوى المال) لانه فى معنى البيع (وعن) دعوى (المنفعة) بان ادعى سكنى دار سنة وصية من رب الدار فجحده الوارث او اقربه فصالحه الوارث على شىء جاز لانه جاز اخذ العوض عن المنفعة بالاجارة فكذا بالصلح قيل انما يحتاج الى هذا التصوير لان الرواية محفوظة انه لو ادعى استيجار عين والمالك ينكره ثم تصالحا لايجوز (وعن) دعوى (الجناية فى النفس) بان ادعى ولى المقتول ثم صالح (اوفيمادونها) كالاطراف (عمدا) كانت الجناية لقوله تعالى فمن عفى له من اخيه شىء الاية اى من اعطى له من دم اخيه المقتول شىء بطريق الصلح (اوخطا) لان موجب جناية الخطأ المال فيصير الصلح بمنزلة البيع (وعن) دعوى (الرق) بان ادعى على رجل انه عبده فصالحه المدعى عليه على مال اعطاه صح فان كان الصلح مع اقرار كان عتقا فى حقهما حتى يثبت الولاء وان لم يكن مع اقرار يجعل فى حق المدعى عليه بذل المال لدفع الخصومة وفى حق المدعى كانه اعتقه على مال الا انه لا ولاء للمدعى لعدم اقرار المدعى عليه الا ان يقيم المدعى بعد ذلك بينة فتقبل بينته على اثبات الولاء (وعن) دعوى (الزوج) اى اذا ادعى رجل على امرأة (النكاح) فان اقرت يكون الصلح خلعا مطلقا وان انكرت اوسكتت يكون الصلح خلعا فى زعم الزوج لافى زعمها حتى لايجب عليه العدة وان تزوجت زوجا اخر جاز فى القضاء اما ديانة فان علمت انها كانت زوجة للاول لايحل لها التزوج فى عدته وان علمت انها لم تكن زوجة للاول حلت قالوا لايحل للزوج اخذ البذل فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا فى دعواه والظاهر ان هذا عام ولا اختصاص له بدعوى النكاح (فكان) الصلح (عتقا بمال) فى دعوى الرق (وخلعا) فى دعوى النكاح كما ذكرنا لان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه (ولم يجز) الصلح (عن دعواها على الزوج النكاح) هكذا ذكر فى بعض نسخ مختصر القدورى وفى بعضها قال يجوز وجه عدم الجواز ان الزوج اذا بذل المال لها لتترك الدعوى فانه ان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالعوض فى والصلح الفرقة لم يشرع من جانب الزوج بل من جانبها اذا لم يسلم من هذه الفرقة للزوج شىء وانما المرأة هى التى تسلم لها نفسها وتتخلص من الزوج وان لم يجعل فرقة فالحال على ما كانت عليه قبل الدعوى ويكون هى على دعواها فلا يكون ما اخذت عوضا عن

والصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما امكن (ولم يجز) الصلح (عن دعويها) اى المرأة (النكاح) لان بذل الزوج المال على ترك الدعوى ان كان فرقة فالزوج لايعطى العوض فى الفرقة وان لم يكن فرقة فالحال على ما كان قبل الدعوى وهى باقية على دعويها فلا يكون ما اخذته عوضا عن شىء فلا يجوز وفى بعض نسخ القدورى ان الصلح جائز ووجهه ان يجعل بذل الزوج المال لها زيادة فى مهرها فيصير كانه زادها ثم خالعها على اصل المهر دون الزيادة فيسقط المهر غير الزيادة (ولا عن دعوى حد) كأن اخذ رجل زانيا اوسارقا او شارب خمر لرفعه الى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال ان لا يرفعه الى الحاكم فالصلح باطل ويرد ما اخذه منه لان ذلك حق الله تعالى لا حق الآخذ والاعتياض عن حق الغير لايجوز (وبدل صلح) مبتدأ مضاف (هو كبيع) صفة صلح بان كان عن مال (على الوكيل) خبر المبتدأ وانما كان هذا البدل على الوكيل لان الحقوق فى البيع ترجع الى الوكيل ومن جملتها دفع البدل (وما ليس) اى وبدل صلح ليس (كبيع كالصلح عن دم عمد اوعلى بعض دين يدعيه على الموكل) لان هذا الصلح اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا يكون البدل عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه فانه حينئذ يؤاخذ به لضمانه لالعقد الصلح (وان صالح فضولى) بان صالح رجل عن آخر بغير امره (وضمن البدل او اضاف الى ماله) بان قال صالحتك على عبدى فلان (او اشار الى نقد) بان قال على هذا الالف (او عرض) بان قال على هذا الثوب (او اطلق ونقد) بان قال على الف وسلمها اليه (صح) الصلح فى جميع هذه الصور لان الحاصل للمدعى عليه البراءة والساقط يتلاشى ويضمحل فاستوى الفضولى والمدعى عليه (وان) اطلق و (لم ينقد) بان قال صالحتك على الف فهو موقوف (ان اجازه المدعى عليه جاز) لان نفع الصلح وهو رفع الخصومة حاصل له (ولزم البدل) المدعى عليه لالتزامه اياه باختياره (والا) اى وان لم يجزه المدعى عليه (رد لان المصالح هنا وهو الفضولى لا ولاية له على المطلوب فلا ينفذ تصرفه عليه (وصلحه على جنس ماله) وهو بفتح اللام (عليه اخذ لبعض حقه وحط لباقيه) لان تصرف

شىء فلا يجوز لانه رشوة محضة من غير دفع خصومة ويلزمها رده (ولا) يجوز (عن دعوى حد) حتى لو اخذ زانيا اوسارقا اوشارب خمر فصالح المدعى عليه بدراهم على ان يعفو عنه فالصلح باطل لانه حق الله تعالى عزوجل لاحق الاخذ والاعتياض عن حق الغير لايجوز ومن وكل رجلا بالصلح عنه جاز (ولزم بدل صلح هو كبيع) كما اذا وقع الصلح عن مال بمال من غير جنس المصالح عنه ويكون الصلح مع اقرار (على الوكيل) بالصلح لانه بمنزلة الصلح فيكون المطالب بالمال الوكيل دون المؤكل لان الحقوق فيه راجع الى الوكيل (وما) اى بدل صلح (ليس كبيع كالصلح عن دم عمد او) الصلح (على بعض دين يدعيه) لزم (على المؤكل) دون الوكيل لان الصلح فى هاتين الصورتين ليس كالبيع اما الاول فلان الصلح فيها اسقاط محض فكان الوكيل سفيرا محضا فلا ضمان عليه واما الثانى فلانه اخذ بعض الحق واسقط الباقى فترجع الحقوق الى المؤكل (وان صالح) عن رجل (فضولى) بغير امره فهذا على وجوه ان صالح بمال (وضمن البدل) تم الصلح لان الصالح للمدعى عليه البراءة وصلح الفضولى ان يكون اصيلا فى الضمان اذا اضاف الضمان الى نفسه (او اضاف) الصلح (الى ماله) بان قال صالحتك على الف هذا اوعبدى هذا (او اشار الى نقد اوعرض) بان قال صالحتك على هذا الالف اوعلى هذا الثوب من غير ان ينسبهما الى نفسه فالصلح واقع من الفضولى وتم ولزم تسليم المال اليه (واطلق) المال بان قال صالحتك على الف درهم (ونقد) المال وسلم (صح) الصلح وتم (وان) اطلق المال و (لم ينقد) فالصلح موقوف (ان اجازه المدعى عليه صح) الصلح (ولزم البدل) على المدعى عليه (والا) اى وان لم يجز المدعى عليه ذلك الصلح (رد) وبطل هذا اختيار بعض المشائخ وقال بعضهم ينفذ الصلح على المصالح (وصلحه على) بعض (جنس ماله عليه) مثلا (اخذ لبعض حقه وحط لباقيه) كما اذا كان لرجل على اخر الف درهم مثلا فصالحه على خمسمائة فكانه ابرأ عن بعض حقه فان قال صالحتك عن الف على خمسمائة ولم يقل ابرأتك عن الباقى جاز ويبرأ المطلوب عن الباقى

(لا معاوضة) اذ لا يمكن جعله معاوضة لما فيه من الربوا لان بعض الشيء لا يصلح عوضا للكل وتصحيح تصرف العاقل واجب ما امكن فيجعل اسقاطا (فصح) الصلح (عن الف حال على مائة حالة (فيجعل اسقاطا لما فوق المائة (او) عن الف حال (على الف مؤجل) فيجعل اسقاطا لوصف الحلول (اوعن الف جياد على مائة زيوف) فيجعل اسقاطا لما فوق المائة بوصف الجودة فى المائة (ولم يصح) الصلح (عن دراهم على دنانير مؤجلة) الى شهر مثلا لان الدنانير غير مستحقة فلا يمكن حمله على تاخير حقه فيجعل معاوضة فيكون بيع صرف وبيع الدراهم بالدنانير نساءً لا يصح (اوعن الف مؤجل على نصفه حالا) لانه جعل وصف الحلول فى مقابلة خمسمائة فكان اعتياضا عن الاجل وهو حرام (اوعن الف سود على نصفه بيضا) لانه يكون معاوضة الف سود بخمسمائة

وزيادة وصف فكان ربوا (ومن) عليه دين و(امر باداء نصف دين عليه غدا على انه برئ ما زاد (كما اذا قيل له ادا الى خمسمائة من الف لى عليك على انك برئ من الباقى ان (قبل) وفعل (برئ) من الباقى (وان لم يف) ولم يؤد خمسمائة غدا (عاد دينه) وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وعند ابى يوسف لا يعود دينه لان الابراء حصل مطلقا فيثبت البراءة مطلقة وهذا لانه لم يذكر للابراء عوضا سوى النقد فى الغد وهو لا يصلح عوضا لانه كان واجبا عليه للطالب قبل الصلح فلا يصلح عوضا فى الصلح واذا لم يصلح عوضا كان ذكره وعدمه بمنزلة العدم فكان الابراء حاصلا مطلقا فلا يعود دينه ولهما ان الابراء مقيد بشرط مرغوب فيتعلق بسلامته ويفوت بفواته وهذا لانه ابراء بتعجيل خمسمائة واداؤها غدا ولعل له رغبة فى ذلك خوفا من افلاسه وقوله على انه برئ خرج مخرج الاعواض ولكنه لا يصلح عوضا فيحمل على الشرط لان على يجئ للشرط ولا يقال كلمة على دخلت على البراءة دون الاداء فكيف يكون الاداء شرطا بمنزلة دخولها على الاداء بحكم المقابلة للبراءة لانا نقول دخولها على البراءة الثابتة بينهما وعدم انفكاك كل واحد منهما عن الآخر فانه مارضى بالبراءة مطلقا بل بالبراءة على تقدير اداء خمسمائة فصارت البراءة مشروطة بالاداء (ولو علق) البراءة بالشرط صريحا (كان اديت) اواذا اديت اومتى اديت (الى كذا) من الدين (فانت برئ من الباقى لا يصح) الابراء لتعلقه بالشرط الصريح وتعلق الابراء بالشرط الصريح باطل كقوله ان دخلت الدار فانت برئ لان الابراء اسقاط والاسقاط لا يتوقف على القبول وفيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتعليق التمليك بالشرط كالبيع ونحوه لا يجوز وتعليق الاسقاط بالشرط كالاعتاق والطلاق جائز ففى الابراء المشتمل على المعنيين قلنا يصح اذا لم يصرح بالشرط ولا يصح اذا صرح به عملا بالشبهين ولو كان الدين مشتركا بين الشريكين بان كان واجبا بسبب واحد كثمن المبيع اذا كان البيع صفقة واحدة مثل ان اجتمع اثنان فى عبدين لكل واحد منهما عبد وباعهما صفقة واحدة فيكون الثمن دينا مشتركا بينهما وكالموروث بينهما بان مات مورثهما وله دين على رجل فورثاه وكقيمة المستهلك المشترك

العاقل يتحرى لتصحيحه ما امكن وقد امكن ذلك فيحمل عليه (لا معاوضة) لا فضائه الى الربا (فصح) الصلح (عن الف حال على مائة حالة) فكان ابراء له من تسعمائة (اوعلى الف مؤجل) وصار كانه اجل نفس الحق اذ لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز (اوعن الف جياد) عطف على الف حال (على مائة زيوف) وصار كانه اسقط بعض حقه وصفته (ولم يصح) الصلح (عن دراهم على دنانير مؤجلة) اذ لا وجه لصحة ذلك سوى المعاوضة وبيع الدارهم بالدنانير نساءً لا يجوز ولا يمكن حمله على التخيير لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة (اوعن الف مؤجل على نصفه حالا) لان الحال خير من المؤجل فيكون تعجيل الخمسمائة التى كانت مؤجلة بمقابلة الخمسمائة المحطوطة وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام الا ترى ان ربا النساء حرام لشبهة مبادلة المال بالاجل فلان تحرم حقيقته اولى وبه قال مالك والشافعى واحمد واكثر العلماء (او عن الف سود على نصفه بيضا) لان البيض غير مستحقة هنا بعقد المداينة وهى زائدة وصفا فيكون هذا الصلح معاوضة الف بخمس مائة وزيادة وصف وهو ربا بخلاف مالو صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالجودة لانها ساقطة الاعتبار فى الاموال الربوية الا انه يشترط القبض فى المجلس لانه صرف (ومن امر) بصيغة المجهول (باداء نصف دين عليه غدا على انه برئ مما زاد) على النصف (ان قبل برئ) مما زاد على النصف ان وفى بان ادى نصف الدين فى الغد برئ (وان لم يف عاد دينه) كما كان ولم يبرأ مما زاد على النصف وهذا عند ابى حنيفة ومحمد لانه ابراء مقيد بالشرط وقال ابو يوسف برأ مما زاد لانه ابراء مطلق (ولو علق صريحا كان اديت) اواذا اديت اومتى اديت نصف الدين (الى كذا فانت برئ من الباقى لا يصح) لانه تعليق بالشرط صريحا وتعليق البراءة بالشرط باطل لما فيها من

معنى التمليك والفرق بين التقييد والتعليق اما من حيث اللفظ فان التقييد لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا وفى التعليق يستعمل واما من حيث المعنى فان تقييد الابراء بالشرط يحصل به الابراء فى الحال بشرط وجود ما قيد به وفى التعليق لا يحصل فى الحال لان المعلق بالشرط يعدم عدوما قبله فكان التعليق بمنزلة الاضافة الى وقت الشرط

(ولو صالح احد ربى دين عن نصفه) اى نصف الدين (على ثوب اتبع شريكه غريمه بنصفه) اى نصف الدين لان نصيبه باق فى ذمة الغريم فان القابض قبض نصيب نفسه (او اخذ نصف الثوب من شريكه) لان له حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه فى ذلك قيد المصالح عنه بكونه دينا لانه لو كان عينا مشتركة لاختص المصالح ببدل الصلح وليس لشريكه ان يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين وقيد المصالح عليه بكونه ثوبا لانه لو صالحه على جنسه لشاركه فيه او رجع على الدين وقال البرجندى وانما قال على ثوب لانه لو وقعت المقاصة بدينه السابق لا يرجع الشريك الآخر عليه وقال ابو المكارم اما ذكر الثوب فاتفاقى اذلو صالح عن نصيبه على جنس الدين كان للساكت اتباع غريمه بنصفه الباقى او اتباع شريكه بنصف المصالح عليه ولو قال سرا لا اقر بمالك حتى تؤخره عنى او تحط ففعل صح لا عن اكراه لانه بهذا لا يصير مقرها لانه يمكنه دفع هذا باقامة البينة او الاستحلاف لينكل الا ترى ان الصلح عن الانكار يجوز ولا يتحقق فيه معنى الاكراه لما قدمناه والله تعالى اعلم

كتاب الحدود

(الحد) لغة المنع ويسمى التعريف الجامع المانع حدا لانه يجمع ما فى الشىء ويمنع لدخول غيره فيه وشرعا (عقوبة مقدرة تجب حقا لله تعالى) لانها تمنع من ارتكاب اسبابها وحدود الله ايضا محارمه لان العباد ممنوعون من اقترابها قال الله تعالى (تلك حدود الله فلا تعتدوها) وانما كان الحد حقا لله لانه شرع لمصلحة تعود الى الناس كافة فحد الزنا لحفظ الانساب وحد القذف لحفظ الاعراض وحد السرقة لحفظ الاموال والمقصود الاصلى من شرع الحد هو انزجار النفوس عن شهواتها الغير الشرعية والردع عما يتضرر به العباد وصيانة دار الاسلام عن الفساد واما الطهر عن الذنب فليس بحكم اصلى لاقامة الحد لانه لا يحصل

(ولو صالح احد ربى دين) مشترك (عن نصفه على ثوب) فشريكه بالخيار ان شاء (اتبع شريكه غريمه بنصفه) اى بنصف الدين (او اخذ نصف الثوب من شريكه) واصله ان الدين المشترك اذا قبض احدهما منه فلصاحبه خيار ان شاء يشاركه فى عين المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ العين خير من الدين لان الدين ليس بمال فى الاصل وانما يصير مالا باعتبار المال وهو القبض وهذه الزيادة مستندة الى اصل الحق واصل الحق كان مشتركا فكذا الزيادة فكان له ان يشاركه فى المقبوض ولكنه قبل المشاركة باق فى ملك القابض لان حق الشريك فى الدين والمقبوض عين والعين غير الدين وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه بهبة وقضاء لدين غريمه ويضمن لشريكه حصته اذا اثبت هذا فنقول فى مسئلة الكتاب الشريك بالخيار ان شاء اتبع الغريم بنصف الدين لانه كان عليه ولم يستوفه فبقى فى ذمته وان شاء اخذ نصف الثوب لان الصلح وقع عن نصف الدين وهو مشاع وقيد المسئلة بالمصالحة لانه اذا اشترى احدهما بنصفه سلعة لم يشركه الآخر فيها ووضع المسئلة فى الدين لان فى العين بين الشريكين اذا صالح احدهما من نصيبه على شىء لم يشركه الآخر فيه

كتاب الحدود

الحد فى اللغة المنع ومنه سمى البواب حدادا لمنعه الناس عن الدخول فيه وسميت عقوبة الجانى حدا لانها تمنع عن المعاودة وارتكاب سببها وفى الشريعة (عقوبة مقدرة تجب حقا لله تعالى) خالصة

الا بالتوبة قالا الله تعالى فى حق قطاع الطريق (ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم الا الذى تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم) ولهذا يقام الحد على الكافر ولا طهور له وعلى كره ممن اقيم عليه (فلا) يسمى (تعزير ولا قصاص هذا) اما التعزير فلعدم التقدير واما القصاص فلانه يجب حقا للعبد ولهذا جاز العفو عنه والاعتياض منه (الزنا اى الموجب للحد وهو بالقصر وقد يمد (وطىء فى قبل خالا عن ملك وشبهته كمعتدة البائن الثلاث فالاصاب الهداية ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم رواه احمد وغيره ولابد من تقييد الوطى بكون الموطوءة مشتهاة ليخرج وطىء البهيمة والتى لا تشتهى اموت او صغر ويكون الواطىء مكلفا طائعا ليخرج المجنون والصبى والمكره وبالقبل لان الزنا يخص به عند ابى حنيفة والحقا به الدبر فرتبا على الايلاج فيه الحد لما سيأتى (ويثبت) الزنا ثبوتا ظاهرا عند القاضى (بشهادة اربعة) لا بمجرد علم القاضى لان علمه ليس بحجة فى هذا الان الحدود تدفع بالشبهة والتهمة وان كان القياس انه حجة كما قاله ابو ثور والشافعى (بالزنا) لا بالوطى ولا بالجماع لان لفظ الزنا هو الدال على فعل الحرام والفاحشة كما قال الله تعالى (ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا) والوطى والجماع محتملان وشرط فى الشهود ان يكونوا اربعة لقوله تعالى (واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم) وقوله (الذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء) وذلك لان الله تعالى يحب الستر على عباده وفى اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر اذ وقوف الاربعة على هذه الفاحشة فى غاية من الندرة ويشترط اتحاد مجلس شهادتهم وبه قال مالك واحمد والاوزاعى والحسن بن صالح حتى لو شهدوا بالزنا متفرقين يحدون حد القذف ومجلس شهادتهم هو مادام الحاكم جالسا ولا يشترط عند الشافعى اتحاد مجلسهم لاطلاق قوله تعالى (فاستشهدوا عليهن اربعة منكم) وللاعتبار بسائر الحقوق ولنا قول عمر ولو جاء مثل ربيعة ومضر فرادى لجلدتهم ولان قول الواحد قبل قول غيره يقع قذفا وكذا الثانى والثالث فلا ينقلب شهادة ولو كان الزوج احدهم تقبل عندنا ولا تقبل عند الشافعى لان فيه تهمة ولنا انه يعير بزنا امرأته فكان ابعد من التهمة وصار كشهادة الوالد على

(فلا) يكون (التعزير) حدا لعدم التقدير لانه مفوض الى رأى القاضى (ولا قصاص حدا) لانه حق العبد وهو ولى القصاص واعلم ان بعض الاحكام حقوق الله تعالى خالصة وهى عبادات خالصة كالايمان والصلوة والزكوة والصوم والحج والجهاد وعقوبات خالصة كالحدود لانها شرعت لمصلحة تعود الى كافة الناس فالله تعالى شرع حد الزنا لصيانة فراش المسلمين عن الفساد وشرع حد الشرب لصيانة عقولهم وشرع حد القذف لصيانة اعراضهم وشرع حد السرقة لصيانة اموالهم (والزنى وطى الرجل) المرأة (فى قبل خال عن الملك) اى ملك النكاح وملك اليمين (وشبهته) اى شبهة الملك كمعتدة البائن او الثلث او امة ابن الواطى كما سيجىء (ويثبت) الزنا عند الامام بشهادة اربعة) رجال (بالزنى) صريحا لا بوطى او جماع

زنا ولده (فيسألهم) اى فاذا شهدوا يسألهم (الامام) او نائبه فى الاحكام (ما هو) اى عن ماهية الزنا لانه قد يطلق على كل فعل حرام بالنسبة الى النساء ففى الحديث ان العينان لتزنيان وزناهما النظر وان اليدين لتزنيان وزنا هما البطش وان الرجلين لتزنيان وزناهما المشى والفرج يصدق ذلك او يكذبه (و) يسألهم (كيف هو) اى عن كيفيته لئلا يكون ماشهدوا به وقع منه وهو مكره اوتماس بالفرجين لا ايلاج (و) يسألهم (اين زنا) اى عن مكانه لان الزانى فى دار الحرب اوالبغى لايحد وعند الشافعى يحد ولنا ما رواه البيهقى عن الشافعى قال ابو يوسف حدثنا بعض مشايخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال لا يقام الحدود فى دور الحرب مخافة ان يلحق اهلها بالعدو وروى الترمذى والنسائى عن بسر بن ارطاة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لاتقطع الايدى فى السفر ولفظ الترمذى فى الغزاوى واما قول صاحب الهداية ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لايقام الحدود فى دور الحرب فرفعه غير معروف (و) يسألهم (متى زنا) اى عن زمانه لان الزنا المتقادم اوفى حال البغى او الجنون لا يوجب الحد ومدة التقادم شهر فى الاصح (و) يسألهم (بمن زنا) لئلا يكون زوجته او جاريته او جارية ابنه او موطوءة بشبهة لايعلمون بها (فان بينوا) ما سالهم عنه (وقالوا رأيناه) الرجل زنا بها (كالميل فى المكحلة) وهو بضمتين وعاء الكحل (وعدلوا سرا وعلنا) اما عند من لا يكتفى بظاهر العدالة فى غير الحدود من الحقوق فهو ظاهر واما عند من يكتفى فهو احتيال درء الحدود منه احتياطا (حكم به) اى بالزنا او بالحد قيد ببيان الشهود ما سئلوا عنه لانهم لو لم يبينوا بان لم يزيدوا على قولهم زنا لايحد المشهود عليه للشبهة ولا الشهود لانهم شهدوا بالزنا وسؤالهم انما هو للاحتياط حتى لو وصفوه بغير وصفه يحدون ثم القاضى يحبس المشهود عليه بالزنا حتى يسال عن الشهود (وباقراره) اى ويثبت الزنا باقرار الزانى بانه زنا حرا كان او عبدا (اربعا) اى اربع مرات (فى اربعة مجالس) من مجالس المقر فان الاقرار قائم به فيعتبر مجلسه دون مجلس القاضى (رده الامام كل مرة) اى من المرات الثلاث فانه اذا اقر مرة رابعة لا يرده بل يقبله (فيساله كما مر) من الامور الخمسة الا متى زنا لان التقادم لا يمنع الاقرار وقيل يساله لاحتمال ان يكون فى زمن البغى او الجنون ثم اختلاف مجالس المقر فى الزنا شرط عندنا خلافا لاحمد وابن ابى ليلى فانهما قالا لايشترط

(فيسالهم الامام) عن الزنا (ماهو) وانما يسال عن الماهية لان من الناس من يعتقد ان كل وطى حرام زنى ولان الشارع اطلق الزنى على هذا الفعل نحو العينان تزنيان وزنا هما النظر (و) يسال (كيف هو) قيل انما يسال عن الكيفية للاحتراز عن تماس الفرجين من غير ايلاج وقيل للاحتراز عن صورة الاكراه (و) يسالهم (اين زنى) للاحتراز عن الزنى فى دار الحرب او البغى فهو لايوجب الحد (و) يسالهم (متى زنى) للاحتراز من ان يكون العهد متقادما فان حد الزنا لايقام بعد تقام العهد (و) يسالهم (بمن زنى) للاحتراز من ان يكون له نكاح اوشبهة نكاح مع المفعول بها (فان بينوا) ذلك (وقالوا رأيناه) وطاها فى فرجها (كالميل فى المكحلة) ويسالهم الامام عن حال الشهود (وعدلوا سرا وعلنا) على مامر فى كتاب الشهادة (حكم به) اى بحد الزنا (و) يثبت الزنا (باقراره) اى باقرار الزانى العاقل البالغ على نفسه بصريح الزنى (اربعا فى اربعة مجالس) من مجالس المقر وقال ابن ابى ليلى يقام الحد بالاقرار اربع مرات وان كان فى مجلس واحد وقال الشافعى يحد بالاقرار مرة واحدة (يرده) الامام (كل مرة) بان يقول ابك خبل ابك جنون ويزجره عن الاقرار ويظهر الكراهية ويامر بتجنيه فيذهب حيث لايراه الامام ثم يجىء فيقر فاذا تم اقراره اربع مرات (فيساله) عن الزنا (كما مر) اى ماهو وكيف هو واين زنى وبمن زنى ومتى زنى وقيل لايسال من متى زنى ههنا لان التقادم يمنع الشهادة دون الاقرار والاصح انه يسال لجواز انه زنى فى صباه

اختلاف مجالس المقر وانما يشترط العدد اعتبارا للاقرار بالشهادة ولنا ما سياتى من حديث ماعز الاسلمى وهو بكسر مهملة فزاى وفى الايضاح ينبغى للامام ان يزجره عن الاقرار ويظهر الكراهة له فقد روى ابو داود والنسائى واحمد فى مسنده عن يزيد بن نعيم بن هزال عن ابيه قال كان ماعز بن مالك يتيما فى حجر ابى فاصاب جارية من الحى فقال له ابى ائت رسول الله فاخبره بما صنعت لعله يستغفر لك وانما يريد بذلك رجاء ان يكون له مخرج فاتبعه فقال يا رسول الله انى زنيت فاقم على كتاب الله فاعرض عنه فعاد حتى قالها اربع مرات فقال صلى الله عليه وسلم انك قد قلتها اربع مرات فبمن قال بفلانة قال هل ضاجعتها قال نعم قال هل باشرتها قال نعم قال هل جامعتها قال نعم فامر به ان يرجم فاخرج الى الحرة فلما وجد مس الحجارة خرج يشتد فلقيه عبدالله بن انيس فنزع له بوظيف بعير فقتله وذكر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال هلا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه وزاد فيه احمد قال هشام فحدثنى يزيد بن نعيم عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين رآه والله يا هزال لو كنت سترته بثوبك لكان خيرا لك مما صنعت به وروى ايضا ابو داود والنسائى من حديث ابى هريرة قال جاء الاسلمى الى النبى صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه انه اصاب امرأة حراما اربع مرات كل ذلك يعرض عنه فاقبل الخامسة فقال انكتها قال حتى غاب ذلك منك فى ذلك منها قال نعم قال كما يغيب المرود فى المكحلة والرشا فى البئر قال نعم قال فهل تدرى ما الزنا قال نعم اتيت منها حراما مثل ما ياتى الرجل من امرأته حلالا قال فما تريد بهذا القول قال اريد ان تطهرنى فامر به فرجم وفى صحيح مسلم عن بريدة قال كنت جالسا عند النبى صلى الله عليه وسلم اذ جاء ماعز بن مالك فقال يا رسول الله انى تبت وانا اريد ان تطهرنى فقال له صلى الله عليه وسلم ارجع فلما كان الغد اتاه ايضا فاعترف عنده بالزنا فقال له ارجع ثم عاد الثالثة فاعترف عنده بالزنا ثم رجع الرابعة اعترف فامر النبى صلى الله عليه وسلم فحفرله حفرة فجعل فيها الى صدره ثم امر الناس فرجموه قال بريدة كنا نتحدث اصحاب نبى الله ان ماعزا لو جلس فى رحله بعد اعترافه

ثلاث مرات لم يطلبه وانما رجمه بعد الرابعة وقال مالك والشافعى يكفى
فى الاقرار مرة واحدة لما روى الشيخان من حديث ابى هريرة وزيد
بن خالد الجهنى ان رجلا من الاعراب اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
يا رسول الله انشدك الله الا ما قضيت بيننا بكتاب الله فقام الخصم وكان
افقه منه فقال اقض بيننا بكتاب الله وائذن لى فقال قل قال ان ابنى هذا
كان عسيفا على هذا اى اجيرا له فزنى بامرأته وانى اخبرت ان على ابنى
الرجم فافتديت منه بمائة شاة ووليدة فسألت اهل العلم فاخبرونى ان على ابنى جلد
مائة وتغريب عام وان على امرأة هذا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والذى
نفسى بيده لاقضين بينكما بكتاب الله اما الوليدة والغنم فرد عليك وعلى ابنك جلد
مائة وتغريب عام واغد يا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها قال
فغدا عليها فاعترفت فامر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت علق
رجمها باعترافها ولم يشترط الاربع وروى مسلم عن بريدة قال اتت امرأة من
غامد من الازد فقالت يارسول الله طهرنى فقال ويحك ارجعى فاستغفرى
الله وتوبى قالت اتريد ان تردنى كما رددت ماعزا قال وما ذلك قالت
انى حبلى من زنا فقال حتى تضعى مافى بطنك قال فكفلها رجل من الانصار
حتى وضعت ثم اتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية
فقال اذا لانرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقام رجل من الانصار
فقال الى رضاعه يارسول الله فرجمها قالوا وانما رد النبى صلى الله عليه
وسلم ماعزا اربع مرات لانه صلى الله عليه وسلم ظن ان فى عقله شيئا لا
لكونه شرطا فى وجوب الحد وقد جاء فى صحيح مسلم عن جابر بن سمرة قال اتى
رسول الله صلى الله عليه وسلم برجل قصير اشعث ذى عضلات عليه ازار
وقد زنى فرده مرتين ثم امر به فرجم والعضلة بفتحتين كل لحمة صلبة وفيه ايضا
عن ابى سعيد الخدرى انه اعترف بالزنا ثلاث مرات قالوا وهذا يضعف
القول باشتراط الاربع واجيب من حديث العسيف بان معناه واغد يا انيس
على امرأة هذا فان اعترفت الاعتراف المعهود بالرد اربع مرات واما حديث الغامدية
فالجواب عنه ان الراوى قد يختصر الحديث ولا يلزم من عدم الذكر عدم
الوقوع وايضا فقد ورد فى مسند البزار انه ردها اربع مرات واما قولهم

انه صلى الله عليه وسلم رد ماعزا اربع مرات لانه ظن ان بعقله شيئا فالجواب
عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم سأل عن عقله بعد اعترافه الرابعة لما فى
الصحيحين من حديث جابر بن عبد الله ان رجلا من اسلم جاء الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم فاعترف بالزنا فاعرض عنه ثم اعترف فاعرض
عنه حتى شهد على نفسه اربع شهادات فقال له النبى صلى الله عليه وسلم
ابك جنون قال لا قال فهل احصنت قال نعم فامر به فرجم زاد البخارى
فقال النبى صلى الله عليه وسلم خيرا وصلى عليه انتهى ولو كان التكرار
اربعة انما هو لاختبار عقله لما كان فى السؤال عنه بعد الرابعة فائدة وكيف وقد ورد انه صلى
الله عليه وسلم رده بعد ان اخبر بعقله فيما رواه مسلم من حديث ابى بريدة ان ماعزا اتى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فرده ثم اتاه الثانية من الغد فرده ثم ارسل الى قومه هل
تعلمون بعقله بأسا فقالوا ما نعلمه الا وفى العقل من صالحينا فاتاه الثالثة فارسل اليهم ايضا
يسئل عنه فاخبروه انه لا بأس به ولا بعقله فلما كان الرابعة حفر له حفرة فرجمه
وفى مسند احمد ومصنف ابن ابى شيبة عن عبد الرحمن بن أبزى عن ابى
بكر انه قال اتى ماعز بن مالك النبى صلى الله عليه وسلم فاعترف وانا عنده مرة فرده ثم
جاء فاعترف عنده الثانية فرده ثم جاء فاعترف عند الثالثة فرده فقلت له ان اعترفت الرابعة
رجمك قال فاعترف الرابعة فحبسه ثم سأل عنه فقالوا لا نعلم الا خيرا فامر
به فرجم وهذا صريح الدلالة على اشتراط الاربع لكن فى اسناده جابرا
الجعفى فاما قولهم جاء فى الصحيح انه صلى الله عليه وسلم رده مرتين او ثلاث
مرات فالجواب عنه انه رده مرتين بعد مرتين واختصره الراوى يدل على ذلك ما رواه
ابو داود والنسائى من حديث سماك عن عكرمة عن ابن عباس قال اتى
النبى صلى الله عليه وسلم بماعز بن مالك فاعترف مرتين فقال اذهبوا به
ثم قال ردوه فاعترف مرتين حتى اعترف اربعا فقال النبى صلى الله عليه
وسلم اذهبوا به فارجموه فتبين من هذا ان المرتين المذكورتين فى الصحيح
من الاربع وكذا رواية الثالث ويتفق بذلك الاحاديث والله تعالى اعلم
ولا يعتبر اقراره عند غير القاضى ممن لا ولاية له على اقامة الحدود ولو كان
اربع مرات حتى لا تقبل الشهادة عليه بذلك لانه ان كان منكرا فقد رجع عن
اقراره وان كان مقرا فلا يعتبر الشهادة بالاقرار مع الاقرار ولو اقر بالزنا

مرتين

مرتين وشهد عليه اربعة لايحد عند ابى يوسف وقال محمد يحد لان هذا الاقرار ليس بحجة فلا يعتد به فبقيت الشهادة وحدها حجة فتقبل ولابى يوسف ان الاقرار موجود حقيقة لكنه غير معتبر شرعا فاورثت حقيقة الشبهة والحد يدرأ بالشبهة ولاشبهة ان حجة محمد اقوى فان الشهادة اذا كانت وحدها حجة فكيف يورث بتأكيد اقراره شبهة (فان بين) اى المقر مامر انه يسأل عنه (حبب) اى ندب (تلقينه رجوعه بلعلك لمست ونحوه) وهو لعلك قبلت لعلك وطئت بشبهة لمافى المستدرك عن حفص بن عمر العدنى حدثنا الحكم بن ابان عن عكرمة عن ابن عباس انما عزاتى الى رجل من المسلمين فقال له انى اصبت فاحشة فماتأمرنى فقال له فاذهب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليستغفر لك فاتى النبى صلى الله عليه وسلم فاخبره فقال له لعلك قبلتها قال لا قال امسستها قال لا قال فعلت بها كذا ولم يكن قال نعم قال اذهبوا وارجموه ولفظ البخارى لعلك قبلت او غمزت اونظرت قال لا قال افنكتها قال نعم فعند ذلك امر برجمه (فان رجع قبل حده او وسطه خلى) اى ترك وهو قول الشافعى واحمد ورواية عن مالك وعنه وهو قول ابى ليلى انه لايخلى لان الحد وجب باقراره فلايبطل بعد ذلك بانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقود وحد القذف وعنه ان ذكر لاقراره تأويلا بان قال حسبت المفاخذة زنا خلى (والا) اى وان لم يرجع (حد) وانما يخلى اذا رجع قبل كمال الحد لان الرجوع يحتمل الصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فتحقق الشبهة فى الاقرار بخلاف مافيه حق العبد وهو القصاص والقذف لوجود من يكذبه فيه وعلماؤنا والشافعى اعتبروا الاقرار من ذمى بالزنا بذمية حتى يحد به ولايعتبره مالك ولاتحد امرأة بظهور حبل بها من غير بعل لها لان احتمال كونه من نكاح صحيح اوفاسد شبهة دارئة للحد وحدها مالك لما سيأتى من قول على ايما امرأة جىء بها وبها حبل او اعترفت فالامام اول من يرجم خلاف الظاهر (وهو) اى الحد (للمحصن) بفتح الصاد وكسرها (اى لحر مكلف مسلم) وفى الذمى خلاف يأتى (وطىء) امرأة قبل الزنا (بنكاح صحيح وهما بصفة الاحصان) اى قبل هذا الوطى والجملة حالية حتى لو وطىء بنكاح صحيح وهو بصفة الاحصان كافرة اومملوكة

(فان بين) الامور المذكورة (حبب للامام تلقينه رجوعه) عن الاقرار بلعلك لمست ونحوه) كلعلك قبلت اوتز وجتها اووطيتها بشبهة كل مرة (فان رجع) المقر (قبل) اقامة (حده او) فى (وسطه) قبل رجوعه (وخلى سبيله) وقال الشافعى وهو قول ابن ابى ليلى يقيم عليه الحد (والا) اى وان لم يرجع (حد وهو) اى الحد (للمحصن اى لحر مكلف) عاقل بالغ (مسلم وطى) امرأة (بنكاح صحيح وهما بصفة الاحصان) اى الامور التى يثبت بها الاحصان ماعدا الوطى كانت حاصلة قبيل هذا الوطى فاذا وجد الوطى تم جميع مايثبت به الاحصان

اومجنونة او صبية اوهو بغير صفة الاحصان مسلمة حرة بالغة عاقلة لايكون محصنا فقوله هو للمحصن مبتدأ خبره قوله (رجمه فى فضاء حتى يموت) اما الحرية فلان الاحصان يطلق عليها قال الله تعالى (فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) اى ما على الحرائر باجماع الامة وقال الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات) اى الحرائر ولانها ممكنة من النكاح الصحيح المغنى عن الزنا بخلاف الامة واما التكليف فلان العقل والبلوغ شرط الاهلية للعقوبات كلها واما التزوج بنكاح صحيح فلان الاحصان يطلق عليه قال الله تعالى (والمحصنات من النساء) اى والمنكوحات وقال (فاذا احصن) اى تزوجن ولان به التمكن من وطىء الحلال واما الوطىء فلقوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب الحديث والثيوبة لاتعتبر بغير وطىء ولانه باصابة الحلال تنكسر شهوته فيستغنى عن الزنا والمعتبر ايلاج الحشفة بحيث يجب الغسل ولايشترط الانزال وشرط ان يكون بنكاح صحيح لان الجماع فى النكاح الفاسد لا يصير به محصنا لانه نوع من الوطى الحرام فلايتم النعمة به فيثبت الاحصان برجل وامرأتين عندنا وماقصرنا ثبوت الاحصان على شهادة الرجال كمالك والشافعى وزفر وانما كان حد المحصن الرجم لما فى حديث جابر المتقدم انه صلى الله عليه وسلم سأل ماعزا هل احصنت قال نعم فامر برجمه ولما روى الشيخان من حديث ابن عباس ان عمر بن الخطاب خطب فقال ان الله بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وانزل عليه الكتاب فكان ما انزل عليه آية الرجم فقرأناها وعقلناها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا بعده فاخشى ان طال بالناس الزمان ان يقول قائل مانجد آية الرجم فى كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها الله فالرجم حق على من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصنا ان قامت البينة اوكان الحبل او الاعتراف وايم الله لولا يقول الناس زاد عمر فى كتاب الله لكتبتها وخالف الشافعى فى اشتراط الاسلام فى الاحصان وهو رواية عن ابى يوسف لما فى الكتب الستة مختصرا ومطولا من حديث ابن عمر ان اليهود جاؤا الى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر له ان رجلا منهم وامرأة زنيا فقال لهم رسول الله ماتجدون فى التورية فى شأن

(رجمه) خبر لقوله هو (فى فضاء حتى يموت)

الرجم

الرجم قالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبدالله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فاتوا بالتورية فنشرها فجعل احدهم يده على آية الرجم وجعل يقرأ ماقبلها وما بعدها فقال عبدالله بن سلام ارفع يدك فرفعها فاذا فيها آية الرجم فقالوا صدقت يامحمد فيها آية الرجم فامربها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمهما ولنا ماروى ابن اسحاق بن راهويه من حديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اشرك بالله فليس بمحصن قال اسحاق رفعه مرة فقال عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ووقفه مرة ومن طريق اسحاق بن راهويه رواه الدارقطنى فى سننه ثم قال لم يرفعه غير اسحاق والصواب انه موقوف وفى رواية اخرى عنه لايحصن المشرك بالله وروى ابن ابى شيبة فى مصنفه انه صلى الله عليه وسلم قال لكعب بن مالك لما اراد ان يتزوج يهودية لاتتزوجها فانها لاتحصنك والجواب عن رجمه صلى الله عليه وسلم لليهوديين انه كان بحكم التورية والكلام فيه بحكم الاسلام (يبدأ به) اى الرجم (شهوده) لان الشاهد قد يتجاسر على اداء شهادة كاذبا ثم اذا آل امره الى القتل يمتنع منه فكان فى بدئهم احتيال لدرء الحد وامرنا به لقوله صلى الله عليه وسلم ادرأوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم رواه ابو داود وابو يعلى الموصلى وفى سنن ابن ماجه ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعا وفى سنن الترمذى ادرأوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام ان يخطئ فى العفو خير له من ان يخطئ فى العقوبة وقال مالك والشافعى واحمد وابو يوسف فى رواية لا يشترط بداية الشهود لكن يستحب حضورهم وبدايتهم بالرمى اعتبارا بالجلد واجيب بان كل واحد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولاكذلك الرجم فانه اتلاف (فان ابوا) اى الشهود كلهم او بعضهم من البداية بالرجم (او غابوا او ماتوا سقط) الرجم بفوات الشرط وهو بداية الشهود لكن لا يقام الحد عليهم لانهم ثابتون على الشهادة وانما امتنعوا عن مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعا فان الانسان قد يمتنع عن القتل بحق كذا فى المبسوط (ثم الامام) ان حضر فانه لاينبغى التقدم عليه الا باذنه (ثم الناس) فانه يستحب للامام ان يأمر جماعة المسلمين ان

(يبدأ به) اى بالرجم (شهوده) وقال ابو يوسف فى رواية والشافعى لايشترط بداية الشهود (فان ابوا) اى الشهود او بعضهم عن الابتداء بالرجم (اوغابوا اوماتوا سقط) الحد عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو رواية عن ابى يوسف (ثم) يرجم (الامام ثم) يرجم (الناس

يحضروا اقامة الحد من الرجم والجلد لقوله تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) وعن ابن عباس يكفى واحد وبه وقال احمد قال عطاء واسحاق اثنان وقال الزهرى ثلاثة وقال الحسن البصرى عشرة وعن الشافعى ومالك اربعة وفى الايضاح لا باس لكل من رمى ان يتعمد قتله (وفى المقر) اى رجمه (يبدأ الامام) بالرجم (ثم الناس) وقال مالك والشافعى واحمد لا يشترط بداية الامام ولكن يستحب ولنا ما روى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن عبد الله بن ادريس عن يزيد عن عبدالرحمن بن ابى ليلى ان عليا كان اذا شهد عنده الشهود على الزنا امر الشهود ان يرجموا ثم رجم هو ثم رجم الناس واذا كان باقرار بدأ هو فرجم ثم رجم الناس بعده وروى ايضا عن ابى خالد الاحمر عن الحجاج عن حسن بن سعد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن على انه قال فى امرأة رجمها ايها الناس ان الزنا زنا آن زنا سر وزنا علانية فزنا السر ان يشهد الشهود فيكون الشهود اول من يرمى ثم الامام ثم الناس وزنا العلانية ان يظهر الحبل او الاعتراف فيكون الامام اول من يرمى قال وفى يده ثلاثة احجار فرماها بحجر فاصاب صماخها فاستدارت ورمى الناس وفى سنن ابى داود من حديث ابى بكرة عن ابيه ان النبى صلى الله عليه وسلم رجم امرأة فحفر لها الى الثندوة قال ابو داود وحديث عن عبد الصمد بن عبد الوارث باسناده نحوه وزاد ثم رماها بحصاة مثل الحمصة وقال ارموا واتقوا الوجه فلما طفئت اخرجها فصلى عليها وفى سنن البيهقى عن الاجلح عن الشعبى قال جيء بشراحة الهمدانية الى على بن ابى طالب فقال لها لعل رجلا وقع عليك وانت نائمة قالت لا قال لعله استكرهك قالت لا قال لعل مولاك زوجك من هؤلاء فانت تكتمينه يلقنها لعلها تقول نعم فامر بها فحبست فلما وضعت ما فى بطنها اخرجها يوم الخميس فضربها مائة وحفر لها يوم الجمعة فى الرحبة واحاط الناس بها واخذوا الحجارة فقال ليس هكذا الرجم اذا يصيب بعضكم بعضا صفوا كصف الصلوة صف خلف صف ثم قال ايها الناس ثم رجمها ثم امرهم فرجم صف ثم صف ثم قال افعلوا بها ما تفعلون بموتاكم ورواه احمد فى مسنده عن يحى بن سعيد عن مجاهد عن الشعبى قال كان لشراحة زوجها غائب بالشام وانها حملت فجاء

(وفى) الزانى (المقر يبدأ الامام ثم الناس) بالرجم

بها

بها مولاها الى على فقال ان هذه زنت فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وحفر لها الى السرة وانا شاهد ثم قال ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على هذه احد لكان اول من يرميها الشاهد شهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها اقرت فانا اول من يرميها فرماها بحجر ثم رمى الناس وانا فيهم قال فكنت والله فيمن قتلها (وغسل) المرجوم (وكفن وصلى عليه) لما روى ابن ابى شيبة فى مصنفه فى كتاب الجنائز عن ابى معاوية عن ابى حنيفة عن علقمة بن مرثد عن ابى بريدة عن ابيه بريدة قال لما رجم ماعز قالوا يا رسول الله ما نصنع به قال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل والكفن والحنوط والصلوة عليه وروى الجماعة الا البخارى من حديث عمران بن حصين ان امرأة من جهينة اتت النبى صلى الله عليه وسلم وهى حبلى من الزنا فقالت يا نبى الله اصبت حدا فاقم على فدعا النبى صلى الله عليه وسلم وليها فقال احسن اليها فاذا وضعت فأتنى بها ففعل فامر بها النبى صلى الله عليه وسلم فشدت عليها ثيابها ثم امر بها فرجمت ثم صلى عليها فقال له عمر تصلى عليها يا نبى الله وقد زنت فقال لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من اهل المدينة لو سعتهم وهل وجدت توبة افضل من ان جاءت بنفسها لله ولانه قتل بحق فصار كالمقتول بالقصاص (ولغير المحصن) عطف على للمحصن اى وحد الزنا لغير المحصن (جلده مائة وسطا) اى ضربا مو لما غير جارح (بسوط لا ثمرة له) قيل الثمرة العقدة وقيل العذبة وهى ذنبه والاول اصح لان الثمرة اذا ضرب بها يصير كل ضربة ضربتين كذا فى الايضاح والاظهر ان كليهما ممنوع لما سيأتى والدليل على ان حد غير المحصن الجلد قوله تعالى (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وقد نسخت فى حق المحصن بما سبق فبقيت فى حق غيره ولعل تقديم الزانية لانها لو لم تطمعه لم يطمع وروى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسى قال سمعت انس بن مالك يقول كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به قلنا لانس فى زمان من كان هذا قال فى زمن عمر بن الخطاب وفيه وفى مصنف عبد الرزاق

(وغسل وكفن وصلى عليه) بعد ما رجم (و)الحد (لغير المحصن جلده مائة وسطا) بين المبرح وغير المؤلم (بسوط لا ثمرة له) ثمرة السوط عذبته وذنبه وطرفه وقيل ثمرة السوط عقدة اطرافها والاول اصح

عن ابن مسعود ان رجلا جاء بابن اخ له اليه فقال له انه سكران فقال ترتروه ومرمروه اى حركوه واستنكهوه ففعلوا فرفعه الى السجن ثم جاء من الغد ودعا بسوط ثم امر بثمرته فدقت بين حجرين حتى صارت درة ثم قال للجلاد اجلد وارفع يدك واعط كل عضو حقه وفى مصنفيهما وموطأ ابى مصعب عن مالك عن زيد بن اسلم ان رجلا اعترف على نفسه بالزنا فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بسوط فاتى بسوط مكسور فقال فوق هذا فاتى بسوط جديد لم يقطع ثمرته فقال بين هذين فاتى بسوط قد ركب به فلان فامر به فجلد ثم قال ايها الناس قد آن لكم ان تنتهوا عن حدود الله فمن اصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله فانه من يبدلنا صفحته نقم عليه كتاب الله (وتنزع ثيابه) لان المقصود ايصال الالم اليه وهو بنزع الثياب اتم وبه قال مالك ويؤيده انه عبر عن الضربة بالجلدة للايماء الى ايصالها بالجلدة نظرا الى اصل المادة وقال الشافعى واحمد يترك عليه قميص اوقميصان لان الامر بالجلد لا يقتضى التجريد (الا الازار) فانه لا ينزع لان فى نزعه كشف عورته وقول صاحب الهداية لان عليا كان يامر بالتجريد فى الحدود غريب بل فى مصنف عبد الرزاق عن على انه اتى برجل فى حد فضربه وعليه كساء قسطلانى قاعدا وفيه ايضا عن الشعبى قال سالت المغيرة بن شعبة عن المحدود اينزع ثيابه عنه قال لا الا ان يكون فروا اوحشوا وفيه ايضا عن ابن مسعود قال لايحل فى هذه الامة تجريد ولا مد ولا غل (يفرق) الجلد (على بدنه) لان جمعه فى عضو واحد قد يفضى الى التلف والجلد زاجر لا متلف (الا رأسه) لئلا يؤدى الى زوال سمعه اوبصره اوشمه (و) الا (وجهه وفرجه) ومعايبه لئلا يؤدى الى هلاكه لما روى ابن ابى شيبة وعبد الرزاق فى مصنفيهما عن على انه اتى برجل سكران اوفى حد فقال للجلاد اضرب واعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير ولعموم ما رواه الشيخان عن ابى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ضرب احدكم فليتق الوجه وقال ابو يوسف آخرا يضرب الرأس سوطا لما روى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن وكيع عن المسعودى عن القاسم ان ابابكر اتى برجل انتفى من ابيه فقال ابو بكر للجلاد اضرب الرأس فان الشيطان فى

(وينزع) عنه (ثيابه) لان النزع ابلغ فى وصول الالم اليه (الا الازار) لان فى نزعه كشف العورة (ويفرق) الضرب (على بدنه) لما وصلت لذة قضاء الشهوة الى كل البدن فليصل الم الضرب الى الكل وقال الشافعى يختص به الظهر (الا رأسه ووجهه وفرجه) وقال ابو يوسف اخرا يضرب الرأس ايضا سوطا

الرأس

الرأس واجيب بان المسعردى ضعيف ولكن يقدم ما فى مسند الدارمى عن سليمان بن يسار ان رجلا يقال صبيغ قدم المدينة فجعل يسأل عن متشابه القرآن فارسل اليه عمر وقد اعدله عراجين النخل فاتى به فقال له من انت قال انا عبد الله صبيغ فاخذ عمر عرجونا من تلك العراجين فضربه على رأسه وقال انا عبد الله عمر وجعل يضربه حتى ادمى رأسه فقال يا امير المؤمنين حسبك قد ذهب الذى كنت اجد فى رأسى وفى الذخيرة عن ابى يوسف لا يضرب البطن ولا الصدر لانه مهلك واختاره بعض المشايخ (قائما فى كل حد) لان مبنى الحدود على الشهرة لقوله تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين)والقيام ابلغ فيها (بلا مد) اى من غير ان يلقى على الارض ويمد رجلاه وقيل معناه من غير ان يمد الضارب يده فوق رأسه وقيل من غير ان يمد السوط على العضو عند الضرب ويجره وبلا ربط ايضا ولامس الا ان يعجزه لان ذلك كله زيادة على المستحق عليه وهو الجلد (وللعبد) والاولى وللمملوك (نصفها) اى نصف المائة جلدة لقوله تعالى (فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) والمراد به الجلد لان الرجم لايتنصف اولعدم الاحصان لفقد شرطه وهو الحرية فاذا ثبت النصف فى الاماء للرق ثبت فى العبد دلالة اذ النص الوارد فى احد المثلين وارد فى الآخر (ولا يحد سيد) عبده وامته (بلا اذن الامام) وقال مالك والشافعى واحمد له ان يحد لقوله صلى الله عليه وسلم كما فى الصحيحين من حديث ابى هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال اذا زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير قال ابن شهاب لاادرى بعد الثالثة او الرابعة الضفير الحبل وفى رواية اذا زنت امة احدكم فتبين زناها فليجلدها ولا يثرب عليها ثم اذا زنت فتبين زناها فليجلدها ولا يثرب عليها ثم اذا زنت الثالثة فتبين زناها فليبعها ولو بضفير اى ولو بحبل من شعر كما فى رواية ومعنى لا يثرب عليها لا يعيرها وقيل لا يبالغ فى جلدها بحيث يدميها ولنا ما روى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن الحسن انه قال اربعة الى السلطان الصلوة والزكوة والحدود والقضاء

(قائما فى كل حد) لان مبنى الحد على التشهير والقيام ابلغ فى ذلك (بلا مد) والمراد ان الجلاد لايمد يده فوق رأسه وقيل مراده انه بعد ما اوقع السوط على بدن المجلود لايمده وقيل ان يطرح على وجه ويمد رجلاه وكل ذلك لايفعل (وللعبد نصفها) اى نصف المائة (ولايحد سيد عبده) اوامته (بلا اذن الامام) وقال الشافعى رحمه الله تعالى له ان يقيم الحد الذى هو محض حق الله تعالى ان عاين سببه لو اقر بين يديه وان ثبت بالبينة فله قولان وفى القذف والقصاص له وجهان

وروى ايضا عن عبدالله بن محيريز انه قال الجمعة والحدود والزكوة والفيء الى السلطان وروى ايضا عن عطاء الخراساني انه قال الى السلطان الصلوة والجمعة والحدود وعن ابن مسعود وابن عباس وابن زبير موقوفا او مرفوعا حق الامام اربعة وفي رواية اربعة الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء فاما التعزير فانه من حقوق الملك والغرض منه التأديب وسبب زيادة مالية فيكون للمولى كادب الدواب ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم فليجلدها فليكن سببا لجلدها بالمرافعة الى الامام او نائبه (ولا ينزع ثيابها) لان فى نزعها كشف عورتها (الا الفرو والحشو) وهو الثوب الذى حشى بين بطانته وظهارته بالقطن لانهما يمنعان وصول الالم وسترها يحصل بدونهما (تحد) اى تضرب المرأة (جالسة) لانه استر لها (وجاز الحفر لها) اى للمرأة فى الرجم وهى احسن لما فيه من الستر ولما فى حديث الترمذى انه صلى الله عليه وسلم رجم امرأة فحفر لها الى السرة ولما فى مسلم من رواية بريدة فى الغامدية ثم امر بها فحفر لها الى صدرها ثم امر الناس فرجموها (لا له) اى لا يجوز الحفر للرجل فى الرجم لما فى صحيح مسلم من حديث ابى سعيد الخدرى قال لما امر النبى صلى الله عليه وسلم برجم ماعز بن مالك خرجنا به الى البقيع فما اوثقناه ولا حفرنا له ولكنه قام لنا فرميناه بالعظام والمدر والخزف فاشتد واشتددنا خلفه حتى اتى عرض الحرة فانتصب لنا فرميناه بجلا ميد الحرة حتى سكت كذا ذكر ولكن تقدم ما فى صحيح مسلم ما فى بريدة انه صلى الله عليه وسلم بعد اعتراف ماعز امر فحفرله حفرة فجعل فيها الى صدره ثم امر الناس فرجموه فاذا تعارض الحديثان دل على جواز كل من الحفر وعدمه له (ولا جمع) يعنى فى المحصن (بين جلد ورجم) وهو قول مالك والشافعى واحمد فى رواية وفى رواية اخرى يجمع وهو قول داود ومختار بن منذر من الشافعية لما روى مسلم من حديث عبادة بن الصامت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة ونفى سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم وتقدم ما روى البيهقى فى سننه عن على انه جمع بين الجلد والرجم ولنا ما تقدم من حديث ماعز

(ولا ينزع ثيابها الا الفرو والحشو) ليصل الالم الى بدنها (وتحد) المرأة (جالسة) لان مبنى حالها على الستر (وجاز الحفر لها) لانه استر لها وربما تضطرب اذا مستها الحجارة فيبدو عورتها وان ترك الحفر لا يضر (لا) يجوز الحفر (له) لان مبنى حاله على التشهير (ولا جمع بين جلد ورجم) فى المحصن وعند اصحاب الظواهر يجلد ثم يرجم

والغامدية

والغامدية ان النبى صلى الله عليه وسلم رجمهما ولم يجلدهما ولو كان الجمع حدا لما تركه ولانه لا فائدة فى الجلد مع الرجم لان الحد شرع زاجرا وزجره بالجلد لا يتأتى مع رجمه وزجر غيره يحصل برجمه اذ هو ابلغ العقوبات الواردة ففى الزائدة لا يتفرع الفائدة ولذا لو تكرر من شخص ما يوجب الحد يكتفى بحد واحد لعدم الفائدة فى الباقى لان المقصود وهو الزجر يحصل بالاول واجيب عن حديث عبادة بجوابين احدهما انه منسوخ قال الخادمى فى كتابه روى حديث ماعز جماعة كسهل بن سعد وابن عباس ونفر تأخر اسلامهم وحديث عبادة كان فى اول الامر وبين الزنافين حدا وقال المنذرى فى مختصره ذهب الى الجمع بين الجلد والرجم على وابن مسعود والحسن وقال ابوبكر وعمر والزهرى والنخعى وابوحنيفة ومالك والشافعى والاوزاعى وسفيان ان الثيب عليه الرجم دون الجلد ورأوا حديث عبادة منسوخا وتمسكوا باحاديث تدل على النسخ منها حديث العسيف اخرجه الشيخان عن ابى هريرة وفيه فان اعترفت فارجمها وهذا الحديث آخر الامرين لان رواية ابى هريرة وهو متأخر الاسلام ولم يتعرض للجلد فيه وثانيهما ان معناه الثيب بالثيب جلد مائة ان كانا غير محصنين والرجم ان كانا محصنين والواو فيها نظيرتها فى قوله تعالى (اولى اجنحة مثنى وثلاث ورباع) وما رووا من ان النبى صلى الله عليه وسلم جمع بين الجلد والرجم فى رجل محمول على انه صلى الله عليه وسلم لم يعلم باحصانه فجلده ثم علم باحصانه فرجمه يدل على ذلك ما اخرجه ابو داود والنسائى عن ابن وهب قال سمعت ابن جريج يحدث عن ابى الزبير عن جابر ان رجلا زنى فامر به النبى صلى الله عليه وسلم فجلد ثم اخبر انه قد كان احصن فامر به فرجم (ولا جلد) اى ولا جمع فى غير المحصن بين جلد (ونفى الا سياسة) وتعزيرا لاحدا وقال الشافعى واحمد والثورى والاوزاعى يجمع بينهما حدا وقال مالك يجمع بينهما فى الرجل دون المرأة وفى الحر دون العبد ومن نفى حبس فى الموضع الذى ينفى اليه وقال الشافعى واحمد ينفى العبد نصف السنة لهم ما روى البخارى من حديث زيد بن خالد عن النبى صلى الله عليه وسلم انه امر فى من زنا

(ولا) جمع (بين جلد ونفى) وقال الشافعى يجمع بينهما حدا فيجلده مائة ويغرب سنة (الا سياسة) بان راى الامام فى ذلك مصلحة فيغرب بقدر مايرى وذلك تعزير لاحد ولا يختص بالزنا بل يجوز فى كل جناية والرأى فيه الى الامام

ولم يحصن بجلد مائة وتغريب عام قال ابن شهاب فاخبرنى عروة بن الزبير ان عمر بن الخطاب غرب ثم لم تزل تلك السنة وروى ايضا من حديث ابى هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفى عام وباقامة الحد عليه وما روى الترمذى من حديث نافع عن ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب وان ابابكر ضرب وغرب وان عمر ضرب وغرب ولنا قوله (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة)من غير تعرض للتغريب فلا يكون من موجب الزنا وان فى التغريب تعريض المرأة للزنا لانها كلما تباعدت عن الاقارب قل حياؤها من الاجانب فربما اتخذت الزنا من المكاسب ولان سفر المرأة بغير محرم حرام ولا ذنب للمحرم حتى ينفى معها ولا يقاس على المهاجرة عن دار الحرب لانها لا تقصد سفرا وانما تطلب الخلاص عذرا حتى لو وصلت الى جيش من المسلمين لهم منعة لا يجوز لها ان تخرج من عندهم وتسافر وكذا فى العبد والامة حق المولى فى الخدمة وهو مقدم على حكم الشرع فلا يفصل بينهما وبين مولاهما وما رووه كان بطريق السياسة دون الحد لما روى عبد الرزاق فى مصنفه عن معمر عن الزهرى عن ابن المسيب قال غرب عمر ربيعة بن امية بن خلف فى الشراب الى خيبر فلحق بهرقل فتنصر فقال عمر لا اغرب بعده مسلما وروى ايضا عن ابى حنيفة عن حماد بن ابى سليمان عن ابراهيم النخعى رحمهم قال قال ابن مسعود فى البكر يزنى بالبكر يحد ان مائة وينفيان سنة قال وقال على حسبهما من الفتنة ان ينفيا ورواه ايضا بهذا السند محمد بن الحسن فى الآثار فاخذنا بقول على كرم الله وجهه لانه اقرب الى رفع الفتنة ورفع الفساد والله رؤف بالعباد (ويرجم المريض) لان الرجم متلف فلا يتاخر بسبب المرض (ولا يجلد الا بعد البرء) لئلا يفضى الجلد الى التلف وهو انما شرع زاجرا لا متلفا ولذا لايقام حد الجلد فى شدة الحر ولا فى شدة البرد ولو كان من وجب عليه الحد ضعيفا لايرجى برؤه وخيف عليه هلاكه يجلد جلدا خفيفا بقدر ما يحمله (وترجم الحامل بعد الوضع) لان جنينها لا يستحق الرجم لعدم الجناية منه وتحبس حتى تلد ان ثبت زناها بالشهادة ولا تحبس ان

(و) اذا زنى المريض وحده الرجم (يرجم المريض و) ان كان حده الجلد (لايجلد الا بعد البرء)لان الجلد فى المرض قد يقع مهلكا (وترجم الحامل بعد وضع الحمل) وعن ابى حنيفة انه يؤخر الى ان يستغنى الولد عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته

ثبت بالاقرار وعن ابى حنيفة رحمه الله ان الرجم يؤخر الى ان يستغنى ولدها عنها اذا لم يكن له احد يربيه روى مسلم عن بريدا قال جاءت الغامدية فقالت يا رسول الله انى قد زنيت فطهرنى وانه ردها فلما كان الغد قالت يا رسول الله لم تردنى لعلك تريد ان تردنى كما رددت ماعزا فو الله انى لحبلى من الزنا قال اما لا فاذهبى حتى تلدى فلما ولدت اتته بالصبى فى خرقة قالت هذا قد ولدته قال اذهبى فارضعيه حتى تفطميه فلما فطمته اتته بالصبى فى يده كسرا خبز فقالت هذا يا رسول الله قد فطمته وقد اكل الطعام فدفع الصبى الى رجل من المسلمين ثم امر بها فحفر لها الى صدرها وامر الناس فرجموها ورواه ايضا عن علقمة بن مرثد عن سليمان ابن بريدا عن ابيه الى ان قال لها اذهبى حتى تضعى ما فى بطنك فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت ثم اتى النبى صلى الله تعالى عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية قال اذا لانرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقام رجل من الانصار فقال الى رضاعه يا رسول الله قال فرجمها وهذا يقتضى انه رجمها حين وضعت والاول يقتضى انه تركها حتى فطمت ولدها ويتقوى الثانى بما اخرجه مسلم من رواية عمران بن حصين وفيه انه عليه السلام رجمها بعد ان وضعته وقال بعضهم يحتمل ان تكونا امرأتين احديهما وجد لو لدها كفيل والاخرى لم يوجد له كفيل فوجب امهالها حتى يستغنى ولدها (وتجلد) الحامل (بعد النفاس) لانه نوع مرض فينتظر البرء منه بخلاف الرجم لان التأخير فيه لاجل الولد وقد انفصل (ويدرء الحد بالشبهة فى الفعل اى ظن غير الدليل دليلا) وتسمى شبهة اشتباه اى شبهة فى حق من حصل له اشتباه وانما يدرء الحد بالشبهة لما قد مناه مرفوعا ولما روى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن عمر بن الخطاب انه قال لان اعطل الحدود بالشبهات احب الى من اقيمها بالشبهات وروى ايضا عن معاذ وعبدالله بن مسعود وعقبة بن عامر انهم قالوا اذا اشتبه عليك الحد فادرأه (كامة ابويه) وان عليا (و) امة (زوجته) لان اتصال الاملاك بين الاصول والفروع مظنه اعتقاد ان للفرع وطىء امة الاصل ولان الزوج يعد غنيا بمال زوجته قال الله تعالى (ووجدك

(و) ان كان حدها الجلد (تجلد بعد النفاس) لان النفاس نوع مرض فينتظر البرء منه (ويدرأ الحد بالشبهة) وهى ما يشبه الثابت وليست بثابت وهى انواع شبهة (فى الفعل اى ظن غير الدليل الحل دليلا) وهى يتحقق فى حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه (كامة ابويه) وكذا امة جده وان علا (وامة زوجته)

(فلا يحد ان ظن انها تحل له) وان قال علمت انها حرام حد وان ادعى احدهما الظن ولم يدع الآخر ذلك لم يحد حتى يقرا انهما علما بالحرمة وروى الحسن عن ابيحنيفة رحمه الله ان الجارية ان ادعت العلم ولم يدع الفعل حد فان اتصال الاملاك بين الاصول والفروع قد يوهم ان للابن ولاية وطى جارية الاب وغنى الزوج بمال الزوجة المستفاد من قوله تعالى ووجدك عائلا فاغنى اى بمال خديجة رضى الله تعالى عنها قد يورث شبهة كون مال الزوجة ملكا للزوج (و) شبهة (فى المحل اى بقيام دليل نافى للحرمة ذاتا) اى بالنظر الى ذات الدليل فان الدليل ههنا ينفى الحرمة بالذات اى لو نظر الى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون منافيا للحرمة بخلاف الشبهة فى الفعل فانه ليس هناك دليل بل ظن غير الدليل دليلا (كامة ابنه) فان للاب حق فى مال الولد لقوله عليه السلام انت ومالك لابيك (ومعتدة الكنايات) بان قال لها انت بائن اوعلى حرام اوبتة اوغير ذلك من الكنايات ثم جامعها فى عدتها لاحد عليه لاختلاف الصحابة فى وقوع البينونة بهذه الالفاظ فتبقى شبهة قيام النكاح (و) الامة (المبيعة قبل التسليم) بان وطيها البائع لاحد عليه لانها فى ضمانه وبيده والملك وان زال لكن شبهة الملك باقية بدليل انها لو هلكت فى يد البائع عادت الى قديم ملك البائع

عائلا فاغنى) اى بمال خديجة فاورث ذلك شبهة كون مال الزوجة مال للزوج ويكون شبهة الفعل فى مطلقته ثلاثا وهى فى العدة وفى ام ولد اعتقها مولاها وهى فى العدة وفى جارية المولى فى حق عبده وفى الجارية المرهونة فى حق المرتهن وبه قال الشافعى رحمه الله فى قول وقال فى قول لايسقط الحد عن المرتهن وبه قال احمد (فلا يحد) الواطى فى هذه الصور (ان ظن انها) اى الموطوءة (تحل) قيد به لانه لو قال ظننت انها لا تحل لى يحد لان المحل خال عن الملك ومقه فكان زنا حقيقة وانما يسقط الحد لمعنى راجع اليه وهو الظن ولهذا لو جائت بولد لا يثبت نسبه وان ادعاه وحكم زفر بحده لانه وطى حرام فى غير الملك وشبهته ولا اعتبار فلتأويل الفاسد (و) يدرء الحد بالشبهة (فى المحل اى بقيام دليل نافى للحرمة ذاتا) والمعنى انا لو نظرنا الى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون نافيا للحرمة (كامة ابنه) يعنى وان سفل والاول كام ولده والدليل النافى للحرمة ما رواه ابن ماجه باسناده قال ابن القطان صحيح وقال المنذرى رجاله ثقات من حديث جابر ان رجلا قال يا رسول الله ان لى مالا وولدا وان ابى يريد ان يجتاح مالى فقال رسول الله انت ومالك لابيك (ومعتدة الكنايات) والدليل فيها قول عمر وابن مسعود وآخرين ان الواقع بالكنايات رجعى واصله ان عمر وعبد الله بن مسعود كانا يقولان فى المرأة اذا خيرها زوجها فاختارته فهى امرأته وان اختارت نفسها فهى تطليقة واحدة وزوجها املك بها وفى مصنف عبد الرزاق عن الشعبى انهما قالا ان اختارت زوجها فلا باس وان اختارت نفسها فهى واحدة وله عليها الرجعة وفيه ايضا اخبرنا الثورى عن حماد عن ابراهيم عن عمر فى الخلية والبرية والبتة والباينة هى واحدة وهو احق بها قال وقال على هى ثلاث وقال شريح له مانوى فطلقت نفسها ثلاثا قال هى واحدة وعن جابر بن عبد الله اذا خير الرجل امرأته فاختارت نفسها فهى واحدة وفى آثار محمد بن الحسن اخبرنا ابوحنيفة عن ابراهيم النخعى ان زيد بن ثابت كان يقول اذا اختارت زوجها فلا شئ وهى امرأته وان اختارت نفسها فهى ثلاثة وهى حرام عليه تنكح زوجا غيره وكان على بن ابى طالب يقول اذا اختارت زوجها فهى واحدة والزوج املك بها وان اختارت نفسها فهى واحدة وهى املك بنفسها (والمبيعة قبل التسليم) والدليل فيها كونها

فى

فى يد البائع بحيث لو هلكت انتقض البيع فان ذلك دليل الملك ويكون شبهة المحل فى الجارية المشتركة بينه وبين غيره لوجود ملكه فى بعضها (فلا يحد وان اقر بالحرمة) لان الشبهة اذا كانت فى المحل يثبت فيه الملك فلم يبق اسم الزنا فيمتنع الحد على التقدير كلها ويثبت النسب ان ادعاه لان النسب يعتمد قيام الملك او الحق فى المحل (وحد بوطى امة اخيه وعمه) وكل محرم غير الولاد ولو قال ظننت انها تحل لانه لا انبساط بين هؤلاء فى مالهم فلا يستند ظنه الى دليل فان قيل ما باله لوسرق من بيت هؤلاء لايقطع اجيب بان الحرز لم يتحقق فى حقه لدخوله فى بيتهم بلا استيذان والقطع دائر مع هتك الحرز ولم يوجد والحد دائر مع الزنا وقد وجد ويندرئ بالحل اوشبهته ولم يوجد الا ترى ان الضيف اذا سرق من المضيف لا يقطع واذا زنى بجاريته يحد (و) بوطئ (اجنبية وجدها فى فراشه وان قال ظننت انها امرأتى لان ظنه لم يستند الى دليل لان امرأته لاتشتبه عليه بعد طول الصحبة وقد ينام فى فراشها غيرها فن المحارم والمعارف وقال الشافعى واحمد لاحد عليه ان ظن انها امرأته او امته قياسا على من زفت اليه وعلى من شرب شرابا على ظن انه ليس بخمر حيث لا يحد واجيب بالفرق بانه لا يميز بين المرأة وغيرها فى اول وهلة ولابين الخمر وغيرها الا بالشرب (وان هو) اى وان كان الذى وجدها على فراشه (اعمى) لانه يقدر على التميز بالسؤال او بغيره من الحركات والهيئات فكان كالبصير الا اذا دعا زوجته فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك او قالت انا فلانة باسم امرأته فوطئها فلا يحد لان ظنه استند الى دليل شرعى وهو الاخبار ولو اجابته ولم تقل انا زوجتك ولا انا فلانة يحد لعدم ما يوجب السقوط (الا ان زفت) اى لا يحد بوطئ اجنبية بعثت اليه (وقلن) اى النسوة التى معها (هى زوجتك) وكان تزوج امرأة ولم يدخل بها بعد لانه اعتمد دليلا شرعيا فى موضع الاشتباه وهو الاخبار اذ المرء لا يميز بين زوجته وغيرها فى اول وهلة وعليه مهرها وعليها العدة ويثبت نسب ولدها منه وقد سئل ابوحنيفة عن اخوين تزوجا اختين فزفت كل واحدة الى زوج اختها فقال ليطلق كل واحد زوجته ثم يتزوج من وطئها وقال سفيان الثورى على كل واحد منهما المهر وعلى كل واحدة العدة فاذا مضت عدتها دخل بها زوجها فقال ابوحنيفة ما قلت احسن ارأيت لو صبر

(فلا يحد) فى هذه الصور (وان اقر بالحرمة) لقيام الدليل نظرا الى ذاته (وحد بوطى امة اخيه وعمه) وكذا سائر محارمه سوى الولاد وان قال ظننت انها تحل لى لان ظنه لم يستند الى الدليل (و) بوطى امرأة (اجنبية وجدها فى فراشه) فوطيها وان قال حسبتها امرأتى لانه بعد امتداد العهد وطول الصحبة لاتشتبه عليه امرأته (وان كان هو اعمى) لانه يقدر على التمييز بالحركات والهيئات (لايحد ان زفت اليه) غير زوجته (وقلن) اى النساء (هى زوجتك) لانه اعتمد دليلا معتبرا وهو الاخبار فى موضع الاشتباه اذ المرء لايميز بين زوجته وغيرها فى اول الوهلة

كل واحد منهما حتى مضت العدة اما كان يبقى فى قلب كل منهما شئ لدخول اخيه بامرأته فاذا طلق كل زوجته قبل الدخول والخلوة لا تجب العدة فاذا طلق بعد ذلك فعدتها ممن دخل بها لا يمنعه من نكاحها ولم يبق فى قلب كل منهما شئ (ولايحد الخليفة) وهو الامام الذى ليس فوقه امام لافى زنا ولافى شرب خمر ولافى قذف لان الحدود حق تعالى وهو نائبه والمقيم لها فلا يمكنه ان يقيمها على نفسه لانها لا تقع مولمة فلا تكون زاجرة والمقصود من الحدود الزجر وكذا لو امر غيره باقامتها عليه لانقع مولمة لانه يهابه والظاهر انه يرجم والله اعلم (ويقتص) منه (ويؤخذ بالمال) لان القصاص والاموال من حقوق العباد فيستوفيهما صاحبهما بنفسه او بالاستعانة بالمسلمين ولا يشترط فيهما القضاء بخلاف حد القذف فان المغلب فيه حق الشرع عندنا وحق العبد عند الشافعى فحكمه حكم ما هو حق الشرع خالصا ثم اعلم انه لا يحد بزنا فى دار الحرب او البغى عندنا وحكم مالك الشافعى بحده لاطلاق الآيات الواردة فى حد الزانى وقطع السارق وجلد القاذف ولقوله عليه السلام اقيموا حدود الله فى السفر والحضر على القريب والبعيد ولا تبالوا فى الله لومة لائم رواه ابو داود فى المراسيل وقال رويناه باسناد موصول فى السنن ولانا روى محمد فى كتاب السير الكبير عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من زنا او سرق فى دار الحرب واصاب بها حدا ثم هرب فخرج الينا فانه لايقام عليه الحد وما روى البيهقى عن الشافعى قال قال ابو يوسف رحمه الله حدثنا بعض اشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال لايقام الحدود فى دار الحرب مخافة ان يلحق اهلها بالعدو قال وحدثنا بعض اصحابنا عن ثور بن يزيد عن حكيم بن عمير ان عمر بن الخطاب كتب الى عمير بن سعد الانصارى والى عماله ان لاتقيموا الحدود على احد من المسلمين فى ارض الحرب حتى يخرجوا الى ارض المصالحة وروى الاخير ابن ابى شيبة فى مصنفه قال حدثنا ابن المبارك عن ابى بكر بن ابى مريم عن حكيم بن عمير به وزاد لئلا تحمله حمية الشيطان ان يلحق بالكفار وفيه ايضا حدثنا ابن المبارك عن ابى بكر بن عبدالله بن ابى مريم عن حميد بن عقبة بن رومان ان ابا الدرداء نهى ان يقام على احد حد فى ارض العدو وفى سنن ابى داود والترمذى والنسائى عن بسر بن ارطاة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم

(ولايحد الخليفة) اى الامام الذى ليس فوقه امام فانه لو زنى اوسرق اوشرب اوقذف لايحد ولايؤخذ لان الحد حق الله تعالى والخليفة هو المكلف باقامته وتعذر اقامته على نفسه (و) ان قتل الخليفة انسانا (يقتص) لان حق استيفاء القصاص للولى فيكون الخليفة كغيره وكذا (يؤخذ) الخليفة (بالمال) ان اتلفه فان من له الحق هو المالك والوارث

يقول

يقول لاتقطع الايدى فى السفر ولفظ الترمذى فى الغزو وقال هذا حديث غريب والعمل عليه عند بعض اهل العلم منهم الاوزاعى يرون ان لا يقام الحد فى الغزو بحضرة العدو مخافة ان يلحق من يقام عليه الحد بالعدو مكلفة زنا بها غير مكلف فلا تحد عندنا واثبته زفر كمالك والشافعى وهو رواية عن ابى يوسف رحمهم الله وحد لو كان الامر بالعكس بان زنا مكلف بغير مكلفة وهذا باجماع الامة وواطى محرمه بعد العقد عليها والعلم بالحرمة يعزر عند ابى حنيفة رحمه الله وحكما بالحد كمالك والشافعى وقال صاحب الاسرار كلاهما اوضح فهو اصح وواطئ مستأجريه لزنا بها يعزر عند ابى حنيفة وحكما بالحد كمالك والشافعى واللائط يعزر عند ابى حنيفة رحمه الله ويسجن حتى يموت اويتوب فصار كما لو اتى امرأته فى الموضع المكروه منها او اتى عبده او بهيمة او اجنبية فى غير السبيلين منها وحكما بالحد كمالك والشافعى رحمهم الله لما فى معجم الطبرانى عن جابر قال سمعت سالم بن عبد الله وابان بن عثمان وزيد بن حسن يذكرون ان عثمان اتى برجل قد فجر بغلام من قريش معروف النسب فقال عثمان ويحكم اين الشهود احصن قالوا تزوج امرأة ولم يدخل بها بعد فقال على لعثمان لو دخل بها لحل عليه الرجم فاما اذا لم يدخل بها فاجلده الحد قال ابو ايوب اشهد انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذى ذكر ابو الحسن فامر به عثمان فجلد مائة وما اخرجه البيهقى عن عطاء بن ابى رباح قال اتى ابن الزبير سبعة فى لواطة اربعة منهم قد احصنوا وثلاثة لم تحصنوا فامر بالاربعة فرضخوا بالحجارة وامر بالثلاث فضربوا الحد وابن عباس وابن عمر فى المسجد واما ما رواه ابوداود والترمذى من قوله عليه السلام من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به وفى لفظ فارجموا الاعلى والاسفل محمول على هذا المقيد وفى قول لمالك والشافعى يرجمان بكل حال ولانه فى معنى الزنا بل اقبح ولابى حنيفة رحمه الله انه ليس بزنا فلا يثبت فيه حد وذلك لان الصحابة قد اختلفوا فى موجبه فمنهم من اوجب التحريق بالنار ومنهم من قال يهدم عليه الجدار ومنهم من قال ينكس من مكان مرتفع مع اتباع الاحجار ولو كان زنا لما اختلفوا كذا ذكره بعض المحققين ثم ذكر ما نقل من الصحابة فقال روى البيهقى فى شعب الايمان من طريق ابن ابى الدنيا

بسنده ان خالد بن الوليد كتب الى ابى بكر انه وجد رجلا فى بعض نواحى العرب ينكح كما تنكح المرأة فجمع ابوبكر الصحابة فسألهم فكان من اشدهم فى ذلك قولا على رضى الله عنه قال هذا ذنب لم تعص به الا امة واحدة صنع الله بها ما قد علمتم نرى ان تحرقه بالنار فاجتمع رأى الصحابة على ذلك وروى الواقدى فى كتاب الردة بسنده وقال كتب خالد الى ابى بكر الصديق اخبرك انى اتيت برجل قامت عندى البينة انه يوطأ فى دبره كما توطأ المرأة فدعا ابوبكر الصحابة واستشارهم فيه فقال له عمر وعلى احرقه بالنار فان العرب تأنف انفا لا يانفه احد غيرهم وقال غيرهما اجلده فكتب ابوبكر الى خالد ان احرقه بالنار فحرقه وروى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن ابى نضرة قال سئل ابن عباس ما حد اللواطة قال ينظر الى اعلى بناء فى القرية فيرمى منه منكسا ثم يتبع بالحجارة وكان مأخذهم هذا ان قوم لوط اهلكوا بذلك حيث حملت قراهم ونكست بهم ولاشك فى اتباع الهديم بهم وهم نازلون انتهى والظاهر ان عذابهم كان مركبا من التنكيس وامطار الحجارة عليهم ثم ان اريد من التعزير ما ذكر فى بابه فلا شك انه ليس قول احد من الصحابة وانما هو احداث قول آخر فانه لا يجوز فتعين ما قال صدر الشريعة ان عند ابى حنيفة رحمه الله يعزر بامثال هذه الامور والله تعالى اعلم

فصل

فصل فى حد القذف

(من قذف) رجلا (محصنا) او امرأة محصنة (اى حرا مكلفا مسلما)

فى حد القذف وهو لغة الرمى ومنه قوله تعالى (بل نقذف بالحق على الباطل فيدمغه) وشرعا الرمى بالزنا لمعنى القذف فيه وهو من الكبائر اجماعا لقوله تعالى (ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم) ولقوله عليه السلام كما فى الصحيحين وغيرهما اجتنبوا السبع الموبقات اى المهلكات قيل وما هن يا رسول الله قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التى حرم الله واكل الربوا واكل مال اليتيم والتولى يوم الزحف وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات (من قذف) وهو مكلف حر اوعبد (محصنا اى حرا) وعن داود انه يحد قاذف العبد (مكلفا) واحمد فى رواية لا يشترط البلوغ بل يشترط ان يكون بحيث يجامع (مسلما) وعن ابن المسيب وابن ابى ليلى يحد قاذف

الذمية التى لها ولد مسلم (عفيفا عن الزنا) اى معروفا بكف نفسه عنه غير متهم به لان غير العفيف لايلحقه شين بالقذف وكذا قاذفه صادقا فيه (بصريحه) اى تصريح واى لسان كان من عربى وفارسى ونبطى وهو متعلق بقذف واحترز به عما لو قذف بلفظ الجماع او المباضعة حراما او بالتعريض بان قال لرجل ما انا بزان او ما امى بزانية فانه لايحد عندنا وبه قال سفيان وابن شبرمة والحسن بن صالح والشافعى واحمد فى رواية وقال مالك واحمد رحمهم الله فى رواية يحد لما روى مالك فى الموطاء عن ابى الرجال محمد بن عبدالرحمن بن حارثة بن النعمان الانصارى عن امه عمرة بنت عبد الرحمن ان رجلين استبا فى زمن عمر بن الخطاب فقال احدهما للآخر والله ما ابى بزان ولاامى بزانية فاستشار فى ذلك عمر بن الخطاب فقال قائل مدح اباه وامه وقال آخرون قد كان لابيه وامه مدح غير هذا نرى ان تجلده الحد فجلده عمر الى ثمانين ولنا ما رواه الشيخان من حديث ابى هريرة ان اعرابيا قال يا رسول الله ان امرأتى ولدت غلاما اسود قال هل لك من ابل قال نعم قال ما الوانها قال حمر قال فهل فيها من اورق اى ما فى لونه بياض وسواد قال ان فيها اورق قال فانى اتيها ذلك قال لعله نزعه عرق قال وكذلك وهذا الولد لعله نزعه عرق وترجم عليه البخارى باب اذا عرض بنفى الولد وزاد فى لفظ وانى انكرته يعرض بانه ينفيه وما روى ابو داود والنسائى من حديث ابن عباس قال جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان امرأتى لا تمنع يد لامس قال غربها بتشديد الراء المكسورة اى اجعلها غريبة يعنى طلقها كما فى بعض الروايات قال اخاف ان تتبعها نفسى قال فاستمتع بها وفى رواية فامسكها وقوله لاتمنع يد لامس كناية عن زناها وايضا ان الله تعالى فرق بين التعريض بالخطبة فى العدة فاباحه وبين التصريح بها فمنعه حيث قال (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء او اكننتم فى انفسكم) الاية فليفرق بينهما بالقذف ايضا وانه تعالى اوجب حد القذف بصريح الزنا فلم يكن ايجابه بكناية الحاقا لها به دلالة لان الكنايات والتلويح دون التصريح لما فيها من الاحتمال والله تعالى اعلم بحقايق الاحوال ثم القذف اما بصريحه يازانى ياعاهر يا ابن الزانى يابن الزانية (او) بدلالة كالقول (بلست لابيك) اذا كانت

عفيفا عن الزنا) فالاحصان فى حد الزنا شرط فيه الوطى بنكاح صحيح بخلاف الاحصان فى حد القذف (بصريحه) اى بصريح الزنا كزنيت مثلا واحترز به عما اذا كانت القذف بطريق الكناية بان قال لرجل محصن يازانى فقال الآخر صدقت لم يحد المصدق (او بلست لابيك) هذا اذا كانت امه محصنة لانه قذف امه محصنة

امه محصنة قيدنا به لان هذا فى الحقيقة قذف لامه فانه اذا لم يكن من ابيه كان من غيره ولا نكاح لغير ابيه على امه فكان فى نفى نسبه من ابيه قذف امه بالزنا (اولست بابن فلان فى غضب) مشاتمة وهو قيد فى هذه المسئلة والتى قبلها (وهو) اى فلان (ابوه) جملة حالية (حد ثمانين سوطا) لقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) والمراد الرمى بالزنا باجماع العلماء وفى الآية اشارة اليه حيث شرط اربعة شهداء فان ذلك من خصايص الزنا ثم النص وان ورد فى المحصنات الا الان المحصنين ايضا كذلك لان المعنى وهو رفع العار يشملهما فكان النص متناولا لهم دلالة وعليه الاجماع وخصهن لان القذف فى الاغلب يقع بهن (كحد الشرب) فى الكمية وهو ثمانون سوطا وفى الثبوت وهو الاقرار اوشهادة رجلين قيد بكون فلان اباه لانه لوكان جده لايحد وقيد بالغضب كما فى بعض النسخ وهو الصحيح لانه لوكان فى رضى لايحد لان فى حال الرضا يحتمل ان يراد بهذا اللفظ المعاتبة بمعنى انت لاتشبه اباك فى الكرم والمروة وفى المبسوط وكذا لو قال انك ابن فلان وهو غير ابيه فى حال المشاتمة لان مقصوده نفى نسبه من ابيه ونسبة امه الى الزنا بخلاف حالة الرضا لان مراده ان اخلاقك تشبه اخلاق فلان لانه قال لست بابن فلانة وهى امه اوقال لست بابن فلان ولا بابن فلانة وفلان ابوه وفلانة امه لايحد لافى حالة الرضا ولافى حالة الغضب لانه ليس فيه قذف امه لالفظا ولا اقتضاء لان نفيه عن امه نفى لولادتها له ونفى ولادتها له نفى للوطى عنها وفى نفى الوطى نفى الزنا بخلاف ما اذا لم يقل ولا ابن فلانة فانه نفاه عن الوالد فقد وولادة الولد ثابتة عن امه فصار كانه قال انت ولد الزنا (والطلب بقذف الميت للوالد) وان علا (والولد وولده) وان سفل لان العار يلحق هؤلاء لمكان الجزئية فكان القذف متناولا لهم ويدخل فى عبارته ولد البنت وهو قول ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد ليس له ان يطلب لانه منسوب الى ابيه لاالى امه فلا يلحق بزنا ابى امه عار ولهما ان العار يلحقه لثبوت النسب من الطرفين (ولو) كان (محروما) من الارث كولد الولد مع الولد الكافر والعبد خلافا لزفر فى الجميع وقال مالك والشافعى الطلب لوارث الميت وهو مبنى على ان الغالب فيه عنده حق العبد فيورث وعندنا حق الله تعالى فلا يورث (ولايطالب احد سيده ولا

(اباه)

(اولست بابن فلان فى غضب (وهو ابوه) المعروف الذى يدعى له (حد) خبر لقوله من قذف (ثمانين سوطا) ان كان القاذف حرا بشرط مطالبة المقذوف (كحد الشرب) فان الصحابة تشاوروا فى حد الشرب فقال كل واحد منهم ما بدأ له فقال على رضى الله عنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين فى كتاب الله تعالى ثمانون سوطا فاستحسنوه واتفقوا على ذلك فكان اجماعا وقال الشافعى رحمه الله تعالى حد الشرب اربعين سوطا (و) حق (الطلب يقذف الميت للوالد والجد) وان علا (والولد وولده) وان سفل (ولو) كان الولد (محروما) من الارث كولد الولد مع وجود الولد والكافر والعبد خلافا لزفر رحمه الله تعالى وكالقاتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد رحمه الله تعالى وعند الشافعى رحمه الله تعالى حق الطلب لكل وارث لان حد القذف يورث عنده وعندنا لايورث بل يثبت لمن يلحق به عار بنفى النسب (ولايطالب احد سيده

(اباه) وان علا (بقذف امه) ولا ام امه وان علت بقذف ابيه وبه قال الشافعى واحمد ومالك فى رواية لان السيد لايعاقب بسبب عبده والوالد لايعاقب بسبب ولده ولذا لايقاد من الوالد اذا قتل ولده ولامن السيد اذا قتل عبده (وليس فيه ارث) خلافا للشافعى (و) لا (عفو) من المقذوف عن القاذف خلافا لمالك والشافعى واحمد لكن عندنا لوعفى المقذوف لايحد القاذف لتركه الطلب لالصحة العفو حتى لوعاد وطلب يحد (و) لا (عوض) اى اعتياض خلافا للشافعى واحمد ولاخلاف فى ان فى حد القذف حقين حق الشرع وحق العبد اما حق العبد فلانه شرع لصيانة عرض العبد ولدفع العار عن المقذوف وهوالذى ينتفع به على الخصوص ولذا يشترط فيه الدعوى ولايبطل بالتقادم ويقيمه القاضى بعلمه ويقدم استيفاؤه على سائر الحدود ولايبطل بالرجم ولايصح الرجوع عنه بعد الاقرار واما حق الشرع فلانه شرع زجرا للمفسدين ولذا لايباح القذف بالاباحة ويستوفى حده الامام دون المقذوف ويجرى فيه التداخل حتى لوقذف واحد احدا مرات اوجماعة مرة كان عليه حد واحد فغلب مالك والشافعى واحمد حق العبد لحاجته وغنى الشرع اذ هو الاصل فيما اجتمع فيه الحقان وغلبنا حق الشرع نظرا للمقصود منه وهو اخلاء العالم عن الفساد الذى هو حق الله وما للعبد من الحق يتولاه مولاه ولا كذلك العكس لانه لا ولاية فى استيفاء حق الشرع الا بالنيابة وانما يقدم حق العبد فيمالم يمكن الجمع بين الحقين وهنا امكن فلا حاجة اليه وقال صدر الاسلام ابو اليسر فى مبسوطه الصحيح ان المغلب فيه حق العبد كما قال الشافعى لان اكثر الاحكام يدل عليه وقد نص محمد فى الاصل على ان حد القذف حق العبد كالقصاص الا انه فوض اقامته الى الامام لان كل احد لا يهتدى لاقامة الحد (وفى يازانى فقال بل انت) وفى بعض النسخ لابل انت (حدا) اى البادى بالقول والمجيب له لان كل واحد منهما قاذف اما البادى فظاهر واما المجيب فلان معنى كلامه انت الزانى لان كلمة بل للاضراب عن المتبوع وصرف الحكم الى التابع وقد يؤتى بلا معها لتأكيد ذلك فيصير قاذفا (ولعرسه) اى ولو قال لامرأته يازانية فقالت بل انت اولابل انت (حدت ولاعان) لانهما قاذفان وقذفها اياه يوجب الحد وقذفه اياها يوجب اللعان فيبدأ بالحد لان فى البداءة به فائدة وهى ابطال اللعان لان المحدود فى القذف لايلاعن وفى البداية باللعان لايبطل حدها

(و) لكن (لاعان) لانها لما حدت لم تبق اهلا للعان اذ اللعان لايجرى بين المحدودة فى القذف وبين زوجها

(ولا اباه يقذف امه) اى المحصنة اى ان قذف السيد ام عبده ليس للعبد مطالبة الحد من سيده وكذا ان قذف الاب ام ابنه ليس للابن المطالبة من الاب ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالبه (وليس) اى لايجرى (فيه) اى فى حد القذف (ارث) اى ان مات المقذوف بطل الحد عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى يجرى فيه الارث فلا يبطل بموت المقذوف (و) كذا لايجرى فيه (عفو واعتياض) والاصل ان حد القذف مشتمل على حق الله تعالى وحق العبد اتفاقا فمن حيث انه شرع لصيانة عرض العبد وشرط فيه الدعوى لقبول الشهادة ولايبطل بالتقادم ولايصح الرجوع بعد الاقرار حق العبد ومن حيث انه سمى حدا والحد ردع شرع واجر حقا لله تعالى ولايباح القذف باباحة العبد ويستوفيه الامام دون المقذوف ولاينقلب مالا ويتنصف بالرق والعقوبات الواجبة لله تعالى يتنصف بالرق حق الله تعالى الا ان الشافعى رحمه الله تعالى مال الى تغليب حق العبد تقديما لحقه على حق الله تعالى لحاجة العبد وغنا الشرع ونحن مللنا الى تغليب حق الشرع لان حق العبد يصير مرعيا باعتبار حق الشرع لان ما للعبد يجوز ان يتولاه مولاه وما للشرع لايصير مرعيا باعتبار حق العبد اذ لاولاية له فى استيفاء حق الشرع فيخرج على هذا الاصل الفروع المختلف فيها منها الارث اذ الارث يجرى فى حقوق العباد لافى حقوق الشرع ومنها العفو فلا يصح عفو المقذوف عندنا وعنده يصح وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى فى العفو مثل قول الشافعى رحمه الله تعالى ومنها انه لايجوز الاعتياض عندنا ويجوز عنده (وفى) قوله لاخر (يازانى فقال الاخر بل انت حدا) لان كل واحد منهما قذف صاحبه اما الاول فظاهر وكذا الثانى لان معناه بل انت زان (و) لو قال رجل (لعرسه) يازانية فقال لابل انت (حدت) العرسة لانها قذفت الزوج فتحد وينبغى ان يجب اللعان لان قذف الرجل امرأته يوجب اللعان

لان حد القذف يجرى على الملاعنة واللعان فى معنى الحد فيحتال لدرقه وفى المبسوط لو قال لامرأته يازانية بنت الزانية صار قاذفالها ولامها وقذفها يوجب اللعان وقذف امها يوجب الحد فاذا طلبته هى وامها بدىء بالحد لما فى البداية به اسقاط اللعان (وان قالت) العرس فى جواب قول زوجها يازانية (زنيت بك هدرا) اى بطل قول الزوج والعرس وفى بعض النسخ هدر اى بطل هذا القول فلا حد ولا لعان لانه يحتمل انها ارادت قبل النكاح فيكون تصديقا اياه ويجب عليها الحد لانها قذفته ولم يصدقها ويحتمل انها ارادت حال النكاح اى زنای هوالذى كان معك بعد النكاح لانى مامكنت احدا غيرك ولا حصل منى فعل الزنا وهو المرادفى مثل هذه الحالة لانه اغضبها واذاها فتغضبه وتؤذيه متمسكة بقوله تعالى (الزانية لا ينكحها الأزان) فلا تكون مصدقة له ولا قاذفة فلا يجب عليها الحد ويجب اللعان بقذفه لها فقد وجب كل واحد من القذف واللعان فى حال دون حال فلا يجب واحد منهما بالشك وبقولنا قال احمد وقال مالك تحد لانها قذفت زوجها بالزنا ولم يصدقها فيه وقال اشهب الا ان تقول قلت ذلك مجاوبة ولم ارد قذفا ولا اقرارا وفى المبسوط لو قال لاجنبية يازانية فقالت زنيت بك لا يحد الرجل لتصديقها اياه لان المقذوف متى صدق القاذف سقط الحد وتحد المرأة لقذفها له ولا يحد بنفيه عن جده لانه صادق فى كلامه وكذا بنسبته اليه أوالى امه اوخاله اوزوج امه لان كل واحد منهم اب قال الله تعالى (كما اخرج ابويكم) وقال (ورفع ابويه على العرش) قال المفسرون هما خالته وابوه وقال صلى الله عليه وسلم الخال والد من لا والد له رواه فى الفردوس وقال الله تعالى (قالوا نعبد الهك واله آبائك ابراهيم واسماعيل واسحاق) وكان اسماعيل عما ليعقوب عليه السلام ولا يحد بيا ابن ماء السما) لان الناس يذكرون هذا لقصد المدح فماء السماء لقب به عامر بن حارثة الغطريف الازدى لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر فهو كماء السماء عطاء وجودا وقد لقب بماء السماء ايضا للحسن والصفاء وبه لقبت ام ابن المنذر بن امرىء القيس لذلك وقيل لولدها بنو ماء السماء قال زهير (ولازمت الملوك من آل نصر* وبعدهم بنى ماء السماء) ولايحد بقذف امرأة لم يدر اب ولدها وما جعلنا مصدق القاذف قاذفا الا اذا زاد على تصديقه هوكما قلت وجعله زفرقاذفا بدون الزيادة لانه صدقه فيماقال والتصديق

(وان قالت) العرس فى جواب قول الزوج (يازانية زينت بك هدرا) اى لايجب الحد ولااللعان لان قول المرأة يحتمل ان يكون تصديقاله يعنى زنيت بك قبل النكاح ويحتمل ان يكون ردا يعنى ان وجدت منى زنا فهو ليس الاتمكنى اياك لانى مامكنت احدا غيرك وهو المراد فى مثل هذه الحالة لانه اغضبها واذاها فهى ايضا تغضبه وتؤذيه فلا تكون لها دعوى اللعان لاحتمال المعنى الاول ولاحد عليها لاحتمال المعنى الثانى

فى القذف قذف ولنا انه لم يصرح بنسبته الى الزنا وتصديقه اياه محتمل لجواز ان يكون فى الزنا وغيره فلا يحد بالاحتمال بخلاف ما لو زاد هو كما قلت فانه ليس فيه احتمال غيره واختلاف الشاهدين فى زمان القذف اومكانه غيرمانع من قبول الشهادة عندابى حنيفة وردها صاحباه كمالو اختلفا فى قذفه بالعربية والعجمية

فصـــل

فى حد الشرب (من اخذبريح الخمر) حالة الاخذ وان زالت رايحتها قبل الوصول الى الحاكم لبعد الطريق (او) اخذ (سكران زائل العقل) هذابيان للسكران فى حق الحد وتفسير له على قول ابى حنيفة وهو من لايعرف الرجال من النساء والارض من السماء لان الحد عقوبة فاعتبرت النهاية فى سببه احتياطا لدرئه ويؤيد ذلك قوله تعالى (ياءيها الذين آمنوا لاتقربوا الصلوة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون) حيث عبرعن الصحو بالعلم بالقول فكان السكر الذى هو ضده عدم العلم بذلك وانما قلنا فى حق الحد لان السكر فى حق الحرمة عندابى حنيفه اختلاط الكلام اخذا بالاحتياط فى الحرمه وقال ابويوسف ومحمد ومالك والشافعى واحمد السكران مطلقا اى فى حق الحد وفى حق الحرمة هو الذى يختلط فى كلامه بحيث يصير يهذى ويختلط جده بهزله ولا يستقر على شىء فى جواب ولا خطاب قال فى المبسوط واليه مال اكثر المشايخ واختاروه للفتوى لانه هوالمتعارف والقول على كرم الله وجهه فانه اذا شرب سكر الى آخره وعن ابن الوليد قال سالت ابايوسف عن السكران الذى عليه الحد قال ان يستقرأ قل ياءيها الكافرون فلا يقدر على قراءتها فقلت لم عينت هذه السورة وربما اخطا فى قراءتها الصاحى فقال لان تحريم الخمر نزل فيمن شرع فى قرأتها فلم يستطع اى بل قرأ اعبد ما تعبدون (بنبيذ) متعلق بالسكران والمراد نبيذ محرم (او اقربه مرة) وقال ابويوسف وزفر مرتين فى مجلسين (صاحيا) قيد به لان اقرار السكران بالشرب لايعتبر لقوة احتمال الكذب فى كلامه فلايعتبر فيما يندرىء بالشبهة (اوشهد به رجلان) لا رجل وامرأتان (وعلم شربه طوعا) قيد بالطوع لان الشرب اكراها او ضرورة لايوجب الحد وانما قيدنا النبيذ بالمحرم لانه الذى يحد عندنا من كثيره وهوما اسكر لامن قليله وهو

(فصل من اخذ) متلبسا (بريح الخمر اوسكران زائل العقل) بحيث سلب عنه التمييز بين شىء وشىء فلايعقل منطقا ولايعقل الرجل من النساء والارض من السماء وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وقالا هو من يهذى ويختلط جده وهزله وهذا فى غير الخمر وفى الخمر يحد ولو شرب قطرة (بنبيذ اواقربه) اى بشرب الخمر اوبالسكر بالنبيذ (مرة) وعن ابى يوسف انه يشترط الاقرار مرتين (صاحيا) فان اقر فى حال السكر لايحد (اوشهد به رجلان) ولايقبل فيه شهادة النساء مع الرجال (وعلم بشربه طوعا) فان شرب المكره لا يوجب الحد

مالايسكر وبه قال النخعى وابو وائل وقال مالك والشافعى واحمد والاوزاعى والحسن وقتادة وعمر بن عبد العزيز يحد فى قليله وكثيره كالخمر وقال ابو ثور من شربه متأولا فلا حد عليه لانه مختلف فيه فاشبه النكاح بلا ولى ولنا ما روى ابن ابى شيبة فى مصنفه ان عمر بن الخطاب ساير رجل فى سفر وكان صائما فلما افطر اهوى الى قربة لعمر معلقة فيها نبيذ فشرب منها فسكر فضربه عمر الحد فقال انما شربت من قربتك فقال له عمر انما جلدتك لسكرك وشرب رجل من اداوة على رضى الله عنه بصفين فسكر فضربه الحد ثمانين وفى سنن الدارقطنى عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتى برجل قد سكر من نبيذ تمر فجلده وفى مسند ابن راهويه عنه ايضا قال اتى النبى صلى الله عليه وسلم بسكران فضربه الحد وقال له ما شرابك قال تمر وزبيب فقال لا تخلطوهما جميعا يكفى احدهما من صاحبه وفى الجامع للمحبوبى السكر من هذه الاشربة المتخذة من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والعسل والفرصاد وهو التوت الاسود وغيرها حرام بالاتفاق لان السكر من البنج حرام مع انه ما كول غير مشروب فمن المشروب اولى وبعض المشايخ قال فى زماننا الفتوى على من سكر من البنج يقع طلاقه ويحد لفشوهذا الفعل بين الناس واعلم انه يحد لشرب الخمر ولوقطرة لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه الى ان قال فان عاد الرابعة فاقتلوه رواه اصحاب السنن من حديث معاوية ولفظه من حديث ابى هريرة اذا سكر فاجلدوه الحديث ورواه النسائى عن ابن عمر وجابر وغيرهما من اصحاب رسول الله عليه وسلم باللفظ الاول وروى البزار فى مسنده عن ابن اسحاق انه صلى الله عليه وسلم اتى بالنعمان قد شرب الخمر ثلاثا فامر به فضرب فلما كان الرابعة امر به فجلد الحد فكان نسخا (يحد) اذا كان بالغا عاقلا وهذا خبر المبتدأ الذى هو من اخذ اى يحد الحر ثمانين سوطا والعبد نصفها وبه قال مالك واحمد فى رواية واختاره ابن المنذر (صاحيا) وهو قول مالك والشافعى ليحصل المقصود من الحد وهو الانزجار ولان عمر حد الذى شرب من قربته بعد الافاقة كما رواه عبد الرزاق وقال الشافعى واحمد فى رواية يحد الحر اربعين والعبد نصفها ولو ضرب قريبا من ذلك باطراف الثياب والنعال كفى على الاصح عنده ولو رأى الامام ان يجلده ثمانين جاز على الاظهر وفى وجه يتعين الجلد

يحد صاحيا) فلا يحد حتى يزول السكر
نه لا يتألم فى حال السكر

بالسياط روى البخارى فى صحيحه من حديث السائب ابن يزيد قال كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وامرة ابى بكر وصدرا من خلافة عمر فنقوم اليه بايدينا ونعالنا وارديتنا حتى كان آخر امرة عمر فجلد اربعين حتى اذا عتوا اوفسقوا جلد ثمانين وروى مسلم من حديث انس بن مالك ان النبى صلى الله عليه وسلم اتى برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدتين نحو الاربعين وفعله ابوبكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبدالرحمن بن عوف اخف الحدود ثمانون فامر به عمر وفيه عن انس ايضا ان النبى صلى الله عليه وسلم جلد فى الخمر بالجريد والنعال ثم جلد ابوبكر اربعين فلما كان عمر ودنا الناس من الريف والقرى قال ماترون فى جلد الخمر فقال عبدالرحمن بن عوف ارى ان تجعله ثمانين كاخف الحدود قال فجلد عمر ثمانين وروى مالك فى الموطأ عن ثور بن زيد الديلى عن عمر بن الخطاب انه استشار فى الخمر يشربها الرجل فقال له على بن ابى طالب نرى ان تجلده ثمانين فانه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون فاجعله فجلد عمر فى الخمر ثمانين وفى مصنف عبدالرزاق اخبرنا سفيان الثورى عن عوف عن الحسن ان النبى صلى الله عليه وسلم ضرب فى الخمر ثمانين

(لابمجرد الريح) اى لايحد من لم يوجد منه الاريح الخمر (او) لم يوجد منه الا (التقيؤ) اى تقيؤ الخمر لاحتمال انه شربها مكرها اومضطرا (او) لم يوجد منه الا (السكر) لاحتمال انه سكر من مباح وقال مالك وهورواية عن احمد يحد من وجد منه رايحة الخمر لان رايحتها منه تدل على شربها فصار كاقراره بالشرب واجيب بان رايحتها وان دلت على شربها الا انه يحتمل ان يكون مكرها اومضطرا والحد لايجب بالشرب الا اذا علم انه طائع غيرمضطر (ولا ان رجع) اى ولايحد المقر ان رجع (عن الاقرار) بالشرب قبل الحد اوفى وسطه لانه خالص حق الله فيعمل الرجوع فيه كالزنا بخلاف حد القذف والقصاص لانهما من حقوق العباد (ومن شهد بحد متقادم) اى حد كان حال كونه (قريبا من امام رد) خلافا لمالك والشافعى واحمد فى رواية اعتبارا بالشهادة فى حق العباد ولنا ماذكر محمد فى الاصل عن عمر انه قال ايما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فانما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم ولان الشاهد متى عاين الزنا ونحوه فهو مخير بين حسبتين حسبة

(لا) يحد (بمجرد الريح) بلا اقرار وشهادة لان وجود الريح لايصلح دليلا فقد يتكلف لزوال الريح مع بقاء الخمر فى البطن وقد يوجد رائحة الخمر من غير خمر فان من استكثر اكل السفرجل يوجد منه رائحة الخمر (او بمجرد التقيوء) فان علم الشرب بان تقياء الخمر لايحد بلا اقرار وشهادة (او بمجرد السكر) لان السكر من المباح كلبن الرمكة لايوجب الحد (ولا ان رجع عن الاقرار) لانه حق الله تعالى فيعمل فيه الرجوع (ومن شهد بحد متقادم قريبا من امامه) اى يكون مكان الشاهد قريبا من امامه بحيث يقدر على اداء الشهادة بغير تاخير حتى لو كان الشاهد بعيدا من امامه تقبل شهادته (رد) قوله ولم يقبل شهادته لان الاقدام على اداء الشهادة بعد التاخير والستر يحتمل ان يكون لعداوة وعند الشافعى رحمه الله تعالى تقبل

اداء الشهادة ليقام الحد فيحصل الانزجار قال الله تعالى (واقيموا الشهادة لله) وحسبة الستر على المسلم بالامتناع عن الشهادة فان الشرع ندبنا الى الستر بقوله تعالى (ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة) الاية وقوله عليه السلام من ستر على مسلم ستره الله فى الدنيا والاخرة فتأخير هذه الشهادة مع امكان ادائها ان كان للستر فيتهم بانه انما اقدم عليها بعد ذلك لضغينة اوعداوة فترد وان كان لا للستر فهو فسق وشهادة الفاسق مردودة ولهذا قلنا فى حق العباد واذا طلب المدعى من الشاهد اداء الشهادة فاخر بلا عذر ثم ادى لاتقبل شهادته مع امكانه (الا فى) حد (قذف) فانه لايرد لان تأخيرها فيه لعذر شرعى وهو عدم الدعوى لان الدعوى شرط فى حد القذف كسائر حقوق العباد (وضمن) السارق بالشهادة المتقادمة (السرقة) اى المسروق لان التقادم يمنع الشهادة فى حق الحد للتهمة ولا يمنعها فى حق المال لان المال يثبت مع الشهادة فصار كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة حيث يضمن السارق المال ولايقطع (وان اقربه) اى بعد متقادم (حد) وقال زفر لا يحد اعتبارا بالشهادة واجيب بان الشهادة قد يتجه عليها عداوة حادثة بخلاف الاقرار لانتفاء تهمة الضغينة فيه لانه لا يعادى نفسه ولان الاقرار لا يبطل بالتهمة والفسق (وهو) اى التقادم (للشرب) من خمر اوغيرها (بزوال الريح) عند ابى حنيفة وابى يوسف وبمضى شهر عند محمد كما فى الحدود لهما ما روى عبد الرزاق فى مصنفه والطبرانى فى معجمه واسحاق بن راهويه فى مسنده عن ابى ماجد الحنفى قال جاء رجل بابن اخ له سكران الى عبد الله بن مسعود فقال عبد الله ترتروه ومزمزوه واستنكهوه ففعلوا فرفعه الى السجن ثم عاد به من الغد ودعا بسوط ثم امر به فدقت ثمرته بين حجرين حتى صارت درة ثم قال للجلاد اجلد وارجع يدك واعط كل عضو حقه والترترة بمثناتين فوقيتين وراءين مهملتين التحريك وكذا المزمزة بزائين معجمتين والحاصل ان بقاء ريح الخمر والنبيذ شرط لاقامة الحد عند ابى حنيفة وابى يوسف الان ينقطع لبعد مسافة عن الامام لقول ابن مسعود ونفى محمد اشتراط بقائه كمالك والشافعى وهو الصحيح لاطلاق ما روينا من قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه وقوله اذا سكر فاجلدوه ولان وجود الرايحة لا يصلح دليلا اذ قد يتكلف لزوالها مع بقاء الخمر وقد توجد رايحة الخمر من غير خمر كما قيل (يقولون لى انك شربت

(الا فى حد القذف) لان فيه حق العبد وهو لايسقط بالتقادم وان شهدا بالسرقة المتقادمة (ضمن) السارق (السرقة) وان لم يقطع يده لان المال حق العبد وهو لايسقط بالتقادم (فان اقر به) اى بالحد المتقادم (حد) لانه لاتهمة فى الاقرار (وهو) اى التقادم (للشرب بزوال الريح) عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وابى يوسف رحمه الله تعالى

مداومة

مدامة* فقلت لهم لابل اكلت السفرجلا) وقيل (سفرجلة تحكى ثدى النواهد* لها عرف ذى فسق وصفرة راهد) فظهر ان رايحة الخمر تلتبس بغيرها فلا يناط شيء من الاحكام بوجودها ولابعدمها ولو سلمنا انها لاتلتبس على ذوى المعرفة فلاموجب لتقييد العمل بالبينة بوجودها لان المعقول تقيد قبولها بعدم التهمة والتهمة لاتتحقق فى الشهادة بوقوعها بعد ذهاب الرايحة بل بتاخير الاداء تأخيرا يعد تفريطا وذلك منتف فى تاخير يوم ونحوه وبه تذهب الرايحة ومحل النزاع فى عدم قبول الشهادة عند عدم الرايحة وليس فى اثر ابن مسعود شهادة منع من العمل بها لعدم الرائحة وقت اداءها بل ولا اقرار وانما فيه انه حده بظهور الرائحة بالترترة والمزمزة وانما فعله لان بالتحريك تظهر الرائحة من المعدة التى كانت خفيت وكان ذلك مذهبه ويدل عليه ما فى الصحيحين عنه انه قرأ سورة يوسف فقال رجل ما هكذا انزلت فقال عبدالله والله لقد قرأتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال احسنت فبينا هو يكلمه اذ وجد منه رائحة الخمر فقال اتشرب الخمر وتكذب بالكتاب فضربه الحد وروى الدار قطنى بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب انه ضرب رجلا وجد منه ريح الخمر والحاصل ان حده عند وجود الريح مع عدم البينة اوالاقرار لايستلزم اشتراط الرايحة مع احدهما ثم هو مذهب بعض العلماء منهم مالك وهو قول للشافعى ورواية عن احمد والاصح عن الشافعى واكثر اهل العلم نفيه هذا ملخص كلام بعض اهل التحقيق والله ولى التوفيق (ولغيره) اى الشرب (بمضى شهر) عند ابى يوسف ومحمد وبالتفويض الى رأى القاضى عند ابى حنيفة وقيل يقدر بنصف الشهر والاول اصح وهو رواية عن ابى حنيفة (فان شهد) على رجل (بزنا) بفلانة اواقر رجل انه زنا بفلانة (وهى غائبة) اواقر بالزنا بمجهولة (حد) ذلك الرجل باتفاق الائمة (و) ان شهد على رجل (بسرقة من غائب لا) اى لا يقطع (ونصف حد العبد) فيجلد على الزنا خمسين وفى غيره اربعين لقوله تعالى (فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) والآية وان كانت فى الاماء الا انه يعرف منها حكم العبد بطريق الدلالة (ويكفى حد) واحد (بجنايات اتحد جنسها) فمن قذف جماعة بكلمة واحدة بان قال يازناة اوبكلمات متفرقة بان قال يازيد انت زان ويا عمر وانت زان ويا هارانت زان لايقام عليه الاحد واحد وكذا من زنى مرارا وشرب مرارا يكفيه حد واحد وبه قال

(ولغيره) اى لغير الشرب كالزنا والقذف والسرقة (بمضى الشهر) هو الاصح وقيل بمضى ستة اشهر وعن ابى حنيفة رحمه الله تعالى انه لم يقدر فى ذلك وفوضه الى رأى القاضى فى كل عصر وعند محمد رحمه الله تعالى التقادم للشرب ايضا بمضى الشهر (وان شهد الشهود) بزنا رجل بفلانة (وهى غائبة حد) الرجل (و) ان شهدوا (بالسرقة من غائب لايحد) السارق لان فى الغيبة يفوت الدعوى وهى شرط فى السرقة لان الشهادة على السرقة شهادة بملك المسروق منه للمسروق فلا يقبل بلا دعوى وليست الدعوى شرط الثبوت الزنا عند القاضى (ونصف حد العبد) المراد به الجلد وانما نصف لمكان الرق المنقص للكرامات والعقوبات اذ الجناية عند وفور النعمة اغلظ (وكفى حد جنايات اتحد جنسها) اى ان قذف مرات اوزنى مرات اوشرب مرات فحد مرة فهو لذلك كله خلافا للشافعى رحمه الله تعالى بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب فانه يجب لكل واحد حد على حدة

مالك والثورى وابن ابى ليلى والشعبى والزهرى والنخعى وقتادة وحماد وطاوس واحمد فى رواية وقال الشافعى ان قذف جماعة بكلمات او واحدا مرات بزنا متعددة يجب لكل قذف حد وبه قال احمد فى رواية بناء على ان الغالب فى حد القذف عنده حق الآدمى فلا يتداخل كالديون والقصاص بخلاف مالو قذفهم بكلمة واحدة حيث يتداخل فى القديم دون الجديد او قذف واحدا مرات بزنا واحد حيث يتداخل وعندنا الغالب فى حد القذف حق الله تعالى فيكون ملحقا بحد الزنا والشرب واما الجنايات المختلفة الجنس فلا تتداخل اجماعا لان المقصود من كل جنس غير مقصود من الاخر فحد الزنا لصيانة الانساب وحد السرقة لصيانة الاموال وحد الشرب لصيانة العقول وحد القذف لصيانة الاعراض فلوقذف وزنا وسرق وشرب يقام عليه لكل واحد حده ولا يوالى بين حدين خيفة هلاكه بل ينتظر حتى يبرأ من الاول ويبدأ بحد القذف لان فيه حق العبد ثم الامام مخير ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بالقطع لاستوائهما فى القوة اذهما ثابتان بالكتاب ويؤخر حد الشرب لانه اضعف منهما ولو كان مع هذه جراحة توجب القصاص بدئ بالقصاص لانه حق العبد ثم حد القذف ثم الاقوى فالاقوى والله تعالى اعلم بالصواب *

فصل

فى التعزير وهو تأديب دون الحد مشتق من العزر بمعنى الردع والزجر وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى (واضربوهن فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا) امر بضرب الزوجات تهذيبا وتأديبا وبالسنة وهو ما رواه محمد بن الحسن مرسلا عن الضحاك بن مزاحم والبيهقى عن النعمان بن بشير من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين وقال عليه السلام فى الصبيان اضربوهم لعشر لترك الصلوة وباجماع الصحابة وهو قد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بتعريك الاذن وبالصفع وبالضرب (واكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطا) عند ابى حنيفة وخمس وسبعون سوطا عند ابى يوسف فى ظاهر الروايات عنه وهو قول ابن ابى ليلى وفى رواية تسع وسبعون وقول محمد ذكره بعضهم مع ابى حنيفة وبعضهم مع ابى يوسف والاصل فى هذا ما اخرجه البيهقى عن النعمان بن بشير وقال المحفوظ انه مرسل انه صلى الله عليه وسلم قال من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين اى من اتى حدا فى موضع لايجب

فصل واكثر التعزير) هو تاديب دون الحد واصله من العزر بمعنى الردع والرد (تسعة وثلاثون سوطا) وقال ابو يوسف فى رواية يبلغ التعزير خمسة وسبعين وفى رواية تسعة وسبعين والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين اى من اتى حدا فى موضع لايجب الحد فهو من المعتدين ثم ابو حنيفة اعتبر ادنى حد العبيد وهو اربعون فنقص منه سوطا وابو يوسف اعتبر اقل حد الاحرار وهو ثمانون للقذف فنقص منه سوطا فى رواية وهو قول زفر رح وفى رواية نقص خمسة وقول محمد مضطرب فى بعض الكتب مع ابى حنيفة وفى بعضها مع ابو يوسف رحمه الله تعالى

فيه الحد فهو من المعتدين فلزم ان لا يبلغ به حدا الا ان ابا حنيفة اعتبر ادنى الحد وهو العبد واقله اربعون لان مطلق الحد يتناوله وابو يوسف اعتبر حد الاحرار لانهم الاصول واقله ثمانون فنقص عنه سوطا فى رواية هشام عنه وهو القياس وبه قال زفر وفى رواية خمسة وهو مأثور عن على فقلده ولان اقصى حد الاحرار مائة واقصى حد العبد خمسون فوجب ان يحد نصف كل واحد منهما وذا خمسة وسبعون وقال مالك لا حد لاكثر التعزير فيجوز للامام عنده أن يزيد فى التعزير على الحد اذا رأى المصلحة فى ذلك ولا يبعد ان يعمل بقول ابى حنيفة فى العبيد وبقول ابى يوسف فى الاحرار (واقله ثلاثة) هكذا ذكره القدورى وكانه يرى ان مادون الثلاثة لايقع به الزجر وذكر التمرتاشى عن السرخسى انه ليس فيه شئ مقدر بل مفوض الى رأى القاضى لان المقصود منه الزجر واحوال الناس مختلفة فيه فمنهم من ينزجر بالنصيحة ومنهم من يحتاج الى اللطمة ومنهم من يحتاج الى الضرب ومنهم من يحتاج الى الحبس وفى النهاية تعزير اشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية بالاعلام وهو ان يقول له القاضى بلغنى انك تفعل كذا وتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القاضى والخصومة فى ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقة بالاعلام والجر والحبس وتعزير الاخسة بهذا كله والضرب وسئل الهندوانى عن رجل وجد رجلا مع امرأته ايحل له قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر بالصياح والضرب بمادون السلاح لايحل له قتله وان علم انه لا ينزجز بذلك حل له قتله وان طاوعته المرأة حل له قتلها ايضا وعن ابى يوسف يجوز للسلطان ان يعزر بالمال وقال ابو حنيفة ومالك والشافعى واحمد لايجوز ثم التعزير فيما شرع فيه واجب اذا رآه الامام وبه قال مالك واحمد وقال الشافعى ليس بواجب ولنا انه زاجر مشروع فيجب كالحد (وصح حبسه مع ضربه) اذا رأى الامام فيه مصلحة (وضربه) اى ضرب التعزير (اشد) من ضرب الحدود لان ضرب التعزير خفف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الكيفية لئلا يؤدى الى فوت المقصود الذى هو الزجر بالكلية وفى المحيط ان محمدا ذكر فى حدود الاصل ان التعزير يفرق على الاعضاء وذكر فى اشربة الاصل ان ضرب التعزير يكون فى موضع واحد (ثم) الحد (للزنا) لانه ثابت بالكتاب بخلاف حد الشرب فانه بقول الصحابة كما تقدم (ثم) الحد (للقذف)

(واقله ثلاث) جلدات لان مادونها لايقع به الزجر وذكر مشائخنا ادناه مفوض الى رأى الامام وعن ابى يوسف رحمه ان التعزير على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب القبلة واللمس من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف وعنه انه يجوز التعزير باخذ المال (وصح حبسه مع ضربه) لان الحبس صلح تعزيرا حتى جاز الاكتفاء به فجازان يضم اليه (وضربه) اى التعزير (اشد) لانه جرى فيه تخفيف من حيث نقصان العدد فلو جرى فيه تخفيف من حيث الصفة لفات المقصود وهو الزجر (ثم للزنا) اشد (ثم للشرب) اشد لان حرمة الزنا لاينكشف بحال من الاحوال وحرمة الخمر ينكشف بالضرورة والاكراه ولهذا كان الزنا حراما فى كل الاديان بخلاف شرب الخمر (ثم للقذف) لان جناية الشرب مقطوع بها وجناية القذف لالاحتمال ان يكون القاذف صادقا فى قذفه ولان شارب الخمر قلما يخلو من القذف فيصير كل شارب خمر جامعا بين الشرب والقذف فيتحقق منه جنايتان ومن القاذف جناية واحدة ولهذا كان ضربه اخف وان كان منصوصا عليه

لان جناية الشرب بلاشبهة لمشاهدة الشرب مع الرايحة وجناية القذف بشبهة وهى احتمال كون القاذف صادقا وقال مالك كلها سواء لان المقصود من جميعها واحد وهو الزجر فيجب تساويها فى الوصف وقال احمد اشد الضرب الحد للزنا ثم الحد للقذف ثم الحد للشرب ثم التعزير لأن الله تعالى خص الزنا بمزيد التأكيد لقوله تعالى (ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله) ولا يمكن جعل ذلك فى العدد فيتعين جعله فى الصفة وحد القذف فيه حق الادمى وحد الشرب محض حق الله تعالى (وهو) اى التعزير (بقذف مملوك اوكافر بزنا) لان هذه جناية قذف وقد امتنع الحد لعدم الاحصان فيجب التعزير (و) بقذف (مسلم بيا فاسق يا كافر يا سارق يامخنث وامثاله) وهى يا خائن اى ناكث العهد يا ابن القحبة وهى كلمة مولدة والقحاب سعال الخيل والابل وربما يجعل للناس يا يهودى يانصرانى يا ابن النصرانى يا من يلعب بالصبيان يا آكل الربوا ياشارب الخمر يا ديوث يافاجر يامنافق ياللص يازنديق ياخبيث ياقرطبان يامأوى الزوانى اواللصوص ياحرام زاده يا موسوس يا ابله يا احمق لانه آذاه بالحاق الشين به اذا لم يثبت هذه الاشياء فيعزره القاضى بما يراه قال ثعلب القرطبان لم اره فى كلام العرب ومعناه عند العامة الذى يرضى بدخول الرجال على نسائه وكذلك الديوث ولو قال يا لوطى يسأل عن نيته فان اراد انه من قوم لوط فلا شئ عليه وان اراد انه يعمل عمل قوم لوط اما فاعلا اومفعولا فعليه الحد عند ابى يوسف ومحمد كمالك والشافعى واحمد والحسن والنخعى والزهرى وابى ثور لانه قذفه بما يوجب الحد عندهم فصار كما لو قذفه بالزنا وعند ابى حنيفة لاحد عليه ويعزر لانه قذفه بما لا يوجب الحد عنده وبه قال قتادة وعطاء والصحيح انه ان كان فى غضب يعزر (لابيا حمار) يا كلب يا خنزير يا تيس يا ثور يا بقر يا حية يا بغاء يا مؤاجر يا ولد الحرام يا عيار يا ناكس يا منكوس يا سخرة يا ضحكة يا ابن الاسود وابوه ليس كذلك لان المقذوف لا يلحقه شين بهذا الكلام وانما يلحق القاذف اذكل احد يعلم ان المقذوف آدمى وليس بكلب ولا حمار وان القاذف كاذب فى ذلك وحكى الهندوانى انه يعزر فى زماننا بنحو يا كلب يا خنزير لانه يراد به الشتم وهو رواية عن ابى يوسف فى الامالى وعدم التعزير فى الكلب والخنزير ونحوهما هو ظاهر الرواية عن علمائنا الثلثة (وقيل الا) اذا قاله (لعالم اوعلوى) فانه يعزر لانه يعد شينا فى حقهم ويلحقهم

(وهو) اى التعزير (بقذف مملوك) عبد اوامة اوام ولد (اوكافر بزنى) لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لانعدام الاحصان فوجب التعزير (و) بقذف (مسلم بيافاسق) وهو ليس بفاسق (ويا كافر ويا سارق) وهو ليس بسارق (ويامخنث) الخنث مايدل على تكسر ولين (وامثاله) مثل يا خائن يالوطى يا ابن القحبة وغير ذلك مما يعد عارا و عيبا فى العرف (ولا يعزر بيا حمار فانه يراد به المعنى المجازى اى البليد مثلا فهو امر خلقى وكذا القرد يراد به قبيح الصورة والكلب يراد به سئ الخلق ففى امثال ذلك لا يعزر (وقيل الا) ان يقال (لعالم اوعلوى) او رجل صالح ممن هو شريف النفس فانهم اهل الاكرام فيعزر باهانتهم بخلاف الارزال فانهم لا يبالون من امثال ذلك

الاذى به واستحسن هذا فى الهداية والكافى (ومن حد اوعزر فمات هدر دمه) وبه قال احمد وقال مالك اذا ضربه تعزيرا مثله وقال الشافعى لايهدر وفى محل الضمان عنه قولان احدهما بيت المال لانه عامل للمسلمين فيكون غرم عمله عليهم والثانى عاقلة الامام لان الضرب غير متعين فى التعزير فيكون فعله مباحا فيتقيد بشرط السلامة ولم توجد فيجب على عاقلته كالمرور فى الطريق ولنا ان الامام مأمور به وفعل المأمور لايتقيد بشرط السلامة كما فى الفصاد والحجام اذا لم يتجاوزا الموضع المعتاد بخلاف المرور فى الطريق فانه غير مأمور به ولان فعل الامام بامر الشرع فيكون منسوبا الى الامر فكانه مات حتف انفه فلا يضمن (وان عزر زوج عرسه) على ترك الزينة اوالاجابة اودعاها الى فراشه اوعلى الخروج من بيته فماتت (لا) اى لايهدر دمها بل يضمن لان تعزيره اياها على هذه الاشياء مباح ترجع منفعته اليه لا اليها فيتقيد بشرط السلامة وعلى هذا ينبغى ان لايضرب امرأته على ترك الصلوة اوعلى ترك غسل الجنابة لان منفعة ذلك عائدة اليها وقد ذكر الحاكم انه لايضرب امرأته على ترك الصلوة ويضرب ابنه عليها فان قيل اذاجامع امرأته فماتت من الجماع اوافضاها لايجب شئ عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله مع ان جماعه مباح ولم يقيداه بشرط السلامة اجيب بانه قد ضمن المهر بذلك الجماع فلو وجب عليه شئ ايضا يلزم وجوب ضمانين فى مقابلة مضمون واحد وهو منافع البضع وذلك لايجوز ولو ادب المعلم الصبى فمات منه يضمن عندنا وعند الشافعى وقال مالك واحمد لا يضمن الزوج ولا المعلم فى التعزير ولاالاب فى التأديب ولا الجد ولا الوصى اذا ضربه ضربا معتادا ولو ضربه ضرباشديدا لايضرب مثله فى التأديب يضمن باجماع الفقهاء والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب السرقة

هى لغة اخذ الشئ من الغير على وجه الخفية ومنه قوله تعالى (الا من استرق السمع) وشرعا (هى اخذ مكلف) اى عاقل بالغ (خفية) فى الابتداء والانتهاء اذا كان الاخذ نهارا وفى الابتداء لاغير اذا كان ليلا حتى لو دخل بالليل خفية واخذ المال مجاهرة يقطع لان اعتبار الخفية بالليل فى الانتهاء يؤدى الى عدم القطع فى اكثر السرقات الليلية اذ اكثرها تصير مقاتلة فى الانتهاء بخلاف النهار فى

(ومن حد اوعزر فمات هدر دمه) لان الامام مامور بالحد والتعزير فانتقل فعله الى الامر وهو الله تعالى فصار كان الله تعالى اماته بلا واسطة وقال الشافعى رحمه الله تعالى يجب الدية فى بيت المال (وان عزر زوج عرسه فماتت لايكون هدرا) لانه ليس بمامور بذلك بل ذلك مباح له والمباحات تتقيد بشرط السلامة كالمرور فى الطريق والله اعلم بالصواب (كتاب السرقة هى) فى اللغة اخذ الشئ من الغير خفية واستتارا اى شئ كان وفى الشريعة (اخذ مكلف) اى عاقل بالغ (خفية)

(قدرعشرة دراهم مضروبة) من فضة فلو سرقت عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة مضروبة لايجب القطع وروى الحسن رحمه الله تعالى عن ابيح رحمه الله تعالى المضروب وغير المضروب سواء وعند الشافعى رحمه الله تعالى ربع دينار ذهب وعند مالك رحمه الله تعالى ثلثة دراهم وعن الحسن رحمه الله تعالى درهم وعند اصحاب الظواهر المال غير مقدر بل السرقة يتحقق فى القليل والكثير (مملوكا) فان اخذ المباح سمى اصطيادا واحتطابا لا سرقة (محرزا) فما لايكون محرزا لايكون اخذه سرقة (بلا شبهة) احترازا عما يكون فى الحرز شبهة كما اذا سرق من بيت ذى رحم محرم (بمكان) مثل بيت اودار او صندوق (او حافظ) كجالس فى طريق اومسجد عنده مال

المصر لان الغوث يلحقه فيه وما بين العشائين كالنهار فى الاصح (قدرعشرة دراهم مضروبة) جيدة فى الاصح وروى الحسن عن ابى حنيفة رحمه الله ان المضروب وغير المضروب سواء ويعتبر وزن كل عشرة سبع مثاقيل كما فى الزكاة اومايبلغ قيمته وزن عشرة دراهم بقول رجلين عدلين لانه من باب الحدود (مملوكا) ذلك القدر احتراز عن نحو حصير المسجد واستار الكعبة مما ليس بمملوك للعباد ولابد من قيد لاشركة له فيه ولاشبهة (محرزا) اى محفوظا احتراز عن نحو باب الدار والزرع الذى لم يحصد (بلا شبهة) احتراز عن المحرز المصاحب لشبهة كالمأخوذ من بيت ذى الرحم المحرم (بمكان) سواء امكن الدخول فيه كالبيت والدار والخيمة اولا كالجوالق (اوحافظ) كالجالس عند ماله فى الطريق اوفى المسجد حتى لو سرق شيئا من تحت رأس نائم فى الصحراء اوفى المسجد يقطع وقال الحسن وداود وابن بنت الشافعى ليس للسرقة نصاب مقدر لاطلاق الاية ولما روى الشيخان عن ابى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده واجيب عن الاية بانها مقيدة بالنصاب كماهى مقيدة بالمال وبان الحديث قال فيه البخارى قال الاعمش كانوا يرون انه بيض الحديد والحبل كانوا يرون ان منه ما يساوى دراهم وقال مالك واحمد نصاب السرقة ربع دينار اوثلاثة دراهم وقال الشافعى والاوزاعى والليث ربع دينار لما روى الشيخان عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لاتقطع يد السارق الا فى ربع دينار فصاعدا لكن قال مالك واحمد الثلاثة دراهم قدر ربع دينار لان صرف الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان باثنى عشرة درهما ولما فى الصحيحين عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا فى مجن قيمته ثلاثة دراهم وفى الموطا عن حديث عمرة ابنة عبد الرحمن ان سارقا سرق فى زمن عثمان بن عفان اترجة فامر بها عثمان فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثنى عشر درهما بدينار فقطع عثمان يده قال مالك احب مايجب فيه القطع الى ثلثة دراهم سواء اتضع الصرف او ارتفع وذلك لانه عليه السلام قطع فى مجن قيمته ثلثة دراهم وقطع عثمان فى اترجة قيمتها ثلاثة دراهم وهذا احب ماسمعته ابى وفى مسند احمد عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال اقطعوا فى ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو ادنى من

ذلك فكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم والدينار اثنى عشر درهما ولنا
ماروى الطبرانى قال حدثنا محمد بن نوح بن حرب حدثنا خالد بن مهران
حدثنا ابو مطيع البلخى عن ابى حنيفة رحمه الله عن القاسم بن عبد الرحمن
عن ابيه عن عبد الله بن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال
لايقطع الا فى عشرة دراهم وما اخرجه الطحاوى فى شرح الآثار عن ام ايمن
انها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لايقطع يد السارق
الا فى حجفة اى مجة كما فى نسخة وقومت يومئذ على عهد رسول الله صلى
الله عليه وسلم بدينار اوعشرة دراهم ورواه الطبرانى فى معجمه ايضا وهو
حديث اما منقطع اومرسل ولكنه يتقوى بغيره من الاحاديث المرفوعة
والموقوفة فمن المرفوعة ما اخرجه ابو داود فى سننه من حديث عطا
عن ابن عباس قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم يد رجل فى مجن
قيمته دينار اوعشرة دراهم ورواه النسائى فى سننه والحاكم فى مستدركه
وقال صحيح على شرط البخارى ومسلم ولم يخرجا ثم قال وشاهده حديث
ام ايمن انها قالت لم تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا فى ثمن
المجن وثمنه يومئذ دينار وروى ابن ابى شيبة فى مصنفه فى كتاب اللقطة
عن المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب عن
رجل من مزينة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال مابلغ ثمن المجن قطعت
يد سارقه وكان ثمن المجن عشرة دراهم ومن الاحاديث الموقوفة ماروى
عبد الرزاق فى مصنفه عن الثورى عن عبد الرحمن بن عبد الله عن القاسم
بن عبد الرحمن قال قال ابن مسعود لاتقطع اليد الا فى دينار اوعشرة دراهم
وهو مرسل لان القاسم لم يسمع عن ابن مسعود وروى ابن ابى شيبة فى
مصنفه عن يحيى بن زيد وغيره عن الثورى عن عطية بن عبد الرحمن
عن القاسم بن عبد الرحمن قال اتى عمر بن الخطاب برجل سرق ثوبا فقال
لعثمان قومه فقومه ثمانية دراهم فلم يقطعه وهذا يدل على انتساخ ما فى
الصحيحين ولان الاخذ بالاكثر فى هذا الباب اولى احتيالا لدرء الحد
(فان اقر) اللص (بها) اى بالسرقة (مرة) عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله
وهو قول اكثر العلماء ومرتين عند ابى يوسف واحمد وابن ابى ليلى
وزفر وعن ابى يوسف رحمه الله فى مجلسين مختلفين لانه حد فيعتبر عدد
الاقرار فيه بعدد الشهادة كالزنا ولما روى ابو داود عن ابى امية المخزومى

(فلو اقرها) اى بالسرقته مرة فيقطع هذا عند ابى حنيفته رحمه الله تعالى
محمد رحمه الله تعالى وعند ابى يوسف رحمه الله تعالى يقطع (مالم) يقترمرتين
وعنه انه شرط اقرارين فى مجلسين مختلفين

انه عليه السلام اتى بلص قد اعترف ولم يوجد معه متاع فقال له ما اخالك سرقت فقال بلى فاعادها مرتين اوثلاثا فقطع ولهما الاقرار مرة مظهر فيكتفى به كما فى القصاص وحد القذف والتكرار فى الشهادة يفيد تقليل تهمة الكذب ولاتهمة فى الاقرار فلافائدة فى تكراره فان قيل يحتمل ان يرجع فيكون للتكرار فائدة وهى الثبوت اجيب بان باب الرجوع فى حق الحد لاينسد بالتكرار والرجوع فى حق المال لايصح لان صاحب الحق يكذبه واما حديث المخزومى فلا يدل على اشتراطه مرتين بل على انه عليه السلام احتال فى الدرء وهو مستحب اوعلى جواز تلقين الرجوع وقد ذكر بشر رجوع ابى يوسف الى قولهما (اوشهد) عليه (رجلان) فيهما شرائط الشهادة لانه من الحدود فلا يقبل فيه الاشهادة الرجال كما بين فى كتاب الشهادة (وسالهما) الشاهدين وفى نسخة وسالهم اى المقر والشاهدين (الامام) او نائبه (ماهى) اى السرقة لانها يطلق على استماع كلام الغير سرا قال الله تعالى (الامن استرق السمع) وعلى عدم اعتدال الركوع والسجود قال عليه الصلوة السلام ان اسوأ الناس من يسرق من صلوته لايتم ركوعها ولاسجودها ولانه ربما يتوهم انها لاتحتاج الى الخفية كما فى السرقة الكبرى (وكيف) كانت سرقته ليعلم انه اخرج او ناول آخر من خارج او ادخل يده من الثقب اومن الطاق واخذ (ومتى) كانت ليعلم انها متقادمة اولا لان القطع لايقام مع تقادم الشهادة عندنا (واين كانت) لانه لاقطع على من سرق فى دار الحرب (وكم سرق) لان النصاب شرط فيعلم ان المسروق كان نصابا اواقل (وممن سرق) لجواز ان يكون المسروق منه ذا رحم محرم اواحد الزوجين اواحد الشريكين (وبينا ها) اى الشاهدان اوالمقر والشاهد هذه الاشياء الازمن السرقة فى حق المقر لان تقادم العهد لايمنع صحة الاقرار بها كما فى المبسوط والمحيط وقبل القاضى شهادتهما (قطع) هذا جواب قوله فان اقر الى آخره وانما يسال الامام عن هذه الاشياء احتيالا للدرء كما فى الحدود فان بين الشاهدان هذه الاشياء ولايعرف القاضى حالهما حبسه حتى يسال لانه صارمتهما بارتكاب جريمة ولايمكن التوثيق بالتكفيل اذ لا كفالة فى الحدود (وان تشارك جمع) فى السرقة (واصاب كلا قدر نصاب) وهو عشرة دراهم اوما يساويها (قطعوا) جميعا (وان اخذ بعضهم) سواء خرجوا معه اوبعده فى فوره اوخرج هو بعدهم فى فورهم والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر لان السرقة تمت

(اوشهد) بها (رجلان يسالهما القاضى ما هى) اى السرقة فانها تطلق على الاشياء فان من يستمع كلام لغير سرا ومر لايعتدل فى الركوع والسجود سمى سارقا وايضا ربما يتوهم انه لااحتياج الى الخفية كما فى السرقة الكبرى اى قطع الطريق (وكيف هى) فيقول كيف كانت هذه السرقة وانما يسال عن ذلك لجواز انه نقب البيت وادخل يده واخرج المال ففى هذا الوجه لا يقطع عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى (ومتى هى) وانما يسأل عن ذلك لجواز انه تقادم العهد وقد بمضى شهر كما بينا وهو مانع للقطع (واين هى) وانما يسأل عن ذلك لجواز انه سرق عن غير الحرز او فى دار الحرب (وكم سرق) وانما يسأل عن ذلك ليعلم ان المسروق نصاب ام لا (وممن سرق) وانما يسأل عن ذلك لان السرقة من بعض الناس كذى رحم محرم لا يوجب القطع فان قيل لا احتياج الى هذا السؤال لان المسروق منه حاضر يخاصم والشهود يشهدون بالسرقة منه قلنا يحتمل ان يكون المسروق منه ذو رحم محرم من السارق والشهود لم يعلموا ذلك فينبغى ان يسألهم الامام وانما يسال عن هذه الاشياء احتيالا للدرء كما فى الحدود (وبيناها) اى الشاهدان هذه الامور (قطع) يده جزاء لقوله فان اقر (وان شارك فى السرقة جمع واصاب كلا منهم قدر نصاب) السرقة اى عشرة دراهم (قطعوا) وعند مالك رحمه الله تعالى ان سرق جماعة ثلثة دراهم قطعوا (وان اخذ بعضهم) المتاع وخرج به اى مع ان الاخذ صدر من بعضهم فقط قطع الجميع والقياس ان يقطع الآخذ وحده وهو قول زفر رحمه الله تعالى والشافعى رحمه الله تعالى ونحن نقول ان الاخذ انما يخرج المتاع بقوتهم فصاروا مخرجين

خذين معنى

به وحده اذ الاخراج تحقق به ولنا ان عادة السراق اذا كانوا جماعة ان يتولى بعضهم الاخذ والباقون الدفع عنهم فلولم يعتبر الكل سارقين لادى ذلك الى انسداد باب السرقة اما لو اصاب كلا اقل من نصاب لا يقطع واحد منهم وبه قال الشافعي والثوري وابن الماجشون المالكي وقال مالك واحمد وابو ثور يقطع الكل لان سرقة النصاب فعل موجب للقطع فيستوى فيه الواحد والجماعة كالقصاص ولنا ان كل واحد يقطع بجنايته والجناية الموجبة للقطع سرقة النصاب ولم يوجد في هذه الحالة بخلاف القصاص فان فعل كل واحد جناية موجبة للقصاص لان جرح كل واحد صالح لزهوق الروح (لا بتافه) اى لا يقطع السارق باخذ تافه وهو شئ حقير خسيس (يوجد مباحا في دارنا) وقال مالك والشافعي واحمد وابو ثور يتعلق القطع بسرقة كل مال يبلغ قيمته نصابا الا التراب والسرقين وهو رواية عن ابي يوسف لانه سرق مالا متقوما من حرز لاشبهة فيه ولنا ماروى ابن ابي شيبة في مصنفه ومسنده عن عبد الرحيم بن سليمان عن هشام بن عروة عن عائشة قالت لم تكن يد السارق تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشئ التافه وزاد في مسنده ولم تقطع في ادنى من ثمن حجفة اوترس (كخشب وحشيش) وقصب فارس (وسمك) طريا كان او غيره (وصيد) بحريا او بريا لان الشركة العامة التي كانت في هذه الاشياء قبل الاحراز تثبت شبهة والحدود تندرئ بالشبهة وروى عبد الرزاق وابن ابي شيبة في مصنفيهما ان عمر بن عبد العزيز اتى برجل سرق دجاجة فاراد ان يقطعه فقال له سلمة بن عبد الرحمن قال عثمان لاقطع في الطير ورفعه كما في الهداية غير معروف وروى ابن ابي شيبة ايضا ان عمر بن عبد العزيز اتى برجل قد سرق طيرا فاستفتى في ذلك السائب بن يزيد فقال ما رأيت احدا قطع في طير وما عليه في ذلك قطع فترك عمر (او يفسد سريعا) عطف على ما يوجد مباحا وكان الاولى ان يقول او ما يفسد ليعطف على تافه لان مايفسد قد لا يكون تافها (كلبن ولحم) وكذا ما هو مهيأ للاكل كالخبز على ما في الايضاح وشرح الطحاوي بخلاف ما لم يكن مهيأ للاكل كالحنطة والسكر فانه يقطع فيه اجماعا وهذا في غير سنة القحط واما فيها فلا قطع في الطعام سواء كان مما يتسارع اليه الفساد اولا وسواء كان محرزا اولا

(لا) يقطع (بتافه) اى خسيس حقير (يوجد مباحا في دارنا) غير مرغوب فيه كخشب وحشيش وسمك وصيد وقال الشافعي رحمه الله تعالى يقطع بسرقة كل مايبلغ قيمته نصابا الا التراب والطين والسرقين وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ولنا قول عائشة رضي الله عنها كان اليد لايقطع على عهد رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم في الشئ التافه (اومايفسد سريعا) اى لايصلح الادخار والامساك (كلبن ولحم)

لانه يسرق عن ضرورة جوع والضرورة تبيح تناول مال الغير بقدر الحاجة فمنع ذلك القطع وروى عبد الرزاق فى مصنفه عن سفيان الثورى عن رجل عن الحسن ان النبى صلى الله عليه وسلم اتى برجل سرق طعاما فلم يقطعه قال سفيان هو الطعام الذى يفسد من نهاره كالثريد واللحم وروى ابو داود فى مراسيله عن الحسن البصرى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لا قطع فى الطعام وذكره عبد الحق فى احكامه من جهة ابى داود ولم يعلله بغير الارسال واقره ابن القطان على ذلك (وفاكهة رطبة) يدخل فيها الرطب والعنب دون الزبيب والتمر (وتمر على شجر وبطيخ وزرع لم يحصد) لعدم وجود الاحراز وان كان فى حايط روى ابو داود والنسائى وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الثمر المعلق فقال من اصاب بفيه من ذى حاجة غير متخذ خبنة فلا شئ عليه ومن سرق منه شيئا بعد ان يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع والخبنة بضم المعجمة وسكون الموحدة فنون ما يؤخذ فى طرف الثوب والجرين بالجيم المربد وهو الموضع الذى يلقى فيه الرطب ليجف ولما رواه مالك فى الموطأ انه عليه السلام قال لا قطع فى ثمر معلق ولا فى حريسة جبل فاذا آواه المراح او الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن وقطع مالك والشافعى بالمسكورات وهو رواية عن ابى يوسف رحمه الله (واشربة مطربة) اى مسكرة واما غير المطربة كالخل فيقطع فيه لانه لايتسارع اليه الفساد كذا فى الايضاح وانما لايقطع فى الشرب لانه ان كان حلوا فهو يتسارع اليه الفساد وان كان مرا فان كان خمرا فلا قيمة له وان كان غيرها فللعلماء فى تقومه اختلاف فلم يكن فى معنى ما ورد به النص وهو المال المتقوم بالاجماع (وآلات لهو) كدف وطبل وبربط ومزمار وطنبور اما عند ابى حنيفة فلعدم تقوم هذه الاشياء حتى لايضمن متلفها واما عند غير ابى حنيفة القائل بتقومها فلان اخذها يتناول النهى عن المنكر وهو مباح فاورث شبهة ولو كان الطبل والدف لغير اللهو اختلف المشايخ فقال بعضهم يقطع سارقه لانه مباح وقال بعضهم لا يقطع لانه يصلح للهو فاورث شبهة (وصليب) وهو تمثال يعبده النصارى (من ذهب) اومن فضة وشطرنج وهو بكسر الشين

(وفاكهة رطبة) وتمر على شجر وبطيخ والاصل فيه قوله عليه السلام لا قطع فى ثمر والمراد به الثمار الرطبة اجماعا لانه يتسارع اليه الفساد كذا لا يقطع عندنا اذا سرق الثمار من رؤس الاشجار وان صارت ثمرا يبقى (وزرع لم يحصد) وان كان عليه حوائط لان الاحراز قبل الاحصاد لايتم فان الزرع ترك للنبات لا للاحراز (واشربة مطربة) اى مسكرة لان الشراب ان كان حلوا فهو مما يتسارع اليه الفساد وان كان مرا فان كان خمرا فلا قيمة لها وان كان غيرها فللعلماء فى تقومها اختلاف ومال السرقة يجب ان يكون مالا متقوما اجماعا (وآلات اللهو كالنرد والشطرنج) وان كان من ذهب والطنبور وما اشبه ذلك من الملاهى لان للاخذ ان يقول اخذتها للكسر (وصليب من ذهب) وهو مثلث كالتمثال يعبده النصارى وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى ان كان الصليب فى مصلى النصارى لايقطع لعدم الحرز وان كان فى بيت اخر يقطع

المعجمة وبفتح وكذا النرد وقال الشافعي يقطع (وباب مسجد) لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل اولى لان باب الدار يحرز به ما فيها بخلاف باب المسجد ولهذا لايقطع بسرقة متاعه وقال الشافعي وابن القاسم صاحب مالك وابو ثور وابن المنذر يقطع بسرقة باب المسجد لانها سرقة نصاب محرز بحرز مثله وكذا بسرقة باب الدار وبه قال احمد في رواية واجيب بانه لا مالك له من جهة العباد فلا قطع فيه كحصير المسجد وقناديله ولا قطع في استار الكعبة عندنا وبه قال احمد وهو الاصح في مذهب الشافعي لانه ليس له مالك معين فاشبه مال بيت المال (ومصحف وصبي حر ولو) كان المصحف والصبي (محليين وعبد الا الصغير) وقال مالك والشافعي وابو ثور وابن المنذر واحمد في رواية وابو يوسف في رواية يقطع في المصحف لانه مال متقوم ومحرز فان ورقه كان مالا متقوما وقد ازدادت ماليته بما كتب فيه وبجلده ولهذا يصح بيعه وشراؤه ولنا ان اخذه يتناول القراءة فيه اوالنظر لازاحة اشكال وقع له والقطع يدرأ بالشبهة وقال مالك والشعبي يقطع بسرقة الحر الصغير لانه غير مميز فاشبه العبد الصغير ولنا ان الحر ليس بمال وما عليه تبع له وهذا الخلاف في صبي لايمشي ولا يتكلم حتى لو كان يمشي ويتكلم ويميز لايقطع سارقه اجماعا لانه في يدنفسه وله يدعلى ماهو تابع له فكان اخذه خداعا لا سرقة وقال ابن المنذر اجمع اهل العلم على قطع سارق العبد الصغير اذا لم يعبر عن نفسه ولم يميز وان كان يعبر ويميز فلا قطع بالاجماع (ودفتر) سواء كان فيه علم الشريعة اوالشعر اواللغة لان المقصود من دفاتر هذه الاشياء ما فيها وهو ليس بمال (الا دفتر الحساب) وقال مالك والشافعي واحمد يقطع في الدفاتر كلها سواء كانت فيها علوم الشريعة اوغيرها اذا بلغت قيمتها نصابا فيدخل في عموم الاية (ولا في كلب وفهد) لان جنسهما مباح الاصل ولان اختلاف العلماء في مالية الكلب اورث شبهة ولو كان على كلب طوق ذهب ونحوه لا يقطع لانه تبع له كالصبي الحر اذا كان عليه حلى (و) لا في (خيانة) وهو الاخذ مما في يده على وجه الامانة (و) لا في (نهب) وهو الاخذ على وجه العلانية والقهر في بلدة اوقرية لما اخرجه اصحاب السنن الاربعة عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على خائن ولامنتهب ولا مختلس قطع قال الترمذي حديث حسن صحيح

(وباب مسجد) لانه ليس بمحرز (ومصحف) لان اخذه يتناول بالقراءة والنظر فيه لازالة اشكال وقع والقطع لايجب مع الشبهة وفيه خلاف ابي يوسف والشافعي (وصبي حر) لانه ليس بمال (ولو) كان الصبي والمصحف (محليين) لان الحلية تبع لهما وعن ابي يوسف ان بلغ الحلية النصاب يقطع (وعبد) كبير لانه خداع لاسرقة (الا) العبد (الصغير) الذي لايعبر عن نفسه لانه مال مطلق كسائر الاموال وقال ابو يوسف لا يقطع وان كان صغيرا لايعقل (ودفتر) لان المقصود ما فيه وهو ليس بمال ولان الدفتران كان شرعيا ككتب التفسير والحديث والفقه فهي كالمصحف وان كان شيئا مكروها فهو كالطنبور (الا دفتر الحساب) والمراد به دفتر مضى حسابه لان ما فيه لايقصد بالاخذ وانما المقصود الكاغد فيقطع ان بلغ نصابا واختلفوا في كتب الادب فقيل هي ملحقة بدفتر الحساب وقيل بكتب التفسير والفقه لان معرفتهما توقف عليها (ولا في فهد وكلب) لانهما يوجدان مباح الاصل (وخيانة) كما اذا خان في الوديعة اودخل في بيت بالاذن (ونهب) هو ان ياخذ الشيء على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلده اوقريته .

وسكت عنه عبد الحق فى احكامه وابن القطان بعده فهو صحيح عندهما وعن احمد يقطع جاحد العارية وبه قال اسحق بن راهويه لما اخرجه مسلم عن معمر عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحده فامر النبى صلى الله عليه وسلم بقطع يدها واجيب بان ذكر العارية فى هذا الحديث وقع لقصد التعريف لا لانه سبب للقطع فانها كانت كثيرة الاستعارة والجحد حتى عرفت به واستمرت على ذلك حتى سرقت فامر النبى صلى الله عليه وسلم بقطع يدها بدليل الاحاديث التى صرح فيها بالسرقة وقيل الحديث منسوخ بما روينا من حديث جابر وقيل ان قطعها كان سياسة لتكرر ذلك الفعل منها (و) لافى (نبش) اى نبش قبر واخذ كفن منه وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وهو قول ابن عباس والثورى والاوزاعى ومكحول والزهرى والشافعى فى القديم وقال ابو يوسف ومالك والشافعى فى الجديد واحمد وابو ثور والحسن والشعبى والنخعى وقتادة وحماد وعمر بن عبد العزيز يقطع النباش لما روى البيهقى فى المعرفة عن البراء بن عازب عن ابيه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من نبش قطعناه وضعفه وروى ايضا عن عائشة انها قالت سارق اموتنا كسارق احيائنا وفى تاريخ البخارى قال هشيم حدثنا سهيل قال شهدت ابن الزبير انه قطع نباشا ولانه سرق مالا متقوما يبلغ نصابا من حرز مثله فوجب القطع به اعتبارا بسائر انواع الحرز ولنا ماروى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن عيسى بن يونس عن معمر عن الزهرى قال اتى مروان بقوم يختفون اى ينبشون القبور فضربهم ونفاهم والصحابة متوافرون وروى ايضا عن حفص عن اشعث عن الزهرى قال اخذ نباش فى زمن معاوية وكان مروان على المدينة فسأل من بحضرته من الصحابة والفقهاء فاجمع رأيهم على ان يضرب اسواطا ويطاف به ولا يخفى ان كلا من الاثرين حكاية حال وهما احتمال اخذه قبل اخراج الكفن او بعده ولم يكن مقدار النصاب فلا يتم الجواب واما حديث لا قطع على المختفى وهو النباش بلغة اهل اليمن فهو غريب غير معروف (و) لافى (مال عامة) اى عامة المسلمين وبه قال الشافعى واحمد والنخعى والشعبى والحاكم وقال مالك وحماد وابن المنذر يقطع لظاهر الاية ولانه سرق مالا محرزا ولنا ماروى ابن ماجه فى سننه من حديث ابن عباس ان عبدا من رقيق

(ونبش) هو استخراج الشئ المدفون ومنه النباش الذى ينبش القبر لقوله عليه الصلوة والسلام لاقطع على المختفى وهو النباش بلغة اهل المدينة وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى والشافعى عليه القطع (ومال عامة) كمال بيت المال لانه مال المسلمين وهو منهم

الخمس سرق من الخمس فرفع ذلك الى النبى صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه وقال مال الله سرق بعضه بعضا كذا ذكروه وفيه ان العبد من جملة المال وقطعه يضره فلا يقاس عليه غيره (و) لا فى مال (له) اى للسارق (فيه شركة) بان سرق احد الشريكين من حرز الآخر مالا مشتركا بينهما وهو الاصح فى مذهب الشافعى وقول احمد وقال مالك وهو قول الشافعى اذا سرق من نصيب الشريك قدر نصاب يقطع لانه اخذ ملك غيره من حرزه (و) لا فى (مثل حقه) فى الجنس (حالا) كان حقه (او مؤجلا) والقياس ان يقطع فى المؤجل لانه لا يباح له اخذه قبل الاجل فصار كمن لا دين له ووجه الاستحسان ان المؤجل ثابت فى الذمة كالحال والتأجيل لتأخير المطالبة (ولو بمزيد) اى ولو كان المأخوذ زائدا على حقه لانه يصير شريكا فى ذلك المال بمقدار حقه فيتحقق الشبهة قيد بمثل الحق لانه لو كان له عليه دراهم فسرق منه عروضا يقطع لانه ليس له الاستيفاء منه الا بيعها بالتراضى وعن ابى يوسف لا يقطع وهو وجه فى مذهب الشافعى لان له ان ياخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية فاورث ذلك شبهة ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لانه ليس له ولاية الاخذ وبه قال مالك واحمد فى رواية والشافعى فى وجه وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد كما فى الزكاة والنفقة وفى المحيط والمبسوط هو الصحيح وبه قال الشافعى فى الاظهر (و) لا فى (ما قطع فيه) وفى نسخة به اى ولا قطع فى سرقة شئ أكان السارق سرق به قبل ذلك وقطع لاجله (وهو) اى المسروق (بحاله) واما لو تغير حاله بان كان غزلا فقطع فيه ثم رده الى صاحبه فنسجه ثم سرقه فانه يقطع ثانيا والقياس ان يقطع فيما هو بحاله ايضا وهو رواية عن ابى يوسف وبه قال مالك والشافعى واحمد لان السرقة الثانية اقبح لوجود الاقدام عليها مع سبق الزاجر عنها فكانت احق بايجاب القطع (و) لا فى (مال ذى رحم محرم) اومال غيره (من بيته) اى بيت ذى الرحم المحرم وقال مالك وابو ثور وابن المنذر والمزنى من اصحاب احمد يقطع الولد اذا سرق من احد ابويه وان علا لانه لاحق للولد فى مال ابويه ولهذا يحد اذا زنى بجاريتهما ويقتل اذا قتلهما فصار كاجنبى ولنا ان البعضية توجب البسوطة فى المال والاذن فى الدخول فى الحرز ولهذا يمنع الولاد قبول شهادة احدهما

(ومال له) اى للسارق (فيه شركة) لان الشركة تورث الشبهة (ومثل حقه حالا او مؤجلا) اى من كان له على اخر دراهم مثلا حالة كانت او مؤجلة فسرق مثلها لم يقطع لان لرب الدين ان يستو فى جنس حقه اذا ظفر به (ولو كان بمزيد) اى وان سرق زيادة على دينه لم يقطع ايضا لانه يصير شريكا فى المسروق بقدر حقه وان سرق خلاف جنس حقه يقطع لانه لا يباح له الاخذ (و) من ابى يوسف رح انه لا يقطع وان كان دينه دراهم فسرق دنانير المديون فالصحيح انه لا يقطع لان النقود جنس واحد حكما (وما قطع فيه فسرق وهو بحاله) اى من سرق عينا فقطع فيها مرة فردها الى مالكها ثم عاد فسرقها ثانيا والحال انها لم تتغير عن حالها لم يقطع (و) عن ابى يوسف رح والشافعى رح انه يقطع لقوله عليه السلام فان عادفاقطعوه من غير فصل ولنا ان القطع يقتضى سقوط عصمة المحل حقا للعبد لان القطع حق الله تعالى لكونه جزاء وكل ما هو جزاء فهو خالص حق الله تعالى كما قال الله تعالى جزاء بما كسبا نكالا من الله ومن ضرورته تحويل العصمة الى الله تعالى وسقوط العصمة من جهة العبد وبالرد على المالك ان عادت العصمة بقيت شبهة سقوطها فلا يقطع (ولو تغيرت عن حالها بان سرق غزلا فقطع فرده ثم نسج فسرق ثانيا قطع لتبدل العين (ومال ذى رحم محرم من بيته) اما فى الولاد فلا خلاف فيه لان البعضية توجب البسوطة فى المال والاختلال فى الحرز وفيما عدى الولاد فيه خلاف الشافعى رح فعنده هذه القرابة ملحقة ببنى الاعمام وعندنا بالولاد لان الدخول على هؤلاء جائز كما فى الولاد فاختل الحرز ولو سرق مال الغير من بيت ذى رحم محرم لا يقطع ايضا لعدم الحرز ولو سرق مال ذى رحم محرم من بيت غيره يقطع لتحقق الحرز ولو سرق من امه او اخته رضاعا يقطع وعن ابى يوسف اذا سرق من امه رضاعا لايقطع لانه يدخل عليها بلا استيذان عادة بخلاف اخته رضاعا

لصاحبه فصار كالاب لا كالاجنبى وقال مالك والشافعى واحمد يقطع بسرقة ذى رحم محرم غير الولاد الحاقا لهذه القرابة ببنى الاعمام ولنا انها ملحقة بقرابة الولاد فى وجوب الصون عن القطيعة والقطع فى السرقة يفضي الى القطيعة فوجب صونها عنه اما لو سرق مال ذى رحم محرم من غير بيته فيقطع اتفاقا لوجود الحرز بلا شبهة (ولا من زوج و) لامن (عرس) اى ولا قطع بسرقة الزوجة من حرز زوجها الخاص به ولا بسرقة الزوج من حرز زوجته الخاص بها وللشافعى ثلاثة اقوال قول بالقطع كمالك واحمد وقول بعدمه وهو رواية عن احمد وقول بقطع الزوج بسرقة مال زوجته وعدم قطع الزوجة بسرقة مال زوجها لان لها حقا فى ماله وهو النفقة ولا حق له فى مالها ولنا ان بين الزوجين بسوطة فى المال عادة (و) لا من (سيد) اى ولا قطع على من سرق من مال سيده (و) لامن (عرسه) اى عرس سيده (و) لامن (زوج سيدته) لوجود الاذن بالدخول عادة فانعدم الحرز وقال مالك وابو ثور يقطع فى الاخيرين لعدم استحقاقه النفقة فى مالها بخلاف السيد وقال داود يقطع بسرقة مال سيده ايضا لعموم الآية ولنا ما روى السائب بن يزيد قال شهدت عمر وجاء عبد الله بن عمر الحضرمى بغلام له فقال غلامى هذا سرق فاقطعه فقال عمر ماذا سرق فقال سرق مرآة لامرأتى قيمتها اوثمنها ستون درهما فقال عمر ارسله لا قطع عليه خادمكم سرق متاعكم ولم يخالفه احد من الصحابة فكان اجماعا ويخص به عموم الآية (و) لامن (مكاتبه) اى ولا قطع على مولى سرق من مكاتبه لان له فى كسبه حقا (و) لامن (مضيفه) اى ولا قطع على ضيف سرق من مضيفه لان البيت لم يبق حرزا فى حقه لكونه مأذونا له فى دخوله فيكون فعله خيانة لا سرقة وقال مالك والشافعى واحمد فى رواية ان سرق من الموضع الذى انزل فيه اومن الموضع الذى لم يحرز عنه لا يقطع وان سرق من موضع حرز عنه يقطع (و) لامن (مغنم) وهو الموضع الذى فيه يجمع الغنيمة اوالمال الذى غنم ولم يقسم بعد وبه قال الشافعى واحمد وقال مالك وابن المنذر يقطع وهو نظير السرقة من مال عامة المسلمين خلافا ودليلا ولنا على هذه خصوصا ما روى عبد الرزاق فى مصنفه عن الثورى عن سماك بن حرب عن ابى عبيد بن الابرص وهو يزيد بن دثار قال اتى على برجل سرق من المغنم فقال له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه وكان قد سرق مغفرا

(و)

(ولا من زوج وعرسه) فان احد الزوجين اذا سرق مال الاخر لا يقطع وقال الشافعى يقطع وقال مالك رح ان سرق من البيت الذى هما فيه لا يقطع وان سرق من بيت سوى البيت الذى هما فيه يقطع (ولا من سيده وعرسه) اى عرس سيده (ولا من سيدته وزوج سيدته) لثبوت الاذن بالدخول عادة فانتفى الحرز (ولا من مكاتبه) لان للمالك فى مكاسب مكاتبه حقا (ولا) ان سرق الضيف (من مضيفه) لانتفاء الحرز بالاذن للدخول (ولا من مغنم) لما روى عن على رض انه اتى برجل سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه نصيب

(و) لامن (حمام) فى الوقت الذى جرت العادة بدخوله لما روى ابن ابى شيبة فى مصنفه بعد ان قال باب الرجل يدخل الحمام فيسرق بسنده عن ابى الدرداء انه سئل عن سارق الحمام فقال لا قطع عليه وظنه البيهقى بالتخفيف فرواه بالتصحيف (و) لا من (بيت اذن فى دخوله) لوجود الاذن عادة فى الاول وحقيقة فى الثانى فاختل الحرز فيهما وفى العيون يقطع السارق من الحمام فى وقت الدخول فيه إذا كان له حافظ على قول ابى حنيفة وبه قال مالك والشافعى واحمد فى رواية وابو ثور وابن المنذر ولا يقطع على قول ابى يوسف ومحمد وبه اخذ ابو الليث والصدر الشهيد وفى شرح الوافى وعليه الفتوى وهو ظاهر المذهب وبه قال شمس الائمة وقاضيخان وهو الصحيح (ولا ان لم يخرجه) اى ولا قطع ان لم يخرج السارق المسروق (من الدار) لان الدار بما فيها فى يد صاحبها فى المعنى وهى كلها حرز واحد فلا بد اخراج المسروق منها ليتحقق الاخذ من كل وجه (او) ان (ناول من هو خارج) يعنى اذا نقب اللص ودخل واخذ المال وناوله آخر من خارج لا قطع على واحد منهما لان القطع يجب لهتك الحرز والاخراج ولم يوجد فى حق واحد منهما لان الخارج لم يوجد عنه الهتك والداخل لم يوجد عنه الاخراج واما اخراج يده فقد بطل باعتراض يد الآخر عليه وقال مالك ان كانا متعاونين قطعا وان انفرد كل واحد بفعله دون اتفاق بينهما لم يقطعا وقال الشافعى يفرد الخارج الآخذ بالقطع وبه قال احمد ولو وضع الداخل المال عند النقب ثم خرج واخذه لم يذكره محمد والصحيح انه لا يقطع وقال مالك والشافعى واحمد يقطع ولو كان فى الدار نهر جار فرمى بالمتاع فى النهر ثم خرج واخذه ان خرج بقوة الماء لا يقطع وقال فى النهاية معزيا الى المبسوط ان الاصح انه يقطع وبه قال مالك والشافعى واحمد (او) ان (ادخل) اى ولا قطع على من نقب بيتا وادخل (يده فى بيت واخذ) وعن ابى يوسف فى الاملاء انه يقطع وهو قول مالك والشافعى واحمد لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فصار كما لو ادخل يده فى جيب غيره اوكمه اوفى صندوقه واخذ ولنا ان السرقة هتك الحرز على الكمال مع اخراج المال والكمال فى هتك حرز البيوت دخولها بخلاف الصندوق فان الممكن فيه ادخال اليد فيتم الهتك به مع الاخراج ولنا ايضا قول على رضى الله عنه اللص اذا

(وحمام وبيت اذن للناس فى الدخول) لاختلال الحرز ويدخل فى ذلك خوانيت التجار والخانات وعن ابى حنيفة رح ان سرق ثوبا من تحت رجل فى الحمام يقطع وعندهما لا يقطع وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى والاصل فى ذلك ان الحرز معتبر لتحقق السرقة ثم يكون المال محرزا تارة بالمكان وهو كل مكان اعد لحفظ الامتعة فيه كالدور والبيوت والصناديق والخيام ويكون محرزا بالحافظ تارة كمن جلس فى الصحراء او فى الطريق وعنده متاعه فهو محرز محفوظ به لان هذه المواضع ليست بحرز فصار المال فيها محرزا بالحافظ وفيما يكون محرزا بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ اذ الحفظ بالمكان فوق الحفظ بالحافظ فاذا سرق من الحمام شئ وله حافظ فلا قطع لان الحمام حرز وقد اختل بالاذن بالدخول ولا اعتبار بالحافظ فيه فلا قطع وهذا بخلاف الحافظ فى المسجد فانه يقطع فيه اذ ليس المسجد بحرز لانه ما يبنى للاحراز فاعتبر بالحافظ (ولا ان سرق) شيئا (ولم يخرجه من الدار) لان تمام السرقة بالاخراج من الحرز والدار كلها حرز واحد وهذا اذا كان الدار صغيرة بحيث لا يستغنى اهل البيوت عن الانتفاع بصحن الدار وان كانت الدار كبيرة وفيها مقاصير اى حجر ومنازل فى كل مقصورة سكان ويستغنى اهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار وانما ينتفعون به انتفاع السكة فسرق رجل من مقصورة واخرجها الى صحن الدار قطع كما سيجئ لان الاخراج من الحرز وقد وجد (او نقب) اللص البيت (فدخل) و اخذ المال (وناول من هو خارج) من البيت فلا يقطع واحد منهما اما الاول فلانه لم يوجد منه الاخراج واما الثانى فلانه لم يوجد منه هتك الحرز فلم يتم السرقة من واحد منهما وعن ابى يوسف رح انه ان كان الخارج ادخل يده حتى ناوله الآخر اخرج يده مع المتاع حتى اخذ منه الخارج يقطع الداخل لا الخارج (او نقب وادخل يده فى بيت واخذ المال) لانه ليس بهتك الحرز على الكمال لان الهتك ان يدخل البيت بالجثة وفيه خلاف ابى يوسف رحمه الله تعالى

كان طريقا لا يقطع قيل وكيف ذلك قال ان ينقب البيت فيدخل يده ويخرج المتاع من غير ان يدخله (او) ان (طر) اى ولا قطع ان شق (صرة خارجة من كم) لان الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلم يوجد هتك الحرز والمراد هنا بالصرة بعض الكم المشدود فيه الدراهم قيد الصرة بكونها خارجة من الكم لانه لوطر صرة داخلة فيه يقطع لان الرباط فى الداخلة من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم وقيد بالطر لانه لوحل يقطع ان كان الرباط خارج الكم لانه يأخذ الدراهم من داخله ولا يقطع ان كان من داخل الكم لانه يأخذها من خارجه وعن ابى يوسف انه يقطع فى الاموال كلها لان المال محرز بالكم اذا كانت الصرة داخلة وبصاحب الكم اذا كانت خارجة (او) ان (سرق) اى ولا يقطع ان سرق (جملا من قطار) وهو الابل على نسق واحد (او) ان سرق (حملا) من احمال قطار وقال مالك والشافعى واحمد يقطع لانه محرز بالحافظ وهو القائد اوالسائق اوالراكب اذا لم يكن نائما فان كان نائما عليه لم يقطع ولنا انه ليس بمحرز قصدا فيتمكن فيه شبهة العدم وذلك لان كلامن القائد والسائق والراكب يقصد قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ (وقطع) سارق الجمل اوالحمل من القطار (ان حفظه ربه) لوجود قصد الحفظ منه فكان محرزا بالحافظ (او) ان (نام عليه) اى على الجمل والحمل لان ذلك حرز له بالحافظ وروى ابو داود والنسائى وابن ماجه واحمد فى مسنده من غير وجه عن صفوان بن امية انه طاف بالبيت وصلى ثم لف رداءه له من برد فوضعه تحت رأسه فنام فاتاه لص فاستله من تحت رأسه فاخذه فاتى به النبى صلى الله عليه وسلم فقال ان هذا سرق ردائى فقال له النبى صلى الله عليه وسلم اسرقت رداء هذا قال اذهبابه فاقطعا يده فقال صفوان ما كنت اريد ان تقطع يده فى ردائى فقال له فلو كان قبل ان تأتينى به (او) ان (شق) اللص (الحمل واخذ شيئا) يبلغ نصابا لان الجوالق حرز (او) ان (ادخل يده فى صندوق اوكم) اوجيب لان هذه الاشياء حرز لما فيها (او) ان (اخرج) السرقة (من مقصورة) اى حجرة (دار فيها مقاصير الى صحنها) اى صحن الدار وذلك كمدرسة ونحوها (او) ان (سرق صاحب مقصورة) اى حجرة من مقاصير دار كبيرة (من) مقصورة (اخرى) اى من مقاصير تلك الدار لان

(اوطر) اى قطع (صرة خارجة من كم غيره) واخذ الدراهم فانه لا قطع وان ادخل يده فى الكم وطرها واخذها قطع لان الرباط فى الوجه الاول من خارج الكم فبالطر يتحقق الاخذ من خارج فلم يوجد هتك الحرز باخراج المال من الكم والرباط فى الوجه الثانى من داخل فبالطر يتحقق هتك الحرز باخراج المال من الكم ولوحل الرباط يقطع فى الوجه الاول لان الدراهم تبقى فى الكم بعد حل الرباط فيتحقق هتك الحرز بالاخراج منه وفى الوجه الثانى لا يقطع لانه اذا حل الرباط تبقى الدراهم خارجة من الكم فلم يوجد اخراج المال من الحرز وانما اخذه من خارج فلا يقطع وعن ابى يوسف رح انه يقطع فى الوجوه كلها (اوسرق جملا من قطار اوحملا) فانه لا يقطع سواء كان معه سائق يسوقه اوقائد يقوده اولا لان مقصود القائد والسائق القود والسوق دون الحفظ (وقطع ان حفظه ربه او نام عليه)لان الحرز ثبت بالحافظ اذا كان قاصد الحفظ والنوم عليه حفظه وكذا ان نام بقربه (او شق الحمل واخذ منه شيئا) فان الجوالق فى مثل هذا حرز (اوادخل يده فى صندوق او كم واخذ) المال فان الصندوق والكم حرز فيقطع (او اخرج من مقصورة دار فيها مقاصير الى صحنها) كما ذكرنا والمراد به موضع كمدرسة ونحوها فيها حجرات يسكن فى كل منها انسان لا تعلق له بالحجرة الاخرى لا الدار التى صاحبها واحد وبيوتها مشغولة بمتاعه وخدامه (اوسرق صاحب مقصورة من اخرى) من هذه الدار اونقب اللص البيت فدخل

لكل مقصور) بابا وغلقا على حدة (او) ان (القى) السارق (شيئا) يبلغ نصابا (فى الطريق ثم اخذه) وبه قال مالك والشافعى واحمد وقال زفر لا يقطع (اوحمله) اى السارق المسروق (على حمار) ونحوه (فساقه واخرجه وبه قال مالك والشافعى واحمد لان سير الحمار مضاف الى السارق لسوقه اياه قيده بالسوق لان الحمار لو خرج بنفسه لا يقطع السارق لان للبهيمة اختيارا (تقطع يمين السارق) اما القطع فلقوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما) واما اليمين فلقراءة ابن مسعود (فاقطعوا ايمانهما) وهى مشهورة فكانت بمنزلة خبر مشهور فيقيد اطلاق الكتاب به (من زنده) وهو مفصل طرف الزراع من الكف وقالت الخوارج من منكبه اذ اليد من المنكب ولنا ان النص امر بقطع اليد وهى تطلق من المنكب ومن المرفق ومن الرسغ فى اللغة والشرع وقد تبين ان المراد بها فى الآية من الرسغ بعمله صلى الله عليه وسلم وعمل الصحابة وانعقد عليه الاجماع ولان هذا القدر متيقن به وفى الحدود يؤخذ بالمتيقن احتياطا وقد روى الدار قطنى فى سننه ان النبى صلى الله عليه وسلم امر بقطع الذى سرق رداء صفوان من المفصل وروى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن رجاء بن حيوة ان النبى صلى الله عليه وسلم قطع رجلا من المفصل وهو حديث مرسل وروى ايضا عن عمر وعلى انهما قطعا من المفصل (وتحسم) اى تكوى لينقطع الدم بان تغمس فى الدهن الذى اغلى لما روى الحاكم فى المستدرك من حديث ابى هريرة وقال صحيح على شرط البخارى ومسلم ان النبى صلى الله عليه وسلم اتى بسارق سرق شملة فقال عليه السلام ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتونى به فقطع ثم اتى به فقال تب الى الله قال تبت الى الله قال تاب الله عليك (ثم) تقطع (رجله اليسرى ان عاد) ثانيا بالاجماع وهو من الكعب وقال ابو ثور والرافضة من نصف القدم من معقد الشراك (فان عاد) وسرق (ثالثا) اى لا يقطع (بل يسجن حتى يتوب) وقال مالك والشافعى ان سرق ثالثا تقطع يده اليسرى وان سرق رابعا تقطع رجله اليمنى لعموم الآية فان هذا سارق له يد فتقطع بظاهر النص وتعيين اليمين ابتداء لا يبطل محلية اليسرى ولقوله عليه السلام اذا سرق السارق فاقطعوا يده فان عاد

(اوالقى شيئا فى الطريق ثم خرج واخذه) فان هذا معتاد بين السراق لتعذر الخروج مع المتاع او لتفريغ يده فيمكنه استدفاع رب المال وان لم يأخذه من الطريق لا يقطع خلافا للشافعى رح (او حمله على حمار فساقه واخرجه) لان سير الدابة مضاف الى سائقها وعند زفر رح لا يقطع فى الالقاء والحمل (ويقطع يمين كل سارق من زنده) هو مفصل عظم الساعد والكف وعند الخوارج يقطع من المنكب (ويحسم) الحسم ان يجعل يده بعد القطع فى الدهن الذى اغلى (ثم يقطع رجله اليسرى) اى ان عاد الى السرقة (فان عاد) وسرق (ثالثا لا يقطع) يده (بل يحبس حتى يتوب) ويعزر ايضا وعند الشافعى رح يقطع يده اليسرى فى المرة الثالثة ورجله اليمنى فى المرة الرابعة

فاقطعوا رجله فان عاد فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله رواه الدارقطنى
فى سننه وفى سنده الواقدى وفيه مقال وفى سنن ابى داود عن جابر قال
جىء بسارق الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال اقتلوه قالوا يا رسول
الله انما سرق فقال اقطعوه قال فقطع ثم جىء به الثانية فقال اقتلوه
فقالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه قال فقطع ثم جىء به الثالثة
فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جىء به
الرابعة فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم
جىء به الخامسة فقال اقتلوه قال جابر فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فالقيناه
فى بئر ورمينا عليه الحجارة وقال النسائى حديث منكر واخرج هو فى سننه
عن الحارث بن حاطب اللخمى ان النبى صلى الله عليه وسلم اتى بلص
فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوا يده فقطعت ثم
سرق فقطعت رجله ثم سرق على عهد ابى بكر حتى قطعت قوائمه
كلها ثم سرق الخامسة فقال ابو بكر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
اعلم بهذا حين قال اقتلوه ورواه الطبرانى والحاكم فى مستدركه
وقال صحيح الاسناد وروى الدار قطنى فى سننه والطبرانى فى معجمه عن
علقمة بن مالك قال سرق مملوك اربع مرات والنبى يعفو عنه ثم سرق
الخامسة فقطع يده ثم السادسة فقطع رجله ثم السابعة فقطع يده ثم الثامنة
فقطع رجله وقال عليه السلام اربع باربع وروى مالك فى الموطا عن
عبدالرحمن بن القاسم عن ابيه ان رجلا من اليمن اقطع اليد والرجل
قدم فنزل على ابى بكر الصديق فشكا اليه ان عامل ان اليمن ظلمه
فكان يصلى من الليل فيقول ابو بكر وابيك ماليلك بليل سارق ثم انهم
فقدوا عقدا لاسماء بنت عميس امرأة ابى بكر الصديق فجعل الرجل
يطوف معهم ويقول اللهم عليك بمن بيت اهل هذا البيت الصالح
فوجدوا الحلى عند صائغ زعم ان الا قطع جاء به فاعترف الاقطع اوشهد
عليه به فامر به ابو بكر فقطعت يده اليسرى وقال ابو بكر لدعاؤه
على نفسه اشد عليه من سرقته ولنا ما روى محمد بن الحسن فى كتاب
الآثار عن ابى حنيفة عن عمرو بن مرة عن عبدالله بن سلمة عن على
بن ابى طالب قال اذا سرق السارق قطعت يده اليمنى فان عاد قطعت
رجله اليسرى فان عاد ضمنته السجن حتى يحدث خيرا انى لا ستحى من

الله

الله ادعه ليس له يد يأكل بها ويستنجى بها ورجل يمشى عليها ومن طريق محمد رواه الدار قطنى ورواه عبد الرزاق فى مصنفه عن الشعبى قال كان على لايقطع الا اليد والرجل وان سرق بعد ذلك سجنه ويقول انى لا ستحى من الله ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجى بها وقول ابن عباس كقول على رواه ابن ابى شيبة واخرج البيهقى عن عبد الله بن سلمة عن على انه اتى بسارق فقطع يده ثم اتى به فقطع رجله ثم اتى به فقال اقطع يده فبأى شئ يتمسح وبأى شئ ياكل اقطع رجله على اى شىء يمشى انى لا ستحى من الله ثم ضربه وخلده فى السجن وفى تنقيح ابن عبد الهادى عن ابى سعيد المقبرى قال حضرت على بن ابى طالب وقد اتى برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فقال لاصحابه ما ترون فى هذا قالوا اقطعه يا امير المؤمنين قال اقتله اذا وما عليه القتل بأى شىء ياكل الطعام بأى شىء يتوضأ للصلوة بأى شىء يغتسل من جنابته بأى شىء يقوم على حاجته فرده الى السجن اياما ثم استخرجه فاستشار اصحابه فقالوا مثل قولهم الاول وقال لهم مثل ما قال اوّل مرة فجلده جلدا شديدا ثم ارسله وروى ابن ابى شيبة عن ابى خالد عن حجاج عن سماك عن بعض الصحابة ان عمر استشارهم فى سارق فاجمعوا على مثل قول على وروى ايضا عن ابى اسامة عن عبد الرحمن بن يزيد بن جابر عن مكحول ان عمر قال اذا سرق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله ولاتقطعوا يده الاخرى وذروه ياكل بها ويستنجى بها ولكن احبسوه عن المسلمين واخرج عن النخعى قال كانوا يقولون لايترك ابن آدم مثل البهيمة ليس له يد ياكل بها ويستنجى بها انتهى ولعلهم حملوا قطع النبى عليه السلام وابى بكر على السياسة كما حملوا قتله فى الخامسة عليها اجماعا ثم رأيت بعض المحققين ذكر انه لاشك فى ثبوت هذه المرويات وهى تستلزم نسخ مروى الاتيان على اربعة السارق على تقدير ثبوته او انه كان لمعنى زائد فى السارق بدليل امر النبى صلى الله عليه وسلم بقتله من اول سرقته انتهى ولا يبعد ان يكون ما اخذ المرتضى هو قياس السرقة الصغرى بالكبرى حيث اقتصر فيها مع عظم حرمتها على قطع ايديهم وارجلهم من خلاف (وشرط) فى قطع السارق (خصومة المالك) وطلبه القطع وبه قال الشافعى واحمد وقال مالك وابو ثور وابن المنذر وابن ابى ليلى وابو بكر الحنبلى لا يشترط لان القطع حق الله

(وشرط للقطع خصومة المالك) وطلبه المال ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا لابن ابى ليلى رح فيهما لان القطع خالص حق الله تعالى وللشافعى رح فى الاقرار لان الشهادة يبنى على الدعوى فى المال بخلاف الاقرار ولنا ان الخصومة ظهور السرقة لانها جناية اخذ مال الغير ولم يثبت الجناية على مال الغير الا بالخصومة

(او خصومة ذى يد حافظ كالمودع ونحوه) فسرقهما من يده والمستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظ سوى المالك كالاب والوصى ومتولى الوقف والوكيل ويقطع بخصومة المالك فى السرقة من هؤلاء وعند زفر رح والشافعى رح لا يقطع بخصومة هؤلاء ما لم يحضر المالك (وما قطع به ان بقى رده) على صاحبه (والا) اى وان لم يبق بان هلك (لا يضمنه وان استهلكه السارق فكذلك فى رواية ابى يوسف رح عن ابى حنيفة رح وهو المشهور وفى رواية الحسن عن ابيحنيفة رح يضمن وقال مالك ان كان السارق ذا مال يضمن والا لا يضمن اصلا وقال الشافعى رح يضمن السارق هلك المال او استهلكه فعندنا القطع مع الضمان لا يجتمعان وعند الشافعى رح يجتمعان لانهما حقان مختلفان محلا ومستحقا وسببا اذ محل القطع اليد ومستحقه الحق وسببه الجناية على حق الله تعالى وهو ترك الانهاء عما نهاه عنه ومحل الضمان الذمة ومستحقه المسروق منه وسببه اثبات اليد على مال الغير على وجه العدوان فوجوب احدهما لا يمنع وجوب الاخر ولنا ما روى عن النبى عليه الصلوة والسلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان القطع خالص حق الله تعالى فلا يجب الا بجناية واقعة على حق الله تعالى خالصا فانتقل عصمة المال الى الله تعالى ولا يبقى معصوما حقا للعبد لان العصمة متحدة فاذا تحولت الى الله تعالى لم يبق للعبد والتحقت فى حق العبد بالا قيمة له كالخمر فلا يضمنه (ومعصوم) اى مسلم او ذمى خرج وقصد (قطع الطريق على معصوم) اى على مسلم او ذمى حتى لو قطع الطريق على المستامن لا يجب القطع (فاخذ قاطع الطريق قبل اخذ مال وقتل حبس) بعد ما عزر (حتى يتوب) ويظهر فيه سيماء الصالحين

وقال

كحد الزنا ولنا ان مع عدم الخصومة والمطالبة تتمكن شبهة ان مالكه اباحه او وقفه على المسلمين وشبهة اذن الدخول فى الحرز فاعتبرت المخاصمة والمطالبة رفعا لذلك اما الزنا فلا يباح بالاباحة فلا تتمكن فيه هذه الشبهة وعلى هذا الخلاف لو غاب المالك عند القطع فعندنا وعند الشافعى واحمد لا يقطع وعند مالك

ومن ذكر معه يقطع (او) خصومة (ذى يد حافظ كالمودع ونحوه) وهو المستعير والمستأجر والمضارب والمرتهن والاب والوصى ومتولى الوقف فان السارق يقطع بخصومة هؤلاء عند علمائنا الثلثة وقال الشافعى لاحق فى الخصومة لغير المالك والوكيل والمودع والمرتهن (وما قطع) السارق (به ان بقى) ولو فى يد من باعه السارق اورهنه له (رد) الى المالك اجماعا ويبطل البيع او الهبة ان كان لانه بالسرقة لم يزل عن ملكه ومن وجد عين ماله احق به (والا) اى وان لم يبق ما قطع السارق به سواء هلك او استهلك (لا يضمن) وقال الشافعى واحمد وابو ثور والنخعى وحماد والحسن واسحاق والبشر يضمن فى الحالتين فيجب على السارق رد قيمة المسروق ان كان قيميا ورد مثله ان كان مثليا لعموم قوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقال علماؤنا والثورى لا يجتمع الضمان مع القطع بل ان ضمنه المالك قبل القطع سقط القطع وان قطعه سقط الضمان وبه قال عطاء وابن سيرين وابن شبرمة والشعبى ومكحول وقال مالك ان كان السارق معسرا لا ضمان عليه وان كان موسرا يضمن نظرا للجانبين ولنا ما روى النسائى ولكن باسناد فيه مجهول عن عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يغرم صاحب سرقة اذا اقيم عليه الحد قال النسائى هذا مرسل وليس بثابت واخرجه الدار قطنى فى سننه بلفظ لا غرم على السارق بعد قطع يمينه قال والمسور لم يدرك عبد الرحمن بن عوف فان صح اسناده فهو مرسل وقد تقدم ان الارسال غير قادح عندنا بعد ثقة الراوى وامانته وروى الحسن عن ابى حنيفة وجوب الضمان فى المستهلك (ومعصوم) اى مسلم اوذمى وهو مبتدأ صفته (قطع الطريق) بصيغة الفاعل (على معصوم فاخذ) بصيغة المجهول عطف على قطع (قبل اخذ مال وقتل حبس) اى بعد التعزير وهو خبر المبتدأ (حتى يتوب) اى يظهر فيه سيماء الصالحين

وقال النخعى وقتادة وعطاء واحمد يشرد قاطع الطريق من الامصار وقال طائفة من اهل العلم وهو مروى عن ابن عباس ينفى من بلده الى بلد غيره وقال مالك وابن شريج من اصحاب الشافعى يحبس فى البلد الذى ينفى اليه ولنا ان ظاهر الآية يدل على النفى من جميع الارض وهو لا يمكن ونفيه عن بلده لا يحصل به المقصود وهو كف اذاه عن الناس ونفيه من الاسلام الى دار الحرب فيه تعريضه للردة وصيرورته حربا لنا فقلنا المراد بنفيه من الارض دفع شره بالحبس اذ الحبس يعد خارجا من الدنيا كما قال الشاعر (خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها * فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى) ثم لقطع الطريق شرايط منها ان تكون لهم شوكة ومنعة وقوة سواء كانت بالسلاح او بالعصا الكبيرة او بالحجر او بغيره وان كان واحدا ومنها ان يكون ذلك منهم خارج المصر بعيدا عنه حتى ان كان فى المصر اوبقرب منه اوبين قريتين لا يكون قطعا للطريق خلافا لمالك والشافعى وتوقف احمد وعن ابى يوسف انهم ان كانوا فى المصر ليلا اوفيما بينه وبين المصر اقل من مسيرة سفر يجرى عليهم احكام القطاع وعليه الفتوى لمصلحة الناس ومنها ان يكون المأخوذ قدر النصاب وبه قال الشافعى واحمد وقال مالك وابو ثور وابن المنذر لا يشترط النصاب لعموم الآية ومنها ان يكون القطاع كلهم اجانب من المال ويكون كلهم من اهل وجوب القطع حتى لو كان واحد منهم من اصحاب المال او ذا رحم محرم منهم اوصبيا اومجنونا لا يجب عليهم القطع لان الجناية واحدة فالامتناع فى حق البعض امتناع فى حق الباقين خلافا لابى يوسف ومالك والشافعى واحمد ولو كان فيهم امرأة ففى رواية يقطع وبه قال مالك والشافعى واحمد والاصح انها لا تقطع ومنها ان يؤخذوا قبل التوبة حتى لواخذ بعدها وبعد رد المال سقط منهم الحد ولا خلاف فيه ولكن لا يسقط القصاص وضمان المال الهالك (وان اخذ) مالالمسلم اوذمى سواء جرح اولا (ونصيب كل نصاب قطع يده ورجله من خلاف) بان قطع يده اليمنى ورجله اليسرى لئلا يفوت جنس المنفعة (وان قتل بلا اخذ) مال (قتل حدا) لا قصاصا حتى لا يعفو الولى (و) ان قتل (معه) اى مع اخذ المال (قتل او صلب) حيا فى ظاهر الرواية ثلاثة ايام ويبعج بطنه برمح حتى يموت اى يشق (اوقطع) يده ورجله من خلاف (ثم قتل او صلب) كما ذكرناه وهذا

(وان اخذ مالا) من مسلم او ذمى (جماعة ونصيب كلواحد) منهم اذا قسم المال(نصاب) اى عشرة دراهم فصاعدا (قطع يده ورجله من خلاف) يعنى اليد اليمنى والرجل اليسرى لئلا يفوت جنس المنفعة (وان قتل بلا اخذ مال قتل حدا) حتى ان عفى الاولياء لم يلتفت الى عفوهم لانه حق الله تعالى وعند الشافعى رح الواجب القصاص (و)ان قتل (معه) اى مع اخذ المال (قتل) اى ان شاء الامام قتله من غير قطع (او صلب حيا) من غير قطع ايضا وان شاء (قطع) يده ورجله من خلاف (ثم قتل او صلب) حيا مع القطع ايضا وقال ابو يوسف رح ومحمد رح يقتل او يصلب ولا يقطع وعن ابيبوسف رح انه ليس للامام ان يدع الصلب وعنه انه يترك على خشبة كذلك حتى ينقطع فيسقط

موافق بجامع البزدوى وفى الهداية وصلب بالواو وكل منهما للامام فعله ثم ينزل بعد ثلاثة ايام ويخلى بينه وبين اهله ليدفنوه لانه لو ترك لتغير وتأذى الناس به وقيل يرى ابو يوسف تركه مصلوبا حتى يسقط ليكون ابلغ فى الاعتبار وقال محمد يقتل او يصلب ولا يقطع وفى عامة المباسيط وشروح الجامع ابو يوسف مع محمد وبه قال الشافعى واحمد فى رواية ومالك ان كان ذا رأى وعن ابى يوسف ان الامام لا يترك الصلب لانه المنصوص عليه والمقصود منه التشهير ليرتدع به غيره وبه قال الشافعى واحمد وعن الطحاوى انه يقتل ثم يصلب توقيا المثلة وبه قال الشافعى واحمد والاصل فى ذلك قوله تعالى (انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف او ينفوا من الارض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الاخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم) اى يحاربون اولياء الله على حذف مضاف ثم المراد منه والله تعالى اعلم التوزيع على الاحوال لان الجنايات متفاوتة والحكمة تقتضى ان يتفاوت جزاؤها وانما لم يذكر انواع الجناية لانها معلومة فكان بيان جزائها اهم وبه قال الشافعى والليث واسحاق وحماد وقتادة واصحاب احمد وروى عن ابن عباس وقال ابن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن والضحاك والنخعى وابو ثور وداود ان الامام مخير فيه لظاهر النص وذكر التمرتاشى ان الاحوال عندنا خمس الاولى تخويف فقط وفى هذا يعزروا ادنى التعزير ويحبسوا حتى يتوبوا والثانية اخذ المال فان اخذوا قبل التوبة قطعت ايديهم وارجلهم من خلاف وردوا المال ان كان قائما ولم يضمنوه ان كان هالكا والثالثة ان يجرحوا لا غير وفيه القصاص فيما يجرى فيه القصاص والارش فيما لا يجرى فيه واستيفاء ذلك لصاحب الحق والرابعة ان يأخذوا المال ويجرحوا وفى هذا القطع من خلاف فقط ولا حكم للجرح عندنا لان حكم ما دون النفس عندنا حكم المال فيسقط ضمانه مع القطع والخامسة ان يأخذوا المال ويقتلوا او يقتل احدهم معصوما بسلاح او غيره والامام هنا مخير كما ذكرنا فى المتن والله سبحانه اعلم *

كتاب الجهاد

هو لغة مصدر جاهد مجاهدة ومنه قوله تعالى (وجاهدوا فى الله حق جهاده) وهو اعم من المقاتلة لحديث رجعنا من الجهاد الاصغر الى الجهاد الاكبر وشرعا دعاء الى الدين الحق وقتال مع من لا يقبله ويسمى كتاب السير لانه يبين فيه سيرة المسلمين فى معاملتهم اهل الحرب واهل الذمة والمستأمنين (وهو فرض عين ان هجم الكفار) على بلد وصار النفير عاما ولا يتهيأ دفعهم الا بالكل (فتخرج المرأة والعبد بلا اذن) من الزوج والسيد لان حق الزوج والمولى لا يظهر فى حق فروض الاعيان كالصلوة والصيام ولذا يخرج الولد بغير اذن والديه والمديون بغير اذن داينه وفى غير هذه الحالة لا يخرجان الا باذنهما وكذا فى كل سفر فيه مشقة لان الاشفاق على الولد مضر بوالديه وعلى المديون يضر بداينه والاصل فى ذلك قوله تعالى (انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا باموالكم وانفسكم فى سبيل الله ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون) اى اخرجوا الى الجهاد شبابا وشيوخا او ركبانا ومشاة اوعزابا ومناكحين او اغنياء وفقراء (وفرض كفاية بدأ) اى ابتداء وهو ان يبدأ المسلمون الكفار بالمحاربة كل سنة (ان قام به بعض) من المسلمين (سقط عن الباقين) لحصول المقصود (والا) اى وان لم يقم به البعض (اثموا) اى اثم كل من المسلمين بتركه لانه فرض عليهم وفى الذخيرة عند النفير العام يصير فرض عين على من يقرب من العدو وهم يقدرون على الجهاد واما من عداهم ممن بعد ففى حقهم فرض كفاية اذا لم يحتج اليهم فاذا احتيج اليهم بان عجز القريب اوتكاسل ولم يجاهد يصير فرض عين على من يليهم ثم وثم الى ان يفترض على جميع اهل الاسلام شرقا وغربا على هذا التدريج كالصلوة على الميت يجب على اهل محلته ولا يجب على بعيد من الميت الا اذا علم ان اهل الميت يضيعون اوعاجزون عن اقامتها وقال ابن المسيب الجهاد ابتداء فرض عين وقال الثورى ليس بفرض وقوله تعالى (كتب عليكم القتال) للندب كقوله تعالى (كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف) ولنا قوله تعالى (لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير اولى الضرر والمجاهدون فى سبيل الله باموالهم

وانفسهم

كتاب الجهاد

هو مصدر من جهدت العدو جهادا اذا قابلته فى تحمل الجهد وبذل كل واحد منهما جهده اى طاقته فى دفع صاحبه ثم غلب فى الاسلام على قتال الكفار ونحوه لما فيه من المجاهدة مع المخالفين لاعزاز الدين وهدم قواعد المشركين وقد يقال كتاب السير جمع سيرة وهى الطريقة ويسمى بها هذا الكتاب لانه بين فيه سيرة المسلمين فى المقاتلة مع الكفار (الجهاد فرض عين ان هجم الكفار) اى غلب الكفار على بلد وصار النفير عاما ولا يتهيأ دفعهم الا بقتال المسلمين جميعا فيجب على جميع الناس الدفع (فتخرج المرأة) بلا اذن زوجها (والعبد) بلا اذن سيده وان هجم الكفار على ثغر من الثغور يصير فرض عين على كل من كان اقرب منه وهم يقدرون على الجهاد واما على من وراءهم فلما بلغ الخبر اليهم يصير فرض عين عليهم اذا احتيج اليهم بان خيف على من كان يقرب منه انهم عاجزون عن المقاومة او بان لم يعاجزوا و لكن تكاسلوا ثم وثم الى ان يصير فرض عين على جميع اهل الاسلام شرقا وغربا (و) فرض (كفاية بدأ) اى ابتداء وان لم يقاتل الكفار وانما ذكر هذا مع ان ظاهر قوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم يدل على ان قتال الكفار انما يجب اذا بدؤا بالمقاتلة وليس كذلك بل يجب مقاتلتهم وان لم يبدؤا فان امر الاية منسوخ بقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم (ان قام به بعض) من المسلمين (سقط عن الباقين والا) وان لم يقم بالقتل بعض المسلمين (اثموا) اى كل المسلمين وهذا كصلوة الجنازة ورد السلام ان قام به البعض سقط عن الكل والا اثموا اى الكل

وانفسهم فضل الله المجاهدين باموالهم وانفسهم على القاعدين درجة وكلا وعدالله الحسنى) ولو كان فرض عين اثم تاركه ولم يوعد بالحسنى وايضا كانت الصحابة يغزو بعضهم ويقعد بعضهم ولو كان فرض عين لماقعدوا وروى ابو داود انه عليه السلام قال لاتزال طائفة من امتى يقاتلون على الحق ظاهرين على من ناواهم حتى يقاتل آخرهم المسيح الدجال وفى المتفق عليه والذى نفسى بيده لولا ان رجالا من المؤمنين لا تطيب انفسهم ان يتخلفوا عنى ولا اجد ما احملهم عليه ما تخلفت عن سرية تغزو فى سبيل الله وفيه ايضا من جهز غازيا فى سبيل الله فقد غزا ومن خلف غازيا فى اهله بخير فقد غزا ولان المقصود منه اعلاء كلمة الله وقهر اعدائه وذلك يحصل بالبعض كصلوة الجنازة ورد السلام وعليه انعقد اجماع العلماء الاعلام وفى المبسوط والذخيرة كان صلى الله عليه وسلم فى ابتداء الامر مأمورا بالصفح عن المشركين والاعراض عنهم لقوله تعالى (فاصفح الصفح الجميل) وقوله (واعرض عن المشركين) ثم امر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة الحسنة بقوله تعالى (ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتى هى احسن) ثم امر بالقتال اذا كانت البداءة منهم بقوله سبحانه وتعالى (اذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا) اى اذن لهم فى الدفع ثم امر بالقتال ابتداء فى بعض الازمان وهو غير الاشهر الحرم لقوله تعالى (فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) ثم امر بالقتال فى الازمان كلها وفى الاماكن باسرها بقوله تعالى (قاتلوهم حتى لا تكون فتنة) وقوله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر) (وقاتلوا المشركين كافة) ومما يدل على ان تحريم القتال فى الاشهر الحرم منسوخ انه عليه السلام حاصر الطائف لعشر بقين من المحرم والمحاصرة نوع من المقاتلة (لاعلى صبى) اى لا يفترض الجهاد على صبى لضعف بنيته (وعبد وامرأة) لتقدم حق المولى والزوج ولضعف بنية المرأة (واعمى ومقعد واقطع) لعجزهم والشيخ الكبير فى معناهم لقوله تعالى (لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير اولى الضرر والمجاهدون) وقوله تعالى (ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج) (فيحاصرهم) الامام او نائبه اذا دخل ارضهم (ويدعوهم الى الاسلام) وجوبا او ندبا لما سيأتى فان اجابوا كف عنهم لما فى الصحيحين عن ابى هريرة

(لا يجب على صبى) لسقوط التكاليف عنه (ولاعلى عبد وامرأة) لاشتغالهما بخدمة المولى والزوج وحقهما مقدم على حق الشرع لحاجتهما وغنائه (واعمى و مقعد واقطع) لعجزهم وان دخلنا دار الحرب (فنحاصرهم) اى الكفار (وندعوهم الى الاسلام) والدعوة فى ابتداء الاسلام كانت فرضا والان من قبيل الاستحباب لانتشار الدعوة

ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فمن قالها عصم منى ماله ونفسه الا بحقه وحسابه على الله وروى احمد وعبد الرزاق فى مصنفه عن سفيان الثورى عن ابن نجيح عن ابيه عن ابن عباس قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما حتى دعاهم الى الاسلام (فان ابوا) عن الاسلام (فالى الجزية) اى فيدعوهم الى قبول الجزية لما رواه احمد ومسلم والترمذى وصححه انه عليه الاسلام كان اذا امر اميرا على جيش اوسرية امره به وهذا ان كانوا ممن تقبل منهم الجزية واما من لا تقبل منهم كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب الذين لا يقبل منهم الا الاسلام فلا فائدة فى دعائهم الى الجزية (فان قبلوا) اعطاء الجزية (فلهم مالنا) وليس معناه انه يجب عليهم من العبادات وغيرها ما يجب علينا لان الكفار لا يخاطبون بالعبادات عندنا (وعليهم ما علينا) اى اذا تعرضنا لدمائهم واموالهم او تعرضوا لدمائنا واموالنا لقول على من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا رواه الدار قطنى وفى اسناده ابو الجنوب واما فى الهداية لقول على انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا فلا يعرف بهذا اللفظ (فان ابوا) من قبول الجزية (يقاتلهم) اى الامام (بما يهلكم) من رمى بمنجنيق وتحريق بنار وتغريق بماء ولو كان معهم مسلم وقال مالك والشافعى واحمد اذا علم ان فيهم مسلما وانه يتلف بهذا الصنع لم يحل الا ان يخاف انهزام المسلمين اذا لم يفعل ولنا انه لو اعتبر هذا المعنى لا نسد باب القتال معهم لان حصونهم ومدائنهم قل ما يخلو عن مسلم واما لو غلب على حصنهم وكان فيهم ذمى مجهول لا يعرف بعينه فلا يجوز قتل العام ولو تترسوا باسارى من المسلمين او بصبيان منهم لم نكف ونقصدهم دون من تترسوا به لانه يلزمنا التمييز فعلا ان قدرنا عليه والا يلزمنا نيته اذ الطاعة بحسب الطاقة ولا دية علينا ولا كفارة فيما اصبنا منهم لان الجهاد فرض فيمنع كون الفعل تعديا وقال مالك والشافعى واحمد ان لم تدع الضرورة الى رميهم لم يجز رميهم هذا وقال الواقدى فى كتاب المغازى قال سلمان الفارسى يا رسول الله مرنى ان تنصب عليهم المنجنيق فانا كنا بارض فارس ننصب المنجانيق على الحصون فنصيب من عدونا فان لم يكن منجنيق لطال المقام فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم فعمل منجنيقا بيده فنصبه

(فان ابوا) عن قبول الاسلام (فالى اداء الجزية) ندعوهم وهذا فى حق من تقبل منهم الجزية كاهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم فاما المرتدون وعبدة الاوثان من العرب فلا تقبل منهم الجزية فيقاتلهم الى ان يسلموا (فان قبلوا الجزية فلهم مالنا وعليهم ما علينا) لا يراد هذا الحكم على العموم حتى يدل على انه يجب عليهم من العبادات وغيرها ما يجب علينا بل يراد به انه يجب لهم علينا ويجب لنا عليهم اذا تعرضنا لدمائهم واموالهم او تعرضوا لدمائنا واموالنا ما يجب لبعضنا على بعض عند التعرض فان قبل قبول الجزية كنا نتعرض لدمائهم واموالهم وكانوا يتعرضون لدمائنا واموالنا فقبول الجزية ليس الا لزوال هذا التعرض يؤيد ذلك انهم اى الفقهاء جعلوا الدليل على هذا الحكم قول على رض انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا (فان ابوا) عن قبول الجزية (فقاتلهم) ونحاربهم (بما يهلكهم) من الضرب بالسيف والرمى ونصب المنجانيق وغير ذلك

على الطائف والمنجنيق بفتح الميم ويكسر آلة يرمى بها الحجارة معربة وقد تذكر فارسيتها من چه نيك اى ما اجودنى وروى الجماعة الا البخارى عن سليمان بن بريدة عن ابيه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا امر اميرا على جيش او سرية او صاه فى خاصته بتقوى الله وبمن تبعه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله فى سبيل الله قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا واذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى احدى ثلاث خصال او خلال فايتهن اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم الى الاسلام فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين واخبرهم انهم ان فعلوا ذلك فلهم ما للمهاجرين وعليهم ما عليهم فان ابوا ان يتحولوا منها فاخبرهم انهم يكونون كاعراب المسلمين يجرى عليهم حكم الله الذى يجرى على المؤمنين ولا يكون لهم فى الغنيمة والفئ شىء الا ان يجاهدوا مع المسلمين فان هم ابوا فسلهم الجزية فان هم اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان هم ابوا فاستعن بالله وقاتلهم واذا حاصرت اهل حصن فارادوك ان تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه فلا تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة اصحابك فانكم ان تخفروا ذمتكم وذمة اصحابكم اهون من ان تخفروا ذمة الله وذمة رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا حاصرت اهل حصن فارادوك ان تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم على حكم الله ولكن انزلهم على حكمك فانك لا تدرى اتصيب حكم الله فيهم ام لا ثم اقضوا فيهم بعد ما شئتم فلو نزل اهل حصن على حكم الله يجيز ابو يوسف القتل والاسترقاق والتحرير ذمة لنا وعين محمد التحرير لان الانزال على حكم الله لا يجوز عنده لما روينا ففى قوله وان اخطأ الامام وانزلهم على حكم الله ينبغى له ان يعرض عليهم الاسلام فان اجابوا لذلك فبها وان ابوا يضرب عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج ولا يقتلهم ولا يسترقهم ولابى يوسف انهم اهل الحرب وحكم الله فيهم معلوم وما روى كان فى ابتداء الاسلام ولما استقر الشرع على هذه الثلاثة علم حكم الله فيهم وهو احد هذه الثلاثة ولكن للامام خيار التعيين وروى احمد فى مسنده والحاكم فى مستدركه عن سلمان انه انتهى الى حصن او مدينة فقال لاصحابه دعونى ادعهم كما

رأيت

رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يدعوهم فقال لهم انما كنت رجلا منكم فهدانى الله الاسلام فان اسلمتم فلكم مالنا وعليكم ما علينا وان ابيتم فادوا الجزية وانتم صاغرون فان ابيتم فابذناكم على سواء ان الله لا يحب الخائنين فعل ذلك بهم ثلاثة ايام فلما كان فى اليوم الرابع امر الناس فغزوا اليها وفتحوها وروى الستة قوله عليه السلام لمعاذ حين بعثه الى اليمن انك تقدم على قوم اهل كتاب فادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله فان اسلموا فبها وان لم يسلموا فادعهم الى الجزية الحديث ولا يجوز ان يقاتل من لم يبلغه الدعوة الى الاسلام الا بعد ان يدعوهم ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم ويستحب ان يدعو به من بلغته الدعوة مبالغة فى الانذار الا اذا علم انهم بالدعوة يستعدون او يحتالون بحيلة او يتحصنون لان الدعوة مستحبة ودفع الضرر واجب وفى المحيط بلوغ الدعوة اما حقيقة اوحكما بان استفاض شرقا وغربا انهم الى ما ذا يدعون وعلى ماذا يقاتلون فاقيم ظهور الدعوة مقامها فى حق كل مشرك لما روى الشيخان عن ابن عوف قال كتبت الى نافع اسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب الى انما كان ذلك فى اول الاسلام قد اغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بنى المصطلق وهم غارون اى غافلون وانعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم واصاب يومئذ جويرية بنت الحرث

(وقطع شجرهم و) افسد زرعهم وخرب بيوتهم وارسل عليهم الماء (بلا غدر) هو الخيانة ونقض العهد فان قيل ينبغى ان يجوز الغدر لقوله عليه السلام الحرب خدعة قلنا المراد ان الحرب مادامت قائمة يجوز الخدعة بان يريهم الامام لا نحاربهم فى هذا اليوم حتى امنوا فنحاربهم فيه او يذهب الى جانب اخر حتى غفلوا فيأتيهم فجأة او بياتا ونحو ذلك اما اذا جرى بيننا وبينهم اقرار على ان لا نحاربهم فى هذا اليوم حتى امنوا فانه لا يجوز المحاربة لان هذا استئمان وعهد فالمحاربة نقض العهد وهذا ليس من باب خداع الحرب بل خداع فى حال السلم فيكون غدرا

(وقطع شجرهم وذرعهم) اى يقاتلهم بما يهلكهم وبقطعها وعن الشافعى فى قول واحمد فى رواية انه لا يفعل بهم ذلك الا اذا كانوا يفعلونه بنا ولنا ما روى اصحاب الكتب الستة عن الليث بن سعد عن نافع عن ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم قطع نخل بنى النضير وحرق وهى البويرة بالتصغير وفيها نزلت (ما قطعتم من لينة او تركتموها قائمة على اصولها) الاية وفيها يقول حسان ابن ثابت شعرا * وهان على سراة بنى لؤى * حريق بالبويرة مستطير * وفى المحيط ينبغى للامام اذا تيقن بالفتح بدون التغريق والتحريق ان لا يفعل (بلا غدر) اى يقاتلهم بلا خيانة ونقض عهد وفى المحيط وهذا بعد الظفر واعطاء الامان واما قبلهما فلا باس به يعنى لقوله عليه السلام الحرب خدعة واما قول صاحب الهداية ولابد من النبذ تحرزا عن الغدر لقوله عليه السلام فى العهود وفاء لا غدر فرفعه غير معروف انه من كلام عمرو بن عبسة وكما رواه سليم بن عامر قال كان بين

معاوية والروم عهد وكان يسير فى بلادهم حتى انقضى العهد فاغار عليهم فاذا رجل على دابة او فرس وهو يقول الله اكبر وفاء لاغدر واذا هو عمرو بن عبسة فسأله معاوية عن ذلك فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كان بينه وبين قوم عهد فلا يحلن عهدا ولا يشدنه حتى يمضى امده اوينبذ اليهم على سواء قال فرجع معاوية بالناس رواه ابو داود والنسائى والترمذى وهذا لفظه وقال حسن صحيح (و) بلا (غلول) وهو السرقة من المغنم (و) بلا (مثلة) بالضم وهى كقطع عضو وتسويد وجه وقد سبق النهى فى حديث بريدة عن هذه الاشياء فان قيل روى الشيخان فى كتاب الحدود عن انس ان نفرا من عكل ثمانية وفى لفظ ان ناسا من عرينة قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فبايعوه على الاسلام واستوخموا الارض وسقمت ابدانهم فشكوا ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الاتخرجون مع راعينا فى ابله فتصيبون من ابوالها والبانها قالوا بلى يا رسول الله فخرجوا فشربوا من ابوالها والبانها فصحوا ثم مالوا على الرعاة فقتلوهم وارتدوا عن الاسلام واستاقوا ذود رسول الله صلى الله عليه وسلم اى ابله فبلغ ذلك النبى صلى الله عليه وسلم فبعث فى اثرهم فاتى بهم فقطع ايديهم وارجلهم وسمل اعينهم وتركهم فى الحرة حتى ماتوا وفى لفظ القوا فى الحرة يستسقون فلا يسقون ولم يحسمهم حتى ماتوا وفى لفظ فقطع ايديهم وارجلهم ثم امر بمسامير فاحميت ثم كحلهم بها وفى لفظ وتركهم بالحرة يعضون الحجارة وهذا يدل على جواز المثلة اجيب بانه محمول على النسخ فان فى آخر الحديث قال قتادة بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان بعد ذلك يحث على الصدقة وينهى عن المثلة وفى لفظ لهما قال قتادة فحدثنى محمد ابن سيرين ان ذلك كان قبل ان تنزل الحدود وفى لفظ للبيهقى قال انس فما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد هذا خطبة الا نهى فيها عن المثلة وممن قال بنسخه الشافعى وروى الواقدى فى كتاب المغازى عن اسحاق عن صالح مولى التوأمة عن ابى هريرة قال لما قطع النبى صلى الله عليه وسلم ايدى اصحاب اللقاح وارجلهم وسمل اعينهم نزلت هذه الآية (انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله) الى آخر الآية فلم تسل بعد ذلك عين قال وحدثنى ابو جعفر قال ما بعث النبى صلى الله عليه وسلم بعد ذلك بعثا الا نهاهم عن المثلة او محمول على انه فعل بهم ما فعلوا بالرعاء وقد جاء مصرحا به عند مسلم

(وبلا غلول) وهو السرقة من المغنم (ومثلة) هى بضم الميم اسم من مثل به يمثل مثلا اى نكل نكالا ومعناه جعله نكالا وعبرة لغيره مثل قطع الاعضاء وتسويد الوجه ويقال مثل بالقتيل اى قطع انفه

عن انس قال انما سمل النبى صلى الله عليه وسلم اعين اولئك لانهم سملوا اعين الرعاء وروى ابن سعد فى خبرهم انهم قطعوا يد الراعى ورجله وغرزوا الشوك فى لسانه وعينيه حتى مات وعلى هذا مافعل بهم ليس بمثلة فان المثلة ما كان ابتداء من غير جزاء (و) بلا (قتل عاجز من القتال) كالصبى والمجنون والاعمى والمرأة والشيخ الذى لا يقدر على الصياح عند التقاء الصفين (الا ملكة) اومقاتلا (اوذارأى فى الحرب اوذا مال يحث به) على القتال لتعدى ضررهم الاان الصبى والمجنون والاعمى والمقعد يقتلان مادام يقاتلان وغيرهما لا بأس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة وروى الجماعة الا ابن ماجه عن نافع عن ابن عمران امرأة وجدت فى بعض مغازى رسول الله صلى الله عليه وسلم مقتولة فنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء والصبيان وفى لفظ للشيخين فانكر قتل النساء والصبيان وروى ابو داود عن انس بن مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا بسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولاطفلا ولا صغيرا ولا امرأة ولاتغلوا وضموا غنائمكم واصلحوا واحسنوا ان الله يحب المحسنين وقد امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل زيد بن الصمة يوم حنين وكانوا احضروه ليدبر امرهم وكان ابن مائة وعشرين سنة وقيل كان ابن مائة وستين وقيل كان اعمى ايضا (و) بلا قتل (اب كافر بدأ) اى ابتداء لقوله تعالى (وان جاهداك على ان تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفا) وليس من المعروف فيهما ان يقتلهما قيد بالبدأ لان الابن له قتل ابيه الكافر فيما لا يمكنه دفعه الا بالقتل لان مقصود الابن حينئذ الدفع الاترى ان الاب المسلم لو شهر سيفه على ابنه بحيث لا يمكن للابن دفعه الابقتل له ان يقتله فالكافر اولى ولو كان الاب والابن فى سفر وعطشا ومع الابن ماء يكفى لاحدهما للابن ان يشربه وان كان الاب يموت عطشا فكذا هذا وحكم الام والجد والجدة كالاب ولو كان الكافر اخا للمسلم المجاهد كان له ان يقتله ابتداء بخلاف الباغى اذا كان اخا للطاغى حيث لا يجوز للطاغى قتله باتفاق وعند الشافعى يكره له ان يقتل ذا رحم محرم وفى ذى رحم غير محرم وجهان احدهما يكره والآخر لا يكره ومذهب مالك واحمد كمذهبنا ولا يكره

(وبلا قتل عاجز عن القتال) كصبى ومجنون وامرأة وشيخ فان ومقعد واعمى ومن قاتل من هؤلاء يقتل وعند الشافعى رح يقتل الشيخ الفانى والمقعد والاعمى (الا) امرأة (ملكة) لتعدى ضررها الى المسلمين (او ذارأى فى الحرب) اذ الاستعانة بالرأى فوق القتال (او ذامال) هو (يحث) الكفار (به) اى بماله على الحرب (وبلا قتل اب كافر بدأ) وان قصد الاب قتله ولا يمكنه دفعه الا بقتله لا بأس بقتله وهكذا فى الام والجد ولو كان الكافر خالة يجوز ان يبتدأ بقتله

(وبلا اخراج مصحف وامرأة) فى سرية لا يؤمن عليها فربما يقعان فى ايدى الكفار فيكون سببا بالاستمتاع بالمرأة والاستخفاف بالمصحف (الا فى جيش) عظيم (يؤمن عليه) لان الغالب هو الظفر والنصرة (ولو) دخل عليهم مسلم بامان لا بأس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا وافين بالعهد واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب (فيصالحهم ان كان) الصلح (خيرا) بان كان بالمسلمين ضعف وبالكفار شوكة (و) يصالحهم

للاب قتل ابنه الكافر ابتداء وعند الشافعى يكره (و) بلا (اخراج مصحف وامرأة الا فى جيش يؤمن) فيه عليهما لان الغالب حينئذ السلامة والغالب كالمتحقق بخلاف الجيش الذى لا يؤمن فيه عليهما وهو السرية لان فى اخراجها تعريض المصحف للاستخفاف وتعريض المرأة للفساد والضياع وقد روى الجماعة الا الترمذى عن ابن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يسافر بالقرآن وفى لفظ مسلم عنه ايضا قال قال عليه السلام لاتسافروا بالقرآن فانى لا آمن ان يناله العدو ويجوز للعجائز ان يخرجن فى العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقى والمداواة لان خروج النساء مع النبى صلى الله عليه وسلم لذلك مشهور ولا يباشرن القتال لانه يدل على ضعفنا الا للضرورة وكره الجعل ان وجد للمسلمين فىء فليس للامام ان يضرب الجعل على الناس للذين يخرجون الى الجهاد وهذا لانه يشبه الاجرة على الطاعة وتمحض الاجرة حرام فما اشبهها يكره ولان بيت المال معد لنوايب المسلمين وهذا من جملتها فعلى الامام كفايتهم منه واما ان لم يوجد فىء فلا بأس بتقوية القاعد المجاهد لقول ابن عباس انه عليه السلام استعار من صفوان بن امية درعا وسلاحا فى غزوة حنين فقال يارسول الله اعارية مؤداة قال نعم رواه احمد والحاكم وقال حديث صحيح على شرط البخارى ومسلم ولم يخرجاه ورواه ابن حبان فى صحيحه عن صفوان بن امية قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اتتك رسلى فاعطهم ثلاثين بعيرا وثلاثين درعا قال قلت اعارية مؤداة يارسول الله قال نعم وكان عمر يغزى الاعزاب عن ذى الحليلة ويأخذ فرس المقيم فيعطيه المسافر رواه ابن ابى شيبة والواقدى ولانه اعانة على البر وجهاد بالمال وكلاهما منصوصان واحوال الناس فى الجهاد تتفاوت فمنهم من يقدر عليه بالنفس والمال لقدرته عليهما ومنهم من يقدر عليه بالنفس بقوته دون المال لفقده ومنهم من يقدر عليه بماله دون النفس لعجزه فيجهز الغنى بماله الفير القادر حتى يكون الخارج مجاهدا بنفسه والقاعد بماله والمؤمنون كالبنيان يشد بعضهم بعضا (ويصالحهم) بلا مال على مدة ما يراها (ان كان) الصلح (خيرا) للمسلمين لقوله تعالى (وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله) وقد صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل مكة على ان يضعوا الحرب

عشر سنين كما روى ذلك ابو داود وكان فى ذلك نظر للمسلمين لانه كان بين مكة وبين اهل حنين مواطأة اى موافقة وفى نسخة مواخاة (و) يصالحهم (بمال) يؤخذ منهم للمسلمين (عند الحاجة) لانه لما جازت المصالحة بغير مال فبالمال اولى وقيد بالحاجة لانه لو لم يكن لهم حاجة لا يجوز لانه ترك الجهاد صورة ومعنى ولقوله تعالى (فلا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون) ثم المأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية اذا لم ينزل المسلمون بساحتهم بل ارسلوا رسولا لانه مأخوذ بقوة المسلمين كالجزية واما اذا نزلوا بدار الحرب واحاطوا بهم ثم صالحوهم على مال فهو غنيمة يخمسها الامام ويقسم الباقى بينهم لكونه مأخوذا بالقهر ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الصلح بمال يأخذونه من المسلمين لا يفعل ذلك لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة بالمسلمين الا اذا خاف الهلاك لان رفع الهلاك باى طريق امكن واجب وقد اراد رسول صلى الله عليه وسلم يوم الاحزاب ان يصرف الكفار عن المسلمين بثلث ثمار المدينة كل سنة فقال سعد بن معاذ وسعد بن عبادة يا رسول الله ان كان هذا عن وحى فامض بما امرت به وان كان رأيا رأيته فقد كنا فى الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لا يطعمون فى ثمار المدينة الا شراء او قرى فاذا اعزنا الله وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم الا السيف فقال عليه السلام انى رأيت العرب رمتكم عن قوس واحد فاحببت ان اصرفهم عنكم فان ابيتم ذلك فانتم وذاك (ونبذ) اى طرح الامام اونافيه صلحهم (ان كان) اى النبذ (انفع) لان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا صورة ومعنى وتركه ترك الجهاد صورة ومعنى ثم لابد من اعلامهم بالنبذ لقوله تعالى (واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء ان الله لا يحب الخائنين) اى على سواء منكم ومنهم فى العلم بذلك وتحرزا عن الغدر لقوله عليه السلام لكل غادر لواء يوم القيمة يعرف به رواه احمد والشيخان (ويقاتلهم قبل نبذ ان خانوا) لان النبذ لنقض العهد وقد انتقض وتوضيحه انه يقاتلهم بلا نبذ ان خان ملكهم او احد منهم بعلمه لانه عليه السلام غزا قريشا بلا انذار اليهم لما نقضوا العهد الذى جعل بينه وبينهم فى عام الحديبية (وصولح المرتد بلا مال) وكذا الباغى لان الاسلام من المرتد مرجو وكذا الرجوع الى الحق من الباغى فجاء تأخير القتال عنهم طمعا فيه اذا كان فى التاخير مصلحة للمسلمين كما فى اهل الحرب وانما لا يؤخذ منهم مال لان اخذه يشبه اخذ الجزية من جهة ان كلا منهما فى مقابلة

(و) يصالحهم (بالمال عند الحاجة) اما اذا لم يكن لهم حاجة لم يجز (ونبذ) الصلح (ان كان هو) اى النبذ (انفع) للمسلمين (ويقاتلهم قبل نبذ) الصلح (ان خانوا) لانهم صاروا ناقضين للعهد بالخيانة (وصولح المرتد) ولكن (بلا) اخذ (مال) لان اخذه تقرير للمرتد على ذلك وهو لا يجوز

ترك القتال وهم لايقبل منهم الجزية فكذا هذا (وان اخذ) المال من المرتد على الصلح (لايرد) عليه لان اموالهم غير معصومة فجاز اخذها ابتداء بغير رضاهم ولان فى الرد عليهم معونة لهم (ولايباع سلاح وحديد وخيل منهم) لما روى الطبرانى فى معجمه والبيهقى فى سننه عن عمران بن حصين إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح فى الفتنة ولان فيه تقوية لهم على الحرب (ولو) كان البيع (بعد صلح) لان الصلح على شرف النقض او الانقضاء ولايمنع احد من ادخال الطعام والثياب بلادهم والقياس ان يمنع لان فيه تقويتهم الا انا تركناه لما رواه البيهقى فى دلائل النبوة عن ابى هريرة فذكر قصة اسلام ثمامة فى آخرها فقال انى والله ماصبوت ولكن اسلمت وصدقت محمدا وآمنت به والذى نفس ثمامة بيده لاتأتيكم حبة من اليمامة مابقيت حتى يأذن فيها محمد صلى الله عليه وسلم وانصرف الى بلده ومنع الحمل الى مكة حتى جهدت قريش فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسالونه بارحامهم ان يكتب الى ثمامة يخلى اليهم حمل الطعام ففعله عليه السلام ولو شرطوا ان يرد عليهم الامام من جاء منهم مسلما بطل الشرط عندنا وبه قال مالك وقال الشافعى واحمد فى رواية يجب الوفاء به فى الرجال دون النساء لان سهيلا شرط على النبى صلى الله عليه وسلم فى صلح الحديبية ان من جاء منهم يرده اليهم ولنا قوله تعالى (ياايها الذين امنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله اعلم بايمانهن فان علمتموهن مؤمنات فلاترجعوهن الى الكفار) والشرط الذى فى صلح الحديبية انتسخ بما تلونا لانه كان شاملا للذكور والاناث (وصح امان حر وحرة) لكافر اولجماعة اولاهل حصن اومدينة مؤبدا اوموقتا لما روى البخارى فى الجهاد ومسلم فى الحج من حديث على بن ابى طالب قال ماكتبنا عن النبى صلى الله تعالى عليه وسلم الا القرآن وما فى هذه الصحيفة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة حرم فمن احدث فيها حدثا او آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لايقبل الله منه يوم القيمة صرفا ولاعدلا وذمة المسلمين واحدة يسعى بها ادناهم فمن اخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لايقبل الله منه يوم القيمة صرفا ولاعدلا والذمة العهد وادناهم اقلهم وهو الواحد من الدنو وفسره محمد بالعبد فجعله من الدناءة واخفرته اذانقضت عهده وغدرت به اما امان الحر فلانه من اهل القتال

(وان) صالح المرتد بمال و (اخذ) المال منه (لايرد عليه) لان فى الرد معونة له (ولايباع سلاح وحديد وخيل منهم) اى من اهل الحرب (ولو) كان البيع (بعد صلح) معهم (وصح امان حر وحرة) كافرا اوجماعة او اهل حصن اومدينة فلم يجز لاحد من المسلمين قتالهم

ومنعة الاسلام واما امان الحرة فلما فى الصحيحين ان ام هانئ قالت يارسول الله زعم ابن امى على انه قاتل رجلا اجرته فلان بن هبيرة فقال عليه السلام قد اجرنا من اجرت وامنا من امنت وفى معجم الطبرانى عن انس بن مالك ان زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم اجارت ابا العاص فاجاز النبى صلى الله عليه وسلم جوارها وان ام هانئ بنت ابى طالب اجارت عقيلا فاجاز النبى صلى الله عليه وسلم جوارها وقال يجير على المسلمين ادناهم (وان كان) امان الحر او الحرة (شرانبذ) الامام اونائبه الامان رعاية لمصلحة المسلمين وتحرزا عن الغدر (وادب) الحر والحره لاستبداده برأيه فى الحرب دون الامام بخلاف ما اذا كان الامان خيرا حيث لا يؤدب واحد منهما لانه ربما يفوت المصلحة بالتأخير فيكون معذورا (ولغا امان ذمى) لانه يتهم لكونه يوافقهم اعتقادا ويميل اليهم فسادا الا اذا امره مسلم ان يؤمنهم فيجوز امانه لزوال ذلك المعنى برأى المسلم وعن مالك يصح امانه لان له ذمة فكان تابعا للمسلمين والمشهور عنه انه لايصح (و) لغا امان (اسيرو) امان (تاجر) مسلم (معهم و) امان (من اسلم ثمه) اى فى دار الحرب (ولم يهاجر الينا) لان هؤلاء مقهورون تحت ايديهم فلا يخافونهم والامان انما يكون من الخوف ولغا امان مسلم اذا دخل عسكر اهل الحرب فى دار الاسلام وامنهم لانه مقهور بمنعتهم وشرط صيرورة دار الاسلام دار الحرب زوال الامن من المسلمين على اموالهم وانفسهم واتصال الدار بالدار بلا فصل بينهما وظهور احكام الكفر فيها عند ابى حنيفة واكتفيا بالشرط الثالث فى صيروتها دار حرب كعكسه وهو صيرورة دار الحرب دار الاسلام فانه بظهور احكام الاسلام فيها من غير شرط آخر (و) لغا (امان صبى) وامان (عبد محجورين) عن القتال (و) امان (مجنون) لان قول الصبى والمجنون لايعتبر كما فى الطلاق والعتاق وقال محمد يصح امان الصبى المحجور وهو قول مالك واحمد قيد بكونه محجورا عن القتال لانه لوكان ماذونا له فيه فالاصح انه يصح امانه اتفاقا وقال محمد يصح امان العبد المحجور عن القتال وهو قول ابى يوسف فيما ذكر الكرخى وقول مالك والشافعى واحمد لقوله عليه السلام ذمة المسلمين واحدة يسعى بها ادناهم ولما روى عبد الرزاق وابن ابى شيبة فى مصنفيهما عن معمر عن عاصم بن سليمان عن فضيل بن يزيد الرقاشى قال شهدت قرية من قرى

(فان كان) الامان شرا للمسلمين (نبذا) الامام الامان (وادب) الامن لافتيانه على الامام ولغا امان الذمى) لانه منهم فيميل اليهم (و) لغا امان (اسير) مسلم فى ايدى الكفار (وتاجر معهم) لانهما مقهوران فى ايديهم فيخلوا الامان عن المصلحة ظاهرا (و) كذا لغا امان (من اسلم ثمه) اى فى دار الحرب (ولم يهاجر) الينا بعد الاسلام (و) كذا لغا امان (صبى عاقل وعبد محجورين) عن القتل هذا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى والشافعى رحمه الله تعالى يصح امان الصبى العاقل والعبد وابو يوسف رحمه الله تعالى مع محمد رحمه الله تعالى فى رواية الكرخى ومع ابى حنيفة رحمه الله تعالى فى رواية الطحاوى (ومجنون) وكذا صبى لايعقل

فارس يقال لها شاهرنا فحاصرناها شهرا حتى اذا كنا ذات يوم وطمعنا ان نصبحهم انصرفنا عنهم عند المقيل فتخلف عبد منا فاستأمنوه فكتب اليهم فى سهم امانا ثم رمى بها اليهم فلما رجعنا اليهم خرجوا فى ثيابهم ووضعوا اسلحتهم فقلنا ماشأنكم قالوا امنتمونا واخرجوا الينا السهم فيه كتاب امانهم فقلنا هذا عبد والعبد لايقدر على شئ وقالوا لانذرى عبدكم من حركم وقد خرجنا بامان فكتبنا الى عمر رضى الله عنه فكتب ان العبد المسلم من المسلمين وامانه امانهم ولابى حنيفة وابى يوسف ان الامان جهاد معنى وهو محجور عليه عن الجهاد فيكون محجورا عليه عن الامان وحديث الفضيل محمول على المأذون له فى القتال دون المحجور عليه والله تعالى أعلم

فصل

(فصل فى المغنم وقسمته (ما فتح عنوة) هى مصدر عنى يعنو عنوا اذا ذل وخضع والاسم العنوة ومنها فتح مكة عنوة اى بالقتال لا بالصلح (قسمه الامام) ان شاء (بين الجيش) بعد ماخمسه (و) ان شاء (اقر اهله عليه ومن) عليهم وتركهم احرار الاصل وترك الاراضى مملوكة لهم (بجزية) على رؤسهم (وخراج) على اراضيهم وقال الشافعى رحمه الله تعالى له ذلك فى الرقاب ولكنه يقسم الاراضى ولايتركها فى ايديهم بالخراج

فى المغنم والقسمة (ما فتح) من البلاد والاراضى (عنوة) اى قهرا (قسمه الامام بين الجيش) كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بارض خيبر كما سيأتى (اواقر اهله بجزية) على رؤسهم (وخراج) على اراضيهم كما فعل عمر فى سواد العراق فى جماعة من الصحابة كما سيجئ وقيل الاول هو الاولى عند حاجة الغانمين والثانى عند عدم حاجتهم ليكون عدة فى الزمان الاتى وقال الشافعى واحمد يقسم الاراضى ولا يتركها فى ايديهم وقال مالك فى المشهور عنه هى وقف على مصالح المسلمين وعنه ان الامام يقسمها كمذهب الشافعى وعنه انه مخير كمذهبنا ولنا ماروى البخارى فى صحيحه ان اسلم قال ان عمر قال والذى نفسى بيده لولا ان اترك آخر الناس بيانا ليس لهم شئ ما فتحت قرية الا قسمتها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ولكن اتركها لهم خزانة يقتسمونها وما فى الموطأ اخبرنا زيد بن اسلم عن ابيه قال سمعت عمر يقول لولا ان نترك آخر الناس لاشئ لهم ما افتتح المسلمون قرية الاقسمتها سهانا كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر سهماناوروى ابو داود فى سننه من حديث سليمان بن بلال عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما افاء الله عليه خيبر قسمها ستة وثلاثين سهما جمع فعزل للمسلمين الشطر ثمانية عشر سهما يجمع كل سهم مائة والنبى صلى الله عليه وسلم معهم له سهم كسهم احدهم وعزل رسول الله صلى الله عليه

وسلم

وسلم ثمانية عشر سهما وهو الشطر الاخر لنوائبه وما ينزل به من امر المسلمين فلما صارت الاموال بيد النبى صلى الله عليه وسلم والمسلمين لم يكن لهم عمال يكفونهم عملها فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود فعاملهم زاد ابو عبيد فى كتاب الاموال فعاملهم على نصف مايخرج منها فلم يزل على ذلك حيوة رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر حتى كان عمر فكثر العمال فى المسلمين وقووا على العمل فاجلى عمر اليهود الى الشام وقسم الاموال بين المسلمين الى اليوم وروى ابن سعد فى الطبقات وابن زنجويه فى كتاب الاموال فى ترجمة عثمان بن حنيف انّ عمر بن الخطاب وجه عثمان بن حنيف على خراج السواد ورزقه كل يوم ربع شاة وخمسة دراهم وامره ان يمسح السواد عامرة وغامرة ولا يمسح سبخة ولاتلا ولا اجمة ولا مستنقع ماء ولا مالا يبلغه الماء فمسح عثمان كل شئ دون الجبل يعنى حلوان الى ارض العرب وهو اسفل الفرات وكتب الى عمر انى وجدت كل شئ بلغه الماء من عامر وغامر ستة وثلاثين الف الف جريب وكان ذراع عمر الذى مسح به السواد ذراعا وقبضة فكتب اليه عمر ان افرض الخراج على كل جريب عامر اوغامر عمله صاحبه اولم يعمله درهما وقفيزا وافرض على الكرم على كل جريب عشرة دراهم وعلى الرطاب خمسة دراهم واطعمهم النخل والشجر وقال هذا قوة لهم على عمارة بلادهم وفرض على رقابهم على الموسر ثمانية واربعين درهما وعلى من دونه اربعة وعشرين درهما وعلى من لم يجد شيئا اثنى عشر درهما وقال درهم لا يعوز رجلا فى شهر ورفع عنهم الرق بالخراج الذى وضعه فى رقابهم وجعلهم اكرة فى الارض وحمل من خراج سواد الكوفة الى عمر فى اول سنة ثمانون الف الف درهم ثم حمل من قابل مائة وعشرون الف الف درهم ثم لم يزل كذلك اى فى التزايد وفى المحيط ان الجريب ستون ذراعا بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة انتهى والقفيز الهاشمى اربعة امناء والمن مائتان وستون درهما وفى كتب السير والتواريخ ان عمر استشار الصحابة مرارا ثم جمعهم فقال اما انى تلوت آية من كتاب الله استغنيت بها عنكم ثم تلا قوله تعالى (ما افاء الله على رسوله من اهل القرى) الى قوله تعالى (للفقراء المهاجرين) وقوله تعالى (والذين تبوؤا الدار والايمان) الى قوله (والذين جاؤا من بعدهم) فقال ارى لمن بعدكم نصيبا فى الفئ فلوقسمتها

بينكم لم يكن لمن بعد كم فى الفئ نصيب فمر بما عليهم وجعل الجزية على رؤسهم والخراج على اراضيهم ليكون ذلك لهم ولمن يأتى بعدهم من المسلمين ولم يخالفه فى ذلك الا نفر يسير منهم بلال ولم يزالوا على خلافه حتى دعا عليهم على المنبر اللهم اكفنى بلالا واصحابه فما حال عليهم الحول وفيهم عين تطرف اى ماتوا جميعا (وقتل الاسرى) اذا لم يسلموا سواء كانوا من مشركى العرب اومن المرتدين اومن غيرهم (اواسترقهم اوتركهم احرارا ذمة لنا) اى مضروبا عليهم الجزية اذا كانوا من غير مشركى العرب وغير المرتدين اما القتل فلانه محسم مادة فسادهم ولانه صلى الله عليه وسلم قتل اسارى بنى قريظة وكانوا ما بين الثمانمائة والتسعمائة واما الاسترقاق اوتركهم احرارا ذمة لنا فلان فى ذلك منفعة للمسلمين مع دفع شرهم ولما فعل عمر باهل سواد العراق قيدنا بعدم اسلامهم لان الامام ليس له فيمن اسلم منهم الا الاسترقاق لان قتل الاسير اووضع الجزية عليه بعد اسلامه لايجوز وقيدنا استرقاقهم اوتركهم احرارا بغير المشركين وغير المرتدين لان هاتين الفرقتين ليس فيهم اذا لم يسلموا الا القتل روى الشيخان عن انس ان النبى صلى الله عليه وسلم دخل عام الفتح وعلى رأسه مغفر فلما نزعه جاءه رجل فقال يا رسول الله ابن خطل متعلق باستار الكعبة فقال اقتلوه وروى اصحاب السنن الاربعة ان عطية القرظى قال كنت فيمن اخذ من سبى قريظة فكانوا يقتلون من ثبت وينظر كون من لم يثبت فكنت فيمن ترك وروى البيهقى فى دلائل النبوة عن جابر قال رمى سعد بن معاذ يوم الاحزاب فقطعوا اكحله فحسمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنار فانتفخت يده فنزفه الدم فحسمه اخرى فانتفخت فلما رأى سعد ذلك قال اللهم لاتخرج نفسى حتى تقر عينى من بنى قريظة فاستمسك عرقه فما قطر قطرة حتى نزلوا على حكم سعد بن معاذ فارسل اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فحكم ان يقتل رجالهم وتسبى نساؤهم وذراريهم يستعين بهم المسلمون فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لسعد لقد اصبت حكم الله فيهم وكانوا اربعمائة فلما فرغ من قتلهم انفتق عرقه فمات والاكحل عرق فى اليد وهو عرق الحياة (ونفى) بضم النون وكسر الفاء اى منع (منهم) بفتح الميم وتشديد النون اى تركهم من غير ان يؤخذ شئ منهم وقال الشافعى يجوز لقوله تعالى (فاما منا بعد واما فداء) ولما روى البخارى فى صحيحه ان عمر بن

(وقتل الاسارى) ان شاء اواسترقهم (اوتركهم احرار) الاصل ان شاء (ذمة لنا) اى ليكون اهل ذمة لنا (ونفى منهم) المن ان يترك الاسير الكافر مجانا من غير ان يأخذ منه شيئا وفيه خلاف الشافعى رحمه الله تعالى

الخطاب

الخطاب اصاب جاريتين من سبى حنين فوضعهما فى بعض بيوت مكة قال فمن رسول الله صلى الله عليه وسلم على سبى حنين فجعلوا يسعون فى السكك قال عمر يا عبد الله انظر ما هذا فقال من رسول الله صلى الله عليه وسلم على السبى قال اذهب فأرسل الجاريتين ولنا قوله تعالى فى سورة البراءة (فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) وهى آخر سورة نزلت فكان ناسخا لاية المن والفداء ولما وقع فى غزوة حنين لتقدمهما (و) منع (فداؤهم) بمال اوباسير مسلم لانهم يعودون حربا على المسلمين ودفع شر حرابتهم خير من استنقاذ الاسير المسلم من يدهم (و) منع (ردهم الى دارهم) لان فيه تقويتهم على المسلمين وقال ابو يوسف ومحمد يفادى بهم اسارى المسلمين وقال مالك والشافعى واحمد لا يجوز المفاداة بنسائهم وقال احمد ايضا لايجوز المفاداة بصبيانهم وعن ابى حنيفة انه لابأس بان يفادى بهم اسارى المسلمين لان تخليص المسلم من ايديهم واجب ولا يتوصل اليه الا به وفى السير الكبير ان هذا قولهما واظهر الروايتين عن ابى حنيفة وقال ابو يوسف يجوز المفاداة باسارى المسلمين قبل القسمة لا بعدها لان الثابت بعد القسمة حقيقة الملك ولا يجوز ابطاله بدون رضى مالكه بعوض كسائر المعاوضات واما المفاداة بمال فلا يجوز فى المشهور من المذهب لقوله تعالى (لولا كتاب من الله سبق) الاية ولقوله عليه السلام لونزل بنا عذاب لما نجى الا عمر وذلك لانه اشار بقتلهم وفى السير الكبير ولا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر وللامام فداء اسارانا بهم فى الاظهر من الروايتين عن ابى حنيفة وبه قالا لما روى مسلم من حديث سلمة بن الاكوع قال خرجنا مع ابى بكر امره علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فغزونا فزارة فلما كان بيننا وبين الماء ساعة امرنا ابوبكر فعرسنا ثم شن الغارة اى صبها عليهم من كل وجه فورد الماء فقتل من قتل عليه وسبى ونظرت الى عنق من الناس فيهم الذرارى فخشيت ان يسبقونى الى الجبل فرميت بسهم بينهم وبين الجبل فلما رأوا السهم وقفوا فجئت بهم اسوقهم وفيهم امرأة من بنى فزارة عليها قشع من ادم والقشع النطع معها ابنة لها من احسن الناس فسقتهم حتى اتيت بهم ابا بكر فنفلنى ابنتها فقدمنا المدينة فلقينى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى السوق فقال يا سلمة هب لى المرأة لله ابوك فقلت هى لك يا رسول الله فو الله ما كشفت

(و) نفى فداؤهم) وردهم الى دراهم الفداء ان يترك الاسير الكافر ويأخذ منه مالا او اسيرا مسلما منهم فى الحرب فى مقابلته فالفداء قبل ان يضع الحرب اوزارها يجوز بالمال لا بالاسير المسلم وبعده لا يجوز بالمال باجماع علمائنا وبالنفس لا يجوز عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى يجوز وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى روايتان وعند الشافعى رحمه الله تعالى يجوز مطلقا

لها ثوبا فبعث بها رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم الى مكة ففدى بها ناسا من المسلمين كانوا اسروا بمكة وروى مسلم ايضا وابو داود والترمذى وقال حسن صحيح واللفظ عن ابى المهلب عن عمران بن حصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين

وعندنا تذبح وتحرق مواشى نقلها لان فى تركها على حالها كما قال الشافعى تقوية لهم وفى عقرها كما قال مالك تعذيبا ومثلة بها والذبح للمصلحة جايز والحاق الغيظ بهم من اقوى المصالح وهو مندوب بالنص فصارت كسلاح يمكن حرقه فانه يحرق اتفاقا لئلا يستعينوا به فيما بعد فان لم يمكن حرقه دفن فى مضيعة بحيث لا يهتدون اليه اوالقى فى البحر ودليل الشافعى ما فى مصنف ابن ابى شيبة ان ابا بكر بعث جيوشا الى الشام فخرج يتبع يزيد بن ابى سفيان قال انى اوصيك لا تقتلن صبيا ولا امرأة الى ان قال ولا بقرة الا لمأكلة لكنه يحمل على ما يمكن نقلها جمعا بين الاقوال واما ما فى الهداية نهيه عليه السلام من ذبح الحيوان الا لاكله فغير معروف (و) منع (قسمة مغنم ثمه) اى فى دار الحرب (الا ايداعا) وصورتها ان لا يكون للامام من بيت المال ما يحمل عليه الغنيمة فيقسمها بين الغانمين ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيها وقال الشافعى لا بأس بالقسمة فى دار الحرب بعد ما تم انهزام المشركين وبه قال عطاء وقال مالك يعجل قسمة الاموال فى دار الحرب ويؤخر قسمة السبى الى دار الاسلام واصل هذا ان الملك لا يثبت للغانمين قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعندهم يثبت بالاستيلاء بعد ما تم انهزام المشركين وبه قال احمد ولنا ان الاستيلاء باثبات اليد والنقل اذ القوة لهم فى دارهم فصار القسم فيها كالقسم قبل الهزيمة واما قسمته عليه السلام غنايم خيبر فيها وغنايم بنى المصطلق فى دارهم فليس من محل الخلاف لانه عليه السلام لما فتح تلك البلاد صارت دار الاسلام ولا خلاف فيها وانما الخلاف فيما لم يصر دار الاسلام (والردء) مبتدأ وهو بكسر الراء وسكون الدال فهمزة بمعنى العون ومنه قوله تعالى (فارسله معى رداً يصدقنى) (ومدد لحقه ثمه) اى فى دار الحرب (كمقاتل) خبر المبتدأ (فيه) اى فى المغنم خلافا للشافعى وقد مهدنا الاصل فى ذلك (لا سوقى لم يقاتل) اى ليس الذى يبيع فى العسكر اذا لم يقاتل فى حق المغنم كالمقاتل لان سبب الاستحقاق وهو المجاوزة على قصد المقاتلة لم يوجد لانه

(و) (نفى قسمة مغنم ثمه) اى فى دار الحرب قال الشافعى رحمه الله تعالى لا بأس بقسمته فى دار الحرب بعد ما تم انهزام المشركين وهذا بناء على اصل وهو ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت (الا ايداعا) بان قسم المغنم بين المسلمين قسمة ايداع ليحملوا الى دار الاسلام فياخذ منهم وقسم بينهم (والردء) اى القوم الذين وقفوا على مكان حتى اذا ترك اهل المقاتلة القتال قاتل اولئك وقيل الردء العون وقيل الذى يخدم المقاتلين (والمدد لحقهم) اى المقاتلة (ثمه) اى فى دار الحرب قبل ان يخرجوا المغنم الى دارنا (كمقاتل) اى يشاركه (فيه) اى فى المغنم خلافا للشافعى رحمه الله تعالى بعد انقضاء القتال (لا) يشاركه فى المغنم (سوقى لم يقاتل) وقال الشافعى رحمه الله تعالى فى احد قوليه يسهم له

جاوز على قصد التجارة قيد بعدم القتال لان المقاتل منهم يستحق من الغنيمة لانه بالمباشرة ظهر ان قصده القتال والتجارة تبع له فلا يضره كالحاج اذا اتجر فى طريق الحج فانه لا ينقص اجره واما ما فى الهداية من قوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة فرفعه غير معروف بل موقوف على ابن عمر كما ذكره البيهقى (ولا من مات ثمه) اى فى دار الحرب من المقاتلة لان الارث يجرى فى الملك ولا ملك للغزاة فى الغنيمة قبل ان تخرج الى دار الاسلام وانما لهم الاستحقاق (ويورث قسط من مات) من المقاتلة (هنا) اى فى دار الاسلام وقال الشافعى يورث من مات بعد استقرار الهزيمة لثبوت الملك به عنده (وحل لنا ثمه) اى فى دار الحرب (طعام) سواء كان مهيأ للاكل اولم يكن كالحبوب والبقر والغنم والابل لكن ترد جلودها الى الغنيمة وهذا الحل فى حق من يسهم له فى الغنيمة ومن يرضخ له منها غنيا كان اوفقيرا وفى حق من معه من النساء والاولاد والمماليك (وعلف ودهن وحطب وسلاح به حاجة لا بعد الخروج منها) اى من دار الحرب لما روى مسلم عن عبد الله بن مغفل قال اصبت جرابا من شحم يوم خيبر فالتزمته ثم قلت لا اعطى فى هذا اليوم احدا شيئا فالتفت فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم متبسما زاد ابو داود والطيالسى فى مسنده وقال له عليه السلام هولك قال ابن القطان وهذه الزيادة مفيدة لانها نص فى اباحته وهى صحيحة الاسناد وروى البخارى فى صحيحه عن ايوب عن نافع عن ابن عمر قال كنا نصيب فى مغازينا العسل والعنب فنأكل ولا نرفعه وروى ابو داود فى سننه عن محمد بن ابى مجالد عن عبد الله بن ابى اوفى قال قلت هل كنتم تخمسون يعنى الطعام على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اصبنا طعاما يوم خيبر فكان الرجل يجىء فيأخذ منه مقدارما يكفيه ثم ينصرف وروى البيهقى من حديث هانىء بن ام كلثوم ان صاحب جيش الشام كتب الى عمر انا فتحنا ارضا كثيرة الطعام والعلف وكرهت ان اتقدم فى شىء من ذلك الا بامرك فكتب اليه دع الناس يأكلون ويعلفون فمن باع شيئا بذهب اوفضة ففيه خمس لله وسهام للمسلمين ولم يقيد فى السير الكبير حل انتفاع الطعام ونحوه بالحاجة وهو قول مالك والشافعى واحمد لاطلاق مارويناه ولقوله عليه السلام يوم خيبر كلوا واعلفوا ولا تحملوا رواه البيهقى فى المعرفة (ومن اسلم ثمه) اى فى دار الحرب منهم قبل ان يأخذ المسلمون

(ولامن مات) من المقاتلين (ثمه) اى فى دار الحرب فلاحق له فى المغنم وعند الشافعى رحمه الله تعالى من مات بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه (ويورث قسط) مغنم (من مات) من المقاتلين (ههنا) اى فى دار الاسلام لان الارث انما يجرى فى الملك والملك يثبت بعد الاحراز بدارنا (وحل لنا ثمه) اى فى دار الحرب من المغنم (طعام) كالخبز واللحم لا البر والشعير ونحوهما وهو قول بعض الشارحين وفى النهاية شرح الهداية يباح وان كان غير متهيا للاكل (ودهن) يدهن به ويوقح به الدابة (وعلف) لدوابنا (وحطب) سواء كان بها حاجة اولا (و) حل لنا فى دار الحرب (سلاح به حاجة) بان لم يكن لنا سلاح او انقطع سلاحنا (لا) يحل هذه الاشياء (بعد الخروج منها) اى من دار الحرب (ومن اسلم) من اهل دار الحرب (ثمة) اى فى دار الحرب

(عصم) بالاسلام (نفسه) لان الاسلام عاصم لنفسه (وطفله) لانه صار مسلما تبعا (ومالامعه) اى فى يده (او) مالا (اودعه معصوما) اى وضعه امانة عند مسلم اوذمى (و)يقسم الامام المغنم فيفرز خمسه اولا ويقسم ما وراءه اى اربعة اخماس بين الغانمين فيكون (للفارس سهمان) عند ابيحنيفة رحمه الله تعالى وزفر وعندصاحبيه والشافعى رحمهم الله تعالى للفارس ثلثة اسهم (وللراجل سهم) واحد

(عصم نفسه) فلا يجوز قتله ولا استرقاقه قال عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا منى دماءهم واموالهم (و) عصم (طفله) لانه تبع له فى الاسلام بخلاف ولده الكبير فانه حربى غير تابع له وبخلاف زوجته وحملها فانها حربية غير تابعة له فى الاسلام وحملها جزء منها فيتبعها فى الرق (و) عصم (مالا معه) لسبق يده الحقيقة عليه ولقوله عليه السلام من اسلم على شىء او مال فهو له روى مسندا ومرسلا بسند صحيح فعن صخر بن علية ان قوما من بنى سليم فروا عن ارضهم حين جاء الاسلام فاخذتها فاسلموا فخاصموا فيها النبى صلى الله عليه وسلم فردها عليهم وقال اذا اسلم الرجل احق بارضه وماله رواه احمد وروى ابو داود معناه وفيه ياصخر ان القوم اذا اسلموا احرزوا اموالهم ودماءهم (او اودعه معصوما) اى مسلما او ذميا لانه فى يده حكما اذيد المودع كيد المودع لانه عامل له فى الحفظ وهى يد محترمة صحيحة قيد بالوديعة لان ماله الذى فى يد المعصوم غصبا فى عند ابى حنيفة لان يده ليست كيد المالك وقال محمد لايكون فيأ لان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بالاسلام وابو يوسف مع ابى حنيفة فى رواية ومع محمد فى اخرى وقيد بالمعصوم لان ماله الذى اودعه عند حربى فى اتفاقا لان يده ليست محترمة حتى جازلنا التعرض لها وقيد بالمال لان عقاره فى خلافا لمالك والشافعى واحمد فانهم قالوا انه باسلامه يعصم عقاره لانه فى يده كالمنقول ولنا ان العقار فى يد اهل الدار وسلطانها اذ هى من جملة دار الحرب فلم يكن فى يده حقيقة وقيل هو قول محمد وهو قول ابى يوسف اولا ثم رجع عنه الى ان العقار كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة يثبت عنده فيه الاترى ان عنده يتصور فيه الغصب واما عبيده فمن قاتل منهم فهو فى خلافا لمالك والشافعى واحمد لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعا لاهل دارهم وحكم من اسلم فى دار الحرب وخرج الينا على هذا التفصيل ويقسم الامام الاربعة اخماسا من الغنيمة بين الغانمين بعد افراز الخمس لقوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شىء فان لله خمسه) الاية (وللفارس) اى لمن معه فرس او اكثر (سهمان وللراجل) اى من لافرس معه سواء كان معه بعير اوبغل اولم يكن (سهم) وهذا عند ابى حنيفة وزفر وقال ابو يوسف ومحمد للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهم وهو قول مالك

والشافعى

والشافعى واحمد والليث وابى ثور واكثر اهل العلم لما روى الجماعة الا
النسائى عن نافن عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل
للفرس سهمين ولصاحبه سهما هذا لفظ البخارى وفسره نافع فقال اذا كان
مع الرجل فرس فله ثلاثة اسهم وان لم يكن له فرس فله سهم ولفظ مسلم
انه قسم فى النفل للفرس سهمين وللراجل سهما ولفظ ابى داود وابن حبان
فى صحيحه انه عليه السلام اسهم لرجل ولفرسه ثلاثة اسهم سهماله وسهمين
لفرسه ولفظ الترمذى انه قسم فى النفل للفرس سهمين وللراجل سهما وفى
الباب احد عشر حديثا مسندا بمعنى ما روينا ولان الاستحقاق بالنفع ونفعه
على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لاغير
ولابى حنيفة ما روى ابو داود فى سننه واحمد فى مسنده والطبرانى فى
معجمه وابن ابى شيبة فى مصنفه والدار قطنى فى سننه والحاكم فى مستدركه
من حديث مجمع بن يعقوب بن مجمع بن يزيد الانصارى قال سمعت ابى
يعقوب بن مجمع يذكر عن عمه عبدالرحمن بن يزيد الانصارى عن عمه
مجمع بن حارثة الانصارى وكان احد القراء الذين قرؤا القرآن قال شهدنا
الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما انصرفنا عنها اذا الناس
يهزون الاباعر وقال بعض الناس لبعض ما للناس قالوا اوحى الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم واقفا على راحلته عند كراع الغميم فلما اجتمع عليه
الناس قرأ عليهم (انا فتحنا لك فتحا مبينا) فقال رجل يا رسول الله افتح
هو قال نعم والذى نفسى بيده انه لفتح فقسمت خيبر على اهل الحديبية
فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثمانية عشر سهما وكان الجيش
الفا وخمسمائة فيهم ثلاثمائة فارس فاعطى الفارس سهمين واعطى الراجل
سهما ثم قال ابو داود وهذا وهم وانما كانوا مائتى فارس فاعطى الفرس
سهمين واعطى صاحبه سهما وروى الطبرانى من طريق الوقدى فى معجمه
عن المقداد بن عمرو انه كان يوم بدر على فرس يقال سبحة فاسهم له النبى
صلى الله عليه وسلم سهمين لفرسه سهم واحد وله سهم واحد وفى تفسير ابن
مردويه فى سورة الانفال بسنده الى عائشة قالت اصاب رسول الله صلى الله
عليه وسلم سبايا بنى المصطلق فاخرج منها الخمس ثم قسم بين المسلمين
فاعطى الفارس سهمين والراجل سهما وروى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن ابن
ابى اسامة وابن نمير قالا حدثنا عبيدالله عن نافع عن ابن عمر ان رسول

الله صلى الله عليه وسلم جعل للفارس سهمين وللراجل سهما ومن طريق ابن ابى شيبة رواه الدارقطنى فى سننه وقال قال ابوبكر النسيا بورى هذا عندى وهم من ابن ابى شيبة اومن الرمادى لان احمد بن حنبل وعبدالله بن بشر وغيرهما رووه عن ابن نمير خلاف هذا وكذا رواه ابن كرامة وغيرة عن ابى اسامة خلاف هذا يعنى انه اسهم للفارس ثلاثة اسهم ثم اخرج عن نعيم بن حماد عن ابن المبارك عن عبيدالله بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه اسهم للفارس سهمين وللراجل سهما ثم قال قال احمد بن منصور هكذا لفظ نعيم عن ابن المبارك والناس يخالفونه قال النيسابورى ولعل الوهم من نعيم لان ابن المبارك من اثبت الناس ثم اخرجه عن يونس بن عبد الاعلى عن ابن وهب عن عبيدالله بن عمر عن نافع عن ابن عمران رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل وللفارس سهمين وللراجل سهما ثم اخرجه عن حجاج بن منهال عن حماد بن سلمة عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهماولان الكر والفر من جنس واحد فيكون نفعه مثل نفع الراجل فيفضل عليه بسهم ولان الفرس تبع للراجل فلا يزاد بسهم وما رووه معمول على الزيادة بطريق التنفيل كما اعطى عليه السلام سهمى الراجل والفارس لسلمة ابن الاكوع وكان راجلا فيما روى مسلم واحمد فى حديث طويل عن سلمة بن الاكوع قال قدمنا الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن اربع عشرة مائة فذكر الحديث بطوله الى ان قال فلما اصبحنا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خير فرساننا اليوم ابو قتادة وخير رجالنا سلمة ثم اعطانى سهمين سهم الفارس وسهم الراجل فجمعهما الى جميعا هذا ولا يسهم لاكثر من فرس وقال ابو يوسف يسهم لفرسين وبه قال احمد لما روى الدار قطني فى سننه عن ابى عمرة عن بشير بن عمرو بن محصن قال اسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لفرسى اربعة اسهم ولى سهما فاخذت خمسة اسهم وروى عبدالرزاق فى مصنفه عن ابراهيم ابن يحيى الاسلمى عن صالح بن محمد عن مكحول ان الزبير حضر خيبر بفرسين فاعطاه النبى صلى الله عليه وسلم خمسة اسهم واخرج الدار قطنى والواقدى فى المغازى عن عيسى ابن معمر قال كان مع الزبير يوم خيبر فرسان فاسهم له النبى صلى الله عليه وسلم خمسة

اسهم للفرس سهمين وللفرسين اربعة اسهم ولصاحبهما سهما فذلك خمسة اسهم وما كان فوق الفرسين فهو جنائب واجيب بان هشام بن عروة بن عبدالله ابن الزبير اثبت فى حديث الزبير واحرص وقد روى عن ابيه عن جده عبدالله بن الزبير انه قال اعطانى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر اربعة اسهم سهمين لفرسى وسهما لى وسهما لامى واهل المغازى لم يزووا انه عليه السلام اسهم لفرسين ولم يختلفوا انه حضر خيبر بثلاثة افراس لنفسه السكيب والضريب والمرتجز ولم يأخذ الا لفرس واحد وقال مالك فى الموطأ لم اسمع بالقسم الا لفرس واحد وروى الواقدى فى المغازى بسنده الى الحرث بن عبدالله بن كعب ان النبى صلى الله عليه وسلم قاد فى خيبر ثلاثة افراس لزاز والضريب والسكيب وقاد الزبير افراسا وقاد خراش بن الصمة فرسين وقاد البراء بن اوس فرسين وقاد ابو عمرة الانصارى فرسين قال فاسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لكل من كان له فرسان خمسة اسهم اربعة لفرسيه وسهم له وما كان اكثر من فرسين لم يسهم له ويقال لم يسهم الا لفرس واحد واثبت ذلك انه اسهم لفرس واحد ولم يسمع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اسهم لنفسه الا لفرس واحد (ويعتبر) فى الاستحقاق سهم الفارس او الراجل (وقت مجاوزة الدرب) اى مدخل دار الحرب (لا) يعتبر (شهود الواقعة) فى الاستحقاق كما هو قول مالك والشافعى واحمد فلو دخل المغازى دار الحرب فارسا فمات فرسه وقاتل راجلا استحق سهم الفارس ولو دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم الراجل خلافا لهم ولو دخل المجاهد فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان استحق سهم الفارس اتفاقا هذا ولا يسهم لمملوك يقاتل ولا على امرأة تداوى الجرحى وتقوم على المرضى ولا لصبى يقاتل ولا لذمى يقاتل ويدل على الطريق ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام لقول ابن عباس لم يكن للعبد والمرأة سهم الا ان يحذيا من غنايم القوم رواه احمد ومسلم والرضخ فى اللغة اعطاء القليل وهنا اعطاء اقل من سهم الغنيمة وعندنا يكون من الغنيمة قبل اخراج الخمس وهو قول الشافعى ورواية عن احمد وفى قول للشافعى يكون من خمس الخمس وقال مالك من الخمس ولا يسهم الاجير لانه دخل لخدمة المستأجر لا للقتال حتى لو ترك الخدمة وقاتل يسهم له كاهل سوق العسكر ويستعان بالكافر فى القتال عند الحاجة عندنا وعند

(ويعتبر) فى استحقاق سهم الفارس والراجل (وقت مجاوزة الدرب) هو الباب الواسع على السكة والمضيق من مضائق الروم والمراد ههنا مدخل دار الحرب (لا شهود الواقعة) وعند الشافعى رحمه الله تعالى يعتبر شهود الوقعة فمن دخل دار الحرب فارسا فنعق فرسه استحق سهم الفارس ومن دخل راجلا فاشترى الفرس وقاتل فارسا استحق سهم راجل وعند الشافعى رحمه الله تعالى الجواب على العكس فى الفصلين

الشافعى واحمد وقال جماعة من اهل العلم لا يستحقان به (والخمس) من الغنيمة (لليتيم) وهو كل صغير لا اب له ويشترط ان يكون فقيرا (والمسكين وابن السبيل) وقد تقدم تفسيرهما فى الزكوة لما روى عن ابن عباس من طرق بالفاظ متقاربة منها ما رواه ابن مردويه فى تفسيره فى سورة الانفال بسنده قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فضرب ذلك الخمس فى خمسة ثم قرأ (واعلموا انما غنمتم من شئ فان لله خمسه وللرسول) وقول الله تعالى (فان لله خمسه) مفتاح كلام نحو قوله تعالى (لله ما فى السموات وما فى الارض) فذكره للتبرك باسمه وهو غير محتاج الى شئ لان الكل له ثم جعل سهم الله وسهم الرسول واحدا والذى القربى سهما فجعل هذين السهمين قوة فى الخيل والسلاح وجعل سهم اليتامى والمساكين وابن السبيل لا يعطيه لغيرهم وجعل الاربعة الاسهم الباقية للفرس سهمين والراكبة سهما وللراجل سهما ولما رواه الطبرانى فلما قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل ابو بكر وعمر هذين السهمين سهم الله والرسول وسهم قرابته فى سبيل الله صدقة عن رسول الله صلى الله علية وسلم ولما روى ابو يوسف عن الكلبى عن ابى صالح عن ابن عباس ان الخمس الذى كان يقسم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على خمسة اسهم لله وللرسول سهم ولذى القربى سهم ولليتامى سهم وللمساكين سهم ولابن السبيل سهم ثم قسمه ابو بكر وعمر وعثمان وعلى على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل (وقدم فقراء ذوى القربى) من هذه الطوائف الثلاث على غيرهم (ولا شئ لغنيهم) اى غنى ذوى القربى لان عمر اعطى الفقراء منهم وقال الطحاوى سهم الفقير ساقط ايضا لما قدمنا والاول اختيار الكرخى وهو الاصح لان الدليل انما دل على سقوط حق اغنيائهم اما فقراؤهم فيدخلون فى الاصناف الثلثة وسقط سهم النبى صلى الله عليه وسلم بموته كالصفى لانه كان يستحق بر سالته لا بالقيام بامور امته ولهذا لم يرفع الخلفاء الراشدون بعده هذا لا نفسهم والصفى شئ نفيس كان يصطفيه لنفسه من الغنيمة كدرع اوسيف اوفرس او امة كما روى انه اصطفى صفية من غنايم خيبر وقال الشافعى يقسم الخمس على خمسة اسهم للنبى صلى الله عليه وسلم فى حياته وبعد وفاته يصرفه

(والخمس) اى خمس المغنم يقسم على ثلثة اسهم يعطى (لليتيم والمسكين وابن السبيل وقدم فقراء ذوى القربى عليهم) اى على الباقين من الاصناف الثلثة يعنى تدخل ايتام ذوى القربى فى سهم اليتيم وتقدم على باقى الايتام وكذا مساكين ذوى القربى وابناء السبيل منهم (ولا شئ من الخمس (لغنيهم) اى لغنى ذوى القربى وعند الشافعى رحمه الله تعالى يقسم الخمس على خمسة اسهم سهم لرسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم فى حيوته وبعده يصرف سهمه الى الخليفة وسهم لذوى القربى يستوى فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين والباقى للفرق الثلث

الامام فى مصالح الدين على ما يرى وبه قال احمد وعن الشافعى ان سهم النبى صلى الله وسلم بعده يرد على بقية الاصناف وحكى ابن المنذر عنه انه يكون للخليفة وسهم ذوى القربى يستوى فيهم غنيهم وفقيرهم يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وقال المزنى والثورى يستوى فيه الذكر والانثى ويكون بنى هاشم وبنى المطلب فقط دون عبد الشمس والباقى للفرق الثلاث وقد تقدم ان الخلفاء الراشدين قسموا على ثلثة نحو ما قلنا بمحضر من الصحابة فكان اجماعا (ومن دخل دارهم) وله منعة سواء اذن له الامام ام لا (فاغار خمس) ما اخذه لان المأخوذ حينئذ على وجه القهر والغلبة لا الاختلاس والسرقة فكان غنيمة (لا من لا منعة له) اى لا يخمس ما اخذ من دخل دارهم ولا منعة (ولا اذن له) من الامام لان اخذه حينئذ يكون اختلاسا وسرقة لا قهرا وغلبة ويخمس عند مالك والشافعى لانه مال حربى اخذ قهرا فكان غنيمة قيد بعدم الاذن لان من لا منعة له لو دخل باذن الامام ففيه روايتان المشهور منهما انه يخمس ما اخذه لانه لما اذن لهم الامام التزم نصرهم بالامداد فصار كالمنعة (وللامام ان ينفل وقت القتال فيجعل لاحد) من الجيش (شيئا زائدا على سهمه) اى نصيبه سهما كان اورضخا (كالسلب ونحوه) بان يقول من قتل قتيلا فله سلبه او من اصاب شيئا فهو له يتناول هذا الكلام من ياخذ من الغنيمة او يقول للسرية قد جعلت لكم الرجع بعد الخمس او ما اصبتم فلكم نصفه لما روى انه عليه السلام فعل الربع بعد الخمس فى رجعته كما رواه احمد وابو داود وكان عليه السلام يفعل فى البداية الربع وفى الرجعة الثلث كما رواه احمد وابن ماجه والترمذى ولان التنفيل تحريض على القتال وهو مندوب اليه لقوله تعالى (ياايها النبى حرض المؤمنين على القتال) ولقوله عليه السلام يوم حنين من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه والتنفيل عندنا من الاربعة الاخماس وبه قال احمد وعند مالك والشافعى من الخمس (والسلب مركبه) اى مركب المقتول (وما عليهما) اى على المقتول مما فى وسطه وجيبه وعلى مركبه من سلاح وثياب وسرج وآلة ولو اثخنه واحد وقتله آخر فالسلب لمن اثخنه اى او هنه لاعطاء النبى صلى الله عليه وسلم سلب ابى جهل لمعاذ دون ابن مسعود والحاصل انه لا يستحق القاتل سلب مقتول عندنا الا بقول الامام

(ومن دخل دارهم فاغار خمس) اى ان دخل جماعة لها منعة دار الحرب واخذوا شيئا خمس وان لم ياذن لهم الامام لانه وان لم يأذن لهم يجب عليه نصرتهم كما اذا اذن لهم فكان ما اخذوا ما خوذا بالجهاد فيخمس (لا) يخمس (من لا منعة له ولا اذن له) اى ان دخل الواحد او الاثنين دار الحرب بلا اذن الامام واخذ الواحد او الاثنين شيئا لم يخمس وقال الشافعى رحمه الله تعالى يخمس ولو دخل باذن الامام ففيه روايتان ويخمس فى المشهور لانه لما اذن له الامام التزم النصرة فكان المأخوذ بقوة الامام وبلا اذن له اختلاسا وسرقة لابقوة الامام (وللامام ان ينفل) التنفيل اعطاء شئ زائد على سهم الغنيمة والتركيب يدل على الزيادة (وقت القتال) ويحرض على القتال وقال الشافعى رحمه الله تعالى لايصح التنفيل الامن الخمس (فيجعل لاحد) من المقاتلين (شيئا زائدا على سهم الغانمين كالسلب) فيقول من قتل قتيلا فله سلبه (ونحوه) اى نحو السلب كان يقول لسرية جعلت لكم الربع بعد الخمس اى بعد ما رفع الخمس جعلت لكم ربع الباقى اوثلثه اونحو ذلك (والسلب) فى اللغة المسلوب وعند الفقهاء (مركبه) اى مركب المقاتل (وما عليهما) اى على المركب والراكب المقتول من ثيابه وسلاحه وماله وكذا ما على مركبه من السرج وغير ذلك

من قتل قتيلا فله سلبه لا انه استحق بما زالت منعة الميل وقت الحرب بقطع طرفيه اواسره كما قال به مالك والشافعى لقوله عليه السلام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه رواه احمد والجماعة الا النسائى وفى لفظ المسلم عن جبير بن نفير عن عوف بن مالك انه قال لخالد بن الوليد الم تعلم يا خالد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى زاد ابو داود قضى بالسلب للقاتل ولم يخمس السلب واخرج فى سننه ايضا عن انس ابن مالك ان النبى عليه السلام قال يوم حنين من قتل كافرا فله سلبه فقتل ابو طلحة يومئذ عشرين رجلا واخذ اسلابهم وظاهر هذا نصب الشرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا قد اظهر فضل غنائه على غيره فيستحق التفضيل بملك ما على القتيل كالفارس مع الراجل بخلاف مالو قتله مدبرا اورمى من صف المسلمين سوما فقتل مشركا لانه ليس فيه زيادة غناء فكل احد يتجاسر عليه ولنا ما فى معجم الطبرانى الكبير والاوسط بسنده الى جنادة بن امية قال نزلنا دابق وعلينا ابو عبيدة بن الجراح فبلغ حبيب بن مسلمة ان صاحب قبرص خرج يريد طريق اذربيجان ومعه زمرد ويا قوت ولؤ لؤ وغيرها فخرج اليه فقتله وجاء بما معه فاراد ابو عبيدة ان يخمسه فقال له حبيب لا تحرمنى رزقا رزقنيه الله فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل فقال معاذ يا حبيب انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول انما للمرء ما طابت به نفس امامه ورواه اسحاق بن راهويه فى مسنده بسنده الى جنادة بن امية قال كنا معسكرين بدابق فذكر لحبيب بن مسلمة الفهرى ان نبيه القبرص خرج بتجارة من البحر يريد بطريق ارمينية فخرج عليه حبيب فقاتله فقتله فجاء بسلبه يحمله على خمسة ابغال من الديباج والياقوت والزبرجد فاراد حبيب ان يأخذه كله وابو عبيدة يقول بعضه فقال حبيب لابى عبيدة قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه قال ابو عبيدة انه لم يقل للابد وسمع معاذ بن جبل بذلك فاتى ابا عبيدة وحبيب يخاصمه فقال معاذ لحبيب الاتتقى الله وتاخذ ما طابت به نفس امامك فان لك ما طابت به نفس امامك وحدثهم بذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم فاجتمع رأيهم على ذلك

فاعطوه

فاعطوه بعد الخمس شيئا فباعه بالف دينار الا ان فى سنده ضعفا وما فى الصحيحين فى قصة معاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ من عفراء وقتلهما ابا جهل يوم بدر وقضاء النبى صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن الجموح ولم يجعل بينهما وما اخرجه مسلم وابو داود وللفظ لابى داود عن عوف بن مالك الاشجعى قال خرجت مع زيد بن حارثة فى غزوة مونة ورافقنى مددى من اهل اليمن فلقينا جموع الروم وفيهم رجل على فرس اشقر عليه سرج مذهب فجعل الرومى يفرى بالمسلمين وقعد له المددى خلف صخرة فمر به الرومى فعرقب فرسه فخر وعلاه وقتله وحاز فرسه وسلاحه فلما فتح الله المسلمين بعث اليه خالد فاخذ منه سلب الرومى قال عوف فاتيت خالدا فقلت له اما علمت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى ولكن استكثرت قلت لترد نه اولا عرفنكما عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فابى ان يعطيه قال عوف فاجتمعنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقصصت عليه قصة المددى وما فعل خالد فقال صلى الله عليه وسلم يا خالد ما حملك على ما صنعت قال يا رسول الله استكثرته قال رد ما اخذت منه قال عوف فقلت دونك يا خالد الم اف لك فقال صلى الله عليه وسلم ما ذاك قال فاخبرته قال فغضب صلى الله عليه وسلم وقال ياخالد لاترد عليه هل انتم تاركوالى على امرائى لكم صفوة امرهم وعليهم كدره

فصل

فى استيلاء الكفار (يملك بعض الكفار بعضا) يعنى انفسهم اذا استولى بعضهم على بعض (واموالهم) كذلك بالاستيلاء كما يملك به المسلم (و) يملك بعض الكفار (اموالنا بالاستيلاء والاحراز بدارهم) وقال مالك يملكونها بمجرد الاستيلاء وعن احمد رواية كقول مالك واخرى كقولنا وقال الشافعى لايملكونها لان استيلاء هم محظور ابتداء عند الاخذ فى دار الاسلام وانتهاء عند الاحراز بدارهم ببقاء عصمة المال اذ سببها اسلام صاحبه لقوله عليه السلام فاذا قالوها عصموا منى دماءهم واموالهم وصار هذا كاستيلاء المسلم وكاستيلائهم على رقابنا والكفار مخاطبون بالمحظورات بالاجماع كالزنا والربا ولنا قوله تعالى (للفقراء المهاجرين) الاية والفقير من لامك له فلو لم يملك الكفار

(فصل فى استيلاء الكفار)

واذا غلب بعض الكفار كالترك مثلا على بعض الكفار كالروم فسبوهم واخذوا اموالهم (يملك بعض الكفار بعضا) آخر (واموالهم) بالاستيلاء (و) كذا ان غلب علينا الكفار واخذوا (اموالنا واحرزوها بدار الحرب ملكوا اموالنا (بالاستيلاء والاحراز بدار الحرب) وقال الشافعى لايملكونها

(تاجرنا فى) دار الحرب واخرجه الى دارنا

الكفار (تاجر) واخرجه الى دار الاسلام لانه لواخذه بغير شئ لتضرر التاجر وقال الشافعى من وجد منا ماله بعد القسمة اخذه بغير شئ ولكن يعوض الامام من وقع فى سهمه من بيت المال وان لم يكن فى بيت المال شئ اعاد القسمة ولنا ما روى الدار قطنى والبيهقى فى سننيهما عن الحسن بن عمارة عن عبد الملك بن ميسرة عن طاوس عن ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم قال فيما احرزه العدو فاستنقذه المسلمون منهم ان وجده صاحبه قبل ان يقسم فهو احق به وان وجده وقد قسم فان شاء اخذه بالثمن وفى سنن الدار قطنى عن اسحاق بن عبدالله ابن ابى فروة وعن رشيد بن يونس كلاهما عن ابن شهاب عن سالم بن عبدالله عن ابيه عبدالله بن عمر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من وجد ماله فى الفئ قبل ان يقسم فهوله ومن وجده بعد ما قسم فليس له شئ قال اسحاق هذا متروك وقال البيهقى الحسن بن عمارة متروك الا انه قال قال الشافعى قال ابو يوسف حدثنا الحسن ابن عمارة عن الحكم بن عيينة عن مقسم عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عبد وبعير احرزهما العدو ثم ظفر بهما فقال عليه السلام لصاحبهما ان اصبتهما قبل القسمة فهما لك بغير شىء وان اصبتهما بعد القسمة فهمالك بالقيمة فرواية ابى يوسف هذا الحديث عنه يدل على اصابته فى هذا الحديث اذ لا يلزم من كون الشخص متروكا ان يكون كل فرد من افراد حديثه متروكا وفى معجم الطبرانى عن ياسين الزيات عن الزهرى عن سالم عن ابيه مرفوعا من ادرك ماله فى الفئ قبل ان يقسم فهو له وان ادركه بعد ان يقسم فهو احق به بالثمن ورواه ابن عدى فى الكامل وضعف ياسين الزيات وفى مراسيل ابى داود عن تميم بن طرفة قال وجد رجل ناقة له فارتفعا الى النبى صلى الله عليه وسلم فاقام احدهما البينة انهاناقته واقام الآخر البينة انه اشتراها من العدو فقال عليه السلام اذا شئت ان تاخذها بالثمن الذى اشتراها به فانت احق بها والافخل عن ناقته وروى الطبرانى فى معجمه عن جابر بن سمرة قال اصاب العدو ناقة رجل من بنى سليم ثم اشتراها رجل من المسلمين فعرفها صاحبها فاتى النبى صلى الله عليه وسلم فاخبره فامره النبى صلى الله عليه وسلم ان يأخذها بالثمن الذى اشتراها به صاحبها

من العدو والايخلى بينه وبينها ومن الآثار ما فى سنن الدار قطنى عن قبيصة عن ذويب ان عمر بن الخطاب قال ما اصاب المشركون من اموال المسلمين فظهر عليهم فرأى رجل متاعه بعينه فهو احق به من غيره فاذا قسم ثم ظهروا عليه فلا شئ له انما هو رجل منهم وفى رواية هو احق به من غيره بالثمن قال هذا مرسل وفى مصنف ابن ابى شيبة عن خلاس عن على نحو ذلك وقال ابن حزم رواية خلاس عن على صحيحة ويروى عن زيد ابن ثابت ولكن باسناد فيه ابن لهيعة فتعدد طرقه يحسنه ويصح الاحتجاج به كيف ولا معارض له (وعبد) هذا مبتدأ (لهم) اى لاهل الحرب صفته (اسلم ثمه) اى فى دار الحرب صفة ثانية (فجاءنا) بان جاء الى دار الاسلام او الى عسكر المسلمين فى دار الحرب (اوظهرنا عليهم) عطف على ماقبله (عتق) هذا خبر المبتدأ وانما يعتق لما روى احمد فى مسنده وابن ابى شيبة فى مصنفه والطبرانى فى معجمه من حديث الحجاج عن مقسم عن ابن عباس ان عبدين خرجا من الطائف الى النبى صلى الله عليه وسلم فاسلما فاعتقهما رسول الله صلى الله عليه وسلم احدهما ابو بكرة وفى لفظ لابن ابى شيبة بهذا الاسناد ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يعتق من اتاه من العبد اذا اسلموا وقد اعتق يوم الطائف رجلين احدهما ابو بكرة سمى به لانه تنولى ببكرة وتنزل من الحصن وفى مراسيل ابى داود عن عبد ربه بن الحكم ان النبى صلى الله عليه وسلم لما حصر الطائف خرج اليه ارقاء من ارقائهم فاسلموا فاعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما اسلم مواليهم بعد ذلك رد عليه السلام الولاء اليهم وفى سننه عن على قال خرج عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فكتب اليه مواليهم قالوا يا محمد والله ما خرجوا اليك رغبة فى دينك فانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يارسول الله ردهم اليهم فغضب عليه السلام وقال والله ما اريكم تنتهون ياقريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا الدين وابى ان يردهم وقال هم عتقاء الله (كعبد مسلم) اى كما يعتق عبد مسلم (شراه كافر مستأمن من هنا) اى فى دار الاسلام (وادخله دراهم) اى دار اهل الحرب وهذا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لايعتق وبه قال مالك واحمد وفى مذهب الشافعى وجه انه لايصح بيع العبد المسلم من الكافر وعنه قول انه يصح وفى

(وعبد لهم) اى للكفار (اسلم ثمه) اى فى دار (الحرب فجاءنا اوظهرنا عليهم عتق) اصله ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين حاصر الطائف خرج جماعة من عبيدهم اليه ثم جاءمواليهم واسلموا وطلبوا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يردهم عليهم فقال عليه السلام هم عتقاء الله تعالى (كعبد مسلم شراه كافر مستأمن من هنا) اى فى دار الاسلام (وادخله) اى العبد (دارهم) فى فى دار الكفار فانه يعتق عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لايعتق لان الواجب ان يجبر المستأمن على بيعه وقد زال الاجبار اذ لا يد لنا عليهم فبقى عبدا فى ايديهم وله انه اذا زالت ولاية الاجبار اقيم الاعتاق مقامه تخليصا للمسلم من ايدى الكفار

النهاية

النهاية عن الايضاح وعلى هذا الخلاف اذا كان العبد ذميا لان المستامن يجبر على بيعه ولا يمكن من ادخاله دار الحرب (ولا يتعرض تاجرنا ثمه) اى فى دار الحرب (لدمهم ومالهم) لان فى تعرضه لواحد منهما غدرا بهم وهو ممنوع منه (الا اذا اخذ ملكهم ماله) او حبسه (او) اخذ (غيره) اى غير ملكهم مال التاجر (بعلمه) ان بعلم ملكهم ولم ينهه لانهم نقضوا عهده فيباح له التعرض لهم كالاسير والمتلصص قيد بدمهم ومالهم لانه لايجوز له ان يتعرض لفروجهم لان الفروج لا تحل الا بالملك ولا ملك قبل الاحراز بالدار (وما اخرجه) التاجر من دار الحرب بطريق التعرض ودخل به الى دار الاسلام (ملكه) لتحقق سبب الملك فيه وهو الاستيلاء على مباح (حراما) اى ملكا حراما لانه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه (فيتصدق به) تنزها عنه (ولا يمكن حربى) من الاقامة (هنا) اى فى دار الاسلام (سنة) بامان (وقيل له) عند الامان (ان اقمت هنا سنة نضع عليك الجزية) بعد ذلك (فان اقام سنة) من وقت القول له (فهو ذمى لا يترك ان يرجع) اليهم لالتزامه الجزية ثم اذا صار ذميا بمضى المدة المضروبة له يستانف عليه الجزية بحول بعدها الا ان يكون الامام قال ان مكثت سنة اخذتها منك فانه ياخذها منه حينئذ وحل دمه بعوده الى محل ليس من دارنا لخروجه من ذمتنا ومن اسلم ثمه ولم يلحق بدارنا فماله ودمه غير معصوم عندنا وحكم مالك والشافعى بعصمتهما عصمة مقومة فتجب الدية فى الخطأ والقود فى العمد لانه قتل نفسا معصومة لثبوت العاصم وهو الاسلام لقوله عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا منى دماءهم واموالهم الا بحقها فقد اثبت العصمة بالاسلام لا بالدار ولنا قوله تعالى (فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة) فالآية سيقت لبيان انواع القتل وموجباته فاوجب فى المؤمن المطلق دية وكفارة ثم اوجب بقتل مسلم لم يهاجر الينا كفارة فقط بقوله (فان كان من قوم عدو لكم) اى المقتول اذا كان من الكفار دارا وهو مؤمن (فتحرير رقبة) ثم اوجب بقتل الذمى دية وكفارة فدل ايجاب الكفارة وحدها فيمن لم يهاجر على ان لا دية له لانه جعل الكفارة كل الواجب لانها كل المذكور فلا يجوز ان يزاد عليها لانها نسخ فلا يجب على قاتله سوى الكفارة فى القتل الخطأ لما تلونا (ولا تغير جزية وضعت بصلح) لان الموجب لها حينئذ هو التراضى فلا يقع على

(ولا يتعرض تاجرنا ثمة لدمائهم واموالهم) اى اذا دخل مسلم دار الحرب تاجرا لم يحل له ان يتعرض بشىء من دمائهم واموالهم لان المسلمون عند شروطهم وقد شرطوا بالاستيمان ان لا يتعرض لهم فالتعرض غدر والغدر حرام (الا) اذا غدر واو (اخذ ملكهم ماله) اى مال تاجرنا (او) اخذ (غيره اى غير الملك (بعلمه) اى بعلم الملك ولم يمنعه الملك رح يجوز لتاجرنا تعرضهم لانهم بدؤا بنقض العهد والغدر (وما اخرجه) تاجرنا بطريق التعرض بعد ما دخل دارهم بامان ملكه لورود الاستيلاء على مال مباح لكن (ملكا حراما) لحصوله بسبب الغدر (فيتصدق به) اى بما اخرجه (و) اذا دخل الحربى الينا مستامنا (لا يمكن حربى) ان يقيم (هنا) اى فى دار الاسلام (سنة) وللامام ان يوقت فى ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين وادنى الاوقات غير مقدر بل هو مفوض الى رأى الامام (وقيل له) اى للحربى (ان اقمت هنا سنة) اوادنى منها على ما وقت الامام له (نضع عليك الجزية) وهى اسم لما يؤخذ من الذمى يقال جزى بمعنى قضى ومنه الجزية لانها تجزى عن الذمى وتكفى عن القتال فانه اذا قبلها سقط عنه القتل فان رجع قبل المدة فبها (فان اقام سنة) او ما وقت له الامام (فهو ذمى ولا يترك) ان يرجع الى دار الحرب لانه لما صار ذميا بالاقامة لا يمكن نقض الذمة

فصل فى الجزية

(ولا يتغير جزية وضعت بصلح) الجزية على ضربين جزية توضع عليهم بصلح وتراض ويقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق وجزية يبتدأ الامام بوضعها اذا غلب على الكفار واقرهم على املاكهم

خلاف ماوقع عليه والجزية مايؤخذ من الذمى باعتبار رأسه وسميت جزية لانها تجزى اى تقضى وتكفى عن القتل اذ بقبو لها يسقط القتل عن الذمى ويكلف أن ياتى بنفسه ويعطيها قائما والقابض منه قاعدا ولا يقبل منه لو بعثها من يد نائبه فى اصح الروايات وذلك لقوله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وانما اعتبر الصلح به لماروى ابو داود فى كتاب الا موال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح اهل نجران على الفى حلة النصف فى صفر والبقية فى رجب يؤدو نها الى المسلمين وعارية ثلثين درعا وثلثين فرسا وثلاثين بعيرا وثلاثين من كل صنف من اصناف السلاح يغزون بها والمسلمون ضامنون لها حتى يردوها عليهم ان كان باليمن كيد اوغدرة على ان لا يهدم لهم بيعة ولايخرج لهم قس ولا يفتنوا عن دينهم مالم يحدثوا حدثا اويأكلوا الربا ونجران بلد من اليمن واهله نصارى والحلة ازار ورداء (واذا غلبوا) بصيغة المجهول وكذا قوله (واقروا على املاكهم توضع على كتابى ومجوسى ووثنى عجمى) اى دون عربى (ظهر غناه لكل سنة ثمانية واربعون درهما) يؤخذ منه فى كل شهر اربعة دراهم (وعلى المتوسط) وهو من يملك نصابا (نصفها) اى اربعة وعشرون درهما يؤخذ منه فى كل شهر درهمان (وعلى فقير يكتسب) اى يقدر على الكسب سواء اكتسب اولم يكتسب (ربعها) اى اثنا عشر درهما يؤخذ منه فى كل شهر درهم لماروى ابن ابى شيبة فى مصنفه فى الامارة عن على ابن يسهر عن الشيبانى عن ابى عون محمد بن عبيد الله الثقفى قال وضع عمر بن الخطاب الجزية على رؤس الرجال على الغنى ثمانية واربعين درهما وعلى المتوسط اربعة وعشرين درهما وعلى الفقير اثنى عشر درهما وروى ابو عبيد القاسم بن سلام فى كتاب الا موال عن عمر انه بعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم ثمانية واربعين واربعة وعشرين واثنى عشر ويعتبر وجود هذه الصفات الثلاث آخر السنة وقال الشافعى يوضع على كل بالغ دينار غنيا كان او فقيرا لماروى ابو داود والترمذى وقال حديث حسن والنسائى فى الزكوة عن الاعمش عن ابى وائل عن معاذ قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وامرنى ان آخذ من البقر من ثلثين تبيعا او تبيعة ومن كل اربعين مسنة ومن كل حالم دينارا او عدله معافر والحالم البالغ والعدل بالفتح المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس

(واذا غلبوا واقروا على املاكهم يوضع على كتابى ومجوسى) هو ليس من اهل الكتاب ولذا لا يؤكل ذبيحته وانما اخذ الجزية منه لانه من العجم (ووثنى عجمى) وفيه خلاف الشافعى رح فانه لا يوضع عليه الجزية بل يسترق (ظهر غناه) اى غناء كل من المذكورين وظاهر الغنى وهو صاحب المال الكثير الذى لا يحتاج الى العمل وقيل هو الذى له عشرة الاف درهم فصاعدا (لكل سنة ثمانية واربعون درهما) فى كل شهر اربعة دراهم (ويوضع على متوسط الحال) هو الذى له مال لا يستغنى بماله عن العمل وقيل هو الذى يملك مائتى درهم فصاعدا (نصفها) اى اربعة وعشرون درهما فى كل شهر درهمان (و) يوضع (على فقير يكتسب) اكثر من حاجته ولا مال له وقيل الذى يملك ما دون المائتين اولا يملك شيئا (ربعها) اى اثنى عشر درهما فى كل شهر درهم وقال الشافعى رح يوضع على كل حالم دينارا اوما يعدل الدينار ويسوى فيه الغنى والفقير

والمعافر حى من همدان ينسب اليه نوع من الثياب وقال مالك يوضع على الغنى اربعون درهما او اربعة دنانير وعلى الفقير عشرة دراهم او دينار وعن احمد ثلث روايات رواية يفوض الى رأى الامام وبه قال الثورى وابو عبيدة ورواية اقلها دينار وتجوز الزيادة ولا يجوز النقصان ورواية كقولنا ثم عندنا توضع الجزية على كل كافر ليس بمرتد ولا وثنى عربى وبه قال احمد فى رواية لان عمر ضرب الجزية على اهل سواد العراق بمحضر من الصحابة ولم يسأل عن اديانهم ولانه يجوز استرقاقهم اجماعا فكذا وضع الجزية عليهم بكل منهما يلحقه الصغار والذل وقال احمد لا يؤخذ الا من اليهود والنصارى ومن وافقهم فى اهل دينهم وآمن بكتابهم كالسامرة لليهود والافرنج للنصارى وقال الشافعى لا تؤخذ الا من اليهود والنصارى والمجوس وفى اصحاب صحف ابراهيم وشيث وادريس وزبر دواد ومن تمسك بدين آدم وفى السامرة والصابئين وجهان فى مذهبه احدهما تؤخذ وثانيهما لا تؤخذ وقال مالك تؤخذ من جميع الكفار الا من مشركى قريش والدليل على اخذها من اهل الكتاب قوله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وعلى اخذها من المجوس ما رواه محمد بن الحسن فى الموطأ وابن ابى شيبة فى مصنفه عن مالك عن الزهرى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذها من مجوس البحرين وان عمر اخذها من مجوس فارس وان عثمان اخذها من مجوس البربر وما رواه البزار فى مسنده والدار قطنى فى غرائب مالك من حديث ابى على الحنفى حدثنا مالك بن انس عن جعفر بن محمد عن ابيه ان عمر بن الخطاب ذكر المجوس فقال لا ادرى كيف اصنع فى امرهم فقال عبد الرحمن بن عوف اشهد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم سنة اهل الكتاب وفى البخارى ولم يكن عمر اخذ الجزية حتى شهد عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذها من مجوس هجر وكذا رواه احمد وجماعة وعن المغيرة بن شعبة انه قال لعامل كسرى امرنا نبينا صلى الله عليه وسلم ان نقاتلكم حتى تعبدوا الله وحده او تؤدوا الجزية رواه احمد والبخارى وكانوا

عبدة الاوثان (لا) اى لا يوضع الجزية (على وثنى عربى فان ظهر عليه)

(لا) توضع الجزية (على وثنى عربى) لان كفره اغلظ مانع عن لزومهم الجزية فان النبى عليه الصلوة والسلام كان منهم نسبا والقران نزل بلغتهم فكانوا احق الناس باتباع النبى عليه الصلوة والسلام واعرف بمعانى القران واعلم ببلاغة اعجازه فكانت الحجة عليهم الزم (فان ظهرنا عليه) اى على الوثنى العربى

بصيغة المجهول اى على الوثنى العربى (فطفله وعرسه) اى زوجته (فىء) لان النبى صلى الله عليه وسلم سبى ذرارى اوطاس وهوازن ونساءهم وقسمها بين الغانمين (ولا) توضع ايضا على (مرتد) سواء كان من العرب او العجم فان ظهر عليه فطفله ونساؤه فىء لان ابا بكر سبى نساء بنى حنيفة وذراريهم لما ارتدوا وقسمهم فوقع فى سهم على الحنفية فاولدها ابنه محمد بن الحنيفة ثم كفر المرتد اغلظ من كفر مشركى العرب ولذا كان ذرارى المرتدين ونساؤهم يجبرون على الاسلام بخلاف ذرارى عبدة الاوثان من العرب ونسائهم (فلا يقبل منهما) اى من الوثنى العربى ومن المرتد (الا الاسلام او السيف) زيادة فى العقوبة عليهما لان كفرهما اغلظ من كفر غيرهما اما المشرك العربى فلان النبى صلى الله عليه وسلم نشأ بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزات اظهر فى حقهم واما المرتد فلانه كفر بعد ما هدى الى الاسلام ووقف على محاسنه من الاحكام وقال مالك والشافعى واحمد يجوز استرقاق وثنى العرب لان استرقاقه اتلاف له حكما فيجوز كاتلافه حقيقة ولنا قوله تعالى فى حق عبدة الاوثان من العرب (تقاتلونهم او يسلمون) ولا توضع ايضا على زنديق بل ان جاء قبل ان يؤخذ واقرانه زنديق وتاب تقبل توبته وان اخذ ثم تاب يقتل ولا يقبل منه الجزية لانه يعتقد فى الباطن خلاف الظاهر (ولا) توضع (على راهب لا يخالط الناس) وذكر محمد عن ابى حنيفة رحمه الله انها توضع عليه وهو قول ابى يوسف وقول للشافعى واحمد لانه ضيع القدرة على العمل فصار كمن عطل الارض الخراجية عن الزراعة ووجه ما فى الكتاب انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية فى حقهم لاسقاط القتل (ولا) توضع (على صبى و) لا (امرأة و) لا (مملوك و) لا (اعمى و) لا (زمن) ولو كانوا غنيين لانها بدل عن القتل او القتال ومن عدا المملوك لا يقتل ولا يقاتل لعدم الاهلية ويدخل فى المملوك القن والمكاتب والمدبر وانما لا توضع عليه لانها بدل عن القتل فى حقه او عن النصرة فى حقنا بالقتال وعلى الاعتبار الاول يجب وضع الجزية لان الاصل يتحقق فى حق المماليك لان المملوك الحربى يقتل فيتحقق البدل ايضا وعلى اعتبار الثانى لا يجب لان العبد لا يقدر على النصرة فلا يجب عليه البدل (و) لا يوضع على (فقير لا يكتسب) اى لا يقدر على الكسب كالمريض فى السنة كلها

(فطفله وعرسه فىء) يقسم بين الغانمين (ولا على مرتد) لانه نال شرف الاسلام ووقف على محاسنه فيكون كفره ايضا اغلظ (فلا يقبل منهما) اى من وثنى عربى ومرتد (الا الاسلام وانقياد السيف) زيادة فى العقوبة وعند الشافعى رح تسترق عبدة الاوثان من العرب (ولا) يوضع (على راهب لا يخالط الناس) لانه لا يجوز قتله اذا لم يخالط الناس والجزية فى حقه بدل عن القتل وذكر محمد رح عن ابيحنيفة رح انه يوضع عليه ان كان يقدر على العمل وهو قول ابى يوسف(و)لاعلى(صبى وامرأة ومملوك واعمى وزمن) لانه لا يقتل هؤلاء والجزية بدل عن القتل (ولا على الفقير الذى لا يكسب) خلافا للشافعى رح

او فى اكثرها اقامة للاكثر مقام الكل او فى نصفها ترجيحا لجانب الاسقاط فى العقوبة بخلاف القادر على الكسب التارك له فانها تؤخذ منه كمن قدر على الزراعة ولم يزرع حيث يؤخذ منه الخراج (وتسقط) الجزية (بالموت والاسلام) سواء كان فى اثناء السنة او بعد تمامها قبل الاخذ وقال الشافعى لا تسقط بعد تمامها وله فيما اذا اسلم او مات فى اثنائها قولان احدهما انه تؤخذ جزية ما مضى والآخر تسقط وهذا الخلاف يأتى فيمن عمى اوصار مقعدا او زمنا او شيخا كبيرا لا يستطيع العمل او فقيرا لا يقدر على شىء وقد بقى عليه شىء من الجزية فانه يسقط عنه عندنا وعند الشافعى لا تسقط لان الجزية وجبت عن العصمة الثابتة بعقد الذمة او عن سكنى فى دارنا وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما لا تسقط به الاجرة ولنا ما روى ابو داود فى الخراج والترمذى فى الزكوة من حديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس على المسلم جزية قال ابو داود وسئل سفيان الثورى عن هذا فقال يعنى اذا اسلم فلا جزية عليه (وتتداخل) اى الجزية (بالتكرر) يعنى اذا اجتمع على الذمى اكثر من حول لا تؤخذ منه الا عن حول واحد وهذا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد تؤخذ عن الجميع وهو قول الشافعى واحمد (ولا تحدث بيعة) وهى معبد النصارى (و) لا (كنيسة) وهى معبد اليهود ولا صومعة وهى معبد الرهبان ولا بيت نار وهو معبد المجوس (فى دارنا) اى فى الامصار قيل ولا فى القرى وهذا الخلاف فى غير ارض العرب واما فيها فيمنعون من ذلك فى الامصار والقرى قولا واحدا ويمنع المشركون ايضا من السكنى فيها (ولهم اعادة المنهدم) لان الابنية لا تبقى دائما ولجريان التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا بترك البيع والكنايس فى امصار المسلمين ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة بطريق الدلالة الا انهم لا يمكنون من نقلها ولا زيادة فى محلها لانه احداث فى الحقيقة روى البيهقى فى سننه عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا خصاء فى الاسلام ولا بنيان كنيسة الا انه ضعفه وروى ابو عبيد القاسم بن سلام بسنده الى نوبة بن النمر الحضرمى قاضى مصر عمن اخبره عن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا خصاء فى الاسلام ولا كنيسة وروى ايضا بسند فيه ابن لهيعة الى عمر بن

(وتسقط) الجزية (بالموت والاسلام) اى ان مات الكافر او اسلم بعد مضى السنة قبل ان يؤخذ منه الجزية سقط عنه ولا تستوفى من التركة وعند الشافعى رح ان اسلم بعد كمال السنة لم تسقط عنه وان اسلم قبل كمال السنة فله وجهان وان مات كافرا استوفى من التركة (وتتداخل) الجزية (بالتكرار) اى اذا مرت على ذمى سنون ولم يأخذ منه الجزية لم تجب عليه الا جزية واحدة باعتبار السنة التى هو فيها وقال ابو يوسف ومحمد وذفر رحمهم الله تجب الجزيات كلها (ولا) يجوز ان (تحدث بيعة ولا كنيسة فى دارنا) يقال كنيسة اليهود والنصارى لمعبدهم وكذلك البيعة مطلقا فى الاصل وان غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى (ولهم) اى للذميين (اعادة المنهدم) من البيعة والكنيسة الا اذا اراد وا ان يبنوا اوسع من الاول فح يمنعون من الزيادة

الخطاب انه قال لا كنيسة فى الاسلام ولاخصاء وروى مالك فى الموطأ عن ابن شهاب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب قال مالك عن ابن شهاب ففحص عن ذلك عمر بن الخطاب حتى اتاه اليقين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب فاجلى يهود خيبر واجلى يهود نجران وفدك وجزيرة العرب هى ارض العرب وقد سبق تفسيرها فى الزكوة وسميت جزيرة لانها جزرت عنها المياه التى حواليها كبحرى البصرة وعمان وعدن والفرات والجزر القطع (وميز الذمى) من المسلم (فى زيه) اى لبسه فلا يلبس طيلسانا مثل طيلسان المسلمين ولا رداء مثل اردیتهم (و) فى (مركبه وسرجه وسلاحه) اظهار اللصغار عليهم وصيانة لمن ضعف يقينه من المسلمين عن الميل الى دينهم كما يشير اليه قوله تعالى (ولو لا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ومعارج عليها يظهرون) الآية ولان المسلم يكرم والذمى يهان حتى يضيق عليه الطريق ولايبدأ بالسلام ولايجاب الا بعليك ولانه لو لم يميز لعله يعامل معاملة المسلمين وذا لا يجوز (فلا يركب) الذمى (خيلا ولا يعمل) اى لا يحمل (بسلاح) لانه ليس من اهل الجهاد وهذا فى الحضر وجوز له فى السفر لاحتمال الاحتياج اليه (ويظهر الكستيج) بضم الكاف وسكون السين المهملة وكسر التاء الفوقية فياء ساكنة فجيم وهو خيط غليظ يشده الذمى فوق ثيابه ولا يظهر الزنار المتخذ من الابريسم (ويركب) عند الضرورة (على سرج كاكاف) وذكر النمرتاشى انه يكتفى فى كل بلد من العلامة بما تعارفه اهله لان المقصود يحصل به (وميزت نساؤهم) عن نساء المسلمين (فى الطرق والحمام ويعلم على دورهم) بعلامة (لئلا يستغفر لهم السائل) اذا وقف عليها ويمنعون من تعلية ابنيتهم علينا ولا ينقض عهدهم بقتل مسلم بل يقاد ان كان عمدا وتجب الدية ان كان خطا ولا بوطى مسلمة بل يحد ولا بسب نبى من الانبياء فلا يغنم ما له بل يجرى عليه الحكم مثل ما يجرى على مسلم صدر منه مثله وصار كالاباء عن اداء الجزية على المذهب لان ما ينتهى به القتال التزام الجزية وقبولها لادائها فالالتزام باق فيسقط القتال وينتقض على رواية واقعات الحسامى اعتبارا للانتهاء بالابتداء بل ينتقض باللحاق بدار الحرب او بالغلبة على موضع من دارنا للحرب لانهم لما

(ويميز الذمى) عن المسلمين (فى زيه ومركبه وسرجه وسلاحه) وقلنسوته (فلا يركب خيلا ولا يعمل بسلاح) لاظهار الصغار على الذمى واصله ان الله تعالى وصف الذمى بالصغار حيث قال الله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يدوهم صاغرون والصغار الذل المتناهى فلابد من اظهار اثار الذل عليه (ويظهر الكستيج) هو خيط غليظ بقدر الاصبع من الصوف يشده الذمى على وسطه وهو غير الزنار من الابريسم لان اهانة الذمى بنفس الامانة مقصودة ولا اهانة فى الزنار من الابريسم لان الذمى يتحمل به ويركب على السرج كاكاف فى الهيئة (وميزت نساؤهم) عن نسائنا (فى الطريق حالة المشى وفى الحمام ويعلم على دورهم) علامة ليميز بها عن دور المسلمين (لئلا) يقف عليها سائل (يستغفر لهم) ويكون ذلك ذلا للمسلمين وقال مشائخنا الاحق ان لا يتركوا ان يركبوا الا عند الضرورة كالخروج الى الرستاق ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم والشرف والزهد كالرداء والعمامة وتكون مكاعبهم على خلاف مكاعبنا خشنة فاسدة اللون غير مزينة تحقيرا لهم وتعظيما للدين واهله

صاروا

صاروا حربا علينا خلا عقد الذمة عن فائدة دفع شر الحرب فلا يبقى واذا انتقض عهده صار كالمرتد فى الحكم الا انه اذا اسر يجوز ان يسترق وان يوضع عليه الجزية ثانيا بخلاف المرتد (ومصرف الجزية والخراج) مبتدأ مضاف (وما اخذ منه) اى من الحربى (بلا حرب) كهدية وما اخذ منه العاشر او من الذمى اذا مر عليه وما صولح عليه على ترك القتال قبل نزول العسكر لساحته (مصالحنا) خبر المبتدأ (كسد ثغور) بالخيل والرجال والثغر موضع المخافة من فروج البلدان (وبناء جسر) وهو ما يرفع ويوضع وقنطرة وهى ما يحكم بناؤه فلا يرفع (ورزق العلماء) اى المشغولين بعلم الشريعة وطلبتهم (والعمال) اى الذين يقبضون الزكوة والعشورات والجزية والخراجات (والمقاتلة وذريتهم) اى ذرية العلماء والعمال والمقاتلة لانه مال وصل الى المسلمين بلا قتال فيصرف فى مصالحهم وهؤلاء حبسوا انفسهم لنفع المسلمين فكان الصرف اليهم صرفا فى مصالح المسلمين ونفقة الذرارى على الآباء فيعطون كفايتهم كيلا يشتغلوا عن مصالح المسلمين ولا يورث عطاء من مات منهم فى نصف السنة لانه صدقة وهى لا تملك الا بالقبض وان مات فى آخرها يستحب دفعه لورثته اقامة لتمام السنة مقام قبضه اياه وعلى هذا قيل ان الامام والمؤذن والمدرس اذا مات قبل ان يقبض معلومه ليس لورثته ان يأخذوا ذلك واعلم ان بيت المال انواع اربعة احدها هذا الذى ذكر وثانيها الزكوة والعشر ومصرفها ما ذكر الله تعالى فى قوله تعالى (انما الصدقات للفقراء) الآية وثالثها خمس الغنايم والمعادن والركاز ومصرفها ما ذكره الله تعالى فى قوله تعالى (فان لله خمسه) الآية ورابعها اللقطات والتركات التى لا وارث لها وديات مقتول لاولى له ومصرفها الفقراء الذين لا اولياء لهم يعطون منه نفقتهم وادويتهم ويكفن به موتاهم ويعقل به جنايتهم وعلى الامام ان يتقى الله ويصرفه الى كل مستحق قدر حاجته من غير زيادة ولا نقصان فان قصر فى ذلك نصيبا فكفى بالله حسيبا (ومن ارتد) عن الاسلام (والعياذ بالله) من ذلك المقام (عرض عليه الاسلام) على سبيل الندب رجاء ان يعود دون الوجوب لان الدعوة قد بلغته وهو قول مالك والشافعى واحمد (وكشفت شبهته) ان كانت له شبهة لان فى ذلك دفع شره باحسن الامرين (فان استمهل) اى طلب ان يمهل (حبس ثلثة ايام)

(ومصرف الجزية وما اخذ منهم) اى من اهل الحرب (بلا قتال) وضرب مثل الا راضى التى اجلوا عنها اهلها وما اهدى اهل الحرب الى الامام (مصالحنا) خبر لقوله مصرف الجزية (كسد ثغر) هو موضع المخافة من العدو (وبناء جسر) هو ما يوضع ويرفع (وقنطرة) هو ما لا يرفع ورزق العلماء) وكفاية القضاة (والعمال والمقاتلة وذريتهم) لان هذا مال بيت المال وصل الى المسلمين بغير قتال وهو معد لمصالح المسلمين ﴿فصل﴾ فى بيان احكام (المرتد ومن ارتد) عن الاسلام لرجاء العود اليه قالوا العرض غير واجب لانه كافر بلغته الدعوة فهو فى مثله مستحب (و) ان كانت له شبهة (كشفت شبهته) لان الظاهر انه اعتراه شبهة فارتد لاجلها فعلينا ازالتها (فان استمهل يمهله) الامام (وحبسه ثلثة ايام) ولا يزيد على هذا لانه لا يرتد الا بشبهة ظاهرا فيجب الامهال عند الاستمهال واذا لم يطلب التأجيل يقتله فى ساعة فى ظاهر الرواية وفى النوادر عن ابى حنيفة وابى يوسف انه يستحب للامام ان يؤجله ثلثة ايام طلب ذلك اولم يطلب وقال الشافعى رح يجب على الامام ان يؤجله ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك

للمهلة لانها مدة ضربت لا بلاء الاعذار كما فى شرط الخيار (فان تاب فيها) قبل (والا قتل) من ساعته فى ظاهر الرواية لقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه رواه احمد والبخارى ولانه حربى بلغته الدعوة فيقتل فى الحال من غير الا مهال كالكافر الاصلى يجوز تأخير ما وجب للحال لامر موهوم فى الاستقبال وفى النوادر عن ابى حنيفة وابى يوسف انه يستحب ان يؤجل ثلثة ايام طلب ذلك اولم يطلب وفى اصح قولى الشافعى ان تاب فى الحال والاقتل من غير الامهال وهو اختيار ابن المنذر وقال الثورى يستتاب مارجى عوده وقال الثورى يدعى ثلاثا فان ابى قتل وفى المبسوط ان ارتد ثانيا وثالثا فكذلك يستتاب وبه قال اكثر اهل العلم لاطلاق قوله تعالى (فان تابوا واقاموا الصلوة وآتوا الزكوة فخلوا سبيلهم) وقال مالك واحمد والليث لايستتاب من تكرر منه ذلك كالزنديق لقوله تعالى (الذين آمنوا ثم كفروا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا لم يكن الله ليغفر لهم ولنا مافى الزنديق روايتان فى رواية لاتقبل توبته كقول مالك وفى رواية تقبل كقول الشافعى والخلاف فى حق احكام الدنيا واما فيما بينه وبين الله تعالى فيقبل بلا خلاف لقوله تعالى فى حق المنافقين (الا الذين تابوا واصلحوا) الى قوله تعالى (فاولئك مع المؤمنين) والآية التى استدلوا بها انما هو فى حق من ازداد كفرا لافى حق من آمن واظهر التوبة وعن ابى يوسف انه اذا تكرر منه الارتداد يقتل من غير عرض الاسلام لانه مستخف بالدين (وهى) اى توبة المرتد (بالتبرى عن كل دين سوى الاسلام اوعما انتقل اليه) لحصول المقصود به وهذا بعد اتيانه بكلمة الشهادة كما فى الايضاح (وقتله) مبتدأ اى قتل المرتد (قبل العرض) اى عرض الاسلام عليه (ترك ندب بلا ضمان) لان العرض مندوب اليه ومن يقول بانه واجب فعنده ان قتله قبل العرض حرام لانه ترك واجب واما انتفاء الضمان عند الكل فلان الكفر مبيح لقتله والعرض ندب او واجب رجاء رجوعه (ويزول ملكه) اى ملك المرتد (عن ماله) زوالا (موقوفا) على تبين حاله وبه قال مالك والشافعى فى اصح قوليه واحمد فى رواية وقال ابو يوسف ومحمد لا يزول وبه قال الشافعى فى قول واختاره المزنى وهو ظاهر الرواية عن احمد قال ابن المنذر وهو قول اكثر اهل العلم لان اثر الردة فى اباحة دمه لا فى زوال ملكه كالمقضى عليه

(فان تاب فيها) اى بالخصلة الحسنة اخذ (والا) اى وان لم يتب (قتل وهى) اى التوبة (بالتبرىء عن كل دين سوى الاسلام) بعد الاتيان بكلمتى الشهادة (او) بالتبرىء (عما انتقل اليه) لحصول المقصود (وقتله قبل عرض الاسلام عليه ترك ندب) كما ذكرنا (بلا ضمان) على القاتل لانه مستحق القتل بالارتداد (ويزول ملكه) اى ملك المرتد (عن ماله) بسبب ردته زوالا (موقوفا) الى ان تبين حاله

(فان اسلم عاد) ملكه على حاله هذا عند ابيحنيفة رح وعندهما لا يزول ملكه بل يبقى ملكه الى ان يقتل او استقر كفره (وان مات اوقتل) على ردته (لحق بدار الحرب وحكم به) اى بلحاقه بدار الحرب استقر كفره و (عتق مدبره وام ولده وحل دين عليه) وقال الشافعى رح يبقى ملكه موقوفا بعد لحاقه كما كان قبل لحاقه بالرجم والقود ولابى حنيفة ان المرتد قد زالت عصمة نفسه بالردة لانه يصير حربيا حتى يقتل فكذا عصمة امواله لانها تابعة لنفسه غير انه لما كان مدعوا الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه لوقوفه على محاسنه توقفنا فى امره (فان اسلم عاد) ملكه وجعل هذا العارض وهو الارتداد كان لم يكن فى حق زوال الملك وانما قيدنا بهذا لان العارض معتبر فى احباط العمل من الطاعات وفى حق وقوع الفرقة بينه وبين زوجته وفى حق فرضية تجديد الايمان (واذا مات او قتل) على ردته (اولحق بدارهم وحكم به) اى بلحوقه بدارهم (عتق مدبره وام ولده) لانه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات فى حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام عنهم كما انقطعت من الموتى فصار كالميت وهو يعتق مدبره وام ولده الا انه لا يستقر لحاقه الا بحكم حاكم حى لاحتمال عوده الينا (وحل دين عليه) لان الدين المؤجل يصير حالا بموت المديون واللحوق بدارهم اذا حكم به فى حكم الموت (وكسب اسلامه لوارثه المسلم وكسب ردته فىء) وقال ابو يوسف ومحمد كلاهما لورثته المسلمين (وقضى دين كل حال) من الاسلام والردة (من كسب تلك الحال) فيقضى دين حال الاسلام من كسب الاسلام ودين حال الردة من كسب الردة وعند ابى يوسف ومحمد تقضى ديونه منهما (وبطل نكاحه وذبحه) اتفاقا وكذا ارثه لان هذه الامور تعتمد الملة ولا ملة للمرتد (وصح طلاقه واستيلاده) اتفاقا فان قيل بالارتداد تقع الفرقة فكيف يتصور منه الطلاق اجيب بان الفسخ الذى يقع بالردة تعتد المرأة له فاذا طلقها وهى فى العدة وقع الطلاق وكذا لوارتدا معا فطلقها فاسلما معا لا ينفسخ النكاح ويقع الطلاق (ويوقف بيعه ومعاملته) من شراء واجارة ورهن وهبة وعتق وتدبير وكتابة ووصية (ان اسلم نفذ وان مات او قتل او لحق وحكم به بطل) وقال ابو يوسف ومحمد لا يوقف بل ينفذ تصرفه سواء اسلم او مات اولحق وهو قول مالك والشافعى (فان جاء) المرتد (مسلما قبل حكم) (وكسب) حال (اسلامه لوارثه المسلم) واختلفت الروايات عن ابى حنيفة فيمن يرث المرتد وروى الحسن عن ابيحنيفة رح ان من كان وارثا له قبل وقت ردته وبقى الى موته يرثه ومن حدث بعد ذلك لا يرثه حتى لو اسلم بعض ورثته بعد ردته لا يرثه على هذه الرواية وروى ابو يوسف رح عن ابى حنيفة رح انه يعتبر وجود الوارث الى وقت الردة ثم لا يبطل استحقاقه بموته قبل المرتد وروى محمد عن ابى حنيفة رحمه الله انه يعتبر وجود من يكون وارثا له حين مات او قتل سواء كان موجودا عند الردة او حدث بعدها (وكسب) حال (ردته فىء) هذا عند ابى حنيفة وقالا رح كلاهما لوارثه المسلم وقال الشافعى رح كلاهما فىء (وقضى دين كل حال) من الاسلام والردة (من كسب تلك الحال) اى دين حال الاسلام يقضى من كسب حال الاسلام ودين حال الردة يقضى من كسب حال الردة وعن ابيحنيفة رح انه يبدأ بكسب الاسلام فان لم يف به يقضى من كسب الردة وقالا تقضى ديونه من كسبيه (وبطل نكاحه وذبحه) لان حلهما يعتمد الملة ولا ملة له (وصح طلاقه) لان النكاح قد انفسخ بالردة فتكون المرأة معتدة فان طلقها يقع (واستيلاده) يعنى ان امة المرتد اذا ولدت فادعى نسبه يثبت نسب هذا الولد منه وكانت الامة ام ولده (ويوقف بيعه وشراؤه وباقى معاملاته) كهبته واجارته وتدبيره وكتابته ووصيته ومفاوضته والحاصل ان تصرفات المرتد انواع نافذ اتفاقا كقبول الهبة والاستيلاد وللطلاق وباطل اتفاقا كالنكاح والذبح وموقوف اتفاقا كولايته على اولاده الصغار والمفاوضة ومختلف فى توقفه كالبيع والشراء والاجارة والعتق والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون فعند ابى حنيفة رح يتوقف هذا النوع من التصرفات (ان اسلم نفذ وان مات اوقتل او لحق) بدار الحرب (وحكم به بطل) وعندهما ينفذ هذه التصرفات الان عند ابى يوسف رح نافذ كما تنفذ من الصحيح حتى يعتبر تبرعاته من كل المال وعند محمد رح تنفذ كما تنفذ من المريض حتى يعتبر تبرعاته من الثلث (فان لحق) المرتد بدار الحرب (وجاء) الى دار الاسلام (مسلما قبل الحكم بلحا

بلحاقه الى دار الاسلام (فكانه لم يرتد) وام ولده ومدبره باقيان على ملكه (وان جاء بعده) اى بعد الحكم بلحاقه (وما له) بعينه (مع ورثته اخذه) لان وارثه انما خلفه لاستغنائه عنه فاذا عاد ظهرت حاجته وبطل حكم الخلف لكن انما يعود الى ملكه بقضاء او رضاء قال الحلوانى ولو كان هذا بعد موته حقيقة بان احياه الله تعالى واعاده الى الدنيا لكان الحكم كذلك الا انه خلاف العادة قيد بماله لانه لا سبيل له على امهات اولاده ولا مدبريه لان القاضى قضى بعتقهن عن ولاية شرعية فلا ينقض وقيدنا ماله بعينه لانه لا يأخذ ثمنه اذا باعه الوارث ولا قيمته لانه باعه واتلفه فى وقت كان فيه سبيل من ذلك (ولا تقتل مرتدة) لكن لو قتلها انسان لا شئ عليه سواء كانت حرة او امة كذا فى المبسوط (وتحبس حتى تسلم) او تموت وقال مالك والشافعى واحمد والليث والزهرى والاوزاعى ومكحول وحماد تقتل لما روى البخارى وابن ابى شيبة من حديث ابن عباس واللفظ لابن ابى شيبة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من بدل دينه فاقتلوه وكلمة من تعم الرجال والنساء كقوله تعالى (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) ولنا ما روى الطبرانى فى معجمه عن معاذ بن جبل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين بعثه الى اليمن ايما رجل ارتد عن الاسلام فادعه فان تاب فاقبل منه وان لم يتب فاضرب عنقه بالسيف وايما امرأة ارتدت عن الاسلام فادعها فان تابت فاقبل منها وان ابت فاستتبها وروى ابن عدى فى كامله بسنده الى ابى هريرة ان امرأة ارتدت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتلها ولكن ضعف من رواية حفص بن سليمان وروى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن عبد الرحمن ابن سليمان ووكيع عن ابى حنيفة عن عاصم عن ابى رزين عن ابن عباس انه قال النساء لا يقتلن اذا هن ارتددن عن الاسلام ولكن يحبسن ويدعين الى الاسلام ويجبرن عليه ورواه محمد بن الحسن فى الآثار عن ابى حنيفة ورواه عبد الرزاق فى مصنفه فى آخر القصاص عن سفيان الثورى عن عاصم عن ابى رزين به واخرج الدار قطنى عن على انه قال المرتدة تستتاب ولا تقتل وفى نسخة يستتاب بها واخرج عبد الرزاق نحوه عن عطاء والحسن وابراهيم النخعى وروى عبد الرزاق عن الثورى عن يحى بن سعيد ان عمر بن الخطاب امر فى ام ولد تنصرت

(فكانه لم يرتد) حتى لا يعتق مدبره وام ولده ويضمن وارثه ما اتلف من ماله (وان جاء مسلما بعده) اى بعد الحكم بلحاقه (وماله) موجود بعينه (مع ورثته اخذه) اى ماله واما المال الذى ازاله الوارث عن ملكه او اتلفه فلم يضمنه (ولا تقتل المرتدة) حرة كانت او امة لان النبى عليه الصلوة والسلام نهى عن قتل النساء وقال الشافعى رح تقتل ان لم تسلم ولكن تجبر على الاسلام (وتحبس حتى تسلم) وروى الحسن رح عن ابى حنيفة رح انها تخرج فى كل يوم مرة وتضرب تسعة وثلاثين سوطا (حتى تموت) او تسلم

ان تباع فى ارض ذات مؤنة عليها ولا تباع فى اهل دينها فبيعت بدومة الجندل من غير اهل دينها (وصح تصرفها) فى مالها (وكسباها) اى كسب الاسلام وكسب الردة وفى بعض النسخ وكسبها اى سواء كان فى الاسلام او الردة (لورثتها) لان ملكها باق ولا حرابة منها حتى يكون مالها فيئا بخلاف المرتد وليس الكل فيئا كما قال مالك والشافعى لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ولا يرثها زوجها لان الزوجية قد انقطعت بالارتداد وهى لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها الا ان تكون مريضة فيرثها لانها تصير فارة بالارتداد وعن الحسن ان المرتدة تضرب كل يوم تسعة وثلاثين حتى تسلم اوتموت وكذا الامة وفى الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت اوامة وتخدم الامة مولاها لما فيه من الجمع بين الحقين بان يجعل منزل المولى سجنا لها ويفرض التأديب اليه وفى الايضاح وقال ابو حنيفة اذا احتاج المولى الى خدمتها دفعها القاضى اليه وامره ان يجبرها على الاسلام وارسل اليها القاضى كل يوم يهددها ويضربها اسواطا حتى تموت او تسلم والصحيح ان يدفعها الى المولى احتاج او استغنى طلب اولم يطلب لان الحبس تصرف فيها وهو الى المولى (وصح ارتداد صبى يعقل واسلامه ويجبر) الصبى المرتد (عليه) اى على الاسلام (ولا قتل ان ابى) وان بلغ كافرا ولكن يحبس ذكره التمرتاشى وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وقال مالك واحمد يقتل اذا بلغ ولم يرجع لانه صار اهلا للعقوبة وقال ابو يوسف ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وهو قول لاحمد وسحنون المالكى لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاث عن الصبى حتى يحتلم ومن كان مرفوع القلم لا يبنى الحكم فى الدنيا على قوله اما الاسلام فيصح منه لانه مع الصبى اهل للرسالة قال الله تعالى (وآتيناه الحكم صبيا) فعلم ضرورة انه اهل للاسلام ولانه سبب الفوز بالسعادة الابدية فيكون محض منفعة فى الامور الدنيوية والاخروية بخلاف الارتداد فانه محض مضرة وفى المحيط روى ابن ابى مالك عن ابى يوسف ان ابا حنيفة رجع الى قول ابى يوسف وقال الشافعى وزفر اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد واما الاسلام فلانه تبع فيه لابويه فلا يجعل اصلا لان التبعية دليل العجز والاصالة دليل القدرة وبينهما تناف واما الارتداد فلانه مضرة لانه سبب لحرمان ارثه وللفرق بينه وبين امرأته المشركة

(وصح تصرفها) اى تصرف المرأة المرتدة فى مالها من البيع والشراء والهبة وغير ذلك (وكسباها) اى كسب الاسلام وكسب الردة (لورثتها) لانه لا حرب منها فلم يوجد سبب الفىء (وصح ارتداد صبى يعقل) ويقيم الحجج الواضحة على وحدانية الله تعالى ونبوة محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا عند ابى حنيفة رح ومحمد حتى يبطل نكاحه ويحرم عن الميراث (وصح اسلامه) فى احكام الدنيا والاخرة حتى لا يرث من الصبى ابواه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف رح ارتداده ليس بارتداد واسلام اسلامه وقال زفر رح والشافعى رح اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد ولنا ان عليا رض اسلم وهو صبى وصحح النبى عليه السلام اسلامه وكان عليا رض يفتخر به حتى كان يقول

شعر

سبقتكم على الاسلام طرا *
غلاما ما بلغت اوان حلمى *

وقيل اول من اسلم من الرجال ابو بكر رض ومن النساء خديجة رض ومن الصبيان على رض (ويجبر) الصبى العاقل (عليه) اى على الاسلام (و) لكن (لا يقتل) الصبى (ان ابى) عن الاسلام وان بلغ كافرا

والمسلمة ولامتناع وجوب نفقته على ابويه او غيرهما من اقاربه والصبى
ليس باهل للمضار كالطلاق والعتاق ولابى حنيفة ومحمد فى الاسلام انه اتى
بحقيقته وهو التصديق بالجنان والاقرار باللسان وفى الردة اتى بحقيقة
الكفر وهو الجحود والانكار وقد اعتبر النبى صلى الله عليه وسلم اسلام
الصبى فيصح منه روى البخارى فى تاريخه عن عروة قال اسلم على وهو
ابن ثمان سنين واخرج الحاكم فى مستدركه وقال صحيح على شرط
الشيخين ولم يخرجاه عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
دفع الراية الى على يوم بدر وهو ابن عشرين سنة قال الذهبى فى مختصره
وهذا نص فى انه اسلم وله اقل من عشر سنين بل نص فى انه اسلم وهو
ابن سبع سنين وهو قول عروة انتهى وقد افتخر على به فى شعره *
سبقتكمو الى الاسلام طرا، غلاما ما بلغت او ان حلمى * وروى البخارى
فى صحيحه قال كان غلام يهودى يخدم النبى صلى الله عليه وسلم فمرض
فاتاه صلى الله عليه وسلم يعوده فقعد عند رأسه فقال له اسلم فنظر الى
ابيه وهو عنده فقال اطع ابا القاسم فاسلم فخرج النبى صلى الله تعالى
عليه وسلم وهو يقول الحمد لله الذى انقذه من النار وعرض عليه
السلام الاسلام على ابن صياد وهو غلام لم يبلغ ولو لا انه يعتبر منه لم
يعرض عليه واما الصبى الذى لا يعقل فلا يصح ارتداده ولا اسلامه كالمجنون
لان اقراره لا يدل على اعتقاده فلا يعتبر ولو ارتد السكران الذى لا
يعقل لا يصح ارتداده وبه قال مالك واحمد فى رواية والشافعى فى قول
لانه غير عالم بما يقول والردة تبتنى على تبدل الاعتقاد هذا ويحكم
باسلام الوثنى وشبهه بتلفظه باحدى كلمتى الشهادة ولو سكران اومكرها
لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله
الا الله ويحكم باسلام الكتابى بتلفظه بكلتى كلمتى الشهادة مع التبرى عن
دينه الذى كان عليه ومع دخوله فى دين الاسلام لان من اهل الكتاب من
يعتقد نبوة محمد صلى الله عليه وسلم ويدعى انه صلى الله عليه وسلم رسول
للعرب خاصة فلا بد من تبريه من دينه ودخوله فى دين الاسلام ويكفر
من وصف الله تعالى بما لا يليق به تعالى وتقدس وسخر باسم من اسمائه
او استخف به او بامر من اوامره ونواهيه او انكر وعده بالثواب للصالحين او وعيده من
العذاب للطالحين او عاب النبى صلى الله عليه وسلم ولو بشعرة من شعراته لانه استخفاف

بمن عظمه الله من كل وجه او انكر خلافة الشيخين لثبوتهما بالاجماع او صحبة ابى بكر لثبوتها بالنص حيث قال تعالى (اذ يقول لصاحبه) وعليه اتفاق المفسرين او رمى عائشة بما برأها الله منه من قول اهل الافك لانه انكار لما ثبت فى كتاب الله وفى المحيط معزيا الى الفتاوى الساحر ان اعتقد انه خالق لما يفعل فان تاب عن ذلك وقال الله خالق كل شئ وتبرأ مما اعتقد تقبل توبته ولا يقتل لانه كافر اسلم وان لم يتب قتل لانه مرتد وقال ابو حنيفة فى المجرد يقتل ولا يقبل قوله انى اترك السحر واتوب منه اذا شهد الشهود انه الآن ساحر او اقر بذلك وكذا المرأة الساحرة تقتل وفى المنتقى انها لا تقتل ولكن تحبس وتضرب كالمرتدة والاول اصح لما فى البخارى وسنن ابى داود و مسند احمد ان عمر كتب الى نوابه ان اقتلوا الساحر والساحرة ولما رواه الدار قطنى عن جندب مرفوعا حد الساحر ضربه بالسيف ولان ضرر كفرها وهو السحر يتعدى فتكون ساعية فى الارض بالفساد بخلاف المرتدة والحربية وذلك لدفع فسادها الذى يفرق بين المرء وزوجته ولا يقبل توبتها فى الاصح لان ما تقتل لاجله لا يرتفع بالتوبة وقيل يقبل لانه لا يلزم من عدم ارتفاعه العمل به كالسلاح فى يد اللص الناثب ثم تعلم السحر وتعليمه حرام بلا خلاف بين اهل العلم ومن اعتقد اباحته كفر وعن اصحابنا ومالك واحمد يكفر الساحر بتعليمه وتعلمه وفعله سواء اعتقد تحريمه اولا ويقتل واما الكاهن وهو العراف الذى يحدث وقيل الذى له رئ من الجن يأتيه بالاخبار فقال اصحابنا ان اعتقد ان الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر وان لم يعتقد لم يكفر (والبغاة) جمع باغ (قوم مسلمون خرجوا عن طاعة الامام) الحق وهو الذى اجتمع عليه المسلمون او ثبتت امامته من الامام الحق (فيدعوهم) الامام (الى العود) الى طاعته (ويكشف شبهتهم) لما فى مصنف عبد الرزاق وسنن النسائى الكبرى فى خصايص على عن ابن عباس انه قال لما خرجت الحرورية اعتزلوا فى دار وكانوا ستة الآف فقلت لعلى يا امير المؤمنين ابرد بالصلوة لعلى اكلم هؤلاء القوم قال انى اخاف عليك قلت كلا فلبست ثيابى ومضيت حتى دخلت عليهم فى دارهم مجتمعون فيها فقالوا مرحبا بك يا ابن عباس ما جاء بك قلت اتيتكم من عند اصحاب النبى صلى الله تعالى عليه وسلم المهاجرين والانصار ومن عند ابن عم النبى صلى الله تعالى عليه وسلم

فصل فى البغاة

البغاة جمع باغ من البغى وهو الظلم وفى الشرع (قوم مسلمون خرجوا عن طاعة الامام فيدعوهم الامام الى العود) اى الى جماعة المسلمين (ويكشف شبهتهم

وصهره وعليهم نزل القرآن فهم اعلم بتأويله منكم وليس فيكم منهم احد جئت لا بلغكم ما يقولون وابلغهم ما تقولون فانتحى لى نفر منهم اى عرض قلت هات ما نقمتم على اصحاب رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم وابن عمه وختنه واول من آمن به فالوا ثلث قلت ما هى قالوا احديهن انه حكم الرجال فى دين الله وقد قال الله (ان الحكم الا لله) قلت هذه واحدة قالوا واما الثانية فانه قاتل ولم يسب ولم يغنم فان كانوا كفارا لقد حلت لنا نساؤهم واموالهم وان كانوا مؤمنين لقد حرمت علينا دماؤهم قلت هذه اخرى قالوا واما الثالثة فانه محى نفسه من امير المؤمنين فان لم يكن امير المؤمنين فهو امير الكافرين قلت عندكم شئ غير هذا قالوا حسبنا هذا قلت لهم ارأيتم ان قرأت عليكم من كتاب الله وحديثكم من سنة نبيه ما يرد قولكم هذا ترجعون قالوا اللهم نعم قلت اما قولكم حكم الرجال فى دين الله فانا اقرأ عليكم ان قد صير الله حكمه الى الرجال فى ارنب ثمنها ربع درهم قال تعالى (لا تقتلوا الصيد وانتم حرم) الى قوله (يحكم به ذوا عدل منكم) وقال فى المرأة وزوجها (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها) انشدكم الله احكم الرجال فى حقن دمائهم وانفسهم واصلاح ذات بينهم احق ام فى ارنب ثمنها ربع درهم قالوا اللهم بل فى حقن دمائهم واصلاح ذات بينهم قلت اخرجت من هذه قالوا اللهم نعم قلت واما قولكم انه قاتل ولم يسب ولم يغنم اتسبون امكم عائشة فتستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهى امكم لئن فعلتم قد كفرتم وان قلتم ليست بامنا فقد كفرتم قال الله تعالى (النبى اولى بالمؤمنين من انفسهم وازواجه امهاتكم (فانتم بين ضلالتين فأتوا منهما بمخرج اخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم قلت واما قولكم محا نفسه من امير المؤمنين فان رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم دعا قريشا يوم الحديبية على ان يكتب بينه وبينهم كتابا قال اكتب هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله فقالوا والله لو كنا نعلم انك رسول الله ما صددناك عن البيت ولا قاتلناك ولكن اكتب محمد بن عبد الله فقال والله انى لرسول الله وان كذبتمونى يا على اكتب محمد بن عبد الله فرسول الله خير من على وقد محا نفسه ولم يكن محوه ذلك محوا من النبوة اخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم فرجع منهم الفان وبقى سائرهم فقتلوا على ضلالتهم قتلهم المهاجرون والانصار ولان توبتهم ترجى ولعل الشر يندفع بالتذكرة قال تعالى (وذكر فان

الذكرى تنفع المؤمنين) وهذه الدعوة ليس بواجبة لانهم قد علموا لما ذا يقاتلون فصاروا كالمرتدين (فان تحيزوا) اى اختاروا مكانا (مجتمعين) اى وللقتال متهيئين (حل لنا قتالهم ابتداء) كما فى الذخيرة والمبسوط والايضاح وفى مختصر القدورى انه لا يحل ان نبدأهم بالقتال بل ان قاتلوا قاتلناهم حتى نفرق جمعهم وهو قول مالك والشافعى واحمد لانه لايحل قتل مسلم الادفعا وهم مسلمون بخلاف الكفار فان نفس الكفر مبيح لقتالهم ولنا ان خروجهم على الامام معصية ومنكر وقتالنا لهم عليه نهى عنه فنقاتلهم وان لم يبدؤنا ولقوله تعالى (فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى امر الله) من غير قيد بالبداءة منهم ولقول على مرفوعا سيخرج قوم فى آخر الزمان حداث الاسنان سفهاء الاحلام يقولون بقول خير البرية لايجاوز ايمانهم حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية فاينما لقيتموهم فاقتلوهم فان فى قتلهم اجرا لمن قتلهم يوم القيمة رواه احمد والشيخان ولان الحكم يدار على دليله ودليل القتال منهم وهو التحيز والتهيؤ والاجتماع موجود ههنا فلو انتظر حقيقة قتالهم لصار ذريعة الى تقويتهم وفى مصنف ابن ابى شيبة عن على كرم الله وجهه انه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريح ومن القى سلاحه فهو آمن وفى لفظ له عن الضحاك ان عليا لما هزم طلحة واصحابه امر مناديه فنادى ان لا يقتل مقبل ولا مدبر ولا يفتح باب ولا يستحل فرج ولا مال هذا ويجوز قتالهم بكل ما يجوز به قتال اهل الحرب كالرمى بالنبل والمنجنيق وارسال الماء والنار عليهم والبيات بالليل لان قتالهم فرض كقتال اهل الحرب والمرتدين وقال مالك والشافعى واحمد لا يجوز

قتالهم بالمنجنيق وارسال الماء والنار الا اذا لم يندفعوا بدونه (ويجهز على جريحهم) ان يسرع قتله ويتم (ويتبع مواليهم) كيلا يلحق بهم وبه قال مالك وبعض اصحاب الشافعى (ان كان لهم فئة) قيد به لا ندفاع شرهم فيما اذا لم يكن لهم فئة بدون الاجهاز على جريحهم والاتباع لمواليهم وعليه يحمل ما سبق عن على كرم الله وجهه وقال الشافعى لا يجوز الاجهاز ولا الاتباع فى حال وجود الفئة كما لا يجوز فى حال عدمها وبه قال احمد ولنا انهم اذا كانت لهم فئة يرجع الجريح والمولى الى فئتهم

فان تحيزوا مجتمعين) اى فان تحازوا ومالوا الى جماعة من المسلمين ليستعينوا بهم واجتمعوا واتخذ واحيزا اى مكانا (حل لنا قتالهم ابتداء) خلافا للشافعى رح لانه لا يحل قتل المسلم الا دفعا لشره ولنا ان خروجهم على الامام معصية والقيام بقتالهم نهى عن المنكر فيقاتلهم وان لم يبدؤا (ويجهز) يقال اجهز على الجريح اى اتم قتله (على جريحهم) دفعا لشره وقال الشافعى رح لا يجوز ذلك (ويتبع مواليهم ان كان لهم فئة) وفيه خلاف الشافعى رح ايضا وان لم يكن لهم فئة لا يجهز على جريحهم ولا يتبع مواليهم لانه لا يخاف ان يلحق بالفئة فلا ضرورة الى قتله فلا يقتله لكونه مسلما

ويصيران حربا علينا ولا كذلك حال عدم الفئة (ولا يسبى ذريتهم ويحبس مالهم الى ان يتوبوا) فيرد عليهم اجماعا لانهم مسلمون فى دار الاسلام فيكون اموالهم وذريتهم معصومة بالعصمتين وانما يحبس مالهم عنهم دفعا لشرهم وكسرا لشوكتهم (ويستعمل سلاحهم وخيلهم عند الحاجة) وبه قال مالك واحمد فى رواية وقال الشافعى لا يجوز وهو رواية عن احمد لانه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا ما رواه ابن ابى شيبة فى آخر مصنفه فى باب وقعة الجمل ان عليا قسم يوم الجمل فى العسكر ما اجافوا عليه اى غلبوا من كراع وسلاح وفى الهداية وكانت تلك القسمة للحاجة لا للتمليك وللامام ان يفعل ذلك فى مال العادل عند الحاجة ففى مال الباغى اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى ويباع كراعهم ويحبس ثمنه لان حبس ثمنه ايسر واحفظ للمالية فاذا وضعت الحرب وزالت الفتنة رد عليهم (وباغ قتل عادلا ان ادعى) الباغى (حقيته) اى كونه على الحق بان قال قتلت وانا على الحق (يرث) منه واما لو قال قتلته وانا على الباطل فلا يرث منه وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يرث فى الوجهين وهو قول الشافعى لانه قتل بغير حق فيحرم الميراث اعتبارا بالخطأ ولهما انه بتاويل يسقط معه الضمان فلا يوجب حرمان الارث لانه من باب العقوبة (كعكسه) اى كما يرث العادل من الباغى اذا قتله لانه قتل بحق وفى الهداية والبدايع ان العادل اذا اتلف نفس الباغى او ماله لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم قال الله تعالى (فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى امر الله) والباغى اذا قتل العادل او اتلف ماله لا يضمن عندنا ويأثم وبه قال احمد والشافعى فى قول لقول الزهرى ان الفتنة الاولى ثارت واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ممن شهد بدرا كثير فاجتمع رأيهم على ان لا يقيموا على احد حدا فى فرج استحلوه بتأويل القرآن ولا قصاص فى دم استحلوه بتاويل القرآن ولا يرد ما استحلوه بتاويل القرآن الا ان يوجد شىء بعينه فيرد الى صاحبه وقال الشافعى فى قول آخر يضمن وبه قال مالك (ولا يجب شىء بقتل باغ مثله) فى عسكرهم وقال مالك والشافعى يجب موجب جناية لان كل موضع تجب فيه العبادات فى اوقاتها فهو كدار اهل العدل يجب فيه العبادات فى اوقاتها فهو كدار اهل العدل يجب فيه مايجب فيها ولنا ان موضع البغاة لما خرج عن ولاية الامام صار كدار الحرب

(ولا يسبى ذريتهم و) لا يقسم مالهم ولا يرد عليهم بل (يحبس مالهم الى ان يتوبوا) فح يرد عليهم (ويستعمل سلاحهم وخيلهم عند الحاجة) خلافا للشافعى رحمه الله له انه لا يحل الانتفاع بمال المسلم بدون رضاه ولنا انهم اذا احتاجوا الى سلاح اهل العدل فلهم ان ياخذوا فاذا احتاجوا الى سلاح اهل البغى اولى ان ياخذوا (وباغ قتل عادلا ان ادعى حقيته) بان قال كنت على الحق حين قتلت وانا الان على الحق (يرثه) وان قال كنت على الباطل يوم قتلته لا يرثه وقال ابو يوسف رح والشافعى رح لا يرث الباغى فى الوجهين (كعكسه) اى كما اذا قتل العادل الباغى فانه يرثه (ولا يجب شىء بقتل باغ مثله) اى باغيا اخر فان ظهرنا عليهم لا يجب شىء وبيع السلاح منهم كره

فلم يجب فيه الحدود والقصاص لان اقامتها للامام ولا ولاية له عليهم حال وجود موجباتها فلا تكون موجبة فى وقتها ولا تنقلب موجبة بعده كالقتل فى دار الحرب وكره بيع السلاح من اهل الفتنة ان علم انه منهم لانه اعانة على المعصية وقد قال الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) ولا باس ببيعه ممن لا يعلم انه منهم والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الجنايات

الجناية فى اللغة ما يجنيه من شر اى يحدثه ويكسبه تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا وهى عام يستعمل فى كل قبيح وسوء الا انه خص بما يحرم من الفعل سواء كان فى مال او نفس وفى اصطلاح الفقهاء يطلق اسم الجناية على الفعل فى النفوس والاطراف واما الفعل فى المال فخصوه باسم الغصب والسرقة والقتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطا وماجرى مجرى الخطا والقتل بسبب والمراد ههنا بيان انواع القتل بغير حق مما يتعلق به الاحكام كالقصاص والدية والكفارة وغير ذلك فاما القتل من حيث هو فاكثر من خمسة كالقتل قصاصا ورجما وقتل الحربى وقتل قطاع الطريق وغير ذلك (فاما القتل العمد ضربه قصدا بما يفرق الاجزاء) سواء كان سلاحا كالسيف والسكين اولم يكن سلاحا نحو الابرة (كنار) فانها يعمل عمل السلاح فى القطع وتفريق الاعضاء (ومحدد) متخذ من الحديد او الحجر اوغير ذلك (ولو) كان المحدد متخذا (من الخشب اوليطة القصب) اى قشره فان المراد بالعمد القصد الى القتل وهو امر باطنى لا يعرف الا بدليله ودليله استعمال الة قاتلة عادة وهذا عند ابى حنيفة رح وعندهما والشافعى رح العمد ضربه قصدا بما لا يطيقه البنية حتى ان ضربه بحجر عظيم او خشب عظيم فهو عمد (وبه) اى بالقتل العمد (يأثم) لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم (ويجب عليه) القود عينا فقط

كتاب الجنايات

الجناية فى اللغة ما يجرم من الفعل سواء كان فى نفس اومال اوغيرهما وفى الفقه فعل محرم فى نفس ويسمى قتلا اوطرف ويسمى قطعا وجرحا والقتل فعل يضاف الى العبد تزول به الحيوة وزوال الحيوة بدون فعل العبد يسمى موتا والكل باجل مسمى ثم القتل الذى يتعلق به الاحكام من القصاص والدية والكفارة وحرمان الارث والاثم على ما ذكر محمد فى الاصل ثلاثة عمد وخطا وشبه عمد (القتل العمد) هو (ضرب قصدا بمايفرق الاجزاء كنار ومحدد ولو) كان المحدد (من خشب) او حجر وهو المروة او قشر قصب وهو الليطة او ابرة فى المثقل وهما زادا كمالك والشافعى مالا يطيقه البدن من المثقل فى كون القتل به عمدا ولا يشترط فى الحديد ونحوه الجرح فى ظاهر الرواية قيد بالقصد لان موجب هذا الفعل الاثم وهو لا يتحقق الا بالقصد لان الخطأ والنسيان مرفوعان عن هذه الامة وقيد القصد بما يفرق الاجزاء لان قصد القتل من افعال القلب وهى لا توقف عليها فاقيم استعمال الآلة القاتلة غالبا وهى المفرقة للاجزاء مقامه تيسيرا كما اقيم السفر مقام المشقة والنوم مضطجعا مقام الخارج من احد السبيلين والبلوغ مقام اعتدال العقل (وبه) اى بالقتل العمد لا بغيره من انواع القتل (يأثم) القاتل بالاجماع ولقوله تعالى (ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها) الآية ولما اخرجه البخارى عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يزال المسلم فى فسحة من دينه ما لم يصب دما حراما والاحاديث فى هذا الباب كثيرة (ويجب) عطف على يأثم (القود) اى القصاص عينا الا ان يعفو الاولياء فيسقط القود بعفوهم لا الى شئ او ان يصالحوا على مال فيجب ذلك المال بالصلح لا بالقتل لان حقهم القود

وقد اسقطوه ووجوب القود عينا هو المرجح من قول الشافعى ورواية
عن مالك وقول النخعى وسفيان الثورى وابن شبرمة ويخير الولى فى قول
الشافعى بين القصاص واخذ الدية بغير رضاء القاتل وهو قول احمد
ومالك فى رواية وابن سيرين وابن المسيب وجمهور المحدثين اما اخرجه
اصحاب الكتب الستة عن يحيى ابن ابى كثير عن ابى سلمة عن ابى
هريرة قال لما فتح الله على رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم مكة قام
فى الناس فحمد الله واثنى عليه ثم قال ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله
والمؤمنين الى ان قال ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما ان يعطى
الدية واما ان يقاد اهل القتيل وما اخرجه ابو داود والترمذى عن ابى
شريح الخزاعى الكعبى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما فتح الله عليه
مكة الا انكم يا معشر الخزاعة قتلتم هذا القتيل من هذيل وانى عاقلته
فمن قتل له بعد مقالتى هذه قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا
العقل ولفظ ابى داود واما ان يأخذ العقل او ياخذ القود وفى رواية او
يقتلوا وما رواه الترمذى عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول
الله صلى الله تعالى عليه وسلم قال من قتل متعمدا دفع الى اولياء المقتول
فان شاؤا قتلوا وان شاؤا اخذوا الدية وهى ثلثون حقة وثلثون جذعة
واربعون خلفة وما صالحوا عليه فهو لهم ولنا قوله تعالى (كتب عليكم
القصاص فى القتلى) فايجاب المال زيادة عليه وقوله تعالى (وكتبنا عليهم
فيها ان النفس بالنفس) والمراد القتل العمد لان الله تعالى اوجب الدية
فى القتل الخطأ بقوله (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة
الى اهله الا ان يصدقوا) وما اخرجه ابن ابى شيبة واسحاق بن راهويه عن
ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم العمد قود الا
ان يعفو ولى المقتول وزاد اسحاق والخطأ عقل لا قود فيه وشبه العمد قتيل
العصا والحجر ورمى السهم فيه الدية مغلظة من اسنان الابل وما رووه محمول
على رضى القاتل وانما لم يذكر رضاه فى الحديث لان ذلك معلوم فان
من اشرف على الهلاك اذا تمكن من دفع الهلاك عن نفسه باداء المال لا
يمتنع من ذلك الا من سفهت نفسه وهذا كما يقال للدائن خذ بدينك ان
شئت دراهم وان شئت دنانير وان شئت عروضا ومعلوم انه لا يأخذ غير
حقه الا برضاء المديون وهذا فاش فى الكلام ومنه قوله صلى الله عليه وسلم

لا تأخذ

لا تأخذ الاسلمك او رأس مالك اى لا تأخذ الاسلمك عند المضى فى العقد ولا تأخذ الا رأس مالك عند الفسخ ومعلوم انه لا يأخذ رأس ماله الا برضى الآخر لان الفسخ لا يتم الا باتفاقهم او على ان المراد عدم جبر الولى على اخذ الدية ويؤيد ذلك ما روى البخارى عن انس ان الربيعة بنت النضر لطمت جارية فكسرت ثنيتها فطلبوا العفو فابوا فعرضوا عليهم الارش فابوا الا القصاص فجاء اخوها انس بن النضر وقال يا رسول الله اتكسر سن الربيعة والذى بعثك بالحق لا تكسر سنها فقال رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم كتاب الله القصاص فرضى القوم وعفوا فقال رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ان من عباد الله من لو اقسم على الله لابره ولو كان يجب الخيار للمولى بين القصاص والارش لخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يعملها بما تختار من ذلك لان الحاكم اذا تقدم اليه احد فى شئ يجب له من شيئين وثبت عنده لا يحكم له باحد الشيئين بل يحكم له بان يختار احدهما وان صالح القاتل الاولياء كلهم يجب العوض عليه قليلا كان ما صالح عليه او كثيرا حالا كان او مؤجلا لقوله تعالى (فمن عفى له من اخيه شئ فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان) قيل نزلت فى الصلح وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد وهو الموافق للام فان عفى اذا استعمل باللام كان معناه البذل اى فمن اعطى من جهة اخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح (فاتباع) اى فلمن اعطى وهو ولى المقتول مطالبته بدل الصلح على محامله وحسن معاملته واكثر المفسرين على انهما فى عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله (شئ) فانه يراد به البعض وتقديره (فمن عفى عنه) وهو القاتل (من اخيه) فى الدين وهو المقتول (شئ) من القصاص بان كان للمقتول اولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث وهو مروى عن عمر وابن مسعود وابن عباس (فاتباع بالمعروف) اى فليتبع غير العافى فى بطلب حصته وليؤد القاتل حقه وافيا من غير تقصير (و) القتل (شبه العمد ضرب قصدا بغير ماذكر) فى العمد كالعصا والسوط والحجر والخشب غير المحدود وهذا عند ابى حنيفة وعندهما ضربه قصدا بما لا يقتل غالبا وفى المبسوط سمى هذا القتل شبه العمد لما فيه من معنى العمد بالنظر الى قصد الفاعل الى الضرب ومعنى الخطأ بالنظر الى انعدام قصد القتل فشبه العمد

(وشبه العمد ضربه قصدا بغير ما ذكر) اى بغير ما يفرق الاجزاء كالعصا والسوط والحجر الصغير واما الضرب بالحجر العظيم فشبه عمد عنده كما ذكرنا ويسمى شبه العمد لان فى هذا القتل معنيين معنى قتل العمد باعتبار قصد الفاعل الى الضرب ومعنى قتل الخطا باعتبار انعدام قصد القتل بالنظر الى الآلة التى استعملها اذ هى الة الضرب للتاديب دون القتل وشبه العمد يتحقق عندنا وعند الشافعى خلافا لمالك

عند ابى حنيفة رحمه الله ان يتعمد القتل بكل آلة لم توضع للقتل وعندهما بكل آلة لاتقتل غالباوعند مالك والشافعى واحمد بكل آلة اوفعل لايصلح للقتل فلو ضربه بسوط صغير ضربا اوضربين فمات فهو شبه العمد عند الكل ولو ضربه بسوط صغير ووالى بين الضربات الى ان مات فان كان جملة ما والى بحيث يقتل مثله غالبا فهو عمد محض على قولهما وبه قال مالك والشافعى وقال بعض المشايخ هو شبه العمد على قولهما كقول ابى حنيفة ولو القاه من جبل او سطح اوغرقه فى الماء فشبه عمد عند ابى حنيفة وعمد عندهما ولو خنقه فمات فهو شبه عمد الاان يكون معروفا بذلك النوع من القتل وعند مالك والشافعى واحمد يجب القود ولو ضربه بحجر عظيم او خشبة عظيمة فهو شبه العمد عند ابى حنيفة وعمد عند غيره لما فى الصحيحين من حديث انس ان رجلا رضخ رأس امرأة بين حجرين فقتلها فرضخ رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم رأسه بين الحجرين وما رواه البيهقى من طريق مسدود ان يهوديا رمى رجلا بحجر فقتله فافاده النبى صلى الله عليه وسلم وما اخرجه ابو داودا والنسائى وابن ماجه عن ابن جريج عن عمرو بن دينار انه سمع طاوسا يخبر عن ابن عباس عن عمر انه نشد قضاء رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم فى الجنين فجاء حمل بن مالك بن النابغة فقال كنت بين حجرتى امرأتين فضربت احديهما الاخرى بمسطح فقتلتها وجنينها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة اى عبد او امة وان تقتل بها والمسطح عمود البناء ولانه قصد الى الضرب بآلة يقتل بمثلها فى الغالب فيتعلق به القصاص كالحديد ولابى حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم الا ان دية الخطا شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل منها اربعون فى بطونها اولادها رواه ابن حبان واصحاب السنن سوى الترمذى وما اخرجه ابو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه عن سليمان بن كثير عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم من قتل عميا اورميا بحجر اوسوط اوعصا فهو خطأ وعقله عقل الخطأ ومن قتل عمدا فهو قود ومن حال دونه فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل منه صرف ولا عدل ووجه الدلالة انه لم يفصل فى العصا والحجر بين الكبير والصغير وفى النهاية العميا بالكسر والتشديد والقصر فعيلى من العمى ومن قتل فى عميا اى وجد

قتيلا

قتيلا وعمى امره ولم يتبين قاتله والرميا كذلك مصدر من الرمى بمعنى المرماة يراد به المبالغة واخرج ابن ابى شيبة مثل قوله عن على والشعبى والحاكم وحماد وابراهيم النخعى واجيب من حديث اليهودى بانه يحتمل انه كان قاطع طريق وقاطع الطريق اذا قتل باى شىء كان يقتل به حدا او انه عومل معاملته لكونه ساعيا فى الأرض بالفساد (وفيه) اى فى شبه العمد (الاثم) لانه ارتكب فعلا محرما وهو الضرب قصدا (والكفارة) لشبهه بالخطأ بالنظر الى الآلة (ودية) لانه خطأ من وجه فسقط القود ووجبت الدية وهى (مغلظة) لما سيأتى (على العاقلة) لانها وجبت بالقتل ابتداء فكانت على العاقلة كالخطا ويجب فى ثلث سنين لما اخرجه ابن ابى شيبة وعبد الرزاق فى مصنفيهما باسانيد مختلفة عن عمر بن الخطاب انه جعل الدية كاملة فى ثلث سنين (وهو) اى شبه العمد (فيما دون النفس) من الاعضاء (عمد) اى كعمد لان اتلاف ما دون النفس لا يختص بآلة دون آلة بخلاف النفس فكان المعتبر فيما دون النفس تعمد الضرب (وفى الخطا) هذا خبر مقدم (فعلا) اى حال كونه فعلا (او) حال كونه (قصدا كرميه عرضا) وهو الهدف الذى يرمى اليه (فاصاب آدميا) هذا مثال للخطا فى الفعل لان فعله لم يقع فى المحل الذى قصده (او رميه مسلما ظنه صيدا او) ظنه (حربيا) هذا مثال للخطا فى القصد لانه اصاب المحل الذى قصده وانما اخطا فى ظن المسلم حربيا او صيدا (وما جرى مجراه) عطف على الخطا والضمير له (كالنائم سقط) اى انقلب (على آخر فمات كفارة) هذا مبتدأ مؤخر (ودية) فى ثلث سنين (عليها) اى على العاقلة لقوله تعالى (فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله) وهذا النوع من القتل لا يأثم القاتل فيه للقتل بل باثم لترك التحرز والتثبت فى الفعل لان الكفارة يؤذن بالاثم لانه للستر ولا ستر بدون الاثم ولا اثم باعتبار نفس الفعل فيكون باعتبار ما ذكرناه الآن فعل النائم ليس بعمد ولا خطأ لانه لا يتصور من النائم قصد حتى يتصور منه ترك التحرز ولكن الانقلاب الموجب لتلف ما انقلب عليه يتحقق من النائم فجرى مجرى الخطا فى جميع الاحكام وفى الذخيرة قصدان يضرب يد رجل فاصاب عنقه فهو عمد وفيه القود ولو اصاب عنق غيره فهو خطأ لان البدن محل واحد فيما يرجع الى قصد الضارب ففى الاول المحل الذى قصده وفى الثانى اصاب غيره وفى المجتبى وبهذا تبين ان قصد

(وفيه) اى فى شبه العمد (الاثم) لانه قاصد الى الضرب وارتكاب ما هو حرام شرعا (والكفارة) لانه خطأ نظرا الى الآلة فدخل تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا (ودية مغلظة على العاقلة) سيجىء تفسير الدية المغلظة والعاقلة (وهو) اى شبه العمد (فيما دون النفس عمد) اى لا يكون فيما دون النفس شبه عمد فضربه قصدا بغير ما ذكر فيما دون النفس عمدا يوجب القصاص لان ما دون النفس لا يختص اتلافه بالة دون الة (وفى) القتل (الخطأ فعلا او قصدا) اى الخطا على نوعين خطا فى القصد وهو ان يرمى شخصا ظنه صيدا او حربيا فاذا هو مسلم وخطا فى الفعل وهو ان يرمى عرضا فاصاب ادميا فالحاصل ان فى الاول هو قاصد فى وصول الرمى الى المحل الذى اصابه لكنه مخطى باعتبار قصده لانه قصد الصيد او الحربى وفى الثانى لم يقصد الرمى الى ذلك المحل الذى اصابه وانما قصد الرمى الى محل اخر وهو الغرض وانما انحصر فى هذين النوعين لان رمى السهم الى شىء معين بالقصد اليه مشتمل على فعلين فعل القلب وهو القصد وفعل الجارحة وهو الرمى فلو اتصل الخطا بالفعل الاول كان هو النوع الاول ولو اتصل بالفعل الثانى كان هو النوع الثانى (كرميه غرضا فاصاب ادميا) مثال للخطأ فى الفعل (او مسلما ظنه صيدا او حربيا) مثال للخطأ فى القصد كما ذكرنا (وما جرى) اى القتل الذى جرى (مجراه) اى مجرى الخطا (كنائم سقط على اخر فمات) الاخر بسبب سقوط النائم عليه (كفارة ودية) مبتدأ وخبره وفى الخطأ (وما جرى (عليها) اى على العاقلة فى ثلث سنين

القتل ليس بشرط لكونه عمدا (وفى القتل) خبر مقدم بسبب كحفر بئر) فى غير ملكه (ونحوه) من وضع حجر فى غير ملكه ومات به آدمى وكذا ساقى السم (دية) مبتدأ الخبر المقدم (عليها) اى على العاقلة لانه فعل سبب التلف وهو التعدى فكان كالدافع والملقى فيه فتجب الدية صيانة للانفس وعلى العاقلة تخفيفا عليه لان القتل بهذا الطريق دون القتل بالخطا ولهذا لا كفارة فيه (ولا ارث لقاتل) فى نوع من انواع القتل (الا هنا) وذلك لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم ليس للقاتل من الميراث شئ رواه النسائى من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده مرفوعا ورواه مالك عن عمر مرسلا وانما استثنى هذا لما سيأتى وقال مالك والشافعى واحمد هنا الكفارة وحرمان الارث كالخطأ لان الشرع جعله قاتلا فى حق الضمان فكان كالمباشر فصار كما لو وطأ دابته انسانا ولنا انه ليس بمباشرة بالقتل حقيقة لان مباشرة القتل اتصال فعل من القاتل بالمقتول ولم يوجد هنا الا اتصاله بالارض وانما الحق بالمباشرة فى الضمان صيانة للدم عن الهدر على خلاف الاصل فيبقى فى حق الكفارة وحرمان الارث على الاصل نعم يأثم بالحفر فى ملك غيره على ما قالوا ولا يأثم بالموت والكفارة لذنب القتل ولنا ايضا قوله صلى الله عليه وسلم خمس ليس لهن كفارة الشرك بالله وقتل النفس بغير حق وبهت مؤمن والفرار من الزحف ويمين فاجرة فيقطع بها مال بغير حق رواه احمد بسند جيد (ونقصان الصبى) بكسر ففتح والاضافة بيانية اى ونقصان هو الصبى بان كان القاتل بالغا والمقتول دون البلوغ (و) نقصان (الانوثة) بان كان القاتل رجلا والمقتول انثى (و) نقصان (الرق) بان كان القاتل حرا والمقتول رقيقا (و) نقصان (الجنون) بان كان القاتل عاقلا والمقتول مجنونا (و) نقصان (العمى) بان كان القاتل بصيرا والمقتول اعمى (و) نقصان الزمانة) بان كان القاتل صحيحا والمقتول زمنا (و) نقصان (كفر الذمى) بان كان القاتل مسلما والمقتول ذميا (و) نقصان (الاطراف) بان كان القاتل كامل الاطراف والمقتول ناقصا (هدر) بفتح الدال ويسكن اى ساقط غير معتبر (فى القود) حتى كان الكامل فى جهة من هذه الجهات يقتل بالناقص فيها بعموم قوله تعالى (ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا) الآية ولوجود المساواة فى العصمة وهى المعتبرة فى هذا الباب اذ لو اعتبرت المساواة فى ما وراءها لانسد باب القصاص وعن عطاء والحسن البصرى اذا قتل الرجل

(وفى القتل بسبب كحفر البئر فى غير ملكه ونحوه) كوضع حجر فى غير ملكه (دية عليها) اى على العاقلة ولا يتعلق به الكفارة (ولا ارث) فى شئ من صور القتل (الا هنا) اى فى القتل بسبب فانه لا يوجب حرمان الارث وقال الشافعى انه ملحق بالخطا فى احكامه (ونقصان الصبى) هدر اى اذا قتل رجل صبيا يجب القود (و) كذا نقصان (الانوثة) هدر فاذا قتل الرجل المرأة يجب القود (و) كذا نقصان (الرق) هدر فيقتل الحر بالحر وبالعبد خلافا للشافعى لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد الاية ولنا قوله تعالى ان النفس بالنفس وقوله تعالى الحر بالحر لا يدل على نفى الحكم عما عداه على اصلنا على انه ان دل يجب ان لا يقتل العبد بالحر والحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر (و) كذا نقصان (الجنون و) كذا (العمى والزمانة وكفر الذمى) هدر وفى قتل المسلم بالذمى خلاف الشافعى (و) كذا نقصان (الاطراف هدر فى القود) فيقتل الصحيح بالاعمى او الزمن والاشل والاعرج والاعور وغير ذلك ممن هو نقص لان العبرة للمساواة فى العصمة لا فيما وراءها لان ذا يؤدى الى سد باب القصاص والى ان لا يقتل العالم بالجاهل مثلا

المرأة فوليها ان شاء اخذ ديتها ستة الاف درهم وان شاء دفع الى ولى القاتل ستة الاف وقتله قيد بالذمى لان نقصان كفر المستأمن ليس بهدر ولانه غير محقون الدم على التأبيد لانه على قصد الرجوع الى دار الحرب فلا يقتل مسلم بمستأمن لعدم المساواة فى اصل العصمة ويقتل (المستامن بالمستأمن قياسا وبه قال مالك والشافعى واحمد لانهما حقنا دمهما بالامان فصارا متكافئين ولايقتل استحسانا لقيام المبيح وهو الكفر الباعث على الحربية وقال مالك والشافعى واحمد لايقتل الحر بالعبد بل يضمن قيمته لقوله تعالى (الحر بالحر والعبد بالعبد) قابل الجنس بالجنس ومن ضرورة ذلك ان لا يقتل الحر بالعبد ولان القصاص يعتمد المساواة ولا مساواة بينهما اذ الحر مالك والعبد مملوك والمالكية امارة القدرة والمملوكية امارة العجز (ولنا عموم قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس) وما اخرجه اصحاب الكتب الستة عن مسروق عن عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لايحل دم امرئ يشهد ان لا اله الا الله وانى رسول الله الا باحدى ثلاث الثيب الزانى والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة وما اخرجه ابو داود والنسائى عن عائشة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يحل قتل مسلم الا باحدى ثلث خصال زان محصن فيرجم ورجل يقتل مسلما متعمدا ورجل يخرج من الاسلام فيحارب الله ورسوله فيقتل او يصلب او ينفى من الارض ومقابلة الحر بالحر لاينافى مقابلة الحر بالعبد اذ ليس فيه الا ذكر بعض ما شمله العموم على موافقة حكمه وذلك لايوجب تخصيص مابقى ومجمله ان النص تخصيص بالذكر وهو لاينفى ماعداه الاترى انه قابل الانثى ولايمنع ذلك مقابلة الذكر بالانثى فكذا لايمنع مقابلة العبد بالحر حتى يقتل به العبد اجماعا وهما مستويان فى العصمة وهى بالدين عندهم وبالدار عندنا وفائدة هذه المقابلة قول ابن عباس كانت المقابلة بين بنى النضر وبنى قريظة وكان بنو النضر اشرف وكانوا يعدون بنى قريظة على النصف منهم فتواضعوا على ان العبد من بنى النضر بمقابلة الحر من بنى قريظة والانثى منهم بمقابلة الذكر من بنى قريظة فنزلت الآية ردا عليهم وبيانا ان الحر بمقابلة الحر والعبد بمقابلة العبد بمقابلة والانثى بمقابلة الانثى من القبيلتين جميعا فكانت اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس وقال الشافعى ايضا لايقتل

المسلم بالذمى وهو قول عطاء والحسن البصرى وفى المبسوط ان الخلاف فيما اذا كان القاتل حال القتل مسلما اما لو كان حال القتل ذميا ثم اسلم فانه يقتص منه بالاجماع لهم ما اخرج البخارى فى كتاب العلم وفى موضعين من كتاب الديات عن ابى جحيفة قال سالت عليا هل عندكم شىء مما ليس فى القرآن فقال العقل اى الدية وفكاك الاسير وان لا يقتل مسلم بكافر وما اخرجه ابو داود والنسائى عن قيس بن عباد قال انطلقت انا والاشتر الى على فقلنا له هل عهد اليك رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا لم يعهد الى الناس عامة قال لا الا ما فى كتابى هذا فاخرج كتابا من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون يتكافأ دماؤهم وهم يد على من سواهم ويسعى بذمتهم ادناهم الا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد فى عهده من احدث حدثا فعلى نفسه ومن احدث حدثا او آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين ولانه لا مساواة بين المسلم والكافر وقت الجناية لقوله تعالى (لا يستوى اصحاب النار واصحاب الجنة) والقصاص مبنى على المساواة ولان الكفر مبيح للدم وهو وقت عقد الذمة موجود فاورث شبهة دارئة للقصاص ولنا عمومات الكتاب والسنة منها ما رواه الدارقطنى فى سننه عن عمار بن مطر حدثنا ابراهيم بن محمد الاسلمى عن ربيعة ابن ابى عبد الرحمن عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بمعاهد وقال انا اكرم من وفى بذمته وقال لكن لم يسنده غير ابراهيم بن يحيى وهو متروك الحديث والصواب عن ربيعة عن ابن البيلمانى مرسل ثم رواه من طريق عبد الرزاق انا الثورى عن ربيعه ابن ابى عبد الرحمن عن عبد الرحمن بن البيلمانى ان النبى صلى الله عليه وسلم ورواه الشافعى فى مسنده اخبرنا محمد بن الحسن اخبرنا ابراهيم بن محمد عن محمد بن المنكدر عن عبد الرحمن بن البيلمانى فذكره قال فى التنقيح وعبد الرحمن بن البيلمانى وثقه بعضهم وضعفه بعضهم وانما اتفقوا على ضعف ابنه محمد وروى ايضا عن محمد بن الحسن عن قيس بن الربيع الاسدى عن ابان بن ثعلب عن الحسين بن ميمون عن عبد الله بن عبد الله مرلى بنى هاشم عن ابى الجنوب الاسدى قال اتى على بن ابى طالب برجل من المسلمين قتل رجلا من اهل الذمة فقامت عليه البينة فامر بقتله فجاء اخوه فقال قد عفوت فقال لعلهم هددوك او فرعوك قال لا ولكن قتله لا يرد على اخى وعوضوا لى قال

انت اعرف من كان له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا وروى البيهقى
فى المعرفة من طريق الشافعى اخبرنا محمد بن الحسن اخبرنا ابو حنيفة عن
حماد عن ابراهيم ان رجلا من بكر بن وائل قتل رجلا من اهل الحيرة
فكتب عمر بن الخطاب ان يدفع الى اولياء المقتول فان شاءوا قتلوا وان
شاءوا عفوا فدفع الرجل الى ولى المقتول رجل يقال له منين من اهل الحيرة فقتله فكتب
عمر بن الخطاب بعد ذلك ان كان الرجل لم يقتل فلا تقتلوه فرأوا ان عمر اراد
ان يرضيهم من الدية ومنها حديث عبد الله بن مسعود السابق فى المسئلة
التى قبل هذه ومنها ما روى عبد الرزاق فى مصنفه عن سفيان الثورى عن
حماد عن ابراهيم ان رجلا مسلما قتل رجلا من اهل الكتاب من اهل
الحيرة فاقاد منه عمر وماروى ايضا فى مصنفه عن معمر عن عمرو بن ميمون بن
مهران قال شهدت كتاب عمر بن عبد العزيز قدم الى امير الحيرة فى رجل
مسلم قتل رجلا من اهل الذمة ادفعه الى وليه فان شاء قتله وان شاء عفى
عنه قال فدفعه اليه فضرب عنقه وانا انظر وروى الطحاوى فى شرح حديث
الآثار حدثنا ابراهيم بن ابى داود حدثنا عبد الله بن صالح حدثنى الليث
ابن عقيل عن بن شهاب قال اخبرنى سعيد بن المسيب ان عبد الرحمن
ابن ابى بكر الصديق قال مررت بالبقيع قبل ان يقتل عمر فوجدت ابا
لؤلؤة والهرمز ان وجفينة يتناجون فلما رأونى ثاروا فسقط منهم خنجر له
رأسان ونصابه وسطه فلما قتل عمر رآه عبيد الله بن عمر فاذا هو الخنجر
الذى وصفه له عبد الرحمن فانطلق عبيد الله ومعه السيف فقتل الهرمزان ولما وجد حس
السيف قال لا اله الا الله وغدا على جفينة وكان من نصارى الحيرة فقتله وانطلق الى بنت
ابى لؤلؤة صغيرة تدعى الاسلام فقتلها واراد ان لا يترك من السبى يومئذ احدا
الا قتله فاجتمع عليه المهاجرون فزجروه وعظموا عليه ما فعل يزل عمرو
بن العاص يتطلف به حتى اخذ منه السيف فلما استخلف عثمان دعا المهاجرين
والانصار وقال لهم اشيروا على فى هذا الذى فتق فى الدين ما فتق
فاشار عليه على وبعض الصحابة بقتل عبيد الله وقال جل الناس ابعد الله
جفينة والهرمزان اتريدون ان تتبعوا عبيد الله اباه ان هذا لرأى سوء
وقال عمرو ابن العاص يا امير المؤمنين ان هذا كانت قبل ان يكون
لك على الناس سلطان فتفرق الناس على كلام عمرو بن العاص وودى

الرجلين والجارية وفيه دليل على سقوط الحد الواقع زمن البغى فلما ولى على بن ابى طالب اراد قتله فهرب منه الى معاوية فقتل ايام صفين وكذا رواه ابن سعد فى الطبقات قال الطحاوى فى هذا الحديث ان المهاجرين اشاروا على عثمان بقتل عبيد الله وقد قتل الهرمزان وجفينة وهما ذميان فان قيل انما اشاروا عليه لقتله ابنة ابى لؤلؤة صغيرة تدعى الاسلام لالقتله اياهما قلنا قولهم ابعد الله جفينة والهرمزان يدل على انه اراد قتله بهما والله سبحانه وتعالى اعلم انتهى ونقدم الخلاف فى اسلام الصغير كما لايخفى واما قوله عليه السلام لايقتل مؤمن بكافر فالمراد بالكافر الحربى بدليل قوله ولا ذوعهد فى عهده وهذا معطوف على المسلم اى ولا يقتل ذوعهد بكافر وانما لا يقتل ذو العهد بالكافر الحربى ولوكان المراد به الذمى لما صح جريان القصاص بين الذميين فان قيل جاز ان يراد بذو العهد المسلم قلنا العطف يقتضى المغايرة فان قيل هذا ابتداء اى لايقتل ذوعهد فى مدة عهده قلنا المراد بالاول نفى القتل قصاصا لانفى مطلق القتل فكذا الثانى تحقيقا للعطف ثم القصاص مبنى على المساواة فى اصل العصمة والمسلم والذمى فى ذلك سواء لانهم انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا والكفر ليس بمبيح للقتل بنفسه بل بواسطة الحرابة وقد سقطت بعقد الذمة وصار من اهل دارنا ولهذا كان كفر المرأة غير مبيح لقتلها لانه غير باعث على الحرابة وعمد غير المكلف كصبى ومجنون ومعتوه كالخطأ فتجب الدية على عاقلته لان عليا رضى الله عنه اوجب الدية على عاقلة مجنون قتل رجلا بالسيف وقال عمده وخطأه سواء رواه البيهقى وهو قول مالك وفى مال القاتل عبد الشافعى ولاتكفير فى عمد غير المكلف ولا حرمان ارث واحرمه مالك والشافعى الميراث والزماه الكفارة

(ولا يقاد) من انسان (بمملوكه ولو) كان (مشتركا) او مدبرا بلا خلاف بين اهل العلم لانه لايستوجب على نفسه القصاص (و) لايقاد من الوالد اى اصله وان علا من جهة ابيه وامه (بالولد) وان سفل وبه قال الشافعى واحمد واشهب (وعبده) اى ولا يقاد من الوالد بعبد الولد ومذهب مالك لايقاد من الوالد بولده ان قتله على وجه يثبت فيه الشبهة كما لو حذفه بسيف او نحوه فقتله ثم ادعى انه لم يرد قتله بل اراد تاديبه اما لو اضجعه وذبحه اوشق جوفه اوحز يده فقطعها اووضع اصبعه فى عينه ففقأها فانه يقاد منه لان

(ولا يقاد سيد بمملوكه) قنا كان اومدبرا اومكاتبا (ولو) كان المملوك (مشتركا) لانه لايتجزى القصاص فاذا سقط فى البعض سقط فى الكل (و) لايقاد الوالد (بالولد) لان الاب كان سببا لوجوده فيستحيل ان يكون الابن سببا لفنائه والجد سواء كان من قبل الرجال اوالنساء وان علا فى هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب اوالام قربت اوبعدت ويقتل الولد بالوالد وقال مالك ان قتل الاب ابنه ضربا بالسيف فلا قصاص عليه لاحتمال

القصاص

القصاص يسقط بالشبهة وفى غير ذلك ونحوه الشبهة قائمة ولنا اطلاق ما اخرجه الترمذى وابن ماجه فى الديات عن عمر بن الخطاب قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لايقاد الوالد بالولد واخرجه البيهقى بسند صحيح عن عمر وذكر قصة وقال لولا انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لايقاد الاب بابنه لقتلتك هات ديته فاتاه فدفعها الى جدته وترك اباه واخرج الحاكم فى المستدرك وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه عن ابن عباس قال جاءت جارية الى عمر بن الخطاب فقالت ان سيدى اتهمنى فاقعدنى على النار حتى احرق فرجى فقال لها عمر على بـه فقال له عمر اتعذب بعذاب الله قال يـا امير المؤمنين اتهمتها فى نفسها قـال هل رأيت ذلك عليها قال لا قال فاعترفت لك بهقال لاقال والذى نفسى بيده لو لم اسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لايقاد بمملوك من مالكه ولا والد من ولده لاقدتها منك ثم برزه فضرب مائة سوطا ثم قال لها اذهبى فانت حرة لله تعالى وانت مولاة الله ورسوله ولان الولد جزء مـن والده متفرع عليه واهلاك الاصل بسبب الجزء والفرع ليس من مقتضى الحكمة ومجمله انه كان سببا لوجوده فلا يلايم ان يكون سببا لعدمه واذا سقط القود عنه بشبهة كقتل الاب ابنه عمدا يجب الدية فى ماله فى ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه العمد ولان تقوم النفس بالمال غير معقول المعنى وانما عرف شرعا والشرع انما ورد بايجاب الدية مؤجلة فى ثلث سنين فقبلنا اتباعه قيد بالولد لانه يقاد بالوالد من الولد لان الحاجة ماسة الى شرع الزاجر فى حقه اذ ربما يحمله على قتل والده الاطماع الفاسدة وهو قول اكثر اهل العلم (ومكاتب) اى ولا يقاد من القاتل بمكاتب (له وفاء ووارث وسيد) لاشتباه من له الحق لانه المولى ان مات المكاتب عبدا والوارث ان مات حرا والصحابة اختلفوا فى موته هل هو على صفة الحرية او الرقية فقال على وابـن مسعود يموت حرا اذا ادى كتابته فيكون الاستيفاء لورثته وقال زيد ابن ثابت يموت عبدا وبه قال الشافعى واحمد فيكون الاستيفاء لمولاه فاما اذا لم يكن له وفاء او كان له وارث غير مولاه كان القصاص لمولاه لانه مات رقيقا لانفساخ الكتابة بموته لاعن وفاء فظهر انه قتل عبدا ولو كان للمكاتـب وفاء وسيد فقط كان له القصاص عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد لاقصاص فيه لاشتباه سبب الايفاء فانه له الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا واختلاف السبب

انه ضربه تاديبا فاتى على قتل النفس من غير قصد وان ذبحه ذبحا نعلمه القصاص لانه عمد لا شبهة فيه ولا تاويل (وعبده) اى لايقتل الوالد بقتل عبد ولده (و) لو قتل المكاتب لايقاد القاتل (بمكاتب له وفاء) اى ماله يوفى بدل الكتابة (و) له (وارث) اخر حر غير سيده (وسيد) اى وان اجتمع الوارث مع السيد لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فى موت هذا المكاتب حرا او رقيقا فان مات حرا كما قال على رضى الله عنه وابن مسعود رضى الله عنه فولاية القود للوارث وان مات عبدا كما قال زيد بن ثابت رضى الله عنه فولاية القود للمولى فاشتبه من له حق القود فلا يقاد قاتله واما لو قتل المكاتب عمدا وترك وفاء وليس له وارث الا السيد فللسيد حق القصاص عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وابى يوسف رحمه الله تعالى لان من له ولاية استيفاء القصاص متعين وهو السيد وقال محمد رحمه الله تعالى لاقصاص فيه وكذا اذا قتل مكاتبا ولم يترك وفاء وله ومرثه احرار ولا وجب القصاص للمولى عندهم لانه مات رقيقا بالاجماع

كاختلاف السبب (ويسقط دية وقود ورثه) ابن (على ابيه) لان الدية والقود عقوبة والابن لايستوجب عقوبة على ابيه وصورة المسئلة ان يقتل الاب اخا امرأته وله منها ابن ثم تموت امرأته قبل ان يؤخذ فان ابنه منها يرث الذى كان لها من القود على ابيه ويسقط (ولا يقاد) من قاتل (الا بسيف) وهو رواية عن احمد وقال الشافعى يفعل به مثل ما فعل ان كان مشروعا وبه قال مالك واحمد واصحاب الظاهر وان كان فعلا غير مشروع بان لاط بصغير او وطئ صغيرة حتى قتلها او سقاه خمرا حتى مات اختلف اصحابه فقيل تجز رقبته وقيل فى اللواطة يتخذ له آلة مثل الذكر فيفعل به مثل ما فعل وفى الخمر يسقى الماء حتى يموت ولو فعل به مثل ما فعل فلم يمت ففيه قولان احدهما ان يكرر ذلك الفعل عليه حتى يموت وبه قال مالك وثانيهما ان يعدل الى السيف احتجوا بقوله تعالى (وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به) وقوله تعالى (فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وبما فى الصحيحين عن انس ان جارية من الانصار قتلها رجل من اليهود على حلى لها رض رأسها بين حجرين فسألوها من صنع بك هذا فلان فلان حتى ذكروا لها يهوديا فاومأت برأسها فاخذ اليهودى فاقر فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض رأسه بالحجارة ولنا ما اخرجه ابن ماجه فى سننه عن ابى بكر عن النبى صلى الله عليه وسلم واخرجه ايضا فيها عن النعمان بن بشير عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لاقود الا بالسيف وليس معناه لاقود يجب الا بالسيف لان القود يجب بغير السيف اجماعا واما قوله تعالى (وان عاقبتم) فروى الطحاوى عن ابن عباس وابى هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لما قتل حمزة ومثل به لئن ظفرت بهم لا مثلن سبعين رجلا منهم وفى رواية والله لامثلن سبعين رجلا منهم فانزل الله تعالى (وان عاقبتم) الآية فصبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وكفر عن يمينه وقوله (فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) يدل على المماثلة وفيما قالوا زيادة عليها واما حديث اليهودى فما فعله صلى الله عليه وسلم به كان على طريق السياسة لان اليهودى كان مشهورا بذلك فامر عليه السلام برضخه لكونه ساعيا فى الارض بالفساد لا بطريق الفصاص يدل عليه ما روى مسلم انه عليه السلام امر برجم اليهودى حتى مات والرجم يصيب الرأس وغيره (ويستوفى الكبير قبل كبر الصغير قودا لهما) سواء كان الكبير له التصرف فى مال

(ويسقط قود ورثه على ابيه) اى اذا قتل الاب شخصا وولى القود ابن القاتل بان قتل الاب ام ابنه مثلا سقط القود لحرمة الابوة (ولا يقاد الا بالسيف) السلاح هذا عندنا وعند الشافعى يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا كما اذا قطع يد انسان عمدا فمات يقطع يد القاطع فان مات فبها والا تجز رقبته وان حصل القتل بطريق غير مشروع بان سقاه خمرا حتى قتله او وطئ صغيرة اولاط بصبى فمات من ذلك اختلف اصحاب الشافعى فيه قال بعضهم تجز رقبته ولا يفعل به مثل ما فعل وقال بعضهم تتخذ آلة من الخشب مثل آلة الرجل فيفعل به مثل ما فعل وفى الخمر يوجر الماء فى فمه حتى يموت تحقيقا للمساواة ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لاقود الا بالسيف اى لايستوفى القود الا بالسيف (و) من قتل وله ولیان صغير كبير مثل ان يكون للمقتول وليان اخوان صغير وكبير (يستوفى الكبير قبل كبر الصغير قودا لهما) اى للصغير والكبير هذا عند ابى حنيفة وعند ابى يوسف ومحمد ليس للكبير ولاية القود حتى كبر الصغير لانه حق مشترك كما اذا كان مشتركا بين الكبيرين واحدهما غائب وله ان القصاص حق لايتجزى لشبوته بسبب لايتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير معدوم والاصل ان مالا يتجزى اذا وجد سببه كاملا يثبت لكل واحد على الكمال كولاية الانكاح واذا كان كذلك انفرد كل واحد باستيفائه بخلاف الكبيرين لاحتمال العفو حال استيفاء القصاص

الصغير

الصغير اولم يكن وهذا عند ابى حنيفة وبه قال مالك واحمد فى رواية والليث بن سعد وحماد بن سليمان والاوزاعى وقال ابو يوسف ومحمد اذا لم يكن الكبير وليا له التصرف فى مال الصغير لايستوفى حتى يدرك الصغير لان القود مشترك بين الكبير والصغير ولاولاية للكبير على الصغير حتى يستوفى حقه ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزى فتعين التأخير الى بلوغ الصبى كما لو كان معهما كبير غائب ولابى حنيفة ان عليا كرم الله وجهه لما اصابه ابن ملجم قال فى وصيته اما انت ياحسن فان شئت ان تعفو فاعف وان شئت ان تقتص بضربة واحدة واياك والمثلة فلما مات على قتل به وفى ورثته صغار منهم العباس كان عمره اربع سنين ولان احتمال العفو معدوم فى الحال وموهوم فى الاستقبال فتأخيره ربما يؤدى الى المحال واما الكبير الغائب فينظر لقرب توقع الوصال ولو كان الكبير وليا للصغير له التصرف فى ماله كالاب والجد له ان يستوفى قبل ان يبلغ الصغير باتفاق اصحابنا ولو كان وليا لا يتصرف فى المال كالاخ والعم فعلى الخلاف (و) يجب (فى قتل مسلم مسلما ظنه مشركا عند التقاء الصفين الكفارة والدية) لان هذا احد نوعى الخطاء وهو الخطاء فى القصد والخطاء بنوعيه يوجب الكفارة والدية روى الشافعى فى مسنده عن مطرف عن معمر عن الزهرى عن عروة قال كان ابو حذيفة شيخا كبيرا فرفع فى الاطام مع النساء يوم احد فخرج يتعرض للشهادة فجاء من ناحية المشركين فابتدره المسلمون باسيافهم وحذيفة يقول ابى ابى فلا يسمعونه من شغل الحرب حتى قتلوه فقال حذيفة يغفر الله لكم وهو ارحم الراحمين قال ووداه رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن طريق الشافعى رواه البيهقى فى المعرفة قالوا وانما تجب الدية اذا كانوا مختلطين حتى لو كان فى صف المشركين لاتجب لسقوط عصمته بتكثير سواد هم اما اسند ابو يعلى الموصلى فى مسنده عن عمر بن الحارث ان رجلا دعا عبد الله بن مسعود الى وليمة فلما جاء ليدخل سمع لهوا فلم يدخل فقيل له لم رجعت قال لانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كثر سواد قوم فهو منهم ومن رضى عمل قوم كان شريك من عمل به (و) يجب (فى موت) شخص (بفعل نفسه) بان شج نفسه (و) فعل (زيد) بان شجه (و) فعل (سبع) بان عقره (و) فعل (حية) بان اصابته (ثلث الدية على زيد) فى ماله ان كان عمدا وعلى عاقلته ان كان خطاء لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا فى الدنيا والاخرى وفعل

(وفى قتل مسلم مسلما ظنه مشركا عند التقاء الصفين الكفارة) مبتدا وخبره فى قتل مسلم اى اذا التقى صف من المسلمين وصف من المشركين فقتل مسلم مسلما ظنه انه مشرك فلا قصاص عليه وعليه الكفارة لانه خطا فى القصد (و) تجب (الدية) قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين اما اذا كان المقتول فى صف المشركين فلا يجب شئ لانه هو الذى هدر دمه حيث وقف فى صفهم وكثر سواد هم (وفى موت بفعل نفسه) كما اذا شج رجل نفسه (و) بفعل (زيد) كما اذا شجه زيد ايضا (و) بفعل (سبع) كما اذا عقره اسد (و) بفعل (حية) بان نهشته حية (ثلث الدية على زيد) لانه مات بثلثة افعال لان فعل الاسد والحية جنس واحد لانه هدر فى الدنيا والاخرة وفعل الانسان بنفسه جنس اخر لانه هدر فى الدنيا ومعتبر فى الاخرة حتى يأثم به بالاجماع وفعل زيد جنس اخر لانه معتبر فى الدنيا والاخرة فصارت ثلثة اجناس فيكون التلف بكل واحد ثلثه فيجب على زيد ثلث الدية فان قيل يجب ان ينظر الى ما هو مؤثر فى الموت وينظر الى اتحاده وتعدده والسبع والحية اثنان ولا اعتبار فى ذلك لكونهما هدرا قلت الكلام فيما اشتبه الحال ولم يعلم ان المقتول باى من هذه الافعال الثلث مات واما اذا علم الحال بان علم انه مات بفعل نفسه او بفعل زيد او بفعل السبع والحية كان هو المعتبر مثلا اذا علم انه مات بفعل السبع والحية كان هدرا قطعا ولا اعتبار بكون فعل السبع والحية اثنين للاشتراك فى الحكم وهو كونهما هدرا والفعل انما يعتبر واحدا اومتعددا باعتبار وحدة الحكم وتعدده

الشخص بنفسه جنس آخر لكونه هدرا فى الدنيا دون العقبى حتى يأثم بالاجماع وفعل زيد جنس ثالث لكونه مؤاخذا فى الدنيا والآخرة فيكون التلف بفعل زيد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية وقال الشافعى واحمد فى قول ان كان فعل زيد عمدا يجب عليه القود ومن قتل نفسه يغسل ويصلى عليه عند ابى حنيفة وعند ابى يوسف يغسل ولا يصلى عليه لانه باغ على نفسه (ولا شئ بقتل مكلف شهر سيفا) اوسلاحا (على مسلم) سواء قتله المشهور عليه اوقتله غيره دفعا عن المشهور عليه (او) شهر (عصا) كبيرة فى مصر اوغيره ليلا اونهارا (الا) اذا شهرها (نهارا فى مصر) لماروى احمد فى مسنده والحاكم فى مستدركه وقال صحيح على شرط الشيخين من حديث سليمان بن بلال عن علقمة ابن ابى علقمة عن امه عن عائشة قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من اشار بحديدة الى احد من المسلمين يريد قتله وجب قتله وما اخرجه مسلم فى الايمان عن سلمة بن الاكوع عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من سل علينا سيفا فليس منا وفيهما عن ابى موسى ونحوه ورواه النسائى من حديث ابن الزبير والحاكم فى المستدرك عن معمر مرفوعا من شهر سيفا ثم وضعه فدمه هدر ولانه باغ بفعله فتسقط عصمته ولان القتل تعين طريقا لدفع فعله لان السيف لايلبث فيحتاج فى دفعه الى القتل والعصا وان كان يلبث الا انه فى الليل لايلحقه الغوث وكذا فى النهار فى غير مصر فكان دمه هدرا حتى لو امكن دفعه بطريق آخر لايسعه قتله (والدية) مبتدأ خبره (فى ماله) اى مالا المشهور عليه (فى غير مكلف) اى فى قتله مجنونا اوصبيا شهر سلاحا اوشهر عصا ليلا فى مصر اوغيره اونهارا فى غير مصر (والقيمة فى قتل جمل) ونحوه (صال عليه) اى على قاتله وقال مالك والقاضى واكثر اهل العلم لا شئ فى الكل لانه قتله دفعا عن نفسه فكان كقتل الشاهر المكلف ولانه محمول على قتله بسبب فعله وهو شهر السلاح والصول فكان كما اذا اكره رجل آخر بان قال له لاقتلنك اوتقتلن فلانا فقتله المكره حيث لايجب عليه شئ ولنا ان فعل الصبى والمجنون والدابة غير متصف بالحرمة لعدم الاختيار الصحيح منهم فلاتسقط العصمة ولذا لايجب القصاص على الصبى والمجنون اذا قتلا ولا الضمان اذاقتلت الدابة ومقتضى هذاان يجب القصاص على المشهور عليه اذا قتلهما لانه قتل نفسا معصومة الا ان الدية وجبت لوجود

(ولاشئ بقتل مكلف شهر سيفا) ليلا اونهارا فى مصر اوغيره (على مسلم) لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد ابطل دمه اى هدر ولان السيف غير ملبث فيحتاج الى دفعه بالقتل (اوشهر عصا) ليلا الا اذا شهر (نهارا فى مصر) اى اذا شهر مكلف على مسلم عصا صغيرا ليلا فى مصر او نهارا فى غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا يجب عليه شئ ايضا لان العصى الصغير وان كان ملبثا ولكن فى الليل لايدركه الغوث فاضطر الى الدفع وكذا فى النهار فى غير المصر لا يدركه الغوث وان شهر عصا نهارا فى المصر فقتله المشهور عليه عمدا قتل به عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما رحمهما الله تعالى لاقصاص عليه (والدية فى ماله) اى مال القاتل (فى غير مكلف) اى اذا شهر المجنون او الصبى على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية فى ماله وقال الشافعى لاشئ عليه (والقيمة فى قتل جمل صائل عليه) اى على القاتل القيمة مبتدا وعليه خبره اى اذا صال جمل على رجل فقتله يجب عليه القيمة لانه اتلف مالا معصوما لان فعل الدابة لايسقط العصمة وعن ابى يوسف انه يجب الضمان فى الجمل الصائل ولا يجب فى الصبى والمجنون وقال الشافعى لايجب الضمان اصلا

المبيح وهو دفع الشر ولو نظر انسان فى بيت آخر من ثقب اوشق باب فطعنه صاحب الدار بخشبة اورماه بحصاة ففقأ عينه ضمنه عندنا ولم يضمنه عند الشافعى لما روى ابو هر يرة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لو ان امرأ اطلع عليك بغير اذن فحذفته بحصاة وفقأت عينه لم يكن عليك جناح ولنا ان قوله عليه السلام لايحل دم امرئ مسلم الحديث يقتضى عدم سقوط عصمته بهذا الفعل وان مجرد نظره اليه لايبيح قلع عينه كما لو نظر من الباب المفتوح اودخل بيته ونظر فيه والمراد بما روى ابو هر يرة المبالغة فى الزجر عن ذلك ولو اراد رجل ان يأخذ مال مسلم او يقطع عضوه اويزنى بامرأته فله دفعه بغير السيف فان لم يندفع فيضربه بالسيف وكذا لو رأى رجلا يزنى بامرأته يدفع بغير السيف فان لم يندفع فيقتله ولا خلاف لاهل العلم فيه لقوله عليه السلام من قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون دينه فهو شهيد ومن قتل دون دمه فهو شهيد ومن قتل دون اهله فهو شهيد رواه احمد والترمذى والنسائى وابن حبان فى صحيحه فلو دخل عليه لص ليلا فاخرج قدر عشرة دراهم فصاح عليه انشد الله والاسلام فلم يتركه فقتله هدر دمه لما تقدم ولما فى صحيح مسلم عن ابى هريرة قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله ارايت ان جاء رجل يريد ان يأخذ مالى قال فلا تعطه مالك قال ارايت ان قاتلنى قال قاتله قال ارايت ان قتلنى قال فانت شهيد قال ارايت ان قتلته قال فهو فى النار وفى الصحيحين عن عبدالله بن عمر ان رسول الله صلى عليه وسلم قال من قتل دون ماله فهو شهيد وفى مسند اسحاق بن راهويه عن قابوس بن ابى المخارق عن ابيه قال جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله ارايت ان جاء رجل يريد ان يأخذ مالى قال ذكره بالله قال ان ذكرته بالله فلم يذكر قال استعن عليه بالسلطان قال ارايت ان كان السلطان قد نأى عنى قال استعن بمن حضرك من المسلمين قال ارايت ان لم يحضرنى احد قال قاتل دون مالك حتى تحرز مالك اوتقتل فتكون من شهداء الآخرة ولو قتل رجلا وادعى انه كان يزنى بامرأته وكذبه الولى فلا بد من بينة قيل يكفى الشاهد ان لان البينة تشهد على وجوده مع المرأة وقيل يأتى باربعة لانه روى عن على كذلك والخنق والتغريق والالقاء من جبل اوسطح اوفى بئر لايوجب القود الا اذا تكرر منه ذلك عند ابى حنيفة وهما

وهو المساواة فكل جناية فيما دون النفس ان امكن فيها المساواة يجب فيها القود ومالا فلا (كقطع اليد من المفصل) ولا عبرة لكبر اليد وصغرها وانما قال من المفصل احترازا عما اذا قطع من نصف الساعد فانه لا يمكن رعاية المساواة (و) كقطع (الرجل) من المفصل (ومارن الانف) وهو مادون قصبة الانف وهو مالان منه (والاذن) لامكان رعاية المساواة (وكل شجة يمكن فيها) رعاية (المماثلة) كالموضحة وهى التى تظهر العظم (وعين) اى يجب القود فى عين (قائمة) ضربت و(ذهب ضوءها) لانه يمكن فيه رعاية المساواة (فيجعل على وجهه) اى على وجه الضارب وعلى عينه الاخر (قطن رطب) ويربط (ويقابل عينه بمرآة محماة) فانه يذهب ضوءها لانه يمكن رعاية المماثلة (لا) يجب القود ولا يمكن رعاية المماثلة (ان قلعت) العين (ولا فى) كسر (عظم) لاحتمال الزيادة والنقصان (الا فى السن فتقلع ان قلعت) وهكذا وقع فى الوقاية وكانه نقل من الهداية كما وقع فى بعض نسخها هكذا ولو قلع من اصله يقلع الثانى لكنه لم يوجد فى النسخ المصححة من الهداية ومخطوط فى بعضها وذكر فى الكافى والنهاية والكفاية ان قلع السن لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما يفسد به لهاته ولكن يبرد بالمبرد الى موضع اصل السن (وتبرد) السن بالمبرد بقدر ما كسر (ان كسرت ولا) يجب (قود) بين (رجل وامرأة) فيما دون النفس وفى الاطراف (و) كذا (بين حر وعبد) (و) بين (عبدين) لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية الانفس كالاموال ولا مماثلة بينهما للتفاوت فى القيمة بتقويم الشرع فان الشرع قوم اليد الواحدة للحر مثلا بخمسمائة دينار قطعا ولا تبلغ قيمة يد العبد الى ذلك ولو بلغت انما تبلغ بالحرز والظن فلا تكون مماثلته ليد الحر يقينا وعند الشافعى رحمه الله تعالى يجب القصاص الا اذا قطع الحر طرف العبد فانه لا قصاص عنده ايضا بالانف

اطلقاه لقوله عليه السلام من عرض عرضنا له ومن حرق حرقناه ومن غرق غرقناه وله ان وجوب القصاص مختص بقتل وهو عمد محض وذا بان يباشره بآلة وهى الجارحة واذا لم يجب القصاص عنده يجب الدية على العاقلة

(ويجب القود فيما دون النفس) من الاعضاء (ان امكن المماثلة) لقوله تعالى (والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص اى ذات قصاص ولقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث الربيع بنت النضر السابق كتاب الله القصاص والقصاص ينبىء عن المماثلة فكلما امكن رعاية المماثلة فيه يجب فيه القصاص ومالا فلا ولا معتبر لكبر العضو وصغره لانه لا يوجب التفاوت فى المنفعة الا فى الشجة اذا اخذت ما بين قرنى المشجوج ولم يأخذ ما بين قرنى الشاج لكبر رأسه على ما سيأتى (كقطع اليد من المفصل و) قطع (الرجل) من المفصل (و) قطع (مارن الانف) وهو مالان من الانف (و) قطع (الاذن) لامكان رعاية المماثلة فى هذه الاشياء وقيد بالمفصل لان قطع اليد من الساعد وقطع الرجل عن نصف الساق لا قصاص فيه لعدم المماثلة وقيد بالمارن لان قطع الانف من قصبته لا يمكن فيه المماثلة لانه عظم وليس بمفصل (وكل شجة يمكن فيها المماثلة) كالموضحة وهى التى تظهر العظم (وعين قائمة ذهب ضوءها) لامكان المماثلة (فيجعل على وجهه قطن رطب ويقابل عينه بمرآة محماة) فيذهب ضوءها وهى قائمة لما روى عبد الرزاق فى مصنفه عن معمر عن رجل عن الحكم بن عيينة قال لطم رجل رجلا فذهب بصره وعينه قائمة فارادوا ان يقيدوا منه فاعيى عليهم وعلى الناس كيف يقيدون منه وجعلوا لا يدرون كيف يصنعون فاتاهم على كرم الله وجهه فامر به فجعل على وجهه كرسفا ثم استقبل به الشمس وادنى من عينه مرآة فالتمع بصره وعينه قائمة (الا ان قلعت) اى لا قصاص فى عين قلعت سواء قورت اى ارتفعت او خسفت لامتناع المماثلة (و) لا قود (فى عظم) لقول عمر انا لا نقيد من العظام وقول ابن عباس ليس فى العظام قصاص ونحوه عن الشعبى والحسن رواه ابن ابى شيبة فى مصنفه ولان المماثلة فيه متعذرة لانه اذا كسر موضع ينكسر موضع آخر (الا) فى (السن) لامكان المماثلة فيها (فتقلع ان قلعت) سن من الجنى عليه (وتبرد) بالمبرد (ان كسرت ولا قود) فى طرف (بين رجل وامرأة و) لا بين (حر وعبد) لا بين (عبدين) خلافا لمالك والشافعى واحمد وابن ابى ليلى فى جميع ذلك الا فى الحر يقطع طرف العبد اعتبارا للاطراف

بالانفس لكونه تابعة لها وشرع القصاص فيها للالحاق بالانفس ففى كل موضع يجرى القصاص فى النفس يجرى فى الطرف ومالا فلا ولنا ان الاطراف يسلك بها مسالك الاموال لانها وقاية للانفس كالاموال وانه لامماثلة بين طرف الذكر والانثى للتفاوت بينهما فى القيمة بتقويم الشارع ولابين طرف الحر والعبد لذلك لانه جعل قيمة يد الحر خمسمائة دينار وقيمة يد العبد نصف قيمته وهى لاتبلغ ذلك ولابين طرف العبدين لعدم المساواة بينهما باليقين بل بالحرز والتخمين بخلاف طرف الحرين لان استواءهما متيقن به بتقويم الشارع وبخلاف الانفس لان القصاص فيها يتعلق بازهاق الروح ولاتفاوت فيه (و) لاقود (فى الجائفة) لان الصحة فيها نادرة فلايمكن القصاص فيها على وجه يقع البرء (و) لافى (اللسان) وهو رواية عن مالك وقول ابى اسحاق من اصحاب الشافعى وعن ابى يوسف اذا قطع بعضه لايجب القود واذا قطع من اصله يجب وقال مالك فى رواية والشافعى واحمد يجب القود فى كله وفى بعضه بقدره لقوله تعالى (والجروح قصاص) (و)لاقود(فى الذكر الا) اذا قطع (من الحشفة) لان موضع القطع معلوم فصار كالمفصل وعند مالك والشافعى واحمد يجب القود فى الذكر لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولان له حدا ينتهى اليه فيمكن القصاص فيه من غير حيف عليه ولنا ان كلا من الذكر واللسان ينقبض وينبسط فلايمكن فيهما المساواة من غير حيف ولو قطع بعض الحشفة لاقود عندنا وعند مالك والشافعى واحمد يؤخذ النصف بالنصف والربع بالربع ومازاد اونقص يحسابه من ذلك كما فى الاذن ولو قطع الخنان بعض الحشفة فى الصبى اوفى العبد فعليه حكومة عدل وان قطع الحشفة كلها فان برأ فعليه فى العبد كمال القيمة وفى الصبى كمال الدية وان مات ففى العبد نصف القيمة وفى الصبى نصف الدية لان التلف حصل بفعلين احدهما ماذون فيه وهو قطع الجلدة والثانى غير ماذون فيه وهو قطع الحشفة فيجب نصف الضمان واما ان برأ فلان قطع الجلدة مأذون فيه فوجب ضمان الحشفة كاملا وهو الدية فى الصبى وكمال القيمة فى العبد وفى مجموع النوازل ماذكرنا انه ان مات فعليه نصف الدية رواية محمد وذكر فى الاصل انه لايجب شىء ان مات ومات الصبى بتأديب الاب والوصى يوجب الدية عند ابى حنيفة كموته من تأديب امه ومن تأديب غير معتاد لمثله لان الضرورة الماسة الى تأديبه تندفع بزجره وحبسه ونحوهما من غير ضربه ولو اضطر الى ضربه فالسلامة مشروطة

(ولا) يجب القود (فى الجائفة) وهى الجراحة التى وصلت الى الجوف فمن جرح اخر جائفة فبرأت فلا قصاص عليه لان البراءة فيها نادرة فالظاهر ان الثانى يفضى الى الهلاك اما اذا لم تبرأ الجائفة فان كانت جارية الى الهلاك يجب القصاص وان لم تسر بعد لايقتص الى ان يظهر الحال من البراءة والسراية (ولا فى اللسان والذكر) لانهما ينقبضان وينبسطان فتعذر رعاية المماثلة فيهما وعن ابى يوسف اذا قطع من اصلهما يجب القصاص (الا) ان يقطع الذكر (من الحشفة) لان موضع القطع معلوم فيمكن رعاية المماثلة ولو قطع بعض الحشفة فلا قصاص لانه لايعلم مقدار البعض واذا كانت يد المقطوع صحيحة

كتأديب الزوج الزوجة وهما اهدراه لان تأديب الصبى لابد لهما منه وذا انما يحصل غالبا بالضرب فصار كضربه للتعليم وضرب معلمه باذن ابيه لعود نفعه الى الصبى فى اضراره (وخير المجنى عليه) بين الارش كاملا وبين القود من غير ارش (ان كانت يد القاطع ناقصة) بان كانت شلاء ينتفع بها او ناقصة الاصابع لان استيفاء الحق كاملا لما تعذر كان له ان يأخذ دون حقه وان يعدل الى عوضه وفى المجتبى وعلى هذا السن والاطراف التى يجب فيها القصاص اذا كان طرف الجانى اوسنه معيبا يخير المجنى عليه بين اخذ الدية كاملا وبين استيفاء المعيب قيدنا الشلاء بان ينتفع بها لانها لو كانت لاينتفع بها لا تكون محلا للقصاص فكان له دية كاملة من غير خيار وعليه الفتوى وفى المحيط ولا تقطع اليمين الا باليمين ولا اليسرى الا باليسرى ولا تقطع الاصابع الا بمثلها من القاطع فيؤخذ ابهام اليمنى باليمنى وابهام اليسرى لا بالعكس وكذا لاتؤخذ العين اليمنى باليسرى ولا العين اليسرى باليمنى وكذا فى الاسنان الثنية بالثنية والناب بالناب والضرس بالضرس ولا يؤخذ الاسفل بالاعلى خلافا لابن شبرمة فى ذلك كله للتفاوت فى المنافع والمرافق (او الشجة) اى وخير المجنى عليه ان كانت الشجة (تستوعب ما بين قرنى المشجوج) اى قرنى رأسه وهما ناصيتاه (لا الشاج) اى ولا تستوعب مابين قرنى الشاج فان شاء اقتص بمقدار الشجة من اى الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش (ويسقط القود بموت القاتل) لان محل الاستيفاء فات فاشبه موت العبد الجانى وبه قال مالك وقال الشافعى واحمد تجب الدية وتؤخذ من تركته بناء على ان الواجب عندهما القود او الدية فاذا فات احدهما تعين الآخر (و) يسقط القود (بعفو ولى) واحد من الاولياء (وصلحه) من نصيبه على عوض (وللباقى) اى الذى لم يعف والذى لم يصالح (حصته من الدية) وسقط حقه من القود لان كل واحد منهم له التصرف فى نصيبه بالاستيفاء وبالعفو وبالصلح لانه خالص حقه فاذا تصرف فيه بعفو اوصلح نفذ تصرفه فيه بعفو وسقط به حقه فى القصاص ومن ضرورة سقوط حقه فى القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لايتجزى ثبوتا فكذا سقوطا واذا سقط انقلب نصيب من لم يعف مالا لان القصاص امتنع لمعنى فى القاتل وهو ثبوت عصمته بعفو البعض فيجب المال كما فى الخطاء حيث امتنع فيه القود لمعنى

(وخير المجنى عليه ان كانت يد القاطع ناقصة) الاصابع اوشلاء ان شاء قطع اليد المعيبة ولاشئ غير القطع وان شاء اخذ الارش كاملا (وقال الشافعى رحمه الله تعالى يقطع يده ويضمنه النقصان (و) خير المشجوج ان كانت (الشجة يستوعب مابين قرنى المشجوج) اى ناحيتى رأسه ولا يستوعب مابين قرنى الشاج اى شج رجل رجلا موضحة حتى وجب القصاص والشجة طولها مقدار شبر مثلا وكان رأس المشجوج صغيرا تستوعب الشجة ما بين قرنيه ورأس الشاج عظيما لاتستوعب الشجة مابين قرنيه فالشين الذى يلحق المشجوج اكثر مما يلحق الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اخذ الارش وفى عكسه يخير ايضا لتعذر الاستيفاء كملا لانه يتعدى الى غير حقه وكذا لوكانت الشجة فى طول الرأس وهى تأخذ من جبهته الى قفاه ولايبلغ الى قفاء الشاج فهو بالخيار ايضا (و) من وجب عليه القود (يسقط القود بموت القاتل) لفوات محل الاستيفاء وفيه خلاف الشافعى رحمه الله تعالى فان فيه الواجب عنده من القصاص اوالدية فاذا فات احدهما تعين الاخر (و) يسقط (بعفو ولى) من الاولياء (وصلحه) من نصيبه على عوض (وللباقى) من الورثة (حصته من الدية) والاصل ان القصاص والدية حق جميع الورثة واذا ثبت الحق للكل فكل واحد يتمكن من استيفائه واسقاطه صلحا وعفوا ومن ضرورة سقوط حق البعض فى القصاص سقوط حق الباقين اذ القصاص لايتجزى فيتحول حق الباقين الى الدية وقال مالك رحمه الله تعالى والشافعى لايرث الزوجان من الدية

فى القاتل وهو كونه مخطئا ثم العفو فى القصاص لمن له القصاص وهو عندنا
كل وارث وبه قال الشافعى واحمد واكثر اهل العلم وقال الليث والزهرى
وابن شبرمة والاوزاعى والحسن وقتادة ليس للنساء عفو فى القصاص وعند مالك
القصاص للعصبات خاصة وهو قول بعض اصحاب الشافعى وقال بعض اصحاب
الشافعى للاقارب دون الزوجين لقوله صلى الله عليه وسلم فاهله بين خيرتين
واهله ذووا رحمه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا اوحقا فلورثته
ومن ترك كلا فعلى والقصاص حق فيكون لجميع الورثة كالمال واما قوله صلى
الله عليه وسلم فاهله بين خيرتين فامرأة الرجل من اهله بدليل قوله صلى
الله عليه وسلم فى حديث الافك وما كان يدخل على اهلى الامعى يريد عائشة
رضى الله تعالى عنها ولو قتل بعض الاولياء القاتل بغير اذن الباقين لم يجب
عليه قصاص عند ابى حنيفة ومحمد والشافعى فى الاصح وفى قول عنه عليه
القصاص لانه ممنوع من قتله ولو قتله مع العلم بعفو بعض شريكه سواء حكم
به حاكم اولا يجب عليه القود وهو الظاهر من مذهب الشافعى واحمد وقال
الشافعى فى قول لا يجب القود لان فيه شبهة لوقوع الخلاف ولنا انه قتل
معصوما مكافيا مع العلم بانه لا حق له فيه فيجب عليه القود كما لو قتله قبل
الحكم بالقود والاختلاف لا يسقط القود فانه لو قتل كافر مسلما قتلناه مع وجود
الاختلاف فيه ولو قتله قبل العلم بالعفو لا يجب القود وعليه الدية وبه قال
احمد والشافعى فى قول وزفر يجب القود لانه قتله عمدا بغير حق ولنا انه
اذا لم يعلم بالعفو كان القود واجبا فى حقه ظاهرا فيصير شبهة فى درء القود
عنه والدليل على عصمته بعفو احدهما ما روى ان هذه الحادثة وقعت فى زمن
عمر فشاور ابن مسعود فقال ارى ان هذا قد احيى بعض نفسه فليس للآخر
ان يقتله فامضى عمر القضاء على رأيه وهو المعنى فان العافى قد اسقط حقه
وهو من اهل الاسقاط فصح اسقاطه وباسقاطه احيى بعض نفس القاتل فيعجز
الآخر عن استيفاء حقه لعدم احتمال التجزى ثبوتا وسقوطا وتعذر الاستيفاء انما هو لمعنى
فى القاتل وهو مراعاة حرمة بعض نفسه فكان فى معنى الخطأ فيجب المال للآخر ولو قتله
العافى بعد العفو يجب القود عند الائمة الاربعة وهو قول اكثر اهل العلم لانه قتل نفسا
معصومة بغير حق وروى عن الحسن انه يؤخذ منه الدية وعن عمر بن عبد العزيز

ان الحكم فيه الى السلطان (ويقتل جمع) باشر كل واحد جرحا قاتلا (بفرد) قتلوه عمدا وهو قول مالك والشافعى واحمد واكثر اهل العلم من الصحابة والتابعين وقال ابن الزبير والزهرى وابن سيرين وابن ابى ليلى وعبد الملك وربيعة وداود وابن المنذر واحمد فى رواية لايقتلون به وتجب الدية عليهم لان مفهوم النفس بالنفس ان لايقتل بالنفس الواحدة اكثر من واحدة ولان فى القصاص تجب المساواة ولامساواة بين العشرة والواحد ولنا ماروى محمد بن الحسن فى موطأه والشافعى فى مسنده كلاهما عن مالك عن يحيى بن سعد عن سعيد ابن المسيب ان عمر بن الخطاب قتل نفرا خمسة او سبعة برجل قتلوه غيلة وقال لو تمالا عليه اهل صنعا لقتلتهم ورواه عبد الرزاق فى مصنفه مطولا عن ابن جريج عن عمرو بن دينار ان حيى بن يعلى اخبره انه سمع يعلى يخبر هذا الخبر وان اسم المقتول اصيل قال كانت امرأة بصنعا لها ربيب فغاب زوجها وكان لها اخلاء فقالوا ان هذا الغلام يفضحنا فانظروا كيف تصنعون به فتمالوا عليه وهم سبعة نفر مع المرأة فقتلوه والقوه فى بئر غمدان فلما فقد الغلام خرجت امرأة ابيه وهى التى قتلته وهى تقول اللهم لاتخف على من قتل اصيلا قال وخطب يعلى الناس فى امره قال فمر رجل بعد ايام ببئر غمدان فاذا هو بذباب اخضر عظيم يطلع من البئر مرة ويهبط اخرى قال فاشرف على البئر فوجد ريحا منكرة فاتى يعلى فقال ما اظن الا قدرت لكم على صاحبكم وقص عليه القصة فاتى يعلى حتى وقف على البئر والناس معه فقال احد اصدقاء المرأة ممن قتله دلونى بحبل فدلوه فاخذ الغلام فغيبه فى سرب من البئر ثم رفعوه فقال لم اقدر على شئ فقال رجل آخر دلونى فدلوه فاستخرجه فاعترفت المرأة واعترفوا كلهم فكتب يعلى الى عمر فكتب اليه عمر ان اقتلهم فلو تمالا عليه اهل صنعا لقتلتهم به وروى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن وكيع عن اسرائيل عن ابى اسحق عن سعيد بن وهب قال خرج رجال سفر فصحبهم رجل فقدموا وليس معهم فاتهمهم اهله فقال شريح شهودكم انهم قتلوا صاحبكم والا حلفوهم بالله ما قتلوه فاتوا بهم الى على وانا عنده ففرق بينهم فاعترفوا فامر بهم فقتلوه ولان زهوق الروح لاينجزى واشتراك الجماعة فيما لاينجزى يوجب التكامل لكل واحد منهم كولاية الانكاح (وبالعكس) اى ويقتل واحد بجماعة وكان الاولى ان يقول كالعكس اذلا خلاف فيه (فان حضر

(ويقتل جمع بفرد) اى اذا قتل جماعة واحدا عمدا تقتل الجماعة (وبالعكس) اى ان قتل فرد جماعة وحضر اولياء المقتولين قتل الفرد لهم جميعا على سبيل الكفاية ولا شئ لهم من المال (فان حضر ولى واحد) من اولياء المقتولين

ولى واحد) من المقتولين (قتل له وسقط حق الباقين) لفوات محل الاستيفاء وصار كموت العبد الجانى وموت القاتل حتف انفه وبه قال مالك وقال الشافعى يستوفى الباقون الديات من تركته بناء على ان الواجب عنده للاولياء اما القصاص واما الدية فاذا سقط القصاص من غير ابراء ثبت المال وقيد بولى واحد من المقتولين لانه لو حضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شىء لهم غير ذلك لان لكل واحد من الاولياء قتله بوصف الكمال ولهذا لو قتل جماعة واحدا يكون كل واحد قاتلا بوصف الكمال والا لما وجب القصاص واذا كان كذلك لا تجب الدية لعدم اجتماعها مع القتل هذا ومن قتل عمدا ولا ولى له فللسلطان ان يقتل قاتله وله ان يصالح والقاضى بمنزلته فيه (ولا تقطع يدان) لرجلين (بيد) قطعاها بان اخذا سكينا وامراها على يده من جانب واحد حتى انقطعت وهو قول الثورى والزهرى والحسن وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة فيضمنان ديتها فى مالهما لانا تيقنا ان كل واحد منهما قاطع للنصف والفعل عمدا وقال مالك والشافعى واحمد واسحق وابو ثور تقطع يداهما واما لو وضع احدهما سكينا من جانب والآخر من جانب آخر وامرا حتى التقى السكينان لا يجب القصاص اتفاقا (ويقاد عبد) اى ويقتص من عبد (اقر بقود) اى بقتل عمد سواء كان مأذونا له او محجورا عليه وبه قال مالك والشافعى واحمد وقال زفر لا يقاد منه لان اقراره يؤدى الى ابطال حق مولاه فلا يصح كما لو اقر بالخطاء او بالمال ولنا انه غير متهم فى اقراره لانه مضر به فيصح وان العبد مبقى على اصل الحرية فى حق الدم بخلاف اقراره بالقتل خطاء لان موجبه على السيد وهو دفع العبد او فداؤه وبخلاف اقراره بالمال لانه اقرار على المولى بابطال حقه قصدا لان موجبه بيع العبد او استسعاؤه (ومن رمى رجلا عمدا فنفذ) السهم منه الى آخر (فما تا يقتص) منه (للاول) لانه عمد (وعلى عاقلته الدية للثانى) لانه احد نوعى الخطاء وهو الخطاء فى الفعل والفعل الواحد يتعدد بتعدد اثره (ومن قطع) يده او رجله او غيرهما (فعفا عن قطعه فمات منه) اى من القطع (ضمن قاطعه ديته) فى ماله كاملة لانها صارت فى النفس وسقط القود للشبهة وهذا عند ابى حنيفة وهو قول الشافعى واحمد وعن مالك يجب القود لان الجناية صارت فى النفس ولم يعف عنها وقال ابو يوسف ومحمد هو عفو عن النفس ايضا حتى اذا مات بعد العفو بالسراية لا يضمن وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرت الى النفس فمات وهذا نقل الشمنى وقال الطرابلسى سراية الطرف المستوفى

(قتل له وسقط حق الباقين) عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى ان كان قتلهم على التعاقب يقتل باولهم ويقضى بالدية لمن بعد الاول فى تركته وان قتلهم معا يقرع بينهم ويقضى بالقصاص لمن خرجت قرعته وبالدية للباقين وفى قول للشافعى رحمه الله قتل لهم وقسمت الدية بينهم (ولا يدان بيد) اى اذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعى يقطع يداهما صورة المسئلة المختلفة فيها بيننا وبين الشافعى رحمه الله تعالى فيما اذا وضعا سكينا من جانب وامراه على يده حتى انقطعت اما اذا وضع احدهما السكين من جانب والآخر من جانب وامراه حتى التقيا لا يجب القصاص عنده ايضا (ويقاد عبد ان اقر بقود) وقال زفر رحمه الله تعالى لا يصح اقراره لانه يؤدى الى ابطال حق المولى كالاقرار بالمال ولنا ان العبد مبقى على اصل الحرية فى حق الحدود والقصاص وبطلان حق المولى ضمنى فلا يبال به وانما رد اقراره بالمال لانه متهم فيه ولا تهمة هنا لانه يقتل به (ومن رمى رجلا عمدا فنفذ) السهم منه الى اخر (فما تا يقتص) الرامى (للاول وعلى عاقلته الدية للثانى) لان الاول عمد فيجب فيه القصاص والثانى خطأ فتجب الدية (ومن قطع) يد رجل عمدا (فعفى) المقطوع (عن قطعه فمات) المقطوع (منه) اى من القطع (ضمن قاطعه ديته) فى ماله وقالا اذا عفى عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا لان العفو عن القطع عفو عن موجبه لان نفس الفعل لا يحتمل العفو بل موجبه يحتمل العفو وموجبه احد الشيئين ضمان اليد ان لم يسر وضمان النفس ان سرى ولابى حنيفة رحمه الله تعالى انه عفى عن القطع فاذا سرى علم انه كان قتلا لا قطعا وانما لا يجب القصاص لشبهة العفو

قصاصا الى النفس بوجب الدية على عاقلة المستوفى عند ابى حنيفة وهما اهدرا الدية كمالك والشافعى كسراية قطع الامام يد السارق عمدا اذا سرى الى النفس ومات وكالبزاع والحجام والفصاد والختان وكما لو قال الآخر اقطع يدى فقطعها وسرى الى النفس ومات وهو الاظهر لان السراية تبع للجناية فلم يجز ان يكون ابتداؤها مباحا وسرايتها مضمونة ولابى حنيفة ان حقه فى القطع والموجود قتل حتى لو وقع ظلما كان قتلا فلم يكن مستوفيا حقه فيضمن الا انه سقط القصاص للشبهة فوجب الدية بخلاف ما ذكروا من المسائل لانه يجب الفعل على الامام وعلى غيره بالفعل واقامة الواجب لا يتقيد بشرط السلامة كالرمى الى الحربى لئلا يكون تكليف ما ليس فى الوسع وفى مسألتنا هو مخير بين الاستيفاء والعفو بل العفو مندوب اليه فيتقيد بشرط السلامة كالرمى الى الصيد (ولو عفى عن الجناية) اوعفى عن القطع وما يحدث منه (فهو عفو عن النفس) بلا خلاف (فالخطأ من ثلث ماله) اى ان كان القطع خطأ يعتبر من ثلث مال المقطوع لتعلق حق الوارث به فان كان فى الدية فاضل من الثلث اخذه الوارث من القاطع (والعمد) يعتبر (من كله) اى من كل ماله فلا يضمن القاطع شيئا كذا فى الهداية وغيرها ولا يخفى ان الموجب هنا هو القود وهو ليس بمال فلا وجه للقول بانه من كل المال (والقود يثبت بدأ) اى ابتداء (للورثة) عند ابى حنيفة (لا ارثا) اى لا يثبت القود للورثة بطريق الارث بان يثبت للمورث ابتداء ثم يثبت للوارث كما هو مذهب ابى يوسف ومحمد (فلا يصير احدهم) اى احد الورثة عند ابى حنيفة (خصما عن البقية) بغير وكالة اعلم ان كل ما يملكه الورثة بطريق الارث فاحدهم خصم عن الباقين حتى لو ادعى احد الورثة شيئا من التركة على احد واقام البينة عليه ثبت حق الجميع ولا يحتاج الباقون الى تجديد الدعوى وكل ما يملكه الورثة لا بطريق الوراثة لا يصير احدهم خصما عن الباقين ففرع على هذا قوله (فلو اقام) شخص (حجة) اى بينة (بقتل ابيه حال كونه (غائبا اخوه فحضر) الغائب (ففى العمد يعيدها) اى يعيد الغائب الحجة عند ابى حنيفة (وفى الخطأ والدين لا) يعيدها باتفاق لان

(ولو عفى) المقطوع القاطع (عن الجناية) اوعن القطع وما يحدث منه قمات (فهو عفو عن النفس) لان الجناية اسم جنس فالعفو عنها عفو عن القطع والنفس واما العفو عن القطع وما يحدث منه فصريح (فالخطاء) (يعتبر من ثلث ماله) اى اذا كان القطع خطأ وقد عفى عن الجناية اوعن القطع وما يحدث منه فهو عفو عن الدية ويعتبر من الثلث لان الدية مال وحق الورثة متعلق بها والعفو وصية فيصح من الثلث (والعمد) يعتبر (من كله) اى كل المال لان القطع اذا كان عمدا فموجبه القود وهو ليس بمال فلم يتعلق به حق الورثة فيصح العفو عنه على الكمال (و) حق (القود يثبت) بطريق الخلافة (بدأ للورثة لا ارثا) اى القود غير مورث لانه يثبت بعد الموت ابتداء عند ابى حنيفة رح لتشفى صدور الورثة اذ الميت ليس باهل للتشفى والقصاص ملك الفعل فى المحل ولا يتصور الفعل من الميت فان الميت ليس باهل للقود ولا يملك شيئا الا ماله حاجة اليه كالمال مثلا فطريق ثبوة القود الخلافة عنده وعندهما طريق ثبوته الوراثة والفرق بينهما ان الوراثة يستدعى ثبوت ملك المورث ثم الانتقال منه الى الوارث والخلافة لا يستدعى ذلك فالمراد بالخلافة ههنا ان يقوم شخص مقام غيره فى اقامة فعله ففى القتل اذا تعدى القاتل على المقتول فالحق ان يقتص المقتول القاتل لكنه عاجز عن اقامته فالورثة قاموا مقامه من غير ان المقتول ملكه ثم انتقل الى الورثة واذا ثبت هذا الاصل فرع عليه قوله (فلا يصير احدهم) اى احد الورثة (خصما عن البقية) فى اثبات حقها بغير وكالة فان كل ما يملكه الورثة بطريق الوراثة فاحدهم خصم عن الباقين اى قام مقام الباقين فى الخصومة حتى اذا ادعى احد الورثة شيئا من التركة على احد واقام البينة عليه ثبت حق الجميع فلا يحتاج الباقون من الورثة الخطأ الى تجديد الدعوى واقامة البينة وكذا اذا ادعى احد على احد الورثة شيئا من التركة واقام البينة عليه ثبت على الجميع حتى لا يحتاج المدعى الى ان يدعى على كل واحد وما يملكه الورثة لا بطريق الوراثة لا يصير احدهم خصما عن الباقين ففرع على هذا قوله (فلو اقام) احد الاخوين (حجة بقتل ابيه غائبا اخوه فحضر) الاخ الغائب (يعيدها) اى البينة وهذا عند ابى حنيفة خلافا لهما (وفى) قتل (الخطاء والدين لا) يعيد البينة اى ان كان القتل خطأ لا يحتاج الى اعادة البينة لان موجبه المال وطريق ثبوته الميراث وكذا فى الدين اذا اقام احد الورثة بينة ان لا بيه على فلان كذا فحضر الباقى لا يحتاج الى اقامة البينة ثانيا كما ذكرنا

الخطأ والدين موجبهما المال وطريق ثبوته الميراث ثم اعلم ان العلماء اجمعوا على قبول بينة الحاضر وعلى انه لا يقضى بالقود ما لم يحضر الغائب لان المقصود بالقضاء الاستيفاء والحاضر لا يتمكن منه اجماعا وعلى ان القاتل يحبس لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس واختلفوا فى اعادة البينة اذا حضر الغائب فعند ابى حنيفة يكلف الغائب بالاعادة وعندهما لا يكلف وهو قياس قول مالك والشافعى واحمد (والعبرة بحال الرمى) اى بحال المرمى فى العصمة وعدمها والحل وعدمه وقت الرمى عند ابى حنيفة (لا) بحال (الوصول) كما هو قولهما (فتجب الدية) عند ابى حنيفة (على من رمى مسلما فارتد) المرمى اليه والعياذ بالله (فوصل) اليه السهم فقتله وقالا لا شىء عليه وهو قول مالك والشافعى واحمد لان التلف حصل فى محل لا عصمة فيه فيكون هدرا ويرد شهادة اثنين اختلفا فى مكان القتل وزمانه وفيما حصل به القتل من الآلة او قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لم ادر بما ذا قتل او قال احدهما قتله بسلاح وقال الآخر بعصا وان شهدا بقتله وقالا لم ندر بما ذا قتل من الآلة تجب الدية استحسانا فى ماله يصح الصلح عن القتل العمد على اكثر من الدية لانه افتداء لنفسه ويكون المال حالا لالتزامه اياه بعقد الصلح الا ان يؤجله الولى الى اجل معلوم لان الحق له فله تأجيله كسائر الديون المؤجلة *

كتاب الديات

(الدية) لغة مصدر ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذى هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال تسمية بالمصدر والتاء فى آخره عوض عن الواو فى اوله كالعدة وهى ثابتة بالكتاب وهو قوله تعالى (ودية مسلمة الى اهله) وبالسنة وهى احاديث كثيرة وباجماع اهل العلم على وجوبها فى الجملة (من الذهب الف دينار ومن الفضة عشرة الاف درهم ومن الابل مائة) وقال الشافعى من الورق اثنى عشر الفا وبه قال مالك واحمد واسحاق لما اخرج اصحاب السنن الاربعة عن محمد بن مسلم عن عمرو بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس ان رجلا من بنى عدى قتل فجعل النبى صلى الله عليه وسلم ديته اثنى عشر الفا قال الترمذى لا نعلم احدا يذكر فى هذا الاسناد ابن عباس غير محمد بن مسلم وصحح النسائى وغيره ارساله على اسناده

(و) من رمى سهما كان (العبرة) فى الضمان (بحال الرمى) لان الضمان انما يجب بالجناية وانما يصير الشخص جانيا بفعل يدخل تحت اختياره وهو الرمى (لا) بحال (الوصول) واصابة السهم (فيجب الدية على من رمى مسلما فارتد) المرمى اليه (فوصل) السهم اليه وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا رح لا شىء على الرامى لان التلف حصل فى محل لا عصمة له واتلاف غير المعصوم هدر ولابى حنيفة رح ان الرامى انما يصير قاتلا بالرمى لان الرمى فعله والمرمى اليه وقت الرمى معصوم متقوم ولكن لا يجب القصاص لاعتبار حالة التلف لانه يصير شبهة فى سقوط القود فتجب الدية

كتاب الديات

جمع دية (الدية) مصدر من ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذى هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال دية تسمية بالمصدر و واوها محذوفة كما فى عدة وتركيبها يدل على معنى الجرى والخروج ومنه الوادى ومقدار ذلك المال (من الذهب الف دينار) لما روى ان رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم جعل دية كل ذى عهد فى عهده الف دينار وعليه الاجماع (ومن الفضة عشرة الاف درهم) وقال مالك والشافعى رحمهما الله اثنا عشر الفا (ومن الابل مائة) وللقاتل الخيار يؤدى اى نوع شاء من الانواع الثلثة ولا يثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابى حنيفة رح وقالا رح منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الف شاة ومن الحلل مائة حلة كل حلة ثوبان ازار ورداء وهو المختار وقيل فى زماننا قميص وسراويل

ولنا وهو قول الثورى وابى ثور من اصحاب الشافعى ما روى البيهقى من طريق الشافعى قال قال محمد بن الحسن بلغنا عن عمر رضى الله عنه انه فرض على اهل الذهب فى الدية الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم حدثنا بذلك ابو حنيفة عن الهيثم عن الشعبى عن عمر قال وقال اهل المدينة فرض عمر على اهل الورق اثنى عشر الف درهم قال محمد بن الحسن صدقوا ولكنه فرضها اثنى عشر الفا وزن ستة فذلك عشرة آلاف وقال محمد بن الحسن واخبرنى الثورى عن مغيرة الضبى عن ابراهيم قال كانت الدية الابل فجعلت الابل كل بعير بمائة وعشرين درهما وزن ستة فذلك عشرة آلاف درهم وقيل لشريك ان رجلا من المسلمين عاين رجلا من العدو فضربه فاصاب رجلا منا فسلت وجهه حتى وقع ذلك على حاجبيه وانفه ولحيته وصدره فقضى فيه عثمان بالدية التى عشر الفا وكانت الدراهم يومئذ وزن ستة وفى التجريد للقدورى لا خلاف ان الدية الف دينار وكل دينار عشرة دراهم ولهذا جعل نصاب الذهب عشرين دينارا ونصاب الورق مائتى درهم واعلم ان العلماء اختلفوا فى الاصل فى الدية فقال الشافعى واحمد فى رواية وابن المنذر الابل فقط فتجب قيمتها بالغة ما بلغت لما اخرجه ابو داود والنسائى وابن ماجه وصححه ابن القطان فى كتابه وابن حبان فى صحيحه من حديث عبد الله بن عمرو ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ان دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط وعصا مائة من الابل منها اربعون فى بطونها اولادها ورواه النسائى وابن ماجه من حديث عبد الله بن عمر انه صلى الله عليه وسلم فرق بين دية شبه العمد ودية الخطأ فغلظ بعضها وخفف بعضها ولا يتحقق ذلك فى غير الابل ولان الابل مجمع عليه وما عداه مختلف فيه فيؤخذ بالمتيقن وقال ابو حنيفة الابل والذهب والفضة وهو قول احمد والشافعى فى القديم ومقتضى قول المالكية ان كان القاتل من اهل البوادى والعمود فمائة من الابل وان كان من اهل الذهب كاهل الشام ومصر والمغرب فالف دينار وان كان من اهل الورق كاهل خراسان والعراق وفارس فاثنى عشر الف درهم وقال ابو يوسف ومحمد واحمد فى رواية وهو رواية عن ابى حنيفة الابل والذهب والفضة والبقر مائتا بقرة قيمة كل بقرة خمسون درهما والغنم الفا شاة والحلة مائتا حلة وهى ثوبان ازار ورداء لما روى ابو داود عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال كانت قيمة الدية على عهد رسول

الله

الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار اوثمانية آلاف درهم ودية اهل الكتاب يومئذ النصف من دية المسلمين وقال فكان ذلك حتى استخلف عمر فقام خطيبا فقال الا ان الابل قد غلت ففرضها عمر على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق اثنى عشر الفا وعلى اهل البقر مائتى بقرة وعلى اهل الشياه الفى شاة وعلى اهل الحلل مائتى حلة قال وترك دية اهل الذمة لم يرفعها ولما فى آثار محمد بن الحسن قال اخبرنا ابو حنيفة عن الهيثم عن الشعبى عن عبيدة البيلمانى قال وضع عمر الديات على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل البقرة مائتى بقرة مسنة وعلى اهل الشياه الفى شاة وعلى اهل الحلل مائتى حلة ورواه ابن ابى شيبة فى مصنفه حدثنا وكيع ابن ابى ليلى عن الشعبى عن ابى عبيدة به وفى سنن ابى داود عن محمد بن اسحاق قال ذكر عطاء عن جابر بن عبدالله انه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الدية على اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل البقرة مائتى بقرة وعلى اهل الشياه الفى شاة وعلى اهل الحلل مائتى حلة وعلى اهل الطعام شيئا لم يحفظه ابن اسحق فان قيل الابل مجهولة ماليتها والدية مقدرة بها اجيب بان التقدير بها ثبت بالآثار المشهورة ثم فائدة الخلاف تظهر فى اختيار القاتل فعند ابى حنيفة له الخيار من الانواع الثلثة فقط وعندهما من الستة (وهذه) اى المائة من الابل (فى شبه العمد ارباع) عند ابى حنيفة وابى يوسف ربع (من بنت مخاض و) ربع من بنت (لبون و) ربع (من حقة و) ربع (من جذعة) وقد سبق تفسيرها فى باب الزكوة وبهذا قال مالك واحمد فى رواية والزهرى وربيعة وسليمان ابن يسار وقال محمد والشافعى واحمد فى رواية اخرى اثلاثا ثلثون جذعة وثلثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات اى جميع الثنيات حوامل الثنية هى الطاعنة فى السادسة لما تقدم ولما اخرجه الترمذى وقال حديث حسن غريب عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من قتل متعمدا دفع الى اولياء المقتول فان شاؤا قتلوا وان شاؤا اخذوا الدية وهى ثلثون حقة وثلثون جذعة واربعون خلفة وما صالحوا عليه فهو لهم وروى مالك فى الموطا عن عمرو بن شعيب ان رجلا حذف ابنه بالسيف فقتله فاخذ عمر منه الدية ثلثين حقة وثلثين

(وهذه) اى المائة من الابل (فى شبه العمد ارباع) عند ابى حنيفة رح وابى يوسف رح خمس وعشرون (من بنت مخاض) هى التى تمت عليها حول (و) خمس وعشرون (من بنت لبون) هى التى تمت عليها حولان (و) خمس وعشرون من (حقة) وهى التى تمت عليها ثلث سنين (و) خمس وعشرون من (جذعة) هى التى تمت عليها اربع سنين وعند محمد رح والشافعى رح اثلاثا ثلثون حقة وثلثون جذعة واربعون ثنية كلها خلفات فى بطونها اولادها والثنية هى التى تمت عليها خمس سنين والخلفة التى فى بطنها ولد ومضت عليه ستة اشهر

جذعة واربعين خلفة وروى ابو داود عن مجاهد ان عمر رضى الله عنه قضى فى شبه العمد بثلثين حقة وثلثين جذعة واربعين ما بين ثنية الى بازل عامها كلها خلفات ورواه عن على انه قال فى شبه العمد اثلاثا ثلث وثلثون حقة وثلاث وثلثون جذعة واربع وثلثون ثنية الى بازل عامها كلها خلفات ولنا ما اخرجه ابو داود وسكت عنه ثم المنذرى بعده عن علقمة والاسود قالا قال عبد الله فى شبه العمد خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون بنات لبون وخمس وعشرون بنات مخاض وهذا وان كان موقوفا الا انه فى حكم المرفوع لان المقادير لاتعرف بالرأى وما اخرجه ابن حبان فى صحيحه فى كتابه صلى الله عليه وسلم الى عمرو بن حزم ان فى نفس المؤمن مائة من الابل والمراد ادنى مايكون منه وما قلناه اولى ولان دية شبه العمد اغلظ من دية الخطأ المحض وذلك فيما قلنا لانها فى الخطأ المحض تجب اخماسا ولان الجنين كالمنفصل من وجه فيكون فى معنى الزيادة على المائة وهى لاتجوز ولان الديات تعتبر بالصدقات لانها تجب على العاقلة بطريق الصلة للقاتل كالصدقات والشرع نهى عن اخذ الحوامل فى الصدقات لانها كرايم اموال الناس فكذا فى الديات

(وهى) اى دية الابل (المغلظة) لاغيرها بالاجماع حتى لوقضى القاضى بتغليظ الدية من غير الابل لم تتغلظ ولم ينفذ قضاؤه لان التقديرات لاتعرف الا بالسمع ولم يرد التغليظ من الشارع الا فى الابل ثم دية شبه العمد على العاقلة عندنا وعند الشافعى واحمد والثورى واسحاق والنخعى والحكم وحماد والشعبى وقال ابن سيرين وابن شبرمة وابو ثور وقتادة والزهرى والحارث العكلى واحمد فى رواية فى مال القاتل وهو قول مالك لان شبه العمد عنده من باب العمد لهم انها موجب فعل قصده فلم تتحمله العاقلة كالعمد المحض ولانها دية مغلظة فاشبهت دية العمد ولنا ماروى ابو هريرة قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية المرأة على عاقلتها وهو حديث متفق عليه ولانه قتل لايوجب القصاص فوجب ديته على العاقلة كالخطأ (وفى الخطأ) اى ودية الابل فى الخطأ (اخماس منها) اى من الانواع الاربعة المتقدمة (ومن ابن مخاض) بان يكون عشرين ابن مخاض وعشرين بنت لبون وعشرين حقة وعشرين جذعة وقال مالك والشافعى

(وهى) اى هذه الدية من الابل هى (الدية المغلظة) ومعنى التغليظ ان يوجب شيء فيه لا يوجب فى الخطأ والتغليظ مختلف فيه بين الصحابة رض ونحن اخذنا بقول ابن مسعود رض فان قضى بالدية فى غير الابل لم يتغلظ (وهذه) اى المائة من دية الابل (فى) قتل (الخطأ اخماس منها) اى من الاربعة المذكورة يعنى عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون من حقة وعشرون من جذعة (وعشرون من ابن مخاض) هو الذكر الذى تمت عليه سنة وقال الشافعى رح عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض

والليث

والليث والربيعة مكان عشرين ابن مخاض عشرين ابن لبون لما فى الكتب الستة من حديث سهل بن ابى خيثمة فى الذى وداه النبى صلى الله عليه وسلم بمائة من ابل الصدقات وبنو المخاض لامدخل لها فى الصدقات ولنا ما اخرجه اصحاب السنن الاربعة عن عبدالله ابن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنى مخاض ذكور قال الترمذى لانعرفه مرفوعا الامن هذا الوجه وقد روى عن عبدالله موقوفا واجاب اصحابنا عن الذى وداه النبى صلى الله عليه وسلم من ابل الصدقة بانه صلى الله عليه وسلم تبرع بذلك ولم يجعله حكما وقال النووى فى شرح مسلم المختار ما قاله جمهور اصحابنا وغيرهم من ان معناه انه صلى الله عليه وسلم اشتراها من اهل الصدقات بعد ان ملكوها ثم دفعها تبرعا منه الى القتيل انتهى وقيل لاحجة فيه لانهم لم يدعوا على اهل خيبر الا قتله عمدا فيكون ديته دية العمد وهى من اسنان الصدقة وانما الخلاف فى الخطأ

(وكفارتهما) اى شبه العمد والخطأ (عتق مؤمن فان عجز صام شهرين ولاء) اى متتابعين لقوله تعالى (فتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين) الآية وان كانت فى الخطأ الا انه شبه العمد خطأ فى حق القتل وان كان عمدا فى حق الضرب فيتناولهما الآية ولا يجزىء فى كفارة القتل الاطعام وقال الشافعى فى قول واحمد فى رواية ان لم يقدر على الصيام يجب اطعام ستين مسكينا لانها كفارة فيها عتق وصيام شهرين متتابعين فكان فيها اطعام ستين مسكينا عند عدمهما كفارة الظهار والفطر فى رمضان ولنا ان المقادير لاتعرف الا بالنص ولم يرد فى الاطعام شىء (وصح) فى عتق الكفارة (رضيع احد ابويه مسلم) لانه مسلم تبعا والظاهر سلامة اطرافه (لا الجنين) اى لايصح فى عتق الكفارة الحمل لانه لم تعلم حياته ولاسلامة اطرافه (و) الدية (للمرأة نصف ما للرجل فى النفس وما دونها) وهو ظاهر مذهب الشافعى ومختار ابن المنذر وبه قال الثورى والليث وابن ابى ليلى وابن شبرمة وابن سيرين لما اخرجه البيهقى عن معاذ بن جبل قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم دية المرأة على النصف من دية الرجل وما اخرجه ابراهيم عن على بن ابى طالب انه قال عقل المرأة على النصف من عقل الرجل فى النفس وفيما دونها وروى الشافعى فى مسنده عن ابن شهاب عن مكحول وعطاء قالوا ادركنا الناس على ان

(وكفارتهما) اى كفارة شبه العمد والخطأ (عتق) انسان (مؤمن) ذكرا كان اوانثى لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة وعن اصحابنا رح انه لا كفارة فى شبه العمد عند ابى حنيفة رح والصحيح هو الاول (فان عجز) عن العتق (صام شهرين ولاء) لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين والاطعام غير مشروع فيه لانه غير منصوص عليه واثبات الابدال بالرأى لا يجوز (وصح) عن الكفارة صبى (رضيع احد ابويه مسلم) لانه مسلم بتبعية خير الابوين دينا (لا) يصح (الجنين) لانه عضو من وجه ولم يعرف حيوته وسلامته (وللمرأة نصف ما للرجل فى دية النفس وما دونها) حتى يجب فى قتل المرأة خطأ خمسة الاف درهم وفى قطع يدها الفان وخمسمائة هكذا روى عن على رض وعن زيد بن ثابت رض ثلث الدية وما فوقها يتنصف وما دونها لا يتنصف وبه قال الشافعى رح

دية الحر المسلم على عهد النبى صلى الله عليه وسلم مائة من الابل فقوم عمر تلك الدية على اهل القرى الف دينار اواثنى عشر الف درهم ودية الحرة المسلمة اذا كانت من اهل القرى خمسمائة دينار اوستة آلاف درهم وان كان الذى اصابها من الاعراب فديتها خمسون من الابل وقال الشافعى فى القديم مادون الثلث لايتنصف وكذا الثلث وبه قال مالك واحمد وهو قول الفقهاء السبعة وابن المسيب وعمر بن عبد العزيز وعروة بن الزبير والزهرى وقتادة والاعرج وربيعة وروى عن عمر وابنه وزيد بن ثابت لماروى النسائى فى سننه عن عيسى بن يونس الرملى عن ضمرة عن اسماعيل بن عياش عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ العقل الثلث من ديتها واخرج البيهقى عن الشعبى عن زيد بن ثابت قال جراحات الرجال والنساء سواء الى الثلث فما زاد فعلى النصف واخرج ايضا عن ربيعة انه سأل ابن المسيب كم فى اصبع المرأة قال عشرة قال كم فى اثنين قال عشرون قال كم فى ثلث قال ثلثون قال كم فى اربع قال عشرون فقال ربيعة حين عظم جرحها واشتدت مصيبتها نقص عقلها قال اعراقى انت قال ربيعة عالم متثبت اوجاهل متعلم قال يا ابن اخى انها السنة واجيب عن الاوّل بان اسماعيل بن عياش عن الحجازيين ضعيف وابن جريج حجازى وعن الثانى بانه منقطع وعن الثالث بان الشافعى قال فى آخره كنا نقول به ثم رجعت عنه فانا اسأل الله الخيرة لانا نجد من يقول السنة ثم لا نجد نفاذا بها عن النبى صلى الله عليه وسلم والقياس اولى بنافيها (والذمى كالمسلم) اى ودية الذمى كدية المسلم وقال الشافعى دية اليهودى والنصرانى اربعة آلاف درهم وهو قول احمد وقال مالك دية اليهودى والنصرانى نصف دية المسلم لما اخرجه اصحاب السنن الاربعة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده واللفظ لابى داود ان النبى صلى الله عليه وسلم قال دية المعاهد نصف دية الحر ولفظ الترمذى دية عقل الكافر نصف عقل المسلم وقال حديث حسن ولفظ النسائى عقل اهل الذمة نصف عقل المسلمين وهم اليهود والنصارى ولفظ ابن ماجه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ان عقل اهل الكتابين نصف عقل المسلمين وهم اليهود والنصارى وما اخرجه الطبرانى فى معجمه الاوسط عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى

(والذمى) والمستأمن (كالمسلم) فى الدية وقال الشافعى رح دية الكتابى اربعة الاف درهم ودية المجوسى ثمانمائة درهم وقال مالك رح دية الكتابى ستة الاف درهم وهو احد قولى الشافعى رح

الله

الله عليه وسلم ان دية المعاهد نصف دية المسلم وللشافعى ما رواه عبد الرزاق فى مصنفه فى كتاب العقول عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض على كل مسلم قتل رجلا من اهل الكتاب اربعة آلاف درهم ورواية ابى داود عن عمرو بن شعيب توفق بين رواية عبد الرزاق ورواية السنن عنه وهى قوله كانت قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار اوثمانمائة آلاف درهم ودية اهل الكتاب يومئذ النصف من دية المسلمين قال وكان ذلك حتى استخلف عمر فقام خطيبا فقال الا ان الابل قد غلت قال ففرضها عمر رضى الله عنه على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق اثنى عشر الفا وعلى اهل البقر مائتى بقرة وعلى اهل الشياه الفى شاة وعلى اهل الحلل مائتى حلة قال وترك دية اهل الذمة لم يرفعها فيما رفع من الدية وروى الشافعى فى مسنده عن فضيل بن عياض عن منصور عن ثابت عن سعيد بن المسيب عن عمر ابن الخطاب انه قضى فى اليهودى والنصرانى اربعة آلاف درهم وفى المجوسى ثمانمائة درهم وروى ايضا فى مسنده عن ابن عيينة عن صدقة بن يسار عن سعيد بن المسيب قال قضى عثمان فى دية اليهودى والنصرانى باربعة آلاف درهم ولان نقصان الكفر فوق نقصان الانوثة وبالانوثة ينتصف الدية بالاجماع فينبغى ان يكون بالكفر انقص من النصف فيكون ثلث دية المسلم وهى عند الشافعى اثنى عشر الف درهم ولان الدية تنقص باعتبار الرق وهو اثر من آثار الكفر فلان ينقص باعتبار الكفر اولى ولان عقد الذمة ادون من الاسلام فينبغى ان لا يؤثر فى حقن الدم من الاسلام ولنا ما اخرجه ابو داود فى مراسيله عن سعيد بن المسيب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم دية كل ذى عهد فى عهده الف دينار ووقفه الشافعى فى مسنده على سعيد فقال اخبرنا محمد ابن الحسن انبأنا محمد بن يزيد انبأنا سفيان بن حسين عن الزهرى عن سعيد بن المسيب قال دية كل معاهد فى عهده الف دينار وما اخرجه الترمذى وقال حديث غريب لانعرفه الا من هذا الوجه عن ابى سعيد البقال عن عكرمة عن ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم ودى العامريين بدية المسلم وكان لهما عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو سعيد البقال اسمه سعيد بن المرزبان قال الترمذى فى علله الكبير قال البخارى هو مقارب الحديث وما اخرجه الدار قطنى

عن ابى كرز قال سمعت نافعا عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه ودى ذميا دية مسلم الا انه قال وابو كرز هذا متروك الحديث ولم يروه عن نافع غيره وما رواه ايضا عن عثمان بن عبدالرحمن الوقاصى عن الزهرى عن على بن الحسين عن عمرو بن عثمان عن اسامة بن زيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل دية المعاهد كدية المسلم وقال عثمان الوقاصى متروك وما رواه محمد بن الحسن فى كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة حدثنا الهيثم بن ابى الهيثم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وابابكر وعمر وعثمان قالوا دية المعاهد دية الحر المسلم وما روى ابو داود فى مراسيله بسنده صحيح عن ربيعة بن عبد الرحمن قال كان عقل الذمى مثل عقل المسلم فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وزمن ابى بكر وعمر وعثمان حتى كان صدرا من خلافة معاوية فقال معاوية ان كانوا اصيبوا به فقد اصيب به بيت مال المسلمين فاجعلوا لبيت المال النصف ولاهله النصف خمسمائة دينار ثم قتل آخر من اهل الذمة فقال معاوية لو انا نظرنا الى هذا الذى يدخل بيت مال المسلمين فجعلناه موضوعا عن المسلمين وعونا لهم قال فمن هنالك وضع عليهم خمسمائة وروى عبد الرزاق ايضا اخبرنا معمر عن الزهرى قال كان دية اليهودى والنصرانى فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم مثل دية المسلم وكذا فى زمن ابى بكر وعمر وعثمان فلما كان زمن معاوية اعطى اهل القتيل النصف والقى النصف فى بيت المال ثم قضى عمر بن عبدالعزيز ثم فى النصف والقى ما كان جعل معاوية قال الزهرى ولم يقض ان اذاكر عمر فاخبره ان الدية كانت تامة لاهل الذمة قلت للزهرى بلغنى عن ابن المسيب قال ديته اربعة آلاف فقال خير الامور ما عرض على كتاب الله قال الله تعالى (وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله) وروى عبدالرزاق فى مصنفه عن ابن جريج عن مجاهد عن ابن مسعود قال دية المعاهد مثل دية المسلم وروى ايضا عن معمر عن الزهرى عن سالم عن ابيه ان رجلا قتل رجلا من اهل الذمة فرفع الى عثمان فلم يقتله وجعل عليه الف دينار وروى الدار قطنى فى سننه عن الحسين بن صفوان عن عبيد الله بن احمد عن رهمويه عن ابراهيم بن سعيد عن ابن شهاب ان ابابكر وعمر كانا يجعلان دية اليهودى والنصرانى المعاهدين دية الحر المسلم واخرج ابن ابى

شيبة نحوه عن علقمة ومجاهد وعطاء والشعبى والنخعى والزهرى وروى عبد الرزاق عن ابى حنيفة عن الحاكم بن عيينة عن على انه قال دية كل ذمى مثل دية مسلم قال ابو حنيفة وهو قولى وتقدم مارواه عبد الرزاق عن محمد بن الحسن بسنده الى على انه قال من كان له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا ولانه حر معصوم الدم فتكمل ديته كالمسلم ودية المجوسى كالكتابى عندنا لا ثمانمائة درهم فقط كما قال مالك والشافعى واستدلا بماتقدم من رواية الشافعى عن عمر انه قضى فى اليهودى والنصرانى اربعة آلاف وفى المجوسى ثمانمائة ورواه عبد الرزاق وابن ابى شيبة فى مصنفيهما عن عمر نحوه ولنا ما سبق من رواية ابى داود فى مراسيله عن سعيد بن المسيب مرفوعا دية كل ذى عهد فى عهده الف دينار (ففى الانف) اى فى اتلافه كلا اوبعضا (و) فى (الحشفة) سواء كانت وحدها اومع الذكر (و) فى (العقل و) فى (احدى الحواس) وهو السمع والبصر والشم والذوق واللمس (و) فى (اللسان) كله اوبعضه (ان منع اداء اكثر الحروف و) فى (اللحية وشعر الرأس اذا لم ينبت) اى اذا حلق ولم ينبت الشعر سنة وكذا فى الحاجبين (كل الدية) والحاصل ان الجناية اذا فوتت منفعة على الكمال او ازالت جمالا مقصودا فى الآدمى على الكمال تجب الدية لان ذلك اتلاف النفس من وجه واتلاف النفس من وجه ملحق باتلافها من كل وجه اما الانف فلما روى عبد الرزاق فى مصنفه عن ابن جريج عن ابن طاوس انه قال فى الكتاب الذى عندهم عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الانف اذا قطع مارن الانف الدية ومارن الانف اطرافه اوما لان منه كما فى القاموس وفى سنن النسائى ومراسيل ابى داود عن سليمان بن ارقم عن الزهرى عن ابى بكر بن محمد بن حزم عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب كتابا الى اهل اليمن فيه الفرايض والسنن والديات وبعث به مع عمرو بن حزم فقرئت على اهل اليمن هذه نسختها من محمد النبى الى شرحبيل بن عبد كلال ونعيم بن عبد كلال قيل ذى رعين ومعافر وعمدان اما بعد وكان فى كتابه ان من اعتبط مؤمنا قتلا عن بينة فانه قود الا ان يرضى اولياء المقتول وان فى النفس الدية مائة من الابل وفى الانف اذا اوعب جدعه الدية وفى رواية وفى الانف اذا استوعب مارنه الدية وفى اللسان الدية وفى الشفتين الدية وفى البيضتين

واحدة والاصل انه اذا فوت جنس المنفعة على الكمال اوازال به جمالا مقصودا فى الادمى على الكمال يجب كل الدية لانه اتلاف النفس من وجه واتلاف النفس من وجه ملحق باتلاف النفس من كل وجه تعظيما للادمى ففى الانف كل الدية لانه ازال جمالا على الكمال لان كل جمال الوجه به فصارت النفس كانها هالكة (و) كذا (فى الحشفة) كل الدية لانها الاصل فى حقيقة الايلاج والدفق والقصبة تابعة (وفى العقل) كل الدية لان العقل من اعظم ما يختص به الادمى (وفى احدى الحواس الخمسة) كالسمع والبصر والذوق والشم واللمس كل الدية لان فى كل واحد منها منفعة مقصودة فقد روى عن عمر رض انه قضى باربعة ديات لرجل على رجل بضربة واحدة على الرأس ذهب بها عقله وبصره وسمعه ومنفعة ذوقه (و) كذا (فى اللسان) كل الدية (ان منع) النطق و (اداء اكثر الحروف) وكذا فى قطع بعض اللسان اذا منع الكلام كل الدية ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف يتعلق باللسان فبقدر مالا يقدر يجب وقيل ان قدر على اداء اكثر الحروف يجب حكومة عدل (وفى اللحية) اذا حلقت ولم تنبت سنة كل الدية (و) كذا (فى شعر الراس اذا) حلق و(لم ينبت) الشعر سنة (كل الدية) فان مات قبل مضى السنة ولم ينبت لا شئ فيه وتكلموا فى لحية الكوسج والاصل انه اذا كان على ذقنه شعرات معدودة ليس فى حلقها شئ لان وجودها يشينه ولا يزينه وان كان على الذقن والخد جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وهذا كله اذا فسد النبت فاذا نبت حتى استوى كما كان لا يجب شئ لانه ليس لفعل الجانى اثر فهو بمنزلة الضربة التى لا يبقى فى اللحية وشعر الرأس حكومة عدل

اثرها ولكنه يؤدب على ذلك وقال مالك رح والشافعى رح يجب * ٤٣

الدية وفى الذكر الدية وفى الصلب الدية وفى العينين الدية وفى العين الواحدة نصف الدية وفى اليد الواحدة نصف الدية وفى الرجل الواحدة نصف الدية وفى المأمومة ثلث الدية وفى الجائفة ثلث الدية وفى المنقلة خمسة عشر من الابل وفى الموضحة خمس من الابل وان الرجل يقتل بالمرأة وعلى اهل الذهب الف دينار ورواه ابن حبان فى صحيحه والحاكم فى مستدركه وقال اسناده صحيح وهو قاعدة من قواعد الاسلام وما روى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن وكيع عن ابن ابى ليلى عن عكرمة بن خالد عن رجل من ال عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الانف اذا استوصل مارنه الدية ولانه ازال بقطع الارنبة وهى طرف الانف جمالا على الكمال مقصودا وبقطع المارن منفعة مقصودة لان منفعة الانف ان يجتمع الروايح فى قصبته لتعلو الى الدماغ وذلك يفوت بقطع المارن ولو قطع المارن مع قصبة الانف وهى عظمة واحدة لايزاد على دية واحدة وهو قول مالك واحمد وقال الشافعى فى المارن الدية وفى القصبة حكومة عدل لان المارن وحده موجب للدية فتجب الحكومة فى الزائد كما لو قطع القصبة وحدها وقطع لسانه ولنا ما اخرجه البزار فى مسنده عن ابى بكر بن عبيد الله بن عمر عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الانف اذا استوعب جدعه الدية ولانه عضو واحد فلا يجب فيه اكثر من دية ولو قطع انفه فذهب شمه فعليه ديتان لان الشم فى غير الانف فلا تدخل دية احدهما فى الآخر كالسمع مع الاذن واما الحشفة فلما روى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن الزهرى ان النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى الذكر الدية مائة من الابل اذا استوصل اوقطعت حشفته واخرج البيهقى عن ابن المسيب قال مضت السنة ان فى الذكر الدية وفى الانثيين الدية ولان قطع الذكر يفوت به منفعة الوطى والايلاد والرمى بالبول ودفق الماء والايلاج الذى هو طريق الاعلاق عادة والحشفة اصل فى منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له واما العقل اذا ذهب بضربة فلفوات منفعة الادراك لان الانسان به يتميز عن غيره من جنس الحيوان وبه ينتفع نفسه فى امر معاشه وزاد معاده واما احدى الحواس فلان كل واحدة منها منفعة مقصودة وقد روى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن ابى خالد عن عوف الاعرابى قال سمعت شيخا فى زمان الجماجم فنعت نعته فقيل ذلك

ابو المهلب عم رمى ابى قلابة قال ضرب رجل رجلا بحجر فى رأسه فى زمان عمر بن الخطاب فذهب سمعه وعقله ولسانه وذكره فلم يقرب النساء فقضى عمر فيها باربع ديات وهو حى رواه عبد الرزاق فى مصنفه عن سفيان الثورى عن عوف به وفى المبسوط ويعرف فوات هذه المعانى بتصديق الجانى او نكوله اذا استحلف ويعرف فوات البصر بقول عدلين من الاطباء وفى الذخيرة طريق معرفة ذهاب السمع ان يتغافل وينادى فان اجاب لذلك علم ان سمعه لم يذهب وحكى الناطفى عن القاضى ابى حازم والقدورى عن اسماعيل بن حماد ان رجلا ضرب رأس امرأته فزعمت ان سمعها ذهب فاشتغل اسمعيل بالقضاء ثم التفت اليها وهى غافلة وقال استرى عورتك فجعلت تجمع ثيابها فعلم انها سامعة وفى المنتقى قال ابو يوسف لايعرف ذهاب السمع والقول فيه للجانى واما طريق معرفة ذهاب البصر فقال محمد بن مقاتل الرازى يستقبل الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم ان الضوء باق وان لم تدمع علم ان الضوء ذاهب وذكر الطحاوى انه يلقى بين يديه حية فان هرب منها علم ان بصره لم يذهب وفى الاصل قال محمد ان لم يعلم بما ذكرنا يعتبر فيه الدعوى والانكار والقول للجانى مع يمينه على البتات لان هذا يمين على فعل نفسه وهو اذ هاب بصر غيره منه واما اللسان فلماروى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن وكيع عن ابى ليلى عن عكرمة بن خالد عن رجل من آل عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى اللسان الدية كاملة وما اخرج ابن عدى فى كامله عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال فى اللسان الدية اذا منع من الكلام ولان فى قطعه فوات منفعة مقصودة به وهى النطق وكذا فى قطع بعضه اذا منع الكلام لان الدية تجب لتفويت المنفعة لالتفويت صورة الآلة وقد حصل تفويت المنفعة بالامتناع عن الكلام ولو قدر على التكلم ببعض الحروف دون بعض تقسم الدية على عدد الحروف الثمانية والعشرين من حروف المعجم وهو قول مالك والشافعى واحمد وقيل على الحروف التى تتعلق باللسان فيقدر مالا يقدر تجب وهو قول بعض اصحاب الشافعى ووجه فن احمد والحروف التى تتعلق باللسان هى ما عدى الشفوية والحلقية والشفوية اربعة الباء والميم والواو والفاء والحلقية ستة الهمزة والهاء والعين والحاء والغين والخاء ولو بدل حرفا مكان

حرف مثل ان يقول فى درهم دلهم فعليه ضمان الحرف لتلفه وما صار بدله لاتقوم مقامه واما شعر اللحية وشعر الرأس فان اللحية فى اوانها جمال على الكمال وكذا شعر الرأس جمال على الكمال وبه قال احمد والثورى وقال مالك والشافعى تجب فيهما حكومة عدل لانه شعر ينمو من البدن بعد كمال الخلقة ولايتعلق بحلقه كمال الدية كشعر الصدر ولنا ان شعر الصدر والساق لايتعلق بهما جمال ولا منفعة فلا يجب باذهابه شىء بخلا فهما قيد بعدم النبت لانهما لو نبتا كما كانا لا يجب شىء لان فعل الجانى لايبقى بلا اثر فكان كالضربة التى ذهب اثرها ولا فرق فى هذا بين الخطأ والعمد ولا بين الرجل والمرأة ولا بين الصغير والكبير ويؤخر سنة فان نبت الشعر لم تجب الدية وان مات قبل مضيها لاشىء فيه وفى الشارب حكومة عدل على الصحيح لانه تابع للحية فصار كبعض اطرافها وفى لحية كوسج الاصح ان كان على ذقنه شعرات معدودات لا يجب شىء لان وجودها يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك فهو على الخد والذقن جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه نقص الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفى لحيته كمال جمال (كما فى اثنين) اى كما تجب الدية كاملة فى اثنين (مما فى البدن) منه (اثنان) كالعينين واليدين والرجلين والشفتين والاذنين والانثيين (وفى احدهما) اى احد اثنين مما فى البدن منه اثنان (نصفها) اى نصف الدية لما اخرجه النسائى فى سننه وابو داود فى مراسيله عن ابى بكر محمد بن حزم عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب كتابا الى اهل اليمن فيه الفرايض والسنن والديات وبعث به مع عمرو بن حزم فكان فيه وفى الشفتين الدية وفى البيضتين الدية وفى العينين الدية وفى العين الواحدة نصف الدية وفى اليد الواحدة نصف الدية وفى الرجل الواحدة نصف الدية ولان فى تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويتا لجنس منفعة اولكمال الجمال فيجب كمال الدية وفى تفويت احدهما تفويت نصف المنفعة فيجب نصف الدية وفى ثدىى المرأة الدية وفى احداهما نصف دية المرأة وفى ثدىى الرجل حكومة عدل وهو قول ابن المنذر وظاهر مذهب الشافعى وقال احمد واسحاق والشافعى فى قول تجب الدية لان ما وجب فيه الدية من عضو يستوى فيه المرأة والرجل كسائر الاعضاء ولانهما عضوان

(كما) يجب الدية (فى اثنين) مما يوجد (فى البدن اثنان) ففى العينين او اليدين او الشفتين او الحاجبين او اللحيين او الاليتين او الرجلين او الاذنين او الانثيين او ثدى المرأة كل الدية (وفى احداهما نصفها) وقال مالك والشافعى رح يجب فى الحاجبين حكومة عدل

بهما الجمال فتجب الدية بذهابهما كالاذنين الشاخصين ولنا ان ذهاب ثدیی المرأة فيه تفويت منفعة كاملة وجمال كامل بخلاف ثدیی الرجل فانه ليس فی اذهابهما تفويتا لمنفعة ولاالجمال وفی حلمتی ثدیی المرأة الدية وفی احديهما نصفها وقال مالك والثوری ان ذهب اللبن وجبت الدية والا وجبت حكومة عدل والحلمة محركة رأس الثدی وهو الثؤلون فی وسطه (وفی اشفار العينين) وكذا فی اجفانهما (الدية) والاشفار جمع الشفر بالضم وبفتح وهو منبت الاهداب جمع الهدب وهو بضم وضمتين الشعر الذی على العين والجفن بالفتح غطاء العين من اعلى واسفل وجمعه اجفان وجفون وجفن بضمتين وبضم فسكون (وفی احدهما ربعها) وهكذا عند اكثر اهل العلم وحكی عن مالك ان فی جفن العينين الاجتهاد ولو قلع العين باجفانها تجب ديتان دية العين ودية اجفانها لانهما جنسان كاليدين والرجلين (وفی كل اصبع) من اصابع اليدين اوالرجلين (عشرها) اى عشر الدية لما اخرجه الترمذی وقال حسن صحيح وابن حبان فی صحيحه وقال ابن القطان فی كتابه رجال اسناده كلهم ثقات عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم دية اصابع اليدين والرجلين سواء عشرة من الابل لكل اصبع ورواه احمد فی مسنده ولفظه ان النبی صلى الله عليه وسلم سوى بين الاصابع والاسنان فی الدية وما اخرجه الجماعة الامسلم عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه وهذه سواء يعنی الابهام والخنصر ولان فی قطع الكل تفويت جنس منفعة البطش وفيه دية كاملة وهی عشر فتنقسم الدية عليها (وفی مفصل) اصبع (غير الابهام ثلثه) اى ثلث عشر الدية (وفی مفصله) اى مفصل الابهام (نصفه) اى نصف عشر الدية اعتبارا لانقسام دية الاصبع على مفاصيله بانقسام دية اليد على الاصابع (كما فی كل سن) اى كما وجب نصف عشر الدية وهو خمس من الابل فی قلع كل سن اذا كان خطأ سواء كان ضرسا اوثنية لما اخرجه ابو داود عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فی الاسنان خمس من الابل فی كل سن ولما فی كتاب عمرو بن حزم وفی السن خمس من الابل ولما اخرجه ابو داود وابن ماجه عن قتادة عن عكرمة عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الاصابع والاسنان سواء وفی

(و)كذا يجب كل الدية (فی اشفار العينين) اذا لم ينبتا (وفی احدهما) اى احد الاشفار (ربعها) اى ربع الدية ثم يحتمل ان يراد بالاشفار الاهداب مجازا ويحتمل ان يرادبها منابت الشعر والحكم فيها هكذا ولو قطع الجفون باهدابها تجب دية واحدة لان الاهداب والجفون كشیء واحد فصار كالمارن مع القصبة ويجب فی قطع اصابع اليدين او الرجلين كل الدية (وفی كل اصبع) من اليد او الرجل (عشرها وفی) كل (مفصل) من الاصابع (غير الابهام ثلثه) اى ثلث عشر الدية (وفيه) اى فی كل مفصل من الابهام (نصفه) اى نصف عشر الدية (كما فی كل سن) فان فيه نصف عشر الدية لقوله عليه السلام وفی كل سن خمس من الابل وبهذا يستغنی عن بيان الحكمة فی وجوب نصف العشر مع ان عدد الاسنان اثنان وثلثون

رواية البزار عنه موقوفا ان الاسنان كلها سواء الثنية والضرس سواء هذه وهذه سواء ولان الكل فى اصل المنفعة وهو المضغ سواء وبعضها وان كان فيه زيادة منفعة لكن فى البعض الآخر جمال وهو كالمنفعة فى الآدمى وانما قيدنا بالخطأ لان العمد فيه القصاص ولو قلع جميع اسنانه تجب ستة عشر الفا وليس فى البدن عضو ديته اكثر من دية النفس سوى الاسنان وفيه ايماء الى ان موت الانسان اهون من فوت الاسنان وفى الكوسج تجب اربعة عشر الفا لان اسنانه تكون ثمانية وعشرين حكى ان امرأة قالت لزوجها يا كوسج فقال ان كنت كوسجا فانت طالق فسئل ابو حنيفة فقال تعد اسنانه ان كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج (وكل عضو ذهب نفعه بضرب ففيه دية) كما لوضرب يده فشلت او عينه فذهب ضوؤها (ولا قود فى الشجاج) وهى فى اللغة ما يكون فى الرأس والوجه واما ما يكون فى غيرهما فيسمى جراحة (الا فى الموضحة عمدا) وهى التى توضح العظم اى تبينه وتظهره لما اخرجه البيهقى مرسلا عن طاوس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل ملك ولا قصاص فيما دون الموضحة من الجراحات اخرج عبد الرزاق فى مصنفه عن الحسن وعمر بن عبد العزيز ان النبى صلى الله عليه وسلم لم يقض فيما دون الموضحة بشىء وقال محمد فى الاصل وهو ظاهر الرواية وقول مالك يجب القصاص فيما دون الموضحة وفى شرح الوافى وهو الصحيح لظاهر قوله تعالى (والجروح قصاص) وروى الحسن عن ابى حنيفة انه لا قصاص فيما دون الموضحة وهو قول الشافعى واحمد (وفيها) اى فى الموضحة (خطا نصف عشر الدية وفى الهاشمة) وهى التى تكسر العظام (عشرها) اى عشر الدية (وفى المنقلة) وهى التى تنقل العظم بعد الكسر اى تحوله (عشرها) اى عشر الدية (ونصفه و) فى (الآمة) وهى التى وصل الى ام الرأس وهو الغشاء الرقيق الذى فيه الدماغ (و) فى (الجائفة) وهى الجراحة التى وصلت الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجبين والاسم دليل عليه (ثلثها) اى ثلث الدية لقوله عليه السلام فى كتاب عمرو ابن حزم الذى اخرجه النسائى وابو داود فى المأمومة ثلث الدية وفى الجائفة ثلث الدية وفى المنقلة خمس من الابل وليس فيه ذكر الهاشمة لكن اخرج عبد الرزاق فى مصنفه عن زيد بن ثابت قال فى الموضحة خمس وفى الهاشمة عشر وفى المنقلة خمس

(وفى كل عضو ذهب نفعه بضربه) كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوءها (ففيه دية) كل العضو لان الحكم منوط اى متعلق بتفويت جنس المنفعة لا بتفويت الصورة (ولا قود فى الشجاج لانه لا يمكن حفظ المماثلة فيها (الا فى الموضحة) اذا كانت (عمدا) الموضحة هى الشجة التى تظهر العظم واعتبار المساواة فيها ممكن بان ينتهى السكين الى العظم وعن محمد رح فى الاصل انه يجب القود فيما قبل الموضحة بان يسمر غورها بمسمار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك ويقطع بها مقدار ما قطع (وفيها) اى فى الموضحة اذا كانت (خطأ نصف عشر الدية وفى الهاشمة) هى التى تكسر العظم من الهشم وهو كسر الشىء (عشرها وفى المنقلة هى التى تنقل العظم اى تحوله بعد الكسر (عشرها ونصفه) اى نصف العشر (وفى الآمة) هى التى بلغت الى ام الدماغ وهى الجلدة التى فيها الدماغ (و)فى (الجائفة)هى الجراحة التى وصلت الى الجوف (ثلثها)

عشرة وفى المأمومة ثلث الدية واما ما وصل من الرقبة الى الموضع الذى اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك لا يكون جايفة وذكر ابن عبد البر ان مالكا وابا حنيفة والشافعى واصحابهم اتفقوا على ان الجايفة لا تكون الا فى الجوف وبه قال احمد (وفى جايفة نفذت) الى الجانب الآخر (ثلثاها) قال ابن عبد البر لا اعلمهم يختلفون فى ذلك وروى عن ابى حنيفة وبعض اصحاب الشافعى انها جائفة واحدة لان الجائفة تنفذ من ظاهر البدن الى الجوف والثانية هنا تنفذ من الباطن الى الظاهر وللجمهور ما روى عبد الرزاق فى مصنفه عن الثورى عن محمد بن عبد الرحمن عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن ابن المسيب قال قضى ابو بكر فى الجائفة تكون نافذة بثلثى الدية وقال هما جائفتان قال سفيان ولا تكون الجائفة الا فى الجوف ورواه ابن ابى شيبة فى مصنفه عن عبد الرحمن بن سليمان عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب ان قوما كانوا يرمون فرمى رجل منهم بسهم خطأ فاصاب بطن رجل فانفذه الى ظهره فدوى فبرأ فرفع الى ابى بكر فقضى فيه بجائفتين (و) فى (الحارصة) وهى بمهملتين التى تحرص الجلد اى تخدشه ولا تخرج الدم (و) فى (الدامعة) بالعين المهملة وهى التى تظهر الدم ولا تسيله (و) فى (الدامية) وهى التى تسيل الدم وقال المرغينانى فى الدامية هى التى تدمى من غير ان يسيل منها دم هو الصحيح وروى عن ابى عبيد والدامعة هى التى تسيل منها الدم كدمع العين (و) فى (الباضعة) بالضاد المعجمة والعين المهملة وهى التى تبضع الجلد اى تقطعه (و) فى (المتلاحمة) وهى التى تأخذ اللحم وتقطعه كله ثم يتلاحم بعد ذلك اى يلتئم ويتلاصق (و) فى (السمحاق) وهو التى تصل الى السمحاق وهى الجلدة الرقيقة التى بين اللحم وعظم الرأس (حكومة عدل) مبتدأ مقدم الخبر وانما تجب حكومة عدل لما روى محمد بن الحسن فى كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابراهيم عن شريح قال فى الجائفة ثلث الدية وفى الآمة ثلث الدية فاذا ذهب العقل فالدية كاملة وفى المنقلة عشر وفى الموضحة نصف عشر الدية وفى غير ذلك من الجراحات حكومة عدل (فيقوم) المجنى عليه (عبدا بلا هذا الاثر ثم) يقوم عبدا (معه) اى مع هذا الاثر (فقدر التفاوت بين القيمتين من الدية هو) ذلك القدر (هى) اى

(وفى جائفة نفذت) الى الجانب الآخر (ثلثاها) لانها بمنزلة الجائفتين (وفى الحارصة) هى التى تحرص الجلد اى تشقه وتخدشه (والدامعة) هى التى تظهر الدم ولا تسيل كالدمع فى العين (والدامية) هى ما تسيل الدم (والباضعة) هى التى تبضع الجلد اى تقطعه (والمتلاحمة) هى التى تشقق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها اى تتلايم وتتلاصق (والسمحاق وهى جلدة رقيقة فوق الفخذ اى اذا انتهت اليها الشجة سميت سمحاقا (حكومة عدل) اختلفوا فى تفسير حكومة العدل قال الطحاوى رح (فيقوم) المجنى عليه لو فرض انه لو كان عبدا (بلا هذا الأثر ثم) يقوم (معه) اى مع هـــذا الأثر (فقدر التفاوت بين القيمتين) من الدية (هو) اى قدر التفاوت (هى) اى حكومة العدل فان كان من غير الجراحة يبلغ قيمته الفا مثلا ومع الجراحة يبلغ قيمته تسعمائة علم ان الجراحة اوجبت نقصان عشر قيمته فوجب عشر الدية وبهذا القول اخذ شمس الائمة السرخسى رح

حكومة العدل (وبه يفتى) كما قال قاضيخان وهذا تفسير الحكومة عند الطحاوى وبه اخذ الحلوانى وهو قول مالك والشافعى واحمد وكل من يحفظ عنه العلم كما قاله ابن المنذر وقال الكرخى فى تفسيرها ان ينظر كم مقدار هذا الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من دية الموضحة لان مالا نص فيه يرد الى ما فيه نص قال شيخ الاسلام وهو الاصح ثم من مشايخنا من سوى بين الرجل والمرأة فى الحكومة ومنهم من قال بل فى المرأة على النصف مما يجب فى الرجل وهو الذى ذكره القدورى فى تفسير الحكومة وقال بعض المشايخ فى تفسيرها ينظر الى قدر ما يحتاج اليه من النفقة الى ان تبرأ هذه الجراحة فتجب على الجانى فان عرف القاضى مقداره والا سأل من له علم بذلك من الاطباء قالوا وهذا لا يقوى لان الناس يتفاوتون فى ذلك فمنهم من يكون ابطأ برأ ومنهم من يكون اسرع برأ ثم هذا اذا بقى للجراحة اثر واما اذا لم يبق فقال ابو يوسف لا شئ على الجانى وقال محمد يلزمه قدر ما انفق الى ان يبرأ وقال اكثر اهل العلم بقول ابى يوسف (وفى اصابع يدمع نصف الساعد نصف دية) فى اليد (وحكومة عدل) فى نصف الساعد (والكف تابع) للاصابع فلا شئ فيه (والعبرة) فى اليد (للاصابع) فنصف الدية فيها وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وهو رواية عن ابى يوسف وهو ظاهر مذهب الشافعى وعن ابى يوسف ايضا ان ما زاد على الاصابع من اليد الى المنكب تابع لها ومن الرجل الى اصل الفخذ تابع لها وبه قال بعض اصحاب الشافعى واحمد ومالك وابن ابى ليلى والنخعى وقتادة وعطاء لان اسم اليد الى المنكب والرجل الى الفخذ لغة وعرفا فلا يلزم اكثر من ديتها ولانه عليه السلام قضى على قاطع اليد بنصف الدية (وفى اصبع زائدة) على الاصابع (حكومة عدل) وكذا فى سن زائدة على الاسنان لانه لا منفعة فيها ولا زينة لها فلا يجب ارش مقدر فيها لكنها جزء من الآدمى فلم يمكن اهدارها وفى الذخيرة سواء كان ذلك عمدا او خطأ وسواء كان للقاطع اصبع زائدة ام لا (و) فى (عين صبى و) فى (ذكره و) فى (لسانه حكومة عدل) مبتدأ خبره مقدم (لو لم تعلم الصحة بما دل على نظره و) بما دل على (كلامه و) بما دل (على حركة ذكره) وقال الشافعى واحمد والثورى تجب دية كاملة لان الاصل هو الصحة فاشبه قطع المارن والاذن من الصبى ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لم يجب

(وبه يفتى) وقال الكرخى رح ينظركم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية (و) يجب (فى اصابع) واحد (مع نصف الساعد نصف دية) للاصابع (وحكومة عدل) عدل) لنصف الساعد وهذا قول ابى حنيفة رح ومحمد رح وهو رواية عن ابى يوسف رح وعنه انه ما زاد على اصابع اليد والرجل الى المنكب والفخذ فهو تبع (والكف تابع) للاصابع (فالعبرة للاصابع) فان قطع الاصابع الخمس يجب نصف الدية وان قطعها مع الكف يجب ايضا نصف الدية (وفى اصبع زائدة حكومة عدل) سواء كان عمدا او خطأ وسواء كان للقاطع اصبع زائدة اولا لانه لا منفعة فيه ولا زينة فلا يجب ارش مقدر ولكنه جزء من الادمى فلم يمكن اهداره فيجب حكومة عدل تعظيما للادمى (وفى عين صبى ولسانه وذكره حكومة عدل لو لم يعلم الصحة) اى صحة هذه الاعضاء (بما دل على نظره) اى نظر الصبى (وكلامه وحركة ذكره) هذا عندنا وعند الشافعى رح تجب دية كاملة وإما اذا علم صحة هذه الاعضاء فالواجب دية كاملة اتفاقا (ولا يقاد من جرح الابعد البرء) لان المعتبر فى الجناية مالها لان حكمها فى الحال غير معلوم فربما يسرى إلى النفس فيكون قتلا فما لم يستقر على شئ من البرء او الهلاك لم يدر انها اى جناية وقال الشافعى رح يقتص منه فى الحال

الارش كاملا لانه لايجب بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة من الصبى لان المقصد منها الجمال وقد فوته على الكمال (ولايقاد) بجرح (الا بعد برء) وهو قول مالك واحمد واكثر اهل العلم وقال الشافعى يجوز ان يقاد قبل البرء ويستحب الانتظار اعتبارا بالقصاص فى النفس ولنا ما روى احمد فى مسنده عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا طعن رجلا بقرن فى ركبة فقال يارسول الله اقدنى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتعجل حتى يبرأ جرحك قال فابى الرجل الا ان يستقيد فاقاده عليه السلام قال فعرج الرجل المستقيد وبرئ المستقاد فاتى المستقيد الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله عرجت منه وبرىء صاحبى فقال عليه السلام الم آمرك ان لا تستقيد حتى يبرأ جرحك فعصيتنى فابعدك الله وبطل عرجك ثم امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد من كان به جرح ان لايستقيد حتى تبرأ جراحته فاذا برىء استقاد ولان الجراحات يعتبر فيها ما لها لان حكمها فى الحال غير معلوم لتوقفه على المآل ولعلها تسرى الى النفس فيظهر انه قتل (وعمد الصبى والمجنون خطأ) وكذا عمد المعتوه (وعلى العاقلة) فى عمدهم (الدية) وبه قال مالك واحمد والشافعى فى قول لما اخرج البيهقى عن على ان عمد الصبى والمجنون خطأ لكن قال فى المعرفة اسناده ضعيف (بلا كفارة) عليهم (و) بلا (حرمان ارث) وقال الشافعى تجب الكفارة عليهم وحرمان الميراث لانها متعلقان عنده بالقتال وقد وجد ولنا ان الكفارة تستر الذنب ولاذنب لهؤلاء وحرمان الارث عقوبة وهم ليسوا من اهلها (ومن ضرب بطن امرأة تجب غرة خمسمائة درهم على عاقلته ان القت ميتا) سمى بدل الجنين غرة لان الواجب عبد وهو يسمى غرة واصلها بياض جبهة والقياس ان لايجب فى الجنين الساقط شىء لانه لم يتيقن بحياته فان قيل الظاهر انه حى اجيب بان الظاهر لايصلح حجة للاستحقاق ووجه الاستحسان مافى الصحيحين عن ابى هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى جنين امرأة من بنى لحيان بغرة عبد اوامة وانما فسرنا الغرة بخمسمائة لما روى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن اسماعيل بن عياش عن زيد بن اسلم ان عمر بن الخطاب قوم الغرة خمسين دينارا وكل دينار بعشرة دراهم واخرج البزار فى مسنده عن عبد الله بن بريدة عن ابيه ان امرأة حذفت امرأة فقضى رسول الله صلى الله عليه

(وعمد الصبى والمجنون خطأ) لان العمد لا يتحقق منهما لانه يبتنى على العلم وهو بالعقل ولا عقل للمجنون وفى عقل الصبى قصور (وعلى العاقلة الدية اذا بلغت خمسمائة درهم وان كانت اقل من خمسمائة ففى مالهما لان ما دون خمسمائة لا تتحمله العاقلة لانه فى معنى ضمان المال (بلا كفارة ولا حرمان الارث) لان حرمان الارث شرع عقوبة وفى الكفارة معنى العقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة وقال الشافعى رح عمد الصبى والمجنون عمد حتى تجب الدية فى مالهما (ومن ضرب بطن امرأة حرة) تجب (غرة هى) فى الاصل خيار المال والمراد هنا (قدر خمسمائة درهم) اى نصف عشر دية الرجل وعشر دية المرأة وعند مالك رح والشافعى رح يجب قدر ستمائة درهم (على عاقلته) اى على عاقلة الضارب وقال مالك رح تجب الدية فى مال الضارب (ان القت) المرأة جنينا ميتا ذكرا كان الجنين اوانثى اذلا تفاوت فى الجنين الحربين الذكر والانثى فيجب فى الذكر نصف عشر دية الرجل والانثى عشر دية الانثى

وسلم فى ولدها بخمسمائة ونهى عن الحذف واخرج ابو داود فى سننه عن ابراهيم النخعى قال الغرة خمسمائة يعنى درهما قال وقال ربيعة بن ابى عبد الرحمن هى خمسون دينارا وروى ايضا ابراهيم الحزمى فى كتابه غريب الحديث عن احمد بن حنبل عن وكيع عن سفيان عن طارق عن الشعبى خمسمائة وروى ايضا عن احمد بن حنبل عن عبد الرزاق عن معمر عن قتادة قال الغرة خمسون دينارا وهى عندنا وعند الشافعى على عاقلة الضارب وقال مالك فى ماله لانها بدل الجزء وبه قال احمد اذا كان ضرب الام عمدا ومات الجنين وحده واما اذا كان خطا اوشبه عمد فقال انه على العاقلة ولنا ماروى ابو داود فى سننه عن المغيرة بن شعبة ان امرأتين كانتا تحت رجل من هذيل فضربت احديهما الاخرى بعمود فقتلتها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال احد الرجلين كيف ندى من لا صاح ولا اكل ولا شرب ولا استهل فقال له اسجع كسجع الاعراب فقضى فيه غرة وجعله على عاقلة المرأة واخرجه الترمذى وقال حديث حسن صحيح ورواه الطبرانى مطولا فى معجمه عن ابى المليح الهذلى عن ابيه قال كان فينا رجل يقال حمل بن مالك له امرأتان احديهما هذلية والاخرى عامرية فضربت الهذلية بطن العامرية بعمود خباء او فسطاط فالقت جنينا ميتا فانطلقوا بالضاربة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم معها اخ يقال له عمران بن عويمر فلما قصوا عليه القصة قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ودوه قال له عمران يارسول الله اندى من لا شرب ولا اكل ولا صاح ولا استهل ومثل هذا بطل فقال عليه السلام دعنى عن زجر الاعراب فيه غرة عبد اوامة اوخمسمائة اوفرس اوعشرون ومائة شاة فقال يا رسول الله ان لها ابنين هما سادة الحى وهم احق ان يعقلوا عن امهم قال انت احق ان تعقل عن اختك من ولدها قال مالى شيء اعقل قال يا حمل بن مالك وكان يومئذ على صدقات هذيل وهو زوج المرأتين وابو الجنين المقتول اقتص من تحت يدك من صدقات هذيل عشرين ومائة شاة فعقل ويجب فى سنة عندنا وفى ثلث سنين عند الشافعى لانها بدل النفس ولهذا تورث ولنا ما روى محمد بن الحسن انه قال بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل الغرة على العاقلة فى سنة ويستوى فى وجوب الخمسمائة فى الجنين الذكر والانثى

عند

عند عامة اهل العلم لاطلاق الحديث (و) تجب (دية) كاملة (ان) القت (حيا فمات لان الضارب اتلف آدميا فتجب فيه الدية كاملة قال ابن المنذر ولا خلاف فى ذلك بين اهل العلم وانما الخلاف فى ان حياته تثبت بكل ما يدل على الحياة من الاستهلال والرضاع والنفس والعطاس وغير ذلك وهو مذهبنا وقول الشافعى واحمد اولا يثبت الا بالاستهلال وهو قول مالك واحمد فى رواية والزهرى وقتادة واسحق وابن عباس والحسن بن على وجابر ورواية عن عمر لان النبى صلى الله عليه وسلم جعل ارثه من غيره وارث غيره منه مرتبا على الاستهلال واما لو تحرك عضو منه فانه لا يدل على حياته اتفاقا لان ذلك قد يكون من اختلاج او خروج من ضيق (و) تجب (غرة ودية ان القت) المرأة (ميتا فماتت) الام لان الفعل يتعدد بتعدد اثره (و) تجب (دية الام فقط) اى لا يجب فى الجنين شىء (ان ماتت الام فالقت ميتا) وبه قال مالك وقال الشافعى تجب غرة فى الجنين مع دية الام وبه قال احمد لما فى معجم الطبرانى عن عويمر بن ساعدة كانت اختى مليكة وامرأة معها يقال لها ام عفيفة بنت شروح تحت حمل ابن مالك بن نابغة فضربت ام عفيفة ملكية بمسطح بيتها وهى حامل فقتلتها ودا بطنها فقضى رسول الله بالدية وفى جنينها بغرة عبد او وليدة فقال اخوها علاء بن شروح يا رسول الله انغرم من لا اكل ولا شرب ولا نطق ولا استهل ومثل هذا بطل فقال عليه السلام اسجع كسجع الجاهلية (و) تجب (ديتان ان ماتت) الام (فالقت) جنينا (حيا ومات) لان الضارب قتلهما بضربه فصار كما اذا القته حيا وماتا (وما يجب فى الجنين) هو (لورثته) لانه بدل نفسه فترثه ورثته (سوى ضاربه) فانه لا شىء له منه حتى لو ضرب رجل بطن امرأة فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قتل نفسا مباشره ظلما ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة (و) يجب (فى جنين الامة) ان كانت حاملا من زوجها (نصف عشر قيمته فى الذكر وعشر قيمته فى الانثى) بان يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيئته لو كان حيا فينظر كم قيمته بهذا المكان فاذا ظهرت قيمته فان كان ذكرا يجب نصف عشر قيمته وان كان انثى يجب عشر قيمته واما اذا كانت حاملا عن مولاها او من المغرور تجب الغرة المذكورة فى جنين الحر ذكرا كان او انثى لانه حر وقال الشافعى يجب فى جنين الامة عشر قيمة الام وبه قال مالك واحمد وابن المنذر وهو قول الحسن والنخعى والزهرى وقتادة واسحاق لانه جنين

(وتجب دية كاملة) ان القت ميتا (حيا فمات) لان الظاهر ان موته بسبب الضرب وتجب غرة بسبب الجنين (ودية) كاملة بقتل الام ان القت جنينا ميتا (فمات الام) وتجب (دية الام فقط اى لا شىء فى الجنين (ان ماتت) الام (فالقت) جنينا (ميتا) وانما لا يجب شىء فى الجنين لانه يحتمل ان لا يكون موته بالضرب بل بسبب اختناقه بعد موت الام وقال الشافعى تجب غرة ايضا (ويجب ديتان ان ماتت) الام من الضرب (والقت) جنينا (حيا فمات) لانه قاتل شخصين (وما يجب فى الجنين) من البدل (فهو لو رثته) وقال الشافعى يكون للام (سوى ضاربه) حتى لو ضرب الرجل بطن امرأته فالقت ابنه فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث ابوه منهما لانه قاتل بغير حق ولا يرث القاتل (و) يجب (فى جنين امة نصف عشر قيمته فى الذكر لو فرض حيا (وعشر قيمته فى الانثى) لو فرضت حية بيان هذا انه يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيئته لو كان حيا فينظر كم قيمته بهذا المكان فان كان ذكرا يجب نصف عشر قيمته وان كان انثى يجب عشر قيمته (فان) قيل فيه تفضيل الانثى على الذكر لان عشر قيمته اذا كانت انثى اكثر من نصف عشر قيمته اذا كانت ذكرا وفى الديات يفضل الذكر على الانثى ولا يفضل الانثى على الذكر قلنا هذا تسوية فى الحقيقة والتسوية جائزة ههنا بالاتفاق وهذا لان القيمة لها كالدية ودية الانثى على النصف من دية الذكر فصار العشر من الانثى مثل نصف العشر من الذكر والتفضيل انما يجب عند تفاوت الحال بتفاوت المالكية وهذا يكون فى المنفصل لا فى الاجنة لانه لا مالكية فى الجنين وانما يجب ضمان الجنين باعتبار قطع النشو والانثى فى معنى النشو تساوى الذكر وربما يكون الانثى اسرع نشوا كما بعد الانفصال فلهذا جوزنا تفضيل الانثى على الذكر لو تصور ثم وجوب البدل فى جنين الامة قول ابى يوسف وعنه انه لا يجب فى جنين ابى حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول شىء وانما يجب نقصان الام ان تمكن فيها نقص وان لم يتمكن لا يجب شىء كما فى جنين البهيمة وقال الشافعى يجب فى الجنين عشر قيمة الام ذكرا كان او انثى

مات بالجناية فى بطن الام فلم يختلف ضمانه بالذكورة والانوثة كجنين الحرة لاطلاق النصوص ولا كفارة فى الجنين عندنا وقال مالك والشافعى واحمد واكثر اهل العلم تجب فيه الكفارة مع الغرة لاطلاق قوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا) ولنا ان النبى صلى الله عليه وسلم لم يذكر الكفارة فى حديث الغرة والموضع موضع البيان وفى الذخيرة القياس يقتضى عدم وجوب الضمان وعدم وجوب الكفارة لانه بمنزلة العضو لكن تركنا القياس فى الضمان للاثر ولا اثر فى الكفارة فيبقى على الاصل (وما استبان) اى والجنين الذى تبين (بعض خلقه كالجنين التام) فى جميع هذه الاحكام (وضمن الغرة) فى سنة (عاقلة امرأة حامل اسقطت ميتا عمدا بدواء) شربته (اوفعل) فعلته بان حملت حملا ثقيلا اووضعت شيئا فى قبلها (بلا اذن زوجها) ولو فعلت باذنه لم تضمن ولا ترث من الغرة لانها قاتلة بغير *

فصل

(من احدث فى طريق العامة) لنفسه (كنيفا) اى مستراحا (او ميزابا) اى مجرى الماء (اوحرصنا) اى برجا (اودكانا وسعه ذلك) اى جازله (ان لم يضر بالناس) بان كانت واسعة لايضر ذلك بالعمارات والحامل وفى شرح الكنز يعنى لم يضر بالعامة لم يمنعه احد قيد بعدم الضرر لانه مع الضرر لايجوز بلا خلاف اذن الامام اولم ياذن لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام رواه الطبرانى فى معجمه الاوسط وكذا القعود فى الطريق للبيع والشراء يجوز ان لم يضر باحد وان اضر لا يجوز وان اذن الامام (ولكل) اى من اهل الخصومة وهم المسلم البالغ العاقل الحر والذمى الذى هو كذلك (نقضه) اذا وضع بغير اذن الامام كما له منعه من احداثه ابتداء لان لكل واحد منهم حق المرور بنفسه وبدوابه فكان له ذلك كما فى الملك المشترك وقيدنا الاحداث بكونه لنفسه لانه لو بنى للعامة مسجدا ونحوه وهو لايضر باحد لاينقض كذا روى عن محمد وقيدنا النقض بما اذا احدث بغير اذن الامام لان التدبير فيما يكون للعامة للامام وله ولاية المنع قبل الوضع وهذا كله على قول ابى حنيفة وعلى قول ابى يوسف لكل احد ان يمنعه قبل الاحداث وعلى قول محمد ليس لاحد منعه قبل الاحداث ولانقضه اذا لم يكن فيه

(وما) اى جنين (استبان بعض خلقه كالشعر والظفر مثلا (كالتام) خلقة فى جميع هذا الاحكام لانه ولد فى حق النفاس ومضى العدة وامومية الولد فكذا فى حق وجوب الغرة (وضمن الغرة عاقلة امرأة ان اسقطت جنينا) ميتا عمدا بدواء) شربت او عالجت به فرجها (اوفعل) اخر كضربها بطن نفسها متعمدة (بلا اذن زوجها) وان فعلت باذنه لايجب شئ

فصل

فيما يحدث فى الطريق (من احدث فى طريق العامة كنيفا) هو المستراح (اوميزابا اوجرصنا) هو البرج وقيل وهو مجرى الماء يركب فى الحائط وعن الامام وهو جذع طويل يخرج من الحائط لبيبتنى عليه او (دكانا وسعه) اى يجوز له (ذلك) وينتفع به (ان لم يضر بالناس ولكل واحد) من اهل الطريق (نقضه) وان لم يضر فالحاصل انه اذا اضر بالناس لايجوز له ذلك وان لم يضر يجوز لكن مع ذلك لكلوا حد نقضه لانه تصرف فى حق مشترك فلكل نقضه كما فى الملك المشترك مع انه لم يضر

ضرر بالناس وبه قال مالك والشافعى والنخعى واسحاق والاوزاعى لان الشرع اذن له فى ذلك فصار كما لو اذن له الامام بل اولى لان اذن الشارع احرى وولايته اقوى وصار كالمرور حيث لايجوز لاحد ان يمنعه منه واجيب بان هذا انتفاع بما لم يوضع له الطريق فكان لهم منعه وان كان جائزا فى نفسه بخلاف المرور فيه لانه انتفاع بما وضع له الطريق له فلا يكون لاحد منعه (و) من احدث ذلك (فى طريق غير نافذ لايسعه) اى لايجوز له (بلا اذن الشركاء) سواء اضر بهم اولم يضر بخلاف النافذة فان الحق فيها لكل احد ويتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذة لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقى على الشركة حقيقة (وضمن عاقلته) اى عاقلة من احدث ذلك فتلف به نفس (دية من مات لسقوطها كما لو وضع حجرا فى طريق) اوحفر بئرا فيها (فتلف به انسان) لانه متسبب بالتلف به متعد بشغل الطريق وبه قال مالك واحمد وقال الشافعى ان سقطت خشبة ليست بمركبة حايط يجب الضمان وان كانت مركبة يجب نصف الضمان لانه اتلف بما وضعه على ملكه وملك غيره فانقسم الضمان ولو سقط الميزاب فاصابه طرفه الخارج فعليه الضمان لانه متعد فيه بشغل هواء الطريق ولا كفارت عليه ولا حرمان ميراث لانه قتل بسبب فلا يوجب الكفارة ولاالحرمان عندنا ولو انتصف الميزاب فسقط منه ما خرج عن الحائط ضمن جميع الدية لان كل ما خرج منه فهو فى ملك غيره وقال احمد يضمن جميع الدية فى جميع الصور وقال مالك والشافعى فى القديم لاضمان عليه فى جميع الصور لانه غير متعد فى اخراجه فلا يضمن ما تلف به كما لو اخرجه فى ملكه واما من رأى اعمى يقع فى البئر فلم يمنعه من الوقوع حتى مات اورأى انسانا يموت من الجوع ومعه طعام فلم يدفعه اليه حتى مات اومر فى الطريق وفيه حجر فلم يرفيه حتى عثر فيه انسان ومات فلا ضمان وان حرم عليه فى الاولين وكره له فى الاخر ولو وضع انسان فى الطريق جمرا فاحترق به شىء يضمن لانه متعد ولوحركت الريح الجمر الى موضع فاحرق شيئا لايضمن لفسخ الريح فعله وبتحويل الجمر وان حركت الريح الشرار يضمن عند بعضهم وفى الذخيرة هذا اختيار شمس الائمة السرخسى وكان الحلوانى لايقول بالضمان من غير تفصيل وهو قياس قول مالك والشافعى واحمد ولو استاجر رب الدار عملة لاخراج جناح او ظلة فوقع قبل ان يفرغوا منه على انسان فقتله فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم فان العمل ما لم

(و) فى طريق (غيرنافذ لايسعه ذلك) بلا اذن الشركاء وان لم يضر بهم وضمن عاقلته) اى عاقلة من احدث (دية من مات بسقوطها) اى الكنيف والميزاب والجرصن ونحوها لانه سبب لهلاكه (كما لو وضع حجرا اوحفر بئرافى طريق) العامة (فتلف) به اى بالحجر او بالبئر (النفس) فانه (تضمن) عاقلته دية المتلف

يفرغوا منه لم يكن مسلما الى رب الدار وانقلب فعلهم قتلا بالباشرة حتى وجب عليهم الكفارة وحرموا الميراث ولو وقع بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الايجار حتى استحقوا الاجرة ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل الى المستاجر وصار كانه فعله بنفسه ولو صب الماء فى الطريق فعطب انسان اودابة يضمن وكذا لو رش الماء اوتوضا به لانه متعد بالحاق الضرر بالمارة واما اذا علم المار بالرش ومضى على موضعه فان الراش لايضمن وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور ولا اثر للماء فيه فاذا تعمد على موضع صب الماء مع علمه به لم يضمن الراش شيئا وان رش جميع الطريق يضمن لان المار مضطر حينئذ وكذا الحكم فى الخشبة والحجر الموضوعين فى الطريق فى اخذهما جميعه اوبعضه وان رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الامر استحسانا ولو حمل المار شيئا فسقط منه على انسان اومال فتلف به يكون مضمونا لاماتلف بسقوط رداء ونحوه عن لابسه فى حال مروره اوبالتعثر به وكذا لايضمن ما تلف بوقوع فى بالوعة حفرها باذن الامام وان كان بغير اذنه يضمن لانه متعد وكذا الجواب من هذا التفصيل فى جميع ما يفعل فى طريق العامة ولوحفر فى ملكه بالوعة اووضع شيئا فتلف به شى لم يضمنه لعدم اتصافه بالتعدى ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان ضمن الذى نحاه لان حكم الفعل الاول قد انفسخ بفراغ موضعه واشتغل بالفعل الثانى بموضع آخر وذكر التمرتاشى ان افنية الابواب التى فى طريق الشارع ليس بمملوكة لاصحاب الدور ولو ارادوا ان يحدثوا فى افنيتهم فهو وما احدثوا فى غير افنيتهم سواء (لاان مات جوعا) اى لايضمن عاقلة من احدث شيئا من ذلك فوقع فيه انسان ومات جوعا اوعطشا (اوغما) اى اخذا على النفس من شدة الجزن وهذا عند ابى حنيفة لانه مات لمعنى فى نفسه لاللوقوع فصار كانه مات حتف انفه وقال ابو يوسف لايضمن ان مات جوعا ويضمن ان مات غما لانه لاسبب للغم سوى الوقوع والغم اثر جعل الارض عميقا وهو من آثار حفره فيضاف اليه والجوع عن اثار الطبيعة حيث لم يبق فى المعدة شىء من الطعام وليس ذلك من اثر حفره وقال محمد هو ضامن فى الوجوه كلها وهو قياس قول مالك والشافعى واحمد لان ذلك انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه واوجبوا و (الدية ان لم ياذن به) اى بالحفر (الامام) لانه متعد فى الحفر فيضمن ما تلف به غير ان العاقلة تتحمل الانفس دون الاموال والبهيمة مال كان ضمانها فى ماله والغاء

(لا) تضمن العاقلة (ان مات الواقع فى البئر (رجوعا اوغما) هذا عند ابى حنيفة رح وقال ابو يوسف ان مات جوعا فكذلك اى كما قال ابو حنيفة رح وان مات غما يجب الضمان لان الغم بسبب الوقوع اذ المراد بالغم هنا الاختناق من هواء البئر وقال محمد يجب الضمان فى الوجوه كلها (وان تلف به بهيمة ضمن هو) اى واضع الحجر او حافر البير (لا العاقلة) لان العاقلة تتحمل النفس لا المال (ان لم يأذن به الامام) اى انما يجب الضمان فى احداث الكنيف والميزاب والجرصن والدكان ووضع الحجر وحفر البئر فى طريق العامة اذا كان بغير اذن الامام اما اذا احدث ذلك الامور باذنه فلا ضمان لان للامام ولاية عامة

التراب والطين فى الطريق كالقاء الحجر والخشبة فيها فيما ذكرنا و لو كان مسجد لعشيرة فعلق رجل منهم قنديلا اوجعل فيه بوارى اومصى فعطب به رجل لايضمن سواء فعل باذن الامام اوبغير اذنه وبه قال احمد والشافعى فى وجه وقال فى وجه آخر يضمن اذا فعل بغير اذن الامام ولو كان الذى فعل ذلك من غير العشيرة وفعل بغير اذن الامام وغير اذن العشيرة ضمن عند ابى حنيفة وقالا لايضمن فى الوجهين وبه قال الشافعى فى وجه ومالك واحمد لان هذه قربة يثاب عليها الفاعل وكل احد ماذون له فى اقامتها شرعا فلا يتقيد بشرط السلامة وصار كاهل المسجد وكما لو كان باذنهم قال الحلوانى اكثر مشايخنا اخذوا بقولهما فى هذه المسئلة وعليه الفتوى ولو جلس فى مسجد العشيرة رجل منهم فعطب رجل لم يضمن ان كان فى الصلوة سواء كانت فرضا اونفلا وان كان فى غيرها ضمن وهذا عند ابى حنيفة وقالا لايضمن على كل حال وهو قول مالك والشافعى واحمد ولو كان جالسا للقراءة اوللتعليم اونائما فيه فى الصلوة اوغيرها اومر فيه اوقعد فيه للحديث فهو على هذ الخلاف واما المعتكف فقيل لايضمن بلا خلاف وكذا المنتظر للصلوة لايضمن على الصحيح عن ابى حنيفة نص عليه شمس الائمة السرخسى فى شرح الجامع الصغير لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم المنتظر للصلوة فى الصلوة مادام ينتظرها والمصلى لايضمن فكذا المنتظر (ورب حايط) مبتدأ مضاف اى صاحب جدار (مال الى طريق العامة وطلب نقضه مسلم اوذمى) والجملة معطوف على مال (ممن يملك نقضه) متعلق بطلب (كالراهن بفك رهنه) بخلاف المرتهن فانه لا يملك النقض (والولى وابى الطفل) من الاب والجد (والوصى والمكاتب والعبد التاجر فلم ينقض) بصيغة المجهول عطف على طلب بصيغة الفاعل (فى مدة يمكن نقضه) فيها (ضمن ما تلف به) من المال وهذه الجملة خبر المبتدأ (و) ضمن (عاقلته النفس) والقياس ان لايضمن وهو قول الشافعى وقول احمد المنصوص لانه لم يحصل منه تعد بمباشرة ولابفعل ولاسبب لان اصل البناء كان فى ملكه والميلان وشغل الهواء والسقوط ليس من فعله فلايضمن كما قبل الاشهاد ووجه الاستحسان وهو قول اصحاب احمد ومالك والنخعى والثورى والشعبى ومروى عن على ان امتناعه من تفريغ الطريق المشتغل هواؤه بملكه مع تمكنه من التفريغ بعد طلبه تعد كمن وقع فى يده ثوب انسان فانه لايكون متعديا فى الامساك ولكن لو طلب بالرد فلم يرد صار متعديا فكذا هنا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة اهلاك الثوب قبل الطلب ولان الضمان لو لم

(ورب حايط مائل الى طريق العامة فطلب نقضه) اى نقض الحايط (مسلم اوذمى) صورة الطلب ان يقول ان حايطك هذا مائل فاهدمه (ممن يملك نقضه كالراهن) فانه يملك نقضه بفك رهنه (وولى الطفل والوصى) لو مال حايط الصغير فاشهد على ابيه اووصيه فسقط واتلف شيئا فالضمان فى مال الصغير (والمكاتب) لان له ولاية النقض (والعبد التاجر) سواء كان عليه دين اولا لتمكنه من هدم الحايط (فلم ينقض) الحايط (فى مدة يمكن نقضه ضمن) خبر لقوله ورب حايط (مالا تلف به) اى بالحايط (و) ضمن (عاقلته النفس) وعند الشافعى رح لايضمن وهو القياس لانه لم يوجد منه صنع هو تعد وجه الاستحسان انه اذا مال الى الطريق فقد شغل هواء الطريق بحايط ورفعه بيده فاذا طولب بالنقض ولم يفرغ الهواء صار جانيا فان قيل قد شرط القوم الاشهاد فى التضمين حتى قالوا صورة الاشهاد ان يقول اشهدوا انى قد تقدمت الى هذا الرجل فى هدم حايطه هذا فلم اهمله المصنف قلنا الشرط الطلب والاشهاد ليس بشرط حتى لو طولب من غير اشهاد وهو يقر بالطلب يضمن هكذا قيل ولكن على هذا ينبغى ان لايشترط الاشهاد فى اخذ الابق وينبغى ان مولى الابق يضمن لو اقر ان الاخذ اخذه للرد فيجب الجعل

يجب عليه لامتنع عن التفريغ فينقطع المارة خوفا على انفسهم فيتضررون ودفع الضرر العام واجب يتحمل فى دفعه الضرر الخاص قيد بطلب النقض لانه الشرط دون الاشهاد وانما ذكر صاحب الهداية الاشهاد لانه للتمكن من الاثبات عند الانكار فكان من باب الاحتياط وقيد المطلوب منه بان يكون يملك نقض الحايط بقدرته كالراهن فى الدار المرهونة لقدرته على نقض الحايط بواسطة فك الدار من الرهن وكابى الطفل اوجده فى مال ابنه والوصى فى مال يتيمه وكالمكاتب لان الولاية له فالتلف حال الكتابة تجب قيمته عليه لتعذر الدفع وبعد عتقه تجب على عاقلة مولاه وبعد عجزه لاتجب على احد لعدم قدرة المكاتب وعدم الاشهاد فى المولى وكالعبد التاجر سواء كان عليه دين اولا لان الولاية له فان كان التالف بالسقوط مالا فهو فى عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى وقيد عدم النقض بكونه فى مدة يمكن نقضه فيها حتى لو طلب منه فسقط من ساعته لايضمن ما تلف به لانه لابد من امكان ليصير بتركه جانيا ويستوى فى المطالبة المسلم والذمى لان الناس كلهم شركاء فى المرور فيصح التقدم من كل واحد منهم رجلا كان اوامرأة اذا كان بالغا عاقلا حرا اومكاتبا لان هذه المطالبة حق العامة فلا يختص باحد من اهل المطالبة (لامن طلب) بصيغة المجهول ى لايضمن ما تلف بسقوط الحايط مالك طلب بنقضه (فباع وقبضه المشترى فسقط) لان الضمان هنا بسبب ترك الهدم مع التمكن منه وقد زال ذلك التمكن بالبيع ولايضمن المشترى ايضا لانه لم يطلب منه حتى لو طلب منه بعد شرائه فسقط يضمن لتركه التفريغ مع التمكن منه بعد الطلب (اوطلب) نقضه (ممن لايملك كالمودع ونحوه) وهو المستاجر والمستعير والمرتهن حتى لوسقط الحائط بعد الطلب من احد هؤلاء فاتلف شيئا لايضمن احد منهم لانه لايملك نقضه ولايضمن المالك لانه لم يطلب منه (وان مال) الحائط (الى دار احد) من الناس (فله الطلب) لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان غيره كان لهم الطلب لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ماشغل هواها (وان بنى) الحائط (مائلا ابتداء ضمن) ماتلف بسقوطه (بلاطلب) لانه تعدى بالبناء فصار كاشراع الجناح ووضع الحجر وحفر البئر فى الطريق (وان طلب) بضم فكسر (احد الشركاء) فى حايط مائل بنقضه فسقط على انسان فقتله (اوحفر) احد الشركاء (فى دار مشتركة) بينهم بئرا اوبنى حايطا فطلب

(لا) يضمن من (طلب منه) نقض حائط (فباع) الحائط (وقبضه المشترى فسقط) فانه يبرء البائع من ضمانه ولاضمان على المشترى لانه لم يطلب منه النقض فان طلب منه فهو ضامن (او) طلب (ممن لايملك) النقض وهو (كالمودع ونحوه) مثل المرتهن والمستاجر وساكن الدار لانهم لا يتمكنون من نقضه (وان مال الحائط الى دار احد فله الطلب خاصة) لان الحق له دون غيره (وان بنى) الحائط (مائلا ابتداء ضمن) ما سقط عليه (بلا طلب) لانه متعد فى شغل هواء الطريق ببنائه (وان) كان الحائط المايل مشتركا بين خمسة و (طلب احد الشركاء) نقض الحايط فسقط وتلف مال اونفس فالضمان بالحصة اى ضمن الذى طلب منه النقض خمس المال فى تلف المال وضمن عاقلته خمس الدية فى تلف النفس (او) كانت دارا مشتركا بين الثلثة مثلا و(حفر) احدهم (فى دار مشتركة بئرا بغير اذن صاحبه فتلف به مال اونفس

به انسان (فالضمان بالحصة) حتى لو كان الحايط المائل بين خمسة وطلب النقض من احدهم ضمن خمس الدية لصحة الطلب فى الخمس خاصة وكان ذلك على عاقلته ولو كانت دار مشتركة بين ثلاثة حفر احدهم فيها بئرا اوبنى حايطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابى حنيفة لتعديه بالحفر او البناء فى نصيبى شريكه لا فى نصيبه فلا يضمن الا بقدر الثلثين وقالا عليه نصف الدية على عاقلته فى الفصلين لان التلف فى نصيب المالك لا يوجب الضمان وفى النصيب المغصوب يوجبه فانقسم نصفين ومجمله اعتبار التلف فى نصيب من طولب لا فى نصيب غيره فان قيل الواحد من الشركاء لا يقدر ان يهدم شيئا من الحايط فكيف يصح الطلب منه اجيب بانه ان لم يتمكن من هدم نصيبه يتمكن من اصلاحه بالمرافعة الى الحكام وبه يحصل الغرض لان المقصود ازالة الضرر باى طريق كان *

فصل

(ضمن الراكب ما اتلفه دابته) فى سيرها بان داسته بيدها اورجلها اواصابته برأسها اوعضته اوخبطته اوصدمته بجسدها لان الاحتراز عن هذه الاشياء ممكن فانها ليست من ضرورات السير (لاما نفحت) بالحاء المهملة اى لا يضمن الراكب ما نفحت الدابة اى ضربته (بطرف رجلها اوذنبها) حال سيرها لان الاحتراز عن النفحة مع السير غير ممكن لانها من ضروراته ولما روى محمد بن الحسن فى كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن ابراهيم النخعى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال العجماء جبار والقلب جبار والرجل جبار قيدنا بسيرها لانه لو اوقفها فى الطريق وهو راكبها ضمن بالنفحة ايضا لانه يمكن التحرز عن وقوفه اياها وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا بشغل الطريق بها فيضمن ولو وقفها فى ملكه لا يضمن الا الايطاء وهو راكبها لانه مباشر لحصول القتل بثقله ولهذا يحرم به الميراث وتجب به الكفارة ولو كان فى ملك غيره فان كان باذن مالكه فهو كما لو كان فى ملكه وان كان بغير اذنه فان دخلت هى بنفسها لا يضمن شيئا وان ادخلها ضمن جميع ما جنت سواء كانت واقفة اوسائرة وسواء كان معها من يسوقها اويقودها اوكان راكبها اولم يكن لوجود التعدى بالادخال وباب المسجد كالطريق فى الوقوف ولو جعل الامام موضعا لوقوف الدواب عند باب المسجد فلا ضمان فيما حدث من

(فالضمان بالحصة) اى ضمن الحافر ثلثى المال فى تلف المال وضمن عاقلته ثلثى الدية فى تلف النفس وهذا عند ابى حنيفة وقالا يجب الضمان نصفين فى المسئلتين لان ما تلف بنصيب من طلب منه النقض فى المسئلة الاولى معتبر وما تلف بنصيب من لم يطلب منه هدر فجعل قسمين وما تلف بالحفر فى نصيبه فى المسئلة الثانية غير معتبر وما تلف بالحفر فى نصيب غير معتبر فانقسم نصفين وله ان الصلب وقع فى الخمس فى المسئلة الاولى ولم يقع فى الاربعة الاخماس فيجب الضمان بقدر الطلب فى المسئلة الاولى والحفر فى المسئلة الثانية وقع فى ملكه وملك غيره فما وقع فى ملكه وهو الثلث فالحافر فيه غير متعد فلا يجب الضمان وما وقع فى ملك غيره وهو الثلثان فالحافر فيهما متعد فيجب الضمان بقدر التعدى

فصل

فى جناية البهيمة (ضمن الراكب ما اتلفه دابته) بان وطئته الدابة لو اصابت برجلها اوبيدها اواصابت برأسها اوكدمت اى عضت بمقدم اسنانها اوصدمت اى ضربت بجسدها لان الاحتراز عن هذه الاشياء ممكن للراكب (لا) يضمن (ما نفحت) اى ضربت يقال نفحت الدابة اذا ضرب بحد حافرها (برجلها اوذنبها) فى حال سيرها لانه لا يمكن الاحتراز عن النفحة فى حال السير وعند الشافعى يضمن بالنفحة وان اوقفها فى الطريق ضمن بالنفحة عندنا ايضا

الوقوف فيه فكذا وقوف الدابة فى سوق الدابة لانه مأذون فيه من جهة السلطان وفى الذخيرة ولو وقفها فى طريق المسلمين ضمن ما تلف بفعلها فى وجوه الاتلاف كلها لانه بوقوف الدابة فى طريق المسلمين كان متسببا لان الطريق للسلوك والسير للوقـــوف ولو كانت سـافرة فيه ولـم يكن صاحبها معها فان كان سيرها بارساله ضمن مادام سيرها فى وجهها ذلك ولم تحد عنه يمينا ولا شمالا لان ارسالها بلا حافظ يحفظها سبب للاتلاف وهو به متعد وان كان سيرها بنفسها فلا ضمان على صاحبها فى الوجوه كلها وان كان صاحبها معها وهى تسير فان كان راكبها فما وطئت بيدها اورجلها فصاحبها مباشر للمتلف وما عضت فصاحبها متسبب متعد لانه يمكنه حفظ الدابة عن العدم بابعادها عن المعدوم لانه يكون بين عينيه وقال الثمر تاشى لو كانت سافرة وصاحبها معها قائدا اوسائقا اوراكبا يضمن جميع ما جنت الا النفحة بالرجل اوالذنب وبه قال احمد فى رواية وقال فى رواية يضمنها وهو مذهب الشافعى وقول ابن ابى ليلى كما وقف دابته فنفحت برجلها اوذنبها لان وقوفها مباح مقيد بشرط السلامة فكذا تسييرها ولنا انه متعد بوقوفها دون تسييرها لان الطريق للتسيير والسلوك دون الوقوف فيكون متعديا فيما يمكنه ان يحترز عنه وهو لم يتحرز والنفحة والذنب مما لايمكن التحرز عنه لانه من ضرورات اليسر (اوتلف) اى ولايضمن الراكب ما تلف (بما راثت اوبالت فى الطريق سافرة اوقفها لذلك) اى لتروث اولتبول لان من الدواب مالايفعل ذلك الا بالوقوف واما لو كان اوقفها بغير ذلك فعطب انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعد بوقوفها اذ ليس هو من ضرورات السير وهو اكثر ضررا من السير لكونه ادوم منه فلايلتحق به (اواصابت) بيدها اورجلها (حصاة اوحجرا صغيرا اونحوه) كالنواة (ففقاعينا) اواثار غبارا فافسد ثوبا (وضمن بالحجر الكبير) لان التحرز فى سير الدابة عن الحجر الصغير والغبار متعذر اذ سير الدواب لايعرى عنه وعن الحجر الكبير لايتعذر لان سيرها ينفك عنه عادة وانما يكون ذلك من تعنيف الراكب فيكون من فعله والرديف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لايختلف فى ذلك وبه قال مالك وقال الشافعى واسحاق لايضمن الرديف لانه تبع للراكب وقال احمد ارجو ان لاشىء عليه اذا كان امامه من يمسك العنان ولنا ان الدابة فى ايديهما وتيسر بتسيير كل منهما وتصريفه كيف شاء (والسائق والقائد كالراكب) عند اكثر المشايخ فكل

(او) تلف (بما راثت) الدابة (اوبالت فى الطريق سافرة) لان التحرز عنه غير ممكن (او اوقفها) لذلك اى للروث والبول فانه لايضمن ايضا ما تلف بما راثت او بالت لان بعض الدواب لايفعل ذلك الابعد الوقوف وان اوقفها لغير ذلك يضمن لانه متعد بالايقاف وذكر فى المغرب لايقال اوقفه الافى لغة ردية (او اصابت) بيدها اورجلها (حصاة اوحجرا صغيرا اونحوه) كالغبار والنواة (ففقا عينا) لم يضمن ايضا لان الاحتراز عنه متعذر (وضمن بالكبير لان الاحتراز عنه غير متعذر وقيل الكبير هو الذى يراه الراكب من غير تكلف (والسائق والقائد كالراكب كان مكان الراكب سائق اوقائد يضمن ما ضمنه الراكب

شئ يضمنه الراكب يضمنانه (الا ان الكفارة) فى الايطاء وكذا حرمان الارث والوصية (عليه) اى على الراكب (فقط) اى لاعليهما وفى جامع المحبوبى لو ساق دابة عليها وقر من الحنطة فاتلفت شيئا فان قال السائق والقائد اليك اليك وسمع من على الطريق هذه المقالة ولم يذهب فهو على وجهين اما ان لايبرح من مكانه باختياره اوان لايجد مكانا آخر ليذهب فمكث فى مكانه ففى الوجه الاول لايضمن صاحب الدابة وفى الثانى يضمن لانه مضطر فى المقام فى هذا بخلاف الاول وان لم يقل الراكب اليك اليك اوقال ولم يسمع من على الطريق يضمن الراكب والسائق لان التلف مضاف اليه انتهى ومن القواعد ان الحكم يضاف الى الوصف الاخير كما قالوا فى السفينة المملوة اذا طرح فيها واحد منا فغرقت فالضمان على الذى وضع المن الزايد لان الغرق يضاف اليه (وان اصطدم فارسان) اوماشيان وهما حران خطأ فماتا (ضمن عاقلة كل) منهما (دية الاخر) استحسانا وقال مالك والشافعى وزفر ضمن كل واحد منهما نصف دية الاخر وهو القياس لان كل واحد منهما مات بفعل نفسه وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويضمن نصفه وصار كما لو كان الاصطدام عمدا اوجرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه اوحفرا على الطريق بئرا فانهار عليهما حيث يجب على كل منهما نصف دية الاخر ولنا وهو قول احمد ما روى عبد الرزاق فى مصنفه فى القسامة عن اشعث عن الحكم عن على ان رجلين صدم احدهما صاحبه فضمن كل واحد منهما لصاحبه يعنى الدية وفى مصنف ابى ابى شيبة حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن اشعث عن حماد عن ابراهيم عن على فى فارسين اصطدما فمات احدهما يضمن الحى للميت ولان فعله فى نفسه مباح وهو المشى فى الطريق فلا يعتبر فى حق الضمان بالنسبة الى نفسه بخلاف ما ذكر من المسائل فان الفعلين محظور ان والفعل المحظور موجب للضمان ولكن لما لم يظهر الضمان فى حق فاعله لعدم الفائدة سقط واعتبر فى حق غيره فلذلك وجب على كل واحد منهما نصف الدية بخلاف ما نحن فيه فان الفعل فيه مباح محض فلم ينعقد موجبا للضمان فى حق نفسه اصلا وكان صاحبه قاتلا له من غير معارض ولو كانا عبدين يهدر دمهما مطلقا وان اصطدم حر وعبد فماتا تجب على عاقلة الحر قيمة العبد فى الخطاء ونصفها فى العبد ويأخذها ورثة الحر ويسقط الباقى من الدية (وان ارسل) رجل (كلبا فاصاب) شيئا فاتلفه (فى فوره ضمن ان ساقه)

(الا ان الكفارة) اى كفارة القتيل ان تلف نفس (عليه) اى على الراكب (فقط) لاعلى السائق والقائد والراكب يحرم عن الميراث لا السائق والقائد لان القتل انما حصل بثقل الراكب اما فعل السائق والقائد فتسبيب الى القتل والكفارة جزاء الفعل فلا يجب بالتسبيب (وان اصطدم فارسان فماتا ضمن عاقلة كل) واحد منهما (دية الاخر) وقال زفر والشافعى يضمن كل نصف دية الاخر لان هلاكه بفعلين فعل نفسه وفعل صاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه قلنا فعل كل واحد منهما مباح فى حق نفسه لا يضاف اليه الهلاك وفى حق غيره يضاف اليه الهلاك كالنائم اذا انقلب على غيره (وان ارسل كلبا فاصاب شيئا) واتلفه (فى فوره ضمن) المرسل (ان ساقه) بان مشى خلفه لان الكلب محمول على الاتلاف من جهة المرسل السائق فاضيف فعله اليه فكان الكلب آلة الاتلاف وان لم يسق الكلب لايضمن لان الكلب عامل باختياره فلا يضاف الا تلاف الى المرسل لانه انقطع عنه فعل المرسل

بان كان خلفه يطرده ولو لم يكن خلفه فما دام فى فوره فهو سائق له حكما فيلحق بالسائق حقيقة وان تراخى انقطع السوق (وفى الطير) ارسله اوساقه واصاب فى فوره (و) فى (الدابة المنفلتة) اذا اصابت مالا اوآدميا ليلا اونهارا (لا) اى لايضمن اما الطير فلان بدنه لايحتمل السوق فصار وجود سوقه وعدمه سواء فلا يضمن مطلقا واما الدابة المنفلتة فلما اخرجه اصحاب الكتب الستة عن ابى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العجماء جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفى الركاز الخمس اخرجه البخارى وابو داود وابن ماجه فى الديات ومسلم فى الحدود والترمذى فى الاحكام والنسائى فى الزكاة قال محمد العجماء هى المنفلتة وقال ابن ماجه الجبار الهدم الذى لايغرم وفى الموطاء قال مالك جبارا اى لادية فيه ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال اوالسوق اوالقود والركوب وقال الشافعى واحمد وهو قول مالك واكثر اهل الحجاز يضمن صاحب المنفلتة ما افسدت ليلا لانهارا لما روى مالك عن الزهرى عن حزام بن سعد بن محيصة ان ناقة للبراء دخلت حايط قوم فافسدت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على اهل الاموال حفظها بالنهار وما افسدت الماشية بالليل فهو مضمون واجيب بان ما رويناه متفق عليه مشهور وما رواه مرسل وهو ليس بحجة عند الشافعى على ان الامر بحفظها فى النهار ليس صريحا فى المدعى وكذا كون دخول الناقة ليلا كما لايخفى ولو كان لرجل كلب عقور كلما مر عليه مار عضه فلاهل القرية ان يقتلوه ولايضمن صاحبه ما تلف بعضه قبل التقدم اليه ويضمن بعده كالحائط المائل وكذا الحكم فى السنور الذى ياكل الطيور وذكر الناطفى رجل اغرى كلبه على رجل فعضه او مزق ثيابه لايضمن عند ابى حنيفة ويضمن عند ابى يوسف وهو المختار للفتوى ويضمن الجمل الصائل عندنا بقتله وان لم يمكن دفعه الابه ونفاه مالك والشافعى اعتبارا بقتله مكلفا صائلا لايمكن منعه الابه قلنا عصمة الدابة انما هى لحق مالكها عصمة لذاتها فتبقى مابقى حقه وصيالها لايسقط لاملكه بخلاف المكلف فان صياله يسقط عصمته التى هى حقه وفى المنتقى لو طرح رجل رجلا قدام اسد اوسبع فقتله ليس على الطارح قود ولادية ولكن يعزر ويضرب ضربا وجيعا ويحبس حتى يتوب وقال ابو يوسف حتى يموت وقال مالك والشافعى واحمد ان كان الغالب القتل يجب القود وان كان الغالب عدمه فعن الشافعى قولان احدهما يجب القود والاخر لايجب ولكن يجب الدية وبه قال احمد وقياس

(و) ان طير فاصاب واتلف شيئا لا يضمن (فى الطير) سواء ساقه لو لم يسقه اما اذا لم يسقه فظاهر لانه فاعل مختار وانقطع عنه فعل المرسل واما ان ساقه فلان الطير لايتحمل السوق بالضرب فصار وجود السوق وعدمه سواء فان قيل نعم الطير لايتحمل السوق بالضرب لكن يتحمله بالزجر والصياح قلنا الزجر والصياح غير معتبر فى باب التضمين الاترى انه لو ارسل الكلب وزجره وصاح عليه ولكن لم يسقه لم يضمن وانما اعتبر الزجر والصياح فى حل الصيد للضرورة لان للناس حاجة الى الاصطياد ولاطريق الى الاصطياد سوى الارسال والزجر ولا ضرورة فى حق الضمان وعن ابى يوسف رح انه اوجب الضمان فى هذا كله (و) كذلك (الدابة المنفلتة) اذا اصابت واتلفت شيئا مالا اونفسا لايضمن صاحبها لانه لم يوجد منه ما يوجب نسبة الاتلاف اليه من الارسال والسوق ونحوهما وان سار الرجل على دابته فى الطريق ونفحها رجل بلا اذن الراكب فضربت بيدها رجلا اونفرت فصدمت وقتلته اونفحت

قول مالك القود يجب (فان اجتمع الراكب والناخس) اى الطاعن بعود او نحوه (ضمن هو) اى الناخس اذا نخس بغير اذن الراكب (حتى النفحة) اى ما حصل بنفحة الدابة برجلها وكذا ما ضربته بيدها او ما صدمته بنفرتها والواقف فى ملكه والذى يسير سواء فى ذلك وعن ابى يوسف الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بسبب ثقل الراكب ووطئ الدابة والثانى مضاف الى الناخس ولنا ما روى عبد الرزاق فى مصنفه عن معمر عن عبد الرحمن المسعودى عن القاسم بن عبد الرحمن قال اقبل رجل بجارية من القادسية فمر على رجل واقف على دابة فنخس رجل الدابة فرفعت رجلها فلم تحط عين الجارية فرفع الى سليمان بن ربيعة الباهلى فضمن الراكب فبلغ ذلك ابن مسعود فقال على الرجل انما يضمن الناخس واخرج ابن ابى شيبة نحوه عن شريح والشعبى ولان الراكب والدابة مدفوعان بفعل الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد بفعله حيث نخس بغير اذن الراكب والراكب غير متعد فى فعله فيترجح جانب الناخس للتعدى حتى لو كان الراكب واقفا بدابته فى الطريق كان الضمان عليه وعلى الناخس نصفين لانه متعد بوقوفها ولو نفحت الدابة الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجانى على نفسه ولو القت الراكب فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس لانه متعد فى تسببه وفيه الدية على العاقلة ولو نخسها باذن راكبها فلا ضمان عليه لان ذلك بمنزلة نخس الراكب ولو كان الناخس عبدا فالضمان فى رقبته ولو كان صبيا فهو كالرجل لانه يؤاخذ بافعاله كالبالغ ولو نخس الدابة شئ منصوب فى الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشئ لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بيده (ويجب فى فقاء عين شاة القصاب ما نقص) لان المقصود منها اللحم فلا يعتبر الا النقصان (وفى) فقاء (عين البقر و) عين (الجزور) اى بقرة القصاب وجزوره (و) فقاء عين (الحمار والبغل والفرس ربع القيمة) وقال الشافعى وهو قياس قول مالك واحمد يجب النقصان اعتبارا بالشاة ولنا ما رواه الطبرانى فى معجمه عن زيد بن ثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى عين الدابة بربع ثمنها ورواه الفقيلى فى ضعفائه واعله باسماعيل بن ابى امية وما رواه عبد الرزاق فى مصنفه عن سفيان الثورى عن جابر الجعفى عن الشعبى عن شريح ان عمر رضى الله عنه كتب

فح (اجتمع فعل الراكب و) فعل (الناخس) ومع هذا (ضمن هو) اى الناخس ما تلف بالضرب والصدم (حتى النفحة) ولا يضمن الراكب لان الناخس متعد فى فعله والراكب غير متعد فى فعله فيضمن المتعدى وعن ابى يوسف انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين (ويجب فى فقاء عين شاة النصاب ما نقص) الفقاء فى عينها لان المقصود من الشاة هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان والقصاب ليس بقيد ووضع المسئلة فيها لظهور ان المقصود منها هو اللحم وكذا من كل شاة (واما فى) فقاء (عين البقر والجزور) سواء كان للقصاب اولغيره (و) عين (الحمار والبغل والفرس) فالواجب (ربع القيمة) وقال الشافعى الواجب فيها النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ان الشاة لا تعمل بل ينتفع بها كذلك ينتفع بالا متعة فوجب النقصان من غير تقدير فاما ما عددناه من البهائم فهى عاملة ولا يمكن اقامة العمل الا باربعة اعين عيناها وعينا من يستعملها فكانها ذات اربعة عين فوجب ربع القيمة بفوات احديها

فصل

فى جناية الرقيق والجناية عليه (ان جنى عبد) جناية (خطا) فسيده بالخيار ان شاء (دفعه سيده بها) اى بالجناية (او) ان شاء (فداه بارشها حالا) وامسك عبده عندنا وقال الشافعى جنايته فى رقبته يباع فيها الا ان يقضى المولى الارش وفائدة الخلاف تظهر فى اتباع الجانى بعد العتق فعندنا اذا اعتق المولى بعد العلم بالجناية كان مختارا للفداء وعنده لايطالب المولى بعد العتق بل يطالب العبد واعلم ان التقييد بالخطأ ههنا انما يفيد فى جناية العبد فى النفس لانه اذا كان عمدا يجب القصاص واما فيما دون النفس فلا يفيد التقييد بالخطأ لان خطأ العبد وعمده فيما دون النفس سواء يوجب المال فى الحالين لان القصاص لايجرى بين العبدين ولا بين الحر والعبد فيما دون النفس (فان وهبه) اى السيد العبد الجانى (اوباعه اواعتقه اودبره اواستولدها) اى الامة الجانية او) الحال ان السيد (لم يعلم بها) اى بالجناية (ضمن) السيد (الاقل من (قيمته) اى قيمة العبد (ومن الارش لان السيد قبل هذه التصرفات كان مخيرا بين الدفع والفداء وفوت عليه الدفع بهذه التصرفات ولم يصر مختارا للفداء لعدم العلم بالجناية فقامت القيمة مقام العبد فيضمن الاقل من القيمة والارش و انما يضمن الاقل لان حق ولى الجناية فى الاقل ولا معنى لتخيير السيد بين الاقل (والاكثر) (وان علم بها) اى بالجناية (غرم الارش) لان السيد فوت عليه دفع العبد بهذه التصرفات فصار مختارا للارش ضرورة.

اليه ان فى عين الدابة ربع ثمنها رواه ابن ابى شيبة فى مصنفه عن على بن مسهر عن الشيبانى عن الشعبى قال قضى عمر وفيه ايضا اخبرنا ابن جريج عن عبد الكريم ان عليا قال فى عين الدابة الربع وما فى عين الدابة ربع ثمنها وفيه ايضا حدثنا جرير عن مغيرة عن ابراهيم عن شريح قال اتانى عروة البارقى من عند عمر ان فى عين الدابة ربع ثمنها والفرق بينها وبين الشاة ان فيها مقاصد سوى اللحم وهى الركوب والزينة والحمل والحمال والعمل

فصل

(ان جنى عبد خطأ دفعه سيده) الى المجنى عليه (بها) اى بسبب الجناية (اوفداه بارشها حالا) لقول على ما جنى عبد فى رقبته يغير مولاه ان شاء فداه وان شاء دفعه رواه ابن ابى شيبة فى مصنفه واعلم ان عندنا يجب على المولى جناية عبده فيجب عليه دفعه اوفداؤه وعند الشافعى يجب على العبد فيباع فيها الا ان يفديه المولى وفائدة الخلاف ان بعد العتق عنده يتبع وعندنا لايتبع وقيد بالخطأ لان العمد فى النفس يجب فيه القصاص على العبد بخلاف ما دون النفس فان فيه الدية خطأ كان اوعمدا لان القصاص لايجرى فيه بين العبدين ولابين الحر والعبد وقيد الدفع اوالفداء بكونه حالا لان العبد غير ولا يجوز التاجيل فى الاعيان والفداء بدل عنه فى الشرع فيقوم مقامه ويأخذ حكمه ثم ايهما اختار المولى بالفعل اوبالقول فلا شئ لولى الجناية غيره ولا فرق بين ان يكون المولى قادرا على الارش اولا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لايصح اختيار الفداء اذا كان مفلسا الا برضاء الاولياء لان العبد صار حقا لهم حتى يضمنه المولى بالاتلاف بلا خلاف فلا يملك ابطاله الا برضاهم او بوصول البدل اليهم وهو الدية (فان وهبه) المولى (اوباعه اواعتقه اودبره اواستولدها ولم يعلم) المولى (بها) اى بالجناية (ضمن) المولى (الاقل من قيمته ومن الارش) لان المولى فوت حق المجنى عليه بتصرفه فى الجانى تصرفا يمنع عن دفعه اليه فيضمنه وانما ضمن الاقل لان حقه فيه ولا يصير مختارا للفداء بهذا التصرف لانه لم يعلم بالجناية ولا اختيار بدون العلم (وان) تصرف المولى تصرفا من هذه (التصرفات بعد ما (علم) بالجناية (غرم الارش) لان هذه التصرفات تمنعه

من دفع العبد لزوال ملكه عنه فى الهبة والبيع والاعتاق وامتناع تمليكه فى التدبير والاستيلاد فالاقدام عليها بعد العلم بالجناية يكون اختيار الفداء (ودية العبد قيمته) فلو قتل رجل عبدا خطا يجب عليه قيمته (فان بلغت هى) اى قيمة العبد (دية الحر) بان بلغت عشرة الاف درهم (و) بلغت (قيمة الامة دية الحرة) بان بلغت خمسة الاف درهم (نقص من كل) من القيمتين (عشرة) من الدراهم اظهارا لدنو رتبته ولقول ابن مسعود ولا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم رواه القدورى فى شرح مختصر الكرخى وبه قال النخعى والشعبى رواه عبد الرزاق وابن ابى شيبة وهذا كالمروى عن النبى صلى الله عليه وسلم لان المقادير لا تعرف بالقياس وانما طريق معرفتها السماع من صاحب الوحى وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وابى يوسف اولا وهو قول الثورى ورواية عن احمد وقال ابو يوسف آخرا تجب قيمته بالغة ما بلغت لان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك الا من حيث المالية ولو كان بدل الدم لكان للعبد اذ هو فى حق الدم مبقى على اصل الحرية فصار كقليل القيمة وهو مروى عن عمر وعلى وهو قول مالك والشافعى واحمد وابن سيرين وابن المسيب وعمر بن عبد العزيز والزهرى واسحاق ومكحول واياس بن معاوية والحسن ولنا عموم قوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطا فدية) والعبد مؤمن فيكون الواجب بقتله الدية ولا يجوز الزيادة على النص بالرأى بان يكون المراد مؤمنا حرا ولانه تعالى رتب على قتل الخطا حكمين الكفارة والدية والعبد داخل فى حق الكفارة بالاجماع فيجب ان يكون داخلا فى حق الدية (وفى الغصب) اى غصب احد عبدا اوامة هلك فى يده يجب عليه (قيمته ما كانت) اى ما بلغت بالاجماع كذا فى الاطراف فى ظاهر الرواية وهى الصحيحة وفى رواية عن محمد يقدر الاطراف بما يقدر من دية الحر فلا يزاد يده اذا قطعت على خمسة الاف الاخمسة لان اليد من الادمى نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار لحط رتبته (وما قدر من دية الحر قدر من قيمته) ففى يد العبد نصف قيمته فان كانت قيمته عشرة الاف او اكثر يجب فى يده خمسة الاف الا خمسة دراهم (وفى فقأ) رجل (عينى عبد دفعه سيده) ان شاء الى الفاقى (واخذ قيمته سليما او امسكه بلا اخذ النقصان) وهذا عند ابى حنيفة وقالا ان شاء سيده امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعى

(و) من قتل عبدا خطا يجب قيمته (لان دية العبد قيمته و) لكن لا يزاد على عشرة الاف درهم (فان بلغت هى) اى قيمة العبد (دية الحر) اى عشرة الاف درهم (وبلغت قيمة الامة دية الحرة) اى خمسة الاف درهم (نقص من كل) واحد من القيمتين (عشرة دراهم) فيقضى فى العبد بعشرة الاف درهم الا عشرة دراهم وفى الامة بخمسة الاف درهم الا عشرة دراهم فى اظهر الروايتين وفى رواية الا خمسة وهذا عند ابيح ومحمد وقال ابو يوسف والشافعى تجب قيمته بالغة ما بلغت (وفى) ضمان (الغصب) اى ان غصب عبدا اوامة قيمته عشرون الفا فهلك فى يده تجب قيمته (ما كانت) اى اى بالغة ما بلغت وهذا بالاجماع (وكل ما قدر من دية الحر قدر من قيمة العبد لان القيمة فى العبد كالدية فى الحر ففى يد العبد تجب نصف قيمته بالغة ما بلغت فى الصحيح وفى فقأ عينى عبد ان شاء السيد (دفعه) اى العبد الى الفاقى (سيده (واخذ قيمته) سليما منه (و) ان شاء (امسكه) اى العبد (بلا اخذ نقصان) هذا عند ابيحنيفة رح وقالا ان شاء اخذ قيمته ودفع رقبته الى الفاقى وان شاء امسكه وضمنه ما نقصه وقال الشافعى رح يمسكه ويأخذ كل القيمة

يضمن سيده الفاقى كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفاوت وهو العينان فيبقى الباقى على ماسكه كما لو قطع احدى يديه اوفقأ احدى عينيه وهو قول مالك واحمد ولو قطع رجل يد عبد فاعتقه المولى ثم مات العبد من ذلك فان كان له وارث غير المولى لايقتص المولى من القاطع باتفاق وان لم يكن له وارث غير المولى اقتص منه عند ابى حنيفة وابى يوسف ولم يقتص منه عند محمد وهو قول مالك والشافعى واحمد الا ان عندهم تجب قيمته للمولى بالغة ما بلغت وعن احمد فى رواية تجب دية الحر اعتبارا بحالة الموت وعند محمد يجب ارش يده وما نقصه القطع الى ان اعتقه السيد ويبطل باقى القيمة (ان جنى مدبر او) جنت (ام ولد ضمن السيد الاقل من قيمته) اى قيمة كل منهما (ومن الارش) وقال الشافعى المدبر كالقن فى الجناية فتكون جنايته فى رقبته ويخير المولى بين ان يدفعه فيباع بالجناية وبين ان يفديه فلو اراد الفداء فعنه قولان احدهما يفديه بارش الجناية بالغا ما بلغ وهو قول مالك فى القن ورواية عن احمد وثانيهما يفديه بالاقل من قيمته ومن ارش الجناية وهو رواية عن احمد وقال مالك لايباع المدبر فى جنايته ويستخدمه المجنى عليه بقدر ارش جنايته فاذا استوفى من خدمته رجع الى مولاه مدبرا اويفتدى خدمته بقدر ارش جنايته ولنا ما اخرجه ابن ابى شيبة فى مصنفه عن معاذ بن جبل عن ابى عبيدة بن الجراح انه قال جناية المدبر على مولاه واخرج نحوه عن الشعبى والنخعى وعمر بن عبد العزيز والحسن (فان جنى) المدبر اوام الولد جناية (اخرى شارك ولى) الجناية (الثانية ولى) الجناية (الاولى فى قيمة دفعت اليه) اى الى ولى الاولى ان كان الدفع اليه (بقضاء اذليس فى جنايات) اى المدبر وان كثرت ولافى جنايات ام الولد (الا قيمة واحدة) فيضاربون بالحصص فيها ويعتبر قيمته لكل واحد فى حال الجناية عليه لانه يستحقه فى ذلك الوقت وعند مالك والشافعى واحمد المدبر كالقن وفى ام الولد عن الشافعى قولان احدهما كمذهبنا والاخر يفديها كلما جنت وهو اختيار المزنى وقول مالك لمنع السيد فى حق ولى الجناية فى بيعها بالاستيلاد ولنا ان قيمة العبد بمنزلته والعبد اذا جنى جنايات لايجب اكثر من دفعه بها مرة واحدة فكذا قيمته (واتبع) ولى الجناية الثانية (السيد او ولى) الجناية (الاولى ان دفعت) الاولى (بلا قضاء) وهذا عند ابى حنيفة وقالا لاشىء على المولى

(وان جنى مدبر اوام ولد) جناية (ضمن السيد الاقل من قيمته) اى قيمة احدهما (ومن الارش) لان الاصل وجوب الدفع بالجناية وقد تعذر بسبب من جهة المولى ولاحق لولى الجناية فى اكثر من الارش ولا وضع من المولى فى اكثر من القيمة (فان جنى) جناية (اخرى) وقد دفع المولى القيمة الى ولى الجناية الاولى بقضاء القاضى فلا شىء على (المولى اوشارك ولى الجناية الثانية ولى الجناية الاولى فى قيمة دفعت اليه) اى الى ولى الجناية الاولى (بقضاء اذ ليس فى جناياته) اى جنايات المدبر وام الولد (الا قيمة واحدة) حتى اعتقه المولى وعليه جنايات لم يلزم على المولى الاقيمة واحدة (و) ولى الجناية الثانية بالخيار ان شاء (اتبع السيد) وان شاء اتبع (ولى) الجناية (الاولى ان دفعت القيمة بلا قضاء) هذا عند ابى حنيفة وقالا رح لايتبع السيد ويتبع ولى الجناية الاولى سواء كانت القيمة دفع بقضاء اوبغير قضاء لانه حين دفع الى الاول لم يكن الجناية الثانية موجودة فلايضمن له شيئا وله ان القيمة تجب على السيد باعتبار منع الرقبة وانما منعها بالتدبير السابق مثلا وذلك فى حق اولياء الجنايتين سواء فجعل فى حق اولياء الجنايتين كانه دفع القيمة بعد وجودهما وهناك ان دفع كل القيمة الى احدهما بقضاء لم يضمن للثانى وان دفع بغير قضاء كان للثانى الخيار فهذه مثله

لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة ولا علم له بما يحدث بعدها حتى يكون متعديا فصار كما اذا دفع بالقضاء ولانه فعل عين ما يفعله القاضي فكان القضاء وعدمه سواء كما فى الرجوع فى الهبة واخذ الدار بالشفعة بعد وجوبها ولو عتق المدبر وقد جنى جنايات لايلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق بعد الجنايات وعدمه سواء وام الولد بمنزلة المدبر فى جميع ذلك لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير ولو اقر المدبر اوام الولد بجنايات توجب المال لم يجز اقراره ولا يلزمه شئ لان موجب جنايته على المولى لاعلى نفسه واقراره على المولى غير نافذ بخلاف الجناية الموجبة للقود بان اقر بقتله عمدا حيث يصح اقراره ويقتل به لانه اقرار على نفسه فينفذ لعدم التهمة (ومن غصب صبيا) لايعبر عن نفسه (حرا فمات معه) اى عنده (فجأة او) مات (بحمى لم يضمن وان مات بصاعقة اونهش ضمن عاقلته) اى عاقلة الغاصب (الدية) اى دية الصبى والقياس ان لايضمن فى الوجهين وهو قول زفر ومالك والشافعى واحمد ولنا وهو وجه الاستحسان ان هذا ضمان اتلاف لاضمان غصب لان نقله الى ارض السباع اوالى مكان الصواعق تسبب فى هلاكه وتعد عليه بتفويت يد حافظه وهو الولى لان الصواعق والحيات والسباع لاتكون بكل مكان بخلاف الموت فجأة اوبحمى فان ذلك لايختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى مكان يغلب الحمى والامراض ضمن عاقلته الدية لكونه تسبب فى هلاكه (كما فى صبى) اى كما يضمن عاقلة صبى (اودع عبدا) اى جعل عبد وديعة عنده (فقتله) اى قتل الصبى العبد المودع (فان اتلف) الصبى (مالا بلا ايداع) اى ليس مودعا عنده (ضمن) لانه مؤاخذ بافعاله وصحة القصد لامعتبر بها فى حقوق العبد (وان اتلف) مالا غير عبد (بعده) اى بعد الايداع (لا) اى لايضمن الصبى وهذا الفرق قول ابى حنيفة ومحمد وقال ابويوسف والشافعى وهو قول مالك واحمد يضمن الصبى فى الوجهين وفى شرح الطحاوى واودع عند صبى مالا فهلك فى يده لاضمان عليه بالاجماع فان استهلكه الصبى فان كان مأذونا له فى التجارة ضمن وان بالاجماع كان محجورا عليه فان قبل الوديعة باذن وليه يضمن بالاجماع وان قبل بغير اذنه فلا ضمان عليه عند ابى حنيفة ومحمد لا فى الحال ولا بعد الادراك وقال ابويوسف والشافعى يضمن فى الحال واجمعوا على انه لو استهلك مالا بغير وديعة ضمن فى الحال

(ومن غصب صبيا حرا) لايعبر عن نفسه (فمات معه) اى مع الغاصب (فجاة او بحمى لم يضمن وان مات بصاعقه اونهش حية ضمن عاقلته الدية) استحسانا والقياس ان لايضمن فى الوجهين وهو قول زفر والشافعى لان غصب الحر لايتحقق وجه الاستحسان انه يضمن بالاتلاف لابالغصب لان نقله الى ارض مسبعة اوالى مكان الصواعق تسبيب للتلف لانها لايكون فى كل مكان بخلاف الموت بالحمى والفجاءة لانه يكون فى كل الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض يضمن واما اذا كان الصبى يعبر عن نفسه فلا ضمان فانه لايثبت يد الاخذ عليه حكما لانه يعارضه بلسانه (كما فى صبى اودع عبدا فقتله) اى قتل الصبى العبد فانه يضمن عاقلة الصبى قيمة العبد (فان اتلف الصبى مالا بلا ايداع ضمن) الصبى لاعاقلته (وان اتلف) الصبى (مالا بعده) اى بعد الايداع عنده (لايضمن) وهذا عند ابى حنيفة ومحمد ويضمن عند ابى يوسف والشافعى لانه اتلف مالا معصوما ولابى حنيفة ومحمد ان الاتلاف حصل عن تسليط عرفا فان عادة الصبيان اتلاف المال فلما اودع المال عند الصبى صار كانه اذنه بالاتلاف فلا يضمن بخلاف ما اذا كان الوديعة عبدا لانه معصوم لحق الادمية اذ العبد مبقى على اصل الحرية فى حق الدم فلايجوز للمالك تمكين غيره من اتلافه كما انه ليس للمالك ولاية الاتلاف واما سائر الاموال فللمالك ان يتلفها فيجوز له تسليط غيره على الاتلاف

فصل

فى القسامة وهى فى اللغة اسم مصدر من اقسم وقيل انها القوم الذين يحلفون سموا باسم المصدر كما يقال رجل عدل وسببها وجود القتل فى المحلة اوما فى معناها وركنها قولهم بالله ما قتلناه ولاعلمنا له قاتلا وشرطها ان يكون المقسم رجلا حرا عاقلا وقال مالك يدخل النساء فى قسامة الخطأ دون العمد وحكمها القضاء بوجوب الدية بعد الحلف سواء كان الدعوى فى القتل العمد او الخطأ اخرج اصحاب الكتب الستة عن سهل بن ابى حثمة ورافع بن خديج قالا خرج عبد الله بن سهل بن زيد ومحيصة بن مسعود بن زيد حتى اذا كانا بخيبر تفرقا فى بعض ما هنالك وفى رواية تفرقا فى النخل ثم ان محيصة وجد عبد الله بن سهل قتيلا فدفنه فاقبل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم هو وحويصة بن مسعود وعبد الرحمن بن سهل وكان اصغر القوم فذهب عبد الرحمن يتكلم قبل صاحبيه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم الكبير الكبير وفى رواية الكبر الكبر يريد السن وفى لفظ كبر كبر فصمت فتكلم صاحباه وتكلم معهما فذكروا لرسول الله صلى الله عليه وسلم مقتل عبد الله بن سهل واتهموا اليهود فقال لهم اتحلفون خمسين يمينا فتستحقون دم صاحبكم قالوا كيف نحلف ولم نشهد وفى لفظ يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته قالوا امر لم نشهده كيف نحلف قال فتحلف لكم يهود قالوا ليسوا مسلمين وفى لفظ كيف يقبل ايمان قوم كفار فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم بمائة من ابل الصدقة قال سهل فلقد ركضتنى منها ناقة حمراء وقد استدل بظاهره مالك والشافعى حيث قالا لم يقض عليهم بالدية اذا حلفوا ولنا ما فى الكتب الستة ايضا عن ابن عباس واللفظ لمسلم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال واموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه ولفظ البافين ان النبى صلى الله عليه وسلم قضى ان اليمين على المدعى عليه وما فى السنن الترمذى عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبى صلى الله عليه وسلم قال فى خطبته البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وما فى مصنف عبد الرزاق وابن ابى شيبة والواقدى اخبرنا معمر عن الزهرى عن سعيد بن المسيب

قال

فصل فى القسامة

هى من القسم بمعنى اليمين يقال اقسم بالله اقساما وقولهم حكم القاضى بالقسامة اسم منه وضع موضع الاقسام ثم قيل للذين يقسمون قسامة وقيل هى الايمان التى يقسم بها اهل المحلة الذين وجد القتيل فيها

قال كانت القسامة فى الجاهلية فاقرها النبى صلى الله عليه وسلم فى قتيل من الانصار وجد فى جب لليهود قال فبدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم باليهود وكلفهم قسامة خمسين فقالت اليهود لن نحلف فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للانصار افتحلفون فابت الانصار ان تحلف فاغرم رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود ديته لانه قتل بين اظهرهم وما فى سنن البزار عن ابى سلمة بن عبد الرحمن عن ابيه قال كانت القسامة فى الدم يوم خيبر وذلك ان رجلا من الانصار اصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فقد تحت الليل فجاءت الانصار فقالوا ان صاحبنا يتشحط فى دمه فقال اتعرفون قاتله قالوا لا الا ان يكون يهود قتلته فقال اختاروا منهم خمسين رجلا فيحلفون بالله جهد ايمانهم ثم خذوا الدية منهم ففعلوا وما فى سنن الدارقطنى عن الكلبى عن ابى صالح عن ابن عباس قال وجد رجل من الانصار قتيلا فى دالية ناس من اليهود فذكر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فبعث اليهم فاخذ منهم خمسين رجلا من خيارهم فاستحلف كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا ثم جعل عليهم الدية فقالوا لقد قضى بما فى ناموس الا انه قال الكلبى متروك وما اخرجه البيهقى فى المعرفة عن الشافعى اخبرنا سفيان عن الشعبى ان عمر بن الخطاب كتب قتيل وجد بين خيوان ووادعة ان يقاس ما بين القريتين فالى ايهما كان اقرب اخرج اليه منهم خمسين رجلا حتى يوافوه مكة فادخلهم الحجر فاحلفهم ثم قضى عليهم بالدية فقالوا ما وقت اموالنا ايماننا ولا ايماننا اموالنا فقال عمر كذلك الامر وفى رواية كذلك الحق قال الشافعي وقال غير سفيان عن عاصم الاحول عن الشعبى فقال عمر حقنتم دماءكم بايمانكم ولا يطل دم امرء مسلم الا انه قال البيهقى عن الشافعى انه قال سافرت الى خيوان ووادعة اربعة عشرة سفرة وسالتهم عن حكم عمر فى القتيل وحكيت ما روى عنه فيه فقالوا هذا شىء ما كان ببلدنا قط وهذا كما ترى لايقدح فى صحة الرواية اذ المتصدى يضبط الحوادث واحكامها ائمة الدين

(ميت به جرح) اواثر ضرب اوخنق اوخروج دم من اذنه اوعينه

من اهل الدراية (ميت) هذا مبتدأ (به جرح) صفة اولى له (اواثر ضرب او اثر (خنق او) به (خروج دم من اذنه اوعينه) قيد الميت بذلك لان الخالى منه لاقسامة فيه عندنا ولادية وهو قول احمد فى رواية وحماد والثورى وقال مالك والشافعى واحمد ليس الاثر بشرط بل الشرط اللوث وهو ما

يوقع فى القلب صدق المدعى من اثر دم على ثيابه اوعداوة ظاهرة اوشهادة عدل اوجماعة عدول ان اهل المحلة قتلوه لانه عليه السلام لم يسأل الانصار هل كان بقتيلهم اثر اولا ولان القتل يحصل بما لااثر له كعصر الخصيتين وضرب الفؤاد فاشبه من به اثر ولنا ان القسامة فى الدية لتعظيم الدم وصيانته عن الهدر وذلك فى القتل دون الموت حتف الانف والقتل يعرف بالاثر وقد تقدم فى مسند البزار ان الانصار قالوا ان صاحبنا يتشحط فى دمه (وجد فى محلة) صفة ثانية لميت (او) وجد (اكثره او) وجد (نصفه مع رأسه) وقوله (لايعلم قاتله) صفة ثالثة لميت اما لو وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الرأس اويده اورأسه لاشئ عليهم لان هذا الحكم عرفناه بالنص وقد ورد فى البدن كله الا ان الاكثر له حكم الكل بخلاف الاقل ولانا لو اعتبرنا الاقل لاجتمع ديات وقسامات فى شخص واحد ان وجد اطرافه فى قرى متفرقة وذلك غير مشروع فينتفى مايؤدى اليه (وادعى وليه القتل) العمد او الخطأ (على اهلها) كلهم او بعضهم مبهما او معينا وعن ابى يوسف فى غير رواية الاصول وهو رواية اصول ابن المبارك عن ابى حنيفة لاقسامة ولاديةفى المعين ويقال للولى الك بينة فان قال لا حلف المدعى عليه يمينا واحدة لان دعواه على المعين منهم ابراء لباقيهم وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم ووجه الظاهر ان وجوب القسامة على اهل المحلة دليل على ان القاتل منهم فتعيين المدعى واحدا منهم لاينا فى ذلك بخلاف تعيينه واحدا من غير هم لانه بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قاتلين تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم بل دعوى الولى فاذا ادعى القتل على غير هم امتنع دعواه عليهم فسقط عنهم لفقد شرطه (حلف خمسون) خبر المبتدأ (رجلا حرامكلفا) لان المرأة والعبد والصبى والمجنون اتباع لاهل النصرة واليمين على اهلها (منهم) اى من اهل المحلة (يختار هم الولى) لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل اويختار صالحيهم لانهم يحترزون عن اليمين الكاذبة (بالله) متعلق بيحلف (ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا) هذا حكاية قول الجميع لان الواحد منهم اذا حلف يقول ما قتلت وما علمت له قاتلا لا ما قتلنا لجواز انه قتله وحده فاذا حلف ما قتلناه كان صادقا فى يمينه لانه لم يقتله مع غيره ونظيره ماورد فى

(وجد فى محله اووجد اكثره) اونصفه مع رأسه لايعلم قاتله (وادعى وليه) اى ولى الميت القتل عمدا اوخطا (على اهلها) اى على اهل تلك المحلة (اوادعى على بعضهم) غير معين (حلف خمسون رجلا حرامكلفا منهم يختارهم) اى يختار الخمسين (الولى) من اليمين حقه وكيفية اليمين (بالله ما قتلناه ولاعلمنا له قاتلا)

تفسير قوله تعالى حكاية عن قوم صالح (لنبيتنه واهله ثم لنقولن لوليه ما شهدنا مهلك اهله وانا لصادقون) فان قيل يجوز فيما قتلت ان يكون قتله مع غيره فيكون صادقا فى يمينه اجيب بانه اذا قتله مع غيره كان فى يمينه انه ما قتله كاذبا لان الجماعة متى قتلوا واحدا كان كل واحد منهم قاتلا ولهذا يجب القصاص على كل واحد منهم فى العمد والكفارة فى الخطاء (لا الولى) اى لا يحلف الولى ولو مع وجود الورثة عندنا (ثم قضى على اهلها) اى اهل المحلة (بالدية) وهذا قول عمر والشعبى والنخعى والثورى وقال مالك والشافعى واحمد يبدأ بالمدعين فى الايمان فان حلفوا استحقوا وان نكلوا حلف المدعى عليه خمسين يمينا فان حلفوا برءوا وهو مذهب يحيى بن سعيد وربيعة وابى الزناد والليث بن سعد لقوله عليه السلام لاولياء عبد الله بن سهل ابتداء اتحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم وقوله فيما رواه البيهقى افتبريكم يهود بخمسين يمينا وهذا تنصيص على ان اليمين على الولى وانه يستحق القصاص به فى دعوى العمد على قول مالك وقديم الشافعى وقال فى الجديد فاذا حلف قضى له بدية فى ماله واذا انعدم اللوث او ابى الولى ان يحلف فالحكم فيه ما هو الحكم فى سائر الدعاوى ولنا ما فى الكتب الستة من حديث ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم قال اليمين على المدعى عليه وما رواه ابن ابى شيبة من قضاء عمر فى القتيل الذى وجد بين وادعة وارحب وسيأتى عن قريب ان شاء الله تعالى ومن ادلتنا ايضا ما فى المبسوط عن ابى ايوب مولى ابى قلابة قال كنت عند عمر بن عبد العزيز وعنده رؤس الناس فخوصم اليه فى قتيل وجد فى محلة وابو قلابة جالس عند السرير اوخلفه فقال للناس قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقود فى القسامة وابو بكر وعمر والخلفاء بعدهم فنظر الى ابى قلابة وهو ساكت فقال ما تقول فقال عندك رؤساء الناس او اشراف العرب ارأيتم لو شهد رجلان من اهل دمشق على رجل من اهل حمص انه سرق ولم يرياه اكنت تقطعه فقال لا قال ارايتم لو شهد اربعة من اهل حمص على رجل من اهل دمشق انه زنى ولم يروه اكنت ترجمه فقال لا فقال والله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم نفسا بغير نفس الا رجل كفر بالله بعد ايمانه اوزنى بعد احصانه او قتل نفسا بغير نفس وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقسامة والدية على اهل خيبر فى قتيل وجد بين

ولا يحلف الولى لان البينة على المدعى واليمين على من انكر والولى هو المدعى فلا حلف عليه ثم اذا حلفوا برئ عن القصاص (وقضى على اهلها بالدية) اى بدية الميت فقوله ميت مبتدأ وحلف خبره ثم قضى عطف عليه والالف واللام فى الدية يقوم مقام ضمير يعود الى المبتدأ وذكر فى المبسوط ان فى ظاهر الرواية القسامة على المحلة والدية على عاقلتهم وما وقع فى اكثر النسخ فاذا حلفوا قضى على اهل المحلة بالدية فيحمل ان يراد به على عاقلة اهل المحلة هذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى ان كان هناك لوث اى علامة القتل على واحد بعينه كالدم اوظاهر يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة اوشهادة واحد عدل اوجماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه استحلف الاولياء خمسين يمينا ان اهل المحلة قتلوه ثم يقضى بالدية على المدعى عليه سواء كان الدعوى بالعمد او بالخطاء وقال مالك رحمه الله تعالى يقضى بالقود ان كان الدعوى بالعمد وهو احد قولى الشافعى رحمه الله تعالى وان لم يكن هناك لوث حلف اهل المحلة على نحو ما قلنا

اظهرهم فانقاد عمر بن عبد العزيز لذلك وهذا لان امراء بنى امية كانوا يقضون بالقود فى القسامة على ما روى الزهرى انه قال القود فى القسامة من امور الجاهلية واول من قضى به معاوية فلهذا بالغ ابو قلابة فى انكار ذلك هنالك وعن الذخيرة والخانية لو حلفوا غرموا الدية وان نكلوا يحبسوا حتى يحلفوا وهذا فى دعوى العمد اما فى الخطاء فيقضى بالدية على عاقلتهم (وان ادعى) الولى القتل (على واحد غير هم) اى غير اهل المحلة (سقط القسامة عنهم) اى عن اهل المحلة وقد تقدم وجه الفرق بينه وبين ما اذا ادعى القتل على واحد منهم حيث لا تسقط (فان لم يكن فيها) اى فى المحلة (خمسون) من اهل القسامة (كرر الحلف عليهم الى ان يتم) لما روى ابن ابى شيبة فى مصنفه ان عمر بن الخطاب رد عليهم الايمان حتى وافوا يعنى على من جاء اليه من اهل وادعة وروى ايضا عن شريح قال جاءت قسامة فلم يوافوا خمسين فردد عليهم القسامة حتى اوفوا وروى عبد الرزاق فى مصنفه عن سفيان الثورى عن ابراهيم قال اذا لم تبلغ القسامة كرروا حتى يحلفوا خمسين يمينا وروى ايضا فيه عن عمر انه استحلف امرأة خمسين يمينا على مولى لها اصيب ثم جعل عليها الدية ولان عدد الخمسين واجب بنص الحديث فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب فيها الوقوف على الفائدة ولان فيه استعظام امر الدم فيكمل وتكرار اليمين من واحد على سبيل الوجوب ممكن شرعا كما فى اللعان (ومن نكل) اى ابى ان يحلف من الذين اختارهم الولى (حبس حتى يحلف) لان اليمين فيه مستحق لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول فى الاموال لان اليمين فيها بدل عن اصل حقه ولهذا تسقط بدفع المال المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط بدفع الدية ويوجب الدية ابو يوسف بالنكول اعتبارا بالنكول عن اليمين فى دعوى المال (الا ان خرج الدم) اى لا قسامة ولا دية فى ميت وجد فى محلة وقد خرج الدم (من فيه) اى فمه (او دبره او ذكره) لان الدم يخرج من هذه المجارى عادة بغير فعل احد فلا يكون دليلا على انه قتل (وفى قتيل) وجد (على دابة يسوقها رجل ضمن عاقلته) اى السائق دون اهل محلته (ديته) اى القتيل لان الدابة فى يد السائق فصار كما لو وجد فى داره (والراكب والقائد كالسائق) فى وجوب ضمان عاقلته الدية لا اهل المحلة فان اجتمعوا فعلى عاقلتهم لان القتيل فى ايديهم فصار كما لو وجد فى دارهم الان فى الدابة

(وان ادعى) الولى القتل (على واحد سـ ـن غيرهم) اى من غير اهل المحلة (سقط عنهم القسامـ ـة) اما اذا ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه لم يسقط القسامة عنهم (فان لم يكن) خمسون رجلا (فيها) اى فى المحلة (كرر الحلف عليهم الى ان يتم) خمسون يمينا وان كان العدد كاملا فاراد الولى ان يكرر على واحد منهم لم يكن له ذلك لانه انما يصار الى التكرار للضرورة ولاضرورة هنا (ومن نكل) عن اليمين (حبس حتى يحلف) او يقر لان اليمين فيه مستحق تعظيما لامر الدم (الا) قسامة ولادية (ان خرج الدم من فمه او دبره او ذكره او انفه) لان الدم يخرج من هذه المخارق بلا فعل احد بخلاف الاذن والعين (وفى قتيل وجد على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته) اى على عاقلة الرجل دون اهل المحلة لان القتيل فى يده فصار كما لو كان فى داره (والراكب) على دابة (والقائد) لها (كالسائق) فالدية على عاقلة الراكب ان كان وحده وعلى عاقلة القائد ان كان وحده وان اجتمع السائق والراكب والقائد فالدية على عاقلتهم

لايشترط ان يكونوا مالكين لها وفى الدار يشترط ذلك ولو لم يكن مع الدابة احد فالدية والقسامة على اهل المحلة التى وجد فيها القتيل على الدابة لان وجوده على الدابة كوجوده فى الموضع الذى فيه الدابة (و) فى قتيل وجد (على دابة) اوغيرها (بين قريتين) او قبيلتين تجب القسامة والدية (على اهل اقربهما) لما روى ابو داود والطيالسى واسحاق بن راهوية والبزار فى مسانيدهم والبيهقى فى سننه عن ابى سعيد الخدرى ان قتيلا وجد بين حيين فامر النبى صلى الله تعالى عليه وسلم ان يقاس الى ايهما اقرب فوجد اقرب الى احد الحيين بشبر قال الخدرى كانى انظر الى شبر رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم فالقى ديته عليهم وروى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن وكيع عن اسرائيل عن ابى اسحاق عن الحارث ابن الازمع قال وجد قتيل باليمن بين وادعة وارحب فكتب عامل عمر بن الخطاب اليه فكتب اليه عمر ان قس مابين الحيين والى ايهما اقرب فخذ هم به قال ففاسوه فوجدوه اقرب الى وادعة فاخذنا واغرمنا واحلفنا فقلنا يا امير المؤمنين احلفنا وتغرمنا قال نعم فاحلف خمسين رجلا بالله ماقتلته ولاعلمت قاتلا له (وفى) قتيل وجد فى (دار رجل عليه القسامة) فتكرر الايمان عليه لان الدار فى يده وحفظها اليه (وتدى) اى يعطى الدية (عاقلته) لان نصرته منهم وقوته بهم وقال مالك لاقسامة ولاغرامة فى قتيل وجد فى دار قوم وقال الشافعى يكون مع اللوث وفى شرح الاقطع صاحب الدار مع اهل المحلة كاهل المحلة مع اهل المصر ولايدخل اهل المصر مع اهل المحلة (ان ثبت انها) اى الدار (له) اى للرجل (بالحجة) اى بشهادة الشهود لان اليد دليل ظاهر والظاهر حجة للدفع لا للاستحقاق ونحن محتاجون هنا للاستحقاق فلابد من اقامة البينة على الملك اذا كذب العواقل انها ملك ذى اليد وقالوا انها وديعة عنده (و) تدى (عاقلة ورثته لورثته (ان وجد) قتيل (فى دار نفسه) عند ابى حنيفة وعند ابى يوسف وزفر ومالك والشافعى لاشئ فيه (والقسامة) والدية (على اهل الخطة) ولو بقى واحد منهم وهم الذين خطلهم الامام وقسم الاراضى بخطه حين فتحها (دون السكان) اى وليست القسامة على السكان (والمشترين) وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف الكل مشتركون وهو قول مالك والشافعى واحمد وابن ابى ليلى لان النبى صلى الله عليه وسلم قضى على اهل خيبر وقد كانوا سكانا فيها (فان باع كل منهم) اى كل واحد

(وفى) قتيل وجد (على دابة بين قريتين) فالقسامة والدية (على اهل اقربهما) قيل هذا محمول على ما اذا كانت بحيث يبلغ اهلها الصوت لانهم قصروا اما اذا كانوا بحيث لايبلغهم الصوت فلاشئ عليهم (و) ان وجد القتيل (فى دار رجل) يكون (عليه القسامة) اى خمسون يمينا لان التدبير فى حفظ الدار الخالص للمالك (وتدى عاقلته ان ثبت انها) اى الدار (له) اى للرجل (بالبينة) حتى لو ثبت بمجرد الاقرار واليد لاتدى عاقلته (وتدى) عاقلة (ورثته ان وجد) القتيل فى (دار نفسه) هذا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى لان الدار حال ظهور القتل للورثة فالدية على عاقلتهم وعندهما رحمهما الله تعالى وعند زفر رحمه الله تعالى لاشئ فيه قيل والحق هذا لان الدار فى يده حال ظهور القتل فيجعل كانه قتل نفسه فكان هدرا وان كانت الدار للورثة فالعاقلة انما يتحملون ما يجب على الورثة تخفيفا لهم فلايمكن الايجاب على عاقلة الورثة للورثة (والقسامة على اهل الخطة) اى على اصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين بخط خط لتميز انصباءهم دون السكان والمشترين هذا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى ومحمد رحمه الله تعالى لان النصرة على اهل الخطة دون غيرهم وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى اهل الخطة والمشترين والسكان سواء فى القسامة والدية وقيل ان ابا حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا على ما شاهد بالكوفة من عادة اهلها فى زمانه لان اصحاب الخطة فى كل محلة يقومون بتدبير المحلة لايشاركهم غيرهم فى ذلك (فان باع كلهم) اى كل اهل المحلة

من اهل الخطة وفى بعض النسخ فان باع كلهم (فعلى المشترين) القسامة والدية لان الولاية انتقلت اليهم عند ابى حنيفة ومحمد لزوال من يتقدمهم وحصلت لهم عند ابى يوسف لزوال من يزاحمهم (و)ان وجد قتيل (فى دار مشتركة) على التفاوت بان كان نصفها لرجل وعشرها لرجل وباقيها لآخر فالقسامة (على عدد الرؤس) لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير فى التدبير فكانوا سواء فى الحفظ والتقصير (و) ان وجد قتيل (فى الفلك فالقسامة على من فيه) اى فى الفلك سواء كان ماشيا او راكبا اوملاحا (و) ان وجد (فى سوق مملوك) فالقسامة (على المالك) عند ابى حنيفة ومحمد وعند ابى يوسف على السكان (و) ان وجد (فى مسجد محلة) فالقسامة (على اهلها) لان تدبيره اليهم والقتيل فيه كالقتيل فيها (و) ان وجد (فى) سوق (غير مملوك و) فى (الشارع) العام (و) فى (الجسر) العام (و) فى (السجن و) فى (الجامع لاقسامة) على احد (والدية على بيت المال) لانه لجماعة المسلمين وقال ابو يوسف القسامة فى السجن على اهله وهو قول مالك والشافعى واحمد لانهم سكانه وولاية تدبيره اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم ولابى حنيفة ومحمد ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون ولايتعلق بهم مايجب لاجل النصرة (و) ان وجد (فى برية) اى غير مملوكة اذ لوكانت مملوكة تكون القسامة على مالكها (لا عمارة بقربها) اما لوكان بقربها عمارة تكون القسامة على اهلها وحد القرب سماع الصوت (اوماء) اى اووجد فى ماء (يمر به) اى بالقتيل بان وجد فى نهر عظيم يجرى فيه الماء (هدر) اى لاشىء فيه لانه ليس فى يد احد ولافى ملكه بخلاف النهر الصغير فان ضمان القتيل على اصحابه لقيام يدهم عليه ولو وجد قتيل فى ارض موقوفة اوفى دار موقوفة على ارباب معلومة فالقسامة والدية على اربابها لان تدبيرها اليهم وان كانت موقوفة على مسجد فهو كما لو وجد فى المسجد وحكمه قد تقدم والله تعالى اعلم (ومستحلف) بفتح اللام مبتدأ اى من يطلب منه الحلف (قال قتله زيد) صفته والخبر (حلف بالله ماقتلته ولاعرفت له قاتلا غير زيد) لانه لما اقر بالقتل على زيد صار زيد مستثنى عن اليمين فبقى حكم من سواه فيحلف عليه وهذا قول محمد وقول ابى يوسف يحلف ماقتلت فقط لانه عرف القاتل واعترف به ولمحمد انه يحتمل ان له قاتلا آخر معه اويكون فى اقراره كاذبا (وبطل شهادة بعض اهل المحلة بقتل غيرهم) متعلق بشهادة وصورة المسئلة وجد قتيل فى محلة وادعى اولى قتله على غيرهم فشهد اثنان من اهل المحلة لم تقبل شهادتهما عند

(فعلى المشترين) لانه زال من يقدم منهم فتدبير امر المحلة نقل اليهم (و) ان وجد القتيل (فى دار مشتركة) نصفها لرجل وعشرها لرجل اخر ولاخر مابقى مثلا فالدية (على عدد الرؤس) لان صاحب القليل والكثير سواء فى الحفظ والتقصير (و) ان وجد (فى الفلك) فالقسامة والدية (على من فيه) اى فى الفلك من الركاب والملاحين (و) ان وجد (فى مسجد محلة) فالقسامة والدية (على اهلها و) ان وجد (فى سوق مملوك) يجب (على المالك) عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى ومحمد رحمه الله تعالى وعند ابى يوسف رحمه الله تعالى على السكان (و) ان وجد (فى) سوق (غير مملوك والشارع) الاعظم (والجامع والسجن لاقسامة) لانه متعلق بجميع المسلمين (وتجب الدية على بيت المال) وعند ابى يوسف رحمه الله تعالى ان وجد فى السجن فالقسامة والدية على اهل السجن (و) ان وجد (فى برية لاعمارة بقربها) هدر وتفسير القرب مامر من استماع الصوت وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد فانكانت مملوكة لاحد يجب القسامة والدية على عاقلة المالك (و) ان وجد (فى ماء يمر به هدر) لانه ليس فى يد احد ولا فى ملكه وقال زفر رحمه الله تعالى على اقرب القرى القسامة والدية ولو كان فى نهر صغير لقوم معروف فالقسامة والدية عليهم (ومستحلف قال قتله زيد) مثلا يزاد فى حلفه (وحلف بالله ما قتلته ولاعرفت له قاتلا غير زيد) مثلا لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله قتله زيد فلا يقبل قوله فيحلف بهذه الصفة لانه لما اقر بالقتل على واحد مثلا صار مستثنى عن اليمين فيبقى حكم من سواه فيحلف عليه (وبطل شهادة بعض اهل المحلة بقتل غيرهم او بقتل

ابى حنيفة وتقبل عندهما والكلام فيه يرجع الى اصل متفق عليه وهو ان كل من انتصب خصما فى حادثة ثم خرج من ان يكون خصما لاتقبل شهادته وان كل من كان له عرضية ان يصير خصما ثم بطلت هذه العرضية فشهد فى تلك الحادثة تقبل شهادته فيها فهما قالا الثابت فى اهل المحلة عرضية ان يصيروا خصما لو ادعى الولى عليهم وقد بطلت هذه العرضية بالدعوى على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزله قبل ان يخاصم وشهد فى تلك الحادثة ولابى حنيفة ان اهل المحلة صاروا خصما فى هذه الحادثة لوجود القتيل بين اظهرهم ومن صار خصما فى حادثة لاتقبل شهادته فيها وان خرج عن الخصومة كالوكيل اذا خاصم فى مجلس الحكم ثم عزل فشهد (او احد) بالجر عطف على غيرهم اى وبطل شهادة بعض اهل المحلة بقتل واحد (منهم) اذا ادعى الولى عليه بعينه لان الخصومة قائمة مع الكل والشاهد يقطعها عن نفسه فكان منهما فيها (وفى رجلين فى بيت) وليس معهما ثالث (وجد احدهما قتيلا ضمن الآخر ديته) وهذا عند ابى يوسف وقال محمد لا يضمن لانه يحتمل ان يكون قتل نفسه ويحتمل ان يكون الآخر قتله فلا يضمنه بالشك ولابى يوسف ان الظاهر ان الانسان لايقتل نفسه فكان ذلك الاحتمال ساقطا كما لو وجد قتيل فى محلة فان احتمال قتل نفسه ساقط هناك فكذا هنا (وفى قتيل قرية امرأة) اى وان وجد قتيل فى قرية امرأة (كرر الحلف عليها) اى على المرأة لما روينا من تكرير عمر القسامة على المرأة (وتدى) اى تعطى الدية (عاقلتها) وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة ايضا قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة وهو اختيار الطحاوى وهو الاصح ولو جرح انسان فى قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش من حين الجرح حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف لاقسامة فيه ولادية قيل ومحمد معه وهو قول ابن ابى ليلى ومالك والشافعى واحمد لان الذى حصل فى القبيلة والمحلة ما دون النفس ولاقسامة فيه وصار كما لو لم يكن صاحب فراش ولابى حنيفة ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فى العمد والدية فى الخطا ولو لم يكن المجروح صاحب فراش من حين الجرح بل كان يجئ ويذهب حين جرح ثم نقل ومات فى اهله فلا شئ فيه كذا فى المبسوط *

(واحد منهم) هذا عند ابى حنيفة وعندهما اذا شهد بعض اهل المحلة بقتل غيرهم يقبل هذه الشهادة (وفى رجلين فى بيت ليس معهما ثالث وجد احدهما قتيلا) قال ابو يوسف رحمه الله تعالى (ضمن الآخر ديته) وقال محمد لايضمنه لانه يحتمل انه قتل نفسه لابى يوسف ان الظاهر ان الانسان لايقتل نفسه فلا يعتبر هذا التوهم (وفى قتيل قرية امرأة) اى لو وجد القتيل فى قرية لامرأة فالقسامة عليها و (كرر الحلف) الى خمسين (عليها وتدى عاقلتها) هذا عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما يجب على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست من اهل التناصر ولهما رحمهما الله تعالى ان القسامة فى القتيل فى الملك باعتبار الملك نفيا لتهمة القتل والمرأة فى الملك وتهمة القتل كالرجل فكانت كالرجل فى القسامة عليها

فصـــل

فى المعاقل وهى جمع معقلة بضم القاف وسميت الدية عقلا ومعقلة لانها تمنع الدم من السفك ومنه العقل لانه يمنع صاحبه عن غير طريق العدل (العاقلة اهل الديوان لمن هو منهم) لان عمر فرض العقل على اهل الديوان بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه منكر فكان ذلك اجماعا منهم (تؤخذ) الدية (من عطاياهم) او الشاملة لارزاقهم (متى خرجت) العطايا سواء خرجت فى ثلث سنين او اكثر او اقل وهذا اذا كانت العطايا الخارجة بعد القضاء بالدية للسنين المستقبلة حتى لو خرجت بعد القضاء عن السنين الماضية لاتؤخذ منها ولو خرجت بعده عن ثلث سنين مستقبلة فى سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية اذ لا فائدة فى التأخير روى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن جابر قال اول من فرض الفرايض ودون الدواوين وعرف العرفاء عمر بن الخطاب وفى الهداية واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم فى الديوان والعطا ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يفرض لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وقال مالك والشافعى واحمد واكثر اهل العلم الدية على العشيرة وهم العصبات لانه كان كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده لانه لا يكون الا بوحى على لسان نبى ولا نبى بعده ولما رواه ابن ابى شيبة فى مصنفه حدثنا حفص عن حجاج عن مقسم عن ابن عباس قال كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم كتابا بين المهاجرين والانصار ان يعقلوا معاقلهم وان يفدوا عانيهم بالمعروف والاصلاح بين المسلمين وقال حدثنا وكيع حدثنا ابن ابى ليلى عن الشعبى قال جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم عقل قريش على قريش وعقل الانصار على الانصار وما رواه عبد الرزاق فى مصنفه اخبرنا معمر عن مطر الوراق عن الحسن قال ارسل عمر بن الخطاب الى امرأة يطلبها فى امر فقالت ياويلها مالها ولعمر فبينا هى فى الطريق اشتد بها الفزع فضربها الطلق فدخلت دارا والقت ولدها فصاح الصبى صيحتين ثم مات فاستشار عمر الصحابة فقال بعضهم ليس عليك شىء انما انت والى ومؤدب قال وصمت على فاقبل عليه عمر وقال له ماذا تقول فقال على ان قالوه برأيهم فقد اخطأوا وان قالوا فى هواك فلم ينصحوا لك ارى ان ديته عليك فانك انت افزعتها فالقت

ولدها

(فصل) فى العاقلة اى الجماعة العاقلة وهم الذين يؤدون الدية مأخوذة من العقل وهو الدية سميت به لانها تعقل اى تمنع الدماء من ان تسفك ويقال عقلت القتل اى اعطيت ديته (والعاقلة اهل الديوان) هم اهل الرايات والجيش الذين كتب اساميهم فى الديوان وهو الجريدة اى القطع من قرطاس جمعت وجردت من سائرها بوجه من الوجوه من دون الدواوين اى جمعها الولاة والقضاة يقال فلان من اهل الديوان اى ممن ثبت اسمه فى الجريدة (لمن هو منهم) اى من اهل الديوان وهذا عندنا وعند الشافعى الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد الرسول عليه الصلوة والسلام ولا نسخ بعده ولنا ان عمر رضى الله عنه لما دون الديوان فرض العقل على اهل الديوان بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد فكان ذلك اجماعا منهم وليس هذا نسخا اجماعا على خلاف ماقضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فانهم علموا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما قضى على العشيرة باعتبار النصرة وكان قوة المرء ونصرته يومئذ بعشيرته ثم لما دون عمر رضى الله عنه الدواوين صارت القوة والنصرة بالديوان حتى ان كان القاتل من قومه يتناصرون بالقبائل يعتبر ذلك وان كانوا يتناصرون بالحرفة فعاقلته اهل الحرفة (فيؤخذ الدية من عطياتهم حين خرجت) العطيات من الديوان

ولدها بسببك قال فامر عمر عليها ان يضرب ديته على قريش فاخذ عقله من قريش لانه خطأ هذا واختلف فى الآباء والبنين فقال الشافعى واحمد فى رواية ليس آباء القاتل وان علوا ولا ابناؤه وان سفلوا من العاقلة وقال مالك واحمد فى رواية يدخل فى العاقلة ابو القاتل وابنه وهو قولنا عند عدم اهل الديوان ولنا ان عمر لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة روى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن الحكم قال عمر اول من جعل الدية عشرة عشرة فى اعطيات المقاتلة دون الناس والاعطية جمع العطية وروى ايضا عن الشعبى وعن ابراهيم انهما قالا اول من فرض العطايا عمر بن الخطاب وفرض فيه الدية كاملة فى ثلاث سنين والنصف فى سنتين والثلث فى سنة وما دون ذلك فى عامه وفى مصنف عبد الرزاق مثله وفيه ايضا اخبرنا الثورى عن اشعث عن الشعبى انه جعل عمر الدية فى الاعطية فى ثلاث سنين والنصف والثلثين فى سنتين والثلث فى سنة وما دون الثلث فى عامه واخرج ابن ابى شيبة عن النخعى والحسن انهما قالا العقل على اهل الديوان وقال الترمذى فى كتابه وقد اجمع اهل العلم على ان الدية تؤخذ فى ثلث سنين فى كل سنة ثلث الدية وروى عبد الرزاق فى مصنفه عن عمر انه جعل الدية فى الاعطية فى ثلث سنين وفى لفظ انه قضى بالدية فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلث على اهل الديوان فى اعطياتهم واما قولهم ولانسخ بعده عليه السلام فمسلم الا ان هذا ليس بنسخ بل هو تقدير معنى لان العقل على اهل النصرة وكانت النصرة بانواع بالقرابة وبالحلف اى العهد وبولاء العتاقة وبالعهد وهو ان يعد فى القوم ولا يكون منهم وفى عهد عمر صارت بالديوان فجعله على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم يتناصرون بالحرف كانت عاقلتهم على اهل حرفتهم ولو كان بالحلف فعاقلتهم حلفاؤهم وتوضيحه ان اجماع الصحابة لم يكن على خلاف ما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بل على وفاق ما قضاء فانهم علموا انه انما قضى على العشيرة باعتبار النصرة وقد كانت قوة المرء ونصرته يومئذ بعشيرته ثم لما دون عمر الدواوين صارت القوة والنصرة بالديوان فكذا قضوا بالدية على اهل الديوان لان المعنى متى عقل فى حكمه الشرع يتعدى الحكم بذلك المعنى الى الفرع (وحيه) اى والعاقلة حى القاتل اى قبيلته (لمن) اى للقاتل الذى (ليس منهم) اى من اهل الديوان لان

(والعاقلة) (حيه) اى قبيلته (لمن ليس منهم) اى من اهل الديوان

نصرته بجيه وهى العشيرة فى التعاقل فصار حاله كحال من كان على عهده عليه السلام (يؤخذ من كل) اى من كل واحد منهم ما عدا فقرائهم (فى ثلث سنين) لما روينا عن عمر (ثلثة دراهم او اربعة) فلا يزاد الواحد فى كل سنة على درهم وثلث وقال مالك واحمد فى رواية لا تقدير فى اخذها بل يحملون ما يطيقون لان التقدير لايثبت الا بالتوقيف منه ولانص فيه فيفوض الى رأى الحاكم كتقادير النفقات وقال الشافعى واحمد فى رواية يجب على الغنى نصف دينار لانه اقل ما قدر فى الزكوة وعلى المتوسط ربع دينار لان ما دون ذلك تافه لاتقطع اليد فيه وقلنا العقل صلة تجب على سبيل المواساة كالنفقة فيستوى فيه الغنى والمتوسط ثم ابتداء الثلاث سنين من وقت القضاء عندنا وقال مالك والشافعى واحمد من وقت القتل لانه سبب الوجوب ولنا ان الوجوب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كولد المغرور تعتبر قيمته من وقت القضاء لاقبله واذا كان الواجب ثلث الدية اواقل منه يجب فى سنة واحدة واذا كان اكثر من الثلث الى تمام الثلثين يجب فى سنتين واذا كان اكثر من الثلثين الى تمام الدية يجب فى ثلث سنين لان جميع الدية فى ثلاث سنين فيكون كل ثلث فى سنة ولا فرق عندنا فى تأجيل الدية بثلاث سنين بين الواجب على العاقلة والواجب على القاتل فى ماله وقال مالك والشافعى واحمد ما وجب فى مال القاتل فهوحال وذلك مثل الاب اذا قتل ابنه عمدا او انقلب القصاص بالشبهة مالا (وان لم يسع الحى) لاخذ الدية منهم فى ثلث سنين كل سنة درهم اودرهم وثلث (ضم اليه اقرب الاحياء نسبا) تحقيقا للتخفيف وتقاربا عن الاجانب (الاقرب فالاقرب) على ترتيب العصبات يقدم الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم (والباقى) من الدية التى لم يسع الحى لها مع ضم اقرب الاحياء نسبا اليهم (على الجانى) لان اصل الوجوب عليه وانما تحول عنه الى العاقلة للتخفيف (والقاتل) يدخل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى (كاحدهم) لانه الجانى فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال مالك فى غير المشهور والشافعى واحمد لايجب على القاتل شىء من الدية (و) العاقلة (للمعتق حى سيده) لان نصرته بهم (و) العاقلة (لمولى الموالاة) وهو مولى الحالف (مولاه وحيه) اى حى مولاه لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف للشافعى واحمد وقد

(يؤخذ من كل) واحد من العاقلة (فى ثلث سنين ثلثة دراهم) واربعة اى يقسم الدية عليهم فى ثلث سنين ولا يؤخذ من كل واحد فى كل سنة الا درهم اودرهم وثلث درهم وذكر القدورى فى مختصره يقسم عليهم فى ثلث سنين ولا يزاد الواحد على اربعة دراهم فى كل سنة والصحيح هو الاول وعند الشافعى يجب على كل واحد نصف دينار (وان لم يتسع) الحى لذلك بان يصيب الرجل اكثر من المقدر (ضم اليه) اى الى الحى (اقرب الاحياء نسبا) ثم ضم (الاقرب فالاقرب) كما فى العصبات وعلى هذا حكم الرايات والجيش اذا لم يتسع لذلك ضم اليهم اقرب الرايات نصرة اذا نابتهم نائبة الاقرب فالاقرب وذا مفوض الى الامام (و) ان لم يتسع الدية الحى وما ضم اليه من اقرباء الاحياء نسبا يكون (الباقى) من الدية (على الجانى) لانه الاصل فى الجناية (و) ادخل (القاتل) مع العاقلة فيكون فيما يؤدى (كاحدهم) وقال الشافعى ليس على القاتل شىء من الدية والعاقلة (للمعتق حى سيده) قال عليه الصلوة والسلام مولى القوم منهم (و) العاقلة (لمولى الموالاة مولاه وحيه) اى حى مولاه وفيه خلاف الشافعى

مر فى الولاء (والمعتبر فى العجم اهل النصرة) منهم (سواء كانت بالحرفة او غيرها) افتى ابو الليث وابو جعفر الهندوانى وظهير الدين المرغينانى انه لا عاقلة للعجم لانهم ضيعوا انسابهم ولا يتناصرون فيما بينهم واكثر المشايخ قالوا للعجم عاقلة لان لهم عادة فى التناصر وبه كان يفتى محمد بن سلمة وشمس الائمة الحلوانى وقال الاسبيجابى اهل صناعة القاتل عاقلته وديوانه ولكن بشرط ان يكونوا يتناصرون بها وهو تفصيل حسن واختاره كثير من المشايخ وقد شاهدت اهل المحلة والعجم يتناصرون كما فى مكة المشرفة حال المنازعة بين اهل المعلى واهل الشبكة وقد قالوا لايعقل اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر عن اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل مصرهم (ومن لا عاقلة له) من المسلمين بان كان لقيطا او نحوه كالغريب (يعطى) عنه (من بيت المال ان كان) للمسلمين بيت مال (والا) اى وان لم يكن للمسلمين بيت مال (فعلى الجانى) كحد السرقة والقذف والقصاص (وتتحمل العاقلة ما) اى المال الذى (يجب بنفس القتل) وهو دية شبه العمد والخطأ (لا ما يجب بصلح) اى لاتتحمل العاقلة المال الذى يجب بسبب صلح عن قتل عمد (و) الذى يجب بسبب (اقرار) من الجانى (لم تصدقه العاقلة) عليه لان الاقرار والصلح لايلزمان العاقلة لقصور ولايته عنهم الا ان يصدقوه فى الاقرار لان تصديقهم اقرار منهم والامتناع كان لحقهم وقد زال او ان تقوم البينة لانها مثبتة وتقبل هنا مع الاقرار وان كانت لاتعتبر معه لانها تثبت ما ليس بثابت باقرار المدعى عليه وهو الوجوب على العاقلة ولو اقر بقتل خطأ ولم يرتفعوا الى القاضى الا بعد سنين قضى عليه بالدية فى ماله فى ثلث سنين من يوم يقضى وقال مالك والشافعى واحمد حالا لنا ان التأجيل من وقت القضاء فى الثابت بالبينة ففى الثابت بالاقرار اولى لانه اضعف (او) الذى يجب بسبب قتل (عمد سقط قوده بشبهة) وكذا اذا عفا بعض الاولياء (او) الذى يجب بسبب (قتله ابنه عمدا ولا) تتحمل العاقلة (جناية عبد او عمد اوما دون ارش موضحة بل) تتحملها (الجانى) اخرج البيهقى عن الشعبى عن عمر قال العمد والعبد والصلح والاعتراف لا يعقله العاقل وروى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن النخعى انه قال لا تعقل العاقلة ما دون الموضحة ولا تعقل العمد ولا الصلح ولا الاعتراف واخرج عبد الرزاق فى مصنفه عن الشعبى انه

(والمعتبر) للعاقلة (فى العجم اهل النصرة سواء كانت) النصرة (بالحرفة اوغيرها) كالقرب فى السكنى فى محلة مثلا (ومن لاعاقلة له) بان كان لقيطا اونحوه (يعطى) الدية (من بيت المال) ان كان بيت المال (مضبوطا) لانه لجماعة المسلمين وهم من اهل النصرة له وعن ابى حنيفة رحمه الله ان الدية فى ماله (والا) اى وان لم يكن بيت المال مضبوطا (فعلى الجانى) الدية (ويحتمل العاقلة ما يجب بنفس القتل ابتداء لا ما يجب بصلح اواقرار لم يصدقه العاقلة) الاقرار والصلح لايلزمان العاقلة لانه لاولاية له عليهم ولا يتحمل العاقلة مايجب بقتل عمد (سقط قوده بشبهة) مثل ما اذا قتل مكاتب عمدا وترك وفاء وله وارث وسيد كمامر (اوقتل ابنه عمدا) فانه لاقود على الاب ويجب الدية فى ماله لاعلى العاقلة (ولا) يتحمل العاقلة (جناية عبد) خطا على حر لان المولى فى كونه مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة فكما لايتحمل عن العاقلة عواقلهم لايتحمل جناية العبد عاقلة مولاه (او) جناية (عمد) سواء كانت فى النفس اوفى الاطراف قال عليه الصلوة والسلام لايعقل العاقلة عمدا وهذا مغن عن قوله اوقتل ابنه عمدا (ولا مادون ارش الموضحة) اى اقل من نصف عشر الدية فان نصف العشر ارش الموضحة لان تحمل العاقلة للتحرز عن احجاف المال ولا احجاف فى القليل (بل يجب) المال فى الصور المذكورة (على الجانى) فى ماله

كتاب الأكراه

بالفتح اسم منه وفى الشريعة (فعل يوقعه المرء بغيره) يقال اوقع فلان بفلان ما يسوءه (فيفوت بذلك الفعل رضاه) اى رضاء الغير كما اذا اكرهه بالحبس والضرب (او يفسد به اختياره كما) اذا اكره بالتهديد بالقتل اوقطع عضو (مع بقاء اهليته) اى المكره فانه لايزول اهلية المكره بالاكراه ولايسقط عنه الخطاب ولا يصير مجبورا على الفعل بحيث لايكون له اختيار اصلا بل هو اهل لتوجه الخطاب يسبب العقل والبلوغ وله اختيار فى الجملة فان الاكراه لايكون على فعل لااختيار بالمكره فيه فالاكراه نوعان احدهما ان يكون مفوتا للرضاء وهو ان يكون بالحبس او الضرب والثانى ان يكون مفسدا للاختيار وهو ان يكون بالتهديد بالقتل اوقطع العضو ففوت الرضاء اعم من فساد الاختيار فان فى الحبس والضرب يفوت الرضاء لكن الاختيار الصحيح باق وفى القطع والقتل لارضاء لكن له اختيار غير صحيح بل اختيار فاسد فالرضاء فى مقابلة الكراهة والاختيار فى مقابلة الجبر ففى الاكراه بالحبس او الضرب لاشك ان الكراهة موجودة فالرضاء معدوم ولكن الاختيار متحقق مع وصف الصحة لان الاختيار انما يفسد لخوف تلف النفس او العضو لان كل امر فيه تلف احدهما فالامتناع عنه كان مجبولا فى طبيعة جميع الحيوانات فالامتناع عنه وان كان اختياريا صورة فهو قريب من الجبر ففى الاكراه عند خوف تلف النفس والعضو اختيار الامتناع عما فيه مظنة الهلاك اختيار فاسد لان الانسان عليه مجبور من حيث ان الطبع عليه مغلوب (وشرط) فى تحقق الاكراه (قدرة الحامل) اى المكره (على ايقاع ماهدد به سلطانا كان اولصا) والذى قاله ابو حنيفة ان الاكراه لايتحقق الامن السلطان لان القدرة لايكون الا للسلطان فقد قالوا هو اختلاف عصر وزمان لااختلاف حجة وبرهان لان فى زمان ابى حنيفة لم يكن لغير السلطان من القدرة مايتحقق به الاكراه وزمانها فاجاب على ما شاهد فى زمانه وفى زمانهما ظهر الفساد فصار الامر الى كل متغلب فتحقق الاكراه من الكل

قال اربعة ليس فيهن عقل على العاقلة وانما هى فى ماله خاصة العمد والاعتراف والصلح والمملوك وروى البيهقى عن الشعبى انه قال لاتعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ورواه ابو عبيد القاسم بن سلام فى آخر كتابه غريب الحديث كذلك من قول الشعبى ثم قال واختلفوا فى تأويل العبد فقال محمد بن الحسن معناه ان يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شىء من جنايته وانما هى فى رقبته واحتج لذلك محمد بن الحسن فقال حدثنى عبدالرحمن بن ابى الزناد عن ابيه عن عبيدالله بن عبدالله عن ابن عباس قال لاتعقل العاقلة عمدا ولاصلحا ولا اعترافا ولا ماجنى المملوك الايرى انه جعل الجناية للمملوك قال وهذا قول ابى حنيفة وقال ابن ابى ليلى انما معناه ان يكون العبد يجنى عليه يقتله حرا ويجرحه فليس على عاقلة الجانى شىء انما ثمنه فى ماله خاصة قال ابو عبيد فذاكرت الاصمعى فيه فقال القول عندى ما قال ابن ابى ليلى وعليه كلام العرب ولو كان المعنى على ما قال ابو حنيفة لكان لاتعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولاتعقل عبدا انتهى وقد اجبنا عنه فيما سبق بما هو امق وقال الشارح هنا على سبيل التنزل ان كون القول عند الاصمعى ما قال ابن ابى ليلى نظرا الى مجرد لفظ هذا الحديث لا ينافى ان يكون القول ما قال ابو حنيفة نظرا الى ما رواه محمد عن ابن عباس جمعا بين الاحاديث والله تعالى اعلم بالصواب*

كتاب الأكراه

(هو) لغة مصدر اكرهه اذا حمله على امر يكرهه طبعا وشرعا (فعل) من تهديد وتخويف بضرب ونحوه (يوقعه) المرء (بغيره) على ايجاد ما يكرهه طبعا او شرعا (فيفوت) به (رضاه او يفسد اختياره مع بقاء اهليته) للتكليف وعدم سقوط الخطاب عنه لان المكره مبتلى والا بتلاء يحقق الخطاب الاترى انه متردد بين فرض وحظر ورخصة وبين اثم واجر وذلك آية الخطاب (وشرط) فى تحقق الاكراه امور منها (قدرة الحامل له على ايقاع ما هدد به سلطانا كان اولصا) وقال ابو حنيفة ان الاكراه لا يكون الا من السلطان قالوا هو اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان زمان ابى حنيفة لم يكن فيه لغير السلطان من القدرة ما يتحقق به الاكراه

وزمانهما كان فيه ذلك (و)منها (خوف الفاعل) وهو المكره بفتح الراء (ايقاعه) اى ايقاع الحامل ما اكره به بان يغلب على ظنه ان يوقعه به عليه فى الحال (و) منها (كون المكره به متلفا نفسا) سواء كان قتلا او ضربا (او) متلفا (عضوا) قطعا كان او غيره (وهو) اى متلف النفس او العضو الاكراه (الملجئ او موجبا) عطف على متلفا اى وكون المكره به محصلا (لما يعدم الرضا) وفى شرح الوقاية ان هذا يختلف باختلاف الناس فان الاراذل ربما لا يغتمون بالضرب والحبس فالضرب اللين لا يكون اكراها فى حقهم بل الضرب المبرح وكذا الحبس الا ان يكون حبسا مؤبدا يتضجر منه والاشراف يغتمون بكلام فيه خشونة فمثل هذا يكون اكراها لهم (و) منها كون (الفاعل ممتنعا مما اكره عليه) من الفعل (قبله) اى قبل الاكراه (لحقه) اى حق الفاعل كاكراه على بيع ماله او اتلافه او اعتاق عبده (او) لحق شخص (آخر) كاكراهه على اتلاف مال غيره (او) لحق (الشرع) كاكراهه على شرب الخمر او الزنا (فلو اكره بالملجئ او غيره على بيع) لما له (ونحوه) من الشراء بماله والاجارة لداره (او) على (اقرار) مثل ان يقر لرجل بالف ففعل ما اكره عليه فهو بالخيار (ان شاء فسخ او) شاء (امضى) اما البيع ونحوه فلفوات شرط صحته وهو الرضا واما الاقرار فلانه خبر يحتمل الصدق والكذب ودليل انه كذب موجودهنا وهو الاكراه والاصل عندنا ان تصرفات المكره كلها منعقدة قولا الا ان ما يحتمل الفسخ منها كالبيع والاجارة له ان يفسخه ومالا يحتمله كالطلاق والنكاح والاعتاق والتدبير والاستيلاد والنذر يلزمه وعند مالك والشافعى واحمد لا يلزمه (و) اذا كان البيع والتسليم كرها (يملكه) اى المبيع (المشترى ان قبض) المشترى المبيع لان بيع المكره فاسد وذلك ان ما هو ركن العقد لم ينعدم بالاكراه وهو الايجاب والقبول فى محله وانما انعدم ما هو شرط الجواز وهو الرضاء لقوله تعالى (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) وتاثير انعدام شرط الجواز فى افساد العقد كما فى الربا فان التساوى فى الاموال الربوية شرط جواز العقد فاذا انعدم كان العقد فاسدا وعندنا فى البيع الفاسد يملك المشترى المبيع بالقبض وعند مالك والشافعى واحمد لا يملك (فيصح) للمشترى بعد قبضه (اعتاقه) وتدبيره واستيلاد الامة (ولزمه) اى المشترى (قيمته) كما فى سائر البيوع الفاسدة (فان قبض) المكره

(رشرط خوف الفاعل) اى المكره (ايقاعه) ايقاع ماهدد به وذلك بان يغلب على ظن المكره ان المكره يوقع ماهدد به فان غلب على ظنه انه لا يفعله به لم يكن اكراها (وشرط كون المكره به) اى ماهدد به (متلفا نفسا او عضوا (و) هذا النوع من الاكراه (هو الملجئ) اى المفسد للاختيار (و) كون المكره به (موجبا غما بعدم الرضاء كالحبس المديد والضرب المؤلم وهذا مختلف باختلاف الاشخاص فان الاراذل ربما لا يغتمون بالضرب والحبس فالضرب اللين لا يكون اكراها فى حقهم بل الضرب المبرح وكذا الحبس الا ان يكون مديدا يتضجر منه وذلك على قدر ما يراه الحاكم اذا رفع اليه واما الاشراف فانهم يغتمون بمجرد كلام فيه خشونة فمثل هذا يكون اكراها لهم (و) شرط كون (الفاعل) اى المكره (ممتنعا عما) اى عن الفعل الذى (اكره عليه قبله) اى قبل الاكراه اما لحقه كبيع ماله واتلافه واعتاق عبده اولحق ادمى اخر كاتلاف مال الغير (اولحق الشرع كالزنا وشرب الخمر واكل الربوا او الميتة (فلو اكره بالملجئ كالقتل او قطع العضو اوضرب يخاف منه الاتلاف على نفسه اوعضو من اعضائه (اوغيره) اى غير الملجئ كالضرب الشديد والحبس المديد (على بيع) ماله (ونحوه) كشراء سلعة او اجارة دار (او) على (اقراره) لرجل بالف درهم مثلا ففعل فهو بالخيار (ان شاء فسخ) هذه التصرفات لان الاكراه يعدم الرضاء والرضاء شرط فى هذه التصرفات (او) ان شاء (امضى) على هذه التصرفات واذا باع مكرها (يملكه) اى المبيع (المشترى ان قبض) المبيع لان بيع المكره فاسد لا باطل لان ركن البيع صدر من اهله فى محله والفساد لفوات الوصف وهو الرضاء وفى البيع الفاسد يصير المشترى مالكا بالقبض عندنا وعند زفر لا يملكه (فيصح اعتاقه) اعتاق المشترى وتدبيره واستيلاده وكل تصرف لا يمكن (لزمه قيمته) اى قيمة المبيع (فان قبض) البائع بالاكراه

على المبيع (ثمنه) طوعا (اوسلم) المبيع للمشترى (طوعا) بان اكره على البيع لا على التسليم (نفذ) البيع فى المسألتين لان قبض الثمن طوعا دليل الاجازة كما فى البيع الموقوف اذا قبض المالك الثمن وكذا تسليم المبيع من غير كره دليل الاجازة قيد بالطوع وهو للمسألتين لان البائع لو قبض الثمن كرها لم يكن قبضه اجازة وعليه رده ان كان قائما فى يده لفساد العقد بالاكراه وان كان هالكا لا يأخذ المشترى منه شيئا لانه كان امانة عنده لانه اخذه باذن المشترى والقبض متى كان بأذن المالك لا يجب ضمانه الا اذا قبضه للتملك وهنا لم يقبضه لذلك بل للاكراه (وحل بالملجئ) وهو القتل او القطع ولو انملة او ضربا يخاف منه على نفسه او عضو من اعضائه (شرب الخمر واكل الميتة) ونحوه اى نحو اكل الميتة وهو اكل لحم الخنزير واكل الدم لان الله تعالى استثنى الضرورة من التحريم بقوله (الا ما اضطررتم اليه) وفى الاكراه الملجئ ضرورة فصارت هذه الاشياء المحرمة كباقى الاطعمة المباحة (حتى ان) لم يفعل (وصبر) على القتل او قطع العضو (اثم) وعن ابى يوسف وهو قول للشافعى ورواية عن احمد لا يأثم وكذا من اصابته مخمصة فلم يتناول من الميتة حتى مات اثم فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف لا يأثم والاصل عنده ان الاثم ينتفى بالضرورة والحرمة لا ينتفى بها اما الاولى فلقوله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه) وقوله (فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم) واما الثانية فلان الحرمة متعلقة بصفة الميتة او الخمر وبالضرورة لا يزول ذلك فاذا امتنع المضطر كان امتناعه من تناول الحرمة فلا يأثم لانه متمسك بالعزيمة ووجه الظاهر ان حالة الاضطرار مستثناة من الحرمة قال الله تعالى (وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه) والمستثنى من الحرام حلال ومن امتنع عن الطعام الحلال حتى هلك يكون آثما واما لو فعل ما ذكر من غير ملجئ بان يكون بضرب او حبس او قيد فلم يحل (ورخص به) اى بالملجئ (اظهار الكفر) مطمئنا (بالايمان قلبه) اى قلب المظهر لقوله تعالى (من كفر بالله من بعد ايمانه الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان) الآية واما روى الحاكم فى المستدرك عند تفسير سورة النحل عن ابى عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر وقال صحيح على شرط الشيخين ان المشركين اخذوا عمار بن ياسر فلم يتركوه حتى سب النبى

(ثمنه) اى ثمن المبيع طوعا (اوسلم طوعا نفذ) المبيع ولا يبقى للبائع حق الرجوع لان الطوع دليل اجازة البيع ولو اكره على اكل الميتة والدم اوشرب الخمر او اكل لحم الخنزير بحبس اوضرب اوقيد لم يجزله ذلك لان الالجاء لايتحقق بها (وحل بالملجئ) وهو تلف النفس والعضو (شرب الخمر واكل الميتة ونحوهما) مما عددناه لان حرمة هذه الاشياء ثابتة بالشرع فى حال الاختيار وقد تحققت الضرورة هنا فالتحقت هذه الاشياء بسائر الاطعمة والاشربة ولا يسعه ان يصبر على ماتوعد به (حتى ان صبر اثم) وعن ابى يوسف لا يأثم وهكذا فيمن اصابته مخمصة فلم يتناول من الميتة حتى مات يكون آثما وعن ابى يوسف انه لا يأثم (ورخص به) اى بالاكراه الملجئ (اظهار كلمة الكفر) فان اظهر ذلك (و) كان قلبه (مطمئنا بالايمان) لا يأثم لحديث عمار بن ياسر فان المشركين اخذوه ولم يتركوه حتى اظهر سب النبى عليه السلام وذكر الهتهم بخير فاتى النبى صلى الله عليه وسلم قال فان عادوا فعد اى ان عادوا الى الاكره فعد الى طمانينة القلب

صلى الله عليه وسلم وذكر الهتهم بخير ثم تركوه فلما اتى النبى صلى الله عليه وسلم قال له ما وراءك قال شر يا رسول الله ما تركت حتى قلت منك وذكرت آلهتهم بخير قال فكيف تجد قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد ورواه ابو نعيم فى الحلية وعبد الرزاق فى مصنفه وفيه نزل قوله تعالى (الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان) الآية (وبالصبر اجر) اى وان لم يظهر الكفر وصبر على ما اكره به من قتل او قطع اثيب لان الحرمة لما كانت باقية كان باذلا نفسه لاعزاز الدين تمسكا بالعزيمة فكان شهيدا ولما روى ان مسيلمة الكذاب اخذ رجلين فقال لاحدهما ما تقول فى محمد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فما تقول فى قال انت ايضا فخلاه وقال للآخر ما تقول فى محمد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فما تقول فى قال انا اصم فاعاد عليه ثلاثا فاعاد جوابه فقتله فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اما الاول فقد اخذ برخصة الله تعالى واما الثانى فقد صدع بالحق فهنيأ له وما فى صحيح البخارى من صبر خبيب على القتل وقوله حين عرموا على قتله * ولست ابالى حين اقتل مسلما * على اى شق كان لله مصرعى * وذلك فى ذات الاله وان يشأ * يبارك على اوصال ممزع * اى اعضاء جسد مقطع وهو خبيب بن عدى الانصارى حضر بدرا واسر فى غزوة الرجيع سنة ثلاث فانطلق به الى مكة فاشتراه بنو الحارث ابن عامر وكان خبيب قد قتل الحارث يوم بدر كافرا فاشتراه بنوه فاقام عندهم اسيرا ثم صلبوه بالتنعيم وهو اول من صلب من اهل الاسلام ولما خرجوا به من الحرم ليقتلوه قال دعونى اصلى ركعتين ثم انشأ البيتين (و) رخص بالملجئ (اتلاف مال مسلم) لان مال الغير يستباح للضرورة كما فى حال المخمصة وقد تحقق الضرورة هنا ولو صبر حتى قتل كان شهيدا لانه بذل نفسه لاعزاز الدين لان الحرمة باقية فالامتناع عزيمة (وضمن الحامل) لصاحب المال لان المكره آلة للحامل فيما يصلح آلة وهو الاتلاف فكان الحامل هو المتلف لهذا المال (لا قتله) اى لا يرخص قتل المسلم بالاكراه الملجئ على قتله لان قتل المسلم لا يباح للضرورة فكذا للاكراه ولان دليل الرخصة خوف التلف والمكره والمكره عليه فى ذلك سواء فسقط الكره للتعارض ولو قال لتقطعن يد نفسك او لاقطعنها انا لم يسعه قطعها لانه فى الجانبين عليه ضرر قطع اليد واذا امتنع صارت يده

(وبالصبر) اى ان صبر حتى قتل او قطع عضوه ولم يظهر الكفر (اجر) اى كان ماجورا مثابا فان المشركين اخذوا خبيبا وعاقبوه على ان يذكر الهتهم بخير ويسب النبى عليه الصلوة والسلام وهو يسب الهتهم ويذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بخير حتى قتلوه فسماه النبى عليه السلام افضل الشهداء وقال هو رفيقى فى الجنة والفرق بين الكفر وشرب الخمر ان الشراب حل عند الضرورة والكفر لا يحل ابدا وقد رخص اظهاره مع قيام دليل الحرمة لان التصديق بالقلب باق فلا يفوت حق الله تعالى بالكلية ورخص بالاكراه الملجئ (اتلاف مال مسلم) لان حرمة النفس فوق حرمة المال فاستقام ان يجعل اتلاف المال وقاية لحفظ النفس ولكن اخذ مال الغير ظلم فاذا صبر حتى قتل فقد بذل نفسه لدفع الظلم فصار مثابا وان اكره على اتلاف مال المسلم بالحبس او الضرب لا يسع ذلك (وضمن) المال المتلف (الحامل) اى المكره بكسر الراء لا المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل فكان المكره اخذ المكره واتلف به المال (لا) يرخص بالاكراه الملجئ (قتله) اى قتل المسلم بل يصبر المكره حتى يقتل فان قتل المسلم كان المكره القاتل اثما لا المكره

مقطوعة بفعل المكره واذا اقدم عليه صارت مقطوعة بفعل نفسه وهو يتيقن بما يفعله بنفسه ولا يتيقن بما هدده به المكره اذ ربما يخوفه بما لا يحققه فلهذا لا يسعه قطعها ولو قطعها لم يكن على الذى اكرهه شىء وكذا لو قال له لتقتلن نفسك بهذا السيف او لا قتلنك بالسياط او ذكر نوعا من القتل هو اشد عليه مما امره ان يفعله بنفسه يقتل نفسه قتل به الذى اكرهه لان الاكراه تحقق هنا فانه قصد بالاقدام على ما طلب منه دفع ما هو اشد عليه اذ القتل بالسياط افحش واشد على البدن من القتل بالسيف لان القتل به يكون لحظة وبالسياط يطول ويتوالى الالم واليه اشار حذيفة حيث قال فتنة السوط اشد من فتنة السيف (ويقاد هو) اى الحامل ان كان القتل عمدا (فقط) اى ولا يقاد الفاعل معه ولا وحده وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وقال مالك والشافعى واحمد يقادان لان الفاعل قاتل حقيقة والحامل متسبب والمتسبب عندهم فى القود كالمباشر كما فى شهود القصاص اذا رجعوا وقال زفر يقاد الفاعل فقط وقال ابو يوسف لايقاد واحد منهما لان الفاعل قاتل حقيقة لاحكما والحامل بالعكس فتمكنت الشبهة من الجانبين ولو اكره على تردد من جبل عال اوعلى اقتحام نار مضطرمة لايرجو النجاة منها او على طرح نفسه فى ماء مهلك يقتل له الصبر والاقتحام عند ابى حنيفة لان من الناس من يختار الم النار على الم السيف وصبره محمد ومنعه عن فعل ما امر به واضطرب قول ابى يوسف بين الصبر والاقتحام وكذا الخلاف بينهم لو وقعت نار فى سفينة ان صبر احترق وان القى نفسه غرق وحكم الاكراه على التردى المهلك والالقاء فى الماء المغرق لزوم الدية على المكره عند ابى حنيفة وعند محمد قتل الحامل على التردى والالقاء فى الماء كما يقتل الحامل على اقتحام النار بالقتل ويوافق ابو يوسف محمدا فى وجوب القود فى الصور الثلث فى الصحيح عنه لانه لما ابيح له الاقدام صار آلة المكره والدليل عليه حديث زيد بن وهب قال استعمل عمر بن الخطاب رجلا على جيش فخرج نحو الجبل فانتهى الى نهر ليس عليه جسر فى يوم بارد فقال امير ذلك الجيش لرجل انزل تابع لنا مخاضة نجوز فيها فقال الرجل انى ان دخلت الماء اموت فاكرهه فدخل الماء وقال يا عمراه ثم لم يلبث ان هلك فبلغ ذلك عمر وهو فى سوق المدينة فقال يالبيكاه يالبيكاه فبعث الى الامير فنزعه وقال لو لا ان يكون سنة لا قدته

(و) لكن (يقاد هو) اى الحامل فقط ان كان القتل عمدا عند ابى حنيفة ومحمد لان الفاعل يصير آلة له وعند زفر يجب القود على المكره لانه قاتل وقال ابو يوسف لايجب القود عليهما وقال الشافعى يجب عليهما اما على الفاعل فبالمباشرة واما على الحامل فبالتسبيب

منك ثم غرمه الدية وقال لا تعمل لى عملا ابدا فقال انما امره الامير بهذا على غير ارادة قتله بل ليدخل الماء فينظر لهم مخاضة فضمنه عمر ديته فكيف بمن امره وهو يريد قتله بذلك وفيه دليل على انه يجب القود على المكره وانه يجب بغير سلاح ومعنى قوله لو لا ان يكون سنة يعنى فى حق من لا يقصد القتل ويكون مخطئا فى ذلك فهو تنصيص على انه اذا كان قاصدا قتله بما لا يلبسه فانه يستوجب القود وابو حنيفة يقول انما قال عمر ذلك على سبيل التهديد وقد يهدد الامام بما لا يتحقق ويتحرز عن الكذب ببعض معاريض الكلام والله تعالى اعلم بحقايق المرام (وصح نكاحه) اى نكاح من اكره على نكاح امرأة (وطلاقه) اى طلاق من اكره على طلاق امرأة (وعتقه) اى عتق من اكره على اعتاق عبده او امته فان هذه العقود تصح عندنا مع وجود الاكراه قياسا على صحتها مع وجود الهزل وعند مالك والشافعى واحمد لا تصح (ورجع) السيد على العامل له (بقيمة العبد) سواء كان العامل له موسرا او معسرا (ونصف المسمى) اى ورجع المطلق على العامل بنصف المسمى (ان لم يطأ) قيد به لانه لا يرجع فى الموطوءة بشئ لان ما عليه فى غير الموطوءة كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من جانب المرأة وانما تقرر بالطلاق فكان الاكراه عليه اتلافا للمال من هذا الوجه فانضاف الى العامل من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق (و) صح (نذر) اى نذر من اكره على نذر (ويمينه) اى حلف من اكره على حلف على شئ لان النذر واليمين لا يلحقهما الفسخ وكل ما لا يلحقه الفسخ لا يؤثر فيه الاكراه (و) صح (ظهاره) اى ظهار من اكره على ان يظاهر من امرأته حتى لا يجوز له قربانها حتى يكفر لان الظهار من اسباب التحريم كالطلاق فيستوى فيه الجد والهزل فكذا الكره والطوع (و) صح (رجعته) اى رجعة من راجع امرأة كرها لان الرجعة استدامة النكاح فكانت ملحقة به (و) صح (ايلاؤه) اى ايلاء من اكره على الايلاء لان الايلاء يمين فى الحال وطلاق فى المآل والاكراه لا يمنع واحدا منهما (و) صح (فيؤه) اى فئ من اكره على الفئ (فيه) اى فى الايلاء لان الفئ يصح مع الهزل فكذا مع الكره ولانه كالرجعة فى الاستدامة (و) صح (اسلامه) اى اسلام من اسلم كرها (بلا قتل) اى ولا يقتل لو رجع عن الاسلام

ثم ارتد لا يقتل لتمكن الشبهة فى اسلامه والشبهة دارئة للقتل (بلا قتل لو رجع) اى ان اسلم المكره

(وصح نكاحه) اى اعتاقه وعند الشافعى لا يصح هذه التصرفات (ويرجع) المكره (بقيمة العبد) المعتق على المكره العامل فى الاكراه على الاعتاق لان الاعتاق من حيث انه اتلاف يضاف الى العامل لان الاتلاف فعل يمكن فيه جعل الفاعل آلة للعامل وان لم يمكن جعل الفاعل آلة فى التلفظ بالاعتاق (ونصف المسمى) اى رجع المكره بنصف المسمى فى صورة الاكراه بالطلاق (ان لم يطأها) لان نصف المهر فى معرض السقوط بارتدادها او تقبيل ابن الزوج فيتأكد بالطلاق قبل الدخول فمن هذا الوجه يكون اتلافا للمال فيضاف الى العامل وجعل الفاعل آلة له بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد تأكد بالدخول فلا يجب الضمان فيبقى مجرد اتلاف ملك النكاح وانه ليس بمال فلا ان يضمن بالمال قيل المهر يجب بالعقد والطلاق شرط والحكم لا يضاف الى الشرط وايضا سقوط المهر بالفرقة من قبلها مجرد وهم فلا اعتبار له فينبغى ان لا يضمن العامل على الطلاق (و) صح (نذره) حتى لو اكره على ان يوجب نفسه صدقة او صوما او حجا او شيئا يتقرب به الى الله تعالى لزمه ذلك (و) كذا صح (يمينه) بان اكره على اليمين بشئ من ذلك او غيره وذلك لان النذر واليمين مما لا يحتمل الفسخ ومما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يؤثر فيه الاكراه من حيث منع الصحة كالاعتاق لان اثر الاكراه فى فوت الرضاء واثره فى عدم اللزوم واثره فى ثبوت حق الفسخ لا يتأتى فيه اثر الاكراه (و) صح (ظهاره) فان اكره على ان يظاهر امرأته فظاهر كان مظاهرا لان الظهار من اسباب التحريم فيستوى فيه الجد والهزل والاكراه (ورجعته) لانها استدامة للنكاح فيلحق به (وايلاءه) لان الايلاء يمين فى الحال وطلاق فى المال والاكراه لا يمنع كلا واحد منهما (وفيوه فيه) اى فى الايلاء لان الفئ كالرجعة فى استدامة النكاح (و) صح (اسلامه) لكن

بل يحبس لان الشبهة لما تمكنت فى اسلامه رجحناه لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ودرأنا عنه القتل فى رجوعه لاحتمال عدم ردته (لا ابراؤه) اى لا يصح ابراء من اكره على ابراء شخص من دين او كفالة (و) لا تصح (ردته) اى ردة من اكره على الردة حتى لا تبين زوجته لان الردة تتعلق بالاعتقاد بدليل ان من نوى ان يكفر يصير كافرا وان لم يتكلم بالكفر والاكراه دليل على عدم تغير الاعتقاد (وان زنى) من اكره على الزنا (حد الا اذا اكرهه سلطان) وهذا عند ابى حنيفة وعندهما لايحد وقد سبق التحقيق والله تعالى اعلم

كتاب الحجر

(هو) بالفتح لغة المنع مطلقا ومنه سمى العقل حجرا بالكسر كقوله تعالى (هل فى ذلك قسم لذى حجر) وسمى به لانه يمنع صاحبه عن القبايح وسمى الحطيم حجرا لانه منع من بناء الكعبة وشرعا (منع نفاذ القول) لا الفعل لان الحجر فى الامور الحكمية دون الحسية ونفاذ القول حكمى لانه يرد ويقبل بخلاف نفاذ الفعل فانه حسى لا يرد اذا وقع فلا يتصور الحجر فيه فلو اتلف صبى او مجنون مال الغير يجب الضمان وسيجئ (وسببه) اى الحجر (الصغر) لان معه عدم العقل ان كان خاليا عن التمييز ونقصانه ان كان مميزا الا ان هذا التمييز ينجبر باذن الولى ويصير الصغر به كالبلوغ (والجنون) لانه اما مع عدم العقل اصلا وذلك فيمن لا يفيق صاحبه منه وحكمه ان لا يصح تصرف المبتلى به وان اجاز وليه لفقد اهلية التصرف منه واما مع نقصان العقل وذلك فيمن يجن مرة ويفيق مرة اخرى وحكمه ان يصح فى حال الافاقة كالعاقل واما المعتوه وفسر بالقليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير الا انه لا يضرب ولا يشتم فحكمه كالصبى العاقل فى تصرفاته ورفع التكليف عنه (والرق) لان العبد وما فى يده لمولاه فلا ينفذ تصرفه القولى لاجل حقه فللمولى ان يرفعه بفسخه ولكن اذا رضى بتصرفه جاز لكونه رضى بفوات حقه والحكمة فى ذلك ان الله خلق الورى وميز بينهم فى الحجر فجعل بينهم ذوى النهى ومنهم اعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض اسباب الردى (وضمنوا) اى الصغير

والمجنون

(لايصح ابراءه) عن دينه او عن كفالته (ولا ردته) فلو اكره على الردة لايرتد ولاتبين امرأته لان الردة يتعلق بالاعتقاد وفى اعتقاده الكفر شك فلا يثبت البينونة بالشك (وان اكره على) الزنا و(زنى حد) عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما رحمهما الله تعالى لايحد (الا اذا اكرهه السلطان) فحينئذ لايحد اتفاقا قيل الظاهر ان كون الاكراه مسقطا للحد متفق عليه فيما بينهم بل هذا الاختلاف انما هو فى تحقق الاكراه من غير السلطان فعند ابى حنيفة رحمه الله تعالى لايتحقق الاكراه من غير السلطان لما شاهد فى عصره فالزنا فى الصورة المذكورة لايكون مع الاكراه فيحد فاذا اكرهه السلطان فزنى لايحد لوجود الاكراه هنا وعندهما يتحقق الاكراه من السلطان وغيره كما هو فى عصرهما فلا يحد سواء كان اكرهه السلطان او غيره فيكون هذا اختلاف عصر وزمان وقيل بل هذا اختلاف حكم

كتاب الحجر

(هو) اى الحجر فى اللغة المنع ومنه سمى الحطيم حجرا لانه منع عن الكعبة وسمى العقل حجرا لانه يمنع من القبائح وفى الشرع هو منع نفاذ القول واما افعال الجوارح فلا يتحقق فيها الحجر فالصبى والمجنون اذا تلف مال الغير يجب الضمان كما سيجئ (وسببه) اى سبب الحجر (الصغر) فلا يصح تصرف الصغير الاباذن وليه (والجنون) اذا كان مغلوبا وهو الذى لايفيق فتصرفه لاينفذ وان لحقه الاجازة لانه عديم العقل وان لم يكن مغلوبا بان يجن ويفيق وهو المعتوه ينعقد تصرفه لكن يتوقف على الاجازة (والرق) فالرقيق لاتنفذ تصرفاته الا الطلاق فانه يملك الطلاق بدون اذن المولى (وضمنوا) اى الصغير والمجنون والرقيق

والمجنون والعبد (بالفعل) اى باتلاف مال الغير لان فى ضمانهم احياء لحق المتلف عليه فى المحل المعصوم وهذا بالاتفاق فاذا قتل انسانا او قطع يده او اراق شيئا لا يمكن جعل ما ذكر كالعدم لانه يؤدى الى ابطال العصمة وهو قول باطل عند جمهور الائمة بخلاف الاقوال فان اعتبارها بالشرع فى جميع الاحوال فامكن ان لا يعتبر شرعا بالنسبة الى بعض دون بعض لعارض (واخر) العبد (الى العتق فى الاقرار بمال) لان اقرار العبد نافذ فى حق نفسه لقيام اهليته لكونه مكلفا غير نافذ فى حق سيده لان نفاذه فى حقه لا يخلو عن تعلق الدين برقبته اوكسبه وكلاهما لسيده فلا يستحق شئ منهما باقراره لان اقرار الانسان لا يقبل على غيره فان اقر العبد بمال لم يلزمه فى الحال لقيام المانع ولزمه بعد الحرية لانتفائه (وعجل) فى الاقرار (بحد وقود) لان العبد فيهما مبقى على اصل الحرية لانهما من خواص الآدمية وهو ليس بمملوك من حيث انه آدمى بل من حيث انه مال واذا كان فيهما مبقى على اصل الحرية نفذ اقراره بهما فى الحال لانه اقر بما هو حقه وبطل حق المولى ضمنا وفيه خلاف زفر (ولا يحجر) عند ابى حنيفة على الحر العاقل البالغ (بسفه) وهو الاسراف فى النفقة والتبذير لا لغرض او لغرض لا يعتبره العقلاء من اهل الديانة مثل دفع المال الى المغنين واللاعبين وشراء الحمام الطيارة بالثمن الغالى (وفسق) اذا كان الفاسق مصلحا لماله وحجر عليه الشافعى (ودين) بفتح الدال لانه خاطب فكان مطلق التصرف فى ماله كالرشيد كتزوجه وطلاقه اتفاقا (وحجر) عنده (مفت ماجن) وفسر بالذى يعلم الناس الحيل (وطبيب جاهل ومكار مفلس) وهو الذى يكارى على دابة للسفر ويأخذ الكراء ولا دابة له وانما رأى ابو حنيفة الحجر على هؤلاء دفعا لضرره عن الناس ولا يحجر القاضى على المديون الذى خيف منه اتلاف ماله بطريق الاقرار عند ابى حنيفة وان طلب غرماؤه الحجر عليه لان فيه اهدار اقواله والحاقه بالبهايم فلا يجوز لدفع ضرر خاص بل يحبسه كما سياتى ويحجر عند ابى يوسف ومحمد ومالك والشافعى واحمد بالدين اذا طلب الغرماء من القاضى الحجر عليه فيمنعه من البيع والتصرف والاقرار نظرا للغرماء كيلا يضر

(بالفعل) اى اذا اتلفوا اشياء ضمنوا حتى ان من ينوم لو انقلب على فارورة الانسان فكسرها يجب الضمان عليه فى الحال (و) كذلك العبد والمجنون اذا اتلفا شيئا لزمهما ضمانه فى الحال (و) ان اقر العبد بمال لايلزمه فى الحال بل (اخر الى) زمان (العتق الاقرار بمال) لان اقراره نافذ فى حق نفسه لقيام اهليته لكونه مكلفا غير نافذ لمانع وهو حق السيد فاذا زال المانع بالعتق نفذ اقراره (و) ان اقر العبد على نفسه بحد كما اذا اقر انه زنى اوقصاص كما اذا اقر انه قتل رجلا عمدا (عجل بحد وقود) ولا يؤخر الى زمان العتق لانه مبقى على اصل الحرية فى حق الحدود والقصاص لانهما من خواص الانسانية وهو ليس بمملوك من حيث انه آدمى وان كان مملوكا من حيث انه مال (ولا يحجر) حر مكلف (بسفه) هو ضعف يعترى الانسان من غضب اوفرح يحمله على القول من غير تامل وفى لسان اصحاب الشرع هو العمل بخلاف موجب الشرع وهو اتباع الهوى وترك ما يوجبه العقل والسفيه من عادته الاسراف او ان يتصرف بتصرفات لا لغرض اولغرض لا يعده العقلاء غرضا (وفسق وفجور) اى لا يحجر يفسق لان الفاسق اهل للقضاء والولاية فكذا يكون اهلا للتصرفات فى ماله (ودين) هذا عند ابى حنيفة وعندهما وعند الشافعى يحجر على السفيه ويحجر على المديون المفلس ايضا ان طلب غرماؤه الحجر عليه فمنعه القاضى عن البيع والاقرار وعندهما رحمهما الله تعالى وعند الشافعى يحجر على الفاسق ايضا زجرا له (و) حجر (مفت ماجن) هو الذى يعلم الناس الحيل الباطلة مثل ان يعلم المرأة حتى ترتد فتبين من زوجها ويعلم الرجل ان يرتد فيسقط عنه الزكوة ثم اسلم (و) لا يبالى ان يحرم حلالا ويحل حراما (وطبيب جاهل) هو الذى يسقى الناس فى امراضهم دواء مهلكا وهو يعلم بذلك اولا يعلم (ومكارى مفلس) هو الذى يكارى الدابة ويأخذ الكراء والناس يعتمدون عليه فاذا جاء اوان السفر لا دابة له فينقطع المكترى عن الرفقة فضرر هؤلاء عام فالمفتى الماجن يفسد على الناس دينهم والطبيب الجاهل يفسد ابدانهم والمكارى المفلس يفسد اموالهم فيحجر عليهم

بهم ولما روى الدار قطنى عن كعب بن مالك عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ ماله فى دين كان عليه وعن عبد الرحمن بن كعب قال كان معاذ شابا سخيا وكان لا يمسك شيئا فلم يزل يداين حتى اغرق ماله فى الدين فاتى غرماؤه النبى صلى الله عليه وسلم فكلموه فباع صلى الله عليه وسلم ماله حتى قام معاذ بغير شىء ولقول عمر ابن الخطاب ايها الناس اياكم والدين فان اوله هم وآخره حزن وان اسيفع جهينة قد رضى من دينه وامانته ان يقال سبق الحاج فادان مقرضا فاصبح قد رين به الا انى بايع عليه ماله وقاسم ثمنه بين غرمائه بالحصص فمن كان له عليه دين فليعد فلم ينكر عليه احد من الصحابة فكان هذا اتفاقا منهم على انه يباع على المديون ماله وقوله فادان مقرضا اى استدان مقرضا وهو الذى يقرض الناس فيستدين ما وجد ممن وجدهما امكنه ولا يبالى ممن تبعه وقوله رين اى غلب يقال رين بالرجل رينا اذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه ومنه قوله تعالى (كلا بل ران على قلوبهم ما كانوا يكسبون) وابو حنيفة استدل بقوله تعالى (لاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) وبيع المال على المديون بغير رضاه ليس بتجارة عن تراض وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرء مسلم الا بطيبة نفسه لا تطيب ببيع القاضى ماله عليه فلا ينبغى له ان يفعله لهذا الظاهر والدليل عليه انه يحبسه بالاتفاق ولو جاز له بيع ماله لم يشتغل بحبسه لما فيه من الاضرار به وبالغرماء من تأخير وصول حقهم اليهم وتأول حديث معاذ ان النبى صلى الله عليه وسلم باع ماله بسؤاله لانه لم يكن فى ماله وفاء بينه كقصة جابر فى غرمائه وهذا لانه عندهم يامره القاضى اولا ببيع ماله فاذا امتنع منه يبيعه ولا يظن انه كان يأتى امر رسول الله صلى الله عليه وسلم اياه ببيع ماله حتى يحتاج ان يبيعه عليه بغير رضاه والمشهور فى حديث اسيفع ان عمر قال انى قاسم ماله بين غرمائه فيحمل على انه كان من جنس الدين وان ثبت بالبيع فانما كان ذلك برضاه الاترى ان القاضى لا يبيعه عندهم الا عند طلب الغرماء ولم ينقل انهم طالبوه بذلك وانما المنقول انه ابتدأهم بذلك وامرهم ان يغدوا اليه فدل ان ذلك كان برضاه ويحجر عندهم ايضا بالسفه لان النظر للسفيه واجب حقا لاسلامه ولو حجر عليه القاضى فرفع ذلك الى قاض آخر فرفع الحجر

عنه جازلان الحجر من الاول ليس بقضاء بل فتوى لان القضاء لقطع الخصومة بين المتخاصمين بالقضاء لا حدهما على الآخر ولم يوجد ذلك وحجر محمد على السفيه بمجرد حدوث سفهه اعتبارا بالصبا بلا توقف على حجر القاضى وافقه ابو يوسف عليه واعتبره بالمديون فلو باع شيئاقبل حجر القاضى نفذ عنده والاصل لهما قوله تعالى (فان كان الذى عليه الحق سفيها اوضعيفا اولا يستطيع ان يمل هو فاليملل وليه بالعدل) فهذا تنصيص على اثبات الولاية على السفيه ولا يكون ذلك الا بعد الحجر عليه وقال الله تعالى (ولا تؤتوا السفهآء اموالكم) الى ان قال (واكسوهم) وهذا تنصيص على اثبات الحجر عليه بطريق النظر له وقصة حبان ابن منقذ الانصارى وغبنه فى البياعات وسؤال اهله النبى صلى الله عليه وسلم ان يحجر فلو لم يكن الحجر بسبب التبذير فى المال مشروعا لما سأل اهله النبى صلى الله عليه وسلم فيه وقد طلب على عن عثمان الحجر على عبدالله بن جعفر لما اشترى دار الضيافة بمائة الف وخوف عبدالله من ذلك والتجاؤه الى الزبير وشراء الزبير منه نصفها بخمسين الفا احتيالا منه لدفع الحجر عنه واعتذار عثمان بقوله كيف احجر على رجل شريكه الزبير وانما قال ذلك لان الزبير كان معروفا بالكياسة فى التجارة فاستدل بر غبته فى الشركة على انه لاغبن فى تصرفه فهذا اتفاق منهم على جواز الحجر بسبب التبذير والمعنى فيه انه مبذر فى ماله فيكون محجورا عليه فى افعاله كالصبى بل اولى لانه انما حجر عليه لتوهم التبذير منه وقد تحقق هنا فلان يكون محجورا عليه اولى وانما جاز تزوجه وطلاقه واعتاقه بدون اجازة القاضى لان كل كلام لا يؤثر الهزل فيه لا يؤثر السفه فيه لكن يبطل ما زاد على مهر المثل هذا ويدفع القاضى اليه زكوة ماله ويصرفها هو بحضرة امينه لئلا يصرفها فى غير مصارفها وينفق عليه القاضى او امينه لانه لا حاجة فيها الى نية كذا على من يلزمه نفقته من ماله لان السفه لا يبطل حقوق الناس ولا يمنعه من حجة الاسلام لان الحج فرض عليه اذا كان مستطيعا والسفيه كالمصلح فى الفرايض ولا من عمرة واحدة استحسانا لانه قيل بفرضيتها فلا يمنع عنها احتياطا وينفذ وصاياه فى القرب من الثلث (واذا بلغ) الصبى (غير رشيد لم يسلم اليه ماله) عند ابى حنيفة (حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة وصح) عنده (تصرفه) اى الذى بلغ رشيدا (قبله) اى قبل خمس وعشرين سنة (وبعده) اى بعد الخمس والعشرين

(فاذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ما له حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة) فهذا سن اذا بلغه المرء يمكن ان يصير جدا لان ادنى مدة البلوغ اثنى عشر سنة وادنى مدة الحمل ستة اشهر ففى هذه المدة يمكن ان يولد له ابن ثم فى ضعف هذه المدة يمكن ان يولد لابنه ابن فيصير فى خمس وعشرين سنة جدا (و)ان تصرف غير رشيد فى ماله (صح تصرفه قبله) اى قبل خمس وعشرين سنة" وهذا عند ابى حنيفة وقالا لايجوز تصرفه فى ماله قبله (وبعده) اى بعد خمس وعشرين سنة

سنة (يسلم) اليه ماله (بلا رشد) وعندهما وهو قول مالك والشافعي واحمد لا يسلم اليه ماله ولا يجوز تصرفه فيه حتى يؤنس رشده لقوله تعالى (ولا تؤتوا السفهآء اموالكم) وقوله تعالى (فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم) فانه تعالى نهى عن الدفع اليه ما دام سفيها وامر بالدفع اليه ان وجد رشيدا فلا يجوز الدفع اليه قبل الرشد ولابي حنيفة قوله تعالى (وآتوا اليتامى اموالهم) والمراد بعد البلوغ وسموا يتامى لقربهم من اليتم فهو تنصيص على وجوب دفع المال بعد البلوغ الا انه يمنع عنه ماله قبل هذه المدة بالاجماع ولا اجماع هنا فيجب دفع المال بالنص ولان اول احوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار اثر الصبا فقدرناه بخمس وعشرين سنة لانه وقت يتصور ان يصير فيه جدا بان يبلغ اثنى عشر سنة ويولد له لستة اشهر ويبلغ ولده لاثنى عشر سنة ويولد له لستة اشهر والمراد من الآية الاولى اموالنا لا اموالهم والاية الثانية مشتملة على التعليق بالشرط وهو لايوجب العدم عند عدم الشرط عندنا على ان الشرط رشد نكرة صار الشرط في حكم الوجود بوجه يوجب جزاءه واول احوال البلوغ مبدأ مفارقة السفه باعتبار الصبا وبقاء اثره كبقاء عينه واذا امتد الزمان فظهرت الخبرة والتجربة لم يبق اثره وحدث ضرب من الرشد لامحالة لانه حال لبه فقد روى عن عمر انه قال ينتهي لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين سنة (وحبس القاضي المديون) عند ابي حنيفة كغيره (لدينه) اى ليقضي المديون ما عليه من الدين ببيع ماله او بغيره وانما يحبسه دفعا لظلمه بمطله ولا يكون هذا الحبس اكراها على بيعه لان المقصود منه حمل المديون على قضاء دينه باى طريق شاء في حقه (وقضى) اى وفى القاضي بلا امر المديون (دراهم دينه من دراهمه) اى دراهم المديون (و) قضى (دنانيره) اى دنانير دين المديون (من دنانيره) اى دنانير المديون لان الداين لما كان له ان ياخذ دينه اذا ظفر بجنس حقه من غير رضاء المديون كان للقاضي ان يعينه على ذلك وصار هذا الفعل منه اعانة للداين على اخذ حقه (وباع) القاضي (كلا) من الدراهم والدنانير (لقضاء الاخر) فيبيع الدراهم لقضاء الدنانير وبالعكس وهذا استحسان والقياس ان لا يبيع كالعروض ووجه الاستحسان ان الدراهم والدنانير متحدان في الثمنية والمالية ولذا يضم احدهما الى الاخر في الزكوة مختلفان في الصورة حقيقة وهو ظاهر وحكما لان رباء الفضل

(يسلم) اليه ماله (بلارشد) وقالالايسلم اليه ماله حتى يصير رشيدا (و) اذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه (حبس القاضي) الحر (المديون لدينه) واذا حبسه شهرين اوثلثة اشهر سأل عن حاله فان لم يظهر له مال خلى سبيله (و) ان كان دينه دراهم وماله دراهم (قضى) القاضي بغير امره (دراهم دينه من دراهمه) لان للدائن حق الاخذ من مال المديون من غير رضاه فللقاضي ان يعينه على ذلك (و) كذا ان كان دينه دنانير وماله دنانير قضى القاضي (دنانير دينه من دنانيره) لما ذكرنا (و) ان كان دينه دراهم وله دنانير اوعلى العكس (باع) القاضي (كلا) من الدراهم والدنانير (لقضاء الاخر) وهذا استحسان والقياس ان لايبيع الدراهم لاجل دنانير الدين والدنانير لاجل دراهم الدين لانهما جنسان مختلفان وجه الاستحسان ان الدراهم والدنانير جنسان صورة وجنس واحد معنى لانها متحدان في الثمنية

لايجرى

لا يجرى بينهما فبالنظر الى الاتحاد ثبت للقاضى ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف لم يثبت للدائن الاخذ عند الظفر باحدهما عملا بالشبهين ويقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص وينفق عليه وعلى من يلزمه نفقته من زوجته واولاده الصغار وذوى الارحام مما فى يده لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ويترك له من ثياب بدنه دست ويباع الباقى لو قوع الكفاية بالواحد وهو مختار الحلوانى وقيل يترك له دستان لئلا يقعد فى بيته ملوما محسورا اذا غسل ثيابه وفى الفتاوى الصغرى اذا كان له ثياب حسنة يمكنه الاكتفاء بما دونها تباع ويكتفى بالدون (لا عرضه) بسكون الراء (ولا عقاره) اى لايبيع القاضى عرض المديون ولا عقاره لقضاء دينه لان البيع لابد فيه من الرضاء من الجانبين ولارضا هنا من جانب المالك (ومن افلس ومعه عرض شراه فبائعه اسوة للغرماء) اراد من كون العرض معه انه قبضه باذن بايعه واحترز به عمن افلس قبل قبض عرض شراه فان بائعه لايكون اسوة للغرماء بل له ان يحبس العرض حتى يقبض الثمن وعمن افلس بعد قبض العرض بغير اذن بائعه فان لبائعه ان يسترده بحبسه بالثمن وقال مالك والشافعى واحمد بائع العرض احق به فى حياة المشترى وبعد مماته هو احق به عند الشافعى فقط لما فى الصحيحين عن ابى هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من ادرك ماله بعينه عند رجل قد افلس فهو احق به من غيره ولنا قوله تعالى (وان كان ذوعسرة فنظرة الى ميسرة) وذلك ان المشترى اذا افلس استحق بهذا النص النظرة الى الميسرة فليس للبائع ان يطالبه قبلها ولافسخ بدون المطالبة بالثمن والحديث محمول على المغصوبات والودائع والرهن والعوارى والاجارات (وبلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال و) بلوغ (الجارية بالاحتلام والحيض والانزال والحبل) والاصل هو الانزال لقوله تعالى (واذا بلغ الاطفال منكم الحلم) ولكون الحبل والاحبال لايكونان الامع الانزال وكذا الحيض لايكون عادة الافى وقت الحبل والحبل لايكون الامن الانزال وهذا لان البلوغ عبارة عن بلوغ الانسان كمال الاحوال (فان لم يوجد شىء) من ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة وقيل تسع عشرة سنة ويتم لها سبع عشرة وهذا عند ابى حنيفة لانه بلوغ اشد الصبى عند ابن عباس والقبتى وقد قال الله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن حتى يبلغ اشده) وقيل اثنان وعشرون سنة وقيل خمس وعشرون سنة

(لا) يبيع القاضى (عرضه وعقاره) لان للناس فى الاعيان اغراضا فلا يجوز للقاضى ان ينظر لغرمائه على وجه يلحق الضرر به اما النقود فهى وسائل ولا غرض فى اعيانها وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وقالا رحمهما الله تعالى اذا امتنع المديون عن بيع العروض او العقار للدين فللقاضى ان يبيعهما ويقضى دينه (ومن افلس ومعه عرض شراه) من رجل ولم يعطه ثمنه (فبائعه) اى بائع ذلك العرض (اسوة للغرماء) فى ذلك العرض وقال الشافعى رحمه الله تعالى يحجر القاضى على المشترى ثم يكون للبائع خيار فسخ البيع فصل (وبلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال) الاصل ان البلوغ يكون بالانزال حقيقة لكن الاحبال لايكون الا ممن تحبل وذلك يكون بعد الانزال فجعل سببا للبلوغ (و) بلوغ (الجارية بالاحتلام والحيض والحبل) فالحبل لايكون الامع الانزال والحيض لايكون الامن يحبل وذا يكون بعد الانزال (فان لم توجد) هذه العلامات

واقل ماقالوا ثمانى عشرة سنة فوجب تعليق الحلم عليه للاحتياط ولانه متفق عليه غير ان الجارية اسرع ادراكا من الغلام فنقصنا فى حقها سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فربما يوافق فصل مزاجها واما عند ابى يوسف ومحمد ومالك والشافعى واحمد (فحين يتم لهما خمس عشر سنة) وهو رواية عن ابى حنيفة (وبه يفتى) لان ابن عمر عرض على النبى صلى الله عليه وسلم يوم احد وهو ابن اربع عشرة سنة ولم يجزه وعرض عليه يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة سنة واجازه ولان بلوغهما لايتأخر عن الخمس عشرة عادة والعادة احدى حجج الشرعية فيما لانص فيه (وادنى مدته) اى مدة البلوغ بالاحتلام وغيره (له) اى حال كون المدة للغلام (اثنتى عشرة سنة ولها) اى حال كون المدة للجارية (تسع) ولا يخفى ان ذلك لايعرف الا سماع اوتتبع وفى شرح مسلم ومن ظرف احوال عبدالله بن عمرو بن العاص انه ليس بينه وبين ابيه فى الولادة الا احدى عشرة سنة وقيل اثنتى عشرة سنة (فصدقا حينئذ ان اقرابه) اى صدق الغلام ان اقر بالبلوغ باحتلام اونحوه فى اثنتى عشرة سنة وصدقت الجارية ان اقرت بذلك فى تسع لان ما اقرابه لايعرف الا من جهتهما فيقبل فيه قولهما كما يقبل قول المرأة فيما لايطلع عليه غيرها كالحيض

كتاب المأذون

(الاذن) لغة الاعلام وشرعا عندنا (فك الحجر واسقاط الحق) الثابت بالرق ورفع المانع من التصرف حكما واثبات اليد للعبد فى كسبه (ثم يتصرف العبد لنفسه باهليته) وعند الشافعى واحمد وزفر توكيل وانابة للعبد فى كسبه ثم يتصرف المولى باذنه لان المانع من التصرف وهو الرق باق بعد الاذن فعندهم يصح التقييد حتى لايجوز للعبد ان يجاوز ذلك كالوكيل ولنا انه بعد الرق اهل للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وهما لايفوتان بالرق لانهما من كرامات بنى آدم وانما حجر عليه فى حالة الرق لان تصرفه حينئذ لم يعهد الاموجبا لتعلق الدين برقبته اوكسبه وذلك ملك المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه بغير رضاه (فلم يرجع بالعهدة على سيده) اى ولكونه يتصرف باهليته الاصلية لنفسه لايرجع بما لحقه من العهدة على مولاه (ولو اذن له سيده (يوما فهو ماذون الى ان يحجر) سيده عليه (ولو اذن) له (ثم نوع)

او

(فحين يتم لهما خمس عشر سنة عند ابى يوسف رحمه الله تعالى ومحمد رحمه الله تعالى والشافعى رحمه الله تعالى وهو رواية عن ابيحنيفة رحمه الله تعالى (وبه يفتى) وعند ابيحنيفة رحمه الله تعالى ثمانية عشر سنة للغلام وسبع عشر سنة للجارية وعن ابى حنيفة رحمه الله تعالى للغلام تسع عشر سنة (وادنى مدته) اى مدة البلوغ (له) اى للغلام (اثنى عشر سنة ولها) اى للجارية (تسع سنين فصدقا) اى الغلام والجارية (حينئذ) اى حين بلغ الغلام اثنى عشر سنة والجارية تسع سنين (ان اقرا) الغلام والجارية (به) اى بالبلوغ ويكون احكامهما احكام البالغين لان البلوغ امر لايعرف الا من جهتهما فيقبل فيه قولهما

كتاب الماذون

(الاذن) فى اللغة الاعلام وفى الشرع (فك الحجر) الثابت بالرق (واسقاط الحق) اى حق المولى (ثم يتصرف العبد لنفسه باهلية) فان الاصل فى الانسان ان يكون مالكا للتصرفات فاذا عرض له الرق وتعلق حق المولى به صار مانعا لكونه مالكا للتصرفات فاذا اسقط المولى حقه وازال حجره فهو متصرف بالمالكية الاصلية لنفسه هذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى الاذن توكيل وانابة للعبد مناب المولى (فلم يرجع بالعهدة على سيده) هذا تفريع على انه يتصرف لنفسه فانه اذا اشترى شيئا لايطلب العبد الثمن من المولى لانه يتصرف لنفسه بخلاف الوكيل فانه يطلب الثمن من الموكل (ولو أذن) للعبد (يوما فهو ماذون) ابدا (الى ان يحجر) لان الاذن اسقاط والاسقاطات لاتتوقف كالطلاق والعتاق وكذا لو أذن (فى نوع) من التجارة فهو ماذون فى جميع انواع التجارة

واقل ماقالوا ثمانى عشرة سنة فوجب تعليق الحلم عليه للاحتياط ولانه متفق عليه غير ان الجارية اسرع ادراكا من الغلام فنقصنا فى حقها سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فربما يوافق فصل مزاجها واما عند ابى يوسف ومحمد ومالك والشافعى واحمد (فحين يتم لهما خمس عشر سنة) وهو رواية عن ابى حنيفة (وبه يفتى) لان ابن عمر عرض على النبى صلى الله عليه وسلم يوم احد وهو ابن اربع عشرة سنة ولم يجزه وعرض عليه يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة سنة فاجازه ولان بلوغهما لايتأخر عن الخمس عشرة عادة والعادة احدى حجج الشرعية فيما لانص فيه (وادنى مدته) اى مدة البلوغ بالاحتلام وغيره (له) اى حال كون المدة للغلام (اثنتى عشرة سنة ولها) اى حال كون المدة للجارية (تسع) ولا يخفى ان ذلك لايعرف الا سماع اوتتبع وفى شرح مسلم ومن ظرف احوال عبدالله بن عمرو بن العاص انه ليس بينه وبين ابيه فى الولادة الا احدى عشرة سنة وقيل اثنتى عشرة سنة (فصدقا حينئذ ان اقرابه) اى صدق الغلام ان اقر بالبلوغ باحتلام اونحوه فى اثنتى عشرة سنة وصدقت الجارية ان اقرت بذلك فى تسع لان ما اقرابه لايعرف الا من جهتهما فيقبل فيه قولهما كما يقبل قول المرأة فيما لايطلع عليه غيرها كالحيض

كتاب المأذون

(الاذن) لغة الاعلام وشرعا عندنا (فك الحجر واسقاط الحق) الثابت بالرق ورفع المانع من التصرف حكما واثبات اليد للعبد فى كسبه (ثم يتصرف العبد لنفسه باهليته) وعند الشافعى واحمد وزفر توكيل وانابة للعبد فى كسبه ثم يتصرف المولى باذنه لان المانع من التصرف وهو الرق باق بعد الاذن فعندهم يصح التقييد حتى لايجوز للعبد ان يجاوز ذلك كالوكيل ولنا انه بعد الرق اهل للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وهما لايفوتان بالرق لانهما من كرامات بنى آدم وانما حجر عليه فى حالة الرق لان تصرفه حينئذ لم يعهد الاموجبا لتعلق الدين برقبته اوكسبه وذلك ملك المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه بغير رضاه (فلم يرجع بالعهدة على سيده) اى ولكونه يتصرف باهليته الاصلية لنفسه لايرجع بما لحقه من العهدة على مولاه (ولو اذن له سيده (يوما فهو ماذون الى ان يحجر) سيده عليه (ولو اذن) له (ثم نوع)

(فحين يتم لهما خمس عشر سنة عند ابى يوسف رحمه الله تعالى ومحمد رحمه الله تعالى والشافعى رحمه الله تعالى وهو رواية عن ابيحنيفة رحمه الله تعالى (وبه يفتى) وعند ابيحنيفة رحمه الله تعالى ثمانية عشر سنة للغلام وسبع عشر سنة للجارية وعن ابى حنيفة رحمه الله تعالى للغلام تسع عشر سنة (وادنى مدته) اى مدة البلوغ (له) اى للغلام (اثنى عشر سنة ولها) اى للجارية (تسع سنين فصدقا) اى الغلام والجارية (حينئذ) اى حين بلغ الغلام اثنى عشر سنة والجارية تسع سنين (ان اقرا) الغلام والجارية (به) اى بالبلوغ ويكون احكامهما احكام البالغين لان البلوغ امر لايعرف الا من جهتهما فيقبل فيه قولهما

كتاب الماذون

(الاذن) فى اللغة الاعلام وفى الشرع (فك الحجر) الثابت بالرق (واسقاط الحق) اى حق المولى (ثم يتصرف العبد لنفسه باهلية) فان الاصل فى الانسان ان يكون مالكا للتصرفات فاذا عرض له الرق وتعلق حق المولى به صار مانعا لكونه مالكا للتصرفات فاذا اسقط المولى حقه وازال حجره فهو متصرف بالمالكية الاصلية لنفسه هذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى الاذن توكيل وانابة للعبد مناب المولى (فلم يرجع بالعهدة على سيده) هذا تفريع على انه يتصرف لنفسه فانه اذا اشترى شيئا لايطلب العبد الثمن من المولى لانه يتصرف لنفسه بخلاف الوكيل فانه يطلب الثمن من الموكل (ولو أذن) للعبد (يوما فهو ماذون) ابدا (الى ان يحجر) لان الاذن اسقاط والاسقاطات لاتتوقف كالطلاق والعتاق وكذا لو أذن (فى نوع) من التجارة فهو ماذون فى جميع انواع التجارة

او وقت (عم اذنه) لان المانع حق المولى وقد اسقطه والاسقاط لايقبل التقييد كالطلاق والعتاق قيد بالنوع لانه لواذن له فى شراء شئ بعينه اوبيعه لايكون مأذونا والا لانسد على المولى باب استخدامه (ويثبت) الاذن (صريحا) وهو ظاهر (ودلالة كما اذا رآه سيده يبيع ويشترى وسكت) سواء باع عينا مملوكا لمولاه اولغيره باذنه اوبغير اذنه بيعا صحيحا اوفاسدا كذا فى الهداية وغيرها وقال مالك والشافعى واحمد وزفر لايثبت الاذن بسكوت المولى اذا رأى عبده يبيع ويشترى لان السكوت يحتمل الرضا وغيره فلايثبت رضاه بالشك ولنا ان العادة جرت بان من لايرضى بتصرف عبده ينهاه عنه بل يؤدبه عليه فاذا لم ينهه وسكت كان ذلك اذنا له دلالة ودفعا للضرر عن الناس فى المعاملة فانهم يعتقدون ذلك اطلاقا منه فيبايعونه وحملا لفعله على مما يقتضيه الشرع والعرف كما فى سكوت النبى صلى الله عليه وسلم عند امر يعاينه عن التغيير والنكير وسكوت البكر والشفيع (فيبيع) اى فيجوز ان يبيع الماذون (ويشترى ولو بغبن فاحش) وقالا لايجوز بالغبن الفاحش لانه يجرى مجرى التبرع ولابى حنيفة انه تجارة لاتبرع (ويوكل بهما) اى بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة وربما عجز عن مباشرته بنفسه فيحتاج الى الاعانة (ويرهن ويرتهن) لان فيهما ايفاء واستيفاء (ويستقبل الارض) اى يأخذها قبالة بالاستيجار والمسافاة (ويأخذها مزارعة ويشترى بذرا بزرعه) فى ارضه لانه يحصل الربح (اويشارك عنانا) قيد به لانه لايشارك مفاوضة لانها تتضمن الكفالة وهولا يملكها لكونها تبرعا (ويدفع المال ويأخذه مضاربة) اى اخذا مضاربة وهو مفعول مطلق للفعلين من باب التنازع (ويستأجر) البيوت والحوانيت والاجراء لان ذلك كله من صنيع التجار (ويؤجر) نفسه وعند مالك والشافعى واحمد لايوجرها لان الاذن له بالتجارة لايتناول نفسه فلا يتناول منافعها لانها تابعة لها ولهذا لم يكن له ان يبيع نفسه ولا ان يرهنها ولنا ان الاجارة من باب التجارة اذ هى بيع المنافع ولا يلزم من امتناع بيع النفس امتناع اجارتها الا ترى ان الحر لايملك بيع نفسه ويملك اجارتها (ويقر بوديعة) لان التاجر قد لايجد بدا من ذلك فكان من توابع التجارة (وغصب) لان ضمان الغصب عندنا ضمان معاوضة فكان من باب التجارة (ودين) سواء كان دين معاملة اوغيرها لان الاقرار به من توابع التجارة وعند مالك والشافعى واحمد يقر بدين المعاملة

(عم اذنه) وعند زفر رحمه الله تعالى والشافعى رحمه الله تعالى لايكون مأذونا الا فى ذلك النوع واما اذا اذن بشراء شئ معين فانه استخدام وليس باذن (ويثبت) لاذن (صريحا) بان قال اذنت لك (ودلالة كما اذا رءاه سيده يبيع ويشترى وسكت) فانه يصير ما ذونا عندنا ولافرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او للاجنبى باذنه اوبغير اذنه بيعا صحيحا اوفاسدا او انما يصير مأذونا دفعا للغرور عن الناس وفيه خلاف زفر رحمه الله تعالى والشافعى رحمه الله تعالى (فيبيع ويشترى) مطلقا (ولو) كان البيع والشراء (بغبن فاحش) عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وقالا رحمهما الله تعالى لايجوز بالغبن الفاحش (ويوكل بهما) اى بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة (ويرهن ويرتهن) لانهما ايفاء واستيفاء فيكونان من توابع التجارة (ويتقبل الارض) اى استأجرها (ويأخذها مزارعة ويشترى بذرا يزرعه) لان هذه التصرفات يبتغى بها الربح (ويشارك) شركة (عنانا) احترازا عن شركة المفاوضة فانه ليس له ذلك لانها يتضمن الكفالة وهو لايملكها (و يدفع المال) مضاربة (ويأخذ مضاربة ويستأجر) ما يحتاج اليه كالاجير والبيت وغيرهما (ويوجر نفسه) لان الاجارة تجارة وفيه خلاف الشافعى (ويقر بوديعة وغصب ودين) لان الاقرار من توابع التجارة اذ لولم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته

فقط (ولو) كان اقراره (بعد الحجر) وهذا عندابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول مالك والشافعى واحمد لايصح بعد الحجر (ويهدى) الماذون (طعاما يسيرا) وعند مالك والشافعى لايهديه الا باذنه (ويضيف من يطعمه) لانه عوض عن طعام (ومن يعامله) ولو لم يطعمه لان التجار قد يحتاجون الى ذلك (ويحط) الماذون (من الثمن بعيب قدرا عهد) من التجار حطه واما الحط بدون العيب بعد تمام العقد فلا يجوز لانه تبرع محض (ولا يزوج) الماذون عبده اوامته لان التزويج ليس من باب التجارة بل ربما يترتب عليه نوع من الخسارة وقال ابو يوسف يزوج الامة لان فى تزويجها تحصيل المهر وسقوط النفقة فكان كاجارتها واما المكاتب والاب والوصى فيملكون الكسب فى مال الصغير فلهم تزويجها وذلك لايختص بالتجارة وجعل صاحب الهداية الاب والوصى على هذا الخلاف وهو سهو فانه ذكر المسالة فى كتاب المكاتب ولم يذكر فيهما خلافا بل جعلهما كالمكاتب وكذا فى عامة كتب اصحابنا كالمبسوط ومختصر الكافى والتتمة كذا فى شرح الكنز (ولا يكاتب) عبده لان التجارة مبادلة المال بالمال والكتابة مبادلة المال بفك الحجر فى الحال (ولا يعتق) عبده لان العتق فوق الكتابة (وكل دين) مبتدأ مضاف صفته (وجب بتجارة) كبيع وشراء واجارة واستيجار (اوبما هو فى معناها) اى التجارة (كغرم وديعة وغصب وامانة جحدها وعقر وجب بوطى مشرية) اى جارية مشتراة (بعد الاستحقاق) لانه لاستناده الى الشراء التحق به (يتعلق بر قبته) خبر المبتدأ المقدم ومعنى تعلق الدين بر قبته انه (يباع فيه) الا ان يفديه المولى (ويقسم ثمنه) بين الغرماء (بالحصص) لتعلق حق الغرماء بر قبته فصار كتعلقه بمال تركه ويشترط لبيع العبد نفسه ان يكون مولاه حاضرا لان المولى هو الخصم فى رقبة العبد كما اذا ادعى رقبته انسان ولا يشترط ذلك لبيع العبد كسبه بل يشترط حضور العبد لان العبد هو الخصم فى كسبه وقال مالك والشافعى وزفر يتعلق بكسبه لابرقبته لان رقبته ليست من كسبه فلا يباع فيه كسائر اموال المولى وذلك ان رقبته ملك المولى فلا يتعلق بها الدين الا بتعليقه ولنا ان هذا دين ظهر وجوبه فى حق المولى بسبب العبد فيتعلق بر قبته كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجة (وبسكبه)

(و لو) كان اقراره بها (بعد الحجر) فانه ان قر بعد الحجر فانه ان ما فى يده امانة لغيره اوغصب منه اويقر بدين على نفسه فاقراره جائز عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وقالا لايصح اقراره ويؤخذ به بعد العتق وما فى يده لمولاه (ويهدى طعاما يسيرا) لان التاجر يحتاج اليه لاستجلاب قلوب المخابرين وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى ان العبد المحجور اليه اذا دفعه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام لاباس به بخلاف ما اذا دفعه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى (و) كذا (يضيف من يطعمه ومن يعامله) لامن لايطعمه (ويحط من الثمن بعيب) فى مبيعه (قدرا عهد) بين التجار لانه من صنيع التجار وربما يكون الحط انظر له من قبول العيب (ولا يتزوج ولايزوج عبده) او امته لانه ليس من التجارة وقال ابو يوسف له تزويج الامة لانه تحصيل المال (ولا يكاتب) رقيقه لانه ليس من باب التجارة (وكل دين وجب بتجارة) كالبيع والشراء وصورة وجوب الدين بالبيع هو ان يبيع وقبض الثمن ويستحق المبيع من المشترى والثمن قد هلك فى يد البائع (اوبما هو فى معناها) اى معنى التجارة كغرم وديعة جحدها (وغصب وامانة جحدها) وكذا مال المضاربة والعارية والبضاعة فهذه الاشياء عند الجحود تنقلب غصبا وكان الضمان الواجب بهذه الاشياء ضمان الغصب وضمان الغصب معاوضة فكان الدين واجبا بما هو فى معنى التجارة وذكر الامانة بعد الوديعة لان الامانة اعم من الوديعة (وعقر وجب بوطى مشرية بعد الاستحقاق) لاستناد الغرم الى الشراء فانه لولا الشراء لوجب عليه الحد ولم يجب العقر فيكون فى معنى دين التجارة بخلاف ما اذا تزوج المكاتب امرأة فوطئها ثم استحقت لان وجوب المهر بالنكاح وهو ليس بتجارة (يتعلق) خبر مبتدأ وهو قوله وكل دين (برقبته فيباع) اى الماذون (فيه) اى فى كل واحد من الديون المذكورة (ويقسم ثمنه) بين اصحاب الديون (بالحصص و) يتعلق (بكسبه) سواء

اى ويتعلق الدين المذكور بكسب (حصل) من العبد (قبل الدين اوبعده وبما اتهب) له قبله (لا) اى لايتعلق الدين المذكور (بما اخذه سيده منه قبل الدين) لانه اخذه حين كان فارغا عن الحاجة فخلص له بمجرد القبض (وطولب) العبد (بما بقى) من ديونه التى عليه لافى الحال بل (بعد عتقه) لانه ثابت فى ذمته يستوفيه عنه اهله اذا قدر على ايفائه ولا يقدر على ذلك الا بعد عتقه اذلايمكن بيعه ثانيا ولا استسعاؤه لان المشترى يتضرر بذلك (وللسيد اخذ غلة مثله) اى مثله العبد (مع وجود دين) على العبد اذ لو لم يكن له ذلك لحجر عليه فلا يحصل الكسب (والباقى) بعد ما اخذ السيد (للغرماء) لعدم الضرورة فيه وتقدم حقهم (وينحجر) العبد المأذون (ان ابق) وعند مالك والشافعى واحمد وزفر لاينحجر بالاباق لانه لاينافى ابتداء الاذن حتى لواذن لعبده المحجور عليه الابق صح وجاز للعبد ان يتجر اذا بلغه الاذن فلا ينافى دوامه ولنا ان العادة جرت بان المولى لايرضى بتصرف عبده الخارج عن طاعته فكان حجرا عليه دلالة مع ان الاباق يمنع الاذن ابتداء عندنا على ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه ولو سلم فان الدلالة لاتعتبر مع التصريح بخلافها (او) ان (مات سيده او) ان (جن مطبقا اولحق بدار الحرب مرتدا) وان لم يعلم به لان الاذن غير لازم وما يكون من التصرف غير لازم يعطى لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام اهلية الاذن فى حالة البقاء وهى تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكمى حتى قسم ماله بين ورثته (او حجر سيده (عليه بشرط ان يعلم هو) اى الماذون (واكثر اهل سوقه) اى سوق العبد لان اعلام الكل قد يعسر فيقام الاكثر مقام الكل كما فى تبليغ الرسالة من الرسل وقال مالك والشافعى واحمد وبلا علمهم ايضا لان المولى تصرف فى خالص حقه فينفذ ولايتوقف على علم غيره ولنا ان الحجر لوصح بدون علمهم للحق الضرر بهم بتأخير حقهم الى ما بعد عتقه لان دينه حين حجره لايتعلق بر قبته وكسبه وقد باعوا منه على رجاء التعلق بهما وقيد بالاكثر لان المولى لو حجر عليه بحضرة الاقل من اهل سوقه لم يصر محجورا عليه (والامة) اى وتنحجر الامة (ان استولدها) سيدها وقال زفر لاتصير المأذون لها بالاستيلاد محجورا عليها وهو القياس لان الاستيلاد لايمنع الاذن ابتداء فان المولى اذا اذن لام ولده جاز فكذا بقاء ووجه الاستحسان ان فى استيلاد المولى لها دلالة على حجره عليها لان العادة جارية بتحصين امهات الاولاد وعدم رضاء مواليهن باختلاطهن بالرجال فى المعاملة والتجارة ودلالة

سواء (حصل) الكسب (قبل) لحوق (الدين (اوبعده وبما اتهب) اى قبل الهبة وقبض فيه هذا عندنا وعند زفر رحمه الله تعالى والشافعى رحمه الله تعالى لايباع هو فى الدين لكن يباع كسبه فى ذلك الدين لان غرض المولى حصول ما لم يكن لافوت ماقد كان ولنا ان الدين ظهر فى حق المولى فيتعلق برقبته دفعا للضرر عن الناس (لا) يتعلق الدين (بما اخذ سيده) من يده (قبل الدين) بل يسلم للمولى ما اخذ منه لانه وجد شرط الخلوص للمولى (و) ان بقى شئ من ديونه (طولب بمابقى) من الديون (بعد عتقه) لثبوت الدين فى ذمته (وللسيد اخذ غلة مثله مع وجود دين) وهذا استحسان والقياس ان لايجوز اخذ الغلة مع وجود الدين لان الدين مقدم على حق المولى فى الكسب (وجه الاستحسان ان فى ذلك نفع الغرماء لان حقهم يتعلق بمكاسبه ولا يحصل المكاسب الا بنفاذ الاذن فى التجارة فلو منعنا المولى من اخذ الغلة يحجر عليه فيسد باب الاكتساب (والباقى للغرماء) اى ما بقى فى يده بعد اخذ السيد الغلة للغرماء (ويحجر) اى يصير الماذون محجورا (ان ابق) وقال الشافعى رحمه الله تعالى يبقى مأذونا لان الاباق لاينافى ابتداء الاذن فان اذن الابق يصح فلان لاينافى بقاءه اولى ولنا ان دلالة الاذن كالتصريح بالاذن فكذا دلالة الحجر اذ الظاهر ان المولى لايرضى بتصرف الابق المتمرد (اومات سيده اوجن مطبقا) اما اذا لم يكن مطبقا بان يجن ويفيق لايحجر (اولحق بدار الحرب مرتدا) لان اللحوق موت حكمى حتى يقسم ماله بين ورثته (اوحجر عليه بشرط ان يعلم هو) اى المأذون (واكثر اهل سوقه) دفعا للضرر عن الناس وقال الشافعى رحمه الله تعالى يصح الحجر عليه بغير علم العبد واهل السوق (و) تنحجر (الامة) المأذونة (ان استولدها) سيدها وعند زفر رحمه الله تعالى لاتنحجر

الحجر كصريحه وانما صح الاذن لام الولد لان الدلالة لا اعتبار لها مع التصريح بخلافها قيد بالاستيلاد لان الماذون لها لاتصير محجورا عليها بالتدبير اذ لاعادة بتحصين المدبرة فلم توجد دلالة الحجر فتبقى على ما كانت (وضمن) سيدها (قيمتها للغريم) لانه اتلف محلا تعلق به حق الغريم لانها باستيلادها امتنع بيعها وبيعها يوفى حق غريمها (ولو شمل دينه) اى العبد (ما له ورقبته لم يملك سيده ما معه) عند ابى حنيفة (فلم يعتق) اى لم ينفذ عتق ما مع الماذون من العبيد (باعتاقه) اى باعتاق سيد الماذون اذ لاعتق فيما لايملكه المعتق وعندهما وهو قول مالك والشافعى واحمد يملك مامعه فينفذ اعتاقه لعبيده ويغرم قيمة ما اعتقه للغريم لانه يملك الماذون فيملك كسبه لان ملك الرقبة سبب لملك كسبها واستغراقها بالدين لا يوجب خروج الماذون عن ملكه ولابى حنيفة ان ملك المولى انما يثبت فى كسب العبد الماذون خلافة عند فراغه عن حاجته كملك الوارث والماذون المشغول بالدين مشغول كسبه بحاجته فلا يخلفه المولى فيه بخلاف رقبته لان المولى لايخلفه فى ملكها لانه كان مالكا لها قبل الاذن فاستمر فبقى ملكه بعد الدين على ما كان قبله (ويبيع) الماذون المديون (من سيده بالقيمة) لا باقل منها لما فيه من التهمة بخلاف ما اذا باع من الاجنبى باقل حيث يجوز عند ابى حنيفة اذ لاتهمة فيه وقال ابو يوسف ومحمد ان باع من المولى جاز البيع فاحشا كان الغبن اولا ولكن يخير المولى بين ان يزيل الغبن وبين ان ينقض البيع لان فى تنفيذه بدون ذلك ابطال حق الغرماء فى المالية بخلاف البيع من الاجنبى بالغبن اليسير حيث يجوز عندهما ولايؤمر المشترى بازالته (و) يبيع (سيده منه) اى من الماذون المديون (بها) بالقيمة (او باقل) لان المولى اجنبى من كسبه عند ابى حنيفة فيصح كما فى الاجنبى وعندهما جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت (فان باع) سيده منه (باكثر) من القيمة (نقص) البيع (اوحط الفضل) لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء (وبطل ثمنه) اى ثمن المبيع (ان سلم) المولى (مبيعه قبل قبضه) اى قبض السيد الثمن وهو الدراهم والدنانير وقيد به لان المبيع لو كان عرضا لكان المولى احق به من الغرماء اتفاقا (وله) اى للمولى (حبس مبيعه بثمنه) اى لاجل ثمن مبيعه حتى يستوفيه من الماذون (وصح اعتاقه) اى اعتاق السيد عبده الماذون

(وضمن) المولى (قيمتها) اى قيمة الامة المستولدة (للغريم) لاتلافه محلا يتعلق به حق الغريم (ولو شمل دينه ماله ورقبته لم يملك سيده ما معه) من كسبه هذا عند ابى حنيفة وعندهما يملك لان الرقبة ملكه فكذا الاكتساب وله ان ملك المولى يثبت خلافة عن العبد بعد فراغه من حاجته وهنا كسبه مشغول بحاجة (فلم يعتق عبد) اكتسبه المأذون (باعتاقه) اى باعتاق السيد عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يعتق ويضمن السيد قيمة العبد للغرماء وان لم يشمل دينه ماله ورقبته جاز اعتاق السيد عبدا اكتسبه الماذون بالاجماع (ويبيع) المأذون الذى شمل دينه ماله ورقبته معامتاعه (من سيده بالقيمة) لان السيد اجنبى عن ماله اذا كان عليه دين محيط وليس فى البيع بمثل القيمة ابطال حق الغرماء وان باع باقل من قيمته لايجوز عند ابى حنيفة وعندهما يجوز ويخير المولى بين ازالته المحابات ونقض البيع (و) يبيع (سيده) متاعه (منه بها) اى بالقيمة (اوباقل) من القيمة لانه لاتهمة فى هذا البيع (فان باع) السيد متاعه من الماذون (باكثر) من القيمة (نقض) البيع (اوحط الفضل) لان الفضل تعلق به حق الغرماء فيؤمر السيد بان نقض البيع اوحط الفضل (و) اذا باع السيد منه شيئا (بطل ثمنه) اى سقط عن ذمة العبد (ان سلم) السيد مبيعه (قبل قبضه) اى قبل قبض الثمن لان حق المولى فى العين من حيث الحبس وابطل حقه فى العين بالتسليم لان بتسليم البيع سقط حق المولى فى الحبس ولم يبق ملك السيد الذى كان ثابتا له فلو بقى الثمن يبقى دينا فى ذمة العبد والمولى لايستوجب دينا على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان المولى احق بذلك العرض من الغرماء لانه بالعقد ملك العرض بعينه وان باع المولى من العبد شيئا ولم يسلم المبيع يكون (له) اى للمولى (حبس مبيعه) فى يده (لثمنه) لان البائع له حق حبس المبيع حتى يستوفى الثمن (وصح اعتاقه) اى اعتاق السيد عبدا ماذونا

حال

(مديونا) سواء كان الدين محيطا اولا لان ملك المولى فيه باق (وضمن سيده) للغرماء (الاقل من قيمته ومن دينه) اى ان كان الدين اقل من القيمة ضمن الدين اذ لاحق للغرماء الا فى الدين وان كان القيمة اقل من الدين ضمن القيمة لانه تعلق حقهم بالقيمة والسيد اتلفها بالاعتاق ولو قدم عبد مصرا وقال انا عبد فلان واشترى وباع فهو على

وجهين احدهما ان يخبران مولاه اذن له فيصدق عدلا كان اوغير عدل فيكون ماذونا والثانى منهما ان يكون (ساكتا عن اذنه وحجره) ولا يخبر بشىء (فهو مأذون استحسانا) والقياس ان لايكون ماذونا لان السكوت محتمل بين الاذن والحجر ووجه الاستحسان ان الظاهر انه مأذون حملا لامر المسلم على الصلاح ودفعا للضرر عن الناس (و) لكن (لايباع) العبد (لدينه الا اذا اقر سيده باذنه) بعدما حضر وان قال السيد هو محجور فالقول له لتمسكه بالاصل وهو الحجر فان المولى اذا لم يقر بالاذن فالدين لايظهر فى حقه والمعاملون انما تغرروا لانهم اعتمدوا على ظاهر الحال والمولى ماغرهم (وتصرف الصبى ان نفع) للصبى نفعا محضا (كالاسلام) فانه اعظم المنافع (والاتهاب) اى قبول الهبة (صح بلا اذن) من الولى وقال الشافعى رحمه الله تعالى لايصح بلا اذن من الولى (وان ضر) للصبى (كالطلاق والعتاق لا) يصح (وان اذن) وليه (به) اى بالتصرف الضار (وما) اى التصرف (نفع وضر كالبيع والشراء) فانه يصح هذا النوع من التصرف (و) ينعقد لكن (علق) نفاذه (باذن وليه) حتى ينفذ بيعه وشراؤه باذن وليه (بشرط ان يعقل) البيع (سالبا) للمبيع (والشراء) يكون جالبا له والحاصل ان الصبى مستحق للنظر والتصرف ثلاثة انواع ضار محض كالطلاق والعتاق والهبة والصدقة لا يملكه الصبى وان اذن له وليه ونافع محض كقبول الهبة والصدقة فيملكه الصبى بغير اذن وليه ودائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء والاجارة والنكاح فيملكه بالاذن ولايملكه بدون الاذن لان الصبى العاقل يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز ويشبه الطفل الذى لاعقل له من حيث انه لم يتوجه اليه الخطاب وفى عقله قصور والقاصر عليه ولاية فالحقناه بالبالغ فى النافع المحض وبالطفل فى الضار المحض وفيما هو دائر بينهما بالطفل عند عدم الاذن وبالبالغ عند الاذن له لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الاذن ولكن قبل الاذن يكون هذا النوع من التصرف منعقدا موقوفا على الاجازة (ووليه) اى ولى الصبى

حال كونه (مديونا) لقيام ملكه فيه (وضمن سيده) للغرماء (الاقل من قيمته ومن دينه) وما بقى من الدين يطالب الماذون به بعد عتقه (ولو اشترى) العبد (وباع ساكتا من اذنه وحجره فهو ماذون) وهذا استحسان والقياس ان لايكون ماذونا لان سكوته يحتمل الا ان وغيره ووجه الاستحسان ان الظاهر انه ماذون لوجب حمل حال المسلمين على الصلاح ما امكن والظاهر هو الاصل فى المعاملات دفعا للضرر عن العباد وعند مالك والشافعى واحمد لايصدق اخباره بكونه ماذونا الا عند الشافعى فى الاظهر (ولا يباع) هذا الذى اشترى وباع ساكتا (لدينه) اى لاجل ما عليه من الدين (الا اذا اقر سيده باذنه) لظهور الدين حينئذ فى حق سيده باقراره ولو قال سيده هو محجور عليه كان القول قوله فلا يباع لدينه الا اذا اثبت الغرماء بالبينة انه غير محجور عليه (وتصرف الصبى) والمعتوه (ان نفع كالاسلام والاتهاب) اى قبول الهبة (صح بلا اذن) من وليه اكتفاء باهليته القاصرة (وان ضر) تصرفه (كالطلاق والعتاق لا) يصح (وان اذن) وليه لاشتراط الاهلية الكاملة واما ما فى الهداية من قوله عليه السلام لايملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق فغير معروف (وما نفع وضر) كالبيع والشراء (علق باذن وليه) دفعا للضرر بانضمام رأيه فان وقع بغير اذنه لم يصح وان وقع باذنه صح (بشرط ان يعقل البيع سالبا) للملك (والشراء جالبا) له وقال مالك والشافعى واحمد لا ينفذ تصرفه باذن وليه لقوله تعالى (ولا تؤتوا السفهآء اموالكم) الاية وقوله تعالى (حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم) حيث شرط البلوغ والرشد للدفع اليهم فى هذه الآية ونهى عن الدفع الى السفهآء فى الاولى والصبى سفيه وليس ببالغ والبالغ المعتوه ليس برشيد ولنا قوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح) امر بالابتلاء وهو الامتحان والاختبار وذلك بالاذن فى التجارة (ووليه) اى ولى الصبى وكذا المعتوه)

(ابوه ثم وصيه) اى وصى ابيه وهو الذى استخلفه ابوه بعد موته بالتصرف فى مال ولده (ثم جده) اى اب الاب وان علا (ثم وصيه) اى وصى الجد (ثم القاضى او وصيه) اى وصى القاضى وهو الذى امره القاضى بالتصرف فى مال اليتيم وانما سمى وصيا مع ان الايصاء هو الاستخلاف بعد الموت لانه صار كانه وصى الاب فان فعل القاضى يصير كفعل الاب فاما الام فلا يصح اذنها له فى التجارة (ولو اقر) الصبى الماذون (بمامعه) اى فى يده (من كسبه او ارثه صح) فان الولى اذا اذن الصبى بالتجارة صح اقراره بكسبه لانه من تمام التجارة اذ لو لم يصح اقراره لايعامله الناس مع ان اقرار الولى لايصح عليه لانه اقرار على الغير واقرار الصبى على نفسه والحجر ارتفع بالاذن فصار كالبالغ وصح اقراره بموروثه ايضا فى ظاهر الرواية وعن ابى حنيفة لا يصح اقراره فيما ورثه عن ابيه لان صحة اقراره من كسبه لحاجته الى ذلك فى التجارة ولا حاجة فى الموروث عن ابيه

(ابوه ثم وصيه) بعد موته (ثم جده) ان لم يكن الاب ووصيه (ثم وصيه) اى وصى الجد بعد موته (ثم القاضى او وصيه) وهو الذى امره بالتصرف فى مال اليتيم ولو فى حياته فايهما تصرف صح عند عدم الاب والجد واوصيائهما والله تعالى اعلم

كتاب الوصايا

(وهى) جمع وصية يقال اوصى فلان الى زيد بكذا ولعمرو بكذا ايصاء ووصى به توصية والوصية والوصاية اسمان فى معنى المصدر والوصية (ايجاب بعد الموت) والقياس يابى جوازها لانها تمليك مضاف الى حال زوال المالكية الا انا استحسنا جوازها لحاجة الناس اليها لان الانسان يريد ان ينتفع بماله مدة الحيوة ثم بعد الموت يصرفه الى الخيرات فيحتاج الى تصرفه ليفيد هذا الغرض وقد يبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما فى قدر التجهيز والتكفين واداء الدين (وندبت) الوصية (باقل من الثلث) وقال بعض الناس الوصية واجبة على من له يسار (عند غنى ورثته) اى الموصى (واستغنائهم بحصتهم) من الميراث (كتركها بلا احدهما) اى ندب ترك الوصية ان لم يكن الورثة اغنياء ولا يصيرون اغنياء بحصتهم من الميراث لان ترك الوصية صدقة على القريب يقدر الوصية والوصية تصدق على الاجنبى والاول اولى لقوله عليه الصلوة والسلام افضل الصدقة على ذى رحم كاشح وقيل يخير فى هذه الحالة لان احديهما صدقة والاخرى صلة (وصحت) الوصية (للحمل وبه) بان اوصى لرجل بما فى بطن امته

(هى) اى الوصية (ايجاب) اى تمليك شئ (بعد الموت) لكن بطريق التبرع عينا كان ذلك الشئ اومنفعة وهى اذا كان على الموصى حق الله كالزكوة والصيام والحج والصلوة واجبة والافمستحبة والقياس ان لايجوز لانها تمليك مضاف الى حال زوال الملك ولو اضاف احد التمليك الى حال قيام الملك بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا ان الشارع اجازها لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بامله فى طول اجله وتقصير فى عمله فاذا عرض له عارض فخاف الهلاك احتاج الى تلافى ما فاته بما له على وجه لو تحقق ما يخافه لحصل حسن حاله ويجوز ان يبقى الملك بعد موت المالك باعتبار الحاجة كما فى قدر التجهيز والدين وقد نطق بها الكتاب والسنة وانعقد عليها اجماع الامة ثم هى واجبة على المديون بما عليه سواء كان حقا لله كالزكوة والحج او حقا للعباد كالديون والاعيان المغصوبة (وندبت) الوصية (باقل من الثلث عند غنى ورثته اواستغنائهم بحصتهم) لان فعلها حينئذ صدقة على الاجنبى وتركها هبة من القريب والصدقة اولى لانها ينتفى بها رضى الخالق وبالبهة رضى المخلوق وقيل بالتخيير لاشتمال كل منهما على فضيلة هى الصدقة اوالصلة (كتركها بلا احدهما) اى كما ندب ترك الوصية عند عدم كل من غنى الورثة واستغنائهم بما يرثون لما فيه من الصدقة على القريب ولان فيه رعاية لحق الفقراء والقربة جميعا (وصحت) الوصية (للحمل) لانه يصلح خليفة عن الميت فى الوراثة فكذا فى الوصية لانها اختها غير انها ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك (وبه) اى وصحت الوصية بالحمل ايضا لانه يجرى فيه الارث فيجرى فيه الوصية لانها اخته لكن

(ان ولدت) الحامل بالموصى له اوبه (لاقل من مدته) اى مدة الحمل وهو ستة اشهر (من وقتها) اى الوصية ولا يخفى الفرق بين اقل مدة الحمل وبين الاقل من مدته (وهى) الضمير للوصية والعطف على المستتر فى صحت اى وصحت الوصية (والاستثناء فى وصيته بامة الاحملها) يعنى ان من اوصى بامة واستثنى حملها صحت وصيته واستثناؤه لان الحمل يجوز افراده بالوصية فيجوز استثناؤه فيها لان كل ما جاز ابراد عقد عليه جاز اخرجه منه (ومن المسلم) عطف على للحمل اى وصحت الوصية من المسلم (للذمى وبعكسه) وهو الوصية عن الذمى للمسلم لانه بعقد الذمة التحق بالمسلمين فى المعاملات ولهذا جاز التبرع المنجز من الجانبين فى حال الحيوة فكذا المضاف الى ما بعد الممات وكذا المستأمن فى حكم الذمى بخلاف الحربى على ان فيه خلافا ايضا والمعتمد عدم صحة الوصية له ففى الجامع الصغير ان الوصية باطلة لاهل الحرب لقوله تعالى (لاينهيكم الله عن الذين لم يقاتلو كم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين انما ينهيكم الله عن الذين قاتلو كم فى الدين واخرجو كم من ديار كم وظاهروا على اخراجكم ان تولوهم ومن يتولهم فاولئك هم الظالمون) فالآية الاولى تدل على جواز الوصية للذمى والآية الاخيرة على بطلان الوصية للحربى (وبالثلث) اى وصحت الوصية بالثلث (للاجنبى) ولو لم يجز الورثة لما اخرجه ابن ماجه فى سننه عن طلحة بن عمرو بن المكى عن عطاء ابن ابى رباح عن ابى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث اموالكم زيادة لكم فى اعمالكم وكذا رواه البزار فى مسنده ورواه الدارقطنى عن معاذ بن جبل عن النبى صلى الله عليه وسلم قال ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ليجعلها لكم زيادة فى اعمالكم وعليه اجماع الامة (لا فى اكثر منه) اى ولا تصح الوصية للاجنبى باكثر من الثلث لقوله عليه السلام فى حديث سعد بن ابى وقاص انه قال مرضت عام الفتح مرضا اشفقت على الموت فاتانى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى فقلت يا رسول الله ان لى مالا كثيرا وانما يرثنى ابنتى اوصى بمالى كله قال لا قلت فبالثلثين قال لا قلت فبالنصف قال لا قلت فبالثلث قال الثلث والثلث كثير رواه اصحاب الكتب الستة (ولا لو ارثه) لما اخرجه ابو داود

(ان ولدت) الحامل (لاقل من مدته) اى مدة الحمل وهى ستة اشهر اما الاول فلان الوصية اخت الميراث والجنين يصلح وارثا فكذا يصلح موصى له فان قيل الوصية يحتاج الى القبول وهو ليس من اهل القبول قلنا الوصية تشبه الميراث وتشبه الهبة فلشبهها بالهبة اذا حصلت لمن يتصور منه القبول يشترط القبول ولشبهها بالارث لايشترط القبول اذا حصلت لمن لايتصور منه القبول واما الثانى فلانه يجرى فى الحمل الوارثة فيجرى فيه الوصية لان الوصية اخت الميراث (من وقتها) اى من وقت الوصية للحمل وبه لعلمنا بوجود الحمل وقت الوصية بخلاف ما اذا ولدت لاكثر من ستة اشهر وقيل المعتبر اقل مدة الحمل من وقت موت الموصى لامن وقت الوصية والاول قول الطحاوى واختيار صاحب الهداية (و) صحت (هى) اى الوصية (والاستثناء فى وصيته بامته الاحملها) الاصل ان كل مايصح افراده بالعقد يصح استثناؤه ويصح افراد الحمل بالعقد فيصح استثناؤه (وصحت) الوصية (من المسلم للذمى وبعكسه) اى من الذمى للمسلم لانه بعقد الذمة يساوى المسلم فى المعاملات حتى جاز التبرع من الجانبين فى حال الحيوة فكذا بعد الممات وفى الجامع الصغير الوصية لحربى هو فى دارهم باطلة وفى السير الكبير مايدل على الجواز وجه التوفيق انه لاينبغى ان يفعل وان فعل جاز (و) صحت بالثلث للاجنبى (ولا) يصح (فى اكثر منه) اى من الثلث الا باجازة الورثة لان سعدا رضى عنه قال للنبى عليه الصلوة والسلام اوصى بجميع مالى قال لا قال اوصى بثلث مالى قال الثلث خير والثلث كثير (ولا يصح لوارثه) لقوله عليه الصلوة والسلام الا لا وصية للوارث الا باجازة بقية الورثة

والترمذى وابن ماجه عن اسماعيل بن عياش عن شر حبيل بن مسلم عن ابى امامة ان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم خطب فقال ان الله قد اعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث قال الترمذى حديث حسن صحيح واخرجه ايضا الترمذى والنسائى وابن ماجه عن قتادة عن شهر بن حوشب عن عبدالرحمن بن غنم عن عمرو بن خارجة عن النبى صلى الله تعالى عليه وسلم وقال الترمذى حديث حسن صحيح ويروى عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال لاوصية لوارث الا ان يشاء الورثة ويعتبر كونه وارثا وقت الموت لاوقت الوصية (وقاتله) اى ولايصح وصية الشخص لقاتله (مباشرة) عمدا كان القتل اوخطأ كما يحرم القاتل الوارث الميراث قيد بالمباشرة لان التسبب فى القتل لايمنع الوصية ولا الارث لانه ليس بقتل حقيقة (الا باجازة ورثته) استثناء من المنفيات الثلاث لان امتناع الوصية فيها انما هو لحق الورثة (ولا) تصح الوصية (من صبى) وعند مالك والشافعى واحمد تصح منه فى وجوه الخير اذا كان مميزا لما فى الموطاء انه قيل لعمر بن الخطاب ان ههنا غلاما لم يحتلم من عنان ووارثه بالشام وهو ذومال وليس هنا الا ابنة عم له فقال فليوص لها بماء يقال لها بئر جشم فا فبعت بثلاثين الف درهم ولنا انها تبرع فلا تصح منه كالهبة والصدقة وهذا لان اعتبار عقله فيما ينفعه دون مايضره والتمليك بطريق التبرع فيه ضرر باعتبار اصل الوضع والحال وان اتفق نافعا باعتبار المال والاستقبال (ولا) من (مكاتب) وان ترك وفاء لانه ليس من اهل التبرع (وقدم الدين عليها) اى على الوصية لانه اهم منها لكونه واجبا وحقا للعبد وهى تبرع ان لم يكن بواجب من صلوة اوزكوة اوصوم اوحج وحق الله تعالى وان كان واجبا لكن حق العبد لفقره هم احق بالوفاء من حق الله تعالى لغناه (وتقبل الوصية بعد موته) اى موت الموصى (وبطل قبولها وردها فى حياته) لان ثبوت حكم الوصية بعد موت الموصى فلا يعتبر قبولها ولا ردها قبله كما لايعتبر ان قبلها (وبه) اى بالقبول (يملك) الوصية وان لم يقبضه وقال زفر يملك بدون القبول كالميراث (الا اذا مات موصيه ثم) مات (هو) اى الموصى له (بلاقبول) فان الموصى به يدخل فى ملك الموصى له من غير وجود قبول منه (فهو) اى الموصى به (لورثته) اى ورثة الموصى له وعند مالك والشافعى واحمد ورثة الموصى له كهو فى القبول والرد (وله) اى للموصى (ان يرجع عنها)

(وقاتله) ايضا عمدا كان اوخطأ بعد ان يكون القتل مباشرة (الا باجازة ورثته) وعن ابى يوسف لايصح للقاتل باجازة الورثة ايضا اما اذا كان القتل بتسبيب كحفر البئر ووضع الحجر فى غير ملكه فيصح للقاتل وعند الشافعى يجوز الوصية للقاتل (ولا من صبى) سواء مات قبل البلوغ اوبعده وقال الشافعى يصح اذا كان الوصية فى وجوه الخير (ولا من مكاتب وان ترك وفاء) لانه ليس من اهل التبرع وقيل لايصح عند ابى حنيفته وعندهما يصح (وقدم الدين عليها) لان اداء الدين واجب والوصية تبرع (وتقبل الوصية بعد موته) اى بعد موت الموصى لان زمان ثبوت الحكم بعد الموت (وبطل قبولها وردها فى حيوته) اى فى حيوة الموصى حتى لوقال فى حيوته لا اقبل ثم قال اقبل بعد موته صح عندنا خلافا لزفر (وبه) اى بالقبول بعد الموت (يملك) الموصى وبه بعد القبول يلزمه ولايصح رده على الورثة بلا رضاهم وان رد الموصى له الوصية يبطل عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى وهو احد قولى الشافعى لاتبطل الا فى مسئلة واحدة فانه يملك بلا قبول وهى (ما اذا مات موصيه ثم مات هو) اى الموصى له (بلاقبول فهو) اى الموصى به حينئذ يكون (ملكا للورثة) اى لورثة الموصى له استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لان الملك موقوف على القبول وقد امتنع بالموت وجه الاستحسان ان الوصية تمت من جانب الموصى بموته بحيث لايلحقها الفسخ من جهته وانما توقف لحق الموصى له وهو القبول فاذا مات بطل حقه لانه لم يبق اهلا للقبول فدخل فى ملكه (وله) اى للموصى (ان يرجع عنها)

لانها

لانها تبرع فجاز الرجوع كما فى الهبة قبل القبض (بقول صريح) كان يقول رجعت عن الوصية (اوبفعل) عطف على قول اى للموصى ان يرجع عن الوصية بفعل (يقطع حق المالك عنه كمامر) فى الغصب من ان اتخاذ الغاصب الحديد سيفا او الصفر آنية يقطع حق المالك عن الحديد والصفر لان الفعل اذا اثر فى قطع ملك المالك فلان يؤثر فى المنع اولى وكذا اذا خلط الموصى به بغيره بحيث لايمكن تمييزه (اويزيد) عطف على يقطع اى او بفعل يزيد فى الموصى به (ما يمنع تسليمه) اى الموصى به (الا به) اى بما يمنع (كلت السويق) الموصى به (بسمن والبناء فى الدار) الموصى بها (اوتصرف) عطف على فعل (يزيل ملكه) اى ملك الموصى به (كالبيع) بان باع العين الموصى به (والهبة) بان وهبها لان الوصية لاتنفذ الا فى ملك الموصى فاذا ازاله كان رجوعا (لا بغسل ثوب) اى لايرجع الموصى بغسله ثوب الوصية عن وصيته لان العادة جرت بان من اراد ان يعطى ثوبه لغيره يغسله قبل ان يعطيه له (ولا بجحودها) اى ولا يرجع الموصى بجحود الوصية كذا ذكره محمد فى الجامع الكبير وذكر فى المبسوط انه يرجع فمنهم من قال ما فى المبسوط انه محمول على ان الرجوع كان فى حضرة الموصى له وما فى الجامع محمول على ان الرجوع كان فى غيبته ومنهم من قال ما فى الجامع قول محمد وما فى المبسوط قول ابى يوسف وهو الصحيح وفى عيون المذاهب وبه يفتى وهو قول مالك والشافعى واحمد (وتبطل هبة المريض) للمرأة نكحها بعد الهبة (ووصيته) اى المريض (لمن) اى لامرأة (نكحها) المريض (بعدها) اى بعد الوصية لان كلا منهما وصية المريض لوارثه وحكم الهبة المنجزة الصادرة من المريض حكم الوصية لانها وصية حكما الاترى انها تنفذ من الثلث وتبطل بالدين المستغرق وحكم الوصية انما تثبت بعد الموت لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت (كاقراره) اى كبطلان اقرار المريض (و) بطلان (وصيته) وهبته (لابنه) حال كون الابن (كافرا او) حال كونه (عبدا ان اسلم) الابن الكافر (واعتق) الابن العبد (بعد ذلك) الاقرار والوصية والهبة (وهبة مقعد ومفلوج واشل ومسلول) بالسين المهملة

(يقول صريح) مثل قوله رجعت عما وصيت لفلان (او)بفعل يدل على الرجوع وذلك مثل فعل (يقطع حق المالك عما غصب منه) كما اذ اوصى بثوب ثم قطعه وخاطه او بقطن ثم عزله اوبغزله ثم نسجه اوبحديد ثم اتخذه اناء ونحو ذلك (كمامر فى كتاب الغصب) من قوله فان غصب شيئا وغيره وزال اسمه واعظم منافعه ضمنه وملكه فهذا التغير رجوع عن الوصية (او) بفعل من الموصى (يزيد فى الموصى به) (مايمنع تسليمه الابه) اى الا مع ما زاد (كلت السويق) الموصى به (بسمن) لان تسليمه وحده متعذر ولا يمكن نقض ماصنع (و)مثل (البناء) فى الدار الموصى بها (و)مثل (تصرف)من المرض (يزيل ملكه كالبيع والهبة) فلو باع الموصى العين الموصى بها ثم اشتراها اووهبها ثم رجع فيها بطلت الوصية لانه بالبيع والهبة زال الملك والوصية لاينفذ الا فى الملك فاذا ازاله كان رجوعا (لا بغسل ثوب اوصى به) لان غسل الثوب لا يكون دليل الرجوع بل هو امارة تقرير الوصية لان من يعطى الثوب للانسان يغسله اولاعادة (ولا بجحودها) فان جحود الموصى الوصية لايكون رجوعا وعند ابى يوسف رحمه الله تعالى الجحود رجوع (ويبطل هبة المريض ووصيته لمن نكحها بعدها) اى ان وهب المريض لامرأة اجنبية شيئا او اوصى لها بشئ ثم تزوجها ثم مات يبطل الهبة والوصية لان الوصية ايجاب بعد الموت وهى وارثة حينئذ والوصية للوارث باطلة واما الهبة فهى وان كانت منجزة صورة فهى كالمضافة الى ما بعد الموت حكما لانها وقعت موقع الوصايا ويتقرر حكمها بعد الموت الاترى انها يعتبر من الثلث وتبطل بالدين المستغرق (كاقراره) اى المريض (ووصيته ووهبته لابنه كافرا اوعبدا ان اسلم الابن او اعتق العبد بعد ذلك) اى بعد الاقرار والوصية والهبة فان اقر المريض لابنه الكافر او اوصى له او وهب له ثم اسلم الابن قبل موت الاب بطل ذلك كله واما الاقرار فلان البنوة قائمة وقت الاقرار والبنوة سبب الارث فاعتبر فى الميراث تهمة الايثار فصار ملحقا بالوصية واما الوصية والهبة فلما مر وكذا ان كان الابن عبدا اومكاتبا ثم اعتق لما بينا (وهبة مقعد ومفلوج واشل ومسلول) يعتبر

وهو الذى به مرض السل وهو بالكسر والضم قرحة تحدث فى الرية اما بعقب ذات الجنب اوزكام ونوازل اوسعال طويل ويلزمها حمى هاوية (من كل ماله ان طال مدته ولم يخف موته) من هذه الاشياء لانها حينئذ تصير طبعا له ولهذا لايشتغل بتداويها (والا) اى وان لم تطل مدته وخيف موته منها ومات (فمن ثلثه) لانها فى ابتدائها يخاف الموت ولهذا يتداوى منها فيكون مرض الموت ولو صار المبتلى بها صاحب فراش بعد التطاول فهو كمرض حادث حتى يعتبر تبرعاته من الثلث (وان اجتمع الوصايا) وضاق عنها الثلث (قدم الفرض) وان اخره الموصى عن غيره لانه اهم (فان تساوت قوة قدم ما قدم) الموصى لان الظاهر من حال الانسان ان يبدأ بما هواهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت بالنص ولو نص على تقديم ما بدأ به لزم تقديمه فكذا هنا واما لو تساوت رتبة وتفاوتت قوة يقدم الاقوى فتقدم الزكاة على الحج لتعلق حق العبد فى القبض بها فكان ممتزجا بالحقين وعن ابى يوسف وهو قول محمد يقدم الحج عليها لانه يقام بالمال والبدن وهى بالمال فقط وتقدم الزكوة والحج على الكفارة لانه جاء فيهما من الوعيد مالم يأت فيها قال الله تعالى (ومن كفر فان الله غنى عن العالمين. (وقال والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعذاب اليم) وتقدم كفارة القتل والظهار واليمين على صدقة الفطر لان وجوبها عرف بالكتاب دون صدقة الفطر وتقدم صدقة الفطر على الاضحية للاتفاق على وجوبها دون الاضحية وتقدم كفارة القتل على كفارة الظهار واليمين لانها اكثر تغليظا منهما الاترى ان الاسلام شرط فى التحرير عنها دونهما وتقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار لانها لهتك حرمة اسم الله تعالى وكفارة الظهار لايجاب العبد حرمة على نفسه والنذر يقدم على الاضحية لان النذر ثابت بالكتاب دونها (وان اوصى) المريض (بحج) اى فرض (احج) الوصى (عنه راكبا من بلده ان بلغ نفقته ذلك) اى الاحجاج من بلده راكبا لان الواجب على الموصى ان يحج من بلده راكبا اذ لايلزمه المشى عندنا وان قدر عليه فيجب الاحجاج عنه على الوجه الذى لزمه (والا) اى وان لم يبلغ نفقته الاحجاج من بلده راكبا (فمن حيث) اى فيحج عنه من مكان (تبلغ نفقته) ذلك لان مقصود الموصى تنفيذ الوصية وقد امكن على هذا الوجه (فان مات حاج) اى مريد الحج

(من كل ماله ان طال مدته و) صار بحال (لم يخف موته) غالبا فهؤلاء كالاصحاء لانه اذا تطاول ذلك ولم يخف موته غالبا صار كانه طبع من طبائعه ومدة التطاول مقدرة بالسنة والمفلوج فلجت الشئ اى شققته نصفين لانه ذهاب النصف والشلل فساد فى اليد والمسلول الذى سلت انثياه اى نزعت خصيتاه كذا فى المغرب (والا) اى وان لم يتطاول مدة ذلك (فمن ثلثه) اى من ثلث ماله يعتبر هبته (وان اجتمع الوصايا) مثل الحج والزكوة والكفارات وضاق عنها ثلث المال فان كان بعضها فرضا وبعضها نفلا (قدم الفرض) قدمه الموصى او اخره لانه اهم (وان تساوت) الوصايا قوة بان كانت كلها فرائض اوكلها نوافل (قدم ماقدم الموصى) لان الظاهر من حال الانسان انه يبتدأ بما هو الاهم عنده (وان اوصى بحج) الاسلام (احج عنه رجلا راكبا من بلده) لان الواجب عليه الحج من بلده (ان بلغ نفقته ذلك) اى الاحجاج من بلده (والا) اى وان لم يبلغ النفقة ذلك (فمن حيث يبلغ فان مات الحاج) اى قاصد الحج

(فى

(فى طريقه او اوصى بالحج عنه يحج عنه من بلده) فان احجوا عنه من موضع آخر فان كان اقرب من بلده الى مكة ضمنوا النفقة وان كان ابعد لم يضمنوا لانهم فى الاول لم يحصلوا بمقصود الموصى بصفة الكمال واطلاقه يقتضى ذلك وفى الثانى حصلوا مقصوده وزيادة وهذا عند ابى حنيفة وقالا يحج عنه من حيث مات وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره فى الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة فسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله فيبتدئ من مكان الموت كانه من اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده اتفاقا ولابى حنيفة ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده اداء للواجب على الوجه الذى وجب (وفى وصيته) اى الموصى (بثلث ماله لزيد وسدسه لآخر ولم يجيزوا) اى الورثة (يثلث) اى يجعل الثلث ثلاثة اسهم فيعطى منها صاحب السدس واحدا وصاحب الثلث اثنين لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح وقد ضاق الثلث عنهما فيقسم بينهما على قدر حقهما كما فى اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما فصار الثلث ثلاثة اسهم سهم لصاحبه وسهمان لصاحب الاكثر (وبثلثه) عطف على بثلث ماله ان وفى وصية الموصى بثلث ماله لزيد (وكله) لآخر (ينصف) اى يجعل الثلث نصفين (وقالا يرجع) اى يجعل الثلث اربعة ويعطى صاحب الثلث ربعا منه وصاحب الكل الثلاثة الاباع (ولا يضرب الموصى له باكثر من الثلث عند ابى حنيفة) وفضلا مطلقا كمالك والشافعى وفى شرح الوقاية المراد بالضرب الضرب المصطلح بين الحساب فاذا اوصى بالثلث والكل فعند ابى حنيفة سهام الوصية اثنان لكل واحد نصف يضرب النصف فى ثلث المال والنصف فى الثلث يكون نصف الثلث وهو السدس فلكل سدس المال وعندهما سهام الوصية اربعة والواحد من الاربعة ربع فيضرب الربع فى ثلث المال والربع فى الثلث يكون ربع الثلث ثم لصاحب الكل ثلاثة من الاربعة وهى ثلاثة ارباع الثلث فيضرب ثلاثة الارباع فى الثلث بمعنى ثلثة ارباع الثلث ولصاحب الثلث واحد من اربعة فيضرب الواحد فى الثلث وهو الربع بمعنى ربع الثلث هذا معنى الضرب وقد تحير فيه كثير من

(فى طريقه واوصى بالحج عنه يحج عنه من بلده) عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وزفر رح (ان بلغ نفقته) ذلك (والا فمن حيث يبلغ وفى وصيته بثلث ماله لزيد وبسدسه لآخر ولم تجز) اى الورثة (بثلث الثلث) اى لا يجعل ثلث المال بينهما على السواء بل يقسم على قدر حقهما (و) فى وصيته (بثلثه لزيد وكله لآخر) ولم تجز الورثة (ينصف) الثلث بينهما عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى لان الوصية باكثر من الثلث اذا لم تجز الورثة قد وقعت باطلة فكانه اوصى بالثلث لكل واحد منهما فينصف الثلث بينهما (وقالا يربع الثلث) فيجعل الثلث بينهما على اربعة اسهم ثلثة للموصى له بالكل وسهم للموصى له بالثلث لان الوصية بالزائد على الثلث انما يبطل بمعنى ان الموصى له لا يستحقه حقا للورثة لكن يعتبر فى ان الموصى قصد شيئين سلامة ما سمى لكل واحد منهما بكماله وتفضيل احدهما على الآخر وقد تعذر تحصيل مقصوده فى احد الحكمين لحق الورثة لكن لم يتعذر فى الحكم الآخر وهو التفضيل فيخرج الثلث ثلثة والثلث واحد والكل ثلثة فصارت اربعة فيقسم الثلث بهذه السهام وهذا مبنى على اصل مختلف بينهم وهو قوله (ولا يضرب) فى الثلث (الموصى له باكثر من الثلث عند ابى حنيفة) فانه اذا اوصى بالثلث والكل فعند ابى حنيفة رحمه الله تعالى سهام الوصية اثنان لكل واحد نصف فيضرب النصف فى ثلث المال فيحصل نصف الثلث وهو السدس فلكل واحد سدس المال وعندهما رحمهما الله تعالى سهام الوصية اربعة والواحد من الاربعة ربع فيضرب الربع فى ثلث المال فيصير ربع ثلث المال فهو للموصى له بالثلث ثم للموصى له بالكل ثلثة من الاربعة وهى ثلثة الارباع فيضرب ثلثة الارباع فهى للموصى له بالكل

(الا فى المحاباة) فان صاحب المحاباة يضرب فى الثلث بجميع المحاباة مثل ان يكون الرجل عبدين قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الاخرى مائة فاوصى بان يباع الاول من زيد بمائة والاخر من عمرو بمائة فههنا قد حصلت المحاباة لاحدهما بالف وللاخر بخمسمائة وذلك كله وصية لانه

فى حال المرض فان لم يكن له مال سوى هذين العبدين ولم تجز الورثة صارت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا ياخذ الموصى له بالالف بحسب وصيته وهى الالف والموصى له الاخر بحسب وصيته وهى خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى وجب ان لايضرب الموصى له بالف بجميع الالف لاتزيد على ثلث المال (والا فى السعاية) صورة السعاية ان يوصى بعتق عبديه قيمة احدهما الف وقيمة الاخر الفان ولا مال له غيرهما فان اجازت الورثة يعتقان جميعا وان لم يجيزوا يعتقان من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما فثلثا الالف للذى قيمته الفان ويسعى فى الباقى وثلثه للذى قيمته الف ويسعى فى الباقى (والا فى الدراهم المرسلة) اى المطلقة الغير المقيدة بانها جزء من المال اى كنصف وثلث اونحوهما وصورتها ان يوصى لرجل بالف وللاخر بالفان وثلث ماله الف ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لان الوصية فى مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال اخر يخرج هذا القدر من الثلث وانما فرق ابو حنيفة بين الصور الثلث وبين غيرها لان الوصية اذا كانت مقدرة بما زاد على الثلث ضربها كالنصف والثلثين وغيرهما والشرع ابطل الوصية فى الزائد على الثلث فالزائد يكون ذكره لغوا الان اللفظ فى مخرجه لم يصح فلا يعتبر فى حق الضرب بخلاف ما اذا لم تكن مقدرة بانه اى شىء من المال كما فى الصور الثلث فانه ليس فى العبارة مايكون مبطلا للوصية كما اذا اوصى بخمسين

العلماء (الا فى المحاباة) فان الموصى له يضرب فيها باكثر من الثلث (و) كذا فى (السعاية والدراهم المرسلة) اى غير المقيدة بانها ثلث او نصف اونحوهما وصورة المحاباة ان يكون لرجل عبدان قيمة احدهما ثلثون والآخر ستون فاوصى بان يباع الاول من زيد بعشرة والآخر من عمرو بعشرين ولا مال له سواهما فالوصية فى حق زيد بعشرين وفى حق عمرو باربعين يقسم الثلث بينهما اثلاثا فيباع الاول من زيد بعشرين والعشرة وصية له ويباع الثانى من عمرو باربعين والعشرون وصية له فاخذ عمرو من الثلث بقدر وصية له وان كانت زائدة على الثلث وصورة السعاية عتق عبدين قيمتهما ما ذكر ولامال له سواهما فالوصية للاول بثلث المال وللثانى بثلثى المال فسهام الوصية بينهما اثلاث واحد للاول واثنان للثانى فيقسم الثلث بينهما كذلك فيعتق من الاول ثلثه وهو عشرة ويسعى فى عشرين ويعتق من الثانى ثلثه وهو عشرون ويسعى فى اربعين فيضرب كل بقدر وصيته وان كان زائدا على الثلث وصورة الدراهم المرسلة اوصى لزيد بثلاثين درهما والآخر بستين درهما وماله تسعون يضرب كل بقدر وصيته فيضرب للاول الثلث فى ثلث المال وللثانى الثلثين فى ثلث المال ولو اوصى لرجل بجزء من ماله بينه الورثة لانهم قائمون مقام الموصى فاليهم البيان وجهالة الموصى به لايمنع صحة الوصية ولو اوصى بسهم استحق اقل بسهام الورثة وذلك الاقل لايزاد على السدس فى رواية الاصل عن ابى حنيفة اذا كان اخس السهام اكثر من السدس ولم تجز الزيادة عليه وعلى رواية الجامع يجوز الزيادة على الثلث ولم يجز النقصان وعندهما لم يرد الا على الثلث ان زاد نخس السهام لان السهم اسم لمقدر مجهول كالجزء فلا معنى لتقديره بالسدس وانما جعلناه عبارة عن نصيب احد الورثة لان ما يصيب احد الشركاء عند القسمة يسمى سهما وانما صرف الى الاخر لانه متيقن الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لان الوصية باكثر من الثلث لاتصح عند عدم الاجازة وله ما روى البزار فى مسنده والطبرانى فى معجمه الاوسط عن محمد بن عبيد الله العرزمى عن ابى قيس عن هذيل بن شرحبيل عن ابن مسعود ان رجلا اوصى لرجل بسهم من ماله فجعل له النبى صلى

درهما واتفقوا ان ماله مائة درهم فان الوصية غير باطلة بالكلية لامكان ان يظهر له مال فوق المائة بل اذا لم يكن له مال اصلا عند الوصية فالوصية بالدراهم المرسلة صحيحة لاحتمال ان يستفيد مالا واذا لم يكن باطلة بالكلية يكون معتبرا فى حق الضرب كما هو دأب ابى حنيفة فافهم فان هذا الفرق دقيق

صلى الله عليه وسلم السدس قال البزار هذا حديث لانعلمه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم الامن هذا الوجه وابو قيس ليس بالقوى وذكره عبد الحق فى احكامه من جهة البزار وقال العزرمى متروك وابو قيس له احاديث يخالف فيها وقال اياس بن معاوية السهم فى كلام العرب السدس قلت اذا كان السهم فى اللغة السدس وقد ورد الحديث به ولو كان ضعيفا فهو مقدم على الرأى والله تعالى اعلم (و) وصيته (بمثل نصيب ابنه صحت) ووصيته (بنصيبه) اى نصيب ابنه (لا) اى لاتصح وقال زفر تصح (والعبرة بحال العقد فى التصرف المنجز) وهو ما اوجب حكمه فى الحال (فان كان) واقعا (فى الصحة فمن كل ماله والا) اى وان لم يكن واقعا فى الصحة بل كان واقعا فى مرض الموت (فمن ثلثه) اى ثلث ماله وفى شرح الوقاية والمراد التصرف الذى هو انشاء ويكون فيه معنى التبرع حتى ان الاقرار بالدين فى المرض بمهر المثل ينفذ من كل المال (و) التصرف (المضاف الى موته) اى موت المتصرف (من الثلث) وان كان التصرف واقعا (فى الصحة ومرض) هذا مبتدأ (صح) الموصى (منه) صفته وخبره (كالصحة) حتى ان تصرفاته المنجزة فيه تكون من كل ماله لانه ببرؤه يتبين انه لاحق لاحد فى ماله (واعتاقه) مبتدأ اى اعتاق المريض مرض الموت عبده (ومحاباته) اى بيعه بنقصان كثير او شراؤه بزيادة كثيرة (وهبته وضمانه وصيته) خبر اى كالوصية فى انها تعتبر من الثلث ويضرب بها مع اصحاب الوصايا ولا يريد حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذه الاشياء منجزة قبله وانما اعتبرت من الثلث لتعلق حق الورثة بماله فصار محجورا عليه فى الزائد على الثلث وهذا فى غير الضمان ظاهر واما فى الضمان فلان المريض تبرع ابتداء بايجابه على نفسه فيتهم فيه كما فى الهبة

فصل

(جاره من لصق داره به) اى اذا اوصى لجاره صرف الى الملاصق لداره فانه هو المستعمل عرفا وشرعا وهذا عند ابى حنيفة وزفر وهو القياس وعندهما انى من يسكن محلته ويجتمع معه فى مسجدها لانه جار شرعا قال النبى صلى الله عليه وسلم لاصلوة لجار المسجد الا فى المسجد رواه الدار قطنى عن جابر وابى هريرة والحاكم فى مستدركه وسكت عنه وقال ابن حزم هو الصحيح

(والوصية بمثل نصيب ابنه صحت) لان مثل الشىء غيره (و) هذا بخلاف الوصية (بنصيبه) اى نصيب الابن فانه لايصح لان نصيب الابن مال الابن فيكون وصية بمال الغير فلا تصح وقال زفر رحمه الله تعالى تصح (والعبرة بحال العقد فى التصرف المنجز) التصرف ضربان منجز وهو الذى يوجب حكمه فى الحال ومضاف الى الموت وهو ما يوجب حكمه بعد الموت كانت حر بعد موتى وهذا لزيد بعد موتى ففى المنجز يعتبر حال التصرف (فان كان فى حال الصحة فمن كل ماله) اى ينفذ هذا التصرف المنجز من كل ماله (والا) اى وان لم يكن فى حال الصحة بل كان فى المرض (فمن ثلثه) اى من ثلث المال يعتبر والمراد بالتصرف المنجز الذى هو انشاء ويكون فيه معنى التبرع حتى ان الاقرار بالدين فى المرض ينفذ من كل المال وكذا النكاح بمهر المثل ينفذ من كل المال (و) اما التصرف (المضاف الى موته) فيعتبر (من الثلث وان كان فى) حال (الصحة) فان دبر عبده فى حال الصحة او فى حال المرض يعتبر من ثلث ماله (وكل مرض صح منه فهو كالصحة) لان حق الوارث والغريم انما يتعلق بماله فى مرض الموت ومن اعتق عبدا فى مرضه او باع وحابى او وهب او ضمن مالا كان حكم (اعتاقه ومحاباته وهبته وضمانه) حكم (وصية) فى حق الاعتبار من الثلث وليس المراد ان هذه التصرفات وصية حقيقة لان الوصية ايجاب بعد الموت وهذه التصرفات منجزة ❊ فصل (و) من اوصى شيئا لجاره يدخل فى (جاره من لصق داره به) اى بداره عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وزفر وعندهما الجار كل من يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد المحلة

عن على والمعنى لاصلوة كاملة وقال احمد لاصلوة صحيحة وفسر الجار بكل من سمع النداء ثم يدخل فيه الجار الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمى ويدخل فيها الارملة لان سكناها مضافة اليها ولايدخل فيها التى لهازوج لان سكناها مضافة الى زوجها وهى تبع له فلم تكن جارا حقيقة

(وصهره كل ذى رحم محرم من عرسه) اى امرأته وهذا التفسير للصهر اختيار محمد وابى عبيدة وكذا كل ذى رحم محرم عن زوجة ابنه وزوجة ابيه وزوجة كل ذى رحم محرم منه صهر وقال الحلوانى ابو المرأة وامها ولا يسمى غيرها صهرا والاول هو الصحيح لما فى مسند احمد والبزار وابن راهويه عن عائشة قالت اصاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نساء بنى المصطلق فاخرج الخمس منه ثم قسمه بين الناس فاعطى الفارس سهمين والراجل سهما فوقعت جويرية بنت الحارث فى قسم ثابت بن قيس بن الشماس الانصارى فكاتبها على نفسها على تسع اواق من ذهب الى ان قالت فدخلت تسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كتابتها فقالت يارسول الله انا امرأة مسلمة اشهد ان لا اله الا الله وانك رسول الله وانا جويرية بنت الحارث سيد قومه اصابنى من الامر ما قد علمت فوقعت فى سهم ثابت بن قيس فكاتبنى على مالا طاقة لى به وما اكرهنى على ذلك الا انى رجوتك عليك فاعنى فى فكاكى فقال اوخير من ذلك فقالت ما هو قال اؤدى عنك كتابتك واتزوجك قال نعم يا رسول الله قد فعلت فادى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان عليها من كتابتها وتزوجها فخرج الخبر الى الناس فقالوا اصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم يسترقون فاعتقوا ما كان بايديهم من سبى بنى المصطلق ماقة اهل بيت قالت عائشة فلا اعلم امرأة كانت على قومها اعظم بركة منها

واما كونها صفية فهو وهم والصواب ما قدمناه (وختنه كل زوج ذات رحم محرم منه) اى ازواج البنات والاخوات والعمات والخالات وكذا كل ذى رحم محرم من ازواجهن وقيل هذا فى عرفهم وفى عرفنا لا يتناول الازواج المحارم ويستوى فيه الحر والعبد (واهله) عند ابى حنيفة (عرسه) وعندهما كل من يعوله وينفق عليه غير مماليكه اعتبارا للعرف ويؤيده قوله تعالى (وأتونى باهلكم اجمعين) وقوله (فنجيناه واهله الا امرأته) فان المراد من فى عياله ولابى حنيفة ان الاسم حقيقة فى الزوجة قال الله تعالى (وسار باهله) وقال (قال لاهله امكثوا) (وآله اهل بيته) فاذا اوصى الرجل لاله دخل

(و) من اوصى لصهره يدخل فى (صهره كل ذى رحم محرم من عرسه) وكذا يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم محرم منه لان الكل صهره وانما يدخل تحت الوصية من كان صهرا للموصى يوم موته لان المعتبر حال الموت (و) من اوصى لختنه يدخل فى (ختنه كل زوج) امرأة (ذات رحم محرم منه) كازواج البنات والاخوات والعمات والخالات وكذا كل ذى رحم محرم من ازواج هؤلاء كذا ذكره محمد رحمه الله تعالى وعندهما رحمهما الله تعالى يتناول لكل من فى عياله وفى نفقته سوى مماليكه (واهله عرسه) فان اسم الاهل حقيقة فى ذلك وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يتناول كل من يعولهم اعتبارا للعرف (و) من اوصى لاله يدخل فى (اله اهل بيته) ويدخل فيه ابوه وجده وكل من ينسب اليه من قبل اباءه الى اقصى اب له فى الاسلام الاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر سواء لان الال القبيلة التى ينسب اليها ولايدخل فيها اولاد البنات واولاد الاخوات ولا احد من قرابة ام الموصى لانهم ينسبون الى اباءهم فكانوا من جنس اخر لان النسب يعتبر الى اب الموصى الاكبر

فى الوصية كل من ينسب اليه من قبل آبائه الى اقصى اب له فى الاسلام والاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر والصغير والكبير فيه سواء ولايدخل فيه اولاد البنات ولا اولاد الاخوات ولا احد من قرابة امه لانهم لاينسبون الى ابيه وانما ينسبون الى آبائهم لان النسب يعتبر من الآباء (واقاربه) وذوقرابته واقربائه وارحامه وانسابه (وذووانسابه) هم عند ابى حنيفة محرماه فصاعدا من ذوى (رحمه الاقرب فالاقرب غير الوالدين والولد) وعندهما كل من ينسب الى اقصى اب له فى الاسلام وان لم يسلم ذلك الاقصى بعد ان ادرك الاسلام او ان اسلم على اختلاف المشايخ وفائدة هذا الاختلاف تظهر فى مثل ابى طالب وعلى رضى الله عنه اذا وقعت الوصية لاحد من اقرباء على فمن اكتفى بادراك الاسلام صرفها الى اولاد ابى طالب ومن شرط الاسلام صرفها الى اولاد على لاغير ولايدخل اولاد عبد المطلب بالاتفاق لانه لم يدرك الاسلام لهما ان الاسم يتناول الكل ولابى حنيفة ان الوصية اخت الميراث وفى الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب وكذا فى اخته والقصد من هذه الوصية تلافى ما فرط فى اقامة واجب الصلة وهو مختص بذى الرحم المحرم واما قرابة الولاد فلا يسمون اقرباء عادة الاترى الى عطف القريب على الوالدين فى قوله تعالى (الوصية للوالدين والاقربين) والعطف يقتضى المغايرة ويدخل الجد والجدة وولد الولد فى ظاهر الرواية وعن ابى حنيفة وابى يوسف لايدخلون قيد بالمحرم لانه لو انعدم بطلت الوصية وقيد بالاثنين فصاعدا لان الواحد لايأخذه عنده لان المذكور لفظ الجمع وفى الميراث يراد بالجمع المثنى فصاعدا فكذا فى الوصية ويستوى الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والانثى على المذهبين (وفى ولد زيد) اى فى الوصية لولد زيد (الذكر والانثى سواء) لان اسم الولد يشمل الكل وليس فى اللفظ شىء يقتضى التفضيل (وفى ورثته) اى وفى الوصية لورثة زيد يأخذ (ذكر كانثيين) لان الورثة مشتقة من الوراثة وبناء الحكم على المشتق يشعر بان مأخذ الاشتقاق علة ذلك الحكم والوراثة بين الاولاد والاخوة للذكر مثل حظ الانثيين فكذا الوصية (وفى بنى فلان) تأخذ (الانثى منهم) فى قول ابى حنيفة الاول وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث قال الله تعالى (وان كانوا اخوة رجالا ونساء) ثم رجع وقال ياخذ الذكور خاصة

(واقاربه وذوانسابه محرماه) اى من اوصى لاقاربه ولذى انسابه يدخل فيه محرماه اى ان كان له محرمان فقط يصرف الوصية اليهما لان اقل الجمع فى الوصية اثنان فصاعدا (من كل ذى رحم محرم منه يقدم الاقرب فالاقرب) من كل ذى رحم محرم منه كما فى الميراث (غير الوالدين والولد) اى لايدخل فى هذه الوصية الاب والام والولد ولهذا قيل من قال للوالد قريبا فهو عاق لكن يدخل فيه الجد والجدة وولد الولد فى ظاهر الرواية وعن ابى حنيفة ان الجد وولد الولد لايدخل فيه وقالا الوصية لكل من ينسب الى اقصى اب له ادرك الاسلام وعند بعض المشايخ الى اقصى اب له اسلم (وفى ولد زيد) اى لو اوصى لولد زيد (الذكر والانثى سواء) لان اسم الولد ينتظم الكل (وفى ورثته ذكر كانثيين) اى لو اوصى لورثة زيد فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين كما فى الارث فان لفظ الورثة يدل على ذلك (وفى بنى فلان الانثى منهم) اى لو اوصى لبنى فلان يدخل فيه الانثى وهو قول ابى حنيفة اولا وهو قول محمد لان اسم بنى فلان يتناول الانثى ايضا وعند ابى يوسف وهو قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى اخرا لايدخل الانثى بل هذا اللفظ للذكور لاغير

لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز والكلام بحقيقته وهذا بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة اوفخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه لايراد اعيانهم بل مجرد انتسابهم كبنى آدم ولذا يدخل فيه مولى العتاقة ومولى الموالاة وحلفاؤهم (وبطلت الوصية لمواليه) مطلقا (فيمن له معتقون ومعتقون) لان لفظ المولى مشترك بينهما فلا ينتظمهما فى موضع الاثبات ولاقرينة تدل على احدهما بخلاف ما لو حلف لايكلم موالى فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه فى مقام النفى ولا تنافى فيه وقيل يكون لهما وهو رواية عن ابى حنيفة وابى يوسف وهو قول الشافعى وزفر وقيل يجعلهما ابو يوسف للاعلى لان شكر الانعام واجب وفضل الانعام مندوب فصار صرف الوصية الى اداء الواجب اولى وقيل يجعلها للادنى لانه محل الحاجة غالبا فهو اولى (وصحت) الوصية (بخدمة عبده وسكنى داره مدة معينة) كسنة (وابدا) لان المنافع يصح تمليكها فى حالة الحيوة ببدل وغيره فكذا فى حالة الممات كما فى الاعيان ويكون كل من العبد والدار محبوسا على ملك الميت فى حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف (و) صحت الوصية (بغلتهما) اى العبد والدار (فان خرجت الرقبة) اى رقبة العبد والدار (من الثلث) اى ثلث التركة (سلمت اليه) اى اعطيت للموصى له لان حقه فى الثلث لايزاحمه الورثة فيه (والا) اى وان لم تخرج الرقبة من الثلث (قسمت الدار) قسمة الاجزاء اثلاثا (وتهايأوا العبد) اى اقتسموه قسمة مهايأة فيخدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه فى الثلث وحقهم فى الثلثين كما فى الوصية بالعين وانما تعين التهايؤ فى العبد لانه لايمكن القسمة فيه بالاجزاء لانه لاينجزى فيصير الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الدار فان القسمة فيها بالاجزاء ممكنة وهو اعدل من قسمة التهايؤ لما فيها من التسوية بين المتقاسمين زمانا وذاتا وفى التهايؤ من تقديم احدهما على الآخر زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة جاز لان الحق لهم الا ان الاول اولى لكونه اعدل وليس للورثة ان يبيعوا ما فى ايديهم من ثلثى الدار لان حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع الدار بان يظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما فى ايديهم اذا خرب ما فى يده وبيع الورثة ما فى ايديهم من الثلثين يتضمن ابطال ذلك فيمنعون منه (وبموته) اى الموصى له (فى حيوة موصيه تبطل) الوصية لانها تمليك الموصى بعد موته الموصى به

(وبطلت) الوصية (لمواليه فيمن له معتقون ومعتقون) الآن يبين ذلك فى حيوته لان لفظ المولى مشترك ولاعموم له ولاقرينة تدل على احدهما فوجب التوقف وقال الشافعى الوصية لهما جميعا وهو رواية عن ابيحنيفة وهو قول زفر (وصحت الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معينة وابدا) لان المنفعة تحتمل التمليك فى حال الحيوة فكذا بعد الممات (وصحت الوصية بغلتهما) اى بغلة عبده وداره (فان خرجت الرقبة) اى رقبة العبد والدار من الثلث سلمت الرقبة والدار (اليه) اى الى الموصى له ليخدمه العبد ويسكن الدار او استغلهما (والا) اى وان لم تخرج الرقبة والدار من الثلث مثل ان لا مال له سواهما (قسمت الدار اثلاثا) ليسكن الموصى له ويستغل ثلثها و للورثة الثلثين وتهايئا فى خدمة العبد فيخدم الموصى له يوما والورثة يومين ولو قسموا الدار مهاياة من الزمان يجوز ايضا (وبموته) اى بموت الموصى له فى حيوة الموصى (تبطل) لانها ايجاب مضاف الى ما بعد الموت

للموصى له ولايتصور تملك الموصى له وهو ميت (و) بموت الموصى له (بعد موته) اى الموصى (يعود) كل من العبد الموصى بخدمة والدار الموصى بسكناها (الى الورثة) لان الموصى اوجب للموصى له ان يستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الاستيفاء الى وارث الموصى له لاستحق ذلك ابتداء من ذلك الموصى بغير رضاه وذلك لايجوز (و) فى الوصية (بثمرة بستانه ان مات) الموصى (وفيه ثمرة) جملة حالية (له) اى للموصى له (هذه) الثمرة التى فيه (فقط) اى وليس له ما حدث بعدها (وان ضم) فى الوصية كلمة (ابدا فله هذه) اى الثمرة التى فى البستان (وما يحدث فيه) من الثمرة فيما يستقبل مدة حيوة الموصى له (كما فى غلة بستانه) فان من اوصى بغلة بستانه تكون للموصى له الغلة الموجودة والتى توجد مدة حيوة الموصى له وان لم يقل ابدا والفرق ان الثمرة فى العرف اسم للموجودة فلا يتناول التى ستوجد لانها معدومة الا بدلالة زائدة مثل التخصيص على التأبيد والغلة فى العرف ينتظم الموجودة وما يوجد مرة بعد اخرى يقال فلان يأكل من غلة بستانه وغلة ارضه والمراد مما وجد ومما يوجد فاذا اطلقت يتناولهما تناولا غير موقوف على دلالة اخرى وانما قال فيه ثمرة لان البستان لو لم يكن كذلك والمسئلة بحالها تناولت الثمرة ما كان موجودا وما يوجد ما عاش الموصى له كمسئلة الغلة وذلك لان الثمرة تنتظم الموجود حقيقة ولاتتناول المعدوم الامجازا فاذا كان فى البستان ثمرة عند موت الموصى كان لفظ الثمرة مستعملا فى حقيقته فلا يتناول المجاز وان لم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز ولايجوز الجمع بينهما الا انه اذا ذكر لفظ الابد تناولهما عملا بعموم المجاز لاجمعا بين الحقيقة والمجاز (و) فى الوصيه (بصوف غنمه وولدها ولبنها له) هذا الجار والمجرور خبر مقدم اى للموصى له (ما فى وقت موته) اى موت الموصى وليس له ما يحدث بعده سواء (ضم) الموصى كلمة (ابدا اولا) لان الوصية ايجاب عند الموت فيعتبر وجود هذه الاشياء عنده (وتورث بيعة وكنيسة جعلتا فى الصحة) اى اذا صنع ذمى فى صحته داره بيعة او كنيسة ومات فانها تورث عنه اما عند ابى حنيفة فلانه بمنزلة الوقف وهو عنده لايلزم فيورث فكذا هذا واما عندهما فلان هذا معصية فلايصح وان كان قربة فى معتقدهم فيورث واستشكل قول ابى حنيفة بان هذا عندهم كالمسجد عند المسلمين والمسلم ليس له ان يبيع المسجد فيكون الذمى فى البيعة والكنيسة كذلك واجيب بان

(وبموت الموصى له بعد موته) اى بعد موت الموصى (يعود) الموصى به (الى الورثة) اى الى ورثة الموصى بحكم الملك فان الرقبة ملكهم (و) صحت الوصية (بثمرة بستانه ثم (ان مات) الموصى (وفيه ثمرة) فللموصى (له هذه) الثمرة فقط) دون الثمرة التى تحدث بعدها (وان ضم ابدا) وقال له ثمرة بستانى ابدا (فله هذه الثمرة وما يحدث) بعدها فيما يستقبل ماعاش الموصى له (كما فى غلة بستانه) اى ان اوصى بغلة بستانه فله الغلة القائمة وما يحدث بعدها من الغلة فيما يستقبل وان لم يقل ابدا والحاصل ان الثمرة لاتتناول الحادث الا ان يزيد ابدا والغلة تتناوله وان لم يقل ابدا (و) صحت الوصية (بصوف غنمه وولدها ولبنها وكان له) اى للموصى له (ما فى بطونها من الولد وما فى ضرعها) من اللبن (وما فى ظهرها) من الصوف فى (وقت موته) اى موت الموصى فقط سواء (ضم) قوله (ابدا اولا) والفرق بينها وبين ماتقدم ان الصوف واللبن والولد الموجود يصح استحقاقها بالعقود فانها تملك بالبيع وغيره فكذا بالوصية فاما المعدوم منها فلم يشرع استحقاقها بشئ من العقود فلم يصح استحقاقها بعقد الوصية ايضا فاما الثمرة والغلة المعدومة فيصح استحقاقها بعقد المزارعة والمعاملة فيصح بعقد الوصية بل اولى لانها اوسع (و) اذا صنع يهودى اونصرانى بيعة اوكنيسة ثم مات (تورث بيعة وكنيسة جعلتا فى الصحة) لان هذا بمنزلة الوقف عند ابى حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث فلايلزم فكذا هذا واما عندهما رحمهما الله تعالى فلان هذا معصية فلا يصح

المسجد محرز عن حقوق الناس خالص لله تعالى ولا كذلك البيعة فى معتقدهم لانهم يسكنونها ويدفنون فيها موتاهم فلم تكن محرزة عن حقوقهم فكان الملك الذى فيها ثابتا والمسجد اذا كان غير محرز عن حقوق المسلمين يورث ويصح وصية الذمى بما هو قربة فى الملتين كالوصية للفقراء والمساكين ولاسراج البيت المقدس ونحوه (والوصية بجعل احديهما يصح) اى وصية الذمى ببناء داره بيعة اوكنيسة صحيحة وهذا بالاتفاق ان اوصى بذلك لقوم مسمين واما ان اوصى به لقوم غير مسمين فعند ابى حنيفة تصح وعندهما لا تصح ولو اوصى بالكراع فى سبيل الله ولم يعينه لاحد فالوصية باطلة عند ابى حنيفة لان هذه الوصية فى معنى الوقف وهو غير جائز فى المنقول عنده وان اضيف الى ما بعد الموت وجعلاه وقفا فى يد الامام لما مر فى كتاب الوقف من حبس خالد كراعه واعتده فى سبيل الله ولو اوصى بثلث ماله فى سبيل الله يخصه ابو يوسف بمنقطع الغزاة لسبقه الى الفهم عرفا وزاد محمد منقطع الحاج لما روينا ان النبى صلى الله عليه وسلم جعل الحج من سبيل الله واجاز محمد الوصية للمسجد وان لم يذكر الانفاق عليه لان المراد منها الانفاق على مصالحه وشرطا لصحتها ذكر الانفاق عليه لانه ليس باهل للملك والوصية تمليك وذكر النفقة بمنزلة الوقف على مصالحه تصحيحا للكلام ولو اوصى للعلماء استحقها الفقهاء واهل التفسير والحديث وقيل واهل الكلام لا المقرئون والادباء والمعبرون والاطباء لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم العلم ثلثة آية محكمة اوسنة قائمة او فريضة عادلة وما سوى ذلك فهو فضل رواه ابو داود وابن ماجه ولو اوصى للعقلاء استحقها زهاد العلماء لانهم فى الحقيقة العقلاء لتركهم الفانى وميلهم الى الباقى والله تعالى اعلم ❀

فصل

(ومن اوصى الى زيد فقبل) زيد (عنده) اى فى حضوره (فان رد) زيد الايصاء (عنده) فى حضور الموصى بعد قبوله (رد) اى صح رده لانه ليس للموصى ولاية الزامه التصرف ولا غرور فى رده بحضوره لان الموصى متمكن من ان ينيب غيره (والا) اى وان لم يرد زيد الايصاء فى حضرة الموصى بل رد فى غيبته (لا) اى لا يصح الرد لان الميت مضى بسبيله معتمدا عليه فلو صح رد الموصى اليه فى غيبته فى حياته او بعد مماته كان مغرورا من جهته فرد رده

(فان

(و) الوصية (بجعل احدهما) اى ان اوصى يهودى او نصرانى ان يجعل لقوم مسمين داره (بيعة اوكنيسة تصح) ولقوم غير مسمين تصح عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى لاعندهما وقال مشائخنا رحمهم الله تعالى ان هذا الاختلاف فيما اذا اوصى ببناء بيعة اوكنيسة فى القرى فاما فى المصر فلا يجوز بالاتفاق والمراد بالقرى ماليس فيه من شعائر الاسلام شئ اما اذا كانت قرية فيها من شعائر الاسلام شئ فهى كالمصر والله تعالى اعلم (فصل ومن اوصى الى زيد) يقال اوصى الى فلان اى فوض اليه التصرف فى ماله بعد موته (وقبل) زيد الوصية (عنده) اى عند الموصى اى فى وجهه (يصير وصيا فان رد بعد القبول عنده) اى فى وجهه (رد) لانه متبرع فى ذلك فان شاء دام عليه وان شاء رجع عنه وليس فى الرجوع غبن وتغرير (والا) اى وان لم يرد عند الموصى وفى وجهه بل ردها فى غير وجهه لايكون ردا لانه اعتمد عليه الموصى فان صح الرد بغيبته فى حيوته اوالرد بعد مماته يلزم الغرور

(فان سكت) الموصى اليه فلم يقبل ولم يرد (فمات موصيه فله) اى للموصى اليه (رده) اى رد الايصاء (وضده) اى ضد رد الايصاء وهو قبول الايصاء لان الموصى ليس له ولاية الزام الموصى اليه فبقى مخيرا (ولزم) الايصاء هذا الساكت (ببيع شئ) بان يبيع شيئا (من التركة) لان فى ذلك دلالة على الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصى (وان جهل به) اى بالايصاء لان العلم ليس بشرط فى حقه بخلاف الوكيل (فان رد) هذا الساكت (بعد موته) اى موت الموصى بان قال لا اقبل (ثم قبل) بعد رده بان قال قبلت (صح) قوله لان مجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان فى ابطاله ضررا بالميت (الا اذا نفذ قاض رده) بان حكم باخراجه عن الوصاية لان رده تأكد بحكم القاضى وتقوى به (والى عبد) اى ومن اوصى الى عبد (اوكافر اوفاسق بدله القاضى بغيره) فان هذه الوصية باطلة على ما ذكره محمد وعبارة القدورى اخرجهم القاضى عن الوصية وهذا يدل على ان الوصية صحيحة لان الاخراج انما يكون بعد الدخول (ومن اوصى الى عبده) اى جعل عبده وصيا (صح ان كان ورثته صغارا) كلهم وهذا عند ابى حنيفة استحسانا وقالا لا يصح وهو القياس لان الرق ينافى الولاية ولابى حنيفة ان لعبده من الشفقة مالا يكون لغيره (والا) اى وان لم يكن كلهم صغارا سواء كان كلهم كبارا او بعضهم (لا) اى لا يصح الايصاء لان للكبير ان يمنعه من ان يبيع نصيبه حتى له ان يبيع نصيبه من العبد فيعجز عن الوفاء بما التزم من الوصاية فلا يفيد الايصاء اليه فائدة (و) من اوصى (الى عاجز عن القيام بها ضم) اى ضم القاضى (اليه غيره) رعاية لحق الموصى والورثة ولو شكى الوصى الى القاضى لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكى قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه (ويبقى) وصى (امين يقدر) على التصرف وليس للقاضى ان يخرجه عن الوصاية لان الميت اختاره وارتضاه ولانه يقدم على الاب مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره ولو شكى الورثة او بعضهم الوصى الى القاضى لا ينبغى له ان يعزله لانه استفاد الولاية من الميت الا اذا ظهر منه الخيانة لزوال ما لاجله جعله الميت وصيا (و) من اوصى (الى اثنين لا ينفرد احدهما) بالتصرف فى تركته عند ابى حنيفة ومحمد (الا بشراء كفنه وتجهيزه) لان فى تأخير ذلك فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك فى الحضر والرفقة فى السفر (والخصومة فى حقوقه) لان

الرد والقبول فى حيوته (فمات الموصى فله رده وضده) اى قبول الوصية (ويلزم) الوصية (ببيع) شئ (من التركة) بعد موت الموصى (وان جهل به) اى بالايصاء لوجود دليل القبول وهو التصرف فى التركة (فان رد بعد موته ثم قبل صح) اى ان مات الموصى وهو لم يقبل ولم يرد فى حيوته فقال الموصى اليه بعد موته لا اقبله اذا قبل بعد ذلك يصح (الا اذا نفذ القاضى رده ولو) اوصى (الى عبد غيره او كافر او فاسق) اخرجه (وبدله القاضى بغيره) وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج عن الوصية او التبديل انما يكون بعد الوصية وذكر محمد فى الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه سيبطل فى جميع هذه الصور وقيل فى العبد باطلة وفى غيره سيبطل وقيل فى الكافر باطلة ايضا (ولو) اوصى (الى عبده صح ان كان كل الورثة صغارا والا لا) وان كان كل الورثة كبارا او كبارا وصغارا لم يصح وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما رحمهما الله تعالى لا يصح فى الوجهين لان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهو قلب المشروع وله اى للعبد من الشفقة ما لا يكون لغيره والصغار وان كانوا ملاكا لكن ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة بخلاف ما اذا كان البعض او كلهم كبارا اذ لهم المنع وبيع نصيبهم من هذا العبد متعذر لانه ليس له ولاية القسمة (ولو) اوصى (الى عاجز عن القيام بها) اى بالوصية ضم القاضى اليه غيره اذ لو لم يفعل لتضرر الوصى لعجزه عن التصرف او الورثة بترك التصرف (ويبقى امين يقدر) اى اذا كان الوصى امينا قادرا على التصرف لا يجوز للقاضى اخراجه بل يجب تبقيته (ولو) اوصى (الى اثنين لا ينفرد احدهما) اى لا يكون لاحدهما ان يتصرف دون صاحبه (الا بشراء كفنه) اى كفن الموصى (وتجهيزه) لانه ربما يكون احدهما عاقبا ففى اشتراط اجتماعهما فساد الميت (و) الا فى (الخصومة على الخصومة شغب

فى حقوقه) لانه لا يمكن اجتماعهما عليه فانهما وان حضرا لم يتكلم الا احدهما ففى اجتماع

الاجتماع فيها متعذر ولذا ينفرد بها احد الوكيلين (وقضاء دينه وطلبه) لانه ليس من باب الولاية بل من باب الاعانة بخلاف اقتضاء دينه وهو قبضه لان الميت انما رضى بامانتهما جميعا (وشراء حاجة الطفل) الموصى عليه من طعام وكسوة لانه يخاف موته جوعا وعريا (والانتهاب له) اى قبول الهبة للطفل لان فى تأخيره خوف الفوت (واعتاق عبد عين) اى معين لانه لايحتاج الى الرأى بخلاف اعتاق غير المعين (ورد وديعة وتنفيذ وصية معينتين) لانه لايحتاج فيهما الى الرأى ولانهما من باب الاعانة دون الولاية الاترى ان صاحب ذلك يملكه اذا ظفر به (وجمع اموال) للميت (ضايعة) اى على شرف الضياع لان فى التأخير آفات (وبيع ما يخاف تلفه) لان فيه ضرورة لاتخفى وقال ابو يوسف ينفرد كل من الوصيين بالتصرف فى جميع الاشياء قبل الخلاف فيما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة واما اذا اوصى اليهما بعقد واحد فلاينفرد احدهما باتفاق ذكره الكاسانى وقيل الخلاف فيما اذا اوصى الى كل واحد بعقد واحد واما اذا اوصى الى كل واحد بعقد على حدة فينفرد احدهما بالتصرف اتفاقا ذكره الحلوانى عن الصفار قال ابو الليث وهو الاصح وبه نأخذ وقيل الخلاف فى الفصلين جميعا ذكره ابو بكر الاسكاف قال فى المبسوط وهو الاصح بخلاف الوكيلين اذا وكلهما متفرقا بعقد حيث ينفرد كل واحد منهما بالتصرف اتفاقا ثم اذا مات احدهما عوض القاضى بدلا عنه اتفاقا (ووصى الوصى وصى فى ماله ومال موصيه) اى فى التركتين وعند الشافعى واحمد فى رواية لايكون وصيا فى تركة الاول اعتبارا بالتوكيل فى حال الحيوة (ولا يبيع وصى) مال الصغير من اجنبى (ولا يشترى له منه (الا بما يتغابن الناس) فى مثله وهو ما فيه غبن يسير لقوله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن) واما لو اشترى شيئا من مال اليتيم لنفسه اوباع شيئا من ماله لليتيم جاز عند ابى حنيفة وفى احدى الروايتين عن ابى يوسف اذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة بان يبيع من الصغير ما يساوى خمسة عشر بعشرة اويشترى نفسه من الصغير ما يساوى عشرة بخمسة عشر وعلى قول محمد وهو اظهر الروايتين عن ابى يوسف لايجوز على كل حال وبه قال مالك والشافعى اذ الواحد لايتولى طرفى البيع لامتناع كونه مطالبا ومطالبا وهذا فى وصى الاب لان وصى القاضى

(و)الا (قضاء دينه) بجنس حقه (وطلبه) لانه لايحتاج الى الرأى (و)الا فى (شراء حاجة الطفل) مثل طعامه وكسوته ففى التأخير الى الاجتماع خوف هلاكه جوعا وعريا (والا)فى(الانتهاب له)اى قبول الهبة للطفل لانه نفع محض (و)الا فى(اعتاق عبد عين)فان احد الوصيين يملك اعتاقه لعدم الاحتياج الى الرأى بخلاف اعتاق العبد الغير المعين (ورد وديعة وتنفيذ وصية) بشرط ان يكون الوديعة والوصية (معينين) لعدم الاحتياج الى الرأى(و)الا فى(جمع اموال ضائعة) لان فى التاخير خشية الفوات (و)الا فى (بيع مايخاف تلفه) لان فيه ضرورة وماسوى ذلك من البيع والرهن والاجارة والكتابة وما اشبه ذلك فلا ينفرد احد الوصيين بذلك وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعند ابى يوسف رحمه الله تعالى ينفرد احد الوصيين فى جميع الاشياء واذا مات الوصى وقد اوصى الى اخر فح (وصى الوصى وصى حتى يتصرف فى ماله) اى فى مال الوصى (ومال موصيه) اى موصى الوصى الاول عندنا وعند الشافعى لايكون الثانى وصيا فى مال الموصى الاول (ولايبيع وصى ولا يشترى الا بما يتغابن الناس فيه فللوصى ان يبيع مال الصبى من المنقولات من الاجنبى بمثل القيمة وبما يتغابن الناس فيه وهو مايدخل تحت تقويم المقومين ويجوز له ان يشترى للصبى من الاجنبى كذلك لا بالغبن الفاحش واما من نفسه فان كان الوصى وصى الاب يجوز لا ان كان الوصى القاضى لكن يشترط ان يكون فيه منفعة ظاهرة وفسر ذلك بان يبيع ماله من الصغير وهو يساوى خمسة عشر بعشرة اويشترى مال الصغير لاجل نفسه وهو يساوى عشرة بخمسة عشر وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وعند محمد لا يجوز هذا بكل حال وصح للوصى بيع عقار الموصى اذا كانت الورثة صغارا كلهم سواء كانوا حضورا اوغيبا وسواء كان على الميت دين اولا ولكن انما يبيع بمثل القيمة اوبما يتغابن الناس فيه قيل هذا جواب السلف وجواب المتأخرين انه انما يجوز بيع عقار الصغير اذا كان على الميت دين لاوفاء له الامن ثمن العقار اويكون للصغير حاجة الى ثمن العقار اويرغب المشترى فى شرائه بضعف القيمة وعليه الفتوى

القاضي لا يجوز بيعه لمال الصغير من نفسه بكل حال اتفاقا ويجوز للاب بمثل القيمة كالافتراض وابطله زفر لما تقدم ولنا ان الاب لكمال ولايته ووفور شفقته وحاجة الصغير جعل كشخصين فيتولى الطرفين وقال المتاخرون لايجوز للوصي بيع عقار الصغير الا ان يكون على الميت دين اويرغب المشترى فيه بضعف الثمن اويكون للصغير حاجة الى الثمن قال الصدر الشهيد وبه يفتى (ويدفع) الوصي (ماله) اى الصغير (مضاربة) ويأخذ ايضا مضاربة لكن بشرط الشهادة على ذلك نفيا للتهمة اذ ليس فيها تملك ماله (وشركة وبضاعة) لقيامه مقام ابيه (ويحتال) اى ويقبل الحوالة (على الاملى) اى الاغنى من الغريم (لاعلى الاعسر) لان فى ذلك نظرا له وولاية الوصي نظرية ويأكل منه عند اشتغاله بحاجته لقوله تعالى (ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف) (ولا يقرض) الوصي مال اليتيم وان اقرض ضمن لانه لايقدر على الاستخراج بخلاف القاضي والاب بمنزلة الوصي فى اصح الروايتين (ويبيع) الوصي (على الكبير الغائب) كل شئ (الا العقار) ان لم يكن عليه دين واما اذا كان عليه دين فان كان مستغرقا للعقار باع الوصي العقار كله بالاتفاق وان لم يكن مستغرقا باع بقدر الدين عندهما وعند ابى حنيفة رحمه الله تعالى له بيعه كله ولو خيف هلاك العقار قيل يملك الوصي بيعه لانه تعين حفظا كالمنقول والاصح انه لايملك لانه نادر (ولايتجر) الوصي (فى ماله) اى الصغير لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة ويقدم وصي الاب على الجد فان لم يوص الاب قام الجد مقامه ولايلى على مال الطفل احد غيرهما والله اعلم

كتاب الخنثى

(هو) مولود (ذو فرج وذكر فان بال من ذكره فذكر وان بال من فرجه فانثى) لان البول من احدهما دليل على انه العضو الاصلى الصحيح والآخر بمنزلة العيب (وان بال منهما حكم بالاسبق) لان السبق دليل على ان محله هو العضو الاصلى ولانه كما خرج البول حكم بموجبه لانه علامة تامة فلا يعتبر بخروج البول من آلة اخرى بعد ذلك (وان استويا) بان لم يسبق احدهما الآخر سواء كان الخروج من احدهما اكثر من الآخر اولم يكن (فمشكل) اى فهو الخنثى المشكل عند ابى حنيفة (ولايعتبر) عنده (الكثرة) وقالا يعتبر لان

(ويدفع) الوصي (ماله) اى مال الموصى (مضاربة وشركة وبضاعة ويحتال) بمال اليتيم ويجوز (على الاملاء) لان ولاية الوصي نظرية (ولايحتال على الاعسر) لان فيها تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه (ولايقرض) مال اليتيم (و) يجوز للوصي ان (يبيع من مال الكبير الغائب) كل شئ من ماله (الا العقار) لانه قائم مقام الموصى والموصى وهو الاب مثلا لاولاية له على ابنه الكبير فكذا وصيه الا ان بيع المنقول من الحفظ لانه يأتى عليه اسباب التوى فكان البيع حفظا اذ حفظ الثمن ايسر وبيع العقار ليس من الحفظ لانه محفوظ بنفسه (ولا يتجر الوصي فى ماله) لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة

كتاب الخنثى

(هو ذو فرج وذكر فان بال من ذكره فذكر وان بال من فرجه فانثى) اراد بالذكر قبل الرجل (فان بال من ذكره فذكر وان بال من فرجه فانثى وان بال منهما حكم بالاسبق) خروجا لانه حينئذ وجد واحد بلا معارض (وان استويا) فى السبق (فمشكل ولا يعتبر الكثرة) فى البول عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يعتبر الكثرة

كثرة البول من احدهما علامة قوة ذلك العضو وكونه اصليا ولان للاكثر حكم الكل فى اصول الشرع فيترجح ذلك العضو بكثرة البول منه ولابى حنيفة ان كثرة ما يخرج لا يدل على القوة لان ذلك قد يكون لاتساع فى احدهما وضيق فى آخر ولو كان الخروج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق (فان بلغ) الخنثى فان ظهر له علامة الرجال بان خرجت لحيته اووصل الى النساء او احتلم كما يحتلم الرجال فهو رجل وان ظهر له علامة النساء بان خرج له ثدى كثدى المرأة اونزل له لبن فى ثديه اوحاض اوحبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة (و) ان (لم يظهر) له (علامة احدهما) او تعارضت العلامات (فمشكل) فيؤخذ فيه بالاحوط والاوثق فى امر الدين وهو ان لايحكم فيه بحكم وقع الشك فى ثبوته (فان قام فى صفهن) اى صف النساء (اعاد) صلوته استحبابا ان كان مراهقا وحتما ان كان بالغا لاحتمال انه رجل فتفسد صلوته (و) ان قام (فى صفهم) اى فى صف الرجال (يعيد من بجنبيه ومن خلفه بحذائه) لاحتمال انه امرأة (وصلى بقناع) لاحتمال انه امرأة فان كان حرا وجب عليه ذلك والا استحب له (ولايلبس حريرا و) لا (حليا ولايكشف عند رجل و) لا عند (امرأة ولايخلو به غير محرم رجل او امرأة ولايسافر بلا محرم) من الرجال كل ذلك احترازا عن ارتكاب المحرم (وكره للرجل والمرأة ختنه) اما الرجل فلاحتمال ان الخنثى انثى واما المرأة فلاحتمال انه ذكر (ويشترى) من ماله (امة فتختنه ان ملك مالا) لانه يباح لمملوكه النظر اليه (والا) اى وان لم يملك مالا (فمن بيت المال) يشترى له الامام امة تختنه لان بيت المال اعد لنوائب المسلمين فاذا اشتريها له تدخل فى ملكه بقدر حاجة الختان (ثم تباع) اذا ختنته ويرد ثمنها الى بيت المال لحصول الاستغناء عنها (فان مات) الخنثى (قبل ظهور حاله لم يغسل) لان الغاسل اما رجل او امرأة وحل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيترك لاحتمال حرمته (ويمم) لتعذر الغسل (ولا يحضر) الخنثى حال كونه (مراهقا غسل ميت) لاحتمال انه ذكر او انثى (وندب تسجية قبره) اى تغطيته لانه ان كان انثى اقيم واجب وان كان ذكرا لا تضر التسجية (ويوضع الرجل بقرب الامام ثم) يوضع (هو) اى الخنثى خلف الرجل (ثم) توضع (المرأة) خلف

(فان بلغ) وخرج له لحية اووطى امرأة او احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدى مستوى فهو رجل وان ظهر له ثدى كثدى المرأة اونزل له لبن اوحاض اوحبل اوامكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة (وان لم يظهر له علامة احدهما) اى الرجل والمرأة وذلك بان لم يظهر له شئ من علامات الذكورة والانوثة اواجتمعت علامات الذكورة مع علامات الانوثة كما اذا خرجت له لحية وظهر له ثدى (فمشكل) والاصل فى الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط فى امور الدين وان لا يحكم بشئ وقع الشك فى ثبوته فان قام خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء فلا يتخلل الرجال ولا يتخلل النساء (فان قام) الخنثى (فى صفهن) اى فى صف النساء (اعاد صلوته) احتياطا لاحتمال انه رجل (و) ان قام (فى صفهم) اى صف الرجال فصلوته تامة جائزة (ويعيد من بجنبيه) اى الذى عن يمينه وعن يساره (ومن خلفه بحذائه) لاحتمال انه امرأة (وصلى بقناع) وان صلى بغير قناع يعيدها استحبابا (ولايلبس حريرا وحليا ولا يكشف اعضاءه عند رجل وامرأة ولا يخلو به غير محرم) من رجل او امرأة (ولا يسافر بلا محرم) من الرجال (وكره للرجل والمرأة ختنه) وتشترى له امة لتختنه ان ملك مالا) فان الخنثى ان كان ذكرا فنظر الامة الى عورته نظر مملوكة الى سيدها وان كانت امرأة فانه نظر الجنس الى الجنس وانه يباح فى حال العذر (والا) اى وان لم يكن له مال (فمن بيت المال) يشترى امة لتختنه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين (ثم تباع) الامة ويرد ثمنها الى بيت المال (فان مات قبل ظهور حاله لم يغسل) اى لم يغسله رجل ولا امرأة (ويمم) من التيميم وهو جعل الغير ذا تيمم ويجوز ان يممه ذكر اوانثى (ولا يحضر) حال كونه (مراهقا غسل ميت) ذكرا كان الميت او انثى (وندب تسجية قبره) لانه ان كان انثى فقد اقاموا واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لايضره (و) ان مات هو اى الخنثى ورجل وامرأة (وضع الرجل بقرب الامام ثم) وضع (هو ثم) وضعت (المرأة

الخنثى

اذا صلى عليهم) فيقدم على المرأة ويؤخر عن الرجل ليكون جنازة المرأة ابعد عن عيون الناس ثم الخنثى (فان تركه) اى الخنثى (ابوه و) ترك (ابنا) معروفا (فله سهم) من الارث (وللابن) المعروف (سهمان) وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى فان عنده للخنثى اقل النصيبين اى ينظر الى نصيبه ان كان ذكرا و الى نصيبه ان كان انثى فاى منهما يكون اقل فله ذلك ففى هذه الصورة يكون ميراثه على تقدير الانوثة اقل فله ذلك وان تركت المرأة زوجا وجدة واخا لاب وام وهو خنثى فعلى تقدير الانوثة له ثلثة من سبعة وعلى تقدير الذكورة له اثنان من ستة وهذا اقل فله هذا وهذا قول عامة الصحابة رضى الله

الخنثى (اذا صلى عليهم) جميعا (فان تركه ابوه وابنا فله) اى الخنثى عند ابى حنيفة (سهم وللابن سهمان) لان له عنده اقل النصيبين اى ينظر الى نصيبه ان كان ذكرا والى نصيبه ان كان انثى فاى منهما يكون اقل فله ذلك وفى هذه الصورة ميراثه على تقدير الانوثة اقل فله ذلك (وعند الشعبى) وهو قولهما كما فى الهداية (له نصف النصيبين) اى يجمع بين نصيب الخنثى ان كان ذكرا ونصيبه ان كان انثى وله نصف ذلك المجموع (وهو) اى نصف النصيبين (ثلاثة من سبعة عند ابى يوسف) لانه اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة انفراده فان الذكر لو كان وحده كان له كل المال والخنثى لو كان وحده ان كان ذكرا كان له كل المال وان كان انثى كان له نصف المال فيأخذ نصف الكل ونصف النصف وذلك ثلاثة ارباع المال وللابن كل المال فيجعل كل ربع سهما فيبلغ سبعة بطريق العول للابن اربعة وللخنثى ثلاثة وان شئت تقول له النصف ان كان انثى والكل ان كان ذكرا فالنصف متيقن ووقع الشك فى النصف الاخر فنصف صار ربعا فالنصف والربع ثلاثة ارباع (وخمسة) اى ونصف النصيبين خمسة (من اثنى عشر عند محمد) لان الخنثى يستحق النصف مع الابن ان كان ذكرا والثلث ان كان انثى والنصف والثلث خمسة من ستة فله نصف ذلك وهو اثنان ونصف من ستة وقع الكسر بالنصف فضرب الستة فى اثنين صار خمسة من اثنى عشر هو نصيب الخنثى والباقى وهو السبعة نصيب الابن وان شئت تقول له الثلث ان كان انثى والنصف ان كان ذكرا ومخرجهما ستة فالثلث اثنان والنصف ثلاثة فاثنان متيقن ووقع الشك فى الواحد الآخر فنصف صار اثنين ونصفا وقع الكسر بالنصف صار خمسة من اثنى عشر*

مسائل شتى

(كتابة الاخرس وايماؤه) اى اشارته (بما يعرف به نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه وبوصيته وقوده كالبيان) اى كما يعرف ذلك بالنطق باللسان لان الكتابة ممن

عنهم عليه الفتوى (وعند الشعبى) وهو قول ابن عباس (له) اى للخنثى (نصف النصيبين) اى يجمع بين نصيبه ان كان ذكرا وبين نصيبه ان كان انثى فله نصف ذلك المجموع (وهو) فى هذه الصورة (ثلاثة من سبعة عند ابى يوسف رحمه الله تعالى) وفى تخريجه القسمة بين الخنثى والابن المعروف لان الخنثى ان كان ذكرا فله سهم كالابن المعروف ولو كان انثى كان له نصف سهم فيعطيه نصف النصيبين وذلك ثلاثة ارباع سهم لان نصف نصيب الذكر نصف سهم ونصف نصيب الانثى ربع سهم فصار للخنثى ثلثة ارباع سهم وبعد البسط وهو جعل الصحيح من جنس الكسر والتصحيح وهو جعل كل كسر سهما صحيحا يصير للابن المعروف اربعة وللخنثى ثلثة بان يجعل كل ربع سهما لان المخرج اربعة فيصير المجموع سبعة (و) نصف النصيبين (خمسة من اثنى عشر عند محمد رحمه الله تعالى) وفى تخريجه القسمة ايضا بين الخنثى والابن المعروف لان الخنثى لو كان ذكرا كان له نصف المال ولو كان انثى كان له ثلث المال فيكون له نصف النصف ونصف الثلث فيحتاج الى عدد له نصف ولنصفه نصف وله ثلث ولثلثه نصف واقله اثنى عشر فى حال له نصف نصفه وهو ثلثة وفى حال له نصف ثلث وهو اثنان فتكون حصة الخنثى خمسة والباقى وهو سبعة للابن المعروف والله تعالى اعلم بالصواب ﴿مسائل شتى﴾

(كتابة الاخرس وايماؤه) بما يعرف به نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه وقوده (كالبيان) الكتابة على ثلثة اوجه مستبين مرسوم معنون نحو من فلان الى فلان كما يكون على كاغد وهو يجرى مجرى النطق فى الحاضر والغائب ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار او على ورق الشجر او على الكاغد لكن لا على رسم الكتابة بان لا يكون معنونا فهو بمنزلة الكتابة لا بد له من النية او القرينة كالاشهاد مثلا وغير مستبين كالكتابة على الهواء او على الماء فلا اعتبار لها ولا يثبت بها حكم واما الايماء فهو حجة من الاخرس فى حق هذه الاحكام المذكورة للضرورة لانها من حقوق العباد والغالب فى الفصاص

نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الاترى ان النبى صلى الله عليه وسلم كما ادى ما وجب عليه تبليغه بالعبارة ادى ايضا بالاشارة كقوله الشهر هكذا وهكذا وادى بالكتابة ككتابه لهرقل وغيره ثم الكتابة منقسمة الى ثلاثة اقسام منها مستبين مرسوم وهو ان يكتب من فلان الى فلان ان الامر كذا وكذا من الطلاق والعتاق ونحوهما فهذا كالنطق ومنها مستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار وعلى الكاغد لا على وجه رسم الدبار فهذا ليس له اعتبار الا بانضمام شئ آخر اليه كالبينة والاشهاد عليه والاملاء على الغير حتى يكتب لديه لان الكتابة قد تكون للتجربة وبهذه الاشياء يتبين انها ليست كذلك ومنها غير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به شئ من الاحكام ولو انضم اليه نية وانما جعلت الاشارة حجة للاخرس للحاجة فى حق هذه الاحكام لانها من حقوق العباد وهى تثبت مع الشبهة (ولا يحد) اذا اقر بما يوجب الحد ولا قاذفه بطريق الاشارة او الكتابة اما ان كان مقذوفا فلان الحدود تندرئ بالشبهات ولعله مصدق لقاذفه فلا يحد قاذفه للشبهة ولعدم تيقن علة الحد واما اذا كان قاذفا فلا يحد لانعدام القذف صريحا بالزنا وهو شرط فيه والفرق بين الحد والقود حيث يثبت القود بالكتابة والاشارة بخلاف الحد ان القود حق العبد وحق العبد لايختص بلفظ دون لفظ وقد يثبت بدون اللفظ كالتعاطى بخلاف الحد فانه لا يثبت ببيان فيه شبهة (وقالوا فى معتقل اللسان) وهو الذى اعترض له احتباس اللسان حتى لا يقدر على الكلام والبيان (ان امتد ذلك) الاعتقال بان بقى سنة وقيل الى زمان الموت وقيل وعليه الفتوى (وعلم اشارته) اى المعتقل (فكذا) اى فحكمه حكم الاخرس بخلاف الذى صمت يوما اويومين لعارض (وفى غنم مذبوحة فيها ميتة) ولا علامة تتميز به الميتة من المذبوحة ان كان الميتة اكثر اوكانتا مستويتين لم يؤكل الغنم فى حالة الاختيار وان كانت (هى) اى الميتة (اقل تحرى واكل) ذلك الغنم (فى) حالة (الاختيار) قيد به لان الميتة المتعينة يحل اكلها فى حالة الاضطرار فالمشكوك فيها اولى وعند مالك والشافعى واحمد لايؤكل بالتحرى فى حالة الاختيار وان كان المذبوحة اكثر لان التحرى دليل ضرورى فلا يصار اليه من غير ضرورة ولاضرورة فى حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة فى افادة الاباحة الاترى ان اسواق المسلمين لاتخلو عن المحرم من مسروق ومغصوب

ومع

حق العبد (و) لكن (لايحد) اى اذا اقر بما يوجب الحد بطريق الاشارة وقذف بطريق الاشارة لايحد والفرق بين الحد والقصاص ان الحد لايقام الا ببيان لاشبهة فيه الاترى ان الشهادة بالوطى الحرام والاقرار به لايوجب الحد ما لم يصرح بالزنا والقصاص يقام بالشهادة او بالاقرار بمطلق القتل وان لم يوجد التصريح بالعمد (وقالوا فى معتقل اللسان) اى الذى عرض له احتباس اللسان حتى لايقدر على الكلام من اعتقل لسانه بضم التاء اذا احتبس من الكلام (ان امتد ذلك) اى الاعتقال سنة وقيل بان يبقى الى زمان الموت قيل وعليه الفتوى (وعلم اشارته كالبيان) كما فى الاخرس وان لم يمتد او لم يعلم اشارته فليس اشارته بمنزلة البيان وعند الشافعى رحمه الله تعالى حكمه حكم الاخرس امتد ذلك اولا (وفى غنم مذبوحة فيها ميتة وهى اقل) من المذبوحة (تحرى واكل) واذا كانت الميتة اكثر اوكانا نصفين لم يأكل (وهذا فى) حال (الاختيار) بان يجد مذبوحة بيقين مثلا واما فى حال الضرورة تحرى واكل سواء كانت المذبوحة اقل او اكثر اوكانا سواء لان الميتة تحل عند الضرورة فالمختلط اولى ولكن ينبغى مع هذا ان لايأكل بلا تحر وقال الشافعى لايحل الاكل فى حال الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحرى دليل ضرورى ولاضرورة فى حال الاختيار ولنا ان الغلبة يقوم مقام الضرورة فى اثبات الاباحة لانا نعلم ان اسواق المسلمين لاتخلو عن الحرام ومع هذا جاز التناول اى الاخذ بالشراء وغيره باعتبار الغالب وهذا لان القليل لايمكن التحرز عنه فلتعذر الامتناع عنه صار عفوا عفى الله تعالى عنا سيئاتنا وعما طغى القلم فى تحرير شرحنا هذا ويقول المفتقر الى رب الناس محمود بن الياس قد اتفق فراغ بنان البيلن من رقم ماجمعت فيه من الفوائد وما نظمت فيه من الفرائد وقد ودعت فى بغيته حبيب الدعة ولذيذ الكرى وعند الصباح

ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الظاهر وهذا لان القليل منه لايمكن التحرز عنه فيسقط اعتباره دفعا للحرج وقد قال تعالى (وما جعل عليكم فى الدين من حرج) وقال عليه السلام بعثت بالحنيفية السمحة ومن خالف سنتى فليس منى رواه الخطيب عن جابر رضى الله عنه * الحمد لله بنعمته تتم الصالحات وافضل الصلوات واكمل التحيات على سيد الموجودات وسند المشهودات وعلى آله واصحابه وازواجه الطاهرات وعلى العلماء والصلحاء الكاملين وسائر المؤمنين والمؤمنات

قد نجز بحمد الله رب العالمين طبع الشرحين الشريفين نفعنا الله تعالى بهما واسبغ نعمه على مؤلفيهما ومن نظر فيهما ١٣٢٨ سنة من هجرة سيدنا ونبينا محمد المصطفى صلوات الله تعالى عليه وعلى آله واصحابه بنظارة افقر العباد محمد صابر بن ملا حماد عفى الله عنهما وعن سائر المسلمين آمين

يحمد القوم السرى فالحمد لله الذى وفقنى لاتمامه مشتملا على اكثر مسائل الهداية والكافى والكفاية موضحا لمعضلاتها ومبينا لغويضاتها والصلوة والسلام الاتمان الاكملان على نبيه محمد وآله واصحابه وازواجه واهل بيته اجمعين فى ليلة جمعة الثامن عشر من ذى الحجة من احدى وخمسين وثمان مائة اعلم انه لايتضح مخزون اسراره ولا ينكشف مضمون انواره على مطالع الا بعد استعمال الفكر وامعان النظر فاما من سولت له نفسه وارادان يدرك بغير روية فهو مغبون بل ربما يحكم بالاختلال وكم من غائب قولا صحيحا والله تعالى اعلم بالصواب

فهرست شرحى مختصر الوقاية

٢	كتاب البيع	١٤٩	فصل وقف بيع الرهن
١١	فصل صح خيار الشرط	١٥٥	كتاب الكفالة
١٧	فصل صح شراء ما لم يره	١٦٧	كتاب الحوالة
٢٥	فصل فى خيار العيب	١٧٥	كتاب الوكالة
٣٥	فصل بطل بيع ما ليس بمال	١٧٤	فصل لايصح بيع الوكيل
٤٦	فصل الاقالة	١٧٩	فصل للوكيل بالخصومة القبض
٤٨	فصل التولية	١٨١	كتاب الشركة
٥٠	فصل الربا	١٨٨	كتاب المضاربة
٥٩	فصل لايصح بيع مشترى	١٩٥	كتاب المزراعة
٦٥	فصل يصح السلم	٢٠١	كتاب المساقاة
٧٢	مسائل شتى	٢٠٤	كتاب احياء الموات
٧٢	فصل الصرف	٢٠٧	فصل الشرب
٧٤	كتاب الشفعة	٢١١	كتاب الوقف
٨٦	كتاب القسمة	٢١٦	كتاب الكراهية
٩٣	كتاب الهبة	٢٤٢	كتاب الاشربة
١٠٣	كتاب الاجارة	٢٥٣	كتاب الذبايح
١٠٩	فصل فى الاجارة الفاسدة	٢٧٦	كتاب الاضحية
١١٥	فصل الاجير	٢٧٤	كتاب الصيد
١١٨	فصل تفسخ الاجارة	٢٨٠	كتاب اللقطة واللقيط والآبق
١٢٢	كتاب العارية	٢٩١	كتاب المفقود
١٢٨	كتاب الوديعة	٢٩٢	كتاب القضاء
١٣٧	كتاب الغصب	٣١٥	كتاب الشهادة
١٤١	كتاب الرهن	٣٢٧	فصل الرجوع عنها
١٤٦	فصل لايصح رهن مشاع	٣٣٥	كتاب الاقرار

٣٣٨	كتاب الدعوى
٣٤٦	فصل فى التحالف
٣٥٦	فصل مبيعة ولدت
٣٥٩	كتاب الصلح
٣٦٥	كتاب الحدود
٣٨٦	فصل من قذف
٣٩٦	فصل فى التعزير
٣٩٩	كتاب السرقة
٤١٧	كتاب الجهاد
٤٢٨	فصل ما فتح عنوة
٤٤١	فصل يملك بعض الكفار بعضا
٤٦١	كتاب الجنايات
٤٨٣	كتاب الديات
٥٠٢	فصل من احدث فى طريق العامة
٥٠٧	فصل ضمن الراكب
٥١٢	فصل ان جنى عبد
٥١٦	فصل مبت به جرح
٥٢٤	فصل العاقلة
٥٢٨	كتاب الاكراه
٥٣٤	كتاب الحجر
٥٤٥	كتاب المأذون
٥٤٦	كتاب الوصايا
٥٥٣	فصل جاره من لصق داره
٥٥٨	فصل ومن اوصى الى زيد
٥٦١	كتاب الخنثى
٥٦٣	مسائل شتى