

الجزء الثاني

من شرح

مختصر الوقاية

للعامة المحقق مولانا علي القاري رحمه الله

شرح في طبعه مرة ثانية

بنظر العبد الفقير الى الله القدير خادم العلم النبوي ببلدة قزان عالم جان
ابن محمد جان البارودي عفي الله عنهما وذلك لثمان خلون من ذي القعدة
سنة ١٣٢٤ اربع وعشرين وثلثمائة والى

بمصاريف مكتبة الشركة

قزان - اوفا

طبع حتى محفوظ

خاريطومطبعة
قزان.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب البيع

اعلم ان المقصود من بيان كتاب البيع بيان الحلال الذى هو بيع شرعا والحرام الذى هو الربا ونحوه من العقود الفاسدة ولهذا قيل لمحمد الا تصنف شيئا فى الزهد فقال قد صنفت كتاب البيع ومراده بينت فيه ما يحل وما يجرم وليس الزهد الا اجتناب الحرام والرغبة فى الحلال كما يشير اليه قوله صلى الله عليه وسلم حيث ذكر الرجل يطيل السفر اشعث اغبر يقول يا رب يا رب ومطعمه حرام ومشربه حرام وملبسه حرام وغنى بالحرام فاني يستجاب لذلك ثم (هو) فى اللغة مشترك بين اخراج الشيء عن الملك بمال وبين ضمه وهو ادخال الشيء فى الملك بمال ومن هذا القبيل حديث لا يبيع احدكم على بيع اخيه اى لا يشتري على شرائه كذا فى الصحاح ولا يبعد ان يكون البيع فى الحديث على بابه وهو يتعدى الى المفعول الثانى وبنفسه جرف الجر نحو بعت هذا فلانا وبعته منه وكذا لفظ الشراء مشترك بين فعل المشتري وفعل البائع ومنه قوله تعالى (وشروه بثمن بخس) اى باعوه وهذا اذا كان الضمير للاخوة واما اذا كان للسيارة فالشراء على بابه وكذا قوله تعالى (ولبئس ما اشتروا به انفسهم) اى باعوا حظها واشتروه 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) أى على وجه التملك (بتراض) لقوله تعالى (الا ان تكون تجارة عن تراض
 منكم) وهو عقد مشروع بقوله تعالى (واحل الله البيع وحرم الربوا) وبالسنة وهى كثيرة
 شهيرة وابعام الامة على جوازه وانه احد اسباب الملك وبانه صلى الله عليه وسلم بعث
 الناس يتبايعون فافرحهم عليه حتى قال يامعشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب
 فشوبوه بالصدقة وقد باع واشترى بمباشرة وتوكيل وقد صح عند ارباب السير ان النبي
 صلى الله عليه وسلم اتجر لخديجة لكن قبل البعثة بخمسة عشر سنة فانه بعث على رأس
 الاربعين وخرج تاجراً الى الشام لخديجة لما بلغ خمساً وعشرين سنة قبل ان يتزوجها
 بشهرين وخمسة وعشرين يوماً وكان ابو بكر تاجراً في البز وعمر في الطعام وعثمان في
 البز والتمر وعباس في العطر ومن هنا قال اصحابنا افضل الكسب بعد الجهاد التجارة ثم
 الزراعة ثم الصناعة وعندى ان افضلها الكتابة (وينعقد) البيع (باليجاب) اى اثبات والمراد
 به ما يذكروا من كلام المتعاقدين لانه يثبت خيار القبول للآخر (وقبول) وهو ما يذكروا
 آخراً من كلامهما او ما يقوم مقامه من قبض المبيع كما لو قال بعثك هذا بدرهم فقبضه
 المشتري ولم يقل شيئاً والمعنى انه ينعقد بمجموع الايجاب والقبول ولا بد ان يكون
 احدهما يدل على ايجاب كاعطيتك وجعلت لك هذا بكذا والآخر على القبول كاخذت
 ورضيت واجزت ويشترط سماع المتعاقدين كلامهما (بالمغضى ماض) كبعثت واشتريت وانها
 شرط الماضى فيهما لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع لان الواضع لم يضع له
 لفظاً خاصاً والشرع يستعمل فيه اللفظ الذى وضع للاخبار عن الماضى لانه يستدعى سبق
 الخبر عنه ليكون الكلام صحيحاً فكان الماضى ادل من غيره على تحقق الوجود فكان انسب
 بالانشاء المحصل للوجود (وبتعاط) اى وينعقد ايضا بمعاطاة وهى ههنا اعطاء البايع المبيع
 للمشتري على وجه البيع والتملك واعطاء المشتري الثمن للبايع كذلك بلا ايجاب
 وقبول (مطلقاً) اى سواء كان المبيع خسيساً وهو ما يكون قيمته دون نصاب السرقة او نفيساً
 وهو ما يكون قيمته مثل نصابها او اكثر وبه قال الخراسانيون وقال الكرخى والعراقيون
 ينعقد به فى الخسيس للعادة دون النفيس لعدمها واجيب بان جواز اصل البيع انما هو
 باعتبار الرضاء من الجانبين الا ان الرضاء لما كان باطنياً اقيم الايجاب والقبول مقامه لدلالتهما
 عليه والتعاطى ادل عليه منهما لانهما قد يوجدان بغير رضاهما او احدهما 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 بيعاً لان المقصود المبادلة بالرضاء فمتى حصلت ثبت حكم البيع ولان الشارع لم

يثبت عنه اشتراط اللفظ فوجب الرجوع الى العرف المعروف الذي هو التعاطى مطلقا
 واختلف في التعاطى باحد الجانبين مع بيان الثمن والاطور جوازه لتعارف الناس عليه وكذا
 بدون بيان الثمن اذا كان معلوما قال الطرابلسي وهو الصحيح وقد اشار محمد في الجامع الصغير
 الى ان تسليم المبيع يكفى (واذا اوجب واحد) من المتعاقدين البيع (قبل الآخر) واحدا
 كان الآخر او متعددا (كل المبيع بكل الثمن او ترك) وليس للمتعاقد ان كان واحدا ولا
 لو احد ان كان العاقد متعددا ان يقبل في بعض المبيع ببعض الثمن لتفرق الصفقة عليه
 فان رضاء الموجب ببیع ذلك البعض وحده غير معلوم والرضاء ببیع المجموع ليس رضاء ببیع
 بعضه وحده اذ قد يضم الردى الى الجيد ويبيعهما جميعاً معا فيفوت غرضه (الا اذا بين) الموجب
 (ثمن كل) مما قبل الآخر وماترك لان ذلك دليل على رضاه بالتفريق ولان الايجاب حينئذ في
 معنى ايجابات متعددة اما اذا كرر في البيان لفظ البيع بان قال بعتك هذين بالى بعث
 هذا بخمسائة وبعث هذا بخمسائة فباتفاق واما اذا لم يكرر بان قال بعتك هذين بالى
 كل واحد بخمسائة فعند ابي يوسف ومحمد جاز خلافا لابي حنيفة والمختار قولهما وكذا جاز
 اذا رضى الآخر في المجلس ان كان المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد او مكيل
 او موزون (وما لم يقبل) الآخر (بطل الايجاب ان رجع الموجب) مشتريا كان او بايعا (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 لانه لو لم يثبت الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه وهذا يسمى خيار القبول
 (واذا وجد) اى الايجاب والقبول في البيع الصحيح (لزم) ولا خيار لو احد من العاقدين وبه
 قال مالك وهور واية عن احمد ومختار النخعي والثوري قال الشارح وقال الشافعي لا يلزم بل لاحدهما
 الخيار مادام المجلس وبه قال احمد لنا ما روى مالك من حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه
 وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه ووجه الدلالة انه صلى الله عليه وسلم غير المنع
 من البيع باستيفاء المبيع فاذا استوفى جاز البيع سواء استوفى في المجلس او بعده والبيع
 لا يجوز الا بعد ثبوت الملك وقوله عليه السلام لجان بن منقذ وكان يغيب في البيع اذا ابتعت
 فقل لا خلافة ولى الخيار ثلاثة ايام والخلابة بكسر الخاء المعجمة الحداثة فانه يدل على لزوم
 البيع بالايجاب والقبول ولان في اثبات الخيار لاحد المتبايعين ابطال حق الآخر وهو غير
 جائز لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار ولان البيع عقد معاوضة فيلزم بالايجاب والقبول
 كالنكاح واما ما رواه اصحاب الكتب السنة واللفظ للشيخين عن نافع عن عبد الله بن عمر ان النبي

صلى الله عليه وسلم قال البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا الا بيع الخيار او يكون بيعهما
 بيع خيار وفي لفظهما اذا تباع المتبايعان بالبيع فكل واحد منهما بالخيار من بيعه ما لم يتفرقا وقال يكون
 بيعهما على الخيار فاذا كان بيعهما على الخيار فقد وجب فقال محمد بن الحسن وهو منقول عن ابراهيم النخعي
 مؤول بان المراد بالخيار فيه خيار القبول فان احدهما اذا اوجب كان لكل منهما قبل القبول الخيار ماداما
 في المجلس ولم يأخذ احدهما في عمل آخر وفي لفظ الحديث اشارة اليه فانها متبايعان حالة البيع حقيقة
 وعلى هذا فالتفرق بالا فوال لا بالابدان كما في قوله تعالى (وان يتفرقا يغن الله كلاما من سعته)
 فان الزوج اذا طلق امرأته على مال يحصل الفرقة بقبولها وقال ابو يوسف مؤول بان المراد بالتفرق
 فيه التفرق بالابدان بعد الايجاب قبل القبول انتهى والمراد بقوله الا بيع الخيار الا اذا تباعا
 بيع الخيار والمعنى ان يقول احدهما لصاحبه اختر فيقول اخترت فيكون هذا الزمان للبيع ويسقط
 خيارهما وان كان المجلس قائما وحمل بعضهم الخيار على خيار الشرط وهو بعيد راية الترمذي
 البيعان بالخيار ما لم يتفرقا او يختار وفي لفظه ويقول احدهما لصاحبه اختر بدل او يختار وكان ابن
 عمر اذا اشترى شيئا واحب ان يكون له فارق صاحبه فمضى قليلا ثم رجع فحمله على التفرق
 بالابدان ويدل عليه زيادة ابي داود والترمذي ولا يحل له ان يفارق صاحبه خشية ان يستقيل
 اى خشية ان يفسخ العقد ولنا اطلاق قوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود) وهذا
 عقد قبل التخيير وقوله تعالى (لانا كلوا 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 المشتري قبل التخيير وقوله تعالى (وأشهدوا اذا تباعتم) امر بالتوثق بالشهادة
 لئلا يقع التجاح في البيع فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله لزم ابطال هذه النصوص قال بعض
 المحققين ولا يخلص له من هذا الا ان يمنع لزوم العقد قبل الخيار ويقول انها يعرف لزومها شرها
 وقد اعتبر فيه اختيار التراضي بعد الايجاب والقبول بالا حديث التي رويها ثم قال ولا يخلص
 لنا الا بتسليم امكان اعتبار الخيار في 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 يعني المتساومين يصدق عليهما عند ايجاب احدهما قبل قبول الآخر فيكون
 ذلك هو المراد وهذا هو خيار القبول (ويعرف المبيع بالاشارة) اذا كان محسوسا (لابد كر
 القدر والوصف) اى لا حاجة بدكرهما حينئذ والمعنى يشترط لصحة البيع معرفة المبيع بما ينفي
 جهالته قطعا للمنازعة فان كان حاضرا يكتفى بالاشارة لان بها كفاية في التعريف فاذا قال بعثك
 هذه الصبرة من الحنطة او هذه الثياب وهى مجهولة العدد بهذه الدراهم وهى مرئية له فقبله
 جاز البيع ولزم لان الباقي جهالة القدر وهى لا تنظر لعدم منعها من التسليم والتسليم (الافى السلم)

فان المبيع فيه لا بد من معرفة قدره ووصفه على ما يجي في بابه انشاء الله سبحانه وحاصله ان المبيع اذا كان غايما فان كان مما يعرف بالانموذج كالكيلى من الحبوب والوزنى من الثمن والعسل والعددى المتقارب كالجوز واللوز فرؤية بعضه كروية كله وان لم يعرف به كالثياب والدواب فلا بد من ذكر جميع اوصافه قطعاً للمنازعة وله خيار الرؤية ويشترط معرفة قدر الثمن ووصفه لو كان في النمة اذا اختلفى نقد البلد قطعاً للمنازعة لامعرفة قدر الثمن المشار اليه ووصفه اذ الاشارة ابلغ اسباب التعريف وبقينا نعين النقدين المضرو وبين في البيع فيجوز للمشتري دفع غير المعين في العقد عندنا وعينه زفر ومالك والشافعى بالتعيين في عقود المعاوضة وفسوخها كما يتعين في الهبة والشركة والوكالة والغصب والصدقة (و) يعرف (الثمن باحدهما) اى بالاشارة او بذكر القدر والصفة فيعرف بالاشارة ان كان معيناً بها وبذكر القدر والصفة ان لم يكن (ويصح البيع بثمن حال) وهو الاصل (ومؤجل باجل معلوم) لاطلاق قوله تعالى (واهل الله البيع) ولما في البخارى عن عائشة من انه صلى الله عليه وسلم اشترى طعاماً من يهودى الى اجل ورهنه درعاه من حديد وفي لفظ للصحيحين طعاماً نسيه ولقوله عليه السلام من اسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم وعلى ذلك انعقد الاجماع (ولا يضر الجزاف) بتبليث الجيم والضم اشهر وهو البيع بالحدس او بالظن بلا كيل ولا وزن وهو فارسى معرب جزاف بالكاف العجمية (الافى) 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 والبايع بالبايع مثلاً بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد ولان الجهالة في الجزاف غير مانعة من التسليم فلا يضر كجهالة القيمة بان اشترى شيئاً بدرهم ولم يدر قيمته وانما امتنع الجزاف في الجنس بالجنس لما فيه من احتمال الربا واحتماله ماحق بحقيقته احتياطاً وفي الذخيرة ان هذا الاستثناء اذا كان شيئاً يدخل تحت الكيل وادناه نصف الصاع واما اذا كان قليلاً لا يدخل تحته فيجوز بيعه بجنسه جزافاً (ومطلق الثمن) وهو الذى لم يقيد في صلب العقد او في المجلس بوصف ولا بنقد بلد نحو عشرة دراهم (يحمل على الاروج) اى اغلب ما يتعامل به في تلك البلد سواء استوت مائة النقود او اختلفت لان ما غلب التعامل به معلوم بالعرف والمعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص (فان استوى رواج النقود فسد) البيع (ان اختلفت ما ليها) لان مثل هذه الجهالة يفضى الى المنازعة واما لو استوت الماليت والرواج جاز البيع (وان بيع ذوافراد كل واحد) منها (بكذا) درهما (فان لم تتفاوت) تلك الافراد بان بيعت صبرة كل قفيز بدرهم او بيع ثوب كل ذراع بدرهم (صح) البيع (في واحد) عند ابي حنيفة وفي الكل

عند أبي يوسف ومحمد وبه يفتى وهو قول مالك والشافعي وأحمد لأن المبيع معلوم بالإشارة
 فلا يحتاج إلى معرفة قدره وما فيه من الجهالة لا يضر لأن رفعها بيدهما بأن يكيلا الصبرة في المجلس
 ولأبي حنيفة أن الثمن مجهول لأن جملة الأفراد غير معلومة فيكون ما بازائها من الثمن مجهولا
 إلا أن الأقل هو الواحد معلوم فيصح البيع فيه ويفسد فيما عداه إلا أن ترتفع الجهالة بتسمية جميع
 الأفراد أو بالكيل في المجلس (والأى وان تفاوتت الأفراد في القيمة كما لو باع غنما كل شاة
 بدرهم (فلا) يصح البيع (أصلا) أى لا في جملة الأفراد ولا في واحد منها وهذا عند أبي حنيفة
 وأما عندهما فيصح في الكل وهو قول مالك والشافعي وأحمد والوجه مأمور إلا أن الأفراد هنا
 متفاوتة فلا يجوز البيع في واحد منها عند أبي حنيفة بخلاف الصبرة (وان باع الصبرة) أى كومة
 طعام بلا كيل ولا وزن (على أنها مائة صاع بمائة) درهم (فان نقص) المبيع عن المائة (أخذ
 المشتري) الموجود (بالحصّة) لأن الكيل ذو جزء والثمن ينقسم على أجزاء المبيع (أو فسخ)
 البيع لأن الصفقة لها تفرقت عليه لم يتم رضاؤه بالموجود وبه قال مالك والشافعي وأحمد
 (وان زاد) على المائة (فلملبايع) مازاد لأنه باق على ملكه فان البيع وقع على قدر معين
 وما يكون كذلك لا يتناول غيره (وفي المنروع) بان باع ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة
 فوجد المشتري الثوب أقل من ذلك (أخذ) المشتري (الأقل بكل الثمن أو ترك) لأن الذراع
 وصف للمنروع والثمن لا ينقسم على الأوصاف فكان كل الثمن مقابلا بكل العين غير أنه
 ثبت الخيار للمشتري لأنه فانه وصف مرغوب فيه وقع عليه العقد (والأكثر له) أى للمشتري
 ولأخيار للمبايع لأن الزيادة هنا بمنزلة ما إذا باع بشرط أنه معيب فإذا هو سليم
 (وان قال) بعثك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع (كل ذراع بدرهم) فوجد المشتري
 أقل أو أكثر (فبالحصّة) أى فيأخذ الكل بالحصّة (فيهما) أى في الزيادة والنقصان وله الترك
 لأن الذراع وان كان وصفا إلا أنه يصاح أن يكون أصلا لأنه ينتفع به بانقراضه فإذا سمي له
 ثمن صار أصلا وإنما كان الخيار للمشتري لتفرق الصفقة عليه في النقصان ولزيادة الثمن في الزيادة
 وعن الشافعي في القديم قولان أحدهما يصح العقد وله الخيار كمنهبننا والآخر لا يصح (وصح
 بيع البر في سنبله) وهو قول مالك وأحمد والشافعي في القديم وقال في الجديد لا يصح لأنه
 صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الفرز وهذا منه لأنه لا يدرى قدر الحب وأجيب بان ذلك
 محمول على نحو بيع الطير في الهواء والسمك في الماء وفي المبسوط أو على بيعه في السنبل
 قبل أن يشتد (و) يصح بيع (الباقلاء) بكسر القاف وتشديد اللام مقصورا وبتخفيفها مهدودا
 (ونحوه) ماله قشران كالسوسم والارز والحمص الأخضر وسائر الحبوب المغلفة والجوز
 واللوز والفسق والبدق (في قشوه الأول) وفي نسخة في قشوه الخارج وإنما قال الأول لأن فيه

خلافا للشافعي اما في قشره الثاني فيجوز اجماعا والمنصوص عن الشافعي في بيع الباقلاء
 الاخضر انه لا يجوز وقال مالك واحمد وكثير من اصحاب الشافعي يجوز وكذا الجوز واللوز
 الرطبان واما اليابس منهما فيجوز بلا خلاف لنا ما روى الجماعة الا البخاري عن نافع عن ابن
 عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى يزهر وعن بيع السنبل حتى يبيض
 ويأمن العاهة نهى البايع والمشتري يقال زهى النخل يزهر اذا بدت فيه الحمرة او الصفرة
 وما في الصحيحين عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبس وصلاحها
 وعن بيع النخل حتى يزهر قيل ما يزهر قال يجمار او يصفار وفي زكاة البخاري عن ابن عمر
 انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر حتى يبس وصلاحها وكان اذا سئل عن صلاحها قال حتى
 تذهب عاهتها وما روى ابو داود والترمذي وابن ماجه من حديث حماد بن سلمة عن حميد
 عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى
 يشتد قال الترمذي حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعا الا من حديث حماد بن سلمة ورواه
 ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وقال صحيح على شرط مسلم وفي رواية عن بيع
 الحب حتى يفرك وقال البيهقي ان كان بكسر الراء باسناد الافراك الى الحب وهو الاشبه
 وافق حتى يشتد وان كان يفتح الراء على ما لم يسم فاعله خالفه واقتضى تنقيته عن السنبل
 حتى يجوز بيعه ووجه الدلالة ان حكم ما بعد الغاية يخالف حكم ما قبلها فظاهر الحديث يقتضى
 الجواز عند وجود الغاية وعند الشافعي لا يجوز حتى يخرج البر من سنبله والباقلاء من قشره
 الاول قلنا انه مال منتفع به لانه يدخر في سنبله قال الله تعالى (فما حصدتم فذروه في سنبله)
 فيجوز بيعه فيه وبيع نحو الباقلاء في القشر كالشعير في سنبله فان قيل يجوز بيع النخل قبل الزهر
 عندكم ومقتضى ما استدلتم به من الحديث انه لا يجوز اجيب بانه محمول على بيع الثمر
 على النخل بشرط الترك الى ان يجمر او يصفر بدليل قوله ارايت لو اذهب الله الثمرة به يستحل
 احدكم مال اخيه اذا اذهاها انما يتوهم اذا اشتراه قبل الادراك بشرط الترك او محمول على
 السلم يعنى لا يجوز 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 يبس صلاحها) وقال مالك والشافعي واحمد وشمس الأئمة السرخسي
 وخواهر زاده من اصحابنا لا يجوز والحيلة في جوازه ان يباع مع الشجرة فيكون تبعالها والاصح
 الجواز عندنا لانه منتفع به في المال فصار كبيع الطفل والجحش (اوقد بدا) صلاحها وهذا
 بلا خلاف بين العلماء وانما الخلاف في تفسير بد وصلاحها فعندنا على ما في المبسوط هو ان
 يأمن العاهة والفساد وعلى ما في الخلاصة عن التجريد ان يكون منتفعا به وعند الشافعي

هو ظهور النضج ومبادئ الحلاوة (و اذا صح بيع الثمرة (يجب) على المشتري (قطعها) في الحال ليتفرغ ملك البايع عن ملكه كبيع الشجرة دون الثمر وهذا اذا اشتراها مطلقا وبشرط القطع (وشرط تركها) اي الثمرة (على الشجر) وترك الزرع في الارض (يفسد البيع) اما اذا لم يبد صلاحها او بدا ولم يتناه عظمها فباتفاق واما اذا تناهى عظمها فعند ابي حنيفة وابي يوسف يفسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير اولانه مشتمل على منهي عنه وهو صفقة في صفقة لانه اجارة في بيع ان كان للمنفعة حصة من الثمن واعارة في بيع ان لم تكن لها وقال محمد لا يفسد استحسانا وهو قول مالك والشافعي واحمد ومختار الطحاوي لتعامل الناس به من غير تكبير وفي الاسرار الفتوى على قول محمد وفي التحفة الفتوى على قولهما لان التعامل لم يكن بشرط الترك وان كان بالاذن بالترك من غير شرط انتهى وفي الذخيرة قال ابو الليث المخلص في طريق الاذن للمشتري في الترك على انه متى رجع عن الاذن كان مأذونا له في الترك باذن جديد واحتج لنا بعض المحققين بما روينا من قوله عليه السلام من اشترى نخلا قد ابرت فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع فجعله للمشتري بالشرط يدل على جواز بيعه مطلقا لانه لم يقيد دخوله في البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بدا صلاحه واعترض عليه بان النزاع في جواز بيعه مستقلا لاتبعا لانه لا خلاف فيه واحتج ايضا بما في موطأ مالك عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت ابتاع رجل ثمرة حايط في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام عليه حتى تبين له النقصان فسأل رب الحايط ان يضع به او يقيه فحلف لا يفعل فذهب ام المشتري الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال يا ابي ان يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحايط فاتي النبي صلى الله عليه وسلم فقال هوله ولو لاصحة البيع لم يترتب الافالة عليه واما النهي المذكور فهم قد تركوا ظاهره فانهم جوزوا البيع قبل ان يبد صلاحها بشرط القطع وهذه معارضة صريحة لمنطوقه فقد انفقنا على انه متروك الظاهر هذا واذا رضى البايع ببقائها يطيب الفضل في الثمرة للمشتري لانه حصل له بطريق مباح وان لم يرض وتركها المشتري تصدق بما زاد من ذات الثمرة لحصول الزيادة بمعنى من الشجر بلاذن المالك فلا يطيب له ويعرف الزيادة بالتقويم يوم البيع والتقويم يوم الادراك فالزيادة تفاوت بينهما وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لانه زادت جودة بتغير الطعم واللون وذا من اثر الشمس والقمر لاذانا (كاستثناء قدر) كما يفسد البيع استثناء مقدار (معلوم) من الثمر مقطوعة او غير مقطوعة لانه ربما لا يبقى شيء بعد المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة بخلاف ما اذا استثنى نخلا معيننا لان الباقي معلوم بالمشاهدة وفي المواهب لوباع الثمرة واستثنى منها رطلا معلومة صح البيع في ظاهر الرواية لان الاصل ان ما جاز افراده

بالعقد جاز استثناءه من العقد كما لو استثنى جزءاً مشاعاً وما لا يجوز أفراده بالعقد لا يصح استثناءه منه كما لو استثنى عضواً من الشاة ونحوها وقيل يفسد وهو رواية الحسن واختارها الطحاوى لجهالة ما بقى من بعد الاستثناء

(فصل صح) بالاجماع (خيار الشرط) والقياس ان لا يصح لما فيه من الفرر وظاهر نهيه عليه السلام عن بيع وشرط الا ان النص ورد به وهو ما رواه ابن ماجة في سننه ان حبان بن منقذ بن عمر وكان رجلاً قد اصابته آفة في رأسه فكسرت لسانه وكان لا يدع على ذلك التجارة فكان لا يزال يغبن فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فنكر له ذلك فقال اذا انت بايعت فقل لا خلافة ثم انت في كل ساعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال فاذا رضيت فامسكها فان سخطت فارددها على صاحبها وحبان بفتح المهمله وتشديد الموحدة ومنقذ بالمعجمة والخلافة بكسر المعجمة الخداعة (لكل منهما) اى لكل من البايع والمشتري (ولهما) اى معا والغير هما باذنهما وافسد زفر العقد بالخيار لغير العاقد وهو القياس (ثلاثة ايام او اقل) بالنصب فيهما على الظرفية وقال سفيان الثوري وابن شبرمة يجوز الخيار للمشتري لا للبايع لانه ثبت على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص وهو المشتري لما اخرج الحاكم وسكت عنه عن ابن عمر قال كان حبان بن منقذ رجلاً ضعيفاً وكان قد سفح في رأسه مأمومة 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 خلافة وكنت اسمعه يقول لا خلافة لا خلافة يعنى بابدال اللام والالثل لسانه وبتكراره لاظهار بيانه وكان يشتري الشئ ويحى به الى اهله فيقولون له ان هذا غال فيقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خيرى في بيعى اى شرائى واجيب بان خيار الشرط انما جاز الحاجة الناس اليه لرفع الغبن بالتأمل والتفكر وذلك يستوى فيه البايع والمشتري على ان لفظ ابن ماجة اذا بايعت وهو يشتمل البيع والشراء بل رواه البخارى في تاريخه الاوسط اذا بيعت فقل لا خلافة والاصل كونه على بايه وان جاز البيع بمعنى الشراء كما تقدم (لا اكثر) اى لا يصح خيار الشرط اكثر من ثلاثة ايام وهذا عند ابى حنيفة وهو قول زفر والشافعى وقال مالك مدة الخيار ما يمكن اختيار المبيع في 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 في 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 كالتاء جيل في الثمن سواء طالت او قصرت والحديث ابن عمر انه اجاز الخيار الى شهرين ولا بى حنيفة ان شرط الخيار يثبت بالحديث على خلاف القياس فلا يزداد على

المدة المذكورة فيه وذلك ان التقدير الشرعي اما ان يمنع النقصان والزيادة كما في الحدود
 او يمنع احدهما كافل الحيض واكثره وهو هنا لا يمنع النقصان بالاجماع فيمنع الزيادة والا
 لم يكن له فائدة ولانه صلى الله عليه وسلم ضرب الثلث لمن كان في غاية ضعف المعرفة ولم يزد
 عليها (الا انه) اى البيع بشرط الخيار اذا كان اكثر من ثلاثة ايام (يجوز ان اجازته)
 من له الخيار (في الثلاثة) وقال الشافعي 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 وتحتار بعة نسوة ثم طلق الرابعة ولابي حنيفة انه باجازه في الثلاثة اسقط المفسد
 قبل تقرره فصار كما لو باع جدعا في سقف ثم نزعوه وسلمه وفي المحيط شرط الخيار ابد او مطلقا
 او موقتا بوقت مجهول فاسد خلافا لمالك واحمد (وكذا) يجوز البيع (ان شرط انه) اى
 المشتري (ان لم ينقد الثمن الى ثلثة) ايام (او اكثر فلا يبيع) بينهما اما الى ثلاثة فعند
 علمائنا الثلثة واما الى اكثر من الثلثة فعند محمد فقط لكن ان نقدر في الثلاثة صح عند الثلاثة
 والقياس ان لا يجوز البيع بهذا الشرط وهو قول زفر ومالك والشافعي واحمد لانه يبيع شرط
 فيه اقالة فاسدة لتعلقها بشرط وهو عدم نقد الثمن في ثلاثة ايام فلا يجوز كالبيع بشرط اقالة
 صحيحة بل اولى ولنا انه في معنى خيار الشرط في الحاجة والمقصود لانه يتخير في الثلاثة بين الفسخ
 والامضاء وشرط الخيار جوز لهذا المقصود وفي المجتبى ولو قال بعد البيع جعلتك بالخيار ثلاثة
 ايام صح بالاجماع ولو زاد على الثلاثة او اطلق فسد البيع عند ابي حنيفة وزفر والشافعي
 كالشرط الفاسد اذا لحق بالبيع الصحيح وقال ابو يوسف ومحمد يجوز كما في شرط الخيار
 (ولا يخرج مبيع عن ملك بايعه مع خياره) اى مع ان الخيار لبايعه لانه باشرطه الخيار له لم يتم
 رضاه ولا يخرج المبيع عن ملك مالكة الا بعد تمام رضاه ولهذا ينفذ عتق البايع ويملك التصرف
 فيه دون المشتري وان قبضه باذن البايع وفي مذهب الشافعي ثلاثة اوجه احدها كمنههنا
 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 (فهل كنه) اى بهلاك المبيع (في يد المشتري) في مدة خيار البايع يوجب ضمانه
 (بالقيمة) لان البايع ماضى بقبضه الا جهة العقد والمقبوض جهة العقد يكون مضمونا بالقيمة
 (كالمقبوض على سوم الشراء) اذالم يكن مثليا وهلك في يد المشتري لان الاصل هو الضمان
 بالقيمة وانما يعدل عنه عند تمام البيع ولم يوجد وهذا قول مالك والوجه المشهور في مذهب
 الشافعي وفي وجه آخر يضمنه بالثمن وهو قياس قول احمد قيد بالهالك لانه لو تعيب في يد المشتري
 كان البايع بالخيار ان شاء الزم البيع وان شاء فسخه وضمن المشتري النقصان لانه مضمون

عليه بجميع اجزائه كالمغضوب ولو تعيب في يد البايع فان تعيب لا بفعله فالمشترى ان شاء
أخذ بجميع الثمن وان شاء فسخ كما في البيع المطلق عن خيار الشرط وقيد الهلاك بكونه في يد
المشترى لانه لو كان في يد البايع انفسخ البيع بلا شيء كالباع المطلق (ويخرج) المبيع عن
ملك بايعه (مع خيار المشتري) لان البيع من جهة بايعه لازم اذا الخيار شرع نظرا لمن هو له
فيعدل في محقه دون الآخر وفي مذهب الشافعي هنا ايضا ثلاثة اوجه كما فيما اذا كان الخيار للبايع
على ما تقدم (فهلكه في يده) اي ضمان هلك المبيع في يد المشتري (بالثمن كتعيبه)
اي كضمان تعيب المبيع في يد المشتري بعيب لا يرتفع في مدة الخيار فانه بالثمن سواء تعيب
بفعله او بفعل غيره او باقفة سماوية وقال زفر والشافعي في قول ضمانه بالقيمة كما لو كان الخيار
للبايع قيدنا العيب بكونه لا يرتفع في مدة الخيار لانه لو كان يرتفع فيها كان على خياره
فان ارتفع فيها قبل الفسخ بعد ارتفاعه وان لم يرتفع لزم العقد لتعذر الرد (لكن لا يملكه
المشترى) عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يملكه وهو قول مالك واحمد والشافعي
لانه لو لم يملكه لكان خارجا من ملك البايع لالي مالك ولم يعرف هذا بالشرع ولا ابي
حنيفة ان الثمن لم يخرج عن ملك المشتري لان الخيار يعمل في حق من هو له فلو دخل المبيع
في ملكه لدخل بلا عوض ولا اجتماع في ملكه العوض ومعهوضه ولم يعرف هذا في الشرع وعرف
فيه الخروج عن ملك شخص لالي مالك في صور منها ما اذا اشترى متولى امر الكعبة عبد الخدمتها
فانه يخرج عن ملك مالكة ولا يدخل في ملك اهد ومنها مال التركة اذا استقرقه الدين
فانه يخرج عن ملك الميت ولا يدخل في ملك الورثة ولا الغرماء ومنها الوقف على ماسيجي
انشاء الله تعالى (فلا يثبت احكام الملك) للمشترى اذا كان الخيار له عند ابي حنيفة لعدم
ملكه (كعتق قريبه) بان اشترى قريبه بالخيار فانه لا يعتق في مدته عند ابي حنيفة ويعتق
عندهما (ونحوه) اي ونحو القريب في العتق بالشراء وهو العبد الذي كان مشترىه بشرط
الخيار قال ان ملكت عبدا فهو حر فانه لا يعتق في مدة الخيار عند ابي حنيفة ويعتق عندهما
وانما قلنا ان مشترىه قال ان ملكت لانه لو قال ان اشتريت يعتق في المدة باتفاق اما
عندهما فلو جود الملك واما عند ابي حنيفة فلان المعلق بالشرط كالمطلق عند وجود ذلك
الشرط وهو لو اطلق العتق بعد شرائه بالخيار يعتق (والفسخ) اي فسخ من له الخيار الشرط
بالقول سواء كان بايعا او مشترىا او اجنبيا (لا يعمل) عند ابي حنيفة ومحمد (الان يعلم صاحبه)
اي صاحب الفاسخ وهو العاقد الذي لا خيار له (في المدة) اي مدة الخيار سواء كان غايبا
او حاضرا وقال ابو يوسف يعمل وان لم يعلم صاحبه وهو قول مالك والشافعي واحمد لان
من له الخيار مسلط على الفسخ من جهة من لا خيار له فلا يتوقف فسخته على علمه كالاجارة وصار

كالوكيل بالبيع فتصرف فيما وكل وان لم يعلم موكله ولهما ان من لا خيار له فدياحقه الضرر اذا فسخ بغير علم من له الخيار فان الخيار اذا كان للبايع ومضت المدة يظن المشتري ان البيع تم بناء على الظاهر فيتصرف في المبيع ثم يظهر انه ملك لغيره فيباحقه الضمان بالهلاك واذا كان للمشتري فالبايع لا يطلب لسعته مشتريا بناء على ان البيع تم بهضى المدة فاذا اخبره المشتري بعد ذلك انه كان فسخ العقد تضرر وقال الكرخي وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية بخلاف خيار العيب فانه لا يصح فسخه بدون علم صاحبه بانفاق (بخلاف الاجازة) فانها تعمل وان لم يعلم صاحب المميز لانه لا ضرر فيها اذا العقد لازم من طرفه قيدنا الفسخ بكونه بالقول لانه لو كان بالفعل بان اعتق او وطىء او باع فان العقد ينفسخ وان لم يعلم صاحبه لان فسخه حينئذ حكوى وهو لا يشترط فيه العلم كعزل الوكيل وقيد علم صاحبه بكونه في المدة لانه لو كان بعدها بان فسخ حال غيبته ومضت المدة قبل علمه تم العقد ثم اعلم انه يثبت الخيار لسلك من العاقد والمشروطه من غير العاقدين فان اجازتهما البيع وفسخ الآخر يعتبر السابق منهما ردا كان او اجازة لان السابق ان كان ردا انفسخ العقد والمفسوخ لا يجاز وان كان اجازة تبرمه وبعد ابرامه لا ينفرد احد العاقدين بفسخه فان وجد معا فالفسخ احق على الاصح وقيل تصرف العاقد احق (ويسقط الخيار بهضى المدة) لانه لا يثبت الا فيها فيكون مقدر ابعثها (وما) اى وبفعل ما (يدل على الرضى كالركوب) في الدابة اذا كان له منه بد اما ركوبها لينظر الى سيرها فلا يبطل خياره لانه لا بدله منه لامتحان (والوطى) اى كالوطى في الامه لانه لا يجل في غير الملك (وشراء احد الثوبين او احد الثلاثة على ان يعين) المشتري (احدا) اى واحدا وشاء في ثلاثة ايام (صح) ويسمى هذا خيار التعيين وقال زفر والشافعى لا يصح (لافى الاكثر) اى لا يصح شراء احدا اكثر من ثلاثة على ان يعين واحدا لان الحاجة تندفع بالثلاثة لاشتمالها على الجيد والردى والوسط (وشراء عبيدين) وكذا بيعهما (بالخيار فى احدهما صح ان فصل) البايع (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 او لم يفصل لان النصف من الشيء 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 مشرى) كهرمى اسم مفعول من الشراء وفى نسخة مشترى (بشرط كتبه) اى بشرط انه كاتب (ولم يوجد)

الشرط (أخذ) المشتري ذلك العبد (بثمنه أو ترك) وهو قول الشافعي لأن الكتابة وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط ويثبت بفواته الخيار للمشتري لأنه لم يرض بالعبد دونه ويكتفى بادنى ما يطلق عليه اسم الكاتب لوجود الشرط نص عليه محمد في الزيادات وهو قول الشافعي (ويورث خيار التعيين) وخيار (العيب) أي يثبت كل منهما ابتداءً لو ارث من هوله لاستحقاقه المطالبة بعده (لا الشرط) أي لا يورث خيار الشرط (و) لا خيار (الرؤية) وقال مالك والشافعي يورث خيار الشرط لأنه حق في المبيع فيجزي فيه الارث بخيار العيب وخيار التعيين ولنا أن خيار الانسان لا ينتقل الى غيره بل ينقطع بهوته وانما يورث ما يحتمل الانتقال واما خيار العيب فان المورث استحق البيع سليما فكذا وارثه وخيار التعيين فانه يثبت للوارث ابتداءً في ضمن اختلاط ملكه بملك البايع وتوضيحه ان الثابت بالشرط لا يورث ويسقط ولكنه ورث المبيع مجهولا مختلطا بملك الغير فيثبت له خيار التعيين ابتداءً كمن اختلط ماله بمال رجل يثبت له خيار التعيين *

فصل

(صح شراء ما لم يره) سواء ذكر وصفه اولم يدكر كمن اشترى زيتا في زق او برا في عدل اودرة في حقة او ثوبا في كم واتفقا على انه موجود في ملكه ولم ير المشتري شيئا من ذلك (ولمشتريه خياره) أي خيار مالم يره وفي نسخة الخيار (عندها) أي عند الرؤية (الى ان يوجد مبطل) أي مبطل خيار الرؤية وهو ما يدل على الرضاء وقال الشافعي لا يصح شراء مالم يره ان لم يكن جنسه معلوما للمشتري وان كان معلوما يجوز على قوله القديم ولا يجوز على قوله الجديد واختار كثير من الشافعية الجواز منهم القفال وعن مالك الجواز وعدمه وقال بعض اصحابه لا يصح بلاذكر صفة ولا تقدم رؤية لهما في عدم الجواز نهيه عليه السلام عن بيع الغرر والغرر ما يكون مستورا العافية وهو موجود فيما لم يره ونهيه عليه السلام عن بيع ما ليس عند الانسان والمراد ما ليس حاضر مرئ للمشتري لاجتماعنا على ان المشتري ان كان رآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضر عند العقد ولنا العمومات المجوزة للبيع مثل قوله تعالى (واحل الله البيع وحرم الربوا) ومارواه ابن ابي شيبة في مصنفه والدارقطني والبيهقي في سننهما مرسلا حدثنا اسماعيل بن عياش عن ابي بكر بن عبد الله بن ابي مريم عن مكحول رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ان شاء اخذ وان شاء ترك قال الدارقطني ابو بكر بن ابي مريم ضعيف واجيب بان تضعيف ابن ابي مريم لجهالة عدالته لا ينافي في علم غير المضغف لها وقدر واه ايضا الحسن البصري وسلمة بن الحبحق عن النبي عليه السلام وروى الدارقطني

فطنى مسندا عن داهر بن نوح عن عمر بن ابراهيم بن خالد الكردى عن وهب اليشكرى
 عن ابن سيرين عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اشترى شيئا لم يره
 فهو بالخيار اذا رآه قال الكردى واخبرني فضيل بن عياض عن هشام عن ابن سيرين عن ابي
 هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم به مثله قال عمر ايضا واخبرني القاسم بن الحكم عن ابي
 حنيفة عن الهيثم عن ابن سيرين عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم به مثله 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 في كتابه والراوى عن الكردى داهر بن
 نوح وهو لا يعرف ولعل الجناية منه هذا وتأويل النهى عن بيع ماليس عند الانسان بيع ما
 ليس فى ملكه بدليل قصة الحديث قال حكيم بن حزام فقلت يا رسول الله يأتينى الرجل يطلب
 منى بيعة ليست عندى فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأستجدها فأشترى بها فاسلمها
 اليه فقال صلى الله عليه وسلم لا تتبع ماليس عندك والنهى عن بيع الثمر ينصرف الى ما لا يكون
 معلوم العين كالطير فى الهواء والسماك فى الماء اذا عرف هذا فيخبر المشتري فقط (وان)
 كان (رضى قبلها) ان هذه وصليته اى وللمشتري 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 بثبوته بالرؤية فكان عندما قبلها فلا يصح اسقاطه قبلها ثم لارؤية فى الرد قبل الرؤية
 واختلف فيه المشايخ فقيل لا يملكه المشتري كالاجارة وقيل يملكه وهو ظاهر مذهب اصحابنا
 (لا لبايعه) اى لا خيار لبايع مالم يره وكان ابو حنيفة اولا يقول قياسا على المشتري ثم رجع الى
 انه لا خيار له لما روى الطحاوى والبيهقى عن علقمة بن ابي وقاص ان طلحة اشترى من عثمان
 مالا فقيل لعثمان انك قد غبنت فقال عثمان لى الخيار لاني بعته مالم اره وقال طلحة لى الخيار لاني
 اشتريت مالم اره فكما بينهما جبير بن مطعم فقضى ان الخيار لطاحة ولا خيار لعثمان وكان ذلك
 بحضور من الصحابة فقد اتفقوا على جواز الشراء (ويبطله) اى ويبطل خيار الرؤية (و) يبطل
 (خيار الشرط) ايضا (تعيبه) اى المبيع بتعد او غيره عند المشتري دفعا للمضرر عن البايع
 لانه خرج عن ملكه سليما فلا يعود اليه معيبا (وتصرف) من المشتري وهو بالرفع عطف على
 تعيبه (يوجب) ذلك التصرف (حقا لغيره كالباع بلا خيار) والاعتاق والتدبير والرهن والاجارة
 (قبل الرؤية وبعدها) اما قبل الرؤية فلتعذر الفسخ فى هذه التصرفات لو قوعها صحيحة
 لا بتناء صحتها على قيام الملك وقد وجد وبعدها لا يمكن رفعها واما بعد الرؤية لانها
 دليل على الرضاء (وما) اى وتصرف من المشتري وهو مبتدأ صفتة (لا يوجب) اى حقا لغير
 المشتري (كالباع بخيار ومساومة) بعدها اى كمساومة لسلمة وهو عرض المبيع للبايع (وهبة

بلا تسليم يبطل (خيار الرؤية خبر المبتدأ (بعدها) أى بعد الرؤيه لوجود ما يدل على الرضاء (فقط) أى ولا يبطل خيار الرؤية قبلها لأنها لاتزيد على صريح الرضاء وهو لا يبطل خيار الرؤية قبلها الا انه اذا تعلق به حق الغير صار ذلك الحق مانعا من الفسخ ولا حق هنا ويبطل خيار الرؤية ايضا قبض المبيع بعد الرؤية لانه يدل على الرضاء لانه موكد لحكم العقد فشابه البيع ثم اعلم ان قوله كالبيع بلا خيار يعنى للبايع سواء كان بلا خيار اصلا او بخيار للمشتري او لغيره 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 قبل الرؤية وبعدها منصوب يبطله كما ان قوله فى مقابلها بعدها فقط منصوب يبطل (ويعتبر رؤية المقصود) لانه بها يحصل العلم بالمبيع ولا يشترط رؤية غيره ولا يكتفى بها وحدها حتى لو رأى سائر اعضائه دون ما هو 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) أى ووجهها (وكفلها) هذا هو الصحيح وقال محمد يكفى رؤية الوجه اعتبارا بالرقيق وقال بعض المشايخ وهو مذهب الشافعى لا بد من رؤية الوجه والكفل والقوائم واما فى ما يطعم من السمون والعسل ونحوهما فلا بد من الذوق لان العلم بها هو المقصود لا يحصل الا به (وموضع علم) الثوب (المعلم) لان ما ليته تتفاوت بحسبه (وظاهر غيره) أى غير المعلم لان برؤية ظاهره يعلم حال البقية اذ لا يتفاوت اطراف الثوب الواحد الا يسيرا وذا غير معتبر واطلق المصنف وهو مقيد بها اذا كان مطويا وفى المحيط قيل هذا فى عرفهم اما فى عرفنا فهالم ير الباطن لا يسقط خياره وعند الشافعى لا بد 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 بيوت تختلف بالشتوية والصيفية والعلوية والسفلية وعامة الروايات على انه يكفى رما الدار دون بيوتها وكذا رؤية خارجها وهو مبنى على عادة اهل الكوفة فى ذلك فان دورهم كانت على نمط واحد لا تختلف الا بالكبر والصغر وبكونها جديعة عتيقة وذلك يظهر برؤية خارجها واما اليوم فلا بد من النظر الى داخلها لتفاوت بيوتها ومرافقتها فى المحيط وبعضهم شرط رؤية الكل وهو الاظهر كما قال الشافعى (و) يعتبر (نظر وكيله بالشراء او القبض لانظر رسوله) اما نظر وكيله بالشراء فباتفاق واما نظر وكيله بالقبض فعند ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد الوكيل بالتبض والرسول سواء وللمشتري ان يرده اذا رآه (و) يعتبر (جس الاعمى) فيها يعرف بالجلس كشاة اللحم

(وشمه) فيما يعرف بالشم كالمسك وماء الورد (وذوقه) فيما يعرف بالذوق (و) يعتبر (وصف العقار) للاعمى (عنده) اى عند العقار (ومن رأى شيئاً ثم شرى) ما رآه بعد مدة (فله الخيار ان تغير) المشتري لان تلك الرؤية لم تقع معلومة باوصافه فصار كأنه 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 للبايع) مع يمينه (في عدم تغيره) ان اختلفا في تغيره وكان المدة قريبة يعلم انه لا يتغير في مثلها لان الاصل بقاء ما كان على حاله فلا يصدق المشتري في دعوى التغير الا بينة الا اذا بعدت المدة بان رأى امة شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة لان الظاهر يشهد له (و) القول (للمشتري) مع يمينه (في عدم رؤيته) ان اختلف فيها لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول له ولو اشترى شيئاً مغيباً في 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 ابي حنيفة لان هذه الاشياء تتفاوت بالصغر والكبر والجودة والرداءة وقال ابو يوسف ومحمد رؤية بعض احد هذه الاشياء كروية كلة لان بعض الواحد منها يستدل به في العادة على جميعه فصارت كالمكيل والموزون والعددي المتقارب

فصل

في خيار العيب (ولمشتري) خبر مقدم (وجد به شريه) اى بشتراه (عيبا نقص) بفتح القاف المشددة (ثمنه عند التجار) يعنى وقبضه غير عالم بالعيب (رده) مبتدأ الخبر المقدم (او اخذه) بصيغة المصدر اى اخذ المشتري (بثمنه) قيد النقص بكونه عند التجار لان المرجع في معرفة ذلك اليهم وفي الذخيرة كل شىء اذا رجع اليه يمينته يعدونه عيباً فهو عيب وان لم يوجب نقصاً في العين ولا في منافعها لانه لو اوجب نقص ثمنه نظيره الظفر الاسودان كان ينقص الثمن فهو عيب كما في الاسودان كان لا ينقصه فليس بعيب كما في الحبش وانما كان للمشتري الخيار بالعيب لانه مطلق العقد يقتضى السلامة فعند فواتها يتخير المشتري كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وانما لم يكن له ان يأخذه ويأخذ النقصان لتضرر البايع لانه ما يرضى بزوال المبيع عن ملكه الا بكل الثمن وفي البخارى ويندر عن العداء بن خالد قال كتب لى النبي صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد بيع المسلم المسلم لعداء ولاخيشة ولاغائلة ثم قال البخارى وقال قتادة الغائلة الزنا والسرقه والاباقى وروى

ابن شاهين في المعجم عن ابيه قال حدثنا عبدالعزيز بن معاوية القرشي قال حدثنا عباد
ابن ليث قال حدثنا عبد الحميد بن وهب قال قال لى العداء بن خالد بن هوزة الا
افراً لك كتابا كتبته لى رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى العداء بن خالد
ابن هوزة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا او امة لاداء ولا غائلة ولا خبثة
بيع المسلم من المسلم ففي هذا الحديث ان المشتري العداء في الاول انه النبي صلى الله عليه وسلم
وصحح في المغرب ان المشتري كان العداء وتعليق البخارى انما يكون صحيحا اذا لم يكن
بصيغة التمر يض كيدكر بل بنحو قوله وقال قتادة وفي قوله صلى الله عليه وسلم بيع المسلم المسلم
دليل على ان بيع المسلم المسلم ما كان سليما ويدل عليه قضاؤه بالرد فيه على ما في سنن ابي داود
من حديث عائشة رضى الله عنها ان رجلا ابتاع غلاما فاقام عنده ماشاء الله ان يقيم
ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي صلى الله عليه وسلم فرده فقال الرجل يا رسول الله
قد استغل غلامى فقال عليه السلام الخراج بالضمان وفسر الخطابى الداء بما يكون في الرقيق من
الادواء التى يرد بها كالجنون والجنام ونحوهما والخبث ما كان خبيث الاصل مثل ان يسبى
من له عهد يقال هذا سبى خبثة اذا كان ممن يحرم سببه وهذا سبى طيبة بوزن خبثة
ضده ومعنى الغائلة ما يفتال حقاك من حيلة وما يدلس عليك في المبيع من عيب وتفسير
الداء يوافق تفسير ابي يوسف الغائلة بما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة وهو
قول الز مخشري الغائلة الخصلة التى تقول المال اى تهلكه من اباق وغيره والخبثة هو
الاستحقاق وقيل هو الجنون (والاباق والبول في الفراش وسرقة صغير يعقل) اى يدينز (عيب)
لان هذه الاشياء توجب نقصان القيمة عند التجار كالسعال القديم لدلالته على داء مستحکم
والشعر والماء في العين لانه يضعف البصر وقيد الصغير بالعقل لان الذى لا يعقل لا يكون
ذلك عيبا منه وقيد السرقة بالصغير تبعا للموقاية وهو قيد في الجميع ولو قال والسرقة
من صغير يعقل لكان اولى وقد تكلف بان اللام في الاباق والبول للعهد اى اباق الصغير
وبوله ويقدر بخمس سنين ثم الاباق عيب باتفاق ان خرج الآبق من البلد الى غير موله
سواء ابق من المولى او ممن كان عنده باجارة او اعادة او ودیعة او غصب وهو يعرف منزله
ويقوى على الرجوع اليه وان لم يخرج من البلد اختلف المشايخ والاشبهه ان يقال ان
كانت البلدة كبيرة كمصر وسمرقند يكون عيبا وان كانت صغيرة بحيث لا يحفى عليه اهلها
وبيوتها لا يكون عيبا كالحرمين الشريفين ولا فرق في السرقة بين ان يكون من المولى
او من غيره الا اذا سرق من المولى شيئا يؤكل فان التقصير من المولى حيث اوجه
الى ذلك الا اذا سرقه لبيعه اوليعطى غيره ولو سرق نحو الفلس والفلسين لا يكون

عيبا (و) من (بالغ عيب آخر) حتى لو سرق عند البايع قبل بلوغه ثم سرق عند المشتري بعد بلوغه لا يرد بهذا العيب ولو سرق عند كل منهما قبل بلوغه أو سرق 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 في الفراش في الصغر لضعف المثانة وفي الكبر لآفة في القوة الماسكة والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقه فيه لقله المبالاة وهما في الكبر لحبث في الطباع فرارا من عمل الخدمة في الاباق ورغبة في المال في السرقه (وجنون الصغير) عند البايع ولو ساعة وقيل اكثر من يوم وليلة وقيل المطبق دون غيره (عيب ابدأ) هكذا قال محمد ومعناه عند جمهور المشايخ سواء وجد عند المشتري في حال الصغر او الكبر لان الثاني عين الاول فان السبب متحد وهو آفة في الدماغ وقيل معناه سواء وجد عند المشتري او لم يوجد الى هذا مال الحلواني وشيخ الاسلام خواهرزاده وهو رواية المنتقى وظاهر مذهب مالك والشافعي واحمد وقال جمهور المشايخ وهو الصحيح والمذكور في الاصل والجامع الكبير لا يرد بالجنون عند البايع حتى يعاود عند المشتري لان الآفة التي هي سببه قد لا تتمكن 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 أيضا عيب ويشترط معاودته في يد المشتري عند الجمهور (والبحر) بفتح الموحدة والمعجمة نتن رايحة الفم (والذفر) بالمعجمة والمهمله والفاء رايحة مؤذية تحت الابط (والزنا) اي فعله (والتولد منه عيب فيها) اي في الامة لان ذلك يخل بالمقصود منها والبحر والذفر يخل بالقرب للخدمة والزنا بالاستفراش والتولد من الزنا يخل بطلب الولد (لافيه) اي ليس هذه الاشياء عيبا في العبد لان الغالب طلب استخدامه من العبد الا اذا كان البحر والذفر فاحشا او يكون الزنا عادة له بان يقع منه اكثر من مرتين لان ذلك يخل بالاستخدام لانه يترك حاجة مولاه ويذهب في متابعة هواه (والكفر عيب فيهما) اي في 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 لا خيار بالاجماع وقال الشافعي واحمد له الخيار لانه وجدته على خلاف ما شرط ور بما يتعلق له بهذا الشرط غرض مثل ان يستخدمه في محقرات الامور ولا يستجيز من نفسه ان يستخدم المسلم فيها (والتزوج عيب فيهما) اما في الامة فلغوات غرض الاستمتاع واما في العبد فلوجوب المهر والنفقة عليه (والجبل عيب في الامة) لانه ينقص ما يبتها لا في البهيمة لانه يزهدا (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 بالحیضة واما عدم الحيض فى البالغة فلداء فى بطنها اذ العادة الاصلية فى النساء التى جبلن على السلامة ان يحضن فى اوانه ويطهرن فى اوانه فاذا كان بخلافه كان لداء فى الباطن وانما يعرف هذا بقول الامة لاطريق لمعرفة ذلك الا هذا (وان ظهر) للمشتري (عيب قديم) اى كان عند البايع (بعد ما مات) المبيع (او) بعدما (اعتقه) المشتري 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 حكى لافعله 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 ثبت فيه على خلاف الاصل موقتا بالاعتاق والشىء يتقرر بانتهائه فيصير الملك كانه باق والرد متعذر ولهذا يثبت الولاء بالعتق وهو من آثار الملك ببقاؤه 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 التدبير والاستيلاء فلانها بمنزلة الاعتاق وطريق معرفة النقصان ان يقوم وبه عيب ويقوم بلا عيب فان كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن وعلى هذا (لا بعد ما اعتق) اى لا يرجع المشتري بالنقصان ان ظهر عيب قديم فى المبيع بعدما اعتقه (على مال) او بعد (ما كاتبه او) بعد (ما قتله او) بعد ما (اكل كله او) بعد (ما لبس) الثوب (فتخرق) اما الاعتاق على مال فلانه ازال ملكه عنه بعوض فصار كالبيع وهو فيه لا يرجع فكذا هذا وعن ابى حنيفة وهو قول ابى يوسف والشافعى واحمد انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض فكان كالعتق مجانا ولهذا ثبت فيه الولاء والكتابة كالاقتاق على مال لحصول العوض فيها واما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابى يوسف ومحمد مع فى رواية الينا بيع انه يرجع وبه قال الشافعى واحمد لان المقتول مات باجله فكانه مات حتى انفه ولان قتل المولى لا يتعلق به حكم دنيوى من قصاص اودية فصار كالموت حتى الانف وانما يتعلق به حكم اخرى من استحقاق العقاب اذا كان بغير حق ووجه الظاهر ان القتل فعل مضمون اذ لو 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 لا يوجب الضمان لاحالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما اكل

الكل ولبس الثوب فالمدكور هنا قول ابي حنيفة والقياس ان يرجع بالنقصان وهو قولهما
ومذهب الشافعي واحمد وبه اخذ الطحاوي وفي 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 ابي حنيفة وهو الاستحسان ان
الرد تعذر بفعل مضمون فاشبه البيع والقتل وانما سقط عنه الضمان لاجل انه ملك وانما
اكل بعض الطعام فالمدكور قول ابي حنيفة وهو انه لا يرجع بنقصان ما اكل وما بقى
اعتبارا بالكل ولا يرد الباقي لان الطعام كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض
كما لو باع البعض وعندهما يرجع بالنقصان في الكل وليس له ان يرد الباقي لان اكل
الكل لا يمنع الرجوع عندهما فالبعض اولى والطعام كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب وفي
شرح الطحاوي ان الرجوع بنقص الكل قول ابي يوسف والرد والرجوع قول محمد وفي
فاضيخان وعليه الفتوى ولو باع بعض الطعام منعنا الرجوع بنقص الباقي منه كالزائل عن
ملكه فانه لا يرجع بنقصه واجازه زفر لما قد مناه في بيع نصف العبد وعن ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله يرد الباقي من الطعام ويرجع بنقصان عيب ما باعه اعتبارا للنقص بالكل وبهذه
الرواية يفتى واختارها الفقيه ابو جعفر والفقيه ابوا لليث لان التبعض لا يضره (وبعد ما
حدث) عطف على ما بعد مامات اى وان ظهر عيب قديم بعد ما حدث (عيب) عند المشتري
كما لو ظهر عيب بالثوب بعدما قطعه (رجع) المشتري (به) اى بالنقصان لان في رده
اضرارا بالبايع فانه خرج عن ملكه سليما ويعود عليه معيبا (الا ان يأخذه البايع كذلك)
اى معيبا فان المشتري لا يرجع بالنقصان لان البايع رضى بالضرر بل بتأخير المشتري بين
ان يأخذه ولا يرجع بشيء وبين ان يردّه (مالم يختلط بملك المشتري) وقيد به لانه ان
اختلط بملك المشتري كما لو قطع الثوب وخط فاختلط بخرطه او بصبغه احمرا او اصفر
او اسود وهو قولهما لان السواد عندهما زيادة وعند ابي حنيفة نقصان فاختلط بصبغه اولت
السويق بسمن فاختلط بسمنه ثم ظهر عيب فان بايعه لا يأخذه بل يرجع مشتريه بنقصانه
اذا الفسخ في الاصل بدون الزيادة لا يمكن لانها لا تنفك عنه ومع الزيادة لا يمكن لان العقد
لم يرد عليها والفسخ لا يرد الا على ما ورد عليه العقد والفرق بين ما اختلط بملك المشتري
وبين مالم يختلط ان امتناع الرد فيما لم يختلط لحق البايع فيقدر على اسقاطه بخلاف ما
اختلط فانه لحق الله وهو شبهة الربو (فلا يرجع) المشتري (ان باع) بعد حدوث العيب
عنده (قبله) اى قبل الاختلاط بملكه لانه صار حابسا له بالبيع لان الرد غير ممتنع بان
رضى البايع به (لا بعده) اى ويرجع المشتري ان باع بعد الاختلاط بملكه لانه غير ما بس

للمبيع بالبائع لامتناع الرد قبل بالاختلاط ثم اعلم ان الزيادة في المبيع على نوعين متصلة
 ومنفصلة والمتصلة نوعان متولدة كالسمن والجمال وهى لامتنع الرد بالعيب فى ظاهر الرواية
 لان فسخ العقد فيها ممكن لانها تباع محض باعتبار التولد والاتصال ومتصلة غير متولدة كالصنغ
 وهى تمنع الرد بالعيب اتفاقا والمنفصلة نوعان متولدة كالولد والشتر وهى تمنع الرد بالعيب
 اذلا سبيل الى فسخها قصدا لان العقد لم يرد عليها ولا تبعا لانقطاع التبعية بالانفصال
 وغير متولدة من المبيع كالسب وهى لا تمنع الرد بالعيب بل يفسخ العقد فى الاصل
 ويسلم الكسب للمشتري لانه متولد من المنافع وهى غير مبيعة بحال (و) ان ظهر عيب
 قديم (بعد كسر الجوز) ونحوه من اللوز والفسق والبندق والبيض والقثاء والخيار
 (رجوع) المشتري (بالنقصان فى المنتفع به) ولم يردده الا برضا البائع لان الكسر عيب حدث
 عنده وقال مالك واحمد فى رواية لا يردده ولا يرجع بالنقصان لانه ليس من البائع تلبس
 فانه لا يعلم ما فى بطنه واما لو ظهر العيب قبل الكسر فلا يرجع بالنقصان لانه دليل الرضى
 بالعيب (و) رجوع (بالكل) اى كل الثمن (فى غيره) اى فى غير المنتفع به كالقرع اذا
 وجد مر 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 لا يخلو عن
 قليل فاسد فصار كالتراب فى الحنطة وفى القياس يفسد لان الثمن لم يفصل والقليل ما
 لا يخلو عنه الجوز والبيض عادة كالواحد والاثنين او الثلاثة فى المائة وان كان الفاسد كثيرا
 لا يصح فى الكل ويرجع بكل الثمن عند ابي حنيفة لجمعه فى العقد بين مال قيمة ومال القيمة له فصار
 كالجمع بين حر وعبد وعندهما يصح العقد فيما اذا كان صحيحا وقيل يفسد العقد فى الكل
 اجماعا لان الثمن لم يفصل فيكون بيعا بالحصه ابتداء (واذا ادعى) المشتري (الا باق)
 او السرقة او البطل فى الفراش مما لا يعلم الا بالتجربة والاختيار وانكر البائع ان هذا العيب
 وجد عند المشتري (اثبت) المشتري اولا انه ابق عنده حتى ينتصب البائع خصما له
 (بالبينة) متعلق باثبت (او نكول البائع عن الخلف على العلم) اى على انه ما يعلم انه
 ابق عند المشتري لان هذا تخليف على فعل غير الخالف وهو العبد فلا يكون على البت
 وهذا اعنى تخليف المشتري للبائع قول ابي يوسف ومحمد لان المشتري ادعى عليه ما لو
 اقر به لزمه فاذا انكر له ان يحلفه رجاء النكول كما فى سائر الدعاوى واختلف المشايخ
 على قول ابي حنيفة رحمه الله فقال بعضهم يحلف عنده ايضا وقال بعضهم لا يحلف وهو
 الصحيح لان الخلف انما يترتب على دعوى صحيحة ولا يصح الدعوى الا من خصم ويصير

المشتري خصما لا بعد قيام العيب عنده ولم يثبت عنده (ثم برهن) المشتري أيضا (على) انه ابق عند البايع (لاحتمال انه حدث عند المشتري فلا يستحق الرد على البايع (او حلفه) اى المشتري البايع (انه باعه وسلمه) اليه (وما ابق قط او ماله حق الرد بهذه الدعوى) ولا يحلفه بالله ما ابق عندك قط لا احتمال انه باعه وقد كان ابق عند غيره وبه يرد المشتري عليه (ولا ثمن على المشتري) اى لا يجبر على المشتري دفع الثمن (اذا ادعى العيب) لا احتمال ان يكون صادقا في دعواه فلو قضى عليه بدفع الثمن ربما ظهر العيب فاسترد الثمن من البايع وانتقض القضاء (حتى يتبين عدمه) اى عدم العيب بان يحلف البايع ان هذا العيب لم يكن فيه (ومداواة المعيب وركوبه) يعنى اذا داوى المشتري المعيب بعد العلم بالعيب اوركب (في حاجته) او تصرف فيه بما يدل على الرضاء كالعرض على البيع والاجارة والملبس والسكنى والرهن والكتابة والاستخدام مرة ثانية (يكون) ذلك (رضا) ولا خلاف فيه لاحد ثم عند الشافعى يبطل خيار الرد بتأخيره من غير عذر وعندنا لا يبطل ما لم يوجد منه تصرف يدل على استبقاء الملك (لالرده) اى ليس ركوب المشتري المعيب رضا به اذا كان لرده على بايعه (اوسقيه او شراء علفه) حال كون المشتري (ولا بد منه) اى من الركوب اما الصعوبة انقياد المعيب او لعجز المشتري عن المشى بان كان مريضا او شيخا كبيرا وهو قيد فى السقى وفى شراء العلف لان الركوب لرد لا يكون رضا كيف كان لكونه سببا للرد (ولو اشترى عبيدين صفقة ووجد باحدهما عيبا رده خاصة ان قبضهما) وقال زفر والشافعى فى قول ليس له ان يرد المعيب وحده لان فيه تفريق الصفقة وهو لا يخلو عن تضرر البايع برد المعيب وحده لان العادة جرت بضم الجيد الى الردى ولنا انه تفرق بعد تمام الصفقة لانها تمت بالقبض لان خيار العيب لا يمنع تمامها فيكون الفسخ بعد القبض فى ملك المشتري من كل وجه فيقصر الرد على ما فيه علة وهو المعيب وانما وضع المسئلة فى عبيدين لكونهما مما ينتفع باحدهما دون الآخر فلو اشترى شيئين لا ينتفع باحدهما دون الآخر كنعليين او خفين فوجد فى احدهما عيبا بعد قبضهما فانه يردهما او يمسكهما باتفاق لانهما فى الصورة شيان وفى المعنى والمنفعة شىء واحد والمعتبر هو المعنى دون الصورة والمبنى ولو قال المشتري فيما يمكن افراد احدهما بالانتفاع عن الآخر انا امسك المعيب واخذ النقصان ليس له ذلك لانه لما رضى بالمعيب فاتحقه فى وصف السلامة فلم يكن له المطالبة بالنقصان (والا) وان لم يقبضهما بل قبض احدهما وظهر ان به او بالآخر عيبا (اخذها او ردها) وليس له ان يأخذ السليم ويرد المعيب لان فى ذلك تفرق الصفقة قبل تمامها لان تمامها بقبضهما لكونه مفيدا لملك

التصرف فيهما ومؤكد الملك رقبتهما (كما في الكيلى والوزنى) اى كان كما ان من شرى مايكال او مايوزن من نوع واحد فوجد ببعضه عيبا فانه يرده كله او يأخذه كله وليس له ان يأخذ السليم ويرد المعيب سواء كان قبل القبض او بعده (وان قبض) الكيلى او الوزنى (واستحق البعض) منه (لم يرد الباقي) لان الشركة بينهما ليست بعيب اذ التبعض فيهما لا يضر والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان العقد حق العاقد وتماه برضاه وقد وجد لا يرضى المالك قدم القبض على استحقاق البعض لان البعض لو استحق قبل القبض كان للمشتري ان يرد الباقي لتفرق الصفقة عليه قبل تمامها (بخلاف الثوب) فان مشتريه اذا قبضه واستحق منه بعضه خيار الرد في الباقي لان الشركة فيه عيب عرفا وقد كانت وقت البيع قبل ظهور الاستحقاق (وصح) البيع (ان يرى) فيه البايع (من كل عيب) اى ان باع بشرط البراءة من كل عيب وليس للمشتري ان يرده بعيب (وان لم يعدها) اى العيوب والاصح في مذهب الشافعى ويروى عن مالك انه لا يبرأ في غير الحيوان ويبرأ في الحيوان مما لا يعلمه دون ما يعلمه 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 اتخلف اذاك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه والفرق بين ما لا يعلمه وما يعلمه وبين الحيوان وغيره ان كتمان ما يعلمه تلبس بخلاف ما لا يعلمه وان الحيوان قل ما ينفك عن عيب خفى او ظاهر فيحتاج البايع فيه الى شرط البراءة من كل عيب ليثق بلزوم العقد بخلاف غير الحيوان وقال احمد في رواية وهو قول الشافعى لا يبرأ البايع عن العيب فان خيار العيب ثابت بالشرع فلا ينتفى بالشرط كسائر مقتضيات العقد ولنا ان الإبراء اسقاط ولهذا جاز بلا قبول كالطلاق والعتاق والجهالة فى الاسقاط لا تفضى الى المنازعة فلا تكون مفسدة ويدخل فى البراءة من كل عيب العيب الموجود عند العقد والحادث بعد العقد قبل القبض فى ظاهر الرواية عن ابي يوسف رحمه الله وهو قول ابي حنيفة رحمه الله ايضا وقال محمد لا يدخل الحادث وبه قال ابو يوسف رحمه الله ايضا وزفر ومالك والشافعى لان البراءة يتناول الثابت فينصرف الى الموجود عند العقد هذا والمصرأة وهى الساقاة او الشاة يحقن اللبن فى ضرعها اياما ليرى انها كثيرة اللبن اذا بيعت لاترد عندنا وردها مالك والشافعى مع لبنها ان كان باقيا او مع صاع من تمر لفقك لما روى ابو هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاتلقوا الركبان لبيع ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبيع حاضر لباد ولا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو خيبر النظرين بعد ان يحلبها ان رضيا امسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر منفق عليه وفى رواية لمسلم وابى داود من اشترى شاة مصرأة فهو بالخيار ثلثة ايام فان ردها ردها صاعا من طعام اى تمر لاسمراء وفى رواية لابى داود من اشترى غنما مصرأة

احتلبها فان رضيها امسكها وان سخطها ففي حلبتها صاع من تمر فجعلها عيبا واثبتاله الخيار
اذ اتبين بعد الحلب خلاف ما تحلبه تمسكا بهذا الحديث واحاج لنا بعض مشايخنا بقوله عليه السلام
البيعان بالخيار ما لم يتفرقا وقال بعضهم التصرية ليست بعيب وليس للمشتري ولاية الرد
بسببها من غير شرط لان البيع يقتضى سلامة المبيع وبقلة اللبن لاتفوت صفة السلامة واللبن
ثمرة وبعدها لا ينعدم السلامة فبقلتها اولى قال وانما ترك اصحابنا العمل بحديث ابي هريرة
هنا مخالفة 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 شقفا
له في عبد قوم فعليه نصيب شريكه ان كان موسرا الحديث ولخالفته الاجماع المنعقد على وجوب
المثل والقيمة عند فوات العين وتعذر الرد قال ولا ينعف في رد حديثه عندنا مخالفة الاصول فانه
قريب من المتواتر انه لما روى الوضوء مما استه النار قاله ابن عباس رضى الله عنهما انا نتوضأ
بالماء السخين انتوضأ منه ولما روى من اصبح جنبا فلا صوم له قالت عائشة نحن اعلم
بذلك منه وكذلك رد عليه على رضى الله عنه وشرط عيسى بن ابان فقه الراوى
لتقديم الخبر على القياس واختاره ابو زيد 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 في
زمن الصحابة وما كان يفتى في زمانهم الا فقيه مجتهد مع انه كان من المتبحرين من اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اسحاق الحنظلى ثبت عندنا في الاحكام ثلاثة آلاف من
الاحاديث روى ابو هريرة منها الفا وخمسة اوفى 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 اثمن ولا
يرجع على رواية الاسرار لان اجتماع اللبن في الضرع وجمعه لا يكون عيبا ولانه معتبر
كبكر ضرعها لا بقول البايع ووجه المختار ان الموجود من التصرية غرور منه للمشتري
بالفعل حيث تزايد رغبتة في شرائها فاغتراره بواسطة الفعل كغتراره بقول البايع انها حلوب
غزيرة اللبن وانما صح البيع بناء على ان شرط كونها حلوبا لا يفسد البيع لانه شرط
وصف مرغوب فيه وهو رواية الطحاوى والله سبحانه اعلم

فصل

بطل بيع ما ليس بمال) سواء كان ثمنا او ثمنا لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال

بالمال (كالدّم والميتة) والتراب (والحجر واتباعه) من أم الولد والمكاتب الذي لم يرض فان
 الذي رضى يجوز بيعه على اظهر الروايتين عن ابي حنيفة ومعه الشافعي والمهدبر المطلق فان المقيد
 يجوز بيعه عندنا وعند مالك والشافعي واحمد يجوز بيع المطلق ايضا (و) بطل (بيع مال
 غير متقوم) في حق الاسلام (كالخمر والخنزير بالثمن) وهو الدراهم والدنانير حالا
 او مؤجلا لان الدراهم والدنانير غير مقصودة وانما هي وسائل فاذا كانت عوضا لغير المتقوم
 كان غير المتقوم هو المقصود وفي ذلك اعزازه وقدمر الشارع باهاتته وكذا اذا باعهما
 بما ثبت في الذمة من مكيل او موزون واملو باعهما بالعرض فالبيع فاسد لعدم تعيينها
 بتعيين وسيأتى والفرق بين الباطل والفاقد ان الباطل هو الذي لا يكون صحيحا باصله
 والفاقد ما يكون صحيحا باصله لا بوصفه فيفيد الملك بالقيمة عند القبض وفي الايضاح لوقفي
 العوض وقال بعثك هذا بغير ثمن يبطل ولو قال بعثك هذا وسكت عن الثمن يفسد لان
 البيع يقتضى المعاوضة فعند السكوت يحمل على قيمته فصار كأنه قال بعته بقيمته وهي مجهولة
 فيفسد (و) بطل (بيع فن ضم الى حرو) بيع (ذكوة) اى مذبوحة شرعية (ضمت
 الى ميتة) حتى انفها واما التي حنقت او جرعت في غير موضع الذبح كما هو عادة بعض
 الكفار وذبايح الجوس فمال الا انها غير متقومة كالخمر والخنزير (وان سمى ثمن كل)
 وهذا عند ابي حنيفة وقول الشافعي ورواية عن احمد وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
 ان سمى ثمن كل واحد منهما جاز في القن والذكوة والافلاو به قال الشافعي في قول
 واحمد في رواية ومتروك التسمية عاما كالميتة عندنا لان حرمة منصوص عليها فلا يجوز
 العقد فيما ضم اليه ولا ينفذ بيعه بالقضاء (وصح) البيع (في فن ضم الى مدبر) او ام ولد
 او مكاتب وقال زفر لا يصح (او) ضم (الى فن) شخص (غيره) اى غير البائع (بحصته)
 اى حصه القن من الثمن وعند زفر لا يصح (كملك) اى كما صح بيع ملك (ضم الى وقف)
 وقيل لا يصح في الملك وهو عند مالك والشافعي في قول واحمد في رواية لان الوقف
 محرر عن الملك والتمليك فصار كقن ضم الى حرو في نوادر الفقيه ابي الليث والاصح
 ان البيع يجوز في الملك لان الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الاموال وانما لا يباع
 لاجل حق تعلق به وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم اليه كالدبر ونحوه بخلاف
 المسجد حيث يبطل العقد فيما ضم اليه لانه ليس به مال ولهذا لا ينتفع به انتفاع الاموال
 فصار كالحمر (وفسد بيع العرض بالخمر) ونحوها مما هو مال غير متقوم (وعكسه) وهو بيع
 الخمر ونحوها بالعرض في شرح الوقاية اى البيع فاسد في العرض حتى يجب قيمته عند

القبض ويملك هو بالقبض لكن البيع في الخمر باطل حتى لا يملك عين الخمر (ولا يجوز بيع المباحات قبل ان تملك) لانها وقت البيع غير مملوكة للبائع (و) لا بيع (ما لا قدرة على تسليمه الا بحيلة) كسك لم يصد او صيد وارسل وهو لا يعود فلو قبضه البائع وسلمه قالوا ينبغي ان يكون على الروايتين في تسليم الاباق بعد بيعه بناء على انه باطل او فاسد (او) الا (بضرر) كجذع في سقف وذراع من ثوب يضره القطع سواء ذكر موضع القطع او لم يذكر ولو قطع البائع الجذع او قطع الثوب وسلم قبل الفسخ عاد صحيح الزوال المانع من الصحة وقيد القدرة على تسليمه بالحيلة لانها لو كانت بغير ذلك كما لو صاد السمك والقاه في حظيرة صغيرة بحيث يمكن اخذه منها بلا حيلة جاز البيع لانه مقدور التسليم وكذا لو اجتمع فيها بنفسه وسد المدخل جاز والافلا (و) بيع (ما فيه غرر كحمل) اي جنين (في بطن ولوؤ في صدف ولبن في ضرع) لما روى ابن ماجه من حديث ابي سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما في بطون الانعام حتى تضع وما روى الشافعي بسنده عن ابن عباس انه كان ينهى عن بيع اللبن في ضرع الغنم والصوف على ظهورها قال البيهقي 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 في ضرع رواه الطبراني والدارقطني مرفوعا وابوداود موقوفا عليه قيل لا يباع اصواف الغنم على ظهورها ولا البانها في ضرعها وفي شرح الوقاية ذكروا اللبن في الضرع علتين احدهما انه لا يعلم لبن اودم او ريع وهذا يقتضى بطلان البيع لانه مشكوك الوجود فلا يكون مالا والاخرى ان اللبن يوجد شيئا فشيئا فيختلط ملك المشتري بملك البائع هذا ولا يجوز بيع النتاج ايضا وهوان تنتج الناقة ثم تنتج التي في بطنها وهو حبل الحبله لما في مصنف عبد الرزاق عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبله قال والمضامين ما في اصلاب الابل والملاقيح ما في بطونها وحبل الحبله ولد ولد هذه الناقة وفي الموطأ اخبرنا ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال لاربا في الحيوان وانما نهى في الحيوان عن ثلاثة عن المضامين والملاقيح وحبل الحبله فالمضامين ما في بطون اتان الابل والملاقيح ما في ظهور الجمال وفي الصحيحين عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبله وكان يبعها يبتاعها اهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور الى ان ينتج التي في بطنها (و) لا بيع (ما يفضى جهالته الى المنازعة) كصوف على ظهر الغنم لانه يفضى الى التنازع في موضع القطع وكل بيع يفضى الى التنازع فهو فاسد (ولا) يجوز بيع (المزبنة) وهومن اضافة الاعم الى اخصه ويسمى بها بعض المتأخرين اضافة بيانية (وهى بيع تمر مجنود) أى

مقطوع (بمثله على النخل خرصا) اى تقديرا وحررا (و) لا (المحافلة) وهى بيع الحنطة فى
فى سنبلها بمثل كياها لما روى مسلم عن زيد بن ابى انيسة قال حدثنا ابو الوليد المكى وهو
جالس عند عطاء بن ابى رباح عن جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
المحافلة والمزابنة والمخابرة والمحافلة ان يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم والحقل هو الزرع
الذى اذا تشعب قبل ان تغلط ساقه والمزابنة ان يباع النخل باوساق من التمر والمخابرة ان
يزرع الارض على الثلث او الربع واشباه ذلك قال زيد قلت لعطاء بن ابى رباح اسمعت
جابر بن عبد الله يذكر هذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وقال الشافعى
يجوز بيع المزابنة فيما دون خمسة اوسق اما 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 او فى خمسة اوسق شك داود قال دون خمسة اوسق خمسة وروى مسلم
عن سهل بن ابى ختمة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر وقال
ذلك الربا تلك المزابنة الا انه رخص فى بيع العربية النخلة والنخلتين يأخذها اهل البيت
بخرصها كيلا وفى لفظ رخص فى العربية ان يؤخذ بمثل خرصها تمرا يأكل اهلها رطبا ورواه
الطحاوى ايضا بطرق مختلفة وقال قد جاءت 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 احدها الجواز وهو منقول المرنى عنه وهو الاظهر والاخر عدمه وهم مختار المرنى
ومذهب احمد لان النهى عن المزابنة محقق والرخصة فى خمسة اوسق مشكوك فيها ولنا
قوله صلى الله عليه وسلم بالتمر بالتمر مثلا بمثل وما على النخل تمر فلا يجوز بيعه بالتمر
الا كذلك واما العربية 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 مجذوا بلخرص
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 بيا
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 هو ايطهم باهليهم فيضرمون صاحب النخلة صاحب النخل الكثير فرخص رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يعطى صاحب النخلة خرصه من ذلك تمر لينصرف عنه ويخلص التمر كله له وهذا مروى عن مالك والتأويل الاول قول ابي حنيفة رحمه الله قال الطحاوى وهو انسب واولى مما قال مالك لان العربية لغة انما هى العطية (و) لا بيع (الملاسة و) لا بيع (القاء الحجرو) لا بيع (المنابذة) لان فى كل واحد من هذه البياعات تعليق الملك بالخطر وفيه معنى القمار وقد كان فى الجاهلية يتساوم الرجلان السالعة فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البايع او وضع المشتري عليها حصة لزم البيع فالاول الملاسة والثانى المنابذة والثالث القاء الحجر روى مسلم والبخارى من حديث ابي سعيد الخدرى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى من الملاسة والمنابذة فى البيع والملاسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل او بالنهار ولا يقبله الا بذلك والمنابذة ان ينبذ الرجل الى الرجل ثوبه وينبذ الآخر اليه ثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض (ولا) بيع (المراعى) اى الكلاء النابت فى ارض غير مملوكة او فى ارض البايع بدون تسبب منه اما لو تسبب بان سقى الارض او هياها للانبات جاز له بيع كلاءها لانه ملكه حتى لو احتشه انسان بغير اذنه كان له استرداده وقال بعضهم لا يجوز بيعه لانه ليس بملكه لان الشركة فيه ثابتة بالنص فلا تنقطع بدون الحيازة وتهيئة الارض للانبات ليست بحيازة وكونه نابتا فى ارضه لا يقطع شركتهم عنه ولا يصير مملوكا له فلم يستفد المشتري 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 لا يكون محرز له بكونه فى ارضه ومعنى اثبات الشركة فى النار الانتفاع بضوئها والاصطلاء وتجفيف الثياب بها اما اذا اراد ان يأخذ الحجر فليس له ذلك الا باذن صاحبه ذكره القدورى (ولا اجارتها) اى ولا يجوز اجارة المراعى التى هى الكلاء لان اجارتها تقع على استهلاك عين غير مملوكة وتلك الاجارة غير جازية كما استأجر بقرة لشرب لبنها لا يصح 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 ليجمع حظيرة لغنمه فيصح الاجارة ويستبيع له صاحب المرعى الانتفاع بالمرعى فيحصل مقصودها (ولا) بيع (النخلة الامع الكوارات) بضم الكاف وتشديد الواو وفى الصحاح كورة النخل غسلها فى الشمع اما عدم جواز بيع النخل وحده فعند ابي 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 يؤكل كالبعل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يصح بيعه كالزنبور وفي الذخيرة الفتوى على قول محمد (ولا) بيع (اجزاء آدمى) لسكرامته فلا يجوز بيع شعر الانسان لانه جزءه ولا بيع لبن المرأة ولو في قرح حرة كانت او امة ولا يضمن متلفه وقال الشافعي يجوز حرة كانت او امة ويضمن متلفه لانه مشروب طاهر كلبن الشاة وقال ابو يوسف ان كانت امة يجوز وان كانت حرة لا يجوز اعتبارا للبن باصله لكونه متولدا منه ولهما انه اجزاء الآدمى بدلالة ان الشرع اثبت به حرمة الرضاع بمعنى البعضية والآدمى بكل اجزائه مكرم مصون عن الابتذال وامتهان بالبيع الا فيما حل فيه الرق والرق لا يحل للبن لانه ضعف حكيم فيختص بحمل القوة التي هي ضده وهو الحى ولا حيوة في اللبن لانه جماد وليس حله على الاطلاق بل باعتبار حاجة الفعل لانه لا يتعدى بغيره حتى لو استغنى عنه لم يبع شربه حتى لا يجوز صبه في عين رمدة عند بعض اصحابنا (ولا) بيع (اجزاء الخنزير) لنجاسة عينه فلا يصح بيع شىء منه اهانة له كالحمر (الاشعره) لينتفع به المخرز للضرورة (ولا) بيع (جلد الميتة قبل دبحه) لحرمة الانتفاع به لقوله عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ واما بعد الدبغ فيباع وينتفع به لطهارته لما في صحيح مسلم عن ابن عباس قال تصدق على مولاة لميمونة بشاة فماتت فمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلا اخذتم اهابها فدبغتموه فانتفعتم به فقالوا انها ميتة فقال انها 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 في الحال وفي وجوده خطر في المال (خلافا لهما) قال محمد يجوز بيع دود القز وبيضه وهو قول الشافعي واحمد واختيار الصدر الشهيد وعليه الفتوى اعتبارا بالعادة وقال ابو يوسف يجوز بيع دود القز ان ظهر فيه القز تبعاله والا لا واضطرب قوله في بيض الدود (ولا) بيع (العلو بعد سقوطه) بان كان علو لرجل وسفل لآخر فسقطا او سقط العلو وبقي 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 الساعة 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 للمشتري دون الفساد فصار كما لو اشترى كبشا فاذا هو نعجة او بالعكس او عبدا على انه خباز فاذا

هو كاتب او بالعكس وجه الاستحسان ان تفاوت الاغراض بين النوعين لماحق باختلاف الجنسين لان المقصود من البيع حصول الانتفاع بالمبيع على غرض المشتري فاذا لم يحصل غرضه ولا اكثره فكانه لم يحصل اصلا وهذا اذا كان الوصف متفاحشا اذ قلة التفاوت لا يفسد البيع كما اذا اشترى كبشا فظهر نعيجه فان المقصود من الكل الاكل لكنهما مختلفان وصفافقل التفاوت (وشراء ما باع) اى ولا يجوز شراء البائع لنفسه او لغيره من المشتري او من وكيله او من وارثه ما باع بثمن حال او مؤجل بنفسه او بوكيله (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 كسراء غيره به وكسراءه بمثل الثمن الاول او باكثر منه ولنا ما روى عبد الرزاق فى مصنفه عن معمر والثورى عن ابى اسحاق السبيعى عن امراته انها دخلت على عايشة فى نسوة فسألته امرأه فقالت يا ام المؤمنين كانت لى جارية فبعته من زيد بن ارقم بثمانمائة الى العطاء ثم ابتعتها منه بستمائة فنقدته الستمائة وكتبت عليه ثمانمائة فقالت عايشة بئس ما اشترى وبئس ما اشترى اخبرنى زيد بن ارقم انه ابطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان يتوب فقالت المرأة لعايشة ارأيت ان اخذت رأس مالى ورددت عليه الفضل فقالت عايشة (فمن جاءه موعدة من ربه فانتهى فله ما سلف) فهذا الوعيد الشديد دل على فساد هذا العقد والحاق هذا الوعيد بهذا الصنع الاكيد لايهتدى اليه العقل فدل ذلك على انها قالتها سماعا وقال ابن الجوزى قالوا العالية امرأة مجهولة لا يقبل خبرها قلنا بل هى معرفة جليمة القدر ذكرها ابن سعد فى الطبقات فقال العالية بنت انفع بن شراهيل امرأة ابى اسحاق السبيعى سمعت عن عايشة وجعل فى مسند ابى حنيفة البائع الى العطاء زيد بن ارقم والمشتري بستمائة هى المرأة وهو فى سنن ابى داود عن ابن عمر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا تبايعتم بالعينة واخذتم اذنان البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه 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 جملوا بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعينة واتبعوا اذنان البقر وتركوا الجهاد فى سبيل الله ادخل الله عليهم ذلا لا يرفع عنهم حتى يرجعوا دينهم والعينة بالكسر بيع السلعة بثمن مؤجل ثم شراؤها بانقص منه حالا ولان الثمن لا يدخل فى ضمان البائع قبل قبضه فاذا عاد اليه المبيع بالصفة التى خرج بها عن ملكه فصار بعض الثمن قصاصا ببعضه وبقي فضل بلاعوض فكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص

قيد الشراء بكونه باقل مما باع لانه لو كان بمثله او اكثر منه جاز لان الفضل في الاكثر
 يحصل للمشتري والمبيع داخل في ضمانه وقيد بكونه قبل نقد الثمن لانه لو كان بعده جاز
 وقيدنا بكون الشراء من المشتري منه او من وارثه لان المشتري لو باعه من رجل او وهبه لرجل
 او اوصى به لرجل ثم اشترى البايع الاول من ذلك الرجل جاز لان اختلاف سبب الملك كاختلاف
 العين وقيدنا بكون المبيع لم ينقص لانه لو تعيب في يد المشتري فباعه من البايع باقل
 من الثمن جاز لان ما نقص من الثمن بمقابلة العيب الحادث فكان البايع مشتريا ما باع بمثل
 الثمن الاول معنى وقيدنا بالنقصان بكونه في الذات لانه لو كان في القيمة بان تغير سعره لم يجوز
 شراؤه باقل مما باع لان تغير السعر غير معتبر في حق الاحكام كما في حق الغاصب وقيدنا باتحاد
 الثمينين جنساً لانه لو اشتراه بجنس آخر غير جنس الثمن الاول جاز وان كان الثمن الثاني
 اقل لان الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس والدينار جنس الدرهم هنا وفي الشفعة خلافا لفرق وشراء
 من لا يصح شهادته للبائع وهو ولده ووالده وزوجته ومكاتبه فهو كسواء البايع بنفسه وقال
 ابو يوسف ومحمد يجوز غير العبد والمكاتب لتباين الاملاك بخلاف العبد لان كسبه لهما لانه
 وبخلاف المكاتب لان للسيد في كسبه حق الملك فكان تصرفه كتصرفه ولا يحنيفة ان شراء
 هؤلاء كسواء البايع بنفسه لاتصال منافع الاملاك بينهم وهو نظير الخلاف في الوكيل بالبائع
 اذا عقد مع هؤلاء وشراء الموكل باقل مما باع وكيله لا يجوز لان وكيله لما باع باذنه صار
 كأنه باع بنفسه ثم اشترى باقل وشراء الوكيل باقل مما باع لنفسه او لغيره بامر به قبل
 نقد الثمن لا يجوز اما شراؤه لنفسه فلان الوكيل بالبائع اصيل في حق الحقوق فكان هذا شراء
 البايع من وجه والثابت من وجه كالثابت من كل وجه في باب الحرمت واما شراؤه لغيره بامر به فلان شراء
 المأمور واقع له من حيث الحقوق فكان هذا شراء ما باع لنفسه من وجه وشراء البايع
 من وارث المشتري باقل مما اشتراه المورث لا يجوز اقيام المورث مقام المورث بخلاف
 شراء وارث البايع باقل مما باع مورثه فانه يجوز (ولا) يجوز (شراء ما باع مع شيء) متعلق بشراء
 (لم يبعه) صفة لشيء (بثمنه الاول) متعلق بشراء وكذا (فيما باع) يعني ان من باع امة
 بخمسائة مثلاً وقبضها المشتري ثم اشترها منه وامة اخرى معها قبل نقد الثمن بخمسائة فان
 الشراء في التي لم يبعها منه صحيح لانه لم يفسد فيها وفي الاخرى وهي التي باعها منه باطل
 لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يبعها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما
 باع ضرورة (وزيت) اي ولا يجوز شراء زيت ونحوه (على ان يوزن) الزيت (بظرفه
 ويطرح للطرف) كل مرة (كذا رطلا) الا ان يكون ذلك وزنه لان هذا شرط مخالف لما
 يقتضيه العقد لانه يقتضى ان يطرح عنه مقدار وزن الطرف اي مقدار كان فاذا شرط ان
 يطرح عنه مقدار معين وكان ذلك الطرف انقص من ذلك المقدار او اكثر منه كان

ذلك الشرط مخالفا لمقتضى العقد ولا احد العاقدين فيه نفع لان ذلك المقدار ان كان اكثر من وزن الطرف فله المشتري فيه نفع وان كان اقل من وزنه فللبايع فيه نفع (بخلاف شرط طرح وزن الطرف) فان الشراء يجوز لانه شرط يوافق مقتضى العقد لانه يقتضى طرح وزن الطرف وما يوافق مقتضى العقد يؤكده ولا يفسده (والبيع) اى ولا يجوز البيع (بشرط لا يقتضيه العقد) احترز به عما يقتضيه كشرط الملك للمشتري فى البيع وشرط تسليم المبيع وشرط حبس المبيع لاستيفاء الثمن وشرط انتفاع المشتري بالمبيع لان هذا كله يثبت بمطلق العقد فلا يرد الشرط الا تائيدا (وفيه نفع لاحدهما) جملة حالبة اما البايع فكما لو باع شيئا بشرط ان يقرضه المشتري درهما او يهدى اليه هدية او باع دارا على ان يسكنها شهرا واما المشتري فكما لو اشترى ثوبا على ان يقطعه البايع ويخيطه قبا او قميصا (او) فيه نفع (لم يبيع يستحق) اى يكون اهلا للاستحقاق على غيره بان يكون آدميا كبيع عبد بشرط ان لا يبيعه المشتري لان العبد يعجبه ان لا يتناوله الايدي واحترز بهذا عمالو اشترى دابة او ثوبا بشرط ان لا يبيعه المشتري فان الشرط باطل والبيع صحيح فى ظاهر المذهب وعن ابي يوسف ان البيع فاسد وجه الظاهر ان لا مطالب لهذا الشرط فكان لغوا ولا بد من تقييد الشرط بكونه لا يلايم العقد احترزا عما يلايمه كالبيع بشرط ان يعطى المشتري بالثمن رهنا او كفيلا فان البيع لا يفسد ولا بد ايضا من تقييد مالا يلايم العقد بان الشرع لم يرد بجوازه فان ما ورد بجوازه لا يفسد كالبيع بشرط الخيار او الاجل وكذا ما تعارف الناس عليه كشراء نعل على ان يحدوه او يشركه البايع فان البيع لا يفسد استحسانا للمتعاين وهو حجة يترك بها القياس وانهما لا يجوز البيع بشرط لا يقتضيه العقد لانه عليه السلام عن بيع وشرط الا ان ما ذكرناه من الشروط الجائزة مستثنى من هذا النهى فبقى ماعداه داخلا تحته ولان الثمن مقابل جميع المبيع والشرط زيادة لا يقابلها شىء من العوض فاشبه الربوا ولانه ذريعة الى وقوع النزاع فيعبرى معه العقد عن مقصوده روى الطبرانى فى معجمه الاوسط عن عبد الله بن ايوب المقرئ عن محمد بن سليمان النهلى عن عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت بها ابا حنيفة وابن ابي ليلى وابن شبرمة فسألت ابا حنيفة عن رجل باع بيعة وشرط شرطا فقال البيع باطل والشرط باطل ثم اتيت ابن ابي 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 درى ما قال احدثنى 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 ابي ليلى فاخبرته فقال ما درى ما قال احدثنى هشام

ابن عروة عن ابيه عن عائشة انها قالت امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اشترى
بريرة فاعتقها البيع جائز والشرط باطل ثم اتيت ابن شبرمة فاخبرته فقال لا ادري ما قال
حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر قال بعث رسول الله صلى الله عليه
وسلم ناقة وشرط لي حملها الى المدينة البيع جائز والشرط جائز (ولا يجوز بيع الرقيق
بشرط الاعتاق) وقال مالك يجوز وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وقول للشافعي واصح
الروايتين عن احمد (والى اجل) عطى على شرط ابي لا يجوز البيع بثمن غير معين الى
اجل (جهل) كالخصاد والدباس وقدم 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 (يستلونك عن الاهلة قل هي موافيت للناس) قيدنا بالثمن
غير المعين لان تأجيل المبيع المعين يفسد البيع سواء كان الاجل مجهولا او معلوما وكذا تأجيل الثمن
المعين لانه مبيع وكذا تأجيل العقد لكونه خلاف موجب العقد وهو التأجيل ولو باع مطلقا ثم اجل
الثمن الى هذه الاوقات صح لان هذا تأجيل الدين والجهالة في الدين محتملة بخلاف ما اذا
اشترط في اصل العقد لان العقد لا يحتمل فيه الجهالة (صح) البيع (ان اسقط) الاجل المجهول (قبل
الحلول) كمالو اسقط الاجل الى الخصاد من هو حقه وهو المشتري قبل ان يأخذ الناس في الخصاد
وقال زفر والشافعي لا يصح لانه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا ولنا ان المفسد فيما نحن فيه خارج
عن صلب العقد وقد سقط قبل تقررته فينقلب العقد جائزا وهو قول مشايخ العراق وقال
غيرهم ان العقد انعقد موقوفا وبلا اسقاط تبين انه كان جائزا وهو الصحيح لان فساد العقد
باعتبار فضائه الى المنازعة وقبل مجيء الاجل لا منازعة (وان قبض المشتري المبيع بيعا فاسدا)
وكان قبضه (برضا بايعه صريحا) اى رضا صريحا كما قبضه او اخذه او سلمه وهذا قبل الافتراق
او بعده (او دلالة) قبل الافتراق (كقبضه) بحضرة البائع اى مجلس عقده وكل من عوضه
اى البيع (مال) جملة حالبة (ملكه) اى المشتري المبيع ملكا خبيثا بالقيمة وقال مالك
والشافعي واحمد لا يملكه لان البيع الفاسد محظور لكونه منهي عنه والنهي يقتضى التحريم
والملك نعمة لكونه ذريعة الى قضاء المآرب ووسيلة الى درك المطالب والنعمة لا تناط
بالمحظور لاشتراط الملازمة بين المناط والمناط به ولنا ان ملزوم الملك وهو البيع تحقق
فيحقق الملك لان البيع الفاسد بيع حقيقة لصدور ركنه وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى
من اهل فان اهل الشئ من يكون قادرا عليه وهو قادر عليه لتندفع به حاجته مضافا الى
محل قابل لحكمه اذ الكلام فيه فيترتب حكمه وهو الملك والنعمة اى الملك ما انبسط
بالمحظور بل بالبيع وهو غير محظور انما المحظور ما يتصل به من الشرط الفاسد ونحوه كما

في البيع وقت النداء فان النهى ورد فيه لمعنى غير البيع وهو الاشتغال عن السعى بسبب
 البيع والاشتغال عن السعى غير البيع وانما شرط ان يكون كل من عوضه ما لا يثبت ركن
 البيع وهو مبادلة المال بالمال ويشترط ايضا ان لا يكون للبائع خيار الشرط لان شرط الخيار
 يمنع الملك في البيع الجائر ففي الفاسد اولى وانما لم يحل وطى الجارية ولا اكل الطعام لان
 في كل منهما ارضا عما هو واجب عليه وهو الرد (ولزمه) اى المشتري (مثله حقيقة) اى
 صورة (او معنى) وهو قيمته يوم القبض لانه يدخل به في ضمانه وعند محمد يوم التلف لانه
 به يتقرر عليه وانما لزم المشتري مثله لانه مضمون بالقبض كالغصب والمثل صورة ومعنى
 لا يكون الا فيما هو من ذوات الامثال وهو اعدل من المثل معنى فلا يصار اليه مع امكان
 الاول (فان كان الفساد) لجهالة الاجل او (لشرط زائد) فيه نفع لاهد العاقدين وكانت العين باقية
 (فلمن له الشرط) وهو المنتفع به (فسخه) بحضرة صاحبه لان منفعة الشرط لما كانت عائدة
 اليه كان الفسخ له دون الآخر لان في فسخ الآخر ابطال حق من له منفعة الشرط وهو تصحيح
 العقد بابطال ذلك الشرط وهذا عند محمد وقال لكل واحد من المتعاقدين الفسخ لانه حق
 الشرع فانتهى اللزوم عن العقد (والا) اى وان لم يكن الفساد لشرط زائد بل كان في صلب العقد
 بان كان في احد العوضين كما لو باع درهمين بدرهم او ثوبا بخمر (فلكل منهما) اى من
 العاقدين فسخه بعد القبض لان اعدام الفساد واجب حقا للشرع وقبل القبض لكن
 بمحض 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 فاسدا (من ملك المشتري) ببيع صحيح او بهبة وتسلم او بعق (او بنى) المشتري
 (فيه) او غرس او اتخذ مسجدا (فلا فسخ) لان المشتري ملك المبيع بالقبض فينفذ
 تصرفه فيه وينقطع حق البائع من الاسترداد سواء كان تصرفا لا يحتمل النقص كالاقتاق
 او يحتمله كالبيع لان بهذه التصرفات تعلق حق العبد وبالبيع الفاسد تعلق حق الشرع وهو
 الفسخ فقلب حق العبد لحاجته على حق الشرع لغناه قيد الخروج بكونه من الملك
 لان المشتري لو اجر المبيع او انكحه لم ينقطع حق الفسخ لان النكاح لا يمنع فسخ البيع
 فيفسخ وترد الامة على البائع والنكاح على حاله والاجارة تفسخ بالاعتذار ودفع الفساد عن
 وقال مالك والشافعي واحمد لا ينقطع حق الفسخ بشئ من ذلك وقال ابو يوسف ومحمد لا ينقطع
 بالبناء والغرس بل ينقض ويرد المبيع على صاحبه (وطاب للبائع ربع ثمنه) اى ثمن المبيع
 بيعا فاسدا اذا كان دراهم او دنانير (بعد التقابض) متعلق بربح (لاللمشتري) اى ولا يطيب
 للمشتري (ربح مبيعه) اى مبيع البيع الفاسد بعد التقابض (فيتصدق) المشتري (به) اى

بربحه حتى لو اشترى امة شراء فاسدا بالف درهم وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض
طاب للبايع ما ربح في الثمن ولم يطب للمشتري ما ربح في الامنة والفرق ان الامنة مما
يتعين فيتعلق العقد بعينها فيتمكن الحث في ربحها فيتصدق به والدرهم والدنانير
لا تتعينان في العقود فلا يتعلق العقد بعينها فلا يتمكن الحث في ربحها هذا والبيع الباطل
لا يفيد الملك بالقبض ولو كان باذن من المالك ولا ملك التصرف لانه يبنى على العقد
الصحيح او القبض في العقد الفاسد ثم المقبوض في البيع الباطل امانة عند ابي حنيفة لان
العقد باطل والباطل غير معتبر والقبض باذن المالك فيكون امانة وقال انه مضمون بالقيمة
لو كان قيميا وبالمثل لو كان مثليا اذا هلك عند المشتري كالمقبوض في البيع الفاسد
والمقبوض على سوم الشراء هذا واذا اشترى مكيلا كالتمر او موزونا كالسمن كيلاو وزنا
حرم عليه بيعه واكله اوشى منه حتى يكيله او يزنه واصاه ان الاموال ثلاثة انواع مقدرات
كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة والمنروعات وان اشترى شيئا منها مشارا
اليها مجازفة صح التصرف فيه بعد القبض لانه معلوم بالاشارة وان اشترى شيئا منها بشرط
كيل او وزن او ذرع او عد فان لم يقبض بطل التصرف فيه وبعد القبض لم يحز التصرف
في المكيل والموزون لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه
صاعان صاع البايع وصاع المشتري فيكون لصاحبه الزيادة وعليه النقصان رواه البزار
عن ابي هريرة والنهى عن البيع يقتضى الفساد اذا كان لمعنى في البيع وقد وجد اذ البيع
يتناول ما يجوز به الكيل والوزن وهو مجهول فر بما يزيد او ينقص فما لم بكل لنفسه او يزن
لا يمتاز المبيع عن غيره فكان المبيع مجهولا فيفسد البيع ولان اصل القبض شرط جواز
التصرف في المبيع فكان تمام القبض شرطا ايضا والكيل والوزن فيما يبيع كيلا ووزنا من
تمام القبض لان القدر المقصود عليه فيما يبيع كيلا ووزنا حتى يلزمه رد الزيادة ان زاد
ونقص الثمن بحصته ان نقص والقبض غير معتبر لتوهم الزيادة والنقصان ولا معتبر بكيل
البايع قبل البيع وان يحضره المشتري لان الشرط صاع البايع والمشتري ولم يوجد ولو
كاله البايع بعد البيع بحضرة المشتري قيل لا يكفي لظاهر ما روينا والصحيح انه يكفي وعليه
الجمهور اذ الغرض منه اعلام المبيع وافراره وذا حاصل بالكيل مرة والحديث محمول على
بيع العين مما كان مكيلا مكيلة بعد ما اشتراه كذلك فانه يحتاج الى كيلين والعددي المتقارب كالجوز
والبيض كالموزون في اظهر الرايتين عن ابي حنيفة وقال هو كالمنروع وهو رواية
عنه اذ لا يجرى الربا بين المعدودين كما لا يجرى بين المنروعين (وكره) وهو رواية عندنا
وعند الشافعي (النجش) بفتح النون والجيم ويسكن وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد

الشراء بل يرغب غيره (و) كره (السوم) أي سوم الشخص السلعة وهو طلبها بالثمن (على سوم غيره إذا رضيا) أي رب السلعة والذي سام أولا (بثمن) قيد به لانها لو لم يرضا بثمن فلا بأس به لانه يبيع من يزيد (و) كره (تلقى الجلب) أي العجوب وهو ما يجاء به من بلد الى بلد للتجارة (المضر باهل البلد) قيد باهل البلد لان الذي لا يضر بهم لا بأس به الا اذا لبس السعر على الجالين (و) كره يبيع (الحاضر للبادى زمان القحط) وهو ان يجلب البادى السلعة فيأخذ الحاضر لبيعها له بعد وقت باعلى من السعر الموجود وقت الجلب وقيل هو ان يجىء البادى بالطعام الى المصر فلا يتركه السمسار الحاضر يبعه بنفسه بل يتوكل عليه ويبيعه ويغلى على الناس السعر وانما نهى عنه لانه لو ترك يبعه بنفسه لربما رخص السعر وقيل هو ان يكون اهل البلد في قحط وهو يبيع من اهل البدو طعاما من الثمن العالى وعلى هذا فاللام بمعنى من روى الشيخان من حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الركبان وان يبيع حاضر لباد وان تسأل 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 لا يكون له سمسارا (و) كره (البيع وقت النداء) للجمعة لقوله تعالى (وذروا البيع) ولان فيه اخلاقا بالواجب وهو السعى اذا قعدا للبيع او وقفا له قيل ولو تبايعا وهما يمشيان لا بأس 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 في جميع هذه الصور ولم يفسد خلافا لما لك لان النهى عنها لمعنى مجاور للبيع لا في صلبه ولا في شرط صحته والنهى الوارد لمعنى مجاور لا يقتضى الفساد بل يقتضى الكراهة (و) كره تحريما (تفريق صغير) أي غير بالغ (عن ذي رحم محرم منه) سواء كان صغيرا او كبيرا يبيع وغيره لما روى الترمذى في البيوع وفي السير وقال حسن غريب عن ابي ايوب الانصارى قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من فرق بين والدته ولدها فرق الله بينه وبين اهله يوم القيمة ورواه احمد في مسنده بزيادة قصة فيه ولفظه عن ابي عبد الرحمن الجبلى قال كنا في البحر وعلينا عبد الله ابن قيس الفزارى وبعنا ابو ايوب الانصارى فمر بصاحب المقاسم وقد اقام السبى فاذا امرأة تبكى فقال ما شأن هذه قالوا فرقوا بينها وبين ولدها فانطلق ابو ايوب فاتى بولدها حتى وضعه في يدها فانطلق صاحب المقاسم الى عبد الله بن قيس فاخبره فارسل اليه عبد الله ابن قيس فقال ما حملك على ما صنعت قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من فرق الحديث وفي المعرفة للمبيهقى بسنك عن جعفر بن محمد عن ابيه عن جك ان ابا اسيد جاء الى النبي

صلى الله عليه وسلم بسبى من البحرين فنظر عليه السلام الى امرأة منهن تبكى فقال ماشأناك
 قالت باع ابني فقال عليه السلام لابي اسيد ابنتها قال نعم قال فيمن قال في بنى عبس
 فقال عليه السلام اركب 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 يا على ما فعل غلامك فاخبرته فقال رده وروى
 سنن الدار قطنى والمستدرک عن على قال قدم على النبى صلى الله عليه وسلم سبى
 فامرنى ببيع اخوين فبعتهما وفرقت بينهما ثم اتيت النبى صلى الله عليه وسلم فاخبرته
 فقال ادركهما فارجعهما وبهما جميعا ولا تفرق بينهما قال الحاكم صحيح على شرط الشيخين
 ولم يخرجاه ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يشفق على الصغير
 ويقوم بحوائجه للشفقة الثابتة من قرب القرابة ففى التفريق بينهما اجاش 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 بحوائجه ولا يستأنس بالآخر عادة بل
 ربما يتأذى به ولان النبى صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين كانتا امتين
 اثنتين كبيرتين وسيرين بالسین المهملة على ما ذكره 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 والحال او اتحدت كخالين عند ابى يوسف لانه يستوحش بفراق الكل وقيل لو
 اتحدت الجهة يترك واحد ويفرق بينه وبين الباقي ان شاء اما لاجتماع مع ابويه فلا يفرق
 بينه وبين واحد منهما لانه لا يستغنى باحدهما عن الآخر وفى شرح الوافى مسبية معاصى
 ادعت انه ابنها لا يثبت نسبه منها لانهما تحمل النسب على الغير ولا يفرق لان قول واحد
 مقبول فى الديانات خصوصا فيما بينى 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
 لا يجوز فى قرابة الولاد لقوتها ويجوز فى قرابة غيرها لضعفها وهو الاصح فى مذهب الشافعى
 وقال مالك لا يجوز فى الام فقط وعن ابى يوسف ايضا وهو قول احمد لا يجوز فى الكل
 لان الامر بالرد فى الحديث السابق لا يكون الا فى البيع الفاسد وهو قول الحسن بن
 زياد وذكر الطحاوى قول محمد مع ابى يوسف وذكره الكرخى مع ابى حنيفة رحمه الله

ولابي حنيفة رحمه الله ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فينفذ والنهي عن بيع
احدهما لمعنى مجاور للبيع غير متصل به وهو الاضرار بالصغير فلا يفسد العقد كالنهي عن
السوم على سوم غيره (لا بيع من يزيد) اي لا يكره لما روى اصحاب السنن الاربعة عن
انس بن مالك ان رجلا من الانصار اتى النبي صلى الله عليه وسلم فسأله فقال اما في
بيتك شىء قال بلى حلس اى كساء نلبس بعضه ونبسط بعضه وقعب اى قدح نشرب فيه
الماء قال ايئننى بهما فاتاه بهما فاخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من يشتري
هذين فقال رجل انا آخذهما بدرهم قال من يزيد على درهم مرتين او ثلاثا قال رجل انا
آخذهما بدرهمين فاعطاهما اياه فاخذ الدرهمين فاعطاهما الانصارى وقال اشتر باحدهما
طعاما فانبذه الى اهلك واشتر بالآخر قدوما فائئننى به فاتاه به فشد فيه رسول الله صلى
الله عليه وسلم عودا بيده قال اذهب فاحتطب وبع ولا اربنك خمسة عشر يوما فذهب
الرجل يحتطب ويبيع فجاءه وقد اصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبا وببعضها طعاما
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من ان تجيء والمسئلة نكتة في وجهك يوم
القيمة قال الزيلعى في 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 البايع للمشتري بعت منك هذا العين بدين لك على على انى متى قضيت الدين فهو
لى فجعلوه فاسدا باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على ايفاء الدين فيفيد الملك عند اتصال
القبض وينقض بيع المشتري كبيع المكره لان الفساد باعتبار عدم الرضا فكان حكمه
كحكم بيع المكره فى جميع ما ذكرنا ومنهم من جعله رهنا منهم السيد الامام ابو شجاع وعلى
السغدى والامام القاضى الحسن الماترىدى 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 سلمها فاذا كان رهنا لا يملكه ولا ينتفع به وارى شىء اكل من زوايده يضمن ويسترده
عند قضاء الدين ولو استأجره البايع لا تلزمه اجرتة 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 انفق مشايخنا فى هذا
الزمان فجعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض 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 لا يكون رهنا ثم ينظر ان كانا اشترطا الفسخ فى البيع فسد البيع وان لم يذكر فى ذلك فى البيع وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء او بالبيع الجائز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك وان ذكر فى البيع من غير شرط ثم ذكر 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 للمشتري بعث منك هذا العين بالف درهم على انى لو دفعت اليك ثمك تدفع العين الى ثم قال ويسمى هذا بيع الوفاء وهذا البيع موجود فى المصر يتعامل به ويسمونه بيع الامانة والله تعالى اعلم *

فصل الاقالة

(الاقالة) مندوبة لما فى سنن ابي داود وابن ماجه عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اقال مسلما بيعته اقال الله عثرته زاد ابن ماجه يوم القيمة وفى رواية البيهقى من اقال نادما وهى تصح بايجاب كافتك وقبول فى المجلس من الآخر وتبطل ايضا (فسخ فى حق المتعاقدين) عند ابي حنيفة الا ان لا يمكن جعلها فسحا (فتبطل) الاقالة (بعد ولادة المبيعة) بعد القبض لان الزيادة المنفصلة تمنع الفسخ بخلاف المتصلة عند ابي 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 او كانت بعد هلاك احد العوضين فى المقايضة فيجعلها ابو يوسف فسحا الا اذا تعذر جعلها فسحا بان تقايلا قبل القبض فى المنقول على خلاف الجنس او المقدار 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 فسحا بان تقايلا بعد القبض بالثمن الاول بعد الزيادة المنفصلة او تقايلا بعد القبض بخلاف جنس الثمن الاول فيجعل بيعا الا اذا تعذر جعلها بيعا بان تقايلا قبل القبض فى المنقول على خلاف الجنس او المقدار فتبطل الاقالة ويبقى على حاله (وصحت) الاقالة (بمثل الثمن الاول) جنسا وقدرا (وان شرط غير جنسه) كما لو كان الثمن دراهم واقاله على دنانير لان غير جنس الثمن ليس ثابتا فى النفسوخ ورفع ماليس ثابتا محال فيكون تسمية غير جنس الثمن فى الاقالة شرطا فاسدا والاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة (او) ان شرط (اكثر منه) اى من الثمن لان

الزيادة يتعذر الفسخ عليها لانها لم تكن ثابتة في المفسوخ فيكون تسميتها شرطا فاسدا فيلغو وهذا يؤيد قول ابي حنيفة ومحمد ان الاقالة فسخ اذ لو كانت بيعا لبطلت بالشرط الفاسد كالبيع (وكذا) تصح الاقالة بمثل الثمن الاول وان شرط (الاقل) فلو تفاقلا بخمسائة والمبيع بحاله لم يتعيب وكان الثمن الفاصحة الاقالة بالفي لانه لا يمكن تصحيحها بخمسائة فيبطل ذكر الخمسائة وتبقى الاقالة فيجب على البايع رد الالف على المشتري (الا اذا تعيب) المبيع بان حدث به عيب عند المشتري فان الاقالة تصح بالاقل حينئذ ويكون المحطوط من الثمن بازاء العيب وهذا كله عند ابي حنيفة واما عندهما ففي اكثر من الثمن يكون بيعا لان البيع اصل عند ابي يوسف وكان جعلها بيعا ممكنا وبالزيادة ظهر قصد البيع فيجعل بيعا عند محمد وكذا في اقل من الثمن يكون بيعا عند ابي 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 الحق (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 لا يبطل (وهلاك بعضه) اى المبيع (يمنع) من الاقالة (بقدره) اعتبارا للجزء بالكل فيجوز الاقالة في الباقي وبمنع في الهالك ولو باع بشرط الاقالة اذار البايع الثمن عند اكثر المشايخ له حكم الرهن فلا يباح للمشتري ان ينتفع به بدون اذن البايع ويسقط الدين بهلاكه وعند بعض المشايخ هو باطل لانه تلاعب وقال نجم الدين النسفي اتفق مشايخنا في هذا الزمان على جوازه لحاجة الناس اليه وتعاملهم به والقواعد قد تترك بالتعامل كما في الاستصناع وفي النهاية وعليه الفتوى وفي الحاشية الصحيح ان العقد ان كان بلفظ البيع لا يكون 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 الشيء والبالغيره وشرعا (ان يشترط) البايع (في البيع انه بما شري به) اى بقدره وجنسه لا بنفسه لان نفس ما شري به صار ملكا للبايع الاول فلا يمكن البيع به الا اذ صار ملكا للمشتري ولو قال بما قام عليه بدل قوله بما شري لكان اولى لان الصبغ والقسارة ونحوهما يضم الى الثمن الاول (والمراحة به) اى بما شري به اى يشترط البايع في البيع انه بما شري (مع فضل) واما اذا كان باقل من الثمن فوضيعة وهما بيعان جائزان لتعامل الناس بهما من غير نكير واما روى عبد الرزاق في مصنفه عن معمر عن ربيعة

ابن ابي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال التولية والاقالة
والشركة سواء الا باس به وروى ابن ابي شيبة في مصنفه عن الحسن وابن سيرين وطاوس انهم
قالوا التولية بيع وفي البخارى عن عايشة ان ابا بكر قال للنبي صلى الله عليه وسلم خذ بابي اذنت
وامى احدى راحلتى هاتين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بالثمن وفي سيرة ابن اسحق فلما قرب
رضى الله عنه الراحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم افضلهما ثم قال اركب فذاك
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 وفي طبقات ابن سعد وكان ابو بكر قد اشتراها
من نعم بنى قشير بثمانمائة درهم فاخذ احدهما وهى القصوى ولان شرائط الجواز متحققة
فيهما وقد مست الحاجة اليهما لان غير الفطن فى الشراء يحتاج الى ان يعتمد على فعل الماهر فيه
فيشتري عنه بمثل ما اشتري وبزيادة ربع لئلا يغبن باكثر مما لو لم يعتمد على فعله ولهذا
كان مبناها على الامانة والاحترار عن التهمة والخيانة اذ لو لم يبنيها على ذلك فات المقصود
(وشروطها) اى المراجعة والتولية وكذا الوضعية (شراؤه) اى شراء البايع المبيع (بمثلى) اى
كئلى او وزنى او عددى متقارب (وله) اى للبايع (ضم اجرة القصاره والحمل ونحوهما) اى
نحو القصاره مما زاد فى عين المبيع ونحو الحمل مما زاد فى قيمته لان ما زاد فى عين الشئ
او فى قيمته ماحق به وانما كان الحمل مما يزيد فى قيمة المبيع لان القيمة يختلف باختلاف
المكان فيضم اجر الفتل والطراز والصبغ والغسل والحياطة ونحوها والاصل ان ما جرى
عرف التجار على الخافه برأس المال يالحق به وما لا فلا واما اجرة الدلال فلا تضم اتفاقا
وتضم نفقة المبيع وكسوته لان نفقة المشتري على نفسه فى سفره من وقت شرائه للمبيع وقد
بالاجرة لانه لو فعل القصاره او الحمل او نحوهما بيده لا يضم (ويقول قام على بكذا) ولا يقول
شريت بكذا متحرزا عن الكذب اذ المشتري به ما ذكره ثمننا فى العقد (فان ظهر خيانته
فى المراجعة) باقرار البايع او بالبينة او بنكوله عن اليمين وقد ادعاها المشتري (اخذة)
اى المبيع (بثمنه) كله (اورده) بالفسخ (و) ان ظهر له خيانة (فى التولية حط) الخيانة من
الثمن ولا يفسخ هذا عند ابي حنيفة (وعند ابي يوسف حط فيهما) اى فى المراجعة والتولية
وهو قول الشافعى فى المختصر واحمد (وعند محمد) وهو قول المشافعى (خير فيهما) بين الاخذ
بكل الثمن والفسخ ولو اشترى بالف مؤجلة وباع برىح مائة او باع تولية بلا بيان
خير المشتري للبايع بين اخذه بكل الثمن وبين رده اتفاقا وفى المحيط من اشترى شيئا وصار
مغبونا غبنا فاحشاله ان يرده على البايع بحكم العبن وقال القاضى ابو على النسفى فيه

روايتان عن اصحابنا ويفتى برواية الرد رفا للناس وكان صدر الاسلام ابو اليسر يفتى بان البايع ان قال للمشتري قيمة متاعى كذا او قال متاعى يساوى كذا فاشترى بناء على ذلك فظهر بخلافه له الرد بحكم التفرير وان لم يقل ذلك فليس له الرد وبعضهم لا يفتون بالرد بكل حال والصحيح ان يفتى بالرد اذا وجد التفرير وبدونه لا يفتى والله تعالى اعلم

فصل الربوا

(الربوا) لغة الفضل والزيادة يقال هذا يربو على هذا اي يفضل ومنه قوله تعالى (وما اوتيتم من ربا ليربوا في اموال الناس فلا يربوا عند الله) وسمى المكان المرتفع ربوة لفضل على سائر البقاع وشرعا (فضل خال عن عوض) اي لا يقابله عوض في معاوضة مال بمال (شرط لاحد المتعاقدين في المعاوضة) في شرح الوقاية اي فضل احد المتعاقسين على الآخر بالمعيار الشرعى اي الكيل والوزن ففضل قفيزى شعير على قفيز بر لا يكون ربا وكذا فضل عشرة اذرع من الثوب الهروى على خمسة اذرع منه لا يكون ربا وقال خال عن عوض ليحترز عن بيع كر بر وكر شعير بكرى بر وكرى شعير فان للثاني فضلا عن الاول لكنه غير خال عن العوض بصرف الجنس الى خلاف الجنس وقال شرط لاحد المتعاقدين لانه لو شرط لغيرهما لا يكون ربا وقال في المعاوضة لان الفضل الخالى عن العوض الذى فى الهبة ليس ربوا انتهى وفي جمع العلوم الربا شرعا عبارة عن عقد فاسد وان لم يكن فيه زيادة لان بيع الدرهم بالدرهم نسا ربوا وان لم يتحقق فيه الزيادة اقول ولا يبعد عد النساء زيادة مجازا ثم ثبوت حرمة الربوا بالكتاب نحو قوله تعالى (لا تأكلوا الربوا) وبالسنة نحو ما رواه احمد وابوداود من حديث ابن مسعود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن آكل الربوا وموكله وشاهده وكتبه وجامع الامة قال الاسيبجاني اتفقوا على انه اذا انكر ربا النساء يكفر واختلفوا في ربا الفضل فان ابن عباس لا يرى الربوا الا فى النسبية 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 والمالح بالمالح 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 مثل سواء وزاد بعد قوله يدا بيد فمن زاد او استزاد فقد اربى الآخذ والمعطى فيه سواء والتقدير فى

هذه الرواية يبعوا مثلا بمثل وروى محمد بن الحسن في اول بيوع الاصل قال حدثنا ابو حنيفة عن عطية العوفي عن ابي سعيد الخدرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد والفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا وهكذا الى آخر الاشياء الستة فالتقدير فبيعهما مثل بمثل او يباع مثل بمثل وهو خبر بمعنى الامر بل أكد منه تحقيقا لمعنى البيع وفي رواية لابى داود عن عبادة بن الصامت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب بالذهب تبره وعينه والفضة بالفضة تبرها وعينها والبر بالبر بمدى بمدى والتمر بالتمر بمدى بمدى والمالح بالمالح بمدى بمدى فمن زاد او ازداد فقد اربى ولا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة اكثرهما يدا بيد واما نسيئة فلا ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير اكثرهما يدا بيد واما نسيئة فلا وفي القاموس المدى بضم مكىال الشام ومصر وهو غير المد جمعه امداد ورواية 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 المالح بالمالح الا سواء بسواء عينا بعين ولكن يبعوا الذهب بالورق والورق بالذهب والبر بالشعير والشعير بالبر والتمر بالمالح والمالح بالتمر يدا بيد كيف شئتم وقد اتفق القائلون ان الحكم ليس مقصورا على الاشياء الستة لان النص معلل بالاتفاق خلافا لداود الظاهرى نافي القياس وعثمان البتى لكن اختلفوا في العلة فقال علماءنا (وعلته) اى علة وجوب المساواة وحرمة الفضل او علة كون المال ربويا (القدر اى الكيل او الوزن مع الجنس) فلا ربا فيما لا يدخل تحت كيل او وزن كالحفنة من القمح والنرة 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 فى الاشياء الاربعة والثمنية فى الذهب والفضة والجنسية شرط لانعمل العلة بدونه وبه قال مالك واحمد فى رواية لما روى مسلم من حديث معمر بن عبد الله ان النبى صلى الله عليه وسلم قال الطعم مثلا بمثل وفى رواية لا تبيعوا الطعام بالطعام الا مثلا بمثل وفى رواية الا سواء بسواء ونصيهما على الحال ووجه الدلالة ان الطعام مشتق من الطعم ومتى ترتب الحكم على اسم مشتق كان مأخذ الاشتقاق علة له والطعم بالفتح ما يؤذنه النوق من حلاوة ومرارة وما بينهما وبالضم الطعام ولنا ما روينا عن ابي 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 تنهيمها

للمفائدة في حق العاقدين اذ لو كان احد العوضين اقل من الآخر لكانت الفائدة تامة
 لاحد العاقدين دون الآخر والمماثلة باعتبار الصورة القدر وباعتبار المعنى الجنس
 وروى الشيخان عن سعيد بن المسيب ان ابا سعيد الخدري و ابا 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 نشتري الصاع بالصاعين والصاعين بالثلاثة من الجمع فقال صلى الله عليه وسلم لا تفعل
 ولكن بع هذا واشتر بثمانه من هذا وكذلك الميزان انتهى والجمع تمر ردى مخلوط وفي
 رواية لهما قال ابو سعيد جاء بلال الى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر برنى فقال من اين
 هذا قال كان عندنا تمر ردى فبعته منه صاعين بصاع فقال اوه عين الربوا لا تفعل ولكن
 اذا اردت ان تشتري التمر فبعه ببيع آخر ثم اشتر به ووجه الدلالة انه اشترط في
 الجنس المماثلة وهى لا تتحقق الا بالكيل او الوزن ثم قال البيهقي الاشبه ان قوله وكذلك
 الميزان من قول ابي سعيد انتهى والظاهر انه مرفوع لما في الصحيحين لا تفعل بع الجمع
 بالدرهم ثم اتبع بالدرهم جنيبا وقال في الميزان مثل ذلك فان ضمير قال اما اليه صلى الله
 عليه وسلم فهو ظاهر واما الى ابي سعيد فيفيد انه نقل في الميزان مثل ما نقل في الكيل والله تعالى
 اعلم بالاحوال وفي الكفاية اختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم والمقصود بالحنطة والشعير
 جنسان عندنا وعند الشافعي لكونهما مختلفين اسما ومعنى وعند مالك جنس واحد (والبر
 والشعير والتمر والماع كيلي) وان ترك الناس الكيل فيه (والذهب والفضة وزنى) وان ترك
 الناس الوزن فيه (وغيرها) اى غير المذكورات وفي نسخة اخرى وغيرهما اى غير ما ذكرناه
 من كيلي ووزنى (على العرف) يبني عملا بالادنى عند عدم الاقوى وعن ابي يوسف ان العرف
 يعتبر فيهما ايضا لان النص فيهما انما كان لانه العادة في ذلك الوقت فكانت العادة هى
 المنظور اليها وقد تبدلت فلو باع حنطة بجنسها متساويا وزنا او ذهبها بجنسه متساويا كيلا
 لا يجوز عند ابي 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 بمثل متفاضلا لوجود الكيل مع الجنس ولا بيع الحديد بمثل
 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 فحرمه ربوا الفضل بالوصفين وحرمة ربوا النساء

بأحدهما وقال مالك لا يجوز بيع حيوان بائنين من جنسه يقصد بهما امر واحد من ذبح
 وغيره وقال الشافعي ماعدا الذهب والفضة والما كول والمشروب لا يحرم فيه شيء من
 جهة الربوا ولنا ما روى احمد في مسنده عن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
 قال في الحيوان اثنان بواحد لا بأس به يدا بيد ولا يصلح نساء وفي رواية لاخبر فيه نساء
 (ولا يجوز) بيع (الكيلى بمثله الا متساويا كيلا) وان تعارفوا فيه الوزن (و) لا (الوزنى) بمثله
 (الامتساويا وزنا) وان تعارفوا فيه الكيل وهذا عند ابي حنيفة ومحمد لقوله صلى الله عليه
 وسلم في حديث عبادة مثلا بمثل سواء بسواء ووجه الدلالة انه صلى الله عليه وسلم شرط
 في جواز بيع المكيل بجنسه والموزون بجنسه المساواة بما اعتبر فيه من القدر وحصول
 المساواة بغير ذلك لا تعرف بها المساواة في ذلك فلا يجوز كما لو باع مجازفة ويكفي
 التعيين في بيع المال الربوى بمثله ولا يشترط التقابض قبل التفريق عندنا وشرطه مالك
 والشافعي كالصرف لما روينا من قوله يدا بيد والمراد به القبض وانما كنى عنه بها
 لانها آلة ولانه المراد في التقدين فكذا في غيرهما ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب
 القبض وللمنقد مزية على غيره فيتحقق شبهة الربوا وهى مانعة كالحقيقية كما في الحال
 والمؤجل ولنا انه باع عينا بعين فلا يشترط فيهما التقابض كما لو باع ثوبا بثوب او ثوبين
 واقترا لا عن قبض وهذا لان المطلوب من العقد التمكن من التصرف وذا يترتب
 على التعيين غيرانه في النقود لا يتحقق الا بالتقابض فاشترطه في الصرف للتعين لا لنفسه
 وغير النقود يتعين بالتعيين فلا حاجة الى التقابض والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم
 يدا بيد عينا بعين اذ اليد آلة التعيين فلم يكن حمل على القبض اولى بل حمله على
 هذا احق لما في رواية عبادة بن الصامت عينا بعين وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتاً في
 المالية عرفاً بخلاف الحال والمؤجل لكن ما في الصحيحين عن عمر رضى الله عنه ان رسول
 الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء
 الحديث يرجع حمله على القبض كيف ومعنى هاء خذ وهو من اسماء الافعال قوله تعالى
 هاؤم اقرؤا كتابه كذا حقه بعض المتأخرين (والجيد والردى سواء) لاطلاق الحديث
 والحديث جيداً ووردياً سواء لان الجودة لا يجوز الاعتياض عنها لان بيع فقير حنطة جيدة
 بفقير حنطة ردية ودرهم لا يجوز بالاجماع وما لا يجوز الاعتياض عنه بالبيع لا يكون ما لا
 متقوما كالحمر (وجاز بيع حفنة) من كيلي (بحفتين) وتفاحة بتفاحتين وبيضة ببيضتين وهوزة
 بجوزتين وتمرة بتمرتين لانعدام علة الربوا بانعدام جزئها وهو القدر اذ المراد بالامثلة
 القدر بالنص ولاتقدير في الشرع بحفنة ولا حفنتين ولنا يضمن الحفنة والحفتان بالقيمة

عندنا كما لو باع ما دون نصف صاع بما دون نصف صاع جازلانه لا تقدير في الشرع
بما دون نصف الصاع بخلاف ما دون نصف صاع بنصف صاع او اكثر فانه لا يجوز الا مثلا
بمثل لوجود القدر من احد الجانبين لوقوع التقدير بنصف الصاع في الشرع كما في صدقة
القطر وعند مالك والشافعي واحمد لا يجوز ذلك الا في رواية عن مالك ورواية عن
احمد وروى المعلى عن محمد انه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شيء حرم في الكثير
فالقليل منه حرام والى هذه الرواية مال بعض المحققين (و) جاز (فلس بفلسين باعيانها)
اي الفلس والفلسين بان كان كل من الفلس والفلسين معينا وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف وبه قال مالك والشافعي في الاصح وعند محمد واحمد لا يجوز بيع درهم بدرهمين قيد
باعيانها لانها لو كانا واحدهما بغير عينه لم يجز بالاتفاق اما ان كانا بغير اعيانها فلانه
بيع الكالى بالكالى اعنى النسبة بالنسبة وهو منتهى عنه واما ان كان احدهما بغير عينه
فلان الجنس بانفراده يجرم النساء (و) جاز (اللحم بالحيوان) من غير جنسه ومن جنسه ايضا عند
ابي حنيفة وابي يوسف والمزني من اصحاب الشافعي وقال محمد لا يجوز اذا كان من
جنسه الا اذا كان اللحم اكثر مما في 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 والشافعي
واحمد لا يجوز بجنسه اصلا لا بطريق الاعتبار ولا بغيره ومذهب مالك واحمد انه يجوز
بغير جنسه والاصح في مذهب الشافعي انه لا يجوز بغير جنسه لعموم النهي فيما روى مالك
في الموطأ وابوداود في المراسيل عن سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان وهو مع قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الآخر اذا
اختلف الانواع فبيعوا كيف شئتم دليل مالك واحمد وابي حنيفة انه بيع موزون بغير موزون
فيصح كيف ما كان كما لو باع الثوب بالقطن وهذا لان الحيوان ليس بموزون بل هو
عددي متفاوت والمراد بالنهي في حديث ابن المسيب ما اذا كان احدهما نسبة لما في
السنن الاربعة عن سمرة بن جندب ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسبة
قال الترمذي حديث حسن صحيح واخرج عن الحجاج بن ارطاة عن ابي الزبير عن جابر بن
عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيوان اثنان بواحد لا يصح نساء ولا بأس به
يدا بيد وقال حديث حسن (و) جاز (الذئبق بجنسه) والتخالة بجنسها (كيلا) ونص
الشافعي في القديم والجديد انه لا يجوز بيع الذئبق بالذئبق كيلا وحكى ابو حنيفة والمزني
عن الشافعي جوازه وهو مذهب احمد وقيد بالكيل لان بيع الذئبق بالذئبق وزنا لا يجوز

لان الدقيق كيلى ولهذا لايجوز 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 لايجوز بيع الرطب بالتمر وهو قول مالك والشافعى
 واهمد لما روى مالك في الموطأ عن عبدالله بن يزيد مولى الاسود بن سفيان عن زيد بن
 ابى عياش عن سعد بن ابى وقاص انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن شرى
 التمر بالرطب فقال صلى الله عليه وسلم اينقص الرطب اذا بيع قالوا نعم فنهاه عن ذلك ومن
 طريق مالك رواه اصحاب السنن الاربعة وقال الترمذى حديث حسن صحيح فافسد صلى الله
 عليه وسلم البيع و اشار الى ان العلة النقصان عند الجفاف وبه تبين ان شرط جواز العقد المماثلة
 في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف وذلك لا يعرف بالمساواة كيلا في الحال لان قفيز الرطب
 ربهما يصير نصف قفيز عند الجفاف وكان ذلك كبيع الدقيق بالحنطة حيث لايجوز للتفاوت بعد
 الطحن ولا بى حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم حين اهدى له رطب اكل تمر خبير هكذا فسمى
 الرطب تمرا كذا قيل وهوانما يتم في الجملة اذا كان المهدي رطبا وليس كذلك بل كان تمرا لما
 في الصحيحين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث اخا بنى عدى الانصارى فاستعمله على خبير
 فقدم بتمر جنيب فقال صلى الله عليه وسلم اكل تمر خبير هكذا فقال لا الحديث وله ايضا قوله
 صلى الله عليه وسلم في حديث عبادة بن الصامت والتمر بالتمر مثلا بمثل والماع بالماع مثلا
 بمثل سواء بسواء يدايد 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 فباخره وهو قوله اذا
 اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم وهذا حسن في 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 بن ابى عياش فهو ممن لا يقبل حديثه وقد اجيب
 بانه على تقدير صحة السند فالمراد عنه النسبة لما في سنن ابى داود عن يحيى بن كثير عن عبدالله
 ابن يزيد ان ابا عياش اخبره انه سمع سعد بن ابى وقاص يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
 عن بيع الرطب بالتمر نسبة وكذا رواه الطحاوى واذا صححت الزيادة يجب قبولها على المختار
 عند المحققين وان كان الاكثر لم يروها لكن قدرد ترديده بين كونه تمرا اولابان ههنا قسما
 ثالثا وهو كونه من الجنس ولايجوز بيعه بالآخر كالحنطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية
 السكيل بينهما فكذا الرطب بالتمر لايسويهما السكيل وانما يسوى في حال اعتدال البدلين وهو
 ان يجف واو حنيفة بمنعه ويعتبر التساوى حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لا يمنع لكن
 فيدان التعليل في معرض النص غير مقبول واما ما ذكره الشارح بان التفاوت بين الرطب والتمر

باصل الخلقه فيكون ساقط للاختبار كالتفاوت بين الجيد والردى ففى غاية من السقوط (و) جاز
 (العنب بالزبيب) عند ابي حنيفة خلافا لمن تقدم والوجه ما بيناه في الرطب والتمر من الجانبين
 وقيل لا يجوز اتفاقا كالحنطة المقلية بغير المقلية (و) جاز (البر) حال كونه (رطبا) اى
 غير يابس (او) حال كونه (مبلولا بمثله او باليابس المنقع) فيجوز البر الرطب بمثله
 وباليابس والبر المبلول بمثله وباليابس (و) جاز (التمر) المنقع (و الزبيب المنقع) اسم
 مفعول من انقعه فى الخابية اذا القاه فيها ليبتل ويخرج منه الحلاوة واسم الشراب نقيع (بالمنقع
 منهما) اى بمثله وباليابس فمن هذا يعنى الباء اى جاز بيع التمر المنقع بمثله وباليابس والزبيب
 المنقع بمثله وباليابس (متساويا) وهذا عند ابي حنيفة وابي 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 فى الباقي على اصله وقال محمد لا يجوز بشىء من ذلك لانه
 يعتبر المماثلة فى اعدل الاحوال وهو حال اليبس ولم يوجد فى هذه الصورة (و) جاز (لحم حيوان
 باحم 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 كمنهنا وكذا الاصع
 من مذهبه فى الالبان انها اجناس مختلفة لان اصولها مختلفة الاجناس حتى لا يضم 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 والبواب اهليتها ووحشيتها والبحريات وبه قال احمد فى
 احدى الروايات وعنه روايتان اخرى ان كقول الشافعى قيد الحيوان بكونه من غير الجنس
 لانه لو كان من الجنس كالحم البقر باحم الجاموس ولبن البقر بلبن الجاموس لم يجز بيع
 اهدهما بالآخر متفاضلا لانهما جنس واحد ولهذا يضم اهدهما الى الآخر فى الزكات وكذا
 لحم المعز والضأن ولبنهما ولحم العراب والبخت ولبنهما 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 الدقل بالذ كرمع 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 فسول

ابي يوسف والبر كيلى بالنص وكذا الدقيق لانه جزءه فلم يجمعهما القدر من كل وجه وعن
 ابي حنيفة انه لا يجوز وبه قال الشافعى واحمد لان في الخبز اجزاء الدقيق وذلك يورث
 شبهة المجانسة والفتوى على الجواز (وان كان احدهما) اى جاز ان لم يكن احد البلدين
 الذين هما الخبز والبر والخبز والدقيق نسئة وان كان احدهما (نسية) اما ان كان
 البر هو النسية فالجواز باتفاق لامكان ضبطه وان كان الخبز هو النسية فعند ابي يوسف اذا
 ذكر وزنا معلوماً ونوعاً معلوماً وعليه الفتوى لحاجة الناس اليه (لا البر) اى لا يجوز البر
 (بالدقيق او بالسويق) اى بدقيق البر او سويقه 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 مستوي بينهما وبين البر لاكتنازهما
 وتداخل البر ويجوز عند مالك واحمد في رواية بيع البر بالدقيق وبالسويق كيلا
 ووزنا (ولا الدقيق بالسويق) اى دقيق البر بسويقه (متفاضلا او متساويا) وهذا عند ابي
 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 يصاح لها لا يصاح له الآخر فان الدقيق يصاح للخبز
 والعصيد ونحوهما ولا يصاح لشيء من ذلك السويق بل يلبت بالسمن او العسل ويؤكل
 (ولا يجوز السمسم بالحل) بفتح الحاء المههامة وهو دهن السمسم المسمى بالشيرج (الا ان
 يكون الحل اكثر مما) اى من حل او من الندى (في السمسم) ليكون قدر الحل بمثل
 والزائد بالثفل وكذا بيع الزيتون بزيتته والجوز بدهنه واللبن بسمنه والسمن بزبد
 والعنب بعصيره على ما في الهداية وغيره وعند مالك والشافعى واحمد لا يجوز اصلا
 (ويستقرض الخبز وزنا لاعداد) وهذا عند ابي يوسف في الكافي وعليه الفتوى لانه موزون فيعلم
 بالوزن لا بالعدد لتفاوت امداده قدر اولا يتحقق التساوى وعند ابي حنيفة لا يجوز مطلقا وان وزن
 فهو متفاوت بتفاوت الخبز والخبز والتنور والتقدم والتأخر والاستقرض انها يصح في
 المثلى لان من شرطه القدرة على اداء مثل المستقرض وقد فات شرط صحته فلا يصح واجازه
 محمد بالعدد ايضا للتعامل والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع وفي منهب الشافعى
 وجهان في استقرض الخبز احدهما كقول ابي حنيفة وهو الاصح والثانى الجواز وزنا وعددا وبه
 قال احمد وهو اختيار ابن الصباغ لحاجة الناس اليه (ولا ربا بين السيد وعبد) لان العبد

وما في يده لسيدته هذا اذا لم يكن مأذونا مديونا وكذا لا ربا بين السيد وام ولده ولا بين المدبر وسيدته لان كسب كل واحد منهما لسيدته بخلاف المكاتب لانه صار كالحر يدا وتصرفا (و) لا ربا (بين مسلم وحر في داره) اى دار الحرب وقال ابو يوسف ومالك والشافعى واحمد يقع بينهما الربوا لاطلاق النصوص الواردة ولاى حنيفة ومحمد ان مال اهل الحرب مباح في دارهم فكان المرابي آخذا بالربوا مالا مباحا بلا غدر فيصح والمراد بالنصوص الربا في مال محظور ومال الحربى في 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 في دار الحرب ذكره محمد بن الحسن واسند البيهقى في المعرفة في 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 واطنه قال واهل الاسلام قال الشافعى وهذا حديث ليس له ثبات ولا حجة فيه وقال في المبسوط هذا مرسل ومكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول والله تعالى اعلم *

فصل

(ولا يجوز بيع مشتري 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 لا يجوز ايضا لانه مبيع لم يقبض فلا يصح بيعه كالمقول وقال احمد لا يجوز بيعه قبل القبض ان كان مكبلا او موزنا او معدودا والا جاز وقال مالك يجوز جميع التصرفات ان كان غير طعام لانه صلى الله عليه وسلم قال في الطعام يدا بيد وقبل القبض لا يتأتى ذلك ولما روى هو عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه ولما روى ابو داود وابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وصححه عن عبد الله بن عمر قال ابتعت زيتا في السوق اى اشتريته فلما استوجبت له لقينى رجل فاعطاني فيه ربعا حسنا فاردت ان اضرب على يده فاخذ رجل من خلفى بنراعى فالتفت فاذا هو زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار الى رحالهم وعن حكيم بن حزام قلت يا رسول الله انى رجل ابتاع هذه السلع وابتاعها فما يحل لى منها وما يحرم قال لا تبيعن شيئا حتى تقبضه وزواه الطحاوى عن حكيم بن حزام قال قلت اشترى طعاما فاربح فيه قبل ان اقبضه فسألت النبى

صلى الله عليه وسلم فقال لا تبعه حتى تقبضه وفي الصحيحين عن ابن عباس الذي نهى عنه
 النبي صلى الله عليه وسلم هو الطعام قبل ان يقبض قال ولا احسب كل شىء الا مثله انتهى
 والتخصيص على الشىء لا ينفى الحكم عما عداه قيد بالبيع لان المشتري لو وهبه
 او تصدقه او اقترضه قبل قبضه يصح على الاصح وهو قول محمد خلافا لابي يوسف وقيد بالمشتري
 لان بيع المهر او الميراث او بدل الخلع او بدل العتق قبل القبض جائز اتفاقا لان العقد
 لا يفسخ بهلاكه (وصح التصرف) اى تصرف البائع (في الثمن قبله) اى قبل قبضه (و)
 صح (الخط عنه) اى عن الثمن بان نقص منه (و) صح (المزيد فيه) اى الذى زيد في
 الثمن على ان المزيد اسم مفعول او الزيادة فيه على انه مصدر ميمى سواء كان ذلك
 من المشتري او من اجنبى وسواء كان من جنس المزيد او من غير جنسه (ان بقى المبيع)
 هذا شرط لصحة الزيادة والمراد ببقاء المبيع بقاءه محلا للمقابلة في حق المشتري حقيقة
 بان لم يبعه المشتري ولم يتصدق به ولم يهبه او وهبه ولم يسلم حتى لو باعه او تصدق به
 او وهبه وسلم لا يصح الزيادة وعن محمد يصح لبقاء المبيع كذا في المحيط (و) صح المزيد
 (في المبيع) عطف على فيه اى وصح المزيد في المبيع سواء بقى المبيع او هلك ويكون لذلك
 المزيد حصة من الثمن حتى لو هلك قبل قبضه سقط لحصته شىء من الثمن والاصل ان
 الزيادة والنقصان باحتمان باصل العقد عندنا فيصير العقد كانه ورد على ذلك القدر وعند
 زفر والشافعى لا يحتمان به بل يكونان هبة متبدأة قيد زيادة الثمن ببقاء المبيع لان الزيادة
 تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع فيستندعى قيام العقد وقيامه بقيام المعقود عليه
 (لكن الشفيع ياخذ) العقار الذى حط من ثمنه والذى زيد فيه (بالاقل) فياخذ بما بقى في
 الخطوبدون الزيادة في المزيد لان حق الشفيع تعلق بالعقد الاول ولا يملك العاقدان التصرف
 فيه بما يرجع الى اضراره فلم تظهر الزيادة في حقه وظهر الخط فيه (وصح تأجيل كل دين) حال
 سواء ثبت في 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 عاينه الثمن ولانه يملك
 اسقاط المطالبة مطلقا بالابراء فلان يملك اسقاطها مدة معينة بالتأجيل اولى ولو اجله الى
 اجل مجهول فان كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح لا يصح وان كانت متعارفة كالحصاد
 والدياس يصح كما في الكفالة (الا القرض) وهو ما ثبت في الذمة بامتقراض فانه لا يصح تأجيله
 حتى لو اجله مدة معلومة عند الافتراض او بعده لا يثبت الاجل وله المطالبة في الحال وقال مالك
 يصح تأجيل القرض كسائر الديون وقال الشافعى لا يجوز تأجيل غير القرض كالقرض ولنا ان
 القرض اعادة وتبرع ابتداء ولهذا يصح بلفظ الاعارة ومعاوضة انتهاء حتى يلزمه رد مثل فعلى اعتبار

الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كالأعارة فان المعير وان وقت الاعارة له ان يستردها من ساعته
 اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح التأجيل فيه لانه مبادلة الدرهم بمثلها
 نسية وهو حرام (ويدخل البناء والمفاتيح) المتصل اغلاقها به (والعلو والسكنيف في بيع الدار)
 لان العرصه اصل في الدار لقرار البناء وانما دخل البناء وما اتصل به في بيع الدار
 بطريق التبعية لاتصاله بالعرصة اتصال قرار فما لا يكون متصلا بالبناء لا يدخل في بيع
 الدار الا اذا جرى العرف ان البايع يسامح به فانه يدخل بلا ذكر فيدخل العلو بلا
 ذكر لاتصاله بالبناء ولا يدخل المفتاح في القياس لانه غير متصل بالبناء فصار كثوب
 موضوع في الدار ويدخل في الاستحسان اذ العادة ان البايع لا يمنع عن المشتري بل
 يسلمه مع الدار اليه ولا يدخل الباب الموضوع والقفل ومفتاحه ويدخل السلم المتصل
 بالبناء ولو كان من خشب ولا يدخل غير المتصل الا في عرف اهل مصر فانه يدخل ذكره
 الزيلعي ويدخل الحجر الاسفل من الرمي وبه قال مالك والشافعي واحمد ويدخل الحجر
 الا على منها استحسانا وهو الاظهر في مذهب الشافعي (لا الظلة) اي لا تدخل الظلة في
 بيع الدار وهي السدة التي فوق الباب على ما في المغرب او السباط الذي يكون احد طرفيه
 على الدار والطرف الآخر على دار اخرى او على اسطوانات في السكة على ما في جامع
 قاضيخان (الابنكر كل حق هو لها) اي للدار (او بمرافقتها) اي بذكر مرافقتها وهي حقوقها
 ومنافعها (او بكل قليل) اي بذكر كل قليل (وكثير هو فيها او منها) وهذا عند ابي حنيفة
 وعندهما يدخل الظلة ان كان مفتحة في الدار لانهما حيثئذ من توابع الدار فصارت كالسكنيف
 والعلو ولا يحنيفة ان الظلة تابعة للدار من حيث ان قرار احد طرفيها على بناء الدار وليست
 بتابعة لها من حيث ان قرار طرفيها الآخر على غير بنائها فلا تدخل بلا ذكر الحقوق وتدخل
 بذكرها عملا بالشبهين (و) يدخل (الشجر) في بيع الارض بلا ذكره صغيرا كان او كبيرا
 مما يثمر او مما لا يثمر (لا الزرع) اي لا يدخل الزرع (في بيع الارض) بلا ذكره والفرق
 بينهما ان اتصال الشجر بالارض للقرار فكان كالبناء واتصال الزرع بها للقرار فكان كالمتاع
 وانما دخل الجنين في بيع امه من غير ذكر مع ان اتصاله ليس للقرار لانه جزء منها (ولا)
 يدخل (الثمر) وهو بالمثلثة (في بيع الشجر) الا بشرطه سواء كان لذلك الثمر قيمة وقت البيع
 او لم يكن لقوله صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله للبايع الا ان يشترط المبتاع ومن
 باع خلا مؤبرا فالثمرة للبايع الا ان يشترط المبتاع رواه اصحاب الكتب الستة ولان اتصال
 الثمر باصله وان كان اتصال قرار اتصال الشجر بالارض الا ان قطع الثمر له غاية معلومة فصار
 في حكم المقطوع ويقال للبايع اقطع الثمر وسلم الشجر وكذا اذا بيعت الارض وبها زرع

يؤمر البايع بالحصاد والتسليم وقال مالك والشافعي واحمد يترك الثمر حتى يظهر صلاحه ويترك الزرع حتى يستحصد لان الواجب هو التسليم المعتاد ولم يجز العادة بقطع الثمر قبل بدو صلاحها ولا حصاد الزرع قبل استحصاده وصار كما لو مضت مدة الاجارة وفي الارض زرع لم يدرك (ولا) يدخل (العلو في بيع بيت) فوفه بيت (الابشرطه) لاتبعا ولا بندكر ما ذكر لان البيت اسم لمسقف له دهليز ويصاح للبيتوتة فيه والشئ لا يكون تبعا لمثله ولا من حقوقه ومرافقه (ولا) في (بيع منزل) فوفه بيت تبعا (الابندر ما ذكر) 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 والشئ لا يستتبع مثله وليس من اجزائه وتوابعه ليدخل بندكر التوابع والمنزل دون الدار وفوق البيت فله منزلة بين المنزلتين فتوفر على شبهين حظهما فيدخل العلو فيه تبعا بندكر التوابع عملا بشبهه في الدار ولا يدخل بدونه عملا بشبهه بالبيت وفي شرح الوافي قالوا هذا على عرف اهل الكوفة واما على عرفنا فيدخل العلو في الكل سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار (كالطريق) اي كما لا يدخل الطريق في بيع ماله طريق (والشرب) في بيع ماله شرب (والمسيل) في بيع ماله مسيل الا بندكر الحقوق او المرافق لان كل واحد منهما تبعا 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 بندكر ما ذكر عملا بالشبهين (وتدخل) هذه الثلاثة في 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) اي الذي ولدته الامه عند المشتري لا بالاستيلاء (ان استحققت امه بيينة وان) استحققت بان (افر) المشتري (بها) لمدعيها (لا) اي لا يؤخذ بل تؤخذ امه وحدها ويدخل في 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 اي ملك المالك والمعنى اذا باع شخص ملك غيره انعقد بيعه وبه قال مالك وهو بيع الفضولى ولمالك (فسخه) اي فسخ البيع وهو مبتدأ خبره الظرف المقدم (وله) اي للمالك (اجازته ان بقى العاقدان) والمعقود له وهو المالك (والمبيع وكذا ان بقى الثمن) حال

كونه (عرضاً) لانه مبيع من وجه وقال الشافعي في الجديد واحمد في رواية لا ينعقد لانه
 اضاف ذلك المبيع الى محل لا ولاية له عليه لانها تكون بالملك المطلق للتصرفات او باذن
 المالك الذي له ولاية التصرف ولم يوجد واحد منهما فيلغو والتصرف الشرعي كما يتوقف
 على الاهل والمحل يتوقف على الولاية الشرعية فاذا فاتت لا ينعقد ولان بيع الآبق لا ينعقد
 مع كونه مملوكا لعدم القدرة على تسليمه فما لا يملكه البايع اولى ولنا ما روى عن عروة وغيره ان
 النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى عروة البارقي دينارا ليشتري به شاة للاضحية فاشترى
 به شاتين وباع احديهما بدينار وجاء بشاة ودينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال
 عليه السلام بارك الله لك في صنعتك ووجه الدلالة ان عروة باع الشاة الثانية من غير
 اذن النبي صلى الله عليه وسلم وقد اجازه عليه السلام وروى الطبراني في معجمه والترمذي
 في جامعه مثل هذا عن حكيم بن حزام الا ان حكيم اعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم
 دينارا ليشتري به اضحية فاشترى اضحية بدينار فباعها بدينارين ثم اشترى اضحية
 بدينار وجاء بدينار وضحية فتصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدينار ودعاه بالبركة ولان
 هذا تصرف صدر من اهل لانه عاقل بالغ مضافا الى محل لانه مال متقوم ولا ضرر في 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 المشتري وقرار الثمن وفيه
 نفع العاقد من حيث صيانة كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فيثبت القدرة الشرعية
 تحصيلاً لهذه الوجوه على ان الاذن ثابت دلالة لان كل عاقل راض بتحصيل التصرف
 النافع له وكذا كل ماله مجيز حاله وقوعه من العقود والفسوخ والنكاح والطلاق فهو على
 الخلاف وان لم يكن له مجيز حاله العقد لا يتوقف ويقع وإنما شرط بقاء العاقدين والمعقود
 عليه وله لان الاجازة تصرف في العقد فيفتقر الى قيامه وقيامه بقيام هذه الاشياء وخص المصنف
 بيع الفضولي بالحكم لان شراءه لا يتوقف على الاجازة بل ان وجد نفاذا على الفضولي نفذ
 عليه وان لم يجد نفاذا عليه بان كان حججاً عليه يتوقف وقال الشافعي في القديم يتوقف
 كالبيع وبه قال مالك واحمد في رواية ولنا ان الثمن في الشراء لازم لثمة المشتري 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 الفضولي من الايجاب
 والقبول عندنا (وهو) اي الثمن اذا اجاز المالك البيع (ملك للمجيز) وهو المالك (وامانة
 عند بايعه) وهو الفضولي لانه حينئذ بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة
 الوكالة السابقة (وله) اي للمبايع الفضولي (فسخه) اي البيع (قبل الاجازة) دفعا للمحقوق 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 اعتناق المشتري من الغاصب) ان اجيز بيع الغاصب (لا يبيعه) أى لا يجوز بيع المشتري من الغاصب (ان اجيز بيع الغاصب) يعنى من اشترى عبدا من الغاصب فاعتقه ثم اجاز المولى ذلك الشراء جاز العتق وان باعه المشتري فاجاز المولى الشراء الاول لم يجز الشراء الثانى وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر وهو رواية عن ابى يوسف رحمه الله لا يجوز العتق ايضا وهو القياس وقول مالك والشافعى وهذه ثمانية المسئلة اللتين جرت المجاورة فيهما بين ابى يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف فيهما للمحمد رويت لك ان العتق باطل عند ابى حنيفة رحمه الله وقال محمد رويت لى ان العتق جائز عنده وحاصل الخلاف راجع الى ان اعتناق المشتري من الغاصب موقوف عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله على ان ينفذ الشراء باجازة المالك وباطل عند محمد رحمه الله لان الاعتناق لا يصح 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 لاندر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك ولا ابى حنيفة رحمه الله وهو وجه الاستحسان ان ملك المشتري من الغاصب ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك فيتوقى الاعتناق بتوقفه واذا نفذ نفذ بحقوقه

فصل

(يصح السلم) وهو لغة السلف وشرا عا لم لعقد يوجب الملك فى الثمن عاجلا وفى المثلن آجلا وهو مشروع على خلاف القياس لكونه بيع معدوم ولكنه جائز بالكتاب لما روى الحاكم فى المستدرک 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) الآية ورواه الشافعى فى مسنده بالسند وهو ما اخرجه الاثمة الستة فى كتبهم عن ابى المنهال عن ابن عباس قال قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة والناس يسلفون فى الثمار السنة والسنتين والثلاث 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 لسلفى على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر وعمر فى الخنطة

والشعير والتمر والزبيب وبالاجماع فان الاممة اجمعت على جواز السلم لحاجة الناس
 وضرورتهم اليه وانما يصح السلم (فيما يعلم قدره ووصفه) بكيل او وزن او ذراع او عد
 بخلاف ما لا 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 في الحنطة وزنا اختلف فيه والقوى
 على جوازها لتعامل الناس (والموزون) نحو الدهن (مثمنا) قيد به لان الموزون الثمن
 وهو الدرهم والدنانير لا يكون مسلما فيه لانه ثمن والمسلم فيه مبيع فلا يكون ثمنا فعلمنا
 والشافعي حصر جواز الموزون بالثمن منه وعمه مالك لظاهر قوله عليه السلام ووزن
 معلوم ولانه يمكن ضبط النقيدين بالصفة فيجوز السلم فيهما ولنا انها خلقا اثمانا والمسلم
 فيه مبيع فيه والنص مقيد به لانه نهي عن بيع ما ليس عند الانسان ولو اسلم في الثمن
 بان اسلم حنطة او عرضا في احد النقيدين يكون باطلا عند ابن ابي نعيم وصحبا بثمان
 مؤجل عند ابي بكر الاعمش حملا اكلام العاقلين على الصحة وهو انها قصدا مبادلة
 الحنطة بالدرهم وقول ابن ابي اصح لان المعقود عليه هو المسلم فيه وهذا الخلاف اذا
 اسلم غير شيء من النقيدين في احدهما واما اذا اسلم احدهما في الآخر فانه لا يجوز بالاجماع
 لان القدر بانقراده يحرم النساء (والمندروع) اي وكالمندروع (كالثوب مبينا طوله وعرضه
 ورقعته) اي رفته وغلظه لان مقدار المالية في الثياب يعلم بذكر هذه الاشياء والتفاوت
 بغيرها يسير فلا يضر لانه لا يفضى الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وهذا في
 غير الحرير واما في الحرير فلا بد فيه من ذكر الوزن ايضا لان قيمة الثوب منه
 مختلف باختلاف وزنه وفي المجتبى والقياس انه لا يجوز السلم في المندروعات لتعذر
 ثبوتها في الذمة ولهذا لا يضمن بالمثل في الاستهلاك كالجواهر لكن ترك ذلك باجماع
 الفقهاء وفي الخلاصة ولو اطلق ذكر الذراع فله ذراع وسط (والمعدود) اي وكالمعدود
 (متقاربا) وهو ما لا يتفاوت آحاده في 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 والسفرجل لا يصح فيه السلم عددا لتفاوت
 آحاده في القيمة (فيصح) السلم (في السمك) اي في الصغار واختلف في الكبار (المليح) اي
 الذي قدد ومليح وانما يصح السلم فيه بالوزن لا بالعدد لتفاوت آحاده بالكبر والصغر
 قيد بالمليح لان الطرى لا يصح السلم فيه في غير حينه لانه منقطع من ايدي الناس حتى لو
 كان في حينه جاز السلم فيه وقيل لا فرق بين الطرى والمليح وعن ابي حنيفة رحمه الله

لا يصح فيهما (لا في الحيوان) اي لا يصح السلم في الحيوان وهو قول الثوري والاوزاعي
وقال الشافعي واحمد يصح وهو قول مالك الا في الخلفات وهي الحوامل من النوق فانها
مجهولة لما روى ابو داود في سننه واحمد في مسنده والبخاري في مسنده والحاكم في مستدركه
وقال صحيح على شرط مسلم عن عبد الله بن عمرو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امره
ان يجوز جيشا فنفت الابل فامر ان يأخذ من قلائص الصدقة فكان يأخذ البعير
بالبعيرين الى اهل الصدقة ومن ههنا بمعنى على كما في رواية نحو قوله تعالى (ونصرناه
من القوم الذين كذبوا بآياتنا) ولانه مبيع معلوم الصفة فيجوز السلم فيه كالثياب واعترض
بها رواه ابن حبان في صحيحه وعبد الرزاق في مصنفه من حديث ابن عباس واصحاب
السنن الاربعة من حديث سمرة بن جندب ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
الحيوان بالحيوان نسئة واجيب بانه محمول على ان يكون النساء في الحيوان من طرفين
واما ما في آثار الطحاوي بسنده الى ابي رافع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف
من رجل بكرة فقدمت عليه ابل من ابل الصدقة فامر ابا رافع ان يقضى الرجل بكره
فرجع اليه ابو رافع فقال لم اجد فيها الا حملا خيارا رباعيا فقال اعطه اياه ان خيار الناس
احسنهم قضاء فمحمول على القرض ولنا ما اخرجنا الحاكم في مستدركه وقال صحيح الاسناد
والدارقطني في سننه عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
السلف في الحيوان وما رواه محمد في الآثار عن ابي حنيفة رحمه الله عن حماد بن ابي
سليمان عن ابراهيم النخعي قال دفع عبد الله بن مسعود الى زيد بن الحويلد البكري
ما لا مضاربة فاسلم زيد الى عريس بن عرقوب الشيباني في 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 في شيء من الحيوان ولان الحيوان
يتفاوت آهاده تفاوتا فاحشا فانك ترى عبيد او امثين متفقين في الاوصاف المشروطة
ومع ذلك باختلاف الصبغة والملاحة والفصاحة والكياسة ومسمن السيرة والصورة يساوي
اهدهما النسا والآخرف الوفا قال (الشاعر) الارب فرد يعدل آلاف زيدا * والى تراهم
لا يساؤون واحدا * فلا يجوز السلم فيه كالجواهر بخلاف الثياب فانها بصنع العبد وهو انما
يصنع بالآلة فاذا اتحدت الآلة والصابغ لم يبق الا التفاوت اليسير وهو لا يضر وحديث
عبد الله بن عمرو السابق قال ابن قطان في كتابه انه ضعيف مضطرب الاسناد وبينه
فلا يحتج به ولا يصح السلم في اللحم عند ابي حنيفة ولو من زرع العظم على الاصح في
الروايتين عنه ويصح عندهما كما لك والشافعي مطلقا ان بين جنسه ونوعه رسنه وصفته

وموضعه وقدره كشاة خصى ثنى سمين من الجنب كذا رطل بكذا يصح كما يصح في الالية والشحم
 والسماك وزنا وبه يقتضى (واطرافه) اى ولا يصح السلم في اطراف الحيوان كالرؤس والا كارع
 وهى جمع كراع وهو مادون الركبة فى الدواب وبه قال الشافعى فى الاظهر لانها عددية
 متفاوتة قيل هذا قول ابى حنيفة واما عندهما فيجوز كما فى اللحم وقيل لا يجوز باتفاق
 (وجلوده) اى ولا يصح السلم فى الجلود عددا غير مبين الطول والعرض والصفة اذ التفاوت
 بين رأس ورأس وكراع وكراع معتبر فى ما بين الناس وبما كسون لاجله ولو اسلم فى
 الرؤس والا كارع وزنا اختلفوا فيه وقال مالك والشافعى واهم فى رواية يجوز السلم
 فى الجلود والرؤس والا كارع عددا ووزن لانها معلومة القدر والصفة بالذكر ولان الجلود
 فى معنى الثياب لانها تتخذ منها الفرو والحفاف قيدها بالعدد غير المبين الطول والعرض
 والصفة لان السلم فيها وزنا يجوز وكذا عددا اذا بين طواها وعرضها (والجواهر) اى
 ولا يجوز 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 ولا يصح السلم بمكيال (ولا ذراع معينين لم يدرفدرة) لان القدرة على التسليم وقت
 وجوبه شرط وهى لا تتحقق الا ببقاء ما عينه من المكيال والذراع الى وقت التسليم 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 وشروطه (بيان
 جنسه) اى جنس المسلم فيه (كبر) او شعير (و) بيان (نوعه كسقية) بفتح فكسر
 فتشديد التحتية اى حنطة سقية سحبا (و) بيان صفته (كجبلو) بيان (قدره) ككذا
 كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا بميزان 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 وابوثور
 واختاره ابن المنذر لانه مباله مال بهال 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 رأس المال فى) رأس المال (الكيلى) فى رأس المال (الوزنى) فى رأس
 المال (العدى) ولو قال وقدر رأس المال الكيلى الى آخره لكان اولى ثم ما ذكره ان
 كان رأس المال عند العقد غير مشار اليه فباتفاق وان كان مشارا اليه فعند ابى حنيفة
 رحمه الله خلافا لهما حتى لو قال سلمت اليك هذه الدراهم فى كربى ولم يبين وزن

الدرهم اوقال سلمت اليك هذا البر في من زعفران ولم يبين قدر البر لا يصح عنده
 ويصح عندهما واما رأس المال الذراعى اذا كان مشارا اليه عند العقد لا يشترط بيان قدره
 باتفاق (و) من شروطه بيان (مكان ايفاء مسلم) اى مسلم فيه (لحمله مؤنة) وهذا عند
 ابي حنيفة رحمه الله ووجه في 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 ابي حنيفة
 رحمه الله اولا والاصح في مذهب الشافعى لان التسليم وجب بالعقد فيتعين له مكان العقد
 كما فى البيع ولا يى حنيفة رحمه الله ان تعين مكان العقد اما بالتعيين صريحا او ضرورة 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 لا يحتاج
 فيه الى بيان الايفاء عندهم لان قيمته لا يختلف باختلاف المكان (وقبض رأس المال) اى مال السلم
 (قبل الافتراق) اى افتراق العاقدين بالابدان (شرط بقاءه) خبر لم يثبت مقدم اى شرط بقاء السلم
 صحبا وبه قال الشافعى ولهذا صح السلم مع تأخير التسليم الى آخر المجلس ولو مكثنا
 الى الليل او سارا فرسخا او نام اهدهما وجوز مالك تأخيره اليوم واليومين والثالث بشرط
 وقيل لا يجوز فان اخرا كثيرا بغير شرط فقولان ولا فرق بين كون رأس المال مما لا يتعين
 كالنفود او مما يتعين كالعروض اما ان كان مما لا يتعين فلثلا يفترق عن دين بدين وهو
 بيع الكالى بالكالى اى النسبة بالنسبة لما رواه ابن ابي شيبة واسحاق بن راهويه والبخارى
 مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن النبي صلى الله
 عليه وسلم ولفظ البخارى قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرور وعن بيع
 الكالى بالكالى وعن بيع عاجل بأجل فالغرور ان تباع ما ليس عندك والكالى بالكالى دين
 بدين والعاجل بالأجل ان يكون له عليك الف درهم مؤجلة فيتعجل عنها بخمسائة واما ان
 كان من العروض فلان السلم اخذ عاجل بأجل والمسلم فيه آجل فوجب ان يكون رأس
 المال عاجلا ليكون حكمه على وفق اسمه ولو اى 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 لا يجوز بالاجماع ولو كان معدوما حال العقد موجودا
 وقت التسليم او معدوما بينهما لا يجوز عندنا وهو قول الاوزاعى والمعتبر وجوده فى السوق
 الذى يباع فيه فى ذلك المصر وقال مالك والشافعى يشترط وجوده حال حلوله فقط ولنا
 ما رواه ابو داود وابن ماجه واللفظ له عن ابي اسحاق عن رجل بخراني 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 المشتري أوخرك 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 بهم تستحل ماله اردد
 عليه ما اخذت منه ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه وفيه مجهول كما علمت وما في
 البخارى عن ابي البختري قال سألت ابن عمر عن السلم في النخل فقال نهى رسول الله صلى الله
 عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح وعن بيع الورق نساء بنا جز وسألت ابن عباس
 عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يؤكل منه
 فقد ثبت عن هذين الصحابييين الكبيرين في 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 في الكر (بطل) السلم (في حصة الدين)
 لانه دين بدين وصح في حصة النقد لوجود قبض رأس المال في المجلس وقال زفر يشيع
 الفساد ويبطل العقد في حصة العين ايضا لان هذا الفساد في صلب العقد (ولا يجوز)
 اى لا يصح (التصرف في رأس المال) قبل قبضه (و) لا التصرف في (المسلم فيه قبل قبضه)
 باستبدال او تولية او شركة او افالة بخلاف ارتهان او حوالة او كفالة اما في رأس المال
 فلان قبضه في المجلس حق الله تعالى وفي التصرف فيه قبل قبضه تعرض لتفويت ذلك
 واما في المسلم فيه فلما اخرج ابو داود وابن ماجه والترمذى في علله الكبير وقال لا
 اعرفه الا من هذا الوجه وهو حسن عن ابي سعيد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
 من اسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره وما روى عبد الرزاق في مصنفه عن معمر عن
 قتادة عن ابن عمر انه قال اذا اسلفت في شيء فلا تأخذ الا رأس مالك او الذى اسلفت
 فيه ولو اسلم في رطب فاخذ مثله تمرا او بالعكس صح عند ابي حنيفة رحمه الله نظرا الى
 التساوى في الحال ولم يصح عندهما نظرا الى التفاوت في المال ولو اخذ دقيقا او سويقا
 او مقلبا عن بر او اخذ دقيقا عن سويق او بالعكس لا يصح لاختلاف الجنس فكان استبدال
 وان تقايلا عقد السلم منعنا رب السلم شراء شيء من المسلم اليه برأس المال استحسانا ولم
 يمنع زفر قياسا لانه لما بطل السلم بقى رأس المال دينا في ذمته فيصح الاستبدال به كسائر
 الديون ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره رواه ابو
 داود والترمذى وحسنه ورواه الدارقطنى عن ابراهيم بن سعيد الجوهري ولفظه فلا يأخذ
 الا ما اسلم فيه او رأس ماله (والاستصناع) استفعال من الصنع وهو العمل من نحو خف

وطست وصورته ان يقال لخفاف اخر زلى خفا من ادبكم يوافق رجلى ويريه رجله بكذا
 (باجل) يضرب مثله للمسلم (سلم) فيعتبر فيه شروط السلم سواء (تعاملوا فيه) كالحقاف
 (اولا) كالثياب وقال ابو يوسف ويحمد هو فيما تعاملوا فيه استصناع لانه بلفظه فيحمل عليه
 ويكون ذلك الاجل للاستعمال لا للاستعمال بخلاف مالم يتعاملوا فيه لانه استصناع فاسد فيحمل
 على السلم الصحيح ولا يى حنيفة ان الاستصناع يثبت السلم فكان حمله عليه اولى لان جوازه
 بالكتاب والسنة واجماع الامة وجواز الاستصناع بالتعامل وقيدنا الاجل بكونه يضرب مثله
 للمسلم لانه لو قال على ان يفرغه غدا او بعد غد لا يكون سلما لان ذكر المدة للفراغ من
 العمل للمطالبة وقال زفر والشافعى لا يصح استصناع وهو القياس لانه لا يمكن تجويزه اجارة
 لانه استيجار على العمل فى ملك الآخر اذ الاديم ملك الصانع ولا يبع لانه بيع ما ليس
 عنده ولا سلما لفق شرايطه ولكن جوزه استحسانا بالتعامل الرجوع الى الاجماع العملى
 من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليوم بلا نكير والتعامل بهذه الصفة اصل
 مندرج فى قوله عليه السلام لا يجتمع اتمى على ضلالة (و) الاستصناع (بلاجل فيما يتعامل)
 الناس (فيه بيع) لاعدة وكان الحاكم الشهيد يقول الاستصناع ماعدة وانما ينعقد بالتعاطى
 اذا جاء به الصانع مفرغا 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 تجوز قياسا واستحسانا فى الكل قبل وحكم الحاكم اعلم والله سبحانه
 وتعالى اعلم لكن الصحيح انه بيع (فيجبر الصانع على العمل) ولو كان ماعدة اما جبر
 (ولا يرجع الأمر) عنه ولو كان ماعدة لكان له الرجوع (والمبيع) فى الاستصناع (هو العين
 لا العمل) اى عمل الصانع وقال ابو سعيد البردعى عمله نظرا الى ان الاستصناع مشتق من الصنع
 وهو العمل وقد اشار المصنف الى ما يدل من الفروع على ان المبيع فى الاستصناع العين بقوله
 (فلو جاء بها صنعه غيره) قبل العقد او بعده (او) بما صنعه (هو قبل العقد) فالطرف متعلق
 بصنعه المقدر (فاخذه) الأمر العين (صح) ولو كان المعقود عليه عمله لم يصح وبقوله (ولا
 يتعين له) اى الأمر (بلاختياره) اذ الذى يدخله خيار الرؤية بيع العين لا بيع العمل (فصح)
 للصانع (بيعه قبل رؤيه الأمر) اى المستصنع لعدم تعيينه حيثئذ لان تعيينه باختيار الأمر واختيار
 الأمر بعد رؤيته ولا يثبت للمستصنع خيار الرؤية اذا جاء به الصانع على الصفة المشروطة
 عند اى حنيفة خلافا لهما

مسائل ثنتي

(وصح بيع الكلب) ولو كان عقورا (والسباع عامة اولا) وشرط الائمة لجواز بيع الكلب ونحوه ان يكون معلما او قابلا للتعليم وقال الشافعي لا يصح بيع الكلب مطلقا لانه نجس العين كالخنزير وكذا عندنا في رواية وهو قول احمد وبعض اصحاب مالك والمشهور من مذهبه الجواز واما اقتناء الكلب لصيد او لحفظ الزرع او المواشى او البيوت فجازة بالاجماع لهم ما روى البخارى ومسلم من حديث ابي سعيد الانصارى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغى وحلوان الكاهن ولنا ما روى ابو حنيفة في مسنده عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس قال رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمن كلب الصيد (والذمى في) احكام (البيع كالمسلم) لانه مكلف بموجب المعاملات فما جاز للمسلم من البيعات جاز له وما لا فلا كالربوا (الا في الخمر والخنزير فهما) في عقد الذمى (كالخل والشاة في عقدنا) فيكون الخمر عندهم مثليا والخنزير قيميا ما روى عبد الرزاق في 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 فناشدتهم ثلاثا فقال له بلال انهم ليفعلون ذلك قال فلانفعلوا ولوهم يبيعها فان اليهود هرمت عليهم الشحوم فباعوها واكلوا اثمانها وراه ابو عبيد في كتاب الاموال وقال كانوا يأخذون من اهل الذمة الخمر والخنزير في جزية رؤسهم وغراج اراضيهم بقيمتها ثم يتولى المسلمون يبيعها فهذا الذى انكره بلال ونهى عنه عمر ورخص لهم ان يأخذوا ذاك من اثمانها اذا كان اهل الذمة المتولين يبيعها لانها مال لهم وليس بمال للمسلمين انتهى وسويد بن غفلة يفتح المعجمة والفاء ابوامية الجعفى ولد عام الفيل قدم المدينة حين دفنوا النبي صلى الله عليه وسلم سمع من ابي بكر وعمر (ودرهم نثر فوق في ثوب رجل فهو له) 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 لا يضاف الى السبب الصالح الا بالقصد وقد وجد ما يدل عليه وهو اعداد الثوب او جمعه (والا) اى وان لم يعد الرجل الثوب ولم يجمعه على الدرهم (فللاخذ) اى فالدرهم لاخذ لانه مباح سبقت يده (واعتبر) انتا وهو بصيغة المجهول الماضى (به) اى بهذا الذى قلناه فى الدرهم الذى نثر (سائر المباحات) فلو افرخ طير او باض فى ارض رجل ان كان ارضه مهياة لذلك فهو له والا فلاخذه بخلاف ما لو غسل النخل فى ارضه فانه يملك غسله وان لم يعد ارضه لان الغسل مما يحصل من الارض فيكون تبعا لها كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع بجرى ان الماء فيها ولهذا يجب فى الغسل 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 او فضة 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 او فضة 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) في الصرف سواء بالجنس او بغيره (التقايض) من الطرفين باليد لا بالتخليعة (قبل الافتراق) بالابدان باجماع العلماء ولما روى مالك في الموطاء عن عمر انه قال لا يتبعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا يتبعوا الورق بالذهب احداهما غائب والاخر حاضر وان استنظر ك ان يابح بيته فلا تنظره الايدا بيدهات وهات اى اخشى عليكما الربوا (وان وقع) التقايض (فى البعض صح) العقد (فيه) اى فى ذلك البعض وبطل فى الباقي (فى اناة فضة) اى حال كونه ذلك البعض فى اناة الفضة يعنى ان من باع اناة فضة وقبض بعض ثمنه ثم افترقا بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض (وصار) الاناء (مشتركا) بينهما لان هذا العقد صرف كله والتقايض 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 لا عن قبض فلا يتعدى الى ما لم يوجد فيه قيد البعض بكونه فى اناة لانه لو كان فى نقرة لم يكن الحكم لزوم اشتراكهما لان النقرة تتبعض بلا ضرر بخلاف الاناء وليس الصحة فى بعض الاناء الذى نقد ثمنه والبطلان فى بعضه الذى لم ينقد ثمنه من تفريق الصفة لان هذا تفريق من جهة الشرع باشتراط القبض فصار كهلاك احد العبدان (وكذا) يصح العقد (فى السيف المعلى) اذا بيع ووزن حليته مثلا خمسون بمائة ونقد المشتري خمسين (ان خلصت الحلية بلا ضرر ويصرف القبض الى ثمنها) اى ثمن الحلية وان لم يمين 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 ولا يخل به وكذا لو قال خذ هذه الخمسين من ثمنها لان المثنى قد يعبر به عن الواحد كما فى قوله تعالى (يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان) والمراد أحدهما لانها يخرجان من المالح لامن العذب وفى قوله تعالى (نسيها حوتها) والناسى صاحب موسى بدليل

(فانى نسيت الحوت) وفي قوله تعالى (قد اجيبتم دعوتكما) والداعى كان موسى عليه السلام وفي قوله عليه السلام لما لك بن الحويرث وابن عمه اذا سافرتما اى اذا كنتما في سفر فاذا نواقيما والمراد احدهما فيحمل ما نحن فيه على ذلك نظرا الى ظاهر حال المسلم هنالك بخلاف ما لو صرح وقال هذا من ثمن السيف فان الظاهر حينئذ عارضه التصريح بخلافه (وان) افترقا (لم يقبض شىء) والحال ان الحلية تتخلص بلا ضرر (بطل) العقد (فيها) اى في الحلية لان العقد فيها صرف وقد فات شرطه وهو القبض في المجلس قيد البطلان بكونه في الحلية لان العقد حينئذ يصح في السيف لانه مقدور على تسليمه ويمكن افراده بالبيع لكونه يتخلص بلا ضرر كالطوق والامة فاما اذا بيعت امة مع طوق اذا بيعتا بنقد نسبة فسد العقد فيهما عند ابى حنيفة وفي الطوق عندهما (وان لم تخلص) الحلية الا بضرر والحال انه لم يقبض شىء (بطل) العقد (اصلا) اى في الحلية وفي السيف اما في الحلية فلقد شرط الصرف وهو القبض في المجلس واما في السيف فلتعذر تسليمه بدون الصرف ولو باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز بان يصرف كل جنس بخلاف جنسه تصحيحا للعقد كما لو باع كبرى وكبرى شعير بكبرى وكبرى شعير وفسده الشافعى وزفر ولو بلغ ما غالبه فضة او ذهب بخالصه لم يجز الامتساويا وزنا لان العبرة للمغالب فكان كل منهما له حكم خالص ولهذا لا يستقرض الا وزنا ولو باع ما غالبه غش بآخر من جنسه متفاضلا جاز ويكون الغش في كل واحد منهما متقابلا بالخالص الذى في مقابله لكن بشرط التقابض قبل الافتراق لوجود الفضة او الذهب في الكل من الجانبين من عدم التخلص الا بضرر ولو باعه بخالصه من فضة او ذهب لا يجوز الا ان يكون الخالص اكثر مما في غالب الغش منه كبيع الزيتون بالزيت والشيرج بالسهمس ويجوز التبايع والاستقراض برايج المغشوش وزنا ان كان رواجه به او عدا ان راج به او بهما ان راج بهما لان المعتبر فيما لانص فيه العادة والله تعالى اعلم

كتاب الشفعة

(هى) لغة الضم ومنه الشفع في الصلوة لضم ركعة الى اخرى والشفع هو ضد الوتر والشفيع لانضمام رايه الى راي المشفوع له في الطلب وشفاعة المدينين لانها تضمهم الى الفايدين وشرعا (تملك العقار على مشتريه جبرا بمثل ثمنه) الذى اشتراه به لما في صحيح مسلم عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل شرك ربع او حايط لا يصح ان يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ او يدع فان ابى فشريكه احق به

حتى يؤذنه (وتثبت) الشفعة (بقدر رؤس الشفعاء) عندنا (لا) بقدر (الملك) كما قال مالك والشافعي في الجديد واحمد في رواية فلو كانت دار بين ثلثة لاحد منهم نصفها والآخر ثلثها والآخر 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 كالربع والغلة والولد والثمرة ولنا ان التساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في الاستحقاق والشركاء متساوون في سبب الشفعة ولهذا لو انفرد واحد منهم اخذ الكل وان قل نصيبه فيستوون في الاستحقاق كما لو استوت الانصاء والربح وغوه متولدات من الملك فيستحق بقدره (للخليط) متعلق بتثبت (في نفس المبيع) متعلق بالخليط وهو الشريك الذى لم يقاسم ولو كان ذميا لمساوات المسلم في سببها وهو امر دنيوى وهما فيه سواء (ثم للخليط) اى الشريك (في حق المبيع كالشرب) بكسر المعجمة وهو النصيب في الماء ومنه قوله تعالى (لها شرب ولكم شرب يوم معلوم) (والطريق) اى وكالمهر (خاصين) حال (كشرب نهر لايجرى فيه السفن) بضمين جمع سفينة (وطريق لاينفذ) وقيل مفوض الى المجتهد في كل عصر (ثم لجار ملاصق) و (بابه في سكة اخرى) فيديه لانه لو كان بابه في سكة الدار لكان خليطاً في حق المبيع والحاصل انها له وان كان بابه في سكة اخرى اولجار المقابل في السكة الغير النافذ فعندنا الشفعة لكل واحد من هذه الثلثة على هذا الترتيب وهو قول سفيان الثوري وعبدالله بن المبارك كما ذكر الترمذى في جامعه وقال مالك والشافعي واحمد لاشفعة للجار لماروى البخارى عن ابي سلمة عن جابر بن عبدالله قال قضى رسول الله بالشفعة في كل مال يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة وفي رواية الشفعة فيما لم يقسم الى آخره وفي لفظه انما جعل النبي صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل مال يقسم فاذا وقعت الحدود والحديث ولان الشفعة تثبت على خلاف القياس لما فيها من تملك مال الغير بغير رضاه فيقتصر على مورد النص وهو مال يقسم ولنا ما في البخارى عن ابي رافع انه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول لجار احق بسقبه وماروى ابو داود في البيوع والترمذى في الاحكام وقال حسن صحيح والنسائي في الشروط عن قتادة عن الحسن بن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لجار الدار احق بدار الجار والارض ورواه احمد في مسنده والطبرانى في جامعه وابن ابي شيبة في مصنفه وفي بعض الفاظهم الجار احق بشفعة الدار وفي رواية لابي داود في مسنده عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار احق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غايبا اذا كان طريقهما واحدا فان قيل المراد بهما ويتم الجار الذى يكون شريكاً لما اخرج به البخارى عن

عمرو بن الشريد قال وقفت على سعد بن أبي وقاص ف جاء المسور بن مخرمة فوضع يده على
 احدى منكبي اذ جاء ابورافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا سعد ابتع منى بيتى فى
 دارك فقال سعد والله ما ابتاعها فقال المسور والله لتبتاعنهما فقال سعد والله لا ازيدك
 على اربعة آلاف منجمة او مقطعة قال ابورافع لقد اعطيت بها خمسمائة دينار ولولا انى سمعت
 رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الجار احق بسقبه ما اعطيتها باربعة آلاف درهم وانا
 اعطى بها خمسمائة دينار فاعطاها اياه اجيب بان هذا معارض بها خرجه النساءى وابن ماجه
 عن عمرو بن الشريد عن ابيه ان رجلا قال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ارضى لى فيها
 لاحد شرك ولا فسخه الا الجوار فقال الجار احق بسقبه وفى غريب الحديث الصقب بفتح السين ما
 قرب من الدار والسين لغة فى الصاد واجيب عن حديث جابر بان تخصيص ما لم يقسم بالذكر
 لا يدل على نفي الحكم عما عداه وقوله اذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة من كلام
 الراوى فلا يكون حجة فى عدم استحقاق الشفعة للجار مع ماروينا 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 التملك من كل واحد من الشريكين للآخر وفى معانى
 الآثار ان قيل لم اوجبت الشفعة على هذا الترتيب ولم يجعلها لهم جميعا اذا خضروا وطلبوا قيل
 لان الشريك فى المبيع خليف فيه وفى الطريق فمعناه من اسباب الشفعة مثل ما مع الشريك فى
 الطريق وسبب آخر لى مع الشريك فى الطريق فكان اولى منه ومع الشريك فى الطريق
 شركة فيها وملازمة للمبيع ومع الجار ملازمة 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
 فلا بد فيه من الطلب بما يفهم منه طلب الشفعة ولو كان ماضيا فى الاصح كطلبت الشفعة اذا
 طلبها او اناطالها وهو اختيار الفقيه ابى جعفر والفقيه ابى الليث والشيخ الامام ابى بكر محمد بن
 الفضل لان الاعتبار للمعنى وقال بعضهم يقول اطلب الشفعة واخذها ولا يقول طابتها واخذتها فان
 قال ذلك بطلت شفعتها لان ذلك كذب محض قلنا يذكر للحال عرفا كعبت واشترى (فى مجلس
 علمه بالبيع) ليعلم بذلك عدم اعراضه عنه وهذا عند ابى حنيفة اذا خبره رجلان او رجل
 وامرأتان او عدل وعند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله اذا خبره واحد حرا كان او عبدا وصيبا
 كان او امرأة وهى نظر اختلافهم فى عدل 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 او لم يكن

لقوله عليه السلام الشفعة كحل العقال رواه ابن ماجه فى سننه عن ابن عمر (وهو) اى طلب الشفيع فى مجلس علمه (طلب موثبة) سمي 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 الموثبة يحتاج الى طلب الاشهاد وانما سمي 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 بايع) بان كان لم يسلم العقار الى المشتري لان له حينئذ يد افكان خصما (او) عند (المشتري) ولم يكن ذايده 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 الطالبين (بطلت) الشفعة اما الطلب الاول فلان مجرد السكوت فيه ساعة دليل الاعراض ودليل الشيء كصريحه واما الطلب الثانى فلان مدته مقدرة بالتمكن منه نفيا للضرر عن المشتري (ثم يطلب) الشفيع (عند القاضى) ويسمى طلب الخصومة وبتأخيرها لا يبطل طلب الشفعة عند ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وفى الهداية والكافي وعليه الفتوى (وبتأخيرها شهرا) من غير عذر مرض او عبس وفى نسخة وتأخيرها 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 غيرها (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 ابي يوسف لا يكلف على ذلك لان اليد دليل الملك فان عجز الشفيع عن اقامة البينة استخلف القاضى الخصم عند ابي يوسف انه ما يعلم ان الشفيع مالك لما يطلب به الشفعة وعند محمد استخلفه على البينات فيختلف بالله ما الشفيع بمالك لما يطلب به الشفعة (فان اقر) الخصم (بملك) الشفيع (ما يشفع به او نكل) الخصم (عن الحلف على العلم) على احد (بانه) اى الشفيع (مالكة) اى مالك لما يشفع به (او برهن الشفيع) على ملكه لما يشفع به يثبت ملكه لما يشفع به وحينئذ (سأل) اى القاضى الخصم (عن الشراء) فان انكر امر القاضى الشفيع باقامة البينة فان عجز الشفيع عن البينة استخلف الخصم ان كان المشتري بالله ما اشترى هذه الدار وان كان البايع بالله ما بعث هذه الدار (فان اقر) الخصم (به) اى بالشراء (او نكل عن الحلف او برهن

الشفيع) على الشراء (قضى) القاضى (له) اى للشفيع (بها) اى بالشفعة ثبوتها وينبغى
 للقاضى قبل سؤال الخصم ان يسأل الشفيع عن موضع الدار من مصرها ومحلها وحدودها
 لانه ادعى حقا فيها فصار كما لو ادعى ملك رقبته فاذا بين سأل هل قبض المشتري الدار
 لانه اذا لم يقبضها لا يصح دعواه على المشتري حتى يحضر البايع فاذا بين سأل عن
 سبب شفيعته وحدود ما يشفع به لان الناس يختلفون فيه فلعل دعواه سبب غير صالح اولعل
 محجوب بغيره فاذا بين سببا صالحا وانه غير محجوب بغيره سأل متى علم وكيف صنع عين
 علم لان الشفعة تبطل بطول الزمان وبالاعراض وبما يدل عليه فاذا بين سأل عن طلبه
 الاشهاد كيف كان وعند من اشهد وهل كان الذى اشهد عنده اقرب من غيره فاذا بين
 ولم يتخل بشيء من الشروط تهت دعواه فيسأل الخصم حينئذ كما امر (فلزمه) اى اذا قضى
 القاضى بالشفعة لزم الشفيع (احضار الثمن) من غير مهلة وبحسب المشتري الدار له
 اى لاجل الثمن حتى يدفعه الشفيع اليه (ولا يسمع) القاضى (البينة على بايع) لم يسلم
 العقار الى المشتري (حتى يحضر المشتري فيفسخ) القاضى البيع (بحضوره ويقضى بالشفعة)
 لان الملك المشتري واليد للبايع والقاضى يقضى بهما للشفيع فلا بد من حضورهما قيد
 بالبايع لان المشتري الذى سلم البايع اليه العقار اذا خصمه الشفيع لا يشترط في سماع
 البينة عليه حضور البايع لان حكم العقد في حق البايع قد انتهى بالتسليم الى المشتري
 فصار البائع كاجنبى آخر وقيدنا البايع بكونه لم يسلم العقار الى المشتري لان الذى سلمه
 اليه لا يسمع القاضى البينة عليه اصلا ولا يكون خصما للشفيع وفي قوله فيفسخ بحضوره اشارة
 الى علة اخرى وهى ان البيع اذا كان يفسخ في حق المشتري فلا بد من حضوره ليقضى
 بالفسخ عليه (والعهدة) اى ويقضى بعهدة الحقوق فيما اخذ الشفيع بمخاصمة البايع
 (على البايع) فعليه التسليم وضمان الثمن عند الدرك وقال الشافعى العهدة على المشتري
 سواء اخذها من يد البايع او المشتري لان حقوق العقد عنده ترجع الى المالك (وللشفيع)
 اذا قضى القاضى له بالشفعة ولم يكن راي المبيع (خيار الرؤية) له اذا وجد به عيبا
 خيار (العيب) فيرد ان شاء (وان شرط المشتري) للبايع (البراءة منه) من العيب لان
 الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا ترى انه مبادلة مال بمال فيثبت للشفيع فيه خيار الرؤية
 والعيب كما في الشراء ولا يسقط ماله من خيار الرؤية برؤية المشتري ولا ماله من خيار
 العيب بشرط المشتري للبايع البراءة منه لانه لا يملك اسقاط حق الشفيع (والقول للمشتري)
 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 افام كل منهما بينة على صحة

قوله (أحق من بينته) أى المشتري وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله بينة المشتري أحق لأنها أكثر أثباتاً فصارت كمينة البائع إذا اختلف مع المشتري في قدر الثمن ولهما أنه لا تنافي بين البيئتين في حق الشفيع لاحتمال أنه اشترى مرة بالاقبل ومرة بالاكثير وللشفيع أن يأخذ بايهما شاء (ولو ادعى المشتري ثمناً) ادعى (بأيه) ثمناً (أقل منه أخذ) الشفيع العقار (بقوله) أى بقول البائع (قبل القبض) أى قبل قبض البائع الثمن لأن الثمن ان كان كما قال البائع فظاهر وان كان كما قال المشتري فقد حط البائع من الثمن والحط عن المشتري حط عن الشفيع قيد ما ادعاه البائع بكونه أقل مما قال المشتري لأنه لو كان أكثر تحالفاً وتراداً وإيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك لأن النكول بمنزلة الاقرار مما يدعيه صاحبه وان حلفا فسح القاضى العقد بينهما وأخذها الشفيع بها قال البائع لان فسح البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع كما لورد عليه بهيب بقضاء فاض (و) أخذ الشفيع العقار (بقول المشتري بعده) أى بعد قبض البائع الثمن (و) أخذ الشفيع (في حط بعض الثمن) سواء كان الحط قبل أخذ الشفيع أو بعده (أو في زيادته) أى زيادة المشتري الثمن (بأقلهما) متعلق بأخذ وانما أخذ فيهما بالاقبل لان الحط من الثمن والزيادة فيه يلتحقان عندنا باصل العقد الا ان الزيادة لا تظهر في حق الشفيع لتضرره بها وتظهر في حق المشتري لولايته على نفسه (و) أخذ الشفيع (في حط الكل بالكل) لان حط الكل لا يلتحق باصل العقد اذ لو التحق به لكان هبة أو بيعاً بلا ثمن وهو فاسد ولا شفعة فيهما (و) أخذ الشفيع (في الشراء بثمن مثلى) كيلي أو وزنى أو عددى متقارب (بمثله) الباء الاولى متعلقة بالشراء والثانية بأخذ المقدر (و) أخذ الشفيع (في) الشراء (بشمن غيره) أى غير المثلى (بقيمة الثمن) لان الشرع جعل للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملك به والمثل نوعان كامل وهو صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى والمثلى من النوع الاول وغيره من النوع الثانى فيراعى في أخذ الشفعة ذلك كما في الاتلاف (ففي) شراء عقار بعقار اخذ كل من العقارين بالشفعة (بقيمة الآخر) لان كلا منهما ثمن للآخر وهو من ذوات القيمة (وفي ثمن) أى وأخذ الشفيع فى بيع بثمن (مؤجل بحال) كل من الجارين متعلق بأخذ المقدر (أو طلب) الشفعة عطف على أخذ المقدر (في الحال) بتخفيف اللام بمعنى الوقت (وأخذ بعد الاجل) الذى وقع العقد عليه حتى لو لم يطلب في الحال بطلب شفيعته وهذا عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف أخيراً (و) أخذ الشفيع (في بناء المشتري وغرسه بالثمن وقيمتها) أى البناء والغرس (مقلوعين أو كلف المشتري قلعهما) وعند أبي يوسف رحمه الله لا يكافه واكنه

ان شاء اخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعين وان شاء ترك (وليست) الشفعة (الان في
 بيع) اى بسبب بيع (اوفى هبة بعوض) اى مصاحبة بعوض فلاشفعة في دار تزوج الرجل
 عليها اوخالع المرأة بها او استأجر بها دارا او غيرها او صالح بها عن دم عمدا واعتق عليها
 عمدا وقال الشافعى يجب فيها الشفعة لان كلامها عقد معاوضة فثبتت الشفعة في العقار
 المملوك بسببه كالبيع ولنا انها تملكات بسبب لا تثبت فيها خيار الشرط فلا يجب
 فيها الشفعة كالمملك بالهبة المتحضة والوصية والميراث (ولان في شجر) عطف على ما قبله بالمعنى
 اى ولا شفعة في نكاح ولا خلع الى اخر العقود التى ليست ببيع ولا هبة بعوض (ولان في ثمر)
 بالمثلثة (بيعا) اى الشجر والثمر (قصدا) اى بدون ارض فانها لو بيعا معا كان
 فيهما الشفعة تبعا لها وكذا لاشفعة في بناء بيع قصدا وفيه الشفعة لو بيع مع الارض لان هذه
 الاشياء نقلية ولا شفعة في نقلى لان الشفعة انما وجبت في العقار لدفع ضرر سوء الجوار على
 الدوام والمملك في النقلى لا يدوم مثل دوامه في العقار كما اشار اليه قوله صلى الله تعالى عليه
 وسلم اللهم انى اعوذ بك من جار السوء في دار المقامة فان جار البادية يتحول (ولا) شفعة
 (في البيع) بسبب البيع (خيار) للبايع لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه (الا بعد
 سقوطه) اى سقوطه الخيار بان اسقط البايع لان المانع من خروج المبيع عن ملكه قد زال فصار
 المبيع كانه وقع لازما من الاصل قيدنا الخيار بكونه للبايع كما هو الظاهر من البيع خيار
 لان خيار المشتري يوجب الشفعة اما عند ابي يوسف ومحمد فلان المشتري صار مالكا اما
 عند ابي حنيفة رحمه الله فيخرج المبيع عن ملك البايع وحق الشفعة يعتمد انقطاع حق
 البايع لاثبتت الملك للمشتري حتى لو اقر البايع بالبيع وانكر المشتري يجب الشفعة (ولا)
 شفعة (فى البيع) اى فى عقار البيع (الفاسد) اما قبل قبض المبيع فلعدم زوال الملك عنه
 واما بعد قبضه فلا احتمال للفسخ لان كل واحد من المتعاقدين بسبيل من فسخه اذ فسخه
 حق الشرع وفى اثبات الشفعة اسقاط حق فسخه وفى اسقاط حق فسخه تقرير فساد (الا
 بعد سقوط فسخه) فان باعه المشتري من آخر فان فيه الشفعة لان امتناع حق الشفعة
 انما كان لثبوت حق الفسخ وقد سقط فصار كما لو كان فى البيع خيار البايع فاسقطه (ولا)
 شفعة (فى رد) اى بسبب رد عقار (خيار) سواء كان خيار رؤية او شرط او عيب (الا) فى
 رد بسبب (خيار عيب بلا قضاء) لان الشفعة ثبتت فيه خلافا لزفر (ولا) شفعة (لمن باع)
 سواء كان وكيفا او اصيلا لان اخذه بالشفعة سعى فى نقص مانم به وهو الملك للمشتري
 وسعى الانسان فى نقص ما تم به مردود (او بيع له) اى ولا شفعة لمن بيع لاجله وهو الموكل
 لان تمام البيع له اذ لولا توكيله لماجاز ذلك البيع (اوضمن الدرك) اى ولاشفعة لمن

ضمن عن البائع ما يحقه في ذلك البيع لان في ضمانه تقريرا للبيع فكان كالبايع (بل)
الشفعة (لمن) اى الشفيع (شرى او اشترى له) واجاز لان الشفعة تبطل باظهار الشفيع
الرغبة عن المشفوع ولا يبطل باظهار الرغبة فيه وفي الشراء اظهار الرغبة فيه فلا يكون ابطلا
للشفعة وفي البيع اظهار الرغبة عنه فيكون ابطلا لها وفائدة ذلك انه لو كان المشتري
او الموكل بالشراء شريكا في الدار ولها شريك آخر فلكل منهما الشفعة ولو كان هو شريكا
وللدار جار فلاشفعة للجار (ويبطلها) اى الشفعة (تسليمها بعد البيع) لان الشفيع اسقط
حقه بعد تقرر سببه (لا قبله) 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 (الصاع) اى صاح الشفيع عن شفخته على عوض (مع بطلانه) اى
بطلان الصاع 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 والشافعي ينتقل لانه حق ثبت لازالة الضرر عن المال فكان موروثا
ولما ان حق الشفعة حق تملك وهو وصف قايم بالشفيع فلا ينتقل الى وارثه بعد موته
قيدها بقبل القضاء بالشفعة لان موت الشفيع لو كان بعد القضاء قبل نقد الثمن وقبض
المبيع لا يبطل شفخته والبيع لازم لو ارثه (لا المشتري) اى لا يبطل الشفعة موت المشتري
لان المستحق باق وبموت المستحق عليه لم يتغير الاستحقاق بخلاف موت المستحق وهو
الشفيع لان السبب الذى يأخذ به وهو ملكه زال بهوته والثابت للوارث جوار او شركة
مادئة بعد البيع فلا يستحق به الشفعة (و) يبطلها (بيع) الشفيع (ما يشفع به) بلا خيار
للمبايع (قبل القضاء) له بالشفعة لان الاستحقاق بالجوار او بالشركة وقد زال قبل التملك قيدها
بعدم خيار البائع لان الشفيع لو باع ما يشفع به على انه بالخيار لا يبطل شفخته لان ملكه لم
يزل فوجد سبب الشفعة وهو الاتصال بملكه (وشفع) اى اخذ الشفيع بالشفعة (حصة احد
المشتريين) من بايع 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 الباعين من مشتر واحد بل اما ان يأخذ المشفوع كله او يترك كله لان
فى اخذ حصة احد الباعة اضرا بالمشترى بتفريق الصفقة عليه (فان سلم) اى اذا اخبر
الشفيع بان المشتري زيد فسلم (شراء زيد فظهر شراء غيره او) بلغه ان الثمن الذى
فسلم (الشراء بالف فظهر) انه (باقل او بمثل) قيمته الف او اكثر (لا تسقط) الشفعة

اما اذا ظهر ان المشتري غير زيد فلتفاوت الناس في الجوار والشركة واما اذا ظهر ان الثمن اقل او انه مثلى فلان تسايمه في كثرة الثمن لا يدل على تسليمه في قلته وتسليمه في احد الجنسين لا يكون تسليمًا في الآخر اذ ربما يتعذر عليه ما سلم فيه ويسهل عليه الآخر (لان ظهر) ان الشراء (بقيمى قيمته الفى او اكثر) فان شفعتَه يسقط لانه انما يأخذ القيمى بقيمة دراهم او دنانير ولو بلغه ان المشتري زيد فظهر انه زيد وعمر وقله ان يأخذ نصيب عمر ولان التسليم لم يوجد فى حقه ولو باعها الا ذراعا من جانب الشفيع بطول الحد الذى يليه امتنعت الشفعة لانقطاع الجوار وهذه حيلة لاسقاط الشفعة وان ابتاع سهوا منها ثم ابتاع بقيتها تجب الشفعة فى السهم الاول فقط لان الشفيع جاز الا ان المشتري فى الثانى شريك لانه حين اشترى الباقي كان شريكا بشراء الجزء الاول واستحقاق الشفيع الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري 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 تعم الجوار والشركة والله تعالى اعلم

كتاب القسمة

(هى) لغة اسم للاقتسام وشرعا (تعيين الحق الشايع) وجوازها بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب تلويحا فقوله تعالى (نحن قسمنا بينهم) وتصرحا فقوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شىء فان لله خمس) الآية ولا يعلم الخمس من الاربعة اخماس الا بالقسمة وقوله سبحانه (ونبتهم ان الماء قسمة بينهم) الآية (ولها شرب ولكم شرب يوم معلوم) والمناو بقى الشرب قسمة فيه واما السنة فانه صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر بخيبر وغنائم اوطاس باوطاس وغنائم بنى المصطلق بمياهم وروى ابو داود والترمذى وابن ماجه عن عبد الله بن محمد ابن عتيك عن جابر بن عبد الله ان امرأة سعد بن الربيع قالت يا رسول 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 ما بقى واما الاجماع فلتوارث الامة القسمة من غير نكير احد من الائمة ثم سببها طلب اهد الشركاء الانتفاع بنصيبه بالخلوص على الخلوص ويشتمل على الافراز والمبادلة فى المثليات والقيميات لان ما يجتمع لاهدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذ عوضا عما بقى من حقه فى نصيب صاحبه فكان مبادلة وافراز (وغلب) على المبادلة

(فيها الأفران) أي تميز عين حقه (في المثلى) وهو الكيل والوزن والعددي المتقارب لعدم التفاوت بين ابعاض كل من هذه الامور لان ما يأخذ الشريك مثل حقه صورة ومعنى فامكن ان يجعل عين حقه كما في القرض وقضاء الدين (و) غلب فيها (المبادلة في غير المثلى) وهو الثياب والحيوان والعقار لوجود التفاوت بين ابعاضها فلا يمكن ان يجعل كانه أخذ عين حقه (فياخذ كل) من الشركاء (حصته بغيبة صاحبه) يعني شريكه وفي بعض النسخ بغيبة الآخر (ثمة) أي في المثلى وهو بفتح المثلية اسم اشارة للمكان ولو كانت القسمة فيه مبادلة لم يؤخذ لعدم العلم برضا صاحبه لان رضا العاقدين شرط للمبادلة (لا هنا) أي لا يأخذ احد من الشركاء في غير المثلى حصته بغيبة صاحبه ولو كانت القسمة فيه أفراناً لكان له ذلك (ونصب نصب قاسم) بين الناس (يرزق من بيت المال ليقسم بينهم بلا اجر) لان منفعتها تعود الى العامة فيكون كفايته من بيت المال كنفقة القضاة والمقاتلة والمفتين (وان نصب) قاسم (باجر) على المتقاسمين (صح) لان النفع لهم والاول اوفق للناس وابتعد عن التهمة (وهو) أي الاجر اذا نصب قاسم باجر (على عدد الرؤس) عند أبي حنيفة رحمه الله وعلى قدر الانصاء عند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة 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 ولا يحنيفة 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 وهاجته 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 اشترى ما ميلا او موزونا بمجازفة اثلاثا وارباعا وامر انسانا بكياله ليصير الكل معلوم القدر فالاجر بقدر الانصاء لان الاجر في الكيل والوزن للعمل وهو لصاحب الكثير اكثر (ويجب كونه) أي القاسم (عدلا) دينا امينا (عالميا) أي بالقسمة لانه يعتمد على قوله وذال العدالة والامانة ولا بد من قدرته على القسمة وهي 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 لم يشتركوا فان كل قاسم يسارع حينئذ الى الاجر اليسير حذرا من الفوت فيرخص الاجر (وقسم بطلب احد هم) جبرا على الآبي (ان انتفع كل) منهم (بحصته) لان في القسمة تكميل المنفعة فكانت حقا لازما

فيما يقبلها بعد طلب احدهم (و) قسم (بطلب ذى الكثير فقط ان لم ينتفع الآخر)
 اى ذوالقليل (لقلته حصته) كذا ذكر الخصاص ووجهه ان صاحب الكثير منتفع بنصيبه
 فاعتبر طلبه وصاحب القليل غير منتفع بنصيبه فلم يعتبر طلبه وتوضيحه ان الاول
 يطلب من القاضى ان يخصه بالا ننتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه وهذا
 طلب انصاف لاتعنت فعلى القاضى ان يجيبه الى ذلك ولايعتبر 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 الانتفاع بنصيبه لقلته لالمعنى من جانب
 صاحب الكثير ثم العكس والا طلاق روايتان والاصح هو الاول كما فى المبسوط وغيره
 (ولا يقسم) المشترك فيه بين الشريكين (الا بطلبهم) كلهم (ان تضرر كل) اى كل واحد
 منهم (للقلته) اى لقلته حصته لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفى هذه القسمة
 تفويتها وان جازت بطلبهم لان الحق لهم وهم اعرف لشأنهم وفى شرح الكنز اكن
 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 يمنعه من ذلك لان القاضى لا يمنع من
 اقدام على اتلاف ماله (ولا) يقسم (الجنسان) من العروض (و) لا (الرفيق) (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 الرفيق فقال ابو يوسف ومحمد ومالك والشافعى رحمهم الله يقسم لاتحاد الجنس
 وكون التفاوت فى القيمة وهو لا يمنع صحة القسمة كما فى الابل والغنم ولذا يقسم
 الرفيق فى الغنمية بين الغانمين كسائر الاموال ولاي حنيفة ان التفاوت فى الرفيق
 اظهر منه فى الاجناس المختلفة فانها قد تتفاوت فى المايية والرفيق يتفاوت تفاوتا فاحشا ثم
 قسمة الجبر لايجرى فى الاجناس المختلفة فكذا فى الرفيق وهذا لان حق الغانمين فى
 المايية دون العين حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها بينهم فكان المعتبر ايصال مقدار من
 المايية الى كل واحد واما شركة الملك فحق الشركاء فى العين والمايية وللامام حق التمييز
 بالقسمة على طريق المعادلة وليس له ولاية المعاوضة فاذا تعذر اعتبار المعادلة هنا
 بطريق التمييز لايبث للقاضى ولاية الاجبار على القسمة واما الجواهر فلان جهالة الجواهر
 افحش من جهالة الرفيق واما الحمام ونحوها من البئر والرحى والحايط بين دارين
 فلان القسمة لتكميل المنفعة واذا لم يبق كل نصيب منتفعا به بعد القسمة انتفاعا مقصودا
 لايتحقق معنى القسمة فلا يقسم القاضى بخلاف التراضى لالتزامهم الضرر (ودور)

سواء كانت في مصر او مصرين وهو مبتدا (مشاركة) بفتح الراء صفة (اودار وضيعة اودار ومانوت) عطف والخبر (قسم كل) اى كل واحدة (وحدها) ولم يجمع نصيب اقدم في احدها اما الدار والضيعة والدار والمانوت فبالانفاق لاختلاف الجنس واما الدور فما ذكر قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم الدور بعضها في بعض اذا كان في مصر واحدة وكانت القسمة خيرا لهم (وصحت) قسمة الدور المشتركة وما ذكر معها (بالتراضى) على جمع نصيب احد الشركاء في احدها لان في القسمة معنى المبادلة فيصح بالتراضى كسائر المعاوزات (الا عند صغر احد هم) فلا يصح الا بامر القاضى لان تصرف الصغير لا ينفذ ولا ولاية لهم عليه (وقسم نقلى) اى منقول (يدعون ارثه بينهم) لان في القسمة نظرا لاحتياجه الى الحفظ ولانه مضمون على من وقع في يده (و) قسم (عقار) في ايديهم (يدعون شراعه) في ظاهر الرواية (او ملكه مطلقا) بان لم يذكر واكيفية انتقاله اليهم في الاصح لان القضاء بالقسمة فيه يقتصر عليهم ولا يتعدى الى غيرهم اذا لم يقرروا ان اصل الملك لغيرهم (فان ادعوا ارثه) اى العقار الذى في ايديهم (عن زيد) مثلا بان ذكروا مورثهم (لا) اى لا يقسم العقار الذى ادعوا ارثه (حتى برهنوا) اى يقيموا البينة (على موته وعدد ورثته) وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال يقسم القاضى العقار بينهم باقرارهم ويكتب ذلك في صك القسمة لانه في ايديهم واليد دليل الملك وقد اخبروا بالارث من ابيهم والاصل في اخبار المسلم الصديق ولا منازع لهم فيما اخبروا فيثبت المخبر به فاذا سألوا القاضى ان يقسم بينهم ملكهم فعليه ان يجيبهم الى ذلك تمكيننا لكل واحد منهم من الا نتفاح بنصيبه كما في المنقول الموروث والعقار المشترى والبينة انما تكون على المنكر ولا منكر هنا ولا منازع لهم فلا يفيد البينة ولكن يذكر القاضى في 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 ولا ابي حنيفة رحمه الله ان الميث يصير مقضيا عليه بقسمة القاضى وقولهم ليس بحجة عليه فلا بد من اقامة البينة ليثبت بها القضاء على الميث يصير بعضهم مدعيا والبعض الآخر خصما له على الميث (ولا) يقسم العقار (ان برهنوا انه معهم) اى في ايديهم (حتى برهنوا انه لهم) اى ملكهم لاحتمال ان يكون في ايديهم وهو ملك لغيرهم (ولا) يقسم العقار باقرار الحاضرين (ان كان) جميعه او (شىء منه مع الوارث الطفل) (او) مع (الغائب) لان في هذه القسمة قضاء على الغائب او الصغير باخراج شىء مما في يده من غير خصم حاضر عنه ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة

البينة وعدمها في الصحيح ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضى عن الصغير وصيا
 وقسم اذا قيمت البينة لان للقاضى ولاية نصب الوصى عن الصغير ووصى الصغير قائم
 مقامه فكان الصغير بالغ حاضر وكيفية القسمة ان يصور القاسم ما يقسمه على قرطاس ليتمكنه
 حفظه ويعد له اى يسويه على السهام بان ينظر الى اقل السهام فيجزئه عليه حتى ان كان
 الاقل ثلثا جعله اثلاثا وان كان سداسا جعله اسداسا ويندعه ليعرف قدره ويقوم البناء اذ
 ربما يحتاج اليه ويقرر كل نصيب بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب احدهم تعلق
 بنصيب الآخر ويلتص الانصباء بالاول والذى يليه بالثانى والذى يليه بالثالث وعلى هذا
 ثم يكتب اسامى الشركاء فى بطاقات ويطوى كل بطاقة ويجعلها فى قطعة من طين ثم يد
 لكها بين كفيه حتى يصير مستديرا كالبنديقة ثم يقرع فمن خرج اسمه اولاه السهم الاول ومن
 خرج اسمه ثانيا فله السهم الثانى (ولا يدخل) القاسم (الدرهم) التى ليست من الشركة
 (فى القسمة) لان القسمة من حقوق الشركة ولا شركة فى الدرهم لان الجنسيتين المشتركتين
 لا يقسمان فكيف بغير المشتركتين (الابرضاهم) لما فى القسمة من معنى المبادلة فيجوز
 دخول الدرهم فيها بالتراضى دون جبر القاضى وصورته دار بين 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 بادائه دراهم الا اذا تعذر فحينئذ له ذلك لطلبهم القسمة منهم وعدم امكانها بدون
 الدرهم واختار محمد قسمة السفلى والعلو المجردين بالقيمة وبه يفتى يقوم كل واحد على
 حدة ويقسم بالقيمة لانها صارا كالجنسين فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وفى
 رواية عن ابي حنيفة رحمه الله انه يجعل السفلى ضعف العلو لما شاهد
 من عادة اهل الكوفة فى تفضيل السفلى على العلو وسوى ابو يوسف رحمه الله
 بينهما فجعل ذراعا من السفلى بنواع من العلو ما رأى فى بغداد من التسوية بينهما فى منفعة
 السكنى قلنا ان بعض البلدان يكون قيمة العلو فيها اكثر من قيمة السفلى كما بمكة وبمصر
 وفى بعضها يكون بالعكس كما فى الكوفة وفى كل موضع يكثرفيه الندى يختار العلو على
 السفلى وفى كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفلى على العلو وبما يختلف ذلك
 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 محتلة لبقاء الاختلاط وعدم حصول المقصود بها (وان افر) احدهم (بالاستيفاء) اى بان استوفى حصته (ثم ادعى ان بعض حصته وقع في يد صاحبه غلطا صدق) في دعواه لكن (بالحجة) لان القسمة بعد تمامها عقد لازم فمدعى الغلط فيها يدعى لنفسه حق فسسخها بعد ما ظهر سبب ازومها فلا يقبل قول الابالبينة فان لم يكن له بينة يستلحق الشركاء لانهم لو افر وا 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 التاكل كالمقر واقرار المقر حجة عليه دون غيره (وشهادة القاسمين) الذين توليا القسمة على احد المقسوم عليهم انه استوفى نصيبه (حجة) اى مقبولة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يقبل وهو قول مالك والشافعى وابي يوسف اولوسواء في ذلك قاسما القاضى وغيرهما (وفسخت) القسمة (ان استحق بعض مشاع في الكل) اى كل الانصبا لانها لو بقيت لتضرر المستحق بتفرق ملكه في الانصبا (لابعض) اى لانفسخ القسمة ان استحق بعض شايع (من حصة احدهما بل يرجع) بقسمة في نصيب شريكه وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف تفسخ القسمة وذكر ابو سليمان قول محمد مع ابي يوسف وذكره ابو حفص مع ابي حنيفة وهو الاصح واما استحقاق بعض معين فلا خلاف في عدم الفسخ (وصحت الهياية) اى قسمة المنافع وهى مفاعلة بابدال الهمة الفا من التهيئة او التهيؤ كان احدهما يهع الدار مثلا لانتفاع صاحبه اويتهيا لانتفاع بها اذ افرغ صاحبه وهى جائزة لما روى انه عليه السلام قسم في غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة نفر وكانوا يتناوبون في الركوب والتهايؤ على وجوه تهايؤ (في سكون هذا بعضا من دار وهذا بعضا) منها وهو جائز بالاتفاق لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكندا التهايؤ عليه (و) تهايؤ في (خدمة عبد هذا يوما وهذا يوما كسكنى بيت صغير) هذا يوما وهذا يوما وهو جائز بالاتفاق ايضا لان التهايؤ قديكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان والاول متعين هنا (و) تهايؤ في (عبيدين هذا) اى هذا السيد (هذا العبد والآخر) اى والسيد الآخر له العبد (الآخر) وهو جائز عند ابي يوسف ومحمد لان القسمة على هذا الوجه جائز جبرا من القاضى وبالتراضى فكندا الهياية وقيل لا يصح عند ابي 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 فلايتفاوت بخلاف اعيان الرقيق فانها تتفاوت تفاوتا فاحشا ولو طلب احدها القسمة والآخر الهياية يقسم واعلم ان التهايؤ قديكون في المدار الواحدة والدارين وفي العبد الواحد والعبيدين وفي الدابة

الواحدة وفي الدابتين من حيث المنفعة او من حيث الاستغلال فان كان في غلة دار اودارين
او خدمة عبد او عبيدين او سكنى دار اودارين يصح اتفاقا وان كان في غلة عبد او غلة
بغل لا يصح اتفاقا وان كان في غلة عبيدين او غلة بغلين او ركوب بغل او بغلين لا يصح عند
ابى حنيفة خلافا لهما قال ابو المكارم فهذه اثنتا عشرة مسألة في ست منها تصح المهاياة اتفاقا
وفي اثنتين لا تصح اتفاقا وفي الاربعة خلاف انتهى وكذا لا تصح المهاياة في ثمر شجر اولبن
غنم على ان يأخذ كل واحد منهم طائفة يستثمرها او طائفة يرعاها وينتفع بالباقي لانها تختص
بالمنافع دون الاعيان فالضرورة تتحقق في المنافع لانه لا يمكن قسمتها بعد وجودها بسرعة
فنائها وانقضائها وهذه اعيان باقية يمكن قسمتها فلم يتحقق الضرورة والحيلة ان يبيع حصته
من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بوزن معلوم استقرضا لنصيب
صاحبه نعم هو قرض المشاع لكنه جائز والله اعلم .

كتاب الهبة

(هي) لغة مصدر محذوف الاول معوض عنه هاء التأنيث واصله وهب كالعدة والوعد ومعناها ايصال
ما ينفع مالا كان او غيره قال الله تعالى (فهب لي من لدنك وليا) وشرعا (تملك عين) فخرج
الاعارة والاجارة لانها تملك منفعة (بلاعوض) فخرج البيع لانه تملك عين بعوض ودليل
مشروعيته قوله تعالى (فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا) اباح الاكل بالوصف
الحميد وماروى البخارى في صحيحه من حديث ابى هريرة ان النبي 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 وماروى مالك في الموطأ مرسلا
عن عطاء بن عبد الله الخراساني 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 الشيء
وجعلته لك عمري وذلك لان النحل والعطية يستعملان في التملك بغير عوض قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم اكل ولدك نحلته مثل هذا قال لافقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
فارجعهم واه السنة عن النعمان بن بشير وروى الجماعة الا البخارى من امر رجلا عمرى فهدى
ولعقبه فقد قطع قوله حقه فيها وهى لمن امر ولعقبه (وتتم بالقبض في مجلسها ولو بلاذن)
استحسانا (و) بالقبض (بعده) اى بعد مجلسها (باذن) وقال مالك يثبت الملك قبل
القبض بمجرد الايجاب والقبول وبه قال ابو ثور والشافعى في القديم وعلى هذا الخلاف

الصدقة ولنا وهو قول الشافعي في الجديد واكثر الفقهاء ما روى مالك في الموطاء في كتاب
القضاء عن ابن شهاب عن عروة عن عايشة 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 علي
فقرا منك واني كنت نحلتهك جذاذ عشرين وسقا فلو كنت جزينه كان لك فانما هو اليوم
مال وارث وانما هما اخواك واختاك فاقسموه على كتاب الله وفي رواية يابنية اني كنت
نحلتهك نخلا من خيبر واني اخاف ان اكون آثرتك على ولدي فان لم تكوني جزيته فريده
على ولدي فقالت لو كانت لي خيبر يجذاها لرددتها واجدا بضم الجيم وبكسرها وبمعجمتين
ما قطع من الشيء وما روى عبد الرزاق في مصنفه عن عمر بن الخطاب انه قال لانجل
الالمن حازه فقضه وعن عمر بن عبد العزيز انه كتب ايما رجل نحل من قد بلغ الحوز
فلم يدفعه اليه فتلك النحلة باطله واما ما في الهداية لقوله عليه السلام لا تجوز الهبة الامقبوضة
فغير معروف (ولا تصح) الهبة (في مشاع يقسم) اي يحتمل القسمة سواء وهبه من شريكه
او من غيره قيد به لان المشاع الذي لا يحتمل القسمة تصح هبته ثم كل شيء يضره التبعض
ويوجب نقصانا في ماليته لا يحتمل القسمة كعبد واحد واداة واحدة والبيت الصغير والحمام
الصغير والثوب الصغير وماليس كذلك يحتملها وقال مالك والشافعي واحمد تصح هبة
المشاع سواء احتمل القسمة او لا لقوله تعالى (فنصف ما فرضتم الا ان يعفوا الذي بيده
عقدة النكاح) فانه يقتضى بعمومه ان الصداق اذا كان عينا يتنصف بالطلاق قبل الدخول
ويندب كل واحد من الزوجين الى ترك الكل للآخر وذلك هبة المشاع ولما في صحيح
البخارى من ان وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من النبي صلى الله عليه وسلم ان يرد عليهم
ما غنمه منهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان لي ولبنى عبد المطلب فهو لكم وهذه هبة
مشاع واجيب عن الآية بان العفو حقيقة في الدين دون العين واسقاط الدين جائز مشاعا كان
او غير مشاع لانه غير محتاج الى القبض وفي العين كل واحد منهما مندوب الى العفو عندنا
ولكن بان يهب نصيبه لصاحبه بعد القسمة وليس في الآية ما يمنع ذلك وعن حديث وفد هوازن
بان ذلك كان بعد القسمة واعتمادنا في المسئلة على اجماع الخلفاء الراشدين فقد روينا عن
ابي بكر ما مر آنفا وعن عمر انه قال ما بال احدكم يتصدق على ولده بصدقة لا يجوزها
ولا يقسمها يقول ان انامت كان له وان مات هورجة 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
علي بن وهب ثلث كذا الورع كذا لا يجوز حتى تقاسم (فان قسم) الكل قبل التسليم (وسلم)
اي الجزء الموهوب (صح) عقد الهبة لان تمام الهبة بالقبض وعنده لاشيوع 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) أي وكهية المشاع في عدم الصحة (هبة لبن في ضرع)
 (و) هبة (نحوه) من صوف على ظهر غنم وزرع ونخل في أرض وتمر في نخل فإنها لاتصح لأنها
 متصلة بملك الواهب اتصال خلقة فكانت بمنزلة المشاع الذي يحتمل القسمة فلانتم الهبة
 فيها بدون الأفرز والحيازة فان فصلت عن ملك الواهب وقبضها الموهوب له تصح لان امتناع
 الجواز لاتصال الموهوب بملك الواهب مع امكان فصله عنه وقد زال ذلك الاتصال (ولا) تصح
 هبة (دقيق في بر وان طحن) البر (وسلم) الدقيق ولادهن في سمس ولا سمن في ابن وان
 استخرج وسلم لان الموهوب معدوم وهوليس يحتمل للملك بخلاف المشاع الذي يحتمل القسمة
 لانه محل للمليك وبخلاف اللبن في الضرع ونحوه لانه بمنزلة المشاع وامتناع الجواز فيه ليس
 لكونه معدوما بل لاتصاله بملك الواهب وبخلاف الفرق بين المستثنين ان اللبن ونحوه
 موجود بصورته عند العقد بخلاف الدقيق فانه انما يوجد بالطحن وكذا السمن والنخل ولا تصح
 هبة الدين لغير المديون لعدم تصور القبض الا اذا امره بقبضه وكالاته ثم بقبضه لنفسه فحينئذ
 تصح لوجود القبض وتوقف هبة الدين للمديون على قبوله فان قبله امتنع الرجوع فيه
 لانه سقط عنه وان قال لا قبلها فالدين عليه بحاله واما الابرء فيتم من غير قبوله ولكن للمديون
 ان يرد قبل موته وعن زفر انه سوى بينهما وقال تتم الهبة والابرء قبل القبول ولو قال ان
 ادبت نصفه فلك نصفه او انت برئ من النصف الباقي كان الابرء باطلا (وهبة ما) مبتدأ
 مضاف الى ما اي شيء او الشيء الذي (مع الموهوب له) صفة ما وصلتها (تامة) خبر المبتدأ
 يعني ان هبة الوديعة للمودع والعارية للمستعير والمغضوب للغاصب غير محتاج الى قبض
 جديد لان الموهوب حينئذ في يد الموهوب له حقيقة فلا يحتاج الى قبض آخر (كهبة الاب)
 اي كما ان هبة الاب (لطفه) تامة بالعقد ولا يحتاج الى قبض جديد ولا فرق بين ما في يده
 او يد مودعه لان يد المودع كيد المودع بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغضوبا وكذا هبة الام
 لطفلها اذا كان في عياله والاب ميت ولا وصي له لان قبض الام بمنزلة قبض الاب او كان هيا
 وكذا كل من يعوله كالعم والاخ لان هذا محض نفع للطفل ولانه لما كان له تأديبه وتسليمه في
 حرفة كان له التصرف النافع فينفرد بتمليكه ويملكه بمجرد الهبة اذا كان في يده كما في
 الاب (وقبضه) مبتدأ اي قبض الطفل ما وهب له (عاقلا) اي مميزا حال (وقبض من يريه)
 قريبا كان او اجنبيا (وهومعه) اي والحال ان الطفل في حجر من يريه (و) قبض (الزوج)
 ما وهب لزوجته الصغيرة (بعد الزفاف) بكسر الزاى وهو الذهاب بهالى بيت الزوج
 (معتبر) هذا خبر المبتدأ الذي هو قبضه وما عطف عليه وقد وهم من قال ان قبضه مجرد عطا

على هبة الاب (في هبة الاجنبى) متعلق بمعتبر (لها) اى 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 الاجنبى في محل النصب على الحال من قبضه وقال الشافعى لا يصح قبض الصغير لنفسه
 وان كان عاقلا وهو القياس لانه لا يعتبر بعقله قبل البلوغ لان الولاية عليه لانزول عنه قبله ولنا
 وهو وجه الاستحسان ان عدم اعتبار عقله قبل البلوغ للمنظر له ودفع الضرر عنه وذلك فيما
 كان مترددا بين النفع والضرر واما النفع المحض فيعتبر عقله فيه ويلحق بالبالغ كما في كسبه
 للمباهات واما قبض من يربى الطفل اذا وهب له اجنبى فلان له عليه ولاية معتبرة الا ترى انه
 لا يتمكن اجنبى آخر من نزعه منه فيملك ما يتحضر نفعا في حقه واما قبض الزوج بعد الزفاف
 ما وهب اجنبى لزوجته الصغيرة فلانه حينئذ له عليه ولاية لكونه يعولها ولانها لما زفت اليه
 اقام الاب الزوج مقام نفسه في حفظها وحفظ ما لها 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 فالام متعلقة بهبة وانما تصح لانهما سلمها هاجملة ولا شيوع في ذلك (وعكسه) وهو هبة
 واحد دارا لاثنين (لا) اى لا تصح وهذا عند ابى حنيفة وزفر وقال ابو يوسف ومحمد تصح
 (كنصف عشرة) اى كما لا يصح لواحد ان يتصدق بعشرة (على غنيين وصح) له التصديق
 بها (على فقيرين) وهبتها لهما وهذا عند ابى 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 شىء مكروه والعدل التسوية وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
 لمن وهب لاحد ولديه دون الآخر لا تشهدنى على جور والعدل عند ابى يوسف ان يجعل لكل
 واحد مثل الآخر وعند محمد ان يجعل الثلثين للابن والثلث للبنات لان الشرع جعل ميراثها
 كذلك فكان هو العدل وله ان العدل هو التسوية لغة والانصاف من النصف فيصار اليه ولو قال
 جميع مالى او ما املكه لفلان كان هذا هبة له (ويصح) لمن وهب هبة لاجنبى (الرجوع عنها
 بتراض او حكم قاض) لكن بكرامة وقال مالك والشافعى واحمد في ظاهر مذهبه لا يصح
 الرجوع فى الهبة الا للوالد فيما وهب لولده لهم ما روى اصحاب السنن الاربعة وقال الترمذى
 حديث حسن عن ابن عباس وابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لرجل ان يعطى
 عطية فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطى لولده ومثل الذى يعطى العطية ثم يرجع فيها كمثل
 الكلب يأكل فاذا شبع قائم عاد فى قبته 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 فاءثم عاد في قيمته ومارواه الجماعة الا الترمذى من حديث ابي هريرة
 وابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال العائد في هبته كالعائد في قيمته وعنه ايضا العائد في
 هبته كالكلب يعود في قيمته ولانها عقد تمليك فيلزم كالبيع وانما ثبتت حق الرجوع للوالد لان
 اخراجه عن ملكه لم يتم لان الولد من كسب الوالد ولنا ما روى ابن ماجه من حديث ابي
 هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الرجل اعق بيهته مالم يثب منها اى لم يعوض عنها
 واخرجه الدارقطنى في سننه وابن ابي شيبة في مصنفه ورواه الحاكم في مستدركه من حديث
 ابن عمر قال صحیح على شرط الشيخين ورواه الطبرانى في معجمه من حديث ابن عباس
 ولفظه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من وهب هبة فهو احق بيهته مالم يثب منها فان
 رجع في هبته فهو كالذى يقى ثم يأكل قيمته وماروى عبد الرزاق في مصنفه عن سفیان
 بن 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
 نفي الاستبداد بالرجوع اى لا ينفرد احد بالرجوع في 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 في الحكم او المراد لا يجعل له الرجوع ديانة ومروءة لانه لا يحل له قضاء وحكومة
 كقوله عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيت شعبان وجاره الى جنبه
 طاويا اى لا يليق ذلك ديانة ومروءة وان كان جائزا قضاء وحكومة ولان التشبيه بالكلب لاستقباح
 الرجوع واستفداره لحرمة وبؤيد ذلك ما روى البخارى ان ابن عمر لما سأل رسول الله
 صلى الله عليه وسلم عن شراء فرس حمل عليه في سبيل الله قال عليه السلام لا تتبعه ولا تعد
 في صدقتك فان العائد في صدقته كالكلب يعود في قيمته فكما لم يكن التشبيه بالكلب
 موجبا لحرمة ابتياع ما صدق به لم يكن التشبيه بالكلب موجبا لحرمة الرجوع في الهبة وشرطنا
 في صحة الرجوع تراضيهما او حكم القاضى لانه لو استردها بغير ذلك كان غاصبا حتى لو هلكت في يده
 يضمن قيمتها للموهوب له (ويمنعه) اى الرجوع في الهبة سبعة اشياء أحدها (زيادة) في نفس
 الموهوب (متصلة) كالفرس والبناء في الارض الموهوبة والسمن المورث زيادة في قيمة
 الموهوب ادلاوجه للرجوع بدون الزيادة لعدم الانفصال ولا معها لان الرجوع انما يصح
 للموهوب والزيادة ليست بموهوبة قيد بالزيادة لان النقصان لا يمنع وقيدها بالمتصلة لان
 المنفصلة لا تمنع كما لو كانت الهبة امة فولدت عند الموهوب له من زوج او فجور لان الرجوع
 في الاصل دون الزيادة ممكن وقيدنا بكونها في نفس الموهوب لانها لو كانت في قيمته كقرأة او كتابة
 ونحوها لا تمنع لانها حينئذ لرغبة الناس فيه اذ العين بحالها (و) ثانيها (موت اهدما) اى الواهب

والموهوب له اماموت الموهوب له فلان الملك قد انتقل الى وارثه فكانه انتقل في حال حيوته
واماموت الواهب فلان وارثه لم يهب والرجوع انما هو الواهب (و) ثالثها (عوض اضيف اليها)
اي الهبة ولا بد ان يذكر لفظ يعلم الواهب منه ان ذلك عوض هبته كان يقول هذا عوض هبتك
او جزاؤها او بدلها او في مقابلتها (ولو) كان العوض (من اجنبي) لانه لا سقاط حق الرجوع في الشرع
فيصح من الاجنبي كبديل الخلع ولما لو لم يضاف العوض الى الهبة بان وهب للواهب شيئا ولم يقل
هذا عوض هبتك او نحوه كان ذلك هبة مبتدأة لا تعويضا فكان اكل واحد منهما الرجوع وفي المبسوط
وهذا سواء كان العوض قليلا او كثيرا من جنس الهبة او من غير جنسها ويشترط في العوض شرايط الهبة
من القبض والافراز وان يكون من غير مال الهبة خلافا لزرر اذ ملك الموهوب له تم في الهبة
بالقبض فالتحقق بسائر امواله ولنا ان الواهب ما قصد بهبته تحصيل ذلك البعض منها لانه كان
سالما بل قصد الى عوض آخر وان حقه من الرجوع كان ثابتا في الكل فاذا وصل اليه بعضه
لا يسقط حقه في الباقي (و) رابعها (خروجها) اي الهبة (من ملك الموهوب له) ببيع او هبة او وقف
لان تبديل الملك كتبديل العين وقد تبديل الملك بتجدد السبب (و) خامسها (الزوجه وقت الهبة)
لان هبة احد الزوجين للآخر تحقق ما بينهما من الالفه 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 او وهب له ثم ابانها فليس له ولا لها الرجوع
(و) سادسها (القراية المحرمية) لما روى الدارقطني والبيهقي في سننهما والحاكم في مستدركه
وقال صحيح على شرط البخاري ومسلم ولم يخبرناه عن عبدالله بن جعفر بن المبارك عن
حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن بن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا كانت
الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها وقال الامام رواة هذا الحديث كلهم ثقة ولان المقصود منها
مع القريب المحرم صلة الرحم وقد حصل وفي الرجوع قطعها فلا يرجع (و) سابعها (هلاك
الموهوب) لان الرجوع في شيء يستدعى قيام المرجوع فيه وهاك ينافيه ولو ادعى
الموهوب له هلاكه صدق بلا حلف لانه منكر لوجوب الرد عليه فاشبه المودع (وضابطها) اي
ضابط الامور السبعة التي تمنع الرجوع (حروف دمع خزفه) فالبدال الزيادة والميم موت
الواهب او الموهوب له والعين العوض والخاء الخرج عن ملك الموهوب له والزاء الزوجية
والقاف القراية والهاء هلاك الموهوب (وهو) اي الرجوع في الهبة سواء كان بالقضاء
او بالتراضي (فسخ من الاصل) فيعود الملك القديم ولا يشترط فيه قبض الواهب ويصح
في الشايخ (لاهبة) اي ليس الرجوع بهبة مبتدأة (للمواهب) كما قال زرر اذا كان الرجوع
بتراضيهما (وهي) اي الهبة (بشرط العوض هبة ابتداء) فيشترط قبضا وتبطل بالشيوخ

كالهبة بلا عوض (وبيع انتهاء فتزد بالعيب والرؤية وتثبت الشفعة) كالبيع المحض وقال
 زفر بيع ابتداء وانتهاء وفي جامع المحبوبي هذا اذا ذكر بكلمة على امالوذ كر 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 وابي ثور تصح الهبة في الامة دون الولد
 ولا يبطل الاستثناء لانه تبرع بالام دون الوالد فاشبهه العتق واستثناء الولد المنفصل واجيب بان
 الحمل كالجزء فلا يصح الهبة في الام بدونه بخلاف الولد المنفصل وما ذكر من العتق ممنوع
 عندنا (وان دبره) اى الحمل (ثم وهبها) اى الامة (لا) اى لاتصح الهبة (وصح العمري
 وهى جعل داره) اى الآخر (مدة عمره) اى عمر الآخر (بشرط ان ترد) الدار (اذا مات) ذلك
 الآخر وصورتها ان يقول عمرتك دارى هذه وهى لك عمري 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 وبجاهد وطاوس والثورى
 وقال مالك والليث والشافعى فى القديم العمري تملك المنافع دون العين فيكون للمعمر السكنى
 فاذا مات ردت الى المعمر لانها عارية موقته وان قال له ولعقبه كان سكنها اهم فاذا انقرضوا
 عادت الى المعمر لان هذا تملك موقت وتمليك العين لا يتوقف ولما فى صحيح مسلم
 عن جابر قال انما العمري التى اجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يقول هى لك
 ولعقبك فاما اذا قال هى لك ما عشت فانها ترجع الى صاحبها قال معمر كان الزهرى يفتى به
 وعن ابن الاعرابى لم يختلف العرب فى العمري والرقبى على انها ملك اربابها ومنافعها
 لمن جعلت له ولنا ما روى الشيخان عن ابي سلمة عن جابر ان النبى صلى الله عليه وسلم
 كان يقول العمري لمن وهبت له وفيهما عن ابي هريرة مرفوعا العمري جائرة وما روى
 مسلم عن ابي الزبير عن جابر قال اعمرت امرأة بالمدينة ما يطلها ابنا لها ثم توفى وتوفيت
 بعده وترك ولدا وله اخوة بنون للمعمرة فقال ولد المعمرة رجع الحايط اليها وقال بنو المعمر
 بل كان لابينا حياته وموته فاختصموا الى طارق مولى عثمان فدعا جابرا فشهد ان رسول الله
 صلى الله عليه وسلم قضى بالعمري لصاحبها ففضى بذلك طارق ثم كتب الى عبد الملك فاحبره
 بذلك واخبر بشهادة جابر فقال عبد الملك صدق جابر فامضى طارق ذلك الحايط لبني 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 عمري فانها للمنى اعمرها حيا وميتا ولعقبه وما فى سنن
 ابي داود عن عروة عن جابر ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من اعمر عمري فهى له ولعقبه

يرثها من يرثها من عقبه وفيها أيضا عن طارق المكي عن جابر قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في امرأة من الانصار اعطاها ابنها حديقة من نخل فماتت فقال ابنها انما اعطيتها حياتها وله اخوة فقال النبي صلى الله عليه وسلم هي لها حياتها وموتها قال كنت تصدقت بها عليها قال ذلك ابعد لك منها قال ابن القطان اسناده كلهم ثقة وطارق المكي هو قاضي مكة مولى عثمان بن عفان وهو ثقة قال ابو زرعة ورواه احمد بسند كل رجاله ثقة وهو حدثنا روح حدثنا سفيان الثوري 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 الاعرابي انها عند العرب تملك المنافع فلا يضر لان الشارع نقلها الى تملك الرقبة (ولا تصح الرقبي) عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول مالك (وهي) ان يقول شخص لاخر ارقبتك هذه الدار وهي لك رقبى او هي لك حياتك على اني (ان مت قبلك فهي لك) وان مت قبلي فهي لي وسميت بذلك لان كل واحد يرقب موت صاحبه وقال ابو يوسف يصح وهو قول الشافعي واهم لانها تشتمل على شرط رد الدار بعد الموت فيكون بمنزلة العمرى ولما في سنن ابي داود عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العمرى جائزة لاهلها والرقبي جائزة لاهلها وفيها عن زيد بن ثابت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اعمر شيئا فهو له عمره حياته ومماته ولا ترقبوا فمن ارقب شيئا فهو سبيل وفي سنن النسائي عن ابن عباس مرفوعا من اعمر عمرى فهي لمن اعمرها جائزة ومن ارقب رقبى فهو لمن ارقبها جائزة وفيها عن ابن ماجه عن ابن عمر مرفوعا لا عمرى ولا رقبى فمن اعمر شيئا وارقبه فهو له حياته ومماته ولنا انه تعليق التملك بالخطر وهو موت المملك وذلك باطل واذا لم يصح عند ابي حنيفة ومحمد يكون عاربة لان هذا العقد يتضمن اطلاق الانتفاع وقد حكم الانتقاني شارح الهداية بصحة قول ابي يوسف لما روينا من الاخبار (والصدقة لا تصح الا بالقبض) لانها تبرع بالهبة كالهبة (ولا) تصح (في شايع يقسم) لما مر في الهبة (ولا عود فيها) لان المقصود بها الثواب وقد حصل بخلاف الهبة فلارجوع في الهبة لفقير استحسانا لان المقصود بها الثواب دون العوض اذ لو كان فصده العوض لاختار للهبة من يكون اقدر على ادائه ولما اختار الفقير مع عجزه عن ادائه فعرفنا ان مقصوده الثواب وقد ناله ولو تصدق على غنى لا يعود استحسانا والقياس ان يعود وبه قال بعض اصحابنا لان الصدقة في حق الغنى هبة لانها انما يقصد منها العوض دون الثواب كما ان الهبة في 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 التصديق على الغنى قد يكون قرينة استحقاق بها الثواب لكونه غنيا يملك نصابا وله عيال كثيرة والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب الا ترى ان عند اشتباه الحال يتأدى الواجب من الزكوة بالتصدق عليه ولا رجوع فيه بالاتفاق فكذلك عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع عليه ثم الصدقة فيما يقسم وكذا الهبة على غنيين باطل عند ابي حنيفة وقالوا جائزة وكذا الصدقة على فقيرين باطل في رواية الاصل عن ابي حنيفة وفي رواية الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهم جاز قيل وهو الصحيح ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لم يجز وقال ابو يوسف ومحمد يجوز كله والله اعلم بالصواب .

(كتاب الاجارة)

(هى) لغة اسم للاجر من اجر يأجر بكسر الجيم وضيمها 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 كالاذان وقرأة القرآن (بعوض كذا) اى معلوم (دين) كالنقود والمكيل والموزون (او عين) كالثياب والدواب ويشترط كون العوض معلوما لقوله عليه السلام من استأجر اجيرا فليعلمه اجره رواه محمد بن الحسن فى الآثار عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن ابي سعيد وابى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم وفى رواية عبد الزراق له فليسم له اجره وفى لفظ فليبين لان الجهالة فى المعقود عليه وبدله يقضى الى المنازعة كجهالة المثلث والثمن فى البيع وهى جائزة بالاجماع بقوله تعالى (فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن) وقوله تعالى (على ان تاجرني ثمانى حجج) وبها روى الشيخان من حديث ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم احتجم واعطى الحجام اجره ومن حديث عايشة فى الهجرة قالت استأجر النبى صلى الله عليه وسلم وابو بكر رجلا من بنى النضير هاديا خريتا وهو على دين كفار قريش فدفعنا اليه راحلتيهما واعدناه غار ثور ثلث ليال الحديث والحريث بكسر المعجمة وتشديد الراء وتحتية ساكنة فمثناة الماهر بالهداية ومن حديث ابي 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 وازافة العقد الى العين لانها محل المنفعة وعند مالك وهو مذهب الشافعى واحمد يجعل المنافع

المعدومة موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد ومن فروع كون المنافع كالأعيان عند مالك والشافعي وعدمه عندنا انه لو أجر ما استأجره بأكثر مما استأجر يتصدق بالفضل عندنا ان اتحد الجنس في الاجرتين لانه ربح ما لم يضمن فيملكه خبيثا فيؤمر بالتصدق به وعندهما يطيب له لانه لما قبض العين دخلت المنفعة في ملكه فيملك بدلها بالفا ما بلغ (ويعلم النفع بذكر المدة) اي بيانها (وان طالت) على المذهب لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت كالدور للسكنى والارض للزراعة (لكن في الوفاء) الذي لم يشترط الواقف مدة الاجارة (لا تصح) المدة الطويلة عند مشايخ باخ كيلا يدعى المستأجر الملك والمدة الطويلة (فوق ثلاث سنين) وهو المختار وقيل يصح ولكن يرفع الى الحاكم حتى يبطلها وبه يفتى الفقيه ابو الليث والحيلة في تصحيح اكثر من ثلاث سنين ان ترفع الى الحاكم يصحها واما لو شرط الواقف مدة اتبع شرطه طالت المدة او قصرت (وبذكر العمل) اي ويعلم النفع بذكر العمل تارة (كصعب ثوب) احمر او اصفر او خياطة قبا او نحوه 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) اي ذلك المقام لانه اذا رأى ما ينقل وعلم الموضع الذي ينقل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد (ولا تجب الاجرة) اي لا تملك (بالعقد) سواء كانت عينا او دينا كذا ذكر محمد في الجامع وذكر في الاجارة ان كانت عينا لا تملك بالعقد وان كانت دينا تملك به وتكون بمنزلة الدين المؤجل وعامة المشايخ على ما في الجامع وقال الشافعي واحمد تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم الدار والدابة الى المستأجر (بل) تملك الاجرة (بتعجيلها) اي بتقديمها ودفعها اليه (او بشرطه) اي بشرط تعجيلها في العقد (او باستيفاء النفع) تحقيقا للنسوية (او التمكن منه) اي من استيفاء الفع اقامة للتمكن من الشيء مقام ذلك الشيء (فتجب) الاجرة (لدار قبضت ولم يسكنها) لان تسليم عين المنفعة لما لم يمكن إقيم تسليم محلها مقامها اذا التمكن من الانتفاع بثبت به (وتسقط) الاجرة (بالقبض) من المستأجر (بقدر تمكنه) حتى ان فات تمكنه في جميع المدة سقط جميع الاجرة وان فات في 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 والفاضل فخر الدين في الفتاوى ان الاجارة لا تنفسخ ولكن تسقط الاجرة مادامت في يد العاصب وكذا اذا غرقت الارض قبل زرعها وان اصلطه آفة سماوية لزمه الاجر تاما في رواية محمد لانه زرعها وقيل يلزمه اجر ما مضى

من المدة فقط وبه يفتى ان لم يتمكن من زرع مثل في الضرر ثانيا ذكره قاضيان وبه
 قال شيخ الاسلام المعروف بجواهر زاده (وللموَجِر طلب الاجرة للدار والارض لكل يوم)
 لانه منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق في العتد فيكون بمنزلة التأجيل (و) ل طلب
 الاجر (للدابة لكل مرحلة) لانها سير مقصود (و) طلب الاجر (المقصرة والحياطة اذا تمت)
 لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به اجرا وقال ابو حنيفة اولاهو قول زفر
 لا يجب شىء من الاجرة الا بعد استيفاء جميع المنفعة سواء كان العقد على المدة كما في اجارة
 الدار والارض او على قطع المسافة كما في كرى الدابة الى مكة او على العمل كما في المقصرة
 والحياطة والصبغة وان كان حصه ما استوفى من العمل معلوما سواء عمل في غير بيت المستأجر
 او في بيته على ما في التجريد والهداية ويطلبه القصار والحياط بعد الفراغ لو عمل في بيته
 ثم رجع وقال ان وقعت الاجارة على المدة او على قطع المسافة يجب ايفاء الاجر بحصه ما استوفى
 من المنافع اذا كان اما استوفى حصه معلومة من الاجر في الدار يجب الايفاء يوما فيوما وفي قطع
 المسافة مرحلة فمرحلة وفي الاجارة التي تنعقد على العمل ويبقى للمعامل اثر في العين لا يجب
 ايفاء الاجر الا بعد ايفاء العمل كله ويستحق خاصة ما خاطو عمل في بيت المستأجر على ما هو المشهور
 كما في المبسوط وغيره فانه حينئذ كالدَّار والدابة (و) للموَجِر طلب الاجرة (الخبز) بالضم
 ويجوز فتحه (بعد ارجاه من التنور) لان تمامه بذلك (فاذا اترق) الخبز (بعد ما اخرج)
 من التنور من غير فعل (فله الاجر) لوجود تمام العمل (و) اذا اترق (قبله) اى قبل ارجاه
 من التنور (لا) اى لا اجر له لعدم وجود تمام العمل وفي النهاية ان روايات الكتب
 من المبسوط والخيرة والمغنى والجامع لفخر الاسلام وقاضيان والتمر ناشى والفوائد الظهيرية
 ان العامل في 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 وفي الهداية انه
 لا يستحق الاجر الا بالتمام (ولا غرم فيهما) اى في مالتى احرأق بعد الاخراج وقبله على
 الاجير لانه لم يوجد منه جناية وهذا عند ابي حنيفة وعندهما على الاجير الغرم لانه اجير
 مشترك والعين في يده مضمونة عندهما هكذا حكى القدورى الخلاف في شرحه وفي شرح
 الوافى والاضمان عليه بالهلاك عند الكل اما عند ابي حنيفة فلانه لم يهلك من عمله واما عندهما
 فلانه هلك بعد التسليم (و) للموَجِر طلب الاجر (للطبخ) للوليمة (بعد الغرف) اى اخراج
 المرقة من القدر الى القضاغ قيدنا بالوليمة لانه لو استأجره لطبخ قدر خاص بعينه لا يكون الغرف
 عليه كذا في المحيط والايضاح والاصل في ذلك الغرف (و) للموَجِر طلب الاجر (لضرب
 اللبن) بكسر الواو (بعد اقامته) اى تسويته عند ابي حنيفة وبعد تشرجه اى جعل

بعضه على بعض عندهما لان تشرجه من تمام عمله اذ لا يؤمن الفساد قبل ولانه هو الذي يتولاه عادة والمعتاد كالمشروط ولاي حنيقة ان العمل قدتم بالاقامة والتشريح عمل زايد كالنقل الى موضع العمارة وثمره الخلاف تظهر فيما اذا فسد بمطر ونحوه بعدما اقامه فعنده يجب الاجر وعندهما لايجب الا اذا كان شرجه (ويحبس العين للاجر من خلط ملكه بها) اي بالعين (كالصباغ) ومن له اثر فيها كالقصار لان المعقود عليه وصفي قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء بدله كما في البيع (فان حبس فضاء فلاغرم) عند ابي حنيقة لانه غير متعد في الحبس وقد كان العين امانة في يده قبل الحبس فتعين امانة بعده (ولا اجر له) لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي 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 معمولاً وله الاجر لان المبيع صار مسلماً اليه تقديراً بوصول قيمته اليه فصار كما لو صار مسلماً اليه حقيقة (بخلاف الجمال) بالجيم او الهائلة وكل صانع ليس له اثر في العين (ولمن) اي لاجير (اطلق له العمل ان يستعمل غيره) لان المستحق عمل في ذمته فله ايفاء بنفسه وبغيره فصار كايفاء الدين (فان قيد بيده) بان قال له على ان تعمل بيديك او بنفسك (لا) اي لا يستعمل غيره لان المعقود عليه عمل شخص بعينه فيستحق عليه كالمصلحة في محل بعينه (ولا جبر الموجع بعياله) الضهير للمستأجر والباء متعلقة بهيى وهو مجرور باضافة اجير اليه واللام متعلقة بمخوف خبر مقدم وقوله (ان مات بعضهم وجاء بدين بقي) شرط معترض بين الخبر والمبتدأ وهو (اجره بحسابه) والجملة جواب الشرط يعنى من استأجر رجلاً لينذهب الى البصرة ويحج بعياله وهم معلومون فذهب فوجد بعضهم قد ماتوا فجاء بدين بقي فله اجره بحسابه لان الاجر مقابل جهلتهم وقد اوفى الاجير بعض المعقود عليه فيستحق من العوض بقدره (وحامل كتاب) مبتدأ مضاف (اوزاد الى زيد باجر) الجار ان متعلقان بحامل (ان رده) اي الكتاب او الزاد (اموته) اي لاجل موت زيد (لاشع له) جواب الشرط والشرط وجوابه خبر المبتدأ وان من استأجر رجلاً لينذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب اليها فوجده ميتاً او لم يجده ولم يدفع اليه شيئاً بل رد به فلا اجر له وعند زفر له الاجر لانه بمقابلة الحمل للبصرة وقد وفي به وجنى برده فلا يسقط جنيته حقه من اجرتة ولهم ان المعقود عليه هنا هو نقل الطعام الى البصرة وقد نقضه برده ومن استأجر رجلاً لينذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويحج بجوابه فذهب فوجده ميتاً فرد الكتاب فلا اجر له وهذا عند ابي حنيقة وابي يوسف وقال محمد له اجر الذهاب وهو قول مالك والشافعي وذكر الفقيه ابو الليث قول ابي يوسف مع قول محمد لمحمد انه اوفى

بعض المعقود عليه دون البعض فيستحق الاجر بقدر ما وفي واهما ان الاجر مقابل بنقل
الكتاب اذ هو امر مقصود بين الناس او وسيلة الى المقصود وهو العلم بما فيه فاذا رده
فقد نقضه فيسقط الاجر واما لو وجد غايبا فترك الكتاب هناك ليوصل اليه فله اجر
الذهاب اجماعا لانه اتى بما في وسعه وفي المحيط وكذا لو استأجر رسولا ليبلغ رسالته الى فلان
ببغداد فلم يجد فلانا وعاد فله الاجر لقطع المسافة لانه اتى في وسعه لا الاسماع (وضع
استيجار دار او دكان) او حانوت (بلاذكر ما يعمل) المستأجر (فيه) والقياس ان لا يصح لان المقصود
من الدار والدكان الانتفاع وهو قد يكون بالسكنى وقد يكون بوضع الامتعة فينبغي ان
لا يجوز 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 فانها يختلفان باختلاف المزروع واللابس (وله) اى للمستأجر في السكنى فيها
(كل عمل) للاطلاق ككسر الحطب وغسل الثياب لان السكنى لا يتم الا بذلك فيكون
من ثوابها وفي 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 والقضارة والطحن بالدابة
دون اليد لان فيه ضرر ظاهر افيتقيد العقد بما وراءه دلالة والحاصل ان كل عمل يفسد البناء او يوهنه
فذلك لا يصير مستحقا له بمطلق العقد الا ان يشترط وما لا يوهن فهو مستحق بمطلق العقد (لا استيجار
ارض) اى لا يصح استيجار ارض (حتى يسمى ما يزرع) فيها الا ان استأجر للزراعة وغيرها وما يزرع فيها
متفاوت في الضرر فلا بد من التعيين ائلا يقع المنازعة (او) يسمى (ما يعمره) اى يعمر ما يزرع
في الارض بان يذكر انه يزرع ما يشاء فيها لانه اذا سمي ما يعمره ارتفعت الجهالة المفضية
الى المنازعة (و) حتى (تكون الارض خالية عن الزراعة) لانها لو كانت مشغولة بها لم يكن
المعقود عليه مقصور 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 في الاجارة يقتضى التفريغ عند انقضائها
وليس للبناء والغرس مدة معلومة يتهايان اليها فيكون كاشتراط القلع عند انقضاء المدة
عرفا ودلالة بخلاف ما لو انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع لم يدرك حيث يترك باجر
المثل في يده الى ان يستحصنه لان لبلوغ الزرع غاية معلومة فكان في التأخير باجر المثل
مراعاة المحققين (الا ان يغرم الموجر قيمته) اى قيمة البناء او الغرس (مقلوما) لان
في 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 يفرم اى او الا ان
 يرضى الموجر (بتركه) اى ترك البناء او الفرس لان الحق لرب الارض فاذا رضى باستئجار البناء
 او الفرس باجر او بغير اجر كان له ذلك (فيكون البناء او الفرس لهذا) اى ان المستأجر (والارض لهذا)
 وهو الموجر وهو واضع (والرطوبة) بفتح فسكون القضب وهى بالفارسية اسفست (كالشجرة) اى حكمها
 لانها لا يعلم لانها غايبة (وضمن) المستأجر (الحصة بالزيادة على حمل) بالكسر (ذكر) من
 عقد الاجارة يعنى من استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معيناً من نوع معين فحمل اكثر
 مما سمى فعطبت ضمن مازاد (ان اطافت) 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 اصلاً لخروجه عن العادة قيد بكون الاجارة على حمل لانها لو كانت على
 ركوب شخص معين فاردفه آخر فعطبت الدابة ضمن نصف قيمتها سواء كان اخفى او اثقل
 لان تلف الدابة من الركوب لا ينشأ من الثقل اذ رب ثقل يحسن الركوب فلا يضر ثقله
 بالدابة وخفيف لا يحسنه فيضر بها ولان الآدمى لا يوزن فاعتبر فيه العدد وهذا اذا كانت
 الدابة تطبق حمل اثنين حتى لو كانت لا تطبق ذلك ضمن كل قيمتها وان قيد الدابة
 براكب والثوب بلبس لا بس معين فخالف الى غيره ضمن القيمة ان تلف لتفاوت الناس
 فى الركوب واللبس ومثله كل ما يختلف باختلاف المستعمل ولا يعتبر التعيين فيما لا يختلف
 بالمستعمل فلو شرط سكنى واحد بعينه فى الدار جاز للمستأجر ان يسكن غيره فيها والتلف
 برد الدابة بان يجذب لجامها الى نفسه لتقف ولا تجرى او الضرب بلا اذن صريح بوجوب
 الضمان عند اى هنيئة كهلاك الدابة المستعارة والعبد المستأجر بالضرب وهما قيداه بغير المعتاد
 كمالك والشافعى وصح استئجار الجمال ليحمل عليه محملاً وراكبين الى مكة المشرفة مثلاً ويتعين
 العمل 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 والحمل تابع وما فيه من الجهالة تزول بالصرف
 الى المعتاد وكذا اذا لم ير الفراش وما يتعلق به وصح لزيد معلوم الى مكان معلوم ويجوز
 عوض ما نقص منه خلافاً لبعض اصحاب الشافعى

فصل

يفسدها) اى الاجارة (شروط تفسد البيع) وهى الشروط التى لا يقضيها العقد الذى

وقعت فيه لان الاجارة في المنافع بمنزلة البيع في الاعيان ولذا يقال وتفسخ والشروط
التي لا يقتضيها البيع تفسده فكذا الشروط التي لا يقتضيها الاجارة تفسدها وذلك كاشتراط
مراسة الدار وادخال جنح في سقفها وتفسد ايضا بجهالة المعقود عليه كمالو استأجر 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 في البيع وكذا بجهالة من جنس
منفعة المستأجر كاستيجار دار للسكنى بسكنى دار اخرى ولبس ثوب بلبس ثوب آخر وعند
الشافعى يجوز لان المنافع كالايمان عنده ومبادلة العين بالعين بجنسه او بخلاف جنسه
صحيحة عند المساومة ولنا ما حكى ان ابن سماعه كتب الى محمد وقال لم لا يجوز اجارة سكنى
دار بسكنى دار فكتب محمد في جوابه انك اطلت الفكرة واصبت الخبرة وجالست الجبائى
وكانت منكزلة اما علمت ان اجارة سكنى دار بسكنى دار كبيع القوهى بالقوهى نسية بيانها ان
المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذا غير موجود في الحال فاذا اخذ الجنس كان كمبادلة
شىء بجنسه نسية والجنس بانفراده يجرم النساء عندنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس لان
النساء في الجنس اختلف ليس بحرام كمالو اسلم قوهيا في مروى فان قيل عند اختلاف
النوع ان لم يفسد لهذا المعنى يفسد لمعنى آخر وهو ان بيع الدين بالدين حرام
للتهى عن الكالى بالكالى قيل الذى تصببه الباء هو المعقود عليه واقيم الحمل 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 في الاجارة الفاسدة يجب اجر المثل بالفا ما بلغ الا اذا لم يسم الاجر او جهل كله
كتسمية ثوب ما او بعضه كتسمية مائة درهم او ثوب ما فحينئذ يجب الاجر بالغاما بلغ ولو
استأجر حمارا الى مكة ولم يسم ما يحمله عليه فحمل الحمل المعتاد وبلغها وجب المسمى
لاجر المثل كما قال زفر (وصح اجارة دار كل شهر بكذا بلا بيان المدة في) شهر (واحد)
لتعذر العمل بالعموم (فقط) اى ولا يصح في غير الشهر الا ان يسمى جملة معلومة من الشهور
فيصح فيها للمعلم بالمدة وبه قال الشافعى في الاملاء واحمد واختاره الاصطخري واذا لم يتم
الشهر كان لسكل واحد منهما فسخ الاجارة لانتهاء العقد الصحيح من غير محضر صاحبه على
قول ابي يوسف وبمحضره على قول ابي حنيفة ومحمد وقيل لا تفسخ الا بمحضر صاحبه بالاتفاق
وقال الشافعى في الاصح الاجارة باطله لان المدة مجهولة وقال مالك الاجارة صحيحة وكلاما
مضى شهر استحق الاجر لان المنافع مقدره بتقدير الاجر فلا يحتاج الى ذكر المدة (و)
صححت ايضا (في كل شهر يسكن في اوله) ولم يكن للموخر ان يخرجها الى ان ينقضى

الابعدر وبه قال احمد لانه بهذا العقد من السكنى صار معلوما فيتم العقد فيه فكان كالبيع
 بالمعاطاة والمراد باول الشهر اوله عرفا وهو الليلة الاولى من الشهر ويومها وهو ظاهر
 الرواية وبه يفتى (وان سمي اول المدة فذاك) اي فمسمى اولها (والا) اي وان لم يسم
 اول المدة (فوقت العقد) هو اولها لان الاوقات اما تساوت بالنسبة الى ذلك العقد
 تعين الزمان الذي يعقبه (فان كان) العقد (حين يول) اي يبصر الهلال بصيغة المجهول
 والمراد اليوم الاول من الشهر (اعتبر الاهلة) في شهور السنة كلها لانها هي الاصل
 في الشهور قال تعالى (يسئلونك عن الاهلة قل هي موافقت للناس) (والا) اي وان لم يكن العقد
 حين يهل بان كان في اثناء الشهر (فالايام) اي فالاعتبر في شهور السنة كلها الايام وهذا
 عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف وقول للشافعي ورواية عن احمد وعند محمد
 وهو رواية عن ابي يوسف وقول للشافعي ورواية عن احمد الشهر الاول بالايام ويكمل
 من الشهر الاخير والباقي بالاهلة لان الاصل في اعتبار الشهور الاهلة والايام يصار اليها
 ضرورة الاترى الى قوله عليه السلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم فاكملوا
 عدة شعبان والضرورة في الاول من الشهور فيكمل من ايام الشهر الاخير ويعتبر فيما
 بينهما بالاصل ولا يي حنيفة انه لما وجب تميم الاول بالايام قبل ابتداء الثاني وجب تميمه
 من الثاني لانه متصل به فابتدى الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر المدة (كالعدة) اي
 كما يعتبر في العدة اذا كانت بالشهور الاهلة اذا كان ابتداء العدة حين يهل الهلال
 والايام اذا كان ابتداءها في اثناء الشهر (وصح) اجارة الحمام والحجام اما الحمام فلتعارف الناس
 وقد روى الحاكم في مستدركه عن عبدالله بن مسعود انه قال ماراه المسلمون حسنا فهو
 عند الله حسن وما فيها من الجهالة ساقط لكان الضرورة واما الحجام فممنع احمد اجارته لما خرجه
 مسلم عن رافع بن خديج ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كسب الحجام خبيث ولنا
 ما روى الشيخان عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى الحجام اجره
 زاد البخارى في لفظ ولو كان حراما لم يعطه وفي لفظ لو علم كرامته لم يعطه وسلم ولو كان
 حراما لم يعطه وذلك انه كما لا يحل لاحد اكل الحرام لا يحل له دفعه الى غيره
 لياكله وكرهه كسبه عثمان وابو هريرة والحسن والتخفى لما روينا في مسند احمد
 ان محبصة سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن كسب حجام له فنهاه فلم يزل يكلمه حتى قال
 اعلفه ناضحا واطعمه رقيقا (و) صح اجارة (الظئر) اي المرضع (باجر معين) والقياس انه
 لا يصح كاجارة البقرة او الشاة لشرب لبنها واجارة البستان لياكل ثمره الا انها صحت لقوله
 تعالى (فان ارضعن لكم فأنوهن اجورهن) والمراد بعد الطلاق ولان ذلك كان قبل النبي
 صلى الله عليه وسلم فاقروهم عليه ولاجماع الامة على ذلك (وبطعامها وكسوتها) ولها الوسط

وهذا عند أبي حنيفة ومالك وأحمد وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز وبه قال الشافعي
 لجملة الاجرة (وللزواج) أي زوج الظئر (وطؤها) وهو قول الشافعي وأحمد وقال
 مالك ليس له ذلك الا برضاء المستأجر لانه قد ينقص اللبن وقد يقطعها بالحبل ولنا ان
 الوطئ حق الزوج قبل عقد الاجارة فلا يتمكن المستأجر من اسقاطه ولا يسقط لامر مشكوك
 فيه (لا في بيت المستأجر) أي ليس لزواج الظئر وطؤها في بيت المستأجر لان بيته
 حقه فليس للزوج فعل ذلك فيه الا باذنه (وله) أي لزواج الظئر سواء كان ممن يشبه
 ان يكون امرأته ظئرا اولا (في نكاح ظاهر) أي معلوم من غير اقرار (فسخها) أي فسخ
 الاجارة (ان لم يأذن) أي الزوج (لها) أي للظئر في الاجارة لان الارضاع ينقص من جمالها
 وفي ذلك اضرار به فله ان يمنعها منه كما يمنعها من التطوعات (لان اقررت)
 الظئر (بنكاحه) لان عقد الاجارة قد لزمها وقولها غير مقبول في حق المستأجر (ولا هل
 الصبي) أي اوليائه (فسخها) أي الاجارة (ان مرضت) الظئر (او هبلت) لان لبن المريض
 والحامل يضر الصغير (وعليها) أي الظئر (غسل الصبي و) غسل (ثيابه) من البول والغايط
 ونحوهما (واصلاح طعامه ودهنه) بالفتح للعرف على ان الظئر هي التي تتولى ذلك فصار
 كالمشروط والاصل ان الاجارة اذا وقعت على عمل فما كان من توابع ذلك العمل ولم يشترط
 في الاجارة على الاجير فالمرجع فيه العرف (وعلى ايته) أي اب الصبي (الاجر) أي
 اجر الظئر (وثمنها) أي ثمن ثيابه وطعامه وما يغسل وما يدهن به لانها من نفقته (فان
 ارضعته) أي الصبي (بلبن شاة او غنثه) بتشديد المعجمة أي ربه (بطعام ومضت المدة)
 أي مدة الاجارة (فلا اجر لها) وبه قال مالك والشافعي وأحمد (ولاتصح) الاجارة (للمعادات)
 في شرح الوافي والمذهب عندنا ان كل طاعة يختص بها المسلم فالاستيجار عليها باطل
 (كالاذان) والحج (والامامة وتعليم القرآن) وتعليم الفقه وهو نص أحمد وقول عطاء والضحاك
 والزهرى والحسن وابن سيرين وطاوس والنخعي والشعبي وقال مالك والشافعي وأحمد في
 رواية يصح في كل ما لا يتعين على الاجير فعله كالاستيجار لبناء المسجد حتى لو تعين الافناء
 او الامامة على واحد لا يصح اجارته لانه عليه الصلوة والسلام زوج رجلا بمامعه من القرآن
 واذا جاز تعليم القرآن عوضا في باب النكاح جاز في باب الاجارة ولان ابا سعيد الخدري رقى
 بفاحة الكتاب واخذ قطيعا من الغنم واقسمه هو واصحابه بامر النبي 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
 في الحج ممن وجب عليه وعجز عن فعله ولا يوجد متبرع به ولنا ما روى احمد واسحاق

ابن راهويه وابن ابي شيبة وعبد الرزاق من حديث عبد الرحمن بن شبل قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اقرؤوا القرآن ولانأكلوا به ولا تجفوا عنه ولا تغفلوا فيه ولا تستكثروا به وما روى ابو داود وابن ماجه عن عبادة بن الصامت قال علمت ناسا من اهل الصفة القرآن واهدى الى رجل منهم قوسا فقلت ليست بهال وارمى بها في سبيل الله فسألت النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال ان أردت ان يطوقك الله طوقا من نار فاقبلها وفي رواية فقلت ما ترى فيها يا رسول الله فقال جمرة بين كتفيك تقلدتها او تعلقتها وروى اصحاب السنن الاربعة بطرق مختلفة فلفظ ابى داود والنسائي عن عثمان بن ابى العاص قال قلت يا رسول الله (صلى الله عليه وسلم) اجعلنى امام قومي قال انت اما موم واتخذ مؤذنا لا يأخذ على اذانه اجرا وروى الترمذى فى جامعه مسندا الى الحسن بن عثمان بن ابى العاص قال ان آخر ما عهد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اتخذ مؤذنا لا يأخذ على اذانه اجرا وحديث التزويج ليس فيه تصريح بان التعليم صدق فلعله زوجها اياه بغير صدق اكرامه 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 او لعل المرأة وهبتها له باعتبار ذلك ومعنى قوله احق ما اخذتم عليه اجرا كتاب الله الجعالة فى الرقبة لان ذلك فى سياق جزاء الرقبة ودائرة الجعالة اوسع من دائرة الاجارة ولهذا يجوز مع جهالة العمل والمدة دون الاجارة او ان المأخوذ منه قطع الغنم كان كافرا غير مستأمن فجاز اخذ ماله او ان حق الضيف واجب ولم يضيفوهم وان الرقبة 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 فلا امر ثواب الانفاق وبه يسقط الفرض عنه فيكون الاجرة للخدمة او لقطع المسافة وعلى تقدير ان الافعال تقع عن الأمر لا تكون اجارة على الحج بل انفاقا عن النائب (ويفتى اليوم بصحتها) اى الاجارة على الاذان والامامة والتعليم القرآن لان المتقدمين انما منعوا منها لرغبة الناس فى زمانهم فى فعلها احتسابا وفى مجازاة فاعلمها بالاحسان بلا شرط وفى هذا الزمان قد زال المعنيان ففى عدم صحة الاجارة عليها تضييعها ولا يبعدان يختلف الحكم باختلاف الازمنة الا ترى ان النساء كن يخرجن 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 والفقہ وفي الذخيرة والروضه عن بعض اصحابنا يجوز في زماننا للامام والمؤذن والمعلم اخذ الاجرة (ولا) تصح الاجارة (للمعاصي كالفناء) لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الغناء ينبت النفاق في القلب رواه ابو داود وكذا سائر الملاحى كالمزمار والطبل لغير الغزولما في سنن ابي داود عن نافع قال سيع ابن عمر من مارا فوضع اصبعيه في اذنيه ونا عن الطريق وقال لي يا نافع هل تسمع شيئا قال قلت لا قال فرفع اصبعيه من اذنيه وقال كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا (والنوح) لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس منامن ضرب الحدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية رواه البخارى وفيه ايضا عن ابي موسى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم برىء من الصالقة والحالقة والشافة الصالقة التي ترفع صوتها بالبكاء والنوح والحالقة التي تخلق رأسها في المصيبة والشافة التي تشق ثوبها في تلك الحالة وذلك لان عقد الاجارة يستحق به تسليم المعقود عليه شرعا فلا يستحق على اخذها يكون به عاصيا للابصير المعصية مضافة الى الشريعة (ولا) تصح الاجارة (لعسب التيس) وهو نزوه على الاناث لما روى البخارى وابو داود والترمذى والنسائى عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن عسب التيس وفي مسند احمد نهى عن ثمن عسب الفحل (ولا) تصح (اجارة المشاع الا من الشريك) على الاصح عند ابي حنيفة وهو قول زفر واحمد سواء كان ما 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 ويجبران على ذلك لان هذا عقد معاوضة فيجوز في المشاع كالبيع وفي المغنى والفتوى اليوم على قولهما في اجارة المشاع والحيلة في جوازها على قول الكل ان يرفع العقد الى قاض يحكم به (ولا اجارة الرضى ببعض دفيقه) اى دقيق ذلك المستأجر على طحنه فان طحن فالدقيق لرب المطحون وللطاحن اجر المثل (و) لا اجارة (نحوها) من الاجارات كاجارة الحمل للطعام بققير منه فانها لا تجوز فان عمله فله اجر مثله لا يجاوز الققيز اما فساد الاجارة فلما روى الدار قطنى والبيهقى في سننهما وابو يعلى الموصلى في مسنده عن ابي سعيد الخدرى قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن عسب الفحل وعن ققيز الطحسان وفي الهداية هو ان يستأجر ثورا ليطحن له طحنة بققير من دقيقها واما وجوب اجر المثل فلانه سلم المعقود عليه واما انه لا يجاوز الاجر المسمى فلان الاجارة لما فسدت وجب الاقل من المسمى من اجر المثل لرضاه بحط الزيادة (ولا) يصح (الجمع) في الاجارة (بين الوقت والعمل) بدون حرف الظرف كما لو استأجر رجلا ليخبز له عشرة افنزة اليوم بدرهم وغدا عند

أبي حنيفة وقال يصح لأن المعقود عليه العمل وذكر الوقت للاستعمال لا لتعليق الحق به حتى لو فرغ منه في نصف النهار كان له الاجر كاملا ولو لم يفرغه في اليوم كان عليه عمل الى الغد ولابي حنيفة أن ذكر الوقت دليل كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل دليل كونه معقودا عليه ونفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير في الاول ولا تخرج لاحدهما على الآخر لأن كل واحد منهما يقع معقودا عليه في باب الاجارة فصار المعقود عليه مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة بان يقول المستاجر اذا فرغ الاجير من العمل في اثناء النهار منافعك في بقية الهدة حتى باعتبار تسمية الوقت وانا استعملك ويقول الاجير اذالم يفرغ من العمل عند مضي اليوم قد انتهى العقد بانتهاء الهدة والجهالة المفضية الى المنازعة مفسدة وانما قلنا بدون حرف الظرف لانه روى عن أبي حنيفة انه قال اذا قال في اليوم تصح الاجارة لان في للظرف لا للهدة فكان المعقود عليه العمل بخلاف اليوم فانه للهدة وقد سبق نظيره في الطلاق واجارة مسلم بيته لبيع فيه خمر او نفسه لحملها مكرهه عند أبي حنيفة وفاسد عندهما لان الحمل سبب للمعصية فكانت معصية والعقد على المعصية لا يصح وقد لعن النبي صلى الله عليه وسلم في 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

فصل

الاجير المشترك) وهو من لا يجب عليه ان يختص بواحد من الناس (لا يستحق الاجر الا بالعمل) كخياطة هذا الثوب او صبغه لان المعقود عليه حقيقة العمل واثره (وله ان يعمل للعامه) اي لكل احد لان منافعه غير مستحقة لواحد (كالقصار ونحوه) وذلك لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او الوصف الذي يحدث في العين بعمله لا يمتنع عليه ان يتقبل مثل ذلك العمل لغيره لان ما استحقه اولا في حكم الدين في ذمته ولهذا سمي مشتركا لان له ان يعمل لمن شاء ولم يصر منافعه مستحقة لواحد (ولا يضمن ما هلك في يده) من غير تعد منه (وان كان شرط عليه الضمان) والمعنى ان المتاع في يده امانة عند أبي حنيفة لحصول القبض باذنه لمنفعة وهي اقامة العمل فيها فلا يكون مضمونة عليه كالمودع وبه اخذ زفر والحسن بن زياد واحمد واسحاق والمزني والشافعي في قول وهو القياس سواء هلك بامر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب او بامر لا يمكن التحرز عنه كالحرقيق الغالب والغارة الغالبة والمكابرة وقال ابو يوسف ومحمد انه مضمون عليه ان هلك بامر يمكن التحرز عنه لان عليا رضي الله تعالى عنه

كان بضمن الساعة والصناع وقال لا يصح للناس الا ذلك رواه البيهقي من طريق الشافعي وحكاه
 في الهداية عن عمر ايضا واختار المتأخرون من اصحابنا الصالح عن النصف بكل مال واقتوا به
 عملا باقوال الصحابة والفقهاء بقدر الامكان كذا في جامع الفصولين وغيره (بل) بضمن ما تلتف
 بعمله) كتحريق الثوب من دق القصار وفساد المحمول من زلق الحامل او من انقطاع الحبل
 الذي يشد به المكاري الحمل او غرق السفينة وامتعنتها من مد الملاح او معالجته لان ذلك
 من جنابة يده وبه قال مالك واحمد والشافعي في قول وروى عن عمر وعلى وعبيد الله
 بن عتبة وشريح والحسن والحاكم وقال زفر والشافعي في قول لا يضمن وروى عن عطاء
 وطاوس لو غرقت من ربح او موج او صدم جبل وتلف ما فيها لا يضمن عند ابي حنيفة
 ويضمنه عند صاحبيه بناء على ضمان الاجير المشترك وعدمه (الا الآدمي) فان الاجير لا
 يضمن اذا غرق في السفينة من مد الملاح لها او سقط من الدابة بسوق المكاري او عطب
 بصحابة الحجام او فصد لان الآدمي لا يضمن بالعقد بل بالجنابة (ان لم يتجاوز) الاجير في عمله
 فيه الموضع (المعتاد) فيد به لان كلا من الحجام والفساد يضمن الآدمي اذا تجاوز في عمله الموضع
 المعتاد (والاجير الخاص يستحق) الاجرة (بتسليم نفسه مدته) اي مدة العقد (وان لم يعمل)
 او عمل ونقص العمل (كلاجير) شهر الخدمة او (لرعى الغنم) وقد يسمى اجيرا وحدا
 لانه لا يمكنه في تلك المدة ان يعمل لغير المستأجر لان العقد ورد على منافعه وذكر
 العمل لصرف المنفعة المستحقة الى تلك الجهة وفي الذخيرة لو استأجره يوما ليعمل في
 الصحراء فطرت السماء بعد ما خرج الاجير الى الصحراء لاجر له لان تسليم النفس في ذلك
 العمل لم يوجد لمكان العذر وبه كان يفتى المرغيناني (ولا يضمن) اي الاجير الخاص (ماهلك
 في يده) بالاجماع (او بعمله) المعتاد وهو قول مالك واحمد وظاهر من ذهب الشافعي
 (وان ردد الاجر بتريد العمل) بان ردد بين نوعي عمل او بين دارين او بين مسافتين
 او حملتين على دابة كان قال ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا
 فبدرهمين او ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين او قال ان سكنت
 هذه الدار شهرا فبخمسة وان سكنت الاخرى فبعشرة او قال ان سرت على هذه الدابة
 الى الكوفة فبكذا او الى البصرة فبكذا او قال ان حملت عليها الى كذا فنظارا من حديد
 فبكذا او من قطن فبكذا (يجب اجر ما عمل) وكذا ان ردد بين ثلثة وان ردد بين
 اربعة لم يصح والاصل في ذلك البيع وقال مالك والشافعي والثوري وابو ثور لا يصح
 العقد ويجب اجر المثل اذا عمل وهو القياس لانه عقد معاوضة لم يتعين فيه العوض
 ولا العوض فلم يصح كما لو قال بعثك هذا بدرهم او هذا بدرهمين ووجه الاستئمان ان

الاجارة يجب الاجر فيها بالعمل وعند العمل ما يلزمه من البدل معلوم فلا تبقى جهالته لا في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف البيع فان الثمن فيه يجب بنفس العقد فاذا لم يكن معلوما في العقد يفسد (وان ردد) الاجر (في عمله اليوم او غدا) كان قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فقال ابو حنيفة الشرط الاول جائز والثاني فاسد (فله) اى للاجير (ما سمى ان عمل اليوم) لصحة شرطه (واجر مثله ان عمل غدا) لفساد شرطه (فلا يتجاوز المسمى) لمرأضيهما عليه وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان فله ما سمى في عمل اليوم ان عمله فيه وما سمى له في عمل الغدان عمله في الغد وقال زفر الشرطان فاسدان وله اجر المثل في عمل اليوم ان عمله في اليوم وفي عمل الغد ان عمله في الغد وهو قول مالك والشافعي واحمد والثوري وابي ثور واسحاق وهو القياس (ولا يسافر بعبد مستاجر) من مولاه (للخدمة الا بشرطه) اى السفر في العقد اورضا فيما بعده لان خدمة السفر تشتمل على زيادة مشقة فلا يشتملها اطلاق الخدمة ولهذا جعل السفر عنرا في فسخ الاجارة فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار ولو سافر به فهلك ضمنه لمولاه لانه صار غاصبا ولو رده الى مولاه سالما لا اجر له عندنا خلافا لمالك والشافعي واحمد لان الاجر والضمان عندنا لا يجتمعان ثم الخدمة من السحر الى ان ينام الناس بعد العشاء عملا بالعرف فيهما

فصل

(تنفسخ) الاجارة (بعيب) حدث او ظهر (اغل بالنفع كدبر الدابة) ومرض العبد للخدمة لان المعقود عليه في 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 في المبيع قبل القبض (فلو انتفع) المستاجر (بالمعيب او ازيل العيب سقط خياره) لانه بالانتفاع رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في المبيع اما اذا لم يكن مخلا به كما لو سقط هايط من الدار لا يتخل بالسكنى لم يكن للمستاجر الفسخ ويفهم منه ان العيب المفوت لنفس المنفعة تنفسخ به الاجارة من باب اولى كخراب الدار وبه كان يفتى شمس الائمة السرخسى وشيخ الاسلام حواهر زاده وقال بعض الاصحاب تنفسخ اجارة الدار بمجرد الخراب وهو قول مالك والشافعي واحمد لان المعقود عليه وهو المنافع المخصوصة فات قبل القبض فصار كفوت المبيع قبل القبض وكفوت العبد المستاجر والاول اصح لان المنافع فانت على وجه يتصور عودها فاشبه اباق المبيع قبل القبض وقد روى هشام عن محمد انه لو استاجر بيتا فانهدم فبناه الموجر واراد المستاجر ان يسكنه

في بقية المدة فليس له ان يمنعه من ذلك وكذا ليس للمستأجر ان يمتنع منه وهذا صريح في انها لا تنفسح بمجرد الخراب واما اذا انهدمت المستأجرة فانه يجوز له ان يفسخ الاجارة ويخرج منها وان كان الموجر غائبا وان بناها قبل الفسخ فكما تقدم (و) تنفسح الاجارة (بخيار الشرط) بخيار (الرؤية) خلافا للشافعي فيها (و) تنفسح الاجارة بالعدر (وهو) اي العذر (لزوم ضرر لم يستحق بالعقد كسكون وجع ضرر استوجر) شخص (لقلمه ولحوق دين) للموجر (لا يقضى) ذلك الدين (الا بشئ ما أجر) من دار او دكان (وسفر مستأجر عبد) استأجره (للخدمة مطلقا) اي غير مقيدة بمكان (او في المصر) لان خدمة السفر اشق فلا ينتظمها الخدمة المطلقة فضلا عن المقيدة بالمصر وفي منع المستأجر من السفر ضرر لم يستحق بالعقد (وافلاس مستأجر دكان ليتمر فيه) افلاس (خياط) يشتري الثياب ويحيطها لبيعيها (استأجر عبد ليحيط) له (فترك) ذلك الخياط (عمله) لاجل افلاسه (وبداء) بالمد اي ظهور رأى (مكترى الدابة) سافر عليها (من سفره) اي بدل سفره فمن بمعنى بدل كما في قوله تعالى (ارضيتم بالحياة الدنيا من الآخرة) متعلقة ببداء وانما كان هذا عذرا لان المستأجر ربما كان يسافر للمحج فذهب وقته او لطلب غريمه فحضر او للتجارة فافتقر (بخلاف بداء المكاري) من سفره فانه ليس بعذر لا يمكن ان يبعث الدواب مع اجيره (و) بخلاف (ترك خياطة مستأجر عبد ليحيط لبعمله) ذلك المستأجر (في المصر) اي في صرف النقود واللام الثانية متعلقة بترك وانما لم يكن هذا عذرا لا يمكن ان يخط الغلام في ناحية (و) بخلاف (بيع) الموجر (مأجره) فانه ليس بعذر لا يمكن استيفاء المستأجر المنافع والعين على ملك المشتري كما يستوفيهما والعين على ملك البايع في ظاهر الرواية لعدم منافاته لحقه وقيل يفسخه كالاجارة وانما الخيار للمشتري ان شاء فسخ البيع وان شاء صبر الى انقضاء الاجارة واخذ المبيع وان اجاز المستأجر البيع يبطل اجارته فيما بقي من المدة لسقوط مده في ضمن اجازته عقدا ليس له بخلاف اجازته الاجارة لان العقد وقع له لوقوعه على ملكه واما لو أجر ما أجره في مدة المستأجر فسخ عقده ان شاء لاستحقاقه المنفعة دونه او اجازته وان استحق الاجر لان عقده صار كعقد الفضولي لصيرورته اجنبيا عن المنفعة في مدة المستأجر وقال الشافعي لا تنفسح الاجارة بالعدر لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان فكانت الاجارة كالبيع وهو يفسخ بالعيب لا بالعدر فكذا الاجارة وبه قال مالك واهمداو ابو ثور ولنا ان العذر في الاجارة كالعيب في البيع قبل القبض لان المعقود عليه وهو المنافع لا تصير مقبوضة الا بالاستيفاء والبيع يفسخ بالعيب الحاصل قبل القبض فيفسخ الاجارة بالعدر والجامع بينهما عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا

بضرر زائد لم يستحق بالعقد وفي الجامع الصغير وكلما ذكرنا انه عند فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يشير الى انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضى لانه بمنزلة العيب في المبيع قبل القبض فينفرد العاقد بالفسخ وفي الزيادات ان الامر يرجع الى الحاكم يفسخ الاجارة لانه فصل مجتهد فيه فيتوقف على قضاء القاضى كالرجوع في 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 لانفسخ ويقوم وارثه مقامه سواء مات احدهما او كلاهما لان المنافع عندهم كالايمان والعقد على العين لا يبطل بموت احد العاقدين فكذا العقد على المنافع وعندنا عقد الاجارة ينقضي ساعة فساعة بحسب حدوث المنفعة فاذا مات الموجد 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 موروثه وهى لانورث (فان عقدها) احد العاقدين الاجارة (لغيره فلا) تنفسخ الاجارة بموته لبقاء المستحق حتى لو مات المعقود بطلت لما ذكرنا (كالوكيل) يعقدها له وكله (والوصى) يعقدها له حجوره (ومتولى الوقف) يعقدها للوقف ولو مات احد المستأجرين او الموجدين بطلت الاجارة في نصيبه وبقيت في نصيب الآخر في ظاهر الرواية وقال زفر وهو رواية عن ابى حنيفة تبطل في نصيب الحى ايضا لانها اجارة المشاع ولنا ان عدم الشيوع شرط صحة العقد في الابتداء لا في الانتهاء فلو مات المكارى في بعض الطريق فلمستأجر ان يركب الى المكان الذى جعله غاية التسريع حتى لو ماتت الدابة لم يضمنها لوقوع الركوب بحكم الاجارة ولو استقبل المكارى في الطريق لصوص لم يمكنه دفعهم وعلم انه ان لم يطرح الحمل اغنوا الدابة والحمل فطرح الحمل وفر بدايته لم يضمن لانه لا يعد مقصرا في مثل هذه الحالة كما لا يضمن الراعى لو ذبح فطرح ما خاف موته في المختار للفتوى (فلو قال) المالك (لغاصب داره فرغها والا) اى وان لم تفرغها (فاجرتها كل شهر كذا فسكت ولم يفرغ يجب المسمى) لان قوله والا فاجرتها كل شهر كذا ايجاب معلق على عدم التفرغ والاجارة يصح تعليقها بالشرط وسكوت الغاصب مع عدم تفرغه رضا بذلك الايجاب وقبوله (وصح الاجارة وفسخها والمزارعة والمسافة والوكالة والكفالة والمضاربة والقضاء والامارة والايصاء والوصية والطلاق والعتاق والوقف مضافة الى) زمان (مستقبل) اما الاجارة

فلانها تملك المنافع وهي تحدث ساعة فساعة فتكون مضافة واما فسختها فمعتبر بها واما المزارعة
والمساقاة فكل منهما اجارة واما الوكالة والمضاربة فلانهما من باب الاطلاق كالعقود والوقف
والطلاق واما الكفالة فلانها التزام المال ابتداء فيجوز اضافتها وتعليقها بالشرط كالنذر
واما القضاء فلانه من باب الامارة وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم اما امر زيد بن
هارثة في غزوة موته ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة واما الايصال والوصية فلان
الايصال توكيل بالتصرف بعد الموت والوصية تملك بعده (لا البيع) اي لا يصح اضافة البيع
الى زمان مستقبل (واجازته) عند عقد الفضولى (وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح
والرجعة والصالح عن مال وبراء الدين) لان هذه العشرة تملكات للمحال فلا تضاف
الى الاستقبال هذا ولا يضمن الاجير لحفظ الخانات والسوق ما سرق منهما في الصحيح لانه
يحرس الابواب اما الاموال فمحافظة بالبيوت وهي في يد ملاكها وهو قول الفقيه ابي
جعفر وابي بكر البخارى وقال غيرهما من المشايخ في حارس السوق يضمن
لانه بمنزلة الاجير المشترك ويضمن الخاتن بقطع الحشفة مع الجلدة نصى المدينة
ان مات لانه مات من سريان جرح مأذون فيه وهو قطع الجلدة وغير مأذون وهو
قطع الحشفة وان لم يموت ضمن كل الدية لقطعه مالم يؤذن له وان قطع بعضها وان لم يموت
فعلية حكومة عدل ولو شرط عليه وعلى الفصاد والحجام العمل السالم دون السارى لا يصح
الشرط ويلزم الحمال ادخال الحمل الى البيت لانه من تمام العمل ولا يلزمه الصعود الى
السطح ونحوه الا بالشرط في العقد لكونه امرا زائدا ويلزم موجر الدار فعل ما يخل
تركه بالسكنى كالعجارة واصلاح الميزاب وغلق الباب وستر السطح والسلم ويلزمه اخراج
ما في المخرج وهو موضع قضاء الحاجة ولو كان امتلاؤه من المستأجر لانها من جملة منافع
السكنى فان ابي لا يجبر على اخراجه لان الانسان لا يجبر على ان يجعل ملكه فيها لا
ينتفع به ويجوز لساكنها الخروج منها حينئذ لاخلاله بالانتفاع بها ولو اخرجها هو يكون متبرعا
ولا يحسب له من الاجران فعله بغير اذن المالك وهذا اذا لم ير هذه العيوب وقت الاجارة
فان رآها حينئذ فلا خيار له ارضاه بالعيب ولا يضمن دلال دفع المتاع الى من يشتريه
لينظره فذهب به من بين يديه ولم يظفر به للاذن له عادة بالدفع لمن يريد الشرى
ولم يقصر في الحفظ حيث لا ينتهى عنه بغيره وكذا لا يضمن اذا سرق ثمن المتاع منه
وان عين المستأجر له مكان القبر يخضر فيه فخر في غيره لم يستحق عليه شيئا لعدم
اتيانه بما امره به وان لم يذكر مكانه ولا وصفه انصرف اطلاقه الى مقبرة محلته والاعتاد
من صفته الى العمق والوسع واستحق الاجر ان فعل كذلك لان المطلق ينصرف الى
المتعارف الاصح والله تعالى اعلم *

كتاب العارية

(هي) لغة بالتشديد وتخفف منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب على ان اصل العار
 الحرر وشرعا (تمليك نفع بلا عوض) فخرج تمليك العين كالبيع والهبة وتمليك النفع بعوض
 كالاجارة وقال الكرخي هي اباحة الانتفاع لامتلاك المنفعة وهو قول الشافعي واهم لان
 المستعير لا يملك الاجارة من غيره ومن ملك شيئا ملك تمليكه من غيره بعوض ولنا ان
 المستعير انما لا يملك الاجارة لما فيها من الضرر بالمعير لانه ملك المستعير المنافع على
 وجه يتمكن من الاسترداد متى شاء فلو ملك المستعير الاجارة لم يتمكن المعير من ذلك
 وهي مشروعة بالكتاب وهو قوله تعالى (ويمنعون الماعون) فانه ذم على منع الماعون الذي
 هو عدم اعارته فتكون اعارته محمودة بالسنة وهي ما روى البخاري عن انس قال كان فزع بالمدينة
 فاستعار النبي فرسا من ابي طلحة يقال له المندوب فركبه فلما رجع قال ما رأينا من شيء
 وان وجدناه ليجر الى الفرس سريعا كجر يان البحر وبالاجماع فان الامة اجعت على جوازها وانما
 اختلفوا في كونها مستحبة وهو قول الاكثر او واجبة وهو قول البعض (وتصح باعرتك)
 لانه صريحتها (ومانتك) ثوبى هذا لان اصل المنع ان يعطى الرجل آخر ناقته او شاة
 ليشرب لبنها ثم يردّها اذا فرغ وروى فيه اصل الوضع وحمل على العارية اذا لم يرد به
 الهبة (واطعمتك ارضي) لان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم كارض يرد به اكل غلتها
 اطلاقا لاسم الحمل على الحال (وحملتك على دابتي هذه) لانه يقال في 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 عبي) لان هذا اذن في
 استخدامهم وهي عارية (ودارى لك سكني) اي من جهة السكنى فداري مبتدأ ولك
 خبره وسكني تميز عن النسبة الى المخاطب لان قوله لك يحتمل ان يكون له رقبته
 وان يكون له منفعتها وقوله سكني محكم في المنفعة فهو معين للثاني بحكم التفسير فيكون
 عارية (وعمرى سكني) اي دارى لك عمرى سكني يقال اعمره الدار اي قال له هي لك مدة
عمرى والعمرى اسم منه فيصير معناه جعلت سكنها لك مدة عمرى (ويرجع المعير متى
 شاء) سواء كانت العارية مطلقة او موقتة لان المنافع تحدث شيئا فشيئا وثبوت الملك فيها
 بحسب حدوثها فالرجوع بالنسبة الى المنافع التي لم تحدث فيكون امتناعا عن تمليكها وله
 ولاية ذلك (ولانضمن بلا تعدان مالك) وبه قال مالك والثوري والاوزاعي وروى
 عن علي وابن مسعود والحسن والنخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز وشريح وقال الشافعي

رحمه الله ان هلكت من الاستعمال المعتاد لا يضمن وان هلكت من غيره يضمن وحاصل
 الخلاف ان العارية امانة مطلقا عندنا لا وقت استعمالها فقط كما قاله الشافعي رحمه الله
 وهو قول ابن عباس وابي هريرة وعطاء واستحاق لقوله عليه السلام اذ الامانة الى من
 ائتمنتك ولا تخن من خانك رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب وقوله عليه السلام
 على اليد ما اخذت حتى تؤديه رواه ابن ابي شيبة وماروي ابوداود والنسائي عن صفوان
 ابن امية ان النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه درعا يوم حنين فقال اغضب يا محمد
 قال بل عارية مضمونة ولنا ما روى ابوداود والترمذي وقال حديث حسن عن ابي امامة
 قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلا
 وصية لوارث الى ان قال العارية مؤداة والمنحة مردودة وما في مصنف عبد الرزاق عن
 عمر بن الخطاب قال العارية بمنزلة الوديعة لا ضمان فيها الا ان يتعدى وعن علي ليس
 على صامب العارية ضمان الحديثان اللذان رووهما لولا انها يقتضيان وجوب رد العين
 ولا كلام فيه وانما الكلام في وجوب ضمان القيمة بعدها كما وما روه من حديث صفوان
 معارض بما روى احمد في مسنده والحاكم في مستدركه وسكت عليه وابن حبان عن ابن
 عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار عن صفوان بن امية درعا وسلاحا في غزوة
 حنين فقال يا رسول الله عارية مؤداة قال نعم عارية مؤداة ويجاب عنه بانه عليه السلام
 اخذ دروع صفوان بغير رضاه ولد اذ قال اغضب يا محمد لانه صلى الله عليه وسلم كان محتاجا الى السلاح فكان
 الاخذ له حلالا ولكن بشرط الضمان كماخذ طعام الغير في حال المحضمة وقيل المراد ضمان
 الرد بدليل قول عليه السلام اذا انتك رسل فاعطيهم ثلاثين بعيرا وثلاثين درعا قال
 فقلت يا رسول الله عارية مضمونة او عارية مؤداة قال بل مؤداة رواه ابوداود والنسائي
 وابن حبان في صحيحه وقيل كان هذا منه عليه السلام اشترطا للضمان على نفسه وعندنا
 المستعير لا يضمن بالشرط ولكن صفوان كان يومئذ حربيا ويجوز بين المسلم والحربي
 من الشرايط ما لا يجوز بين المسلمين وقيل المستعير وان كان لا يضمن لكن يضمن بالشرط
 كالمودع على ما ذكره في المنتقى وقيل انها كان ذلك تطيبا لقلب صفوان على ما روى انه
 هلك بعض تلك الدروع فقال صلى الله عليه وسلم ان شئت غرمتها لك فقال لا فانما
 اليوم ارضب في الاسلام مما كنت يومئذ ولو كان الضمان واجبا لامره بالاستيفاء او الابرأ
 (ولا توجر) العارية لانها غير لازمة في الاصل والاجارة لازمة واجازها مالك وكذا لا ترهن
 العارية اتفاقا لان الرهن لازم وهي غير لازمة (فان آجرها) المستعير (فعطيت ضمنه) اي المستعير
 (المعير) لانه صار غاصبا بتعديده (ولا يرجع) المستعير (على احد) لانه ظهر انه آجر

ملك نفسه (أو ضمن المعير) (المستأجر) لانه قبض ملكه بغير اذنه فكان كالمستأجر من الغاصب (ويرجع) المستأجر (على موجره ان لم يعلم انه عارية) لكونه مغرورا من جهة موجره دفعا لضرر الغرور عن نفسه واما اذا علم انه عارية فلم يرجع لان الموجر حينئذ لم يكن منه غرور فصار كالمستأجر من الغاصب اذا كان عالما بالغصب (وبعارة) 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 رحمهم الله في وجهه لان العارية تمليك المنافع وقد صدرت مطلقة وللمالك له ان يملك غيره والاصح في مذهب الشافعى وهو قول احمد انها لا تعار بئاء على ان الاعارة اباحة المنافع والمباح له ليس له ان يبيع لغيره (و) يعار من العارية (مالا يختلف) استعماله (ان عين) المعير منتفعا لان التقييد بالمنتفع فيما لا يختلف استعماله لا يفيد 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 فللمستأجر ان يعيره سواء اختلف استعماله اولاً وان عين لا يعير الا ما لا يختلف استعماله لان الاجارة تمليك المنافع كالاجارة الا ان الاجارة بعوض والاعارة بلا عوض (فمن استعار دابة او استأجرها مطلقا) اى من غير تعيين انتفاع او منتفع (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 اولاً تعين مراداً بالعقد فصار كانه منصوص عليه (وان اطلق) المعير (الانتفاع فى الوقت) متعلق باطلاق (و) فى (النوع) والقدر (انتفع) المستعير (ما شاء) من انواع الانتفاع (اى وقت شاء) عملاً بالاطلاق (وان قيد) المعير الانتفاع بوقت كيوم او جمعة او مكان كطريق مكة او نوع منفعة او بهما (ضمن) المستعير (بالخلاف الى شر) عملاً بالتقييد (فقط) اى ولا يضمن بالخلاف الى خير ولا الى مساو لان الاذن بالشئ اذن بما يساويه وبما هو خير منه كمن استعار دابة ليحمل عليها فقيرا من هذه الخنطة فحملها فقيرا من هنطة اخرى او حمل مثل ذلك شعيرا وهذا استحسان ويضمن قياسا لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا يعتبر المنفعة والمضرة الا ترى ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه ووجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك فى تعيين الخنطة فان مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الخنطة من الشعير يكون اخف على الدابة (وكذا) تقييد الاجارة بنوع او قدر) او وقت او مكان فان وافق المستأجر او خالف الى مثل اولى

خير لا يضمن وان خالف الى شر يضمن واختلفوا في ابداع المستعير فقال جماعة منهم الكرخي ليس له ذلك مستدلين بمسئلة الجامع وهو ان المستعير اذا بعث الجارية الى صاحبها على يد اجنبى فهلكت في يده يضمن المستعير الجارية وليس ذلك منه الا ايداعا قال الباقلاني وهذا القول اصح لان الايداع تصرف في ملك الغير وهو العين بغير اذنه قصدا بخلاف الاعارة فانها تصرف في المنفعة قصدا وتسليم العين من ضروراته فاقترقا واكثرهم على انه له ذلك منهم مشايخ العراق وابو الليث وابو بكر محمد بن الفضل وبرهان الاثمة لان الايداع دون الاعارة لان العين ودیعة عند المستعير في العارية فاذا ملك الاعلى فاولى ان يملك الادنى قال ظهير الدين المرغيناني وعليه الفتوى ومسئلة الجامع محمولة على ما اذا كانت العارية موقفة فمضت مدتها ثم بعثها مع الاجنبى لانه بامساكها بعد مضي المدة يصير متعديا حتى اذا هلكت في يده يضمن فكندا اذا تركها في يد اجنبى (وردها) مبتدأ اى رد المستعير الدابة (الى اصطلح مالکها) اى مر بط الدابة (او مع عبده) اى عبد المستعير (او اجيره مسانحة او مشاهرة او مع اجير ربها) اى رب الدابة (او) مع (عبده) سواء كان (يقوم على دابة اولاً) يقوم عليها (تسليم) خبر المبتدأ والقياس ان يضمن المستعير اذا رد الدابة الى اصطلح مالکها فهلكت او رد العبد المستعار الى دار مالکة فتلحق وهو قول الشافعى واحمد لان الواجب عليه الرد الى المالك او نائبه ولم يوجد فيضمن كما في الودیعة والمقضوب والمرهون فانه لا يبرأ فيها الا بالتسليم الى المالك دون الرد الى داره اتفاقا ووجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العوارى الى دور ملاكها متعارف كآلة البيت والناس يحفظون دوابهم في مراتبها وهو لو سلمها الى مالکها ردها الى اصطلحها وقيل هذا في زمانهم واما في زماننا فلا يبرأ الا بالتسليم الى يد صاحبها واما عبد المستعير او اجيره مسانحة او مشاهرة فلانه من عيال المستعير وله ردها بيد من في عياله كما للمودع لان حفظ الودیعة بهم واما الاجير بالمياومة فلا يعد من العيال واما اجير رب الدابة او عبده فقياس قول الشافعى رحمه الله انه يضمن كما في الودیعة ووجه منهنا وهو قول احمد ان مالک الدابة راض به عادة والاصل ان مؤنة الرد على من وقع القبض له لان الخراج بالضمان والرد واجب ولقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تؤديه فاذا ثبت هذا يتضح هذه المسائل (كرد مستعار غير نفيس) كفأس وغربال ونحوهما (الى دار مالکة) فانه يكون تسليمها لکة اتفاقا لان الدار في يد مالکها فكان الرد اليها ردا اليه واما النفيس كالصحف والجوهر فلا يسلم في العادة الا الى يد مالکة (بخلاف رد الودیعة والمقضوب الى دار مالکهما) فانه لا يكون تسليمه اما الودیعة فلان المالك

رضى بحفظ المودع دون غيره واما الموصوب فلان الغاصب متعد باثبات يده في الموصوب وازالة يد مالكة فلا بد له من ازالة يده واثبات يد مالكة وذلك بحقيقة التسليم الى مالكة (وعارية التقديبن والمكيل والموزون والمعدود) المتقارب اذا اطلقت الاعارة (قرض) وتسميتها عارية مجاز لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بهذه الاشياء الا باستهلاك عينها فاقضى تمليكها وذلك بالهبة او القرض والقرض ادناهما فيثبت واما لو استعار د رهم ليعاير بها ميزانا اوليزين بها ذكانا فان ذلك اعارة لا قرض ويكون له المنفعة المسماة (وصح اعارة الارض للبناء والغرس) لان كلا منهما منفعة معلومة تملك بالاجارة فتملك بالاجارة بل اولى لانها تبرع (وله) اى للمعير (ان يرجع عنها) بعد ان يبني المستعير او يغرس لان عقد الاعارة غير لازم (وبكفى) المعير للمستعير (قلعهما) اى البناء والغرس لانه شغل ارضه بهما (وضمن) المعير للمستعير (مانقص) البناء والغرس (بالقلاع) بان يقوم قائما غير مقلوع لان القلاع غير مستحق قبل الوقت ذكره في شرح الكنز والمعنى بكم يشترى بان بشرط قياسهما الى المدة المضروبة وفي القدورى اذا كانت قيمتهما وقت مضى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا وحين قلعهما ثمانية يرجع بدينارين وفي المبسوط يتملكهما به الا ان يرفعهما المستعير ولا يضمن قيمتهما فله ذلك لانه ملكه (ان وقتها) المعير الاعارة (ورجع قبل) وقال زفر لا يضمن لان التوقيت والاطلاق فيها سواء لبطلان التأجيل في العوارى ولنا ان المعير بالتوقيت غار للمستعير لانه نص على ترك الارض في يده وقرار بنائه وغرسه فيها المدة التى سماها وللمغرور ان يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار (وكره) للمعير ان كان وقتها (الرجوع) عن الاعارة (قبل) اى قبل الوقت الذى وقتها به لان فيه خلف الوعد قيد الضمان بالموقنة لان المعير لا يضمن للمستعير شيئا من البناء او الغرس ان لم يوقت لان المستعير حينئذ مفتر لا مشرور لانه اعتمد الاطلاق في العقد وقال مالك ليس له الرجوع متى شاء لانه غير متعد فيه فلا يكون لصاحب الارض ان يأخذها مالم يفرغها المستعير قلنا الارض على ملك صاحبها والعارية لا يتعلق بها لزوم وقال ابن ابي 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 يضر اليه بدون تحقق الضرورة والضرورة هي ان دفع البناء وتمييز ملك احدهما من الآخر ممكن (ولو اعار) ارضا (للزراع لا ياخذ) المعير الارض (حتى يحصد) الزرع (وقت اول) لان للزراع نهاية معلومة فيترك اليها باجر المثل مراعاة للتحقين فسكان اولى من القلع (واجرة رد المستعار والمستأجر والموصوب على المستعير والموَجِر والغاصب) لما تقدم والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

كتاب الودیعة

(هى) لغة فصيلة بمعنى المفعولة مشتقة من الودع وهو الترك وقد جاء في الحديث لينتهي 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 او غيره بشرط ان يكون قابلا لاثبات اليد ليتمكن حفظه حتى لو ودع الآبق او المال الساقط في البحر لم تصح وكون المودع مكلفا لوجوب الحفظ عليه وشرعية الابداع بقوله تعالى (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها) واداء الامانة لا يكون الا بعدها ولان قبول الودیعة من باب الاعانة وهى مندوبة لقوله تعالى (وتعانوا على البر والتقوى) وقوله عليه السلام والله في عون العبد مادام العبد في عون اخيه (وضمانها كالعارية) فلا يضمن ان هلكت من غير تعد لما روى ابن ماجة في سننه عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اودع وديعة فلا ضمان عليه وقال مالك رحمه الله اذا سرقت الودیعة من عند المودع ولم يسرق له معها مال يضمن للتهمة قلنا هو متبرع في حفظها لصاحبها والتبرع لا يوجب ضمانا على المتبرع لقوله عليه السلام ليس على المستودع غير المغل ضمان والمغل الخائن والاغلال الخيانة (وله) اى للمودع (حفظها) اى الودیعة (بنفسه) بمن في عياله من زوجته وولده والديه واجيره الخاص الذى استأجره مشاهرة او مسانحة والعبرة في هذا الباب للمساكنة للالتفقة (وان نهى) عن حفظها بهم وقال الشافعى رحمه الله ليس للمودع ان يدفعها الى من في عياله لان مال الكهارضى بحفظه لا يحفظ غيره ولنا ان الواجب عليه ان يحفظها حفظ مال نفسه وهو يحفظه بعياله لان المودع لا يمكنه ملازمة بيته لحفظ الودیعة ولا استصحابها معه في خروجه فلم يكن له بد من حفظها بمن في عياله وفي النخيرة الدفع الى من في العيال انما يجوز اذا كان امينا ولو دفعها المودع الى امين من امائه ليس في عياله يجوز وعليه الفتوى (و) للمودع (السفر بها) اى بالودیعة وان كان لها حمل او مؤنة (عند عدم النهى) من صاحب الودیعة (و) عدم (الخوف) بان كان الطريق امينا لا يقصد فيه احد بسوء غالبا ولو قصد يمكنه دفعه بنفسه او برفقته 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 اذ الظاهر من حال صاحبها انه لا يرضى بها وصار كالوكيل بالبيع ليس له السفر بالمبيع وان سافر به ضمن وقال الشافعى رحمه الله ليس له ذلك مطلقا لان المتعارف هو الحفظ في الامصار دون المفازات والاسفار وقال مالك ليس له ذلك اذا قدر ان يردها على صاحبها او وكيله او الحاكم او امينه

ولابي حنيفه رحمه الله انه امره بالحفظ من غير تقييد بمكان دون مكان كما لا يتقيد بزمان دون زمان قيد بعدم النهى وعدم الخوف لان المودع ليس له السفر بالوديعة اذا نهاه ربا عنه بلا خلاف بين العلماء (ولو حفظ) المودع (بغيرهم) اى بغير نفسه وعياله (ضمن) لان المالك رضى بيده لا بيد غيره والا يبدى تختلفى بالامانة (الا اذا خاف) المودع على الوديعة (الحرق) بان وقع حريق في داره (او) خاف عليها (الغرق) بان كان في السفينة وهبت الريح (فوضعها عند جاره) في خوف الحرق (او في فلك آخر) في خوف الغرق فانه لا يضمن لان فعله هذا يعين للحفظ فصار مأذونا له دلالة وفي النهاية عن محمد ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وليس في عياله او دفع الى امين من امثاله ممن يثق به في ماله وليس في عياله لا يضمن لانه حفظها مثل ما يحفظ ماله ولا يجب عليه اكثر من ذلك ثم قال وعليه الفتوى وعزاه الى التمرناشى وهو الى الحلوانى ثم قال وعن هذا لم يشترط في التحفة الحفظ بالعيال بل قال ويلزم المودع اذا قبل الوديعة حفظها على الوجه الذى يحفظ ماله (فان حبسها) اى المودع الوديعة (بعد طلب ربا) حال كون المودع (قادرا على التسليم او حياها) مع ربا سواء اقر ربا بعد الجحود او لا فيدنا الجحود بكونه مع رب الوديعة لانه لو كان مع غيره بان قال له اجنبى عندك وديعة لفلان فقال ليس لفلان عندي وديعة لا يضمن خلافا لزفر هو يقول الجحود سبب الضمان سواء كان عند المالك او غيره كالانلاف حقيقة ولنا ان الجحود عند الاجنبى من باب الحفظ لانه يقطع طمع الطامعين عنها وبه قال مالك والشافعى واحمد (او خلط) المودع الوديعة (بماله حتى لا يتميز) كالحنطة بالحنطة او تعسر التميز كالحنطة بالشعير وكخلط المايح بغير جنسه مثل خلط الزيت بالشيرج واسند الخلط الى المودع لانها لو اختلطت بماله بغير فعله كان شريكا لصاحبها بالاتفاق وسينذكر المصنف هذا وقيد الخلط بعدم التميز لانه لو خلطها وكان يتسير تميزه كما لو خلط الدرهم البيض بالسود والدرهم بالدنانير والجوز باللوز لم ينقطع حق المالك بالاتفاق لتمكنه من الوصول الى عين ملكه بالاخراج (او تعدى فلبس) الثوب المودع (او ركب) الدابة المودعة (او حفظ الوديعة في دار امر به) اى بالحفظ (في غيرها او جهلها) بتشديد الهاء الاولى اى لم يبين انها وديعة (عند الموت ضمن) مثلها لو مثلية وقيمتها لو قيمة هذا جواب الشرط الذى هو فان حبسها وما عطف عليه وغيره بين المشاركة والتضمين (وان ازال) المودع (التعدى) بان ترك لبس ثوب الوديعة او ركوب دابتها (زال ضمانه) وقال الشافعى لا يزول وبه قال مالك في رواية واحمد (وان اختلط) الوديعة بمال المودع (بلا فعله) كما لو انشق الكيس في صندوقه فاختلطت بdraهمه (اشتركا)

بقدر ملكهما ولا يضمن المودع لعدم الصنع منه وهذه شركة املاك حتى لو هلك بعضها هلك من مالها ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل منهما (ولا يدفع) المودع (الى احد المودعين قسطه) من الوديعة (بغية الآخر) ولو دفعه بغيره يضمن وهذا عند ابي حنيفة وهو مروى عن علي رضي الله عنه وفيه حكاية روى ان رجلين دخلا حماما واودعا عند الحمامي الفا فخرج احدهما وطلبها منه واعطاه اياها وذهب ثم خرج الآخر فطالبه بها فتحير الحمامي فذهب الى ابي حنيفة رحمه الله تعالى فقال له ابو حنيفة رحمه الله تعالى قل له كلا كما اودعتماني فلا اعطيك حتى يحضر صاحبك فانقطع الرجل وترك الحمامي وقال ابو يوسف ومحمد ومالك والشافعي 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 (ولا احد المودعين دفعها الى آخر فيما لا يقسم) كالعبد والثوب والحيوان لان المالك رضى بيد كل منهما على كلها لانه اودعها مع علمه بانهما لا يجتمعان الليل والنهار على حفظها (ودفع نصفها فيما يقسم) لان المالك لما اودعها مع علمه انها لا يقدران على ترك اشتغالها ولا يجتمعان في مكان واحد للمحفظ كان راضيا لقسمتها وحفظ كل واحد منهما للنصف دلالة والثابت بالدلالة كالثابت بالنص (وضمن دافع الكل) الى الآخر عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقال لا يضمن دافع الكل الى الآخر فيما يحتمل القسمة كما لا يضمن فيما لا يجتمعا لان المالك رضى بامانتها (لا قابضة) اى لا يضمن عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى قابض الكل لتعديده 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 امرائك 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 يمكن الحفظ بدونه صار النهى عن الدفع اليه كالنهى عن الحفظ فكان مناقضا لاصله فيبطل فلا يضمن اذا هلك استحسانا ويضمن في القياس لانه استحفظ منه ويؤيد وجه القياس قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء اموالكم) والمراد النساء فاذا كان هو منهن يعنى دفع نفس ماله فما ظنك في مال غيره ووجه الاستحسان ما تقدم والله اعلم (و) لا للنهى (عن الحفظ في بيت من دار) لان البيتين في دار واحدة فلما يختلفان في الحرز فصار الشرط غير مفيد فلا يعتبر كما لو قال احفظها بيمينك دون يسارك او في هذه الصندوق في هذا البيت فحفظها في صندوق آخر (الا ان يكون به) اى بذلك البيت الذى نهى عنه (خلل ظاهر) فان النهى معتبر حينئذ وكذا اذا نهاه عن الحفظ

في دار اخرى اعتبر النهى حتى لو خالف ضمن (ولو اودع المودع) الوديعة عند من ليس في عياله (فهلكت ضمن) المالك (الاول) عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما ضمن ايهما شاء كما قال مالك والشافعي (ولو اودع الغاصب) المغمصوب فهلك (ضمن) المالك (ايهاشأ) باتفاقهم ثم مودع الغاصب ان لم يعلم انه غاصب يرجع الى الغاصب قولا واحدا وان علم فكذا في الظاهر وحكى ابو اليسر انه لا يرجع واليه اشار شمس الائمة ثم اعلم ان الابداع يكون بالايجاب والقبول نارة كاودعتك هذا المال وقول الآخر قبلت وبالسدلثة اخرى كوضع المتاع عند الغير وهو ساكت لانه يعد قبولا عرفا ولو وضعه عند جماعة يعين له حافظا آخرهم قياما وانصرافا ولاضمان على من دفع ما عنده من الامانة الى سلطان جابر هده على دفعه اليه بقطع يده او ضربه خمسين سوطا لهدم قدرته على دفعه فلم يكن مقصرا في حفظه والله سبحانه اعلم *

كتاب الغصب

(هو) لغة اخذ الشيء ظلما او قهرا مالا كان او غيره وقد سمي المغمصوب غصبا تسمية للمفعول بالمصدر وشرعا (اخذ مال متقوم محترم علمنا بلا اذن مالكة يزيل يده) اى على وجه يزيل ذلك الاخذ يد مالك المال عن المال حتى كان استخدام العبد بغير اذن مالكة ولبس الثوب والحمل على الدابة غصبا بالاتفاق لقوريد المالك منها واثبتت يده عليها دون الجلوس على بساط غيره وفراشه بلا نقل عن محله فخرج بالاخذ ما صار مع المغمصوب بغير صنع الغاصب كما لو غصب دابة فتبعته اخرى فانه لا يضمنها وبالمال نحو الميتة والحر وبالمتقوم الخمر وبالاحترام مال الحربى وبالعلن السرقة وبعدم اذن المالك الوديعة والعارية والمستأجر والموهوب ونحوها وقوله يزيل يده الاحتراز عن اخذ العقار لعدم تحقق ازالة اليد فيه لانها انما تكون بالنقل والتحويل ولان الغصب عندنا ازالة اليد المحقة عن العين باثبات اليد المبطللة او قصرها ومنعها عنه وعند مالك والشافعي اثبات اليد المبطللة من غير شرط ازالة المحقة وفائدة الخلاف في زوائد المغمصوب كالولد وثمره البستان والسمن والجمال فانها غير مغمصوبة عندنا فلا تكون مضمونة سواء كانت متصلة او منفصلة الا بالتعدى عليها بالاتلاف او المنع بعد طلب المالك واما بدونهما فلا تكون مضمونة لعدم ازالتها وقصريده عنها لا نعدام ثبوتها عليها ومغمصوبة عنده فتكون مضمونة لاثبات اليد المبطللة (فلا غصب في العقار) لما تقدم من ان الغصب فيما ينقل (حتى لو ملك) العقار بأفة سماوية او انهدم بنا الدار بسيل (في يده) اى يد آخذه قهرا من مالكة

(لايضمن) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد في العقار الغصب ويضمن بالهلاك في يد آخذه قهرا عن مالك وهو قول أبي يوسف أولا وبه قال مالك والشافعي وأحمد لأنه أثبت يده على وجه تضمن تفويت يد المالك عنه فانهقد ذلك سببا للضمان كما في المنقول ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى ان الغصب ازالة اليد المحقة باثبات اليد المطلوبة لان الواجب ضمان جبر فيعتمد التفويت وازالة يد المالك انما يكون بالنقل والتحويل وذا لا يتصور في العقار وانما يتصور فيه منع المالك عنه ومنع المالك تصرف فيه لافي الحمل وصار كما لو بعد المالك عن مواشيه حتى تلفت بذلك وأما قوله صلى الله عليه وسلم من غصب شبرا من ارض طوقه الله تعالى يوم القيمة من سبع ارضين فلا يدل على انه يتحقق فيه الغصب الموجب للضمان كاطلاق لفظ البيع على بيع الحر في حديث من باع حرا قال ابن الاثير طوقه من سبع ارضين اى يخسف الله به الارض فتصير البقعة المغصوبة منها في عنقه كالطوق ويؤيده انه في رواية البخارى خسف به الى سبع ارضين وفي مسند ابن ابي شيبة من غصب شبرا من ارض جاعته اسطاما في 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 في ذلك فانه صلى الله عليه وسلم بين جزاء غاصب العقار الوعيد في العقبى ولم يذكر الضمان في الدنيا فذلك دليل على ان المذكور جميع جزائه ولو كان الضمان واجبا لكان الاولى ان يبينه لان الحاجة اليه امس (وما نقص) العقار (بفعله) او بسكنائه في الدار وزرعه في الارض (يضمن) عندهم جميعا لان هذا اتلاف والعقار يضمن بالاتلاف اتفاقا كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين وجاز ان لا يضمن بالغصب ويضمن بالاتلاف كالحرق (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 مزىلا ليد 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 لقصر يد مالكيهما عنهما (وهكمله) اى الغصب (الا ثم لمن علم) ان ذلك الفعل غصب واقدم عليه باجماع الامة (ورد العين) في مكان غصبه حال كونها (قائمة والغرم) حال كونها (هالكة) لمن علم ولمن لا يعلم بان ظن ان المأخوذ ما له او اشترى عيننا فاستحقت لان هذا حق العبد وهو لا يتوقف على العلم والقصد بالاجماع امارد العين فلقوله صلى الله عليه وسلم لاجل لاهد ان يأخذ متاع اخيه لاعبا او جادا فان اخذه فليرده اليه ولقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخنت حتى تؤديه واما غرمة فلانه يقوم مقام عينه عند العجز عنها فان

نقص ضمن اعتبارا للجزء بالكل (ويجب) على الغاصب اذا عجز عن رد العين المغصوبة بهلاكها في يده بفعله او بفعل غيره (المثل في المثلى كالمكيل والموزون والعددي المتقارب) لبقوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) وقال زفر عليه ضمان قيمته (فان انقطع المثل) عن ايدي الناس بانتهاؤه كالرطب ونحوه (فقيمته) تجب (يوم يختصمان) عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ومالك وبعض اصحاب الشافعي وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع وبه قال احمد وبعض اصحاب الشافعي رحمه الله تعالى (وفي غير المثلى) تجب (قيمته يوم الغصب كالعددي المتفاوت) والثياب والدواب (فان ادعى) الغاصب (الهالك حبس) لان الهالك لعارض والاصل عدمه (حتى يعلم انه) اي المغصوب (لو بقى لظهر ثم قضى عليه بالبدل) لان الحق متعلق بالعين وللناس اغراض في الاعيان فلا يقبل قول الغاصب في هلاكها حتى يحصل به غلبة ظن اما باقامة بينة واما مضي مدة وعدة ذلك موكولة الى رأى القاضى فاذا علم الهالك سقط رد عينه ولزم رد بدله وهذه المسئلة تدل على ان الموجب الاصلى رد العين (والقول فيه) اي في البدل (للمغاصب) مع يمينه (ان لم يقم) المالك (حجة على الزيادة) لان المالك يدعى الزيادة في القيمة على الغاصب بلا حجة وهو ينكرها والقول قول المنكر مع يمينه ولو اقام الغاصب البينة لا تقبل لانها تنفى الزيادة والبينة على النفى لا تقبل (فان ظهر) المغصوب (وقيمته اكثر) مما ضمن الغاصب (وقد ضمن) الغاصب (بقوله) اي 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 (وامضى الضمان) وكذا لو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه الغاصب او دونه على الاصح وقال السكرخي لا خيار للمالك في المثل والدون لانه توفر عليه بدل ملكه بكماله (وان) ظهر المغصوب وقيمته اكثر مما ضمن الغاصب وقد (ضمن) الغاصب (لا بقوله) بل بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين (فهو للمغاصب) ولا خيار للمالك لانه رضى بالمبادلة فيه بهذا القدر حيث ادعاه ولم يدع زيادة عليه وبه قال مالك وعند الشافعي واحمد له الخيار لعدم زوال ملكه عندهما عنه ولقوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) فالله تعالى جعل اكل مال الغير قسمين قسم بالباطل وقسم بالتجارة عن تراض وهذا ليس بتجارة عن تراض فيكون اكل بالباطل والمعنى فيه ان الغصب عد وان محض لانه ليس فيه شبهة الاباحة بوجه ما فلا يكون موجبا للملك ولنا ان المالك ملك بدل المغصوب بكماله رقبة ويذا 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 في سائر المبادلات واما الآية ففيها بيان ان الاكل بالتجارة عن
 تراض جايز 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 في العين فقد صار راضيا بذلك لان من طلب شيئا لا يتوصل
 اليه الا بشرط كان راضيا بالشرط كما يكون راضيا بطلوبه (وان آجر) الغاصب العبد (المغصوب)
 (او) آجر الامين العبد (الامانة او ربح) الغاصب والامين (بالتصرف فيهما) اي في المغصوب
 والامانة بان اشترى الغاصب او المودع بالى الغصب او الوديعه امة فباعها باليقين (تصدق)
 الموجر بالاجرة والرابع بالرابع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى خلافا لابي يوسف
 رحمه الله تعالى (الان يكونا) اي المغصوب والامانة الذين ربح الغاصب والامين بالتصرف
 فيهما (دراهم او دنانير لم يشر) المتصرف (اليهما) عند التصرف فيهما سواء اشار الى غيرهما
 اولم يشر الى شيء (او اشار) اليهما (ونقد غيرهما) فانه يطيب له الربح لان الدراهم
 والدنانير لا تتعينا بالاشارة والاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين يستوى وجودها وعدمها
 بخلاف ما لو اشار اليهما ونقد منهما لان الاشارة تنأكد بالنقد من المشار اليه فيتحقق الحبث
 بخلاف ما لو كان عوضا ونحوه لان العقد يتعلق بمينه حتى لو هلك قبل القبض
 يبطل البيع فيتحقق الحبث وقال فخر الاسلام قال مشاجنا لا يطيب بكل حال ان يتناول
 من المشتري قبل ان يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال وهو المختار لاطلاق
 الجواب في الجامعين 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 الحبث
 ولا يثبت في الدراهم اذا استفاد بها الربح الا الشبهة لانه اذا اشار اليها لم يتعين الا في
 حكم جواز العقد لمعرفة القدر والنقد واذا نقد منها استفاد به سلامة المشتري واذا اشار
 فيما لا يتعين ولم ينقد استفاد بالاشارة جواز العقد لمعرفة القدر والنقد واذا نقد ولم يشر
 استفاد سلامة المشتري فاما ان تصير عينها عوضا فلا يثبت انه لا يثبت الا الشبهة وقد
 استوت الوجوه في الشبهة فاستوت في الحبث (وان غصب وغير) المغصوب (فزال اسمه)
 اي اسم المغصوب (واعظم منافعه ضمنه) الغاصب (وملكه بلا حل) للانتفاع به (قبيل اداء
 بدله كذبح شاة وطبخها) اي كمن غصب شاة فذبحها وطبخها او حنطة بطحنها ووزعها (وجعل
 صفر) اي وكجعل نحاس (اناء) وهديد سيفا وقال مالك والشافعى لا ينقطع حق المالك
 وبه قال احمد وابو يوسف رحمهما الله تعالى في رواية وفي غاية البيان استقبح ان يجيء

رجل مقدم الى كرحنطة لانسان فيطحنه ثم يهبه لابن له صغير ولا يكون لرب الطعام على الدقيق سبيل قال واخالف ابا حنيفة رحمه الله تعالى في هذا واجعله بالخيار ان شاء ضمنه مثل حنطته ودفع اليه الدقيق وان شاء اخذ ذلك الدقيق ولم يضمنه شيئاً وكذلك ان وهبه الغاصب او باعه او تصدق به فان ذلك باطل ولرب الطعام ان يأخذه بعينه وكذلك لو غصب كما فشواه او طبخه قيد بتغيير الغاصب للمغضوب 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 ير لاسم الشاة عنها اذ يقال شاة مذبوحة فما لكها 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 او يسيرا فان ضمان المغضوب لا يتعين كما سيدكره المصنف ثم القياس وهو قول زفر وروايه ابي الليث عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان للغاصب الانتفاع بهذا المغضوب قبل اداء بدله لان ملكه حدث بكسبه والمالك مبيع للتصرف ولهذا لو وهبه او باعه صع ووجه الاستحسان ماروى ابو داود رحمه الله تعالى في سننه في اول البيوع عن عاصم بن كليب عن ابيه عن رجل من الانصار قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنازة فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو على القبر يوصي الحافر اوسع من قبل رجله اوسع من قبل رأسه فلما رجع استقبله داعى امرأة فجاء فىء بالطعام فوضع يده ثم وضع القوم ايديهم فاكلوا ورسول الله صلى الله عليه وسلم يلوك لقمه في فيه ثم قال انى اجد لحم شاة اخذت بغير اذن اهلها فقالت المرأة يا رسول الله انى ارسلت الى البقيع ليشتري لى شاة فلم ارسلت الى جار لى قد اشترى شاة ان يرسلها الى بئمنها فلم يوجد فارسلت الى امرأته فارسلت الى بها فقال صلى الله عليه وسلم اطعميه الاسارى فاقد هذا الامر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان فى اباحة الانتفاع قبل ارضاء المالك فتحا لباب الغصب فيحرم حسم المادة الفساد والله رؤف بالعباد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك بجهة محظورة كى فى ملك الفاسد ولو ادى الغاصب المالك البدل ابيع له تناول لان حق المالك صارمى فى البديل فتحقق بينهما مبادلة بالتراضى وكذلك الوابر اعلان حقه يسقط بالبراءة وكذلك لو ضمنه المالك او الحاكم لوجود الرضاء منه لان الحاكم لا يضمنه الا بعد طلبه فكان راضيا به (بخلاف الحجر بن الذهب والفضة فان جعلهما اثناء اودنا نير اودراهم لا يزىل ملك مالهما عنهما (فهما للمالك بلاشئ^ع) للغاصب عند ابي حنيفة ومالك والشافعى واحمد رحمهم الله تعالى وقال ابو يوسف ومحمد يملكها الغاصب وعليه مثلها (ولو خرق) الغاصب (ثوبا) خر ق فاحشا بان نقص ربع قيمته

او ابطال عامة منفعته (وفوت بعض عينه او بعض 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 الحرق اليسير) وهو ما لا يفوت به شىء من المنفعة وانما يحصل به
 نقصان فى المالية لسبب الجودة (ضمن) الغاصب (مانقص) الثوب وكان الثوب لمالكه لان
 العين قائم من وجه وانما دخله عيب (ومن بنى فى ارض غيره او غرس) فيها (امر بالقلع
 والرد) اى بقلع البناء والغرس ورد الارض لقوله صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم
 حق رواه ابوداود والترمذى والنسائى رحمهم الله تعالى وصححه فى المغرب بتنوين عرق
 اى الذى عرق ظالم وهو الذى يغرس فى الارض غرسا على وجه الاعتصاب 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 يجيء الرجل الى ارض قد
 احياها غيره فيغرس فيها او يزرع يستوجب به الارض (والمالك ان يضمن قيمة) البناء
 او الغرس فيضمن قيمة (بناء او شجر 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 النقص
 لان فى ذلك نظرا للجانبين ودفعاً للضرر عنهما فيملكه صاحبها عليه بقيمتها او يأمره برفعه
 ولا شىء له بنقص ارضه ارضاه به وان لم تنقص به يجيز صامب 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 بجذبه من يد مالكه (وان عمه)
 غاصب الثوب او صفه اولت غاصب السويق بضمنه) 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 والتميز ممكن بخلاف السمن فى السويق لتعذر التمييز ولنا ان الصبغ
 مال متقوم كالثوب وغصب الغاصب لا يسقط حرمة ماله فيجب صيانة ماله ما يمكن وذا
 بايصال معنى مال احدهما اليه وابقاء حق الآخر فى عين ماله كما قلنا والجواب فى اللت
 كالجواب فى الصبغ الا ان السويق والتمن من دوات الامثال والثوب والصبغ من ذوات
 القيم ولو كان الثوب ينقص بالحمره كان كانت قيمته بدونها ثلاثين درهما فصارت بها عشرين

فمن 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 فالخمس قصاص ويرجع عليه بما بقى وهى خمسة (وان سود) الغاصب الثوب (ضمنه) المالك قيمة ثوب (ابيض او اخذه ولاشئ للغاصب) فى مقابلة الصباغة عند ابى حنيفة وعندهما التسويد كالتخدير 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 ما شاهد فى عصرهما من عادة بنى العباس وهى لبس السواد وقيل ان كان المغصوب ثوبا ينقص السواد من قيمته فالجواب ما قال ابو حنيفة وان كان يزيد السواد فى قيمته فالجواب ما قال وهذا تفصيل حسن لا ينبغى العدول عنه (وان باع) الغاصب (او اعتق ثم صمن) 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 لا ينفذ بيعه ولان عتقه كتصرفات الفضولى واعتاق المشتري من غاصب عبدا نافذ عند ابى حنيفة وابى يوسف باجازه المالك بيع الغاصب هكذا يرويه محمد عن ابى يوسف عن ابى حنيفة كما ذكره قاضيخان فى شرحه وقال ابو سليمان 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 لمصاونة ملكه وكذا بتضمينه قيمته فى رواية وخالفنا زفر وابطل محمد اعتاق المشتري كمالك والشافعى وهو القياس لان هذا عتق ترتب على عتق توقوف نفوذه لحق المالك فلا ينفذ بنفوذ العقد كما لو حرره الغاصب وضمنه (وزائد الغصب) اى المغصوب حال كونها (متصلة) كالسمن والجمال (او منفصلة) كالولد وثمر البستان امانة فى يد الغاصب (لاتضمن ان هلك الا بالتعدى) اى بتعدى الغاصب باتلافه او بذهبه او اكله او بيعه وتسليمه (او المنع) اى منع الغاصب (بعد الطلب) اى طلب المالك وبه قال مالك وقال الشافعى واحمد وزائد المغصوب مضمونة (وخمر المسلم) مبتدأ (وخنزيره) عطف سواء كان المتلف مسلما او ذميا لا يضمنان لانهما ليسا بمتقنين فى حق المسلم قيد بالمسلم لان خمر الذمى او خنزيره يضمن وهو قول مالك سواء كان المتلف ذميا او مسلما الا ان المسلم لا يضمن الخمر بمثله لانه لا يملك تهليكها بل بقيمتها وقال الشافعى واحمد لا يضمن خمر الذمى ولا خنزيره سواء كان المتلف مسلما او ذميا (ومنافع الغصب) اى المغصوب عطف آخر (لاتضمن) خبر المبتدأ والمعنى لان تكون منافعه مضمونة عند ناسوا كان

استوفاهما بالسكنى والركوب مثلا او عطلها بان امسكها مدة ولم يستعملها ثم ردها وحكم الشافعي بضمانها وكذلك مالك ايضا وصوبه ابن الحاجب وقال ابن القاسم لاتضمن ان عطلها وان استعمل او استعمل تضمن على المشهور عنه وروى الا في العبيد والدواب وروى لاتضمن مطلقا وحجتنا في ذلك حديث عمر وعلى رضى الله عنهما فانهما حكما في ولد المغرور انه مر بالقيمة واوجبا على المغرور والجارية مع عقرها ولم يوجبا قيمة الخدمة مع علمهما ان المغرور كان يستخدمهما ومع طلب المدعى بجميع حقه فلو كان ذلك واجبا لما حل السكوت في بيانه وبيان العقر منهما لا يكون بيانا لقيمة الخدمة لان المستوفى بالوطى في حكم جزء من العين ولهذا يتقوم عند الشبهة بخلاف المنقعة والمعنى فيه ان المنقعة ليست بمال متقوم فلا يضمن بالاتلاف كالخمر والميتة واذا كان المصوب وقفا او مال يتيم او معدا للاستغلال يضمن في اختيار المتأخرين قالوه صونا لحقوق الضعفاء والمساكين عن اطماع الجابرين ولا بدع في اختلاف الاحكام باختلاف احوال الانام (بخلاف السكر) بفتحيتين وهو النىء هو ماء الرطب اذا اشتد (و) بخلاف (المنصف) وهو ما اذا ذهب نصفه بالطبخ من ماء العذب (و) بخلاف (المعزف) بكسر الميم وفتح الزاى وهو آلة اللهب كالطنبور والمزمار فانها تضمن بالاتلاف عند ابى حنيفة ويجوز بيعها وقالوا لاتضمن ولا يجوز بيعها وهو قول مالك واحمد وعند الشافعي فيه تفصيل ثم قيل الخلاف في الدف والطبل اللذين يضر بان للهو واما طبل العزاة والدف الذى يباح ضربه للعرس فانها يضمنان بالاتلاف بلا خلاف لهما ان هذه الاشياء معدة للمعصية فبطلت قيمتها كالخمر وان اذلتها امر الشارع به لقوله صلى الله عليه وسلم من رأى منكم منكرا فليغيره بيده وانكارها باليد اذلتها وهو لو اذلتها بامر اولى الامر لا يضمن فبامر الشارع اولى ولا بى حنيفة رحمه الله تعالى انه اذلت مالا ينتفع به من وجه سوى للهو ولا تبطل قيمته لاجل للهو كالامة المغنية (فتجب قيمته) اى قيمة كل واحد من السكر والمنصف والمعزف (لاللهو) كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل فانه تجب قيمتها غير صالحة لهذه الامور وفي الجامع الصغير لصدر الاسلام الفتوى في عدم الضمان على قولها 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 (او فتح فقص طائر) لغيره فذهب ذلك العبد او الطائر عقيب ذلك الفعل (لا يضمن) عند ابى حنيفة وابى يوسف وبه قال الشافعي في قول وقال في قول آخر يضمن وهو قول مالك واحمد وعن محمد يضمن في الطائر سواء طار من فوره

او مكث ساعة ثم طار لان الطائر محبوب 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 الشافعي خلافاً لـ محمد في رواية ولمالك واحمد (ومن سعى) برجل الى سلطان (بغير حق اوفال مع حاكم) صفته انه (يقرم) على سبيل الاحتمال (انه وجد ماله) هذه الجملة مقول فال والضمير المنصوب في انه عائد الى المقول عنه المفهوم من الكلام (فقرمه) اي غرم ذلك الحاكم المقول عنه (يضمن) ذلك الساعي او القائل زجراله وهذا عند محمد وعليه الفتوى وقال ابو حنيفة وابو يوسف لا يضمن لانه توسط فعل فاعل مختار وهو السلطان والمحاكم والله تعالى اعلم *

كتاب الرهن

(هو) لغة حبس الشيء اي شئ كان باى سبب كان قال الله تعالى (كل نفس بما كسبت رهينة) وشرعا (حبس مال متقوم بحق يمكن اخذه منه) اي استيفاء الحق من المرهون (كالدين) فانه يمكن اخذه من المرهون بان يباع خلاف العين لان الصورة مطلوبة فيها ولا يمكن تحصيلها من شئ آخر والاصل في مشروعية الرهن قوله تعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فمرهانا مقبوضة) قراءة الجمهور بكسر الراء جمع رهن بفتحها كعباد جمع عبد وقرأ ابن كثير وابوعمر و فرهن بضم الراء والهاء على انه جمع رهن كسقف في جمع سقف او جمع رهان وهو جمع رهن وهذا امر بصيغة الخبر معطوف على قوله فاكتبوها او على قوله واشهدوا اذا تبايعتم وادنى ما يثبت بصيغة الامر اجواز وما اخرجه الشيخان عن الاسود عن عايشة ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاما الى اجل ورهنه درعاه من حديد وما اخرجه الترمذى وقال حديث حسن صحيح والنسائي وابن ماجه عن عكرمة عن ابن عباس قال قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم وان درعه مرهون عند رجل من يهودى على ثلاثين صاعا من شعير اخذه لعياله ومارواه ابو داود وقال هو عندنا صحيح منه صلى الله عليه وسلم قال لمن الدر يجلب بنفقته اذا كان مرهونا والظاهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا وعلى الذى يجلب ويركب النفقة واجماع الامة فانهم من لدن زمنه صلى الله عليه وسلم الى الآن يرهنون ويرتهنون من غير منكر ولا مخالف ثم الرهن جائز في السفر والحضر وحكى صاحب الكشاف عن مجاهد والضحاك انها لم يجوزاه الا في السفر اخذا بظاهر الآية ولنا ما اخرجه البخارى في البيوع عن قتادة عن انس انه قال ولقد رهن رسول الله صلى الله عليه وسلم درعاه بالمدينة عند يهودى واخذ منه شعيرا لاهله ولان كل عقد جاز في السفر جاز في الحضر اصل البيع وانما خص السفر في الآية بالذكر لان الغالب ان الانسان لا يتمكن فيه من الكتابة والاشهاد

فيستوثق بالرهن بخلاف الحضر (وينعقد) أي الرهن (بإيجاب وقبول) لأنه عقد فلا بد فيه
 منهما كغيره من العقود وعليه عامة المشايخ وقيل الركن مجرد الإيجاب والقبول شرط وأما القبض
 فقال بعض اصحابنا شرط الجواز والجمهور على أنه اللزوم ولذا قال (ويلزم) أي ويتم
 عقد الرهن بالقبض وهو معنى قوله (أن سلم) المرهون إلى المرتهن فالضمير في يلزم
 عائد إلى الرهن بمعنى العقد المخصوص وفي سلم عائد إليه بمعنى المرهون هذا إن
 كان بصيغة المجهول وإن كان بصيغة الفاعل فالضمير فيه المرهون وقال مالك يلزم الرهن
 بنفس العقد كالبيع ولنا أنه تعالى وصف الرهن بأنها مقبوضة والذكرة إذا وصفت عمت
 فتقتضى الآية أن كل رهن مشروع هو بهذه الصفة ولأن المصدر إذا ذكر بحرف الفاء في
 موضع الجزاء يراد به الأمر كقوله تعالى (فضرب الرقاب) فكان هذا الأمر بهذه الصفة فينتفى
 جوازه بدونها (محوزاً) أي مقسوماً واحترز به عن رهن مشاع فإنه لا يجوز عندنا خلاف مالك
 والشافعي وسأيت (مفرغاً) عن الراهن ومتاعه واحترز به عن المشغول بأحدهما فلورهن داراً
 وسلمها وهو أومتاعه فيها لا يلزم عقد الرهن حتى يسلمها ثانياً بعد خروجه أو متاعه
 عنها (مميزاً) أي غير متصل بغيره اتصال خلقه واحترز به عن رهن الثمر على الشجر دون
 الشجر لأن المرهون إذا اتصل بغير المرهون اتصال خلقه صار كالشاع (والتخلية) مبتدأ
 أي تخلية الراهن بين المرهون والمرتهن في الرهن برفع الموانع عن القبض (تسليم)
 للمرهون لأن القبض في الرهن بحكم عقد مشروع فيكفي فيه التخلية (كما في) قبض (البيع)
 في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف وأحمد أن التسليم في المنقول لا يكون إلا بالنقل (وضمن) المرتهن
 الرهن (بأقل من قيمته ومن الدين) من فيهما البيان الأقل ولو قال بالأقل من قيمته ومن الدين
 لكان أفضل فتأمل فإنه موضع الزلل (فلو هلك وهما سواء سقط دينه) لأنه صار مستوفياً له حكماً
 (وإن كان قيمته أكثر) من الدين (فالفضل على الدين) (أمانة وفي) ما لو كان قيمته (أقل) من
 الدين (سقط من دينه بقره) لأن الاستيفاء بقدر المالية (ورجع المرتهن بالفضل) وعند الشافعي
 وأحمد الرهن كله أمانة في يد المرتهن لا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله صلى الله عليه وسلم في
 حديث رواه الدارقطني لا يخلق الرهن من صاحبه الذي رهنته له غنمه وعليه غير ما رواه
 ابن مبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وصححه وأخرجه أبو داود في مراسيله عن سعيد
 ابن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال وقوله غنمه وعليه غير ما رواه سعيد
 نقله عنه الزهري وقال هذا هو الصحيح ويؤيده ما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن
 المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يخلق الرهن من رهنته وأدعى الزهري
 أن معنى لا يخلق الرهن بالمعجمة لا يصير الرهن مضموناً بالدين ومعنى له غنمه المرهون

الزائد ومعنى عليه غرمه اى على الراهن هلاكه وعند مالك ان تلف بامر ظاهر كموت
 وحرىق امانة والا 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 فلورهن
 ثوبا قيمته عشرة عشرة 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 ابي شيبة في مصنفيهما
 عن علي انه قال الراهن والمرتهن يترادان الفضل بينهما في الرهن وما روى البيهقى عن
 علي 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 يرهن الرهن ويضيع ان كان اقل
 ما فيه رد عليه تمام حقه وان كان اكثر فهو امين وما روى ابن ابي شيبة عن محمد بن
 الحنفية عن علي 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 وما روى 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 علي قال اذا كان اقل رد الفضل وان كان اكثر فهو
 بما فيه وما روى ابو داود فى مراسيله وابن ابي شيبة فى مصنفه عن ابن المبارك عن
 مصعب بن ثابت قال سمعت عطاء يحدث ان رجلا رهن رجلا فرسافنقى فى يده فقال
 رسول الله صلى الله عليه وسلم للمرتهن ذهب حقا ولا يجوز ان يقال ذهب حقا فى
 الجبس لان هذا مما لا يشكلى وفى مراسيله ايضا عن علي بن سهل الرملى حدثنا الوليد
 حدثنا الازاعى عن عطاء عن النبى صلى الله عليه وسلم قال الرهن بما فيه قال ابن
 القطان مرسل صحيح وما فى آثار الطحاوى بسند صحيح عن ابي الزناد قال ادركت من
 فقهاءنا 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 انهم
 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 يغلط الرهن نفي
 الضمان على المرتهن وذكر الكرخى عن السلف كطاوس وابراهيم وغيرهما انهم اتفقوا
 ان المراد به لا يجبس الرهن عند المرتهن احتياسا لا يمكن فكاه بان يصير مملوكا للمرتهن
 واجيب عما روه ان المراد بالتراد الذى اخذ به زفر التراد حالة البيع اى اذا باع

المرتهن الرهن يرد ما زاد على الدين فان كان الدين زائدا برد الراهن وعن ابى يوسف
 ان معنى الحديث النبى رواه الدارقطنى ان الفضل في قيمة الرهن لربه ولا يكون
 مضمونا ولا يعلق وان كان فيه نقصان رجع المرتهن بالفضل واما معنى لا يعلق الرهن
 فقال ابن الاثير يقال غلق الرهن يعلق غلوا اذا بقى في يد المرتهن لا يقدر رهنه على
 تخليصه ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم لا يعلق الرهن بما فيه انه لا يستحقه المرتهن اذا لم
 يستفكه صاحبه وكان هذا من فعل الجاهلية ان الراهن اذا لم يؤدما عليه في الوقت المعين
 ملك المرتهن الرهن فابطله الشرع ذكره الزهرى (ويحفظ) المرتهن الرهن (كالوديعة)
 فيحفظه بنفسه وزوجته وولده وخادمه على ما تقدم (وان تعدى) المرتهن على الرهن (ضمن)
 جميع قيمته (كالغصب) فعليه رد ما زاد على الدين لان الزيادة على قدر الدين امانة في
 يده والامانات تضمن بالتعدى (ولا يصح فيها) اى الرهن والوديعة (رهن واجارة واعارة
 وايداع) اما الاجارة والاعارة فلان كلام المرتهن والمودع ليس له الانتفاع بالرهن والوديعة
 فليس له تسليط غيره على ذلك واما الرهن والوديعة فلان كلام الراهن والمودع رضى
 بيد المرتهن والمودع دون غيره (و) لا يصح (في الموجر الاول) وهو الرهن لان المستأجر
 لا يملك عين الموجر فلا يملك تسليط غيره بالاستيفاء منه (و) لا يصح (في المعار الاولان)
 وهما الرهن والاجارة لانهما لازمان والاعارة غير لازمة بل للمعير ان يرجع فيها متى
 شاء (ولا يبطل الرهن لو فعل) المرتهن شيئا من هذه الامور الاربعة التى ذكرناها لا
 تصح في الرهن والوديعة لانها تصرف من المرتهن والرهن لا يبطل بتصرفه (لكن يضمن)
 الرهن (كما مر) لحصول التعدى فيه من المرتهن (وجعل الخاتم في الخنصر) اليمنى او اليسرى
 (تعد) لانه يستعمل كذلك عادة والمرتهن غير مأذون له في الاستعمال ولو كان متضمنا
 للحفظ اذ هو مأذون بمجرد الحفظ (و) جعل الخاتم (في اصبع اخرى) غير الخنصر (حفظ) من الرجل
 لانه لا يلبس كذلك عادة فكان ذلك من الحفظ دون الاستعمال والمراد بعدم الضمان فيها
 يعد حفظا لا استعمالا ان لا يضمن ضمان الغصب لا ان لا يضمن اصلا لان الرهن مضمون
 بالدين فيسقط بهلاكه الاقل من قيمته ومن الدين ولو قال المشتري للبائع امسك هذا
 الثوب حتى اوفيك الثمن يكون رهنا عندنا كما مسكه بدينك او امسكه بمالك لان هذا
 كلام يؤدى معنى الرهن وهو الحبس الدائم الى وقت الفكاك والعبارة في العقود للمعاني
 وان اختلفت المباني وجعل ابو يوسف وزفر امانة كمالك والشافعى لان قوله امسك يحتمل
 الرهن والايديع والايديع اقل الامرين فيحمل عليه بخلاف امسك بدينك لتعين جهة الرهن حيث
 قابل الدين (واذا طلب) المرتهن من الراهن (دينه امر) المرتهن (باعضار رهنه) اولان

قبض الرهن استيفاء فلو امر الراهن بقضاء الدين قبل احضار المرتهن الرهن ربما هلك
 بعد ذلك او كان هالكا قبل ذلك فيصير المرتهن مستوفيا دينه مرتين (الا اذا) كان الرهن
 (وضع عند عدل) وغاب ذلك العدل ولم يدر أين هو او كان العدل اودع الرهن عند
 من في عياله وغاب العدل وطلب المرتهن دينه والذي عنده الرهن يقول اودعنى فلان
 ولا ادري 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 كماتعين حق الراهن باحضار الرهن
 تحقيقا للتسوية (ثم) يسلم المرتهن للراهن (رهنه) كمافي البيع والتمن فان البائع يحضر
 المبيع ثم المشتري يسلم الثمن اولا وكذا يؤمر المرتهن باحضار الرهن اولا (ان طلب)
 دينه (في 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 التخليه وليس النقل من بلد الى بلد آخر
 من التسليم في شيء فصار ساقطا عنه بحكم العقد فلا يصير عنرا في تأخير الدين واسكن
 يلقى المرتهن بالله ما هلك الرهن ان طلب الراهن الحلف لانه غايب 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 في ظاهر الرواية
 وكذا اجرة حافظ لان الامسك حقه والحفظ واجب عليه فيكون عليه مؤنته (وعلى الراهن مؤن
 تبقيته) بضم الميم وفتحها جمع مؤنة وذلك سواء كان في الرهن فضل او لم يكن لان الرهن
 باق على ملكه فيكون ما يبقيه عليه لانه مؤنة ملكه كما في الوديعة وهذا كنفقة ما كله
 ومشر به وكسوة الرقيق واجرة راعيه وسقى البستان وكرى النهر وتلقيح نخيله وجذاذه
 ذلك حتى تجهيزه بعد الموت ودفنه (و) اما (جعل الأبق) لرادته وشدن (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 في 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 كاللبين والتمر والولد باذن من الراهن لم يسقط شيء
 من دين المرتهن لانه اتلفه باذن مالكه ويرجع حصة النماء ان هلك الاصل عنده فيقسم

الدين على قيمة النماء الذى اكله وعلى قيمة الاصل فما اصاب النماء منه اخذه المرتهن من الراهن لانه تلقى 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

لا يصح رهن مشاع) سواء كان فيها يقسم او فيما لا يقسم وسواء رهنه الراهن من شريكه او غيره وسلمه كله اليه وعند مالك والشافعى صحيح (و) لا يصح رهن (تمر 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 به رهن اتصال خلقته فكان بمنزلة المشاع وكذا لا يجوز رهن ارض دون نخلها او دون زرعها ولا رهن نخل دون ثمره اذ لا يمكن قبض المرهون ومده فصار كالمشاع (و) لا يصح رهن (الحر وفروعه) اى المدير وام الولد والمكاتب لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء وهو لا يتصور من هذه الاعيان لقيام المنع (ولا) يصح الرهن (بالامانات) كالودائع والعواري ومال المضاربة ومال الشركة لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتين وحق صاحب الامانة فى العين مقصور عليه واستيفاء العين فى عين اخرى غير ممكن وحاصله ان الرهن لا بد فيه من الضمان ليقع مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه ولا ضمان 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 او فيما دونها لتعذر الاستيفاء من الرهن (وصح) الرهن (بعين مضمونة) عند الهلاك (بالمثل) ان كانت مثلية (او بالقيمة) ان كانت قيمة ويسمى هذا مضمونا بنفسه وذلك كالمقضوب والمهر وبدل الخلع والصاع عن دم العمى لان واحد من هذه الاشياء ان كان باقيا وجب تسليمه وان كان هالكا وجب مثله او قيمته فكان الرهن بهارها 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 فلا يكون مضمونا بالدين بل بالقيمة وصورته ان يقول رهنك 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

الموعد جعل هنا كالوجود باعتبار الحاجة فكان حاصله بعد القرض حكما اذ الظاهر ان الخلف لا يجرى في الوعد فكان مقضيا الى الوجود غالبا بخلاف الرهن بالدرك وهو ان يأخذ المشتري من البائع رهنا بالثمن خوفا من استحقاق المبيع فانه باطل اذ الظاهر ان البائع يبيع مال نفسه (و) صح الرهن (برأس مال السام و ثمن الصرف والمسلم فيه) خلافا لزرر (فان هلك) الرهن المذكور (في المجلس) اى مجلس العقد (فقد اخذ) اى تم العقد واخذ المرتهن الرهن المذكور يعنى فصار المرتهن مستوفيا حقه بهلاك الرهن عنده وتم الصرف والمسلم لوجود القبض حكما (وان افترقا) اى المتعاقدان في الصرف والمسلم (قبل نقد) اى نقد رأس المال و ثمن الصرف (و) قبل (هلك) اى هلك الرهن برأس المال و ثمن الصرف (بطلا) اى السلم والصرف لفوات القبض حقيقة وحكما واما الرهن بالمسلم فيه فلا يبطل ان افترقا قبل النقد والهلاك (ويتم) الرهن (بقبض عدل شرط) في عقد الرهن (وضعه) اى وضع الرهن (عنده) اى العدل وقال زرر وابن ابي ليلى لا يتم (ولا اخذ لاحدهما) اى الراهن والمرتهن (منه) اى من العدل لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وتعلق حق المرتهن به استيفاء ولا يملك احدهما لابطال حق الآخر (وهلكه) اى هلاك الرهن (معه) اى العدل (هلك رهن) فيهلك في ضمان المرتهن لان يد العادل في حق المالمية يد المرتهن والمالمية 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 (في) عقد (الرهن) فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله (لم ينزل بالعزل) سواء كان الوكيل العدل او المرتهن او غيرها لانه لما شرط في ضمان العقد صار وصفا من اوصافه فيلزم كاصله لان حكم التبع لا يفارق الاصل (و) لم ينزل (بموت احد) راها كان او مرتها لان التوكيل متى صار لازما تبعا للرهن يبقى ببقائه ولا يبطل الاصل بموتها فيبقى التبع في ضمنه (الا بموت الوكيل) والرهن على حاله فان التوكيل الواقع في عقد الرهن ببيع المرهون يبطل ولا يقوم وارث الوكيل ولا وصيه مقامه لان الموكل رضى برأى الوكيل لابرأى غيره وبيع الوكيل ولو بغيبة ورثة الراهن للايفاء كما في حال حياة الراهن بغير محضر منه فان لم يكن للراهن وصى امر القاضى ببيعه وايفاء الدين من ثمنه نظرا للمجانين (واذا اهل الاجل والراهن او وارثه غايب) وبنى الوكيل الذي وكله الراهن بالبيع في عقد الرهن ان يبيعه (اجبر الوكيل على البيع) للزوم التوكيل سواء شرطاه في عقد الرهن او بعده وكيفية الاجبار ان يحبس القاضى اياما لبيعه ولا يفسد البيع بهذا الاجبار لانه اجبار لحق فكان كلا اجبار

فان ايح بعد الحبس فالقاضي يبيع عليه (كوكيل بالخصومة غاب موكله) وطلب المدعى الخصومة (واباها) الوكيل فانه يجبر على الخصومة لان المدعى انما خلى سبيل الخصم اعتمادا على وكيله وفي عدم خاصته ابطال حقه والجامع ان في امتناع الوكيل في كل من المسئلتين تفويت الحق على صاحبه (واذا باع العدل) الرهن (فالثمن) وان كان غير مقبوض (رهن) لان الرهن لما خرج عن الرهنية بصيرورته للمشتري انتقلت الرهنية الى ثمنه (فهلكه) اي ثمن الرهن (كهلكه) اي الرهن في سقوط الدين به لقيامه مقامه ويصح رهن الذهب والفضة وكذا المكيل والموزون لانهما محل الاستيفاء فيكون محلا للرهن بالثمن فان رهنتم بجنسها هلكت بمثلها من الدين وزنا والجودة ساقطة عند ابي حنيفة اذا تفاوتتا فيها اذ لا عبرة بجودة في الاموال الربوية عند المقابلة في جنسها فيصير مستوفيا حقه باعتبار الوزن دون الجودة وهما اعتبارا فيضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه لانه لو صار مستوفيا لتضرر فلو رهن قلب فضة وزنه عشرة وقيمه ثمانية بعشرة فهلك فهو بالعشرة عند ابي حنيفة اعتبار اللوزن وبه وفاء الدين وضمنا المرتهن قيمته ذهباً وجعلها رهنا مكانه لانه لو صار مستوفيا كل الدين باعتبار الوزن لبطل حق المرتهن في الجودة فيتضرر به ولو صار مستوفيا من دينه ثمانية اعتبارا للقيمة فصار مستوفيا ثمانية بعشرة من حيث الوزن فيكون ربا فلنذه الضرورة صرفا الى التضمين من خلاف جنسه وقالا ينقض الاستيفاء وجعل كانه لم يهلك ولانه كما يجب مراعاة حقه في الوزن يجب مراعاة حقه في الجودة مهما امكن *

فصل

وفق بيع الراهن) اي لزوم بيعه (رهنه) بغير اذن المرتهن على اجازته اذ لا يجوز بيع احد العاقدين بلا اذن صاحبه اما المرتهن فلعدم ملكه واما الراهن فلتعلق حق المرتهن بهاليتة (فان اجاز مرتهنه) البيع (او قضى) الراهن (دينه نفذ) البيع لان المقتضى لنفاذه موجود وهو التصرف الصادر عن الاهل في المحل وعدم نفاذه انما هو لتعلق حق المرتهن بالرهن لاستيفاء دينه وقد زال ذلك باجازه او اخذه دينه (و) اذا نفذ البيع باجازه المرتهن (صار ثمنه رهنا) وان لم يشترط ذلك على الصحيح (وان لم يجز) المرتهن بيع الرهن (وفسخ لا يفسخ) البيع (في الاصل) بل يبقى موقوفا حتى لو افتكه الراهن كان للمشتري سبيل عليه فاذا لم يفسخ (و) بقي موقوفا (صبر المشتري الى فك الرهن) ليسلم له المبيع لان المنافع على شرف الزوال (اورفع) الامر (الى القاضي ليفسخ) البيع بحكم العجز عن التسليم لان ولاية الفسخ الى القاضي (وصح) اي نفذ (عتاقه) اي اعتاق الراهن

موسرا كان او معسرا رهنه (واستيلاده رهنه) وهو قول الشافعي وعنه لا ينفذ العتق مطلقا
 لانه تصرف لا في حق المرتهن بالابطال فكان مردودا كالبيع واما تدبير الراهن العبد
 المرهون فيصح بالاتفاق واذا صح التدبير والاستيلاد خرج المدبر وام الولد عن الرهنية
 لبطلان العملية لان استيفاء الدين لا يصح منهما (فان فعلها) اي الراهن العتق والتدبير
 والاستيلاد حال كونه (غنيا في دينه) اي دين المرتهن حال كونه (حالا اخذ) المرتهن
 (الدين) لاقيمة الرهن اذ لا فائدة في اخذه القيمة مع حلول الدين لانها من جنس الدين
 اسفاه له (وفي) دينه (المؤجل) اخذ المرتهن (قيمه) اي قيمة الرهن (رهنا)
 مكانه (الى محل اجله) اي 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 يستوفي دينه من مال
 غريمه ان ظفر به وهو من جنس حقه ورد الفضل لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء
 (وان فعلها) حال كونه (معسرا في العتق سعى العبد في 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 في دين على سيده بالزام
 الشرع له فكان مضطرا في قضائه ومن قضى دين غيره وهو مضطر في قضائه يرجع عليه بما
 قضى عنه (وفي اختيه) اي اختى العتق وهما مسئلتا التدبير والاستيلاد عليه (سعى)
 المدبر والمستولدة اذا كان المولى معسرا (في كل الدين) لان كسبهما مملوك للمولى فكان
 قادرا على اداء الدين به وهو لو كان قادرا على اداء الدين بهما لآخر امر بقضائه منه
 فكذا اذا كان قادرا عليه بكسبهما بحلاق المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة
 لان كسبه خالص حقه فلا يجبر على ان يقضى به دين سيده ولكن لما سلمت له مالية
 رقبته وهي مشغولة بحق المرتهن لزمته السعاية في قدرها (ولارجوع) 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 (واتلافه) اي الراهن (رهنه) بان استهلكه
 (كاعتاقه) اي 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 (اتلفه) اي الرهن والخبر (ضمنه) اي الاجنبى (مرتته) قدر قيمته يوم الاتلاف (وكان
 رهنا معه) اي عند المرتهن لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا بما قام مقامه حال

هلاكه (ورهن) مبتدأ صفته (اعاره مرتبه رهنه) 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 يردده رهنًا) كما كان لان لكل منهما فيه حقا محترما (وان مات الراهن قبل رد)
 اى الرهن الى المرتهن (فالمرتهن احق) بالرهن (من) باقى (غرمائه) لان عقد الرهن
 باقى فى غير حكم الضمان حال الاعارة وكونه غير مضمون على المرتهن حال الاعارة لا يدل
 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
 فلارتفاع 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 والممالك ان يأذن للمستعير فى ايفاء دينه (فان
 اطلق) المعير (او قيد) بقدر او جنس او مرتهن او بلد (يجوزى) الرهن (عليه) اى على
 الاطلاق فى المطلق وعلى التقييد فى المقيد فى الاطلاق للمستعير ان يرهن بالقليل والكثير
 باى جنس كان لان الاطلاق واجب الاعتبار خصوصا فى الاعارة لان الجهالة فيها لا تنضى الى
 المنازعة وفى التقييد بالقدر ليس للمستعير ان يرهن باكثر مما سمي اذ ربما لا يرضى
 المعير الا بان يكون ملكه محبوسا بما يتيسر فضاؤه عليه او على المستعير دون ما يتعسر
 عليهما ولا باقل مما سمي اذ ربما يكون غرض المعير ان يصير المرتهن عند الهلاك مستوفيا
 للاكثر ليرجع هو على المستعير بذلك وفى الاقل مما سمي يفوت ذلك الغرض فيكون
 مخالفا فيضمن الا اذا عين له اكثر من القيمة فرهنه باقل وهو مثل القيمة فانه لا يضمن لانه
 خالف الى غير 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 قل يتيسر على المعير اداء جنس دون جنس وكذا
 لو سمي 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 متفاوتة 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 ثم 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 في ذلك وصار كما لو مات العبد المرهون ثم استحق وضمن المستحق المرتهن (وان وافق) المستعير المعير بان رهن المستعار فيما سمي المعير (وهلك) الرهن عند المرتهن (فقدر دين) اى فعلى المستعير مقدار دين (او فاه منه) اى من المستعار فان كانت قيمة الرهن مثل الدين او اكثر فقد استوفى المرتهن منه كل الدين فيضمن المستعير للمعير مثل الدين في الصورتين لان المستعير قضى دينه من مال المعير ومن قضى دينه من مال غيره ضمن له قدر دينه ولا يضمن المستعير القيمة لانه ليس بمتعهد وان كانت قيمة الرهن اقل من الدين ذهب من الدين بقدر قيمة الرهن وعلى المرتهن 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 وفكرهه) اى المعير لان المعير محتاج الى ذلك لتخليص ملكه (ورجع) المعير (على الراهن) بما ادى لانه قضى دين الراهن مضطرا فلا يكون متبرعا قيد بالمعير لان الاجنبى اذا قضى الدين فللمرتهن ان يمتنع لانه متبرع لانه لا يسعى في تخليص ملكه (ولو هلك) المستعار (مع الراهن) اى عندك (قبل رهنه او بعد فكه لا يضمن) الراهن لانه لم يصرفه قاضيا لدينه ولا لشئ منه بهنا الهلاك وقضاء الدين اوشى 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 الا ترى 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 يجسه بالدين فاذا حل اخذه بدينه ان كان من جنس حقه والا حبسه حتى يستوفى دينه (وجناية المرتهن) على الرهن (تسقط من دينه بقدرها) لان جنابة المرتهن على الرهن مضمونة لان الرهن ملك مالكة وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه مالكة فيسقط من دينه قدر قيمة الجنابة بحكم عقد الرهن وما زاد عليه يضمن بالانلاف كالمودع اذا اتلف الوديعة (وجناية الرهن عليها) اى على الراهن والمرتهن اذا كانت موجبة للمال بان كانت خطأ في النفس او فيما دونها (وجنابته) (على مالهما هدر) وقالا جنابة الرهن على المرتهن معتبرة وهو مذهب مالك والشافعى واحمد قيدنا الجنابة بكونها موجبة للمال لان الجنابة الموجبة للقصاص يستحق بهادمه والمولى من دم مملوكه كاجنبى اذ لم يدخل في ملكه الا

من حيث المالية واما جنابة الرهن على مال المرتهن فلا يعتبر بالاتفاق ان كانت قيمته
والدين سواء اذ لا فائدة في اعتبارها لانه لا يملك بها العبد لاستيفاءها بالدين وتملكه
بها هو الفائدة وان كانت قيمته اكثر من الدين فعن ابي حنيفة انها تعتبر بقدر الامانة لان
ذلك الفضل ليس في ضمانه وعنه انها لا تعتبر لان الفضل وان لم يكن مضمونا فحكم الرهن
فيه ثابت وهو الحبس بالدين فصار بمنزلة المضمون واما جنابة الرهن على ابن الرهن
او ابن المرتهن فمعتبرة على الصحيح حتى يدفع بها او يفدى (ونماء الرهن) كولد ولبنه وصوفه
وثمرته للرهن لانه متولد من ملكه وهو (رهن) مع اصله لانه تتبع له بخلاف الغلة والكسب لانه لا
يكون رهنا معه وعند احمد يكون رهنا معه وعند مالك الولد فقط وعند الشافعي لافي الكل
(لكن) ان هلك النماء في يد المرتهن (يهلك بلا شيء) فلا يسقط به شيء من الدين لانه تتبع
لاصله والاتباع لا قسط لها مما يقابل اصلها لانها لا تدخل تحت العقد على سبيل القصد لان
اللفظ لا يتناولها (وان هلك الاصل وبقي هو) اي النماء (فك بقسمه) من الدين لان النماء
يصير مقصودا بالانفكاك والتبع يقابل مما قسط مما يقابل اصله مقصودا (يقسم الدين على قيمته)
اي 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 في اكل زوايد الرهن بان
قال مازاد فكله فاكله فلا ضمان عليه ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن الراهن وابعثه
والاباحة يجوز تعليقها بالشرط بخلاف التمليك (وتبديل الرهن) بان رهن عبدا يساوي الفا
بالف ثم اعطى عبدا آخر قيمته الف مكان الاول (والزيادة فيه) اي في الرهن بان رهن ثوبا
بعشرة قيمته عشرة ثم زاد الراهن ثوبا آخر ليكون رهنا مع الاول بتلك العشرة (يصعق) الزيادة
(في الدين) بان رهن عبدا بالف ثم حدث للمرتهن على الراهن دين آخر بشراء او استقراض
فجعل الرهن بالدين القديم رهنا به وبالحدث (لا) اي لا يصح بل يكون كل الرهن بالدين
السابق فقط اما التبديل فيأثر اتفاقا واما الزيادة فتجوز في الرهن عند ابي حنيفة وصاحبيه
ولا تجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد وهو القياس ويجوز عند ابي يوسف في الدين ايضا
ثم اذا صححت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم
قبضه وعلى قيمة الزيادة يوم قبضها لان كل واحد منهما له دخل في ضمان المرتهن يوم
قبضه فكان هو المعتبر (ولو هلك الرهن) في يد المرتهن (بعد الابراء) اي ابراء المرتهن
الراهن من الدين او بعد ما وهب المرتهن للراهن الدين من غير منع المرتهن الرهن
بعد الابراء (هلك بلا شيء) على المرتهن استحسانا وقال زفر يضمن المرتهن قيمته للراهن

وهو القياس واما لو منع المرتهن بعد البراء والهبة ثم تلافى في يده فيضمن قيمته اتفاقا
لانه بالمنع صار غاصبا (لا بعد القبض) اى لا يهلك الرهن بلاشى^٤ لو هلك في 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 (الصالح)
اى صالح المرتهن الراهن بالدين على عين او هلك بعد اشتراؤه منه عينيا لان هذا استيفاء
(او) هلك (بعد الحوالة) بعد ان احال الراهن المرتهن على غيره بل يهلك بالدين لان
الحوالة لانسقط الدين (فرد) المرتهن (ما قبض) فى ذلك كله ويهلك الرهن بالدين
(ويبطل الحوالة وكذلك لو تصادقا على ان لا يدين له ثم هلك الرهن هلك بالدين) وقيل الصواب
انه لا يهلك 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 و اشار باصبعه ربه مسلم
والنسائى والترمذى عن سهل بن سعد الساعدى وشرعا (ضم ذمة) للكفيل (الى ذمة)
المكفول (فى المطالبة) كما قال بعض المشايخ وهو من 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 بقاءه فى ذمة المكفول ولا
يستوفى الا من احدهما كالعاصب وغاصب الغاصب فان كل واحد منهما ضامن للقيمة وحق
المالك فى قيمة واحدة واختياره تضمين احدهما يوجب براءة الاخر وقال مالك الاصيل
يبرأ عن الدين بالكفالة كما فى الحوالة (وهو) اى كون الكفالة ليست ضم ذمة الى ذمة
فى الدين (الصحيح) 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 ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف آخر او مالك واحمد وهو قول الشافعى يتم بالكفيل
وجد القبول ام لا واختلف على قول ابي 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 وابي ثور لا يطالب الضامن الا اذا تعذر مطالبة المضمون وقال ابن
ابى ليلى وابن شبرمة وداود وابو ثور ينتقل الحق الى ذمة الكفيل فلا يطالب الاصيل اصلا
كما فى الحوالة وشرعية الكفالة ثابتة بالكتاب قال الله تعالى حكاية عن قبلنا لافى معرض

الانكار (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) اى كفيلا وهى لغة اهل المدينة وبالسنه 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 بنوعيهما (وتنعقد) الكفالة بالنفس (بكفالت) او تكفلت (بنفسه) او بدنه او جسده (وبما صاع اضافة الطلاق) والعتاق (اليه) وهو ما عبر به عن البدن حقيقة لغوية كالنفس والجسد او عرفية كالروح والرأس والوجه والرقبة على ما مر فى الطلاق وتنعقد بجزء شايع كنصفه او ثلثه وجزءه وجزء منه لان النفس الواحدة فى حق الكفالة بها لا تنجز اذ المستحق بكفالتها احضارها واحضار جزئها الشائع دون كلها لا يمكن فصار ذكره كذكر كلها بخلاف اليد والرجل لانه لا يعبر بهما عن البدن ولهذا لا يقع الطلاق والعتاق بهما وقال الشافعى تنعقد الكفالة ايضا بجزء لا يمكن 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 مناهب الشافعى واحمد (وكذا) تنعقد كفالة النفس (بضمته) لانه موجب عقد الكفالة اذ بها يصير الكفيل ضمنا للتسليم والعقد ينعقد بموجبه كالبيع ينعقد بلفظ التمليك (او هو 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 فالينار واه الشيخان فى الفريضة من حديث ابى هريرة ولا يبعد ان يكون تقدير الحديث فالينا مرجعه (او انا به زعيم) لما تقدم (او قبيل) لانه بمعنى الكفيل وسمى الصك قبالة لانه يحفظ الحق كالكفيل ولا تنعقد الكفالة بانا ضامن لمعرفته لان موجب الكفالة التزام التسليم وهو ضمن المعرفة لا التسليم فصار كالتزامه دلالة عليه (ولاجبر عليها) اى لا الزام للحاكم على الكفالة بالنفس (فى حد) لافى (قصاص) بان يكون المكفول به نفس من عليه حد او قصاص وهذا عند ابى حنيفة واحمد والشافعى فى قول وقال ابويوسف 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 فيها كما فى دعوى المال بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى لان الكفالة شرعت وثيقة لنا كيلا يفوت حقنا والله تعالى غنى عن ذلك بخلاف نفس الحد او القصاص لانه لا يمكن استيفاؤه من الكفيل ولا بى حنيفة ان الكفالة للاستيثاق ومبنى الحد والقصاص على الدرء فلا يجبر المطلوب على الكفيل فيها بخلاف سائر الحقوق

فانها لاتسقط بالشبهات فيلحق الاستيثاق بها قيد بالجبر لان المطلوب مجرد 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
 ويخلف فيه كالاموال وعن المرغيناني ليس الجبر هنا الحبس ولكن امره بالامانة وليست الامانة
 المنع من الذهاب ولكن ان يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه اينما دار كيلا يتغيب فاذا
 انتهى الى باب الدار واراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول فان اذن له يدخل معه
 ويسكن معه حيث يسكن وان لم يأذن له يحبس الطالب في باب داره ويمنع من الدخول كيلا
 يتغيب بالخروج من موضع آخر (ويلزمه) اي الكفيل بالنفس (احضار المكفول به مطلقا)
 وهو الذي لم يتعين وقت احضاره اذ اطلب المكفول له احضاره رعاية لما التزمه (او) احضار المكفول
 به (في وقت عين) احضاره (ان طلب المكفول له) احضاره فيه هذا قيد في المستثنين والحاصل
 ان المكفول به الذي لم يتعين وقت احضاره يلزم الكفيل احضاره في اي وقت طلب المكفول
 احضاره وان المكفول به الذي بين وقت احضاره يلزم احضاره ان طلب المكفول له في ذلك الوقت
 او بعده كالدين المؤجل اذ اطلب صاحبه عند حلول الاجل او بعده ولا يلزم الكفيل احضاره ان طلبه
 المكفول له قبل الوقت الذي عينه لانه لم يلزم ذلك لكن لو سلمه له بطلبه او بدونه قبل الوقت الذي عينه
 برى لان الاجل حق الكفيل فيملك اسقاطه (فان لم يحضره) اي الكفيل المكفول به في مسئلتى الاطلاق
 والتعيين (حبسه الحاكم) لانه امتنع عن ايفاء ما وجب عليه بالتزامه فصار ظالما لكن لا
 يحبس اول مرة لان الحبس عقوبة ظلم ولم يظهر ظلمه اذ فعله مادري بماذا يدعى عليه
 فيه هل حتى يظهر مطلقه ولو غاب المكفول به ولم يعلم الكفيل مكانه لا يطالب به ان صدقه
 المطالب لانه عاجز فصار كالمديون اذ اثبت اعساره وفي الايضاح هذا يعني حبس الحاكم
 الكفيل ان لم يحضر المكفول به اذا لم يظهر عجزه اما اذا ظهر فلا معنى للحبس الا انه
 لا يتاحل بينه وبين الكفيل فيلزمه ويطالبه ولا يحول بينه وبين اشغاله كالفلس اذا اخرج
 القاضى من الحبس (وبرى) الكفيل من الكفالة بالنفس (بهوت من كفل به) لان الكفيل تبع
 للمكفول في سقوط ماعليه والذي على المكفول هذا حضوره وقد سقط عنه بموته فيسقط
 احضاره عن كفيله وبهذا قال احمد وهو وجه في مذهب الشافعي والوجه الآخر وهو الاصح
 في مذهبه ان الكفيل يطالب باحضاره ما لم يدفن اذا اراد المكفول له اقامة الشهادة على
 صورته وهل يطالب بما عليه فيه وجهان اصحهما لا يطالب وبه قال اصحابنا و احمد والشعبي
 وشريح وحماد وقال مالك والليث يلزمه ماعليه وبه قال ابن شريح من اصحاب الشافعي
 (و) برى الكفيل ايضا من الكفالة (بتسليمه) اي 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 بها التزمه وهو تسليم المكفول به فى مكان يحصل فيه المقصود ولا حاجة الى ابقاء الكفالة لانه لا يلزم تسليمه الامرة واحدة اما لو سلمه فى بركة او سوداء لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها لعدم الحاكم ولو سلمه فى السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ الكفيل وقال مالك واحمد ان كان فى سجن القاضى الذى يرفع الحكم اليه يبرأ والا فلا ولو سلمه فى مصر آخر غير الذى عينه فى الكفالة برى 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 سلمت اليك بحكم الكفالة حتى لو لم يقل ذلك لم يبرأ لان التسليم قد يكون بغير حكم الكفالة فلا بد 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 كالمغاصب اذا رد المغصوب او قيمته والمديون اذا قضى الدين (و) برى ايضا من الكفالة (بتسليمه) اى المكفول به (نفسه) الى المكفول له (هنا) اى حيث يمكن المكفول له مخاصمة المكفول به لحصول المقصود ولا بد ان يقول عند تسليم نفسه سلمت اليك بحكم الكفالة لما قدمنا (وان شرط تسليمه عند القاضى) ان للوصل بالمسئلتين السابقتين وانما برى بالتسليم عند غير القاضى مع شرط التسليم عند 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 لا يمكن ووارثه ووصيه لا يقومان مقامه الا فيما له والكفالة عليه (وان كفل بنفسه على انه) اى الكفيل (ان لم يوافق به) اى بالمكفول بنفسه الى الطالب (غدا فعليه المال) الذى على المكفول (صح) هذا العقد بما اشتمل عليه من كفالتي النفس والمال وقال مالك والشافعى لا يصح (فان لم يسلم) الكفيل المكفول بنفسه الى الطالب (غدا) مع قدرته (ضمن) 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) او جن (المكفول عنه) اللام للعهد والمعهود هو
 المكفول بنفسه الذي شرط كفيلا انه ان لم يوافق به غدا فعليه ما عليه من المال (ضمن) الكفيل
 (المال) لتتحقق الشرط وبرى من الكفالة بالنفس لموت المكفول بنفسه (واما بالمال) عطف
 على اما بالنفس (فتصح) الكفالة (وان جهل المكفول به اذ اصح دينه) قيد به احترازا عن
 بدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح لان الدين الصحيح لا يسقط الا بالاخذ والابرار او بدل
 الكتابة يسقط بغيرهما وهو عجز المكاتب او لثبوته في ذمة المكاتب مع المنافي لانه عبدا بقي
 عليه درهم والمولى لا يستوجب على عبده دينا الا انه لحاجته الى العتق يثبت الدين فكان
 ثابتا في حقه لا في حق صحة الكفالة وقال الشافعي في الجديد والثوري والليث وابن ابي
 ليلى وابن المنذر لا يصح ضمان المجهول لان الضمان التزام مال فلا يصح اذا كان المال مجهولا
 كالثمن في البيع ولنا قوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) وحمل البعير يختلف
 باختلاف البعير (نحو كملت بمالك عليه) وهو لا يعلم كمله عليه (او بما يدرك في هذا البيع)
 وهو لا يعلم ما يدركه فيه وهذه كفالة الدرك وهي جائزة بالاجماع والدرك التبعة يسكن ويحرك
 (او علق الكفالة) عطف على جهل المكفول به اى ويصح الكفالة بالمال ان علقها الكفيل
 (بشرط ملايم نحو ما بايعت فلانا) فعلى ثمنه (او ما ذاب) اى وجب وثبت مستعار من ذاب
 الشحم (لك عليه) اى على فلان فعلى (او ما 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 لا يصح تعليق الكفالة به وفسروا الشرط الملايم بما يكون شرطا لوجوب
 الحق كان استحق المبيع او شرطا لامكان الاستيفاء كان قدم زيد وهو مكفول عنه او شرطا لتعذر
 الاستيفاء كان غاب عن البلد (وان علق) الكفيل الكفالة (بمجرد الشرط) اى بشرط غير
 ملايم (فلا) اى فلا يصح الكفالة ولا يجب المال ذكره فاضحان وغيره (كان هبت الريح) او ان
 جاء المطر او ان دخل زيد الدار ولو جعل الاجل في الكفالة الى هبوب الريح ونحوه لا يصح
 التأجيل ويصح الكفالة ويجب المال حالا وعند الشافعي واحمد لا يصح الكفالة ثم مذهب
 الشافعي ان تعليق الكفالة بالشرط لا يصح مطلقا لانه تعليق المال بالخطر ولنا الاجماع على
 صحة الكفالة بالدرك وهي مضافة الى سبب الوجوب بالاستحقاق وقوله تعالى (ولمن جاء به
 حمل بعير وانا به زعيم) حيث علق الكفالة بشرط نجىء الصواع وشرعة من قبلنا اذ قضى
 الله علينا بلائكار شرعية لنا ثم الكفالة بالنفس كالكفالة بالمال في جواز تعليقها بشرط
 ملايم وعدم جوازه بشرط غير ملايم وجواز تأجيلها الى اجل معلوم ومجهول جهالة يسيرة
 كالتأجيل الى العطاء ولى قدوم الحاج لا الى هبوب الريح ونحوه فان اجل اليه بطل الاجل

دون الكفالة ولزم تسليم النفس في المال (وان كفل بمالك عليه ضمن ما قامت به بينة)
لان الثابت بالبينة كالثابت بالعيان (وان لم يقم) بينة (فالقول للكفيل) في قدر ما
افر به لانه منكر للزيادة والقول قول المنكر مع يمينه (ولو اقر) الاصيل باكثر مما اقر الكفيل
(صدق الاصيل في الزيادة على نفسه) لان له ولاية عليها (فقط) اي لا يصدق على الكفيل
اذ لاوية له عليه (فاذا طالب الدين احدهما) اي الاصيل او الكفيل (فله) اي للداين
(مطالبة الآخر) لان الكفالة كما مرضم ذمة الى ذمة في 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 يبرأ بها المحيل تكون كفالة (ويصح) الكفالة
(بامر الاصيل وبلا امره) لانها تصرف من الكفيل في نفسه بالتزام ان يطالبه الدايين ولا
ضرر على الاصيل في ذلك فان امر الاصيل الكفيل بالكفالة رجع الكفيل بالكفالة عليه
بعد ادائه بما ضمنه سواء ادى بما ضمنه او ادى خلا فله حتى لو كفل بالف جيا وادى الفان يوفى برضا
الطالب رجع بالجيا ولو كفل بالف زيوف وادى جيا يراجع بالزيوف اما رجوعه على
الامر فلانه ادى دينه بامره فيرجع به عليه واما بما ضمنه فلان رجوعه بحكم الكفالة فكان
بمادخل تحتها (وان لوزم) الكفيل بالمال من جهة الدايين (لازم) الكفيل (اصيله) حتى يتخلصه
(وان حبس) الكفيل (حبسه) اي حبس الكفيل اصيله لان ما لحقه انما هو من جهته
فيعامله بمثله (وبراءه) اي ابراء الدين الاصيل (وتأجيله) اي تأخير الدايين عن الاصيل
(يسرى) اي الكفيل لان الكفيل ليس عليه الا المطالبة وهي تتبع للدين فتسقط بسقوطه
وتتأخر بتأخره (لا عكسه) اي ليس ابراء الكفيل او تأجيله عنه يسرى الى الاصيل لان
ماعلى الكفيل فرع لما على الاصيل وسقوط الفرع وتأجيله لا يوجب سقوط الاصيل او تأجيله (فان صالح
الكفيل) الدايين (عن الف على مائة برأ) الاصيل لان الكفيل اضاف الصالح الى الالف التي على الاصيل
فبرأ الاصيل وبرئ الكفيل ايضا لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل (ورجع) الكفيل على الاصيل
(بها) اي بالمائة ان كفل بامره لانها القدر الذي اوفاه (و) ان صالح الكفيل عن الف (على جنس
آخر) رجع على الاصيل (بالالف) لان الصالح بجنس آخر مبادلة بالدين فيملك الكفيل
الدين فيرجع بكله على الاصيل وقال مالك والشافعي واحمد يربع بالاقبل من الدين ومن
قيمة مادفع (و) ان صالح الكفيل الدين (عن موجب الكفالة لا يبرأ الاصيل) لان هذا
ابراء الكفيل وحده لان موجب الكفالة ليس الامطالبة الكفيل (ولا يصح تعليق البراءة عنها)
اي عن الكفالة (بشرط) لان في الابراء عنها معنى التملك فلا يقبل التعليق (كسائر البراءات ولا)
تصح (الكفالة بالحدود والقصاص) لان الكفالة انما تصح بما تجرى النيابة في ايفائه

والنيابة لا تجرى في العقوبات لان العرض من شرعها زجر المفسدين عن الفساد وهو لا يتحقق اذا اقيم على غير الجاني (و) لا تصح الكفالة (بالمبيع) عن البائع لانه قبل القبض مضمون بغيره وهو الثمن الا ترى انه لو هلك لا يجب على البائع شي بل يفسخ البيع والمضمون بغيره مضمون بوجه دون وجه فلا تصح الكفالة به للمشك (بخلاف الثمن) فانه تصح الكفالة به عن المشتري لانه دين كسائر الديون (و) لا تصح الكفالة (بالرهون) لانه مضمون بغيره وهو الدين يسقط به اذا هلك (والامانات) لانها غير مضمونة اصلا (كالوديعة والعارية والمستأجر ومال المضاربة والشركة) وعند ابى يوسف ومحمد العين في 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 لكونها ملك غيره قيدهما بالتعيين اذ لو 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) لا تصح الكفالة (عن ميت مفلس) اى لم يترك مالا ولا كفيل عنه وعليه دين سواء كان الكفيل اجنبيا او وارثا وهذا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ومالك والشافعى واحمد تصح لانه عليه السلام اتى بجزاة انصارى فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان او ديناران فقال صلوا على صاحبكم فقال ابو قتادة هو على وفي رواية هما على يارسول الله صلى عليه ولولم تصح الكفالة لما صلى عليه بعدها ولانها كفالة بدين واجب فتصح كما لو كانت في حياته ولان الدين لا يسقط الا بالايفاء او الابرأ او انفساخ سبب الوجوب وبالموت لم يتحقق شيء من ذلك ولهذا يؤخذ به في الآخرة ولا يبرأ كفيله في حياته بموته ولو تبرع انسان بقضائه صح ولا بى حنيفة ان الكفالة عن الميت المفلس كفالة بدين ساقط والكفالة بدين ساقط باطله لان صحة الكفالة تقتضى قيام الدين في حق احكام الدنيا لمتحقق معنى الكفالة التى هى ضم النمة الى النمة في المطالبة وانما لم يبرأ بموته كفيله في حياته لانه كان خلفه في الاستيفاء منه فجعل الدين باقيا في حقه كما لو كان للميت مال وصح التبرع بقضائه لان صحة تملك المال لا يتعلق بوجود الدين والحديث يحتمل ان يكون اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء في الكفالة سواء ولا عموم لحكاية الفعل ويحتمل ان يكون وعدا لكفالة 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 في المجلس) اى مجلس العقد وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تصح واختلق 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 الا ان للطالب حق الرد (الا) في مسئلة واحدة وهى (اذا كفل) وارث (عن
 مورثه في مرضه) بان قال مريض لو ارثته تكفل عنى بما على من الدين لغرمائى
 فتكفل عنه (مع غيبة غرمائه) وكان القياس على قولهما ان لاتصح الكفالة في هذه المسئلة
 ايضا لان الطالب غير حاضر ولان الصحيح لو قال هذا لو ارثته فضمنه لم يصح فكذا المريض
 ووجه الاستحسان ان هذا انما يصح بطريق الوصية من المريض لو ارثته ان يقضى دينه
 لا بطريق الكفالة عنه ولهذا صح وان لم يسم المريض الدين ولارب الدين لان الجهالة
 لاتمنع صحة الوصية وقالوا انما تصح اذا كان له مال ولو قال المريض لاجنبى تكفل عنى بما
 على من الدين فتكفل عنه اختلف المشايخ فقبل لا يصح وقيل يصح (و) لاتصح الكفالة
 (بمال الكتابة) وهو قول اكثر اهل العلم وعن احمد في رواية تصح (والعهد) بالجرى
 ولاتصح الكفالة بالعهد وصورتها ان يشتري عبدا فيضمنه له آخر عهده وانما لم يصح ذلك
 لان العهد اسم يقع على الصك القديم وهو ملك البائع ولا يلزمه تسليمه فان ضمن الكفيل
 بتسليمه الى المشتري فقد ضمن مالا 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 المشتري والكفيل لا يقدر على ذلك لان المستحق
 لا يمكنه منه ولو كفل 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) لا ضمان (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 لكان كل منهما ضامنا لنفسه وانه لا يجوز
 (و) لا يصح ضمان (احد الباعين حصه صاحبه من ثمن عبد) مثلا (باعاه بصفقة) لانه
 بضمانها شايعا يصير ضامنا لنفسه اذ ما من جزء يؤديه المشتري الا وهو مشترك بينهما
 وضمان الانسان لنفسه باطل وبضمانها معيننا يصير قاسما للدين قبل قبضه حيث ميز نصيب
 صاحبه عن نصيبه وقسمه الدين قبل قبضه باطله لان القسمة افرار وحيازة بان يصير حق كل واحد
 منهما فى حيز على حدة ولا يتصور هذا الا فى حسى والدين ليس بحسى قيد بصفقة لانها
 لو باعاه بصفقتين بان سمى كل واحد منهما لنفسه ثمنا ثم ضمن احدهما للاخر صح ضمانه

اذلا شركة بينهما لان نصيب كل واحد منهما ممتاز عن نصيب الآخر (وصح كفالة الحراج) اي ضمانه كما في نسخة والمراد به الحراج الموظف كما في بعض شروح الهداية لانه دين لازم يتحسب به ويلازم لاجله ويمنع وجوب الزكوة ويطالب به اشد المطالبة فكان كسائر الديون بخلاف الزكوة حيث لا يصح ضمانها وان كانت ديننا مطالبا به لان الواجب فيها فعل هو عبادة والمال محل لاقامتها ولهذا لا تستو في من تركته من هي عليه بلا وصية كما يستو في سائر الديون (و) صح كفالة (النوائب) جمع نائبة وهي ما ينوب الانسان ويطلب به اما بحق كاجرة الحارس المشترك وكري النهر المشترك وما وظفه الامام عند الحاجة الى تجهيز جيش لقتال المشركين او الى فداء اسارى المسلمين في وقت خلو بيت المال وهذا النوع تصح الكفالة به بالاتفاق لانه مال مضمون واما بغير حق كالجبايات التي تؤخذ على غير ما ذكرنا وهذه لا تصح الكفالة بها عند صدر الاسلام البزدوى وفي مذهب مالك والشافعي واحمد لان الكفالة التزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شيء من هذه على الاصيل كذلك وتصح عند فر الاسلام على البزدوى وشمس الائمة وقاضيخان لانها في حق المطالبة فوق سائر الديون والعبرة في 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 بامر رجوع عليه وان لم يشترط الرجوع كمن قضى دين غيره بامر وقال المصنف والفتوى على الصحة كما في الديون الصحيحة وقال الطرابلسي المذهب عدم صحتها (و) صح كفالة (القسمة) وهي حصة الواحد من النوائب (وان كانت بغير حق) فيسد للمسئلتين وانما صح ضمانها لان كل واحد مطالب بنفسه محبوس به وقيل المراد بها النائبة الموظفة في كل شهر او نحوه وبالنوائب ما ينوب من غير توظيف بل باحق احيانا ويحتمل ان يقع (و) صح كفالة (مال) مبتدأ (لا يجب على عبد حتى يعتق) صفته والخبر (حال على من كفل به مطلقا) اي من غير تسمية حلول ولا تأجيل اما لو كفل بذلك المال مؤجلا تأجل في حقه لانه التزم المطالبة به مؤجلا فيلزمه كذلك وقيد بعدم الوجوب على العبد حتى يعتق لانه محل الاشتباه بخلاف المال الذي يجب على العبد في الحال كدين الاستهلاك عيانا ودين لزم بالتجارة باذن المولى فان كفالة الكفيل به مطلقا تصح ويكون على الكفيل به مطلقا في الحال بلا شبهة (وبطل دعوى ضامن الدرك) ان الدار المبيعة ملكه لان كفالته بالدرك وهو رد الثمن عند استحقاق المبيع تسليم للمبيع وتصديق بانه ملك البايغ فدعواه بعد ذلك ان المبيع ملكه سعى في نقض ماتم من جهته فلا تسع ولهذا لو كان شفيعا تبطل بضمن الدرك في البيع شفيعته (و) بطل دعوى (شاهد) على البيع ان المبيع

ملكه وقد كان في ذلك الشاهد (كتب شهد بذلك على صك كتب فيه باع ملكه) او كتب فيه باعه وهو يملكه او باعه بيعا بائنا نافذا لان في 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 اذا 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 لما فيه الاعراض عن مبرة الاقراض وقد قيل اياك والعينة فانها لعينة وهو مخترع اكلة الربوا وقد قال صلى الله عليه وسلم اذا تبايعتم بالعينة واتبعتم اذ ناب البقر ذلتتم وظهر عليكم عدوكم والمراد باتباع اذ ناب البقر الاشتغال بالزراعة والاقبال عليها والعينة ان يأتي المحتاج الى رجل يستقرض منه عشرة دراهم مثلا فلا يرغب الرجل في الاقراض طمعا في اصابة الفضل الذي لا يناله بالقرض فيقول له ابيعك هذا الثوب وقيمه عشرة بائني عشر الى اجل لتبيعه في السوق بعشرة فيحصل ربح لي درهمين سمى عينة لان المقرض اعرض عن القرض الى بيع العين فاذا ثبت هذا فنقول الشراء يقع للكفيل لانه لم يصر وكبلا عنه بالشراء لانه لم يقل تعين لي ثوبا وانما قال تعين على وهي كلمة ضمان لا كلمة توكيل ومعنى الضمان هنا ان يقول المديون للضامن اشترى ثوبا لتبيعه في السوق فتتقضى بثمنه الدين فان امكنت ان تبيعه بمثل البيعة فيها ونعمت وان لم يكن كذلك الا بخسران فذاك على غير ان هذا الضمان باطل لانه انما يصح بما هو مضمون على غيره وخسران درهمين غير مضمون على احد فبطل ضمانه كمن يقول لآخر بايع في هذا السوق على ان كل خسران يصيبك فانا ضامن له والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الحوالة

هي لغة اسم من الاحالة واصل تركيبها يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل الى محل قال الله تعالى (لا يبيغون عنها حولا) وشرعا (اثبات دين على آخر مع عدم ذلك) (الدين) اي مع نفى بقاءه (على المحيل بعده) اي بعد ذلك الاثبات وقيل الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة وهو الاظهر الاخصر والاصل فيها الاجماع وقوله صلى الله عليه وسلم مطلق القنى طلسم ومن اعيل على ملى اي ثقة غنى فليحمل اي فليقبل الحوالة رواه احمد وابن ابي شيبة من حديث ابي هريرة ورواه الشيخان بلفظ واذا اتبع احدكم

على ملىء فليتبغ ورواه احمد عن ابن عمر ايضا ولفظه مطل الغنى ظلم واذا اهل
 على ملىء فاتبعه وهذا الامر المندب عند اكثر اهل العلم وعند احمد للوجوب (فهى)
 اى الحوالة (بشرط عدم براءته) اى براءة المحمّل (كفالة) لان ذلك معنى الكفالة والعبرة
 للمعانى دون المباني فله ان يطالب المحمّل (وهذه) اى الكفالة (بشرط براءة الاصيل
 حوالة) لان ذلك معنى الحوالة فليس له ان يطالب الاصيل (وتصح) الحوالة (بلا دين
 للمحمّل على المحمّل) فان قيل كيف يصح هذا والحوالة لا بد فيها من الدين لانه مأخوذ
 فى تعريفها ولا يكون دين المحمّل على المحمّل عليه لان الحوالة توجد بدونها كالحوالة
 بدراهم وديعة للمحمّل عند المحمّل عليه فيكون دين المحمّل على المحمّل اجيب بانه
 يصح ان يكون المحمّل وكيل رب الدين اورسوله ويجوز ان يكون فى كلام المصنف
 مضاف مقدر اى بلا ذكر دين (وتصح) (به) اى بدين للمحمّل على المحمّل وفى الينا بيع
 ويشترط فى المحمّل به ان يكون ديننا اولاز ما فلا تصح ببدل الكتابة وما يجرى مجراه
 لانه دين تسمية لاحقيقة واما وجوب الدين على المحمّل قبل الحوالة فليس بشرط لصحة
 الحوالة (و) تصح الحوالة (برضاها) اى المحمّل والمحمّل (ورضى المحمّل عليه) سواء كان
 عليه دين للمحمّل ام لا اما المحمّل فلان الدين حقه والذمم متفا وتة فلا بد من رضاه
 واما المحمّل عليه فلان الدين يلزمه فلا بد من التزامه والاصح فى مذهب الشافعى ان
 لا حاجة الى رضاه اذا كان المحمّل به دين المحمّل وهو قول مالك واحمد لان الحق للمحمّل
 فله ان يستوفيه بنفسه وبغيره واما المحمّل وهو المديون فيشترط رضاه لصحة الحوالة على
 ذكر القدورى ولا يشترط لصحتها على ما فى الزيادات وانما يشترط للرجوع عليه
 او لسقوط دينه على المحمّل عليه لان الحوالة فيها نفعه وهو سقوط ما عليه من الدين فصار
 كالمكفول عنه حيث تصح الكفالة بلا رضاه ووجه الاول وهو قول مالك والشافعى
 ان المحمّل ايفاء الحق من حيث شاء ولا يتعين عليه شىء من الجهات وفى صحة الحوالة بدون
 رضاه يتعين ذلك عليه قهرا (فيبرأ المحمّل من الدين) اذا تم عقد الحوالة عند عامة العلماء
 وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذكل 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 المحمّل وقيل يبرأ المحمّل من المطالبة دون الدين (الا ان يتوى) على زنة يسعى اى
 يهلك دين المحمّل فلا يبرأ المحمّل بتمام عقد الحوالة وذلك (بهوت المحمّل عليه مفسا)
 بان لم يترك ما لا ولا ديننا على احد ولا كفيل (او حلقه) اى يهين المحمّل عليه حال

كونه (منكر الحوالة) حال كونه (لا بينة عليها) وفي نسخة ولا بينة عليها للمحتمل ولا للمحيل
 لان هلاك دين المحتمل يتحقق بكل واحد من الموت والحلف المذكورين (وقالا) اى
 ابو يوسف ومحمد يتحقق التوى بموت المحتمل عليه وبحلفه المذكورين كما قال ابو حنيفة
 رحمه الله (وبان فلسه القاضى) اى حكم بافلاسه قبل موته بعد ما حبسه لانه عجز عن الاخذ
 منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما فصار كعجزه عن الاستيفاء بالجحود او موته
 مفلسا ولا بى حنيفة ان الدين ثابت فى نفسه وتعدر الاستيفاء لا يوجب الرجوع الا ترى انه
 لو تعدر بغيبة المحتمل عليه لا يرجع على المحيل ولان المال غاد ورايع فقد يصبح المرء
 فقيرا ويمسى غنيا وبالعكس وقال الشافعى لا يرجع المحتمل على المحيل وان توى دين
 المحتمل بموت او غيره 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 (بلاشى^٤) للمحيل (على المحتمل عليه) وهو احدى صورتى الحوالة
 المطلقة والصورة الاخرى ان يكون للمحيل على المحتمل عليه دين اوله فى بيع عين ولا يقيد الحوالة بشى^٥
 منهما (وبدراهم الوديعة) عطف على بلاشى^٤ (ويبرأ) المحتمل عليه (بهلاكها) اى هلاك دراهم الوديعة او
 استحقاقها لان الحوالة مقيدة بها وهو لم يلتزم التسليم الامنها فلا يلزم التسليم من غيرها
 (والمغصوبة) اى وبالدرهم التى غضبها المحال عليه من المحيل (ولم يبرأ) المحتمل عليه (بهلاكها)
 اى المغصوبة بل تبقى الحوالة متعلقة بمثلها حقيقة او معنى لان الحوالة اذا هلك المحتمل به المغصوب
 تتعلق بمثلها المثلى وبقيمته فى القيمى لان المغصوب اذا هلك يهلك الى خلف وهو الضمان فكان
 قائما معنى فلا تبطل الحوالة بهلاكها فلا يبرأ المحال عليه بخلاف الوديعة فانها تهلك لا الى خلف لانها
 امانة و بالحوالة لم تخرج عن ذلك وهلاك الامانة لا يوجب الضمان قيد عدم البرأة من المغصوبة
 بهلاكها لان المحال عليه يبرأ باستحقاقها لانها به وصلت الى مالها ووصول المغصوب الى مالكه
 يوجب برأة غاصبه (وبدين عليه) عطف على بدراهم (فلا يطالبه) اى المحتمل عليه فى هذه الحوالات
 المقيدة (الا المحتمل) لا للمحيل لان حق المحتمل يتعلق بتلك الامور كالرهن فلم ملك المحيل المطالبة
 لبطل حق المحتمل وهو لا يجوز (وفى المطلقة للمحيل الطلب ايضا) اى كما انه للمحتمل والظاهر
 فى العبارة تقديم كلمة ايضا ليكون يجب ما يتعلق به اعنى المحيل وانما يكون له الطلب لان حق
 المحال لم يتعلق بدين ولا بعين بل بدمته المحال عليه (فلا تبطل) الحوالة (باخذ) المحيل (ماعليه)
 اى على المحتمل عليه من الدين او ما عنده من العين المودعة او المغصوبة كما لا تبطل
 بهلاكه (ويكره السفتجة) بضم مهملة وسكون فاء وفتح فوقانية فميم تعريب سفته اى

شيء محكم وفي الشرع (وهي افراض لسقوط خطر الطريق) وسمى بها هذا القرض
 لاحكام امره وصورته ان يدفع شخص الى شخص دراهم اودنانير قرضا ليدفعها اليه في
 بلد آخر ليستفيد المقرض بذلك الافراض سقوط خطر الطريق وانما كرهت لها روى
 الحارث بن ابي اسامة في مسنده عن حفص بن حمزة عن سوار بن مصعب عن عمارة الهمداني
 قال سمعت عليا يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل قرض جر منفعة فهو ربوا وروى
 ابن ابي شيبه عن ابي خالد الاحمر عن حجاج عن عطاء قال كانوا يكرهون كل قرض جر
 منفعة وفي الميسوط وان لم تكن المنفعة مشروطة ولم يكن عرف على ذلك فلا بأس به حتى
 لو قضاه اجود مما قبضه ولم يكن ذلك مشروطا ولا عرفا فلا بأس به والله تعالى سبحانه اعلم

كتاب الوكالة

(هي لغة بفتح الواو وكسرهما الحفظ ومنه الوكيل في اسماء الله الحسنى بمعنى الحافظ كما
 قال الله تعالى (حسبنا الله ونعم الوكيل) ولذا قالوا اذا قال وكلتك بمالى انه
 يملك به الحفظ فقط وبمعنى الموكل اليه الامر فمعناها التفويض والاعتماد ومنه التوكل
 قال الله تعالى (عليه توكلنا وعلى الله فليتوكل المتوكلون) وشرعا (تفويض التصرف) في
 البيع والشراء ونحوهما من انسان (الى غيره) واقامته فيه مقام نفسه ومشروعيتها بالكتاب
 وهو قوله تعالى حكاية (فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة) فان ما قص الله تعالى
 علينا عن الامم الماضية من الاحكام بلا انكار يكون حكما لنا وبالسنة وهي ما روى
 الترمذي انه صلى الله عليه وسلم بعث مع حكيم بن حزام بدينار ليشتري له به اضية فاشترى بدينار
 وباعها بدينارين فرجع واشترى اضية بدينار وجاء بدينار الى النبي صلى الله تعالى
 عليه وسلم فتصدق به النبي صلى الله تعالى عليه وسلم ودعا له ان يبارك له في تجارته
 وروى ابوداود والترمذي وابن ماجه واحمد مثل هذا وبعث ايضا مع عروة البارقي بدينار
 ليشتري له اضية او شاة فاشترى شاتين فباع اهديهما بدينار فاتاه بشاة ودينار فدعا له
 في بيعه فكان لو اشترى ترابا لربح فيه وقد وكل صلى الله عليه وسلم بالتزويج عمر وبن ابي
 سلمة كما رواه احمد والنسائي عن ام سلمة ان النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث اليها
 وخطبها قالت ليس احد من اوليائي شاهد فقال صلى الله عليه وسلم ليس احد من
 اوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك فقال لابنها يا عمر قم فزوج النبي (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 في العمر سبع سنين وقد صح ان عليا وكل

عقلا وبعد ما اسن عبد الله بن جعفر فقد روى البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال كان على يكره الخصومة فكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن ابي طالب فلما كبر عقيل وكلنى وبالاجماع (وشروطه) اى عقد الوكالة او التفويض المذكور (ان يملكه) اى التصرف (الموكل) بان يكون حرا بالغا ومأذونا (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 او الربح حتى لو تصرف فيما وكل به من غير قصد او بقصد الهزل لا يقع ذلك التصرف للموكل (فصح توكيل الحر البالغ او المأذون 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 الشافعى لا يصح توكيل الصبى وله فى العبد المحجور قولان (وترجع الحقوق الى موكلهما) لانها لما تعدر رجوعها اليهما لاضرار الصبى المبعد من المضار واضرار سيد العبد رجعت الى اقرب الناس الى هذا التصرف وهو الموكل الا ان الحقوق تنزىم 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 ببعده عطف على الاولى (وبالخصومة فى كل حق) حذا كان او قصاصا او غيرها لان الموكل يملك مباشرة ذلك بنفسه فيملك تفويضه الى غيره (وبايافته) اى باعطائه كل حق (واستيفائه) اى اخذ كل حق (الا فى حد) لقتل او سرقة (وقصاص بقبية موكله) عن المجلس قيد بها لان التوكيل باستيفائهما فى حضرة الموكل جائز اتفاقا وقال مالك والشافعى واحمد يجوز التوكيل باستيفاء القصاص وحد القتل فى غيبة الموكل لانه حق العبد ويجوز استيفاؤه فى حضوره وكذا فى غيبته ولنا انها يسقطان بالشبهة وشبهة عفو الموكل الغايب ممكنة اذ العفو مندوب اليه قال الله تعالى (وان تعفوا افرحوا للتعوى) والعبرة بعموم اللفظ وقال عز وجل (فمن تصدق به فهو كفارة له) وحال الغايب 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 يمتثل 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 ابي حنيفة وقال ابو يوسف

لا يصح التوكيل باثبات حد الزنا وشراب الخمر انفاقا ويشترط في التوكيل بالخصومة عند ابي حنيفة
رضي الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مدة السفر او امرأة مخدرة وقال لا يشترط رضی
الخصم قبل الخلاف في الصحة والصحيح انه في اللزوم وفي شرح الوافي ان المتأخرين اختاروا
الفتوى ان القاضي اذا علم من الخصم التعنت في اداء التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل
التوكيل من الموكل وان علم من الموكل القصد الى اضرار الخصم بالتوكيل لا يقبل منه
التوكيل الا برضاء الخصم وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي (ويرجع
الحقوق الى التوكيل) في عقد لا يحتاج التوكيل فيه الى ذكر الموكل فيرجع الى التوكيل
(في بيع وشراء واجارة وصاع عن اقرار) اذ يكفي ان يقول التوكيل بعث واشتريت وآجرت
وصالحت وقال مالك والشافعي واهمده يرجع الحقوق الى الموكل (فيسلم) التوكيل (المبيع)
في الوكالة بالبيع (ويقبضه) في الوكالة بالشراء (و) كذا يقبض التوكيل (ثمن مبيعه)
في الوكالة بالبيع (وعليه) اي على التوكيل بالشراء (ثمن مشريه) بالوكالة بالشراء
(ويخاصم في الاستحقاق و) في (العيب و) في (شفعة ما اشترى وهو في يد) قيده لان
التوكيل بالشراء بعد التسليم الى موكله لا يفعل شيئا من ذلك الا بامر جديد لانتهاء
حكم الوكالة بالتسليم (ويثبت الملك للموكل ابتداء) خلافة وبدلا عن التوكيل باعتبار
التوكيل السابق لا اصاله (فلا يعتق قريب وكيل بشراعه) بطريق الوكالة لان التوكيل
لم يملكه وكذا لا يفسد نكاح منكوخته اذا اشترها لانه لم يملكها (والى الموكل) اي
ويرجع الحقوق الى الموكل في كل عقد يحتاج التوكيل فيه الى ذكر الموكل وذلك (في)
عقد (نكاح وخلع وصاع عن انكار اودم عهد وعتق على مال وكتابة وتصدق وهبة واعارة
وايداع ورهن واقراض) لان التوكيل في 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 (ولا) يطالب (وكيلها) اي وكيل المرأة
بالنكاح (بتسليمها ولا) وكيلها بالخلع (ببدل الخلع) لان ذلك من حقوق النكاح والخلع
والحقوق فيهما لا ترجع الى التوكيل (وللمشترى منع الثمن من موكل بايعه) لانه اجنبي
من حقوق البيع وقال مالك والشافعي واهمده لا يمنعه لان الحقوق ترجع في البيع عندهم
الى الموكل (فان دفع) المشتري (الثمن اليه) اي موكل بايعه (صح ولم يطالب)
بكسر اللام (التوكيل ثانيا) لان نفس الثمن المقبوض حق الموكل وقد وصل اليه ولا
فائدة في اخذه منه ثم دفعه الى التوكيل ليدفعه اليه

فصل

(لا يصح بيع الوكيل وشراؤه ممن نرد شهادته له) عند ابي حنيفة وهو قول الشافعي ووجه في مذهب احمد وقال ابو يوسف ومحمد يصح بيعه بمثل القيمة وبالغبن اليسير لانه في حكم المثل الا من عبده ومكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذا لاملاك متباينة والمنافع منقطعة فصار البيع منهم كالبيع من اجنبي وصار الوكيل كالمضارب بخلاف العبد لان ما في يده لمولاه وبخلاف المكاتب لان لمولاه حقا في كسبه وبخلاف الغبن الفاحش لانه ليس في حكم المثل ولا ابي حنيفة ان مواضع التهم مستثناة من الوكالة والوكيل ينهم في العقد مع هؤلاء لان كل واحد منهم ومن الوكيل ينتفع به الاخر عادة فكان مال كل واحد منهم كمال الوكيل فصار الوكيل بايعا او شاريا من نفسه بخلاف المضارب فانه كالمتصرف لنفسه وعلى هذا الخلاف الاجارة والصرف والسلم ونحوهما ثم المراد من عدم جواز البيع لهؤلاء عند ابي حنيفة في مطلق الوكالة حتى لو قيد الوكالة بتعميم المشية جاز بيع الوكيل منهم اتفاقا بخلاف البيع من نفسه او من ابن صغير له حيث لا يجوز وان قيد بتعميم المشية لانه يؤدي الى تضاد الاحكام بان يكون مخاصما في الغيب ومخاصما وفي الذخيرة ولو باع الوكيل من هؤلاء باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف (وصح بيع الوكيل) بالبيع اذا لم يقيد (بما قل او اكثر والعرض) اى وبالعرض (والنسبة) اى وبالاجل ولو كان اجلا غير متعارف كخمسين سنة وهذا عند ابي حنيفة وقال لا يصح بالغبن اليسير دون الفاحش وبالدرهم والدنانير دون العروض وبالاجل المتعارف وقال مالك والشافعي واحمد يصح بثمن المثل وبنقد البلد حالا فان كانت النقود مختلفة يعتبر الا غلب (و) صح للموكيل (بيع نصف ما وكل ببيعه) مطلقا اما اذا لم يكن في تفرقه ضرر كالحنطة والشعير فباتفاق واما اذا كان في تفرقه ضرر كالعبد فعند ابي حنيفة خلافا لهما وهو قول الشافعي واحمد (و) صح (اخذه) اى اخذ الوكيل (رهنا) بالثمن (او كفيلا بالثمن فلا يضمن ان ضاع) الرهن (في يده او توى) اى هلك (ما على الكفيل) لان الهالك في يده كالهالك في يد الموكل الا ترى ان الوكيل لو استوفى الثمن حقيقة وهلك في 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 وهي الزيادة الفاحشة (وهي) اى الزيادة التي يتغابن فيها (ما قوم به مقوم) اى ما يدخل تحت تقويم المقومين عند اختلافهم قال شيخ الاسلام في جامعه وهذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في 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 الباقي) فان شرى الباقي لزم النصف وان لم يشتره لم يلزم (ولورد مبيع على وكيل بعيب) متعلق برد السابق (رده) الوكيل (على أمره الا وكيل اقر بعيب يحدث مثله) في تلك المدة يعنى ان من وكل رجلا ببيع شيء فباعه وسلمه وقبض الثمن او لم يقبض فوجد المشتري به عيبا ان كان لا يحدث مثله في تلك المدة ورده بقضاء بينة او بنكول او باقرار من الوكيل فان للوكيل ان يرده على الأمر وان كان يحدث مثله ورده ببينة او باباء عن يمين فكذلك وان رده باقراره لم يرده على الأمر (ولزمه ذلك) المبيع لان الاقرار حجة قاصرة فتظهر في حق المقر دون غيره وهو غير مضطر اليه اذ يمكنه السكوت والنكول (وان باع) الوكيل (نساء) اى الى اجل (وقال قد اطلق الامر) او قال لم يبين (فقال) الأمر (امرتك بنقد صدق الأمر) لان الامر مستفاد من جهته وقد يكون مطلقا وقد يكون مقيدا ولا دلالة على اهدهما فكان القول قوله مع اليمين كما لو انكر اصل الوكالة وعن مالك ان كانت السلعة قائمة صدق الأمر وقال احمد القول للأمر (وفي المضاربة) اذا قال رب الهال امرتك بالنقد وقال المضارب اطلقت اولم تبين شياء صدق (المضارب) لان الاصل في المضاربة الاطلاق والعموم والقول قول المتمسك بالاصل (ولا يصح تصرف احد الوكيلين وهذه) لان الموكل راض برأيهما لا برأى اهدهما فاذا انفرد اهدهما بطل غرضه وهذا اذا وكلهما بكلام واحد حتى لو وكلهما على التعاقب جاز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف لانه رضى برأى كل واحد منهما على الانفرد 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 صار وصيين وحكم الوكالة يثبت بالتوكيل فاذا كان كل واحد منهما بعقد استوكل منهما بالتصرف وفي النخيرة لو باع اهدهما والآخر حاضر يجوز ولو كان الآخر غائبا فاجاز لم يجز عند ابي حنيفة (الا في خصومة ورد وديعة وقضاء دين وطلاق وعتق لم يعوضا) وقال زفر والشافعي واهم لا يصح تصرف احد الوكيلين وهذه في الخصومة قيد الوديعة بالرد لان الوكيلين بقبض الوديعة لو قبض اهدهما بغير اذن صاحبه يضمن لان الموكل شرط اجتماعهما على القبض ولم يوجد فصار قابضا بغير اذن المالك فان قيل ينبغي ان يضمن النصف لانه مأمور بقبض النصف اوجب بانه مأمور بقبض النصف مع صاحبه لا بدونه وقيد الطلاق والعتق بانهما لم يعوضا

لانهما اذا كانا بعوض كالبيع (ولا يصح بيع عبد او مكاتب او ذمي مال صغيره المسلم) ولا
 (شراؤه) بهاله لان المكاتب عبد مابق عليه درهم والعبد لا ولاية له قال الله تعالى (ضرب
 الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شىء) والكافر لا ولاية له على المسلم قال الله تعالى (وان
 يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) قيد بالذمي لا للاحتراز عن الحربى لانه فى هذا
 الحكم مثل بل عن المرتد لان ولايته على اولاده وامواله موقوفة فان اسلم جعل كانه لم
يزل مسلما فينفذ تصرفه وان مات او قتل على رده تبطل لتقرر جهة انقطاع الولاية (والامر
 بشراء الطعام) يقع على الخنطة 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 ما بين الكثيرة والقليلة (وفى متخذ الوليمة) يقع (على الخبز)
 وان كثرت الدراهم والفارق فى ذلك العرف وقرابن الاحوال وقال بعض مشايخ ما وراء
 النهر الطعام فى عرفنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ او المشوى دون
 الخنطة ودقيقها قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى (وصح الامر بشراء حمار) وفرس وبغل
 وشاة وثوب هرورى ونحوها لان الجنس صار معلوما بالتسمية وانما الجهالة فى الوصف
 وهى يسيرة وقد ثبت انه عليه السلام وكل بشراء شاة للاضحية (و) الامر بشراء (داران
 ذكر ثمنها ومحلها) لان الدار تختلف اختلافا فاحشا بحسب الاغراض والمرافق والجيران
 والاحمال والبلدان فيتعذر الامتثال فان سمي الثمن والحملة 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 لا يصح لانه يشمل انواعا ففحشت الجهالة فان
 سمي الثمن او عين النوع كتركى وحبشى صح التوكيل (لان 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 والانثى وهما من بنى آدم جنسان مختلفان
 وتسمية الثمن لاتزيل هذه الجهالة اذ يوجد بها سمي واحد من كل جنس ولا يعرف مراد
 الأمر والامر بما لا يقدر الأمور على الامتثال به باطل الا ان يفوض الموكل الامر الى رأى
 الوكيل بان يقول له اشترى بالف ثيابا اودوابا او اشياء او ما شئت او ما رأيت اودنى
 شىء حضرك او ما يوجد او ما ينفى لان فى التعميم دلالة على التفويض الى رأيه (وصدق
 الوكيل) بشراء عبد بغير عينه (فى شريت عبدا للأمر فهات وقال الأمر) شريته
 (لنفسك ان) كان (دفع الأمر 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 فتتكبيره في المتن وقع اتفاقا (والا) اى وان لم يدفع الأمر الثمن الى الوكيل (فالامر) هو المصدق لان الوكيل يدعى الثمن على الموكل وهو منكر فيكون القول قوله والتقيد بالموت احتراز عما اذا كان العبد حيا فانه ان كان غير معين وكان الثمن منقودا فالقول للموكل اتفاقا لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عندهما لانه يملك استيفاء الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة القول للموكل وان كان العبد معيننا فالقول للموكل اجماعا سواء كان الثمن منقودا اولاً وفي الذخيرة ان قول الامين معتبر مع اليمين (وللموكل حبس المبيع) الذى امر بشرائه (من أمره لقبض ثمنه) ان دفع الوكيل الثمن الى بايعه (وان لم يدفع) وعند زفر ليس له حق الحبس اصلا لان يده كيد الموكل حكما (فان هلك) في يد الوكيل (بعد الحبس سقط الثمن) عند ابي حنيفة ومحمد قلت قيمته او كثرت وهو ضمان المبيع اذا هلك في يد البايع وعند زفر يضمن ضمان القصب لانه صار غاصبا بحبس ما ليس له حبسه فيضمن جميع قيمته ان كان قيما وعند ابي 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 كالبايع مع المشتري وهلاك المبيع في يد البايع يسقط الثمن فكذا هذا قيد الهلاك بعد الحبس لانه قبل الحبس تقرر الثمن على الموكل (وليس للموكل بشراء عين) اى معين (شراءه) له لنفسه حتى لو شري لنفسه (فان شري) الوكيل (بخلاف جنس ثمن سمى) او باكثر مما سمى (وقع) الشراء (ل) اى للموكل لانه خالف امر الأمر فنقد عليه الا ان ينوى وقت الشراء للأمر او يضيفه الى مال الأمر ولو وكل بشراء عشرة ابطال لحم بدرهم فاشترى به عشرين رطلا مما يباع منه عشرة بدرهم فللموكل النصف بحصته عند ابي حنيفة والزما لكل بالدرهم كمالك والشافعى لما روينا ان النبى صلى الله عليه وسلم اعطى عروة البارقى دينارا ليشتري به اضية او شاة فاشترى شاتين فباع احديهما فاتاه بشاة ودينار فدعاه بالبركة في بيعه

فصل

(للموكل بالخصومة) والتقاضى (القبض) سواء كانت الخصومة في عين او دين وهو وجه في مذهب الشافعى لان التوكيل بالشىء توكيل باتمامه واتهام الخصومة والتقاضى بالقبض (ويقتضى الآن بخلافه) وهو ان الوكيل بالخصومة ليس له القبض اتمى بذلك الصدر الشهيد وكثير من مشايخ بلخ وهو قول زفر ومالك والشافعى واحمد لان

من يؤمن على الخصومة قد لا يؤمن على المال لظهور الحيانة في هذا الزمان (وللوكيل
 بقبض الدين الخصومة) عند أبي حنيفة والشافعي في قول واحمد في رواية وقال ابو يوسف
 ومحمد لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة والاصح من مذهب الشافعي وظاهر
 الرواية عن احمد (لا بقبض العين) فان الوكيل بقبضها ليس له الخصومة اتفاقا (وتقصر
 يد الوكيل) اي الندي وكل (بقبض العبد) ممن هو في يده فالباء متعلقة بالوكيل
 (ونقل المرأة) اي وتقصر يد الوكيل بنقل المرأة (ان اقام) الندي في يده العبد
 (الحجة على البيع و) اقامت المرأة الحجة على (الطلاق) بان اقام الندي في يده العبد بينة
 على ان الموكل باع العبد منه واقامت المرأة بينة على ان الموكل طلقها (بلا ثبوتها)
 اي ولا يثبت البيع والطلاق (وصح اقرار الوكيل) اي الندي وكل (بالخصومة) على موكله
 سواء كان وكيل للمدعى او للمدعى عليه (عند القاضي) متعلق باقرار (لا عند غيره) اي
 لا يصح اقرار الوكيل بالخصومة عند غير القاضي وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
 يصح اقراره عند غير القاضي ايضا وقال زفر والشافعي واحمد وابن ابي ليلى لا يصح في
 الوجهين وهو القياس لانه اتى بضد ما امر به (وللموكل عزل وكيله) عن الوكالة متى شاء
 لان الوكالة حقه وله ان يسقطه ولو قال الموكل لو كيله كلما عزلت فانت وكيل لا يملك عزله
 لانه كلما عزله تجددت الوكالة له وقيل ينعزل بقوله كلما وكلت فانت معزول وقيل يملك
 عزله بان يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك الى المعلق والمنجز والصحيح ان
 يقول اذا اراد عزله وان لا ينفذ الوكالة بعد العزل رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجز
 لان ما لا يكون لازما يصح الرجوع عنه والوكالة منه فكل من الرجوع عن المعلقة والعزل
 عن المنجز صحيح (ووقف) عزل الموكل وكيله (على علمه) فمادام لم يبلغه هو على وكالته وتصرفه
 جائز ويشترط في مبلغه عند أبي 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 وقال الشافعي في الاصح ومالك في رواية لا يتوقف عزل الوكيل على علمه لان الموكل
 بعزل الوكيل مسقط لحق نفسه فصار كالطلاق والعتاق فانه يجوز بدون علم المرأة والعبد
 ولنا ان في عزله بدون علمه اضرار به لانه ربما يتصرف بناء على انه وكيل وينقل الثمن
 من مال الموكل او يسلم المبيع فيضمنه ولو عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل لا ينعزل
 وعند الشافعي واحمد ومالك في رواية ينعزل وعن مالك ان كان في عزله ضرر على موكله
 لا ينعزل بدون علمه (وتبطل الوكالة) التي ليست بلازمة (بموت احدهما وجنونه مطبقا)
 بكسر الباء اي مستوعبا من اطبق الغيم السماء اذا استوعبها (ولحاقه) اي وبالحاق احدهما

(بدار الحرب مرتدا) قيد الجنون بالاطباق ليكون كالموت لان قليله كالانغماء وحد الجنون المطبق شهر عند ابي 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 لا يمنع وجوب الزكوة فلا يكون في معنى الموت والمراد بالحقه مرتدا اذا حكم الحاكم به لان لحاقه لا يثبت الا بحكم الحاكم وحينئذ تبطل الوكالة باتفاقهم واما قبل الحكم فموقوفة عند ابي حنيفة لان تصرفات المرتد عند 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 رده او يحكم بالحقه وقيدنا الوكالة بالتي ليست بلازمة لان اللازمة المشروطة في عقد الرهن لا تبطل بهذه الامور (وكذا) تبطل وكالة الوكيل (بعجز موكله) حال كونه (مكاتب) بان وكل مكاتب وكيلا ثم عجز (وحجره) اى وكذا تبطل وكالة الوكيل بالحجر على موكله حال كونه (مأذونا) بان وكل ماذون وكيلا ثم حجر على ذلك المأذون وليه وهذا في الوكيل بالعقود او الخصومات واما الوكيل بقضاء الدين او اقتضائه فلا ينعزل 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 بما ذكر من العجز والحجر والافتراق (وكيلهم) لان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بعجز الموكل والحجر عليه والافتراق فكان عزلا حكما بهذه الاشياء فلا يتوقف على العلم بها (وتصرف الموكل) بالحجر 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 واعدة وانقضت عدتها بطلت الوكالة لعجز الوكيل عن الامتثال ولو تزوجها الموكل بعد ذلك ليس للموكل ان يطلقها وان كان للموكل ذلك لان تطلقها 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 سببه شرعا (ضربان) اى نوعان (شركة ملك وهى ان يملك اثنان) او اكثر (عينا) بارث او بشرى او باستيلاء او بهبة او بصدقة او بوصية او باختلاط مالها بلا صنع من احدهما او بصنع منه خلطا يمتنع معه التمييز كالبر مع البر او بعسر كالبر مع الشعير (وكل) من

الشريكين في هذه الشركة (كاجنبى في مال صاحبه) فلا يجوز له ان يتصرف فيه الا باذنه ويجوز له ان يبيع نصيب نفسه من شريكه ومن غيره بغير اذن شريكه الا في صورة الخلط او الاختلاط فانه لا يجوز الا باذن شريكه (وشركة عقد وركنها الايجاب والقبول) بان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت (وشروطها) اى شركة العقد (ان لا يعين لاحدهما دراهم من الربح) لان هذا التعيين قد يقطع الشركة بان لا يبقى بعد تلك الدراهم ربح يشتركان فيه قال ابن المنذر ولا خلاف فيه لاحد ومشروعية الشركة بالكتاب وهو قوله تعالى (فهم شركاء في الثلث) وقوله سبحانه وتعالى (وان كثيرا من الخلفاء ليبغى بعضهم على بعض) والخلطاء الشركاء وبالسنة وهى ما روى ابو داود في سننه والحاكم في مستدركه وصححه عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الله تعالى انا ثالث الشريكين ما لم 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 يصاح لرأس مال الشركة كالدراهم والدنانير بخلاف العروض والعقار والديون حيث لا يشترط فيها التساوى ولا يعتبر التفاضل فيه (وحرية) اى من جهة الحرية فلا ينعقد المفاوضة بين حر وعبد ولا بين عبيد لان العبد لا يملك التصرف ولو قال تصرفا كما في بعض النسخ بدل حرية اوزاد حكما اى عقلا كما في الوقاية لكان احسن لان المفاوضة لا ينعقد بين صغير وبالغ ولا بين صغيرين وانما شرط الحرية والبلوغ لان الصبى والعبد لا يملكان التكفل لكونه تبرعا ابتداء وهو شرط في هذه الشركة (ودينا) اى من جهة الدين وهو الملة فلا ينعقد المفاوضة بين مسلم وكافر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وينعقد بين الكتابي 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 نكير والقياس يترك بالتعامل كالاستصناع ودخول الحمام لان التعامل بلا نكير كالاجماع (وتتضمن) المفاوضة (الوكالة والكفالة) لتحقق الشركة في كل ما شره احدهما ويثبت المساواة بينهما في المطالبة بثمنه (ومشترى كل) من شريكى المفاوضة (لهما) لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف فكان شراؤه كشرائه (الاطعام اهل) اى اهل كل (وكسوتهم) اى كسوة اهل كل فانها

تكون له خاصة وكذا استيجار كل ما يسكنه او ما يركبه لحج او غيره وشراؤه اذاما لياً كله او امة ليطأها لان كل واحد منهما عالم حين العقد بحاجة نفسه الى ذلك ولا يقصد انه شريكه فكان مستثنى دلالة والاستثناء الثابت بالدلالة كاستثناء الثابت بالمقالة وحكم طعام كل وكسوتهم حكم طعام اهل وكسوتهم (وكل دين لزم احدهما بما يصح فيه الشركة كالشراء ونحوه) من البيع والاستيجار (ضمنه الآخر) لانه كقيل، واما ما لا يصح فيه الشركة كالجنابة والنكاح ونفقة الزوجات والافارب والصاح عن دم عمد ونحوها فلا يضمنه الآخر لان كل واحد منهما لم يلتزم الا الدين التجارة وهذه الاشياء ليست من التجارة (وان ورث احدهما او وهب له) او تصدق عليه (ما يصح فيه الشركة) كالدرهم والدنانير والفلوس النافقة (وقبض) ذلك (صار) عقد المفاوضة (عناناً) لان المساواة فيما يصح لرأس مال الشركة ابتداءً وبقاء شرط في المفاوضة وقد فاتت بقاء لعدم مشاركة الآخر له في الارث والهبة لانه انما يشاركه فيما يحصل بسبب التجارة او ما يشبهها وليست المساواة شرطاً في العنان فانقلب عقد المفاوضة اليها (وفي العروض والعقار) أى وفي ارث احدهما للعروض والعقار او هبتها له (بقى) العقد (مفاوضة) ولم ينقلب عناناً لان عدم المساواة فيها لا يمنع المفاوضة ابتداءً فكذا بقاء (و) الوجه الثاني من شركة العقد (عنان) بكسر اوله (وهو شركة في كل تجارة او) في (نوع) من انواع التجارة مأخوذ من عن له كذا اى عرض لانه عرض لها شىء فاشتركا فيه كما ذكره ابن السكيت او من عنان الفرس اذ كل منهما جعل عنان التصرف في بعض ماله الى صاحبه كما قاله الكسائى والاصمعى او لانه يجوز ان يتفاوتا في المال والربح كما يتفاوت العنان في يد الراكب حالة الميل والارخاء كما في المغرب والمبسوط (وتصح) شركة العنان (ببعض ماله) اى مال احد الشريكين (ومع فضل مال احدهما) لان الحاجة قد تمس الى ذلك مع عدم اقتضاء لفظها المساواة في 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 (درهم والآخر دنانير) وقال زفر والشافعى لا تصح (و) تصح (بلا خلط) وبه قال مالك واحمد الا ان مالكا شرط ان يكون ايديهما عليه بان يجعلها في حانوت لهما او في 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 بثمان مشريه) اسم مفعول من الشراء كالرمى من الرمي (لا غير) اى لا غير مشريه فلا يطالب بمشري الآخر لان هذه الشركة لا تتضمن الكفالة (ثم يرجع على

شريكه بخصته) 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 بالتقدين) من الذهب والفضة والمضروبين (والفلوس النافقة) اى الرابحة لانها
 حينئذ ائمان كالتقدين (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 انها بمنزلة العروض فلا يصحان لرأس مال الشركة ومال المضاربة وقيل تجوز
 بهما الشركة مطلقا لانهما خلقا ثمينين فتصح الشركة بهما تنزيلا للتعامل بهما بمنزلة الضرب
 المخصوص (و) تصح المفاوضة والعنان (بالعروض بعد ان باع كل) من الشريكين
 (نصف عرضه بنصف عرض الآخر) ان تساويا قيمة وان اختلفا بان تكون قيمة احدهما
 الفا وقيمة الآخر الفين يبيع صاحب الاقل ثلثى عرضه بثلث عرض الآخر فيكون كل من
 العرضين مشتركا بينهما اثلاثا والقصد ان يصير العرض مشتركا بينهما اولاشركة ملك حتى
 لا يجوز لكل واحد منهما حينئذ ان يتصرف فى ملك الآخر ثم يعقدان عقد الشركة مفاوضة
 او عنانا فيصير العرض رأس مال شركة المفاوضة والعنان ويجوز لكل واحد منهما حينئذ
 ان يتصرف فى نصيب الآخر وهذه حيلة لمن اراد الشركة مفاوضة او عنانا وهذا هو المختار
 تبعاً للقدورى وشيخ الاسلام وصاحب الذخيرة والمزنى من اصحاب الشافعى وقال شمس
 الائمة وصاحب الهداية انه لا يجوز عقد شركة لما تقدم ان العروض لاتصاح 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 ما قررنا وقيل لتصح المفاوضة فان شرطها التساوى
 والظاهر 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 الذى عقدا به الشركة ويؤيده قوله (اومال احد
 هما 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 (وهلاك مال احدهما) (بعد الخلط عليهما)
 لانه لا يتميز 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 بغير شىء اولى (و) ان (يودع)
 اى يدفع مال الشركة ودیعة 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 وللمشريك 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 يدكل من الشريكين (امانة) لانه قبضه باذن صاحبه لاعلى وجه المبادلة
والوثيقة فكان كالوديعه حتى لا يضمنه الا بالتعدى وبيع المال الوضيعة وان شرط الفضل
فى الربح لقول على كرم الله وجهه الربح على ما شرطاً والوضيعة على قدر المالىين (و) الوجه
الثالث من اوجه الشركة (شركة الصنایع و) تسمى شركة (التقبل) وشركة الاعمال
(وهى ان يشترك صانعان) متفقا الصنعة (كخياطين او) مختلفا هانحو (خياط وصباغ
ويتقبلا العمل باجر بينهما صحت) هذه الشركة ان شرطاً المساواة فى العمل وفى المال المستفاد
منه وهو الاجرة (وان شرطاً العمل نصفين والمال) المستفاد منه (اثلثا) لجواز ان يكون قيمة عمل احدهما
اكثر وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز وهو قول زفرلان الضمان بقدر العمل فالزيادة
عليه ربح مالم يضمن وقال الشافعى لاتصح شركة الصنایع 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 (الاجر) الذى لم يتقبل (ويصح الدفع) اى دفع الاجرة (اليه) اى الى الآخر
(والكسب بينهما) على ما شرطاً (وان عمل احدهما) اما الذى عمل فظاهر واما الذى
لم يعمل فلانه لما لزمه العمل بالتقبل وكان ضامنا له استحق الاجر بالضمان ولزم العمل
(و) الوجه الرابع من اوجه شركة العقد (شركة الوجوه) وهى ان يشتركا بلا مال ليشتريا
بوجوهها ويبيعا) وما ربحاه يكون بينهما وسميت بها لانها يشتري بها من له وجه عند الناس
وهى جائزة عندنا باعتبار ما فيها من الوكالة فان توكيل كل واحد منهما صاحبه بالشراء
على ان يكون المشتري بينهما نصفين او اثلثا صحيح فكذا الشرط الذى يتضمن هذه
الوكالة (فتصح) شركة الوجوه (مفاوضة) اذا نسا على المفاوضة واجتمعت فيها شرائطها
(ومطلقها عنان) لان العنان معتادين الناس والمطلق ينصرف الى المعتاد والمتعارف
(وكل) منهما (وكيل للآخر) فيما يشتريه قيل لاجاهة الى هذا لان هذه الشركة اما مفاوضة

واما عنان وقتبين ان كلا منهما في ذلك وكيل الآخر واذا كانت مفاوضة كان كل منهما
 كفيلا للآخر ايضا (فان شرطا مناصفة المشتري) بينهما (او مثلثة فالربح كذلك) اى يكون
 بينهما مناصفة في صورة مناصفة المشتري ومثلثة في صورة مثلثة المشتري (وشرط الفضل)
 في الربح (باطل) اى اذا شرط ان تكون حصة ربح احدهما زائدة على قدر ملكه فهذا
 الشرط باطل فان الربح يكون على قدر الملك في المشتري فكان الزائد عليه ربح مالم يضمن
 وهو غير جائز وانما جاز في العنان ذلك باعتبار جواز زياده العمل من احدهما وهذا الاعتبار
 انما يجوز اذا كان مال معلوم كما في المضاربة والعنان وهنا ليس كذلك (ولا تصح الشركة
 في اخذ المباعات) كالاختطاب والاحتشاش والاصطياد والاستقاء واجتناء الثمار من الجبال
 والبرادى واخذ جواهر المعادن واخذ الجص والمالح من المواضع المباحة والتقاط السنبله ونحوها
 لان الشركة تتضمن الوكالة والوكيل يملكه بالاخذ بدون امره فلا يصح نأباعه وقال مالك
 واحمد تصح لانها شركة الابدان ولما روى ابو داود عن ابن مسعود انه قال اشتركت انا وابوسعد
 وعمار يوم بدر فلم اجى انا وعمار بشى وجاء سعد باسيرين فاشرك بيننا النبي صلى الله عليه وسلم
 والجواب ان الغنائم مشتركة بين الغانمين فلا يصح اختصاص احد بسبب الشركة فيها وتشريك
 النبي صلى الله عليه وسلم بين ابن مسعود وصاحبيه في الاسيرين يحتمل ان يكون بازاء نصيبهم
 من الغنيمة لالعقد الشركة التى وقعت بينهم وقيل غنائم بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم
 خاصة فله ان يدفعها الى من شاء فيحتمل ان يكون دفع الاسيرين لهم لذلك (فخصت)
 المباعات اذا لم تصح الشركة فيها (بهن اخذها) لوجود سبب الاستحقاق منه (ونصفت ان
 اخذها) لاستوائهما في سبب الاستحقاق (وللمعين) خبر مقدم ان اشتركا في الاحتطاب منه
 على ان يقطع احدهما ويجمع الآخر (وصاحب العدة) ان اشتركا في الاستقاء على ان العمل من
 احدهما والدابة والراوية من الآخر (اجر المثل) المبتدأ (ولا يزداد على نصف القيمة عند ابى يوسف)
 لانه رضى به لرضاه بنصف المسمى كما لا يزداد على المسمى في الاجارة الفاسدة (خلافا ل محمد) فانه
 قال لا بد من اجر المثل لان المسمى مجهول والرضى بالمجهول لغو فيسقط وقد استوفى منافعه بعقد
 فاسد فيكون له اجر مثله بالغا ما بلغ (والربح في) الشركة (الفاسدة على قدر المال) وان شرط
 الفضل لان الربح تبع للمال فيقدر بقدره (وتبطل الشركة بالموت والجنون والحقاق بدر الحرب
 مرتدا) لان الشركة تقتضى الوكالة وهى تبطل بكل من هذه الامور واذا بطلت الوكالة بطلت
 الشركة اذ لا بد لها منها وسواء علم الشريك بموت صاحبه اولا (ولم يترك احدهما مال الاخر
 بلا اذنه) لان كل واحد منهما ليس بنائب عن صاحبه في الزكوة بل في التجارة واداء الزكوة
 ليس منها (فان اذن كل) لصاحبه بان يؤدى الزكوة عنه (فاديا ولاء) اى على التوالى (ضمن

الثاني للاول) عند ابي حنيفة علم بآداء الاول اولا وعندهما ان علم بآداء صاحبه ضمن والا لا كذا اشار في كتاب الزكوة وفي الزيادات عندهما لا يضمن علم بآداء شريكه ام لا وهو الصحيح عندهما (وان اديا معا ضمن كل قسط غيره) علم اولم يعلم عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن ان لم يعلم والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب المضاربة

(هي) لغة مفاعلة من الضرب في الارض يعني السير قال الله تعالى (وآخرون يضر بون في الارض يبتغون من فضل الله) اي يسافرون للتجارة ونحوها سمي به لان العامل فيها يسير في الارض غالبا لطلب الربح ولان المضارب يستحق لسعيه وعمله فهو شريك في الربح ورأس ماله الضرب في 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 وشرا (عقد شركة في الربح بمال من رجل وعمل من آخر) وهي مشروعة باطلاق الآية لان سفر الانسان للتجارة قد يكون بمال نفسه وقد يكون بمال غيره ولان من الناس من هو صاحب مال ولا يهتدي الى التصرف ومنهم من هو بالعكس فشرعت المضاربة لانتظام مصالح الناس وقد بعث النبي صلى الله تعالى عليه وسلم والناس يتعاملون بها فاقرهم عليها وبالسنة وهي ماروي ابن ماجة مرفوعا ثلاث فيهن البركة البيع الى اجل والمقارضة وخطط البر بالشعير للبيت للبيع وعمل الصحابة وهو ما روى مالك في الموطاء ان عبدالله وعبيدالله ابني عمر بن الخطاب خرجا الى العراق فاعطاهما ابو موسى الاشعري من مال الله على ان يتاعا به متاعا ويبيعا بالمدينة ويؤد يا رأس المال لأمير المؤمنين والربح لهما فلما قدما المدينة رجعا فقال عمر اكل الجيش اسلفه كما اسلفكما فقالا لا فقال ابنا امير المؤمنين فاسلفكما اديا المال ورجعه فراجعه عبيدالله وقال ما ينبغي هذا يا امير المؤمنين لو هلك المال او نقص لضمناه فقال لعمر بعض جلسائه لوجعلته قراضا فاخذ عمر المال ونصف رجه واعطاهما النصف وفي المبسوط والمعرفة للبيهقي ان عمر اعطى مال يتيم مضاربة وكان يعمل به في العراق وان عثمان اعطى مالا مقارضة وان ابن مسعود اعطى زيد بن خليدة مالا مقارضة وان العباس كان اذا دفع مالا مضاربة اشترط على صاحبه ان لا يسلك به حجرا ولا ينزل به واديا ولا يشتري به ذات كبد رطبة فان فعل فهو ضامن فرفع الشرط الى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم فاجازه اكن ضعفه البيهقي بسنده وفيه وفي الدار فطنى 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 او مقارضة او معاملة لانه صريحها او خذه واعمل به على ان لك نصف الربح لانه بمعناه (وهي ايداع اولاً) اى قبل عمله لان المضارب قبل المال باذن مالك لا على جهة المبادلة والوثيقة وفي شرح الطحاوى والحيلة في ان يصير المال مضموناً على المضارب ان يقرض جميع المال من المضارب الا درهمها واحداً ويسلمه اليه ثم يعقد شركة عنان على ان يكون رأس مال المقرض درهما ورأس مال المستقرض جميع ما استقرضه على ان يعمل جميعاً والربح بينهما ثم يعمل فيه بعد ذلك المستقرض خاصة فان هلك في يده فالقرض عليه وان ربح فالربح بينهما (و) هي (توكيل عند عمله) لانه يعمل لرب المال بامرهِ ولهذا يرجع بما لحقه من العهدة عليه كالوكيل (و) هي (شركة) في الربح (ان ربح) لتحصله بالمال والعمل (و) هي (غصب ان خالف) المضارب لوجود التعدي منه على مال غيره وبه قال مالك والشافعى واحمد واكثر اهل العلم وعن على والحسن والزهرى انه لا ضمان على من شورك في الربح (و) هي (بضاعة ان شرط كل الربح للمالك) لان المضارب لما لم يطلب لعمله بدلاً وعمله لا يتقوم الا بالتسمية كان وكيلاً متبرعاً وهذا معنى البضاعة فكانه نص عليها (و) هي (قرض ان شرط) كله (للمضارب) لان المضارب لا يستحق الربح كله الا اذا صار رأس المال ملكاً له لان الربح فرع المال فكان تملك المال مقتضى هنا لكن لفظ المضاربة يقتضى رده فكان قرضاً لا شتماله على معينين ولان القرض ادنى من الهبة فكان بالاعتبار اولى لكونه اقل ضرراً اوقال مالك هي في الصورتين مضاربة صحيحة لانه اذا شرط لاحدهما كل الربح فكان الآخر 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 في شركة العنان واجيب بانه لما ثبت حكم الابضاع او القرض انصرف العقد اليه وصار كانه قال خذه بضاعة او قرضاً (و) هي (اجارة فاسدة ان فسدت) لان الواجب له حينئذ في مقابلة عمله اجر المثل كلاجارة الفاسدة (فلا ربح له) اى للمضارب (بل) له (اجر) مثل (عمله) سواء (ربح اولاً) وبه قال الشافعى واحمد في 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 في رواية وبعض اصحاب احمد اعتباراً بالمضاربة الصحيحة فانه اذا لم يربح فيها لا يستحق شيئاً والفاسد من العقود يأخذ حكم صحيح منها (ولا يزداد) في اجر العمل

للمضارب (على ما شرط) من الربح عند أبي يوسف لأنه رضى به (خلافاً لمحمد) فإنه
 قال له أجر المثل ولو زاد على ما شرط (ولا يضمن المال فيها) أى فى المضاربة الفاسدة
 بالهلاك (كما) لا يضمن (فى) المضاربة (الصحيحة) قال الطحاوى هذا قول أبي حنيفة
 خلافاً لهما وقال أبو جعفر الهندوانى لا يضمن المال فى المضاربة الفاسدة عند الكل
 قال الأسيجاني وهو الأصح لأن المال فى يد المضارب أمانة سواء صححت المضاربة
 أو فسدت لأن رب المال لما قصد أن يكون المال عنده مضاربة قصد أن يكون أميناً
 وله ولاية ذلك (ولا تصح) المضاربة (الأبمال يصح به الشركة) لأنها عقد شركة
 فى الربح فلا يصح إلا بها يصح به الشركة وقد مر ما يصح به الشركة فى كتابها (ولا) تصح
 المضاربة إلا (بتسليمه) أى المال (إلى المضارب) لأن يده على المال يد أمانة فلا
 تتم المضاربة إلا بتسليمه كالوديعة (وشيوخ الربح) أى ولا تصح المضاربة إلا بشيوعه
 (بينهما) أى بين رب المال والمضارب لأن عدم شيوعه بينهما بان سميًا منه
 لأحدهما دراهم أو دنانير يؤدى إلى قطع الشركة فيه على تقدير أن لا يزداد على المسمى (وللمضارب
 فى مطلقها) وهو غير مقيد بزمان أو مكان أو غيرهما (أن يبيع بنقد ونسيئة) لأنها من صنع التجار
 وقال مالك والشافعى وأحمد فى رواية لا يبيع بالنسيئة إلا باذن رب المال (الأبجل) هذا
 مستثنى من النسيئة (لم يعهد) أى عند التجار لأنهم العمدة فى هذا الباب (وان يشتري و) (ان
 يوكل بهما) أى بالبيع والشراء وان (يسافر) وان (يبضع ولو) كان المبضع (رب المال)
 المراد بالأبضاع هنا مجرد الاستعانة لأمه هو المتعارف من أن يكون المال للمبضع والعمل من
 الآخر ولما صح استعانة المضارب بالأجنبي فلان يصح استعانته برب المال وهو أشفق عليه كان
 أولى (ولا تفسده) أى المضاربة (به) أى بأبضاع المضارب رب المال وقال زفر تفسد (و) (ان
 يودع و) (ان يرتهن و) (يرهن و) (ان يستأجر و) (ان) (يحتال) أى قبل الحوالة (بالثمن على الأيسر
 والأعسر) لأن هذا كله من صنع التجار فى تجارتهم والعقد مطلق ولا يحصل المقصود منه وهو الربح
 إلا بالتجارة فيتناول ما هو من صنع التجار فى تجارتهم وعن أبي يوسف أنه لا يسافر به إلا باذن
 وبه قال الشافعى وأحمد فى رواية لأن فيه تعريض المال للهلاك بلا ضرورة (ولا يقرض)
 إلا باذن لأن الأقرض تبرع وليس من ضروريات التجارة فلا يملكه المضارب وان قيل له
 اعمل برأيك كما لا يملك الهبة والصدقة (ولا يستدين) لما فى الاستدانة من شغل ذمة المالك
 (الأبذن المالك) لأن المنع حق المالك وله تركه (ولا يضارب) إلا باذن المالك أو باعمل
 برأيك (ولا يخلطه) أى مال المضاربة (بماله الأبه) أى باذن المالك وفى نسخة باذنه أى صريحاً
 (أو باعمل برأيك) لأن شيئاً من المضاربة والخلط لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل فى مطلق

المضاربة ولكنّه جهة تمييز فيدخل في العقد عند وجود الدلالة على دخوله وهو اذن رب المال او قوله اعمل برأيك (فلوقيل) للمضارب (هذا) اي اعمل برأيك فاشترى المضارب ثيابا (وقصر او حمل بماله تبرع) لان هذا استدانته على رب المال وهو لا يملكها بهذا المقال (بخلاف ما اذا صبغ) بماله (اهم) فانه يصير شريكا بما زاد الصبغ لانه مال قائم فاذا بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ وكانت حصة الثوب الابيض على المضاربة (ولا يجاوز) المضارب (بلدا وسلعة ووقتا وشخصا عينه المالك) وخص التصرف به وبه قال احمد وقال مالك والشافعي اذا شرط المالك ان لا يشتري الا من رجل بعينه او سلعة بعينها او ما لا يعم وجوده لا تصح المضاربة وانما قيد بلدا لانه لو عين سوقا لا يقيد به الا اذا صرح بالنهاي بان قال لا تعمل في غير هذا السوق لانه صرح بالحجر (فان جاوز) المضارب شيئا من ذلك (ضمن) لانه صار غاصبا بالمخالفة (وله ربحه) لانه ملكه بالضمن (ولا يزوج) المضارب (عبدا او امة) من مال المضاربة لانه ليس من عمل التجارة وعن ابي يوسف انه يزوج الامة اذ يستفيد به المهر (ولا يشتري) المضارب (من يعتق على رب المال) لقربة او يمين (ولو شري) من يعتق على رب المال (فللمضارب) اي فالمشتري للمضارب (ولا) يشتري (من يعتق عليه) اي على المضارب (ان كان ربح) في المال وان كان ربح المضارب (ولو فعل) شراء من يعتق عليه (ضمن) لانه يصير مشتريا لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة (وان لم يكن) في المال (ربح) بان لم يكن في قيمة العبد المشتري زيادة على رأس المال (صح) شراء المضارب من يعتق عليه للمضاربة لانه لا ملك له فيه (ونفقة مضارب) مبتداء مضاف (عمل في مصره) صفة (في ماله) خبر المبتداء (وفي سفره) عطف على في مصره اي ونفقة مضارب عمل في سفر (طعامه وشرابه) دون دوائه في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة ان ثمن الدواء في مال المضاربة ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودوائها في مالها (وكسوته واجرة خادمه وغسل ثيابه وركوبه) بفتح الراء مركوبه ومعطوف على طعامه وطعامه وما عطف عليه بيان لنفقة المضارب في سفره (كراء وشراء) تمييز ان لنسبة الركوب اليه (وعلفه) اي علف ركوبه (في مالها) اي مال المضاربة هذا خبر ونفقة مضارب في سفره (بالمعروف) الشايح فيما بين التجار (وضمن الفضل) اي الزيادة على المعروف وقال الشافعي واهم نفقته في السفر في مال نفسه (ومادون) مسافة (سفر) ان كان بحيث يخذو اليه ولا يبيت باهله كالسفر) فيكون نفقته ان عمل فيه في مال المضاربة لان خروجه

لاجلها فصار محبوسا لها وان كان بحيث يقدو اليه ويبيت باهله كالمصر فيكون نفقته في مال نفسه لان اهل مصر يتجرون في السوق ويبيتون في منازلهم (فان ربح) المضارب (اخذ المالك) من الربح (ما انفق) المضارب من رأس المال حتى يتمه (ثم قسم الباقي) لان رأس المال اصل والربح مبنى عليه ولا يسلم الفرع حتى يسلم الاصل ولان ما ذهب للنفقة هالك والهالك في المضاربة يصرف الى الربح (وان دفع المضارب) المال الى غيره (مضاربة بلا اذن) من رب المال لم يضمن عند الدفع بل (ضمن عند عمل الثاني) ربح اولم يربح وهذا قول ابي يوسف ومحمد وهو ظاهر الرواية (وقيل) لا يضمن عند عمل الثاني بل يضمن (عند ربحه) وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال زفر يضمن عند الدفع عمل اولم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف وقول مالك والشافعي واحمد (وصح) عقد المضاربة (ان شرط لعبد المالك شىء) من الربح (ليعمل مع المضارب) بان شرط ان يكون ثلث الربح للمالك وثلثه لعبد وثلثه للمضارب ثم اذا صحت المضاربة يكون للمولى مباشر للعبد ان لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للمغرم وانما قال عبد المالك مع ان الحكم في 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 لي عمل لانه اذا لم يشترط عمل العبد فالشرط للعبد يكون للمولى مطلقا لان العبد لم يشترط العمل له وليس له رأس المال فيكون للمولى ذكره في الذخيرة (وتبطل) المضاربة (بموت احدهما) لانه توكيل وهو يبطل بموت الوكيل او الموكل (ولحاق المالك) بدار الحرب (مرتدا) لانه موت حكما ولذا يقسم ماله بين ورثته ويعتق مدبره وام ولده قيد باللاحق لان مجرد الارتداد لا يبطل تصرف المضارب عند ابي حنيفة بل يوقفه على النفاذ بالاسلام او البطلان بالموت او القتل وقيد باللاحق بالمالك لان لحاق المضارب مرتدا لا يبطل المضاربة عندهم لان تصرفات المرتد انما يتوقف عند ابي حنيفة للتوقف في املاكه ولا ملك للمضارب في مال المضاربة فبقيت المضاربة على حالها (ولا يعزل) المضارب (اذا عزل) رب المال (حتى يعلم) المضارب (بعزله) لانه وكيل من عزله قبله وعزل الوكيل فصد يتوقف على علمه لانه نهى والاحكام المتعلقة بالامر والنهى لا يؤثر فيها الامر والنهى الا بعد العلم ودليله اوامر الشرع ونواهيها وهذا اذا كان العزل قصديا فلو كان العزل حكما كالموت فلا يشترط علم المضارب كما في الوكالة (فلو علم) بعزله بعدما صار مال المضاربة عرضا (فله بيع عرضها) لان حقه ثبت في الربح على ان ينض رأس المال اى يتحول عينها بعد ان كان متاعا كذا في القاموس (ثم لا يتصرف في ثمنه) بان يشتري

به شيئاً آخر (ولا في نقد نض) بفتح النون وتشديد المعجمة اى حصل (من جنس رأس مال)
 لان التصرف في العرض ببيعه بعد العزل انما كان لضرورة ظهور الربح ولا ضرورة ههنا
 (ويبدل) المضارب بعد العزل (خلافة) خلاف جنس رأس المال (به) اى بجنس رأس المال
 وبه قال الشافعي واهم (ولو افرقا) من المضاربة (وفي المال دين لزمه) اى المضارب
 (طلبه) اى طلب الدين (ان كان ربح) لان المضارب كان كلاجير وحصته من الربح كلاجرة
 وقد سلمت له فيجبر على اتمام العمل (والا) اى وان لم يكن ربح لا يلزمه طلب الدين لانه
 وكيل محض والوكيل متبرع والمتبرع لا يجبر على اتمام ما تبرع به لكن (يوكل) المضارب
 (المالك به) اى بطلب الدين لان حقوق العقد تتعلق بالعاقده وهو ههنا المضارب فلم يكن
 لرب المال المطالبة بالدين التي فيما عقده المضارب لا بتوكيل من المضارب فيؤمر بالمضارب
 بتوكيله كيلا يضيع حقه وقال مالك والشافعي واهم يلزم المضارب طلب الدين لانه بعقد المضاربة
 التزم ررأس المال على صفته فيلزمه ان ينضه كما لو كان في المال ربح وكذا سائر الوكلاء
 (والبيع) اى الدلال (والسمسار) بكسر السين الاولى المتوسط بين البايع والمشتري فارسي
 (يجبر ان عليه) اى على طلب الثمن لانهما يعملان باجرة عادة فكان ذلك بمنزلة الاجارة
 الصحيحة (وما هلك) من مال المضاربة (صرف الى الربح اولاً) لان الربح تابع لرأس
 المال لتصور وجود رأس المال بدون الربح بخلاف العكس فينصرف الهالك اليه كما
 يصرف الهالك من مال الزكوة الى العفودون النصاب لان العفوتبع للنصاب (وان قال المالك
 عينت نوعاً صدق المضارب) مع يمينه (ان جحد) التعيين بان قال ماسميت لي تجارة بعينها
 او قال عميت التجارة في الانواع كلها وقال زفر صدق رب المال لان الاذن مستفاد منه كما في
 الوكالة ولنا ان الاصل في المضاربة العموم دون الخصوص وفي الوكالة الخصوص دون العموم
 والقول قول المتمسك بالاصل (وان ادعى كل) من المالك والمضارب (نوعاً صدق المالك)
 مع يمينه لانها اتفقا على الخصوص والاذن مستفاد من جهة المالك واعتبار قول من استفاد
 الاذن من جهته احق من غيره والبينة بينة المضارب لاحتياجه الى نفى الضمان (وكذا) يصدق
 المالك مع يمينه (ان قال) رب المال (بضاعة او ودیعة وقال ذواليد) مضاربة
 لانه ينكر دعوى الربح (او) قال (فرض) لانه ينكر دعوى التملك والله تعالى اعلم

كتاب المزارعة

(هي) لغة مفاعلة من الزراعة وهي انبات لقوله تعالى (انتم تزرعونها) ونسبتها الى غيره
 سبحانه مجاز من اسناد الفعل الى السبب وهو الحراثة وهي اثاره الارض للزراعة وما يستنبت

بالبندريسمى زرعاً ايضاً تسمية بالمصدر وانما عبر عنها بالمفاعلة التي يقتضى الفعل من
 الجانبين لان الاعانة على الفعل من اعطاء البذر والآلة بمنزلة الفعل كالمضاربة وتسمى
 المزارعة مخابرة ايضاً من الخبرة وهي النصيب او من خبر لانها اول ما دفعت اليهم وشرعا
 (عقد الزرع ببعض الخارج) منه (ولا تصح عند ابي حنيفة رحمه الله) فان وقعت يجب
 على صاحب البذر اجر المثل للعامل ولرب الارض والغلة 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 ابي شيبة عن ثابت بن الحجاج عن زيد
 ابن ثابت قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قلت وما المخابرة قال ان
 تأخذ الارض بنصف او ثلث او ربع ولقول ابن عمر كنا نخابر ولا نرى بذلك بأساً
 حتى زعم رافع بن خديج ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها فتركتناها من اجل ذلك
 وعن عطاء عن جابر بن عبد الله نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة والمخافلة
 والمزابنة قال عطاء فسرهما لنا جابر فقال اما المخابرة فالارض البيضاء يدفعها الرجل الى
 الرجل فينفق فيها فيأخذ من الثمر والمخافلة بيع الزرع القايم بالحب كيلا والمزابنة بيع الرطب
 في النخل بالتمر كيلا رواهما مسلم وفي سنن ابي داود ان رافع بن خديج قال كنا نخابر
 على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنذكر ان بعض عمومتنا اتاه فقال نهى رسول الله
 صلى الله عليه وسلم عن امر كان لنا نافعاً وطواعية الله ورسوله انفع قال قلنا وما ذلك قال
 قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كانت له ارض فليزرعها او ليزرعها اخاه ولا يكرها بثلاث
 ولا ربع ولا بطعام مسمى ولان المزارعة استيجار باجر مجهول او معدوم وكل منهما مفسد ولانها
 استيجار ببعض ما يخرج من العمل فيكون في معنى قفيز الطحان وهو ان يستأجر رجلاً
 ليطحن له كرحنطة بقفيز من دقيقها واما ما اخذ النبي صلى الله عليه وسلم من اهل خيبر
 فانما كان خراج مقاسمة بطريق المن والصاع وذلك جائز بدليل انه عليه السلام لم يبين
 لهم المدة ولو كانت مزارعة لبينها لان المزارعة لا يجوز عند من يميزها الا ببيان المدة وقال
 ابوبكر الرازي ومما يدل على ان ما شرط عليهم من نصف الثمر والزرع كان على وجه
 الجزية انه لم يرد في شيء من الاخبار ان النبي صلى الله عليه وسلم اخذ منهم الجزية الى
 ان مات ولا ابوبكر الى ان مات ولا عمر الى ان اجلاهم ولو لم يكن ذلك جزية لآخذ
 منهم الجزية حين نزلت آية الجزية والحيلة عنده ان يستأجر رب البذر العامل باجر معلوم
 الى مدة معلومة فاذا مضت المدة يعطيه بعض الخارج عما وجب له من الاجر في ذمته سواء حصل
 الخارج اولا فيجوز ذلك برضاها كالدین اذا اعطى عنه خلاف جنسه (وصحت) المزارعة

(عندهما) لما أخرجه الجماعة إلا النسائي عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع وفي لفظ لما فتح خيبر سأل اليهود رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقرهم فيها على أن يعملوا على نصف ما يخرج منها من الثمر والزرع فقال عليه السلام نقرم فيها على ذلك ما شئنا وفي لفظ لابي داود عن ابن عباس فلما كان حين يصرم النخل بعث إليهم عبدالله بن رواحة فخرز عليهم النخل وهو الذي يسميه أهل المدينة الخرص فقال في ذه كذا وكذا قالوا أكثرت علينا يا ابن رواحة قال فأنا ألى خرز النخل وأعطيتكم نصف الذي قلت قالوا هذا الحق وبه تقوم السماء والأرض قد رضينا أن نأخذ بالذي قلت وفيه عن جابر فخرصها أربعين ألف وسقى ولما خيرهم أخذوا الثمر وعليهم عشرون ألف وسقى وعن عمرو بن دينار قال قلت لطاوس لو تركت المخابرة فإنهم يزعمون أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها قال أي عمرو يعني يا عمرو أني أعطيتهم وأعينهم وإن أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها وإنما قال لأن يمتح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليه خرجا معلوما متفق عليه وعن عروة ابن الزبير قال قال زيد بن ثابت يغفر الله لرافع بن خديج أنا والله أعلم بالحديث منه أنه رجلان قد اقتتلا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن كان هذا شأنكم فلا تكروا المزارع رواه أبو داود وأما ما فيه من قوله عليه السلام من لم يذر المخابرة فليؤذن بحرب من الله ورسوله فمحمول على قول رافع كنا أكثر أهل المدينة حقلا وكان أحدنا يكرى أرضه فيقرل هذه القطعة لي وهذه لك فربما أخرجت ذه ولم تخرج ذه فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم متفق عليه وقد قال أبو جعفر ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلا يزرعون على الثلث والرابع وزارع على وسعد بن مالك وعبدالله بن مسعود وعمرو بن عبدالعزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل عمر وابن سيرين وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عندك فله الشطر وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا رواه البخاري ولأنها عقد شركة بين المال والعمل فيجوز كما في المضاربة والجامع الحاجة لأن صاحب الأرض قد لا يقدر على العمل والقادر على العمل قد لا يجد الأرض فمست الحاجة إلى المزارعة لينتظم مصاحتهما ويحصل منفعتهما من الربيع كما أن من له مال قد لا يهتدى إلى التجارة ومن يهتدى إلى التجارة قد لا يكون له مال فمست الحاجة إلى المضاربة (وبه) أي وبقولهما في المزارعة (يفتى) لحاجة الناس إليها وتعامل الناس بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد أجازها الخلفاء الراشدون وعمدة من الأنصار والمهاجرين وأما رواه من النص عن النهي فهو أول فانهم كانوا يشترطون فيها شيئا معلوما من الخارج لرب الأرض وهو مفسد للعقد كما لو دفع الغنم ونحوها إلى من يرعاها

وتخدمها بنصف الزوايد التي تحدث منها فلذا نهوا عنها ثم أعلم ان ابا حنيفة فرع مسائل
المزارعة والمعاملة على اصولهما لما علم ان الناس لا يأخذون بقوله فيهما كذا في الفصول
العماضية والظاهر ان صحة المزارعة رواية عنه والمسائل متفرعة عليها الا انه اختار فسادها واخذ
اصحابه برواية صحتها (بشرط صلاحية الارض للمزرع) لان المقصود هو الربح وهو لا يحصل
بدونه (واهلية العاقدين) وهما رب الارض والمزارع بان يكون كل واحد منهما حرا عاقلا
بالغا او عبدا او صبيا 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 في المدة ان لا يكون اقل مما يمكن فيه الزراعة
وان لا يكون لا يعيىش الى مثلها احدهما غالبا وهو الاختيار للفتوى على ما في الخزانة وعند محمد
بن سلمة لا يشترط بيان المدة ويقع مالم يبين فيه المدة على سنة واحدة وبه اخذ الفقيه ابو الليث
وفي 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 العاقدين اتحقق المعنى المقصود من المزارعة وهو الشركة لانها
انعقد اجارة في الابتداء وشركة في الانتهاء (فتنفسد) المزارعة (ان شرط ما ينافيه) اى ينافي
شيوع الحب الخارج (كرفع البذر) اى رفع رب البذر من الخارج ثم قسمة الباقي (او)
رفع (الخراج) من الارض الخراجية خراجا موظفا ثم (قسمة الباقي) لجواز ان لا يخرج
من الارض الا القدر المرفوع فيدنا بكون الخراج موظفا لانه لو كان مقاسمة كالربع او الخمس
لا يفسد المزارعة كما لو شرط دفع العشر وقسمة الباقي لان هذا الشرط لا يؤدي الى قطع
الشركة (وكذا) يفسد المزارعة (ان شرط التبين لغير رب البذر) ثم قسمة الحب لان هذا
الشرط يؤدي الى قطع الشركة اذا لم يخرج الا التبين لان استحقاق غير صاحب البذر انما
هو بالشرط (وضح) عقد المزارعة ان شرط التبين (للآخر) اى لرب البذر لان ذلك حكم عقد
المزارعة (او) ان (لم يتعرض) للتبين لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود وهو الحب والتبين
لصاحب البذر لا يحتاج في اخذه الى شرط لانه نماء بذره وقال مشايخ بلخ التبين بينهما اعتبارا
المتصرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع المحب والتبع يكون بشرط الاصل (ولا تصح)
المزارعة (الا ان يكون الارض والبذر لاهد) اى لواحد من العاقدين (والبقر والعمل لآخر) لان

البقر آلة العمل (او) الا ان (يكون الارض لو احد والباقي لآخر) لان صاحب البندر حينئذ
يكون مستأجرا للارض باجر معلوم من الخارج فيجوز كما استأجرها بدر اهرم في الذمة (او)
الا ان يكون (العمل له) اي لو احد (والباقي للآخر) لان صاحب البندر حينئذ يكون مستأجرا
للعامل وهذه باجرة معلومة من الخارج فيجوز (واذا صحت) المزارعة (فالخارج على الشرط)
لصحة الالتزام (ولاشيء للعامل ان لم يخرج) شيء من الزرع لان الشركة انما هوفى الخارج
فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت فان الواجب حينئذ اجر المثل (ويجبر من ابي) اي امتنع
(عن المضي) لانها عقد اجارة وهو يجبر على من ابي عن المضي فيه (الارب البندر) لانه لا يمكنه
المضي في العقد الا بضر يلزمه وهو القاء بذره على الارض ولا يدري 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 بالعدر عندنا وهو يتحقق هنا من جهة رب البندر لا
من جهة العامل (فان ابي) رب البندر عن المضي في العقد والبندر من قبله (بعد ما كرب العامل)
الارض اي قلبها للحرث (يجب) عليه ديانة (ان يسترضى) اي يسترضى العامل بان يعطيه
اجر مثل عمله لانه غره في ذلك ولا يجب عليه قضاء لان عمله انما يتقوم بالعقد وقدومه بجزء من
الخارج ولا خارج (وان فسدت) المزارعة (فالخارج لرب البندر) لانه نماء ملكه (والآخر
اجر مثله) من عمل اواض (ولا يزداد على ما شرط) لانه رضى بسقوط الزايد عليه وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد عليه اجر مثله بالغا ما بلغ (وتبطل) المزارعة (بهوت
احدهما) اي احد العاقدين اذا عقدها لنفسه اعتبارا بالاجارة سواء كان قبل الشروع في العمل
او بعده وهذا على اطلاقه وهو في الاستحسان اذا مات احدهما وكانت المدة ثلاث سنين
مثلا وقد نبت الزرع في السنة الاولى يبقى عقد الاجارة حتى يستحصد ذلك الزرع ثم يبطل
في الباقي من السنتين لان في ابقاء العقد مراعاة للحقين فيعمل العامل او ورثته الى ان يحصد
الزرع ويقسم على ما شرطاه (وتفسخ بدين) لاهق لرب الارض (مخوج الى بيعها) لانه تفسخ
بالاعدار وهذا عندركما في الاجارة ولا يطالبه العامل اذا كرب الارض او حفر النهر بشئ علان المنافع انما
تقوم بالعقد وهو انما فوم بالخارج واذا لم يكن خارج لم يجب شئ وهذا اذا لم ينبت الزرع واما اذا نبت
فلا تباع الارض في الدين حتى يستحصل لان في بيعها قبل ذلك ابطال حق المزارع وفي تأخير بيعها
حتى يستحصد الزرع تأخير حق الغرماء والتأخير اهون من الابطال (فان مضت المدة)
المشروطة في 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 في حصة المزارع كذا في 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 ابي يوسف رحمه الله وبه يفتى) وهذا اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمة وهو الاصح في ديارنا يعنى لتعامل الناس بها كذا في الهداية وفسد في ظاهر الرواية وهو القياس وهذا بخلاف ما اذا شرط على رب الارض فانه مفسد بالاتفاق لعدم العرف وكذا اذا شرط الجذاذ على العامل او الحصاد على غير العامل لا يجوز بالاتفاق لعدم التعامل وعن نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة هذا كله يكون على العامل شرط عليه ام لا يحكم العرف قال شمس الائمة السرخسى هذا هو الصحيح في ديارنا كذا في فتاوى قاضيخان والله اعلم *

كتاب المساقاة

لغة مفاعلة من السقى (دفع الشجر الى من يصاحبه جزء) معلوم شايح كما في المزارعة (من ثمره) اى ما هو المقصود منه فيتناول الرطبة والفولة والزعفران وغيرها وفي اطلاق الشجر دفع لما ذهب اليه الشافعى من ان المساقاة مخصوصة بالنخيل والكرم لان جوازها بالاثر انما ورد في النخل والكرم ولنا ان جوازها للحاجة وهى تعم الكل ولان الاصل في النصوص التعليل لا سيما على اصله وتسمى ايضا المعاملة بلغة اهل المدينة (وهى كالمزارعة) في انها فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله وجائز عندهما وهو قول ابن ابي ليلى والفتوى على قولها وشرطها عندهما شروط المزارعة الا انها اذا امتنع احدهما عن المضى يجبر لانه لا ضرر عليه في المضى بخلاف المزارعة حيث لا يجبر صاحب البندر (وانما تصح بالاذكر 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 بندر الرطبة) مبتداء 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 والانتهاى مبنى على الابتداء فتعشم الجهالة (وذكر مدة) يتيقن انه (لا يخرج الثمر فيها يفسدها) اى المساقاة للتيقن بفوات المقصود وهو الشركة في 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 في المدة المسماة فيفسد العقد كما لو علم ذلك في الابتداء واما اذا لم يخرج شيء اصلا فلم يفسد العقد بل وقع صحيحا ولا شيء لو اُحد منها على صاحبه لان عدم خروج الثمر اصلا لا فة سماوية فلم يتبين الخطأ في المدة (ولا تصح) المساقاة (ان ادرك الثمر وقت العقد) وصار بحيث لا يزيد بالعمل وتصح ان لم يكن كذلك (كالمزارة) 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) والثمر في اومضت عندها (والثمر في) وهو بكسر النون وتحتية ساكنة بعدها همزة وقد يدغم اى غير نضيح (يقوم العامل عليه او وارثه) الى ان ينتهى الثمر كما في المزارة 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 للمضرر 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 سعى رب الاصول (او ثمره عذر) خبر المبتداء الذى هو كون العامل (ودفع فضاء) مبتداء مضاف والفضاء بقاء معجمة ارض بيضاء غير مغروسة (لغرسه) اى ليغرس كما في نسخة والمعنى ليغرس ذلك الآخر فيها شجرا (فيكون الارض والشجر بينهما) اى بين رب الارض والغارس نصفين (لا يصح) لا اشتراط العامل الشركة فيما كان موجودا قبلها لابعمله وهو الارض فيفسد (فللعامل قيمة غرسه واجر عمله) اى اجر مثل عمله فيما عمل اما قيمة الغرس لتعذررده 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 تبع اللمان في التعليل من انه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج عن عمله وهو نصف الاشجار فنوقش فيه بان مطلق المعاملة في 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 في فتاوى قاضيخان والله تعالى اعلم

كتاب احياء الموات

(هى) اى الموات (ارض بلا نفع لا نقطاع مائها) فى ارض لا يزرع الابماء الانهار او الآبار (ونحوه)

من غلبة الماء عليها او كونها سبخة او نازة او تعذر زرعها لكثرة الشجر او الحجر او الرمل فيها وسميت بذلك تشبيها لها بالحيوان الميت في عدم الانتفاع به (ولا يعرف مالكتها) عطف على بالانفع وفي بعض النسخ لا يعرف بلا واوفوه صفة ثانية لارض اى غير مملوكة لمسلم ولا ذمى وعدم معرفة مالكتها اما بان لا يكون لها مالك في الاسلام وهو حقيقة الموات واما بان يكون لها مالك فيها ولا يعرف فليس هذا حقيقة الموات وانما حكم حكم الموات حيث يتصرف فيه الامام كما يتصرف في الموات فلو ظهر المالك بعد ذلك اخذها وضمن له من زرعها ان نقصت بالزراعة والا فلا شىء عليه وهو المختار للمفتوى (بعيدة عن العامر) وحد بعدها ان تكون بحيث (لا يسمع) فيها (صوت من اقصاه) اى اقصى العامر ومنتهاه وهذا عند ابي يوسف رحمه الله لان الظاهر ان ما يكون قريبا من العامر لا ينقطع ارتفاق اهل عنه فيدور الحكم بالاحياء على البعد وعند محمد يشترط في الموات انقطاع الارتفاق حقيقة وان كان الموات قريبا من العامر واعتمد شمس الائمة السرخسى على قول ابي يوسف رحمه الله (من احياه) اى عمره (ملكه) مسلما كان او ذميا لانهمالا يختلفان في سبب الملك (ان اذن له الامام) في احيائه حتى لو احياه بغير اذن الامام لا يملكه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال يملكه من احياه اذن له الامام اولم يأذن وبه قال مالك والشافعى رحمه الله لما اخرجه الترمذى وقال حديث حسن صحيح عن جابر بن عبد الله ان النبي 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 عايشة ولفظ ابي يعلى عنها من احيى ارضا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم حق وهكذا رواه ابوداود والترمذى والنسائى من حديث سعيد بن زيد وفي 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 في الخطب والصيد ولا يى حنيفة رحمه الله ما روى الطبرانى من حديث معاذ بن النبي 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 اصل الرزق من بيت المال والقياس على الخطب والصيد ليس بتام لان الامام لا يملك ان يأمر واحدا دون واحد بالخطب والصيد لكن الحديث فيه ضعيف وعلى تقدير صحته فانه لادلالة للاعم على الاخص ولو تركها بعد الاحياء وزرعها غيره قيل الثانى احق بها لان الاول ملك استغلا لها دون رقبته والاصح ان الاول احق بها لانه ملك رقبته بالاحياء فلا يخرج عن ملكه بتركها (ومن حجر ارضا) اى وضع حجرا او شيئا للاعلام بانه قصد احيائها مأخوذ من الحجر بفتح الجيم لان الغالب ان يكون ذلك بالا حجار او بسكون الجيم

بهعنى الجمع (ولم يعمرها ثلث حجج) بكسر الحاء اى سنين (دفعها الامام الى غيره) لان الدفع
 للاول انما كان ليعمرها فيحصل المنفعة للمسلمين من العشر والحراج فاذا لم يعمرها يدفعها الامام
 الى غيره لتحصل والتقدير بثلاث حجج لما روى مسلم في كتاب الحراج عن الحسن بن عماره عن
 الزهرى عن سعيد بن المسيب قال قال عمر رضى الله عنه من احبب ارضاميته فهى له وليس
 له احتجر حق بعد ثلاث سنين وروى حميد بن زنجويه والنسائى في كتاب الاموال عن عمر وبن
 شعيب ان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم اقطع اناسا من جهينة ارضا فعطوها فاخذها قوم آخرون
 فاحيوها فخاصم فيها الاولون الى عمر ابن الخطاب فقال لو كانت قطيعة منى او من ابى بكر لم
 ارددها ولكنها من رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم وقال من كان له ارض فعطها ثلث سنين
 لا يعمرها فعمرها غيره فهو احق بها (ومن حفر بئرا في موات بالاذن) من الامام عند ابى حنيفة
 رحمه الله تعالى وبغير الاذن ابضاعنهما (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 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 اخرج
 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 شينه (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 متنها) اى سنتها 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 شىء عليه لانه غير
 متعد فى فعله فصار كمن بنى هانوتا بجانب هانوت غيره فكسد الاولى بسببه (وللقناة)
 وهى مجرى الماء تحت الارض (حريم بقدر ما يصاحبها) ولم يقدر بشىء 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 او شجر مفروس فيها له وككونها ارفع من الارض وقال
 ابو يوسف ومحمد له مسناة يمضى 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 فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقال لصاحب النهر حرير له يلقى طينه وغير ذلك وهذا يكشف الخلاف في هذه المسئلة هنا وحرير الشجرة خمسة اذرع من كل جانب لما روى ابو داود عن ابي سعيد الخدري قال اختصم الى النبي صلى الله تعالى عليه وسلم رجلان في حرير نخلة فامر بها فدرعت فوجدت سبعة اذرع وفي رواية فوجدت خمسة اذرع فقضى بذلك وفي لفظ له قضى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم في حرير النخلة طول عسيبها ورواه الطحاوى في آثاره ولفظه اختصم رجلان الى النبي صلى الله عليه وسلم في نخلة قطع منها جريدة ثم ذرع بها النخلة فاذا فيها خمسة اذرع فجعلها حريهها وفي مستدرک الحاكم عن عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم قضى في النخلة ان حريهها مبلغ جريدها *

فصل

(الشرب) بكسر السين 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 (والبهائم) يقال هم اهل الشفة اى الذين لهم حق الشرب بشفاهم (ولكل) اى ولكل واحد من بنى آدم (حقها) اى حق الشفة (و) (حق 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 فلامعنى لاثباته على وجه يتضرر صاحبه اذبه تبطل منفعته (فى كل ماء لم يجرز باناء) سواء فى ذلك الانهار الكبار والصغار والآبار اما الانهار العظام كدجلة وفرات ونيل وسيحون وبيحون فلانها ليس لاحد فيها يدعى الخصوص واما الانهار المملوكة والآبار والحياض فلانها لا توضع للاحرار 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 الرعى) 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 بالعامه) لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك بان يكون ميل الماء الى الارض التى تسقى او الى الرعى التى تنصب وتكسر حافر النهر فتفرق الاراضى والقرى (او خص النهر) بصيغة المجهول اى اختص (بغيره) اى بغير من يريد ان ينصب عليه رعى ويسقى منه

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 اخرجہ 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 ابوداود وابن ماجه وثمنه حرام والمراد بالماء ما ليس بمحرز وبالكلاء الحشيش الذى ينبت بنفسه من غير ان يزرعه احد اويسقيه وان كان فى ارض غيره وبالنار الاستضاءة والاصطلاء اى الاستدفاء والايقاد من لهبها فى الصحراء لا الجهر 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 لمصاحبة 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 نساءهم من الجواهر ونحوها (فعلى العامة) كربه يجبرهم الامام على ذلك لان فى تركه ضررا قلما ينفق العامة على 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 ثابن لكرى نهر ملك لبيان كيفية كربه 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 مجورها يشترط ان يكون نكرة وهو هنا معرفة فكان حقه ان يقول ومن جاوز ارضه ولا يبعد ان يقال بالتضمنين فالتقدير ومن تعدى من ارضه (برى) من الكرى وهذا عند ابى حنيفة والقوى عليه ذكره فاضبخان وقالوا هو عليهم جميعا من اول النهر الى آخره بخصص الشرك والارضين وتوضيحه ان الشركاء فى النهر اذا كانوا عشرة فعند ابى حنيفة مؤنة الكرى عليهم جميعا من اول النهر اعشارا الى ان يجاوز ارض احد هم فيئند يكون مؤنة الكرى على الباقيين اتساعا الى ان يجاوز ارضا اخرى ثم يكون على الباقيين 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 في
 الغنم استووا في الغرم (وصح دعوى الشرب بلا ارض) استحسانا والقياس ان لا يصح
 (ولو اختص قوم في شرب بينهم قسم بقدر اراضيهم) لان المقصود من الشرب الاستسقاء
 يسقى الارض فينتقدر بقدرها (ومنع الاعلى من سكر النهر) اى سد على الاسفل حتى يشرب
 حصته (وان لم يشرب) الاعلى (بدونه) اى بدون السكر لما فيه من ابطال حق الاسفل
 مدة السكر (الا برضاهم) اى برضاء شركائهم على ان الاعلى يسكر النهر حتى يشرب حصته
 او على ان يسكر كل واحد منهم في نوبته لان الحق لهم وقدرضوا بتركه (و) منع (كل منهم)
 اى من الشركاء في النهر (من نصب رعى ونحوه الا فى ملكه) وهو ما يكون بطن النهر
 وحافته 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 (ما كان عليه قديما) لان شر الامور محدثاتها كما ورد
 (والشرب يورث ويوصى بالاتفاق به ولا يباع بلا ارض الا عند مشايخ بائع) فانهم اجازوا
 بيع الشرب يوما اويومين لان اهل بائع تعاملوا على ذلك لحاجتهم اليه (وكذا الاجارة
 والهبة والصدقة) اى وكما لا يباع الشرب الاتبع للارض لا يوجر ولا يوهب ولا يتصدق
 به الاتبع للارض اما للجهالة او للغرور اولانه ليس بمال متقوم او لعدم الملك فيه للمحال
 او لعدم امكان تسليمه (ومن سقى) ارضه (من شرب غيره يضمن) لانه اتلف شرب غيره
 باستعماله لارضه وهذا اختيار فخر الاسلام وقال الامام المعروف بخواهر زاده لا يضمن لانه
 ليس بمال متقوم (لا) اى لا يضمن (من سقى ارضه) او شجره (فنزرت ارض جاره) او سال
 من مائها فى ارض جاره فغرقت لانه بسبب غير متعد لان له ان يملأ ارضه ويسقيها والسبب
 انها يضمن اذا تعدى وفعل فى ارضه ليس بتعد كما لو اوقد نارا فى داره فاهرق 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 وهذا اذا استقى ارضه
 سقيا معتادا بان سقاها قدر ما يحتمله عادة واما اذا استقاه سقيا لا يحتمله فانه يضمن وكان
 الشيخ الامام اسماعيل يقول انها لا يضمن بالسقى المعتاد اذا كان محققا فيه بان سقى ارضه
 فى نوبته مقدار حصته واما اذا سقاها فى غير نوبته او فى 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 أوقاف كوقفت وأوقات ولا يقال أوقفه الا في لغة ردية وشرعا (حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة كالعارية) وهذا عند أبي حنيفة (وعندهما هو حبس) العين (على ملك الله تعالى) وقيل الفتوى على قولهما (فلا يزول ملك المالك عند أبي حنيفة رحمه الله) قيل اصل هذا ان الوقف لا يجوز عنده وهو المذكور في 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 في امر مجتهد فيه وصورة الحكم ان يسلم الواقف وقفه الى المتولى ثم يريد ان يرجع بعلة عدم اللزوم فيختصمان الى القاضي فيقضى باللزوم (والا في مسجد بنى وافرز بطريقه) اى ميز به عن غيره بتعيينه (واذن للناس بالصلوة فيه) اى اذا عاما (وصلى فيه واحد) فانه ايضا يزول ملكه عنه لانه جعله خالصا لله تعالى وشرط الافراز لانه لا يخلص الا به والاذن بالصلوة لان التسليم لا بد منه عند أبي حنيفة ومحمد وهو في المسجد بذلك لانه في كل شئ بحسبه واكتفى بصلوة الواحد لان فعل الجميع متعذر فاشترط الاقل لان المسجد موضع السجود يحصل بفعل الواحد (وعند محمد تسليمه) اى الوقف (الى المتولى وقبضه) اى قبض المتولى (شرط) في زوال ملك الواقف عنه لانه تقرب الى الله تعالى بهاله فيتوقف جوازه على التسليم كالصدقة بالعين (وعند أبي يوسف يزول) ملك الواقف (بنفس القول) وهو قول الشافعى واكثر اهل العلم لانه اسقاط للملك كالاعتاق ويقول أبي يوسف ومحمد ملك الواقف يزول لا الى مالك بل يرجع الى مالك الاملاك وخالف 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 لايباع ولايورث ولايوهب وهو قول آخر للشافعى والاصل في جوازه ما رواه محمد بن الحسن في الآثار واصحاب الستة في سننهم عن نافع عن ابن عمر قال اصاب عمر بن الخطاب ارضافانى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمر فيها فقال يا رسول الله انى اصب ارضا بخيبر لم اصب مالا فانس منه فكيف تأمرنى به قال ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها قال فتصدق بها عمر انه لايباع اصلها ولايوهب فى الفقراء والقربى والرقاب وفى سبيل الله وابن السبيل والضيف لاجتراح على من وليها ان يأكل منها بالمعروف او يطعم منه صدقا غير متهول فيه وفى لفظ غير

متأثل ما لا وفي بعض طرق البخارى فقال النبى صلى الله عليه وسلم تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمره فتصدق به عمر وفي الاسعاف ما حدث به الخصاف عن محمد بن عمر الواقدي 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 ومشرية ام ابراهيم سميت بها لنزول ام ابراهيم فيها وما حدث عنه ايضا ان ابا بكر وعمر وعثمان وعليها وجهها من اصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وازواجه حبسوا على نحو ما حبس عمر رضى الله عنه فكان هذا اجماعا فعليا منهم على صحته ونزومه قال في المبسوط وقد استبعد محمد قول ابي حنيفة في الكتاب لهذا وسماه تحكما على الناس من غير حجة فقال ما اخذ الناس بقول ابي 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 ابي حنيفة مثل الحسن البصرى وابراهيم النخعي اخرى ان يقلدوا ولم يحمد على ما قال وقيل بسبب ذلك انقطع خاطره فلم يتمكن من تفريع مسائل الوقف حتى غاض في الصكوك واستكثر اصحابه من مسائل الوقف كالخصاف وهلال والله تعالى اعلم بالحال ولا بى حنيفة ما اخرجہ الدارقطنى في سننه في الفرائض عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا حبس في فرائض الله وفي نسخة عن فرائض الله اى لا مال يحبس بعد موت المالك عن القسمة بين ورثته ورواه ابن ابي شيبة عن غلى موقوفا وقال ابن ابي شيبة في مصنفه عن شريح انه قد جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبس اذا عرفت ذلك (تصح عنده) اى عند ابي يوسف (وقف المشاع) وبه قال مالك والشافعى لان القسمة من تمام القبض والقبض ليس عنده بشرط فكنا تتمته ولم يصح عند محمد لان اصل القبض عنده شرط فكنا ما يتم به وهذا الخلاف فيما يحتمل القسمة واما مالا يحتملها كالحمام فان وقفه يجوز مع الشيوع كالهبة والصدقة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع مطلقا بالاتفاق لان بقاء الشركة فيهما يمنع الخلو لله تعالى وفي الذخيرة مشايخ باخ اخذوا بقول ابي يوسف في وقف المشاع ومشايخ بخارى اخذوا بقول محمد (و) صح عند ابي يوسف (جعل الغلة) اى غلة الوقف كلها او بعضها لنفسه لان المقصود من الوقف القرية وفي صرف الغلة الى نفسه ذلك فقد وردان نفقة المرء على نفسه صدقة ولا يصح على قياس قول محمد وهو قول مالك والشافعى واختاره هلال وفي فتاوى قاضيخان ذكر الصدر الشهيد ان الفتوى على قول ابي يوسف ترغيبا

للناس في الوقف انتهى وهو قول احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة والزهرى وابن شريح من اصحاب الشافعى وبه اخذ مشايخ بلخ ويؤيدونه انه اذا بنى خاناً او سقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزل في الخان او يشرب من السقاية او يدفن في المقبرة فانه جائز انفاً (و) صح عن الواقف جعل (الولاية) على الوقف (لنفسه) باتفاقهما لان شرط الواقف معتبرة فيراعى كالنص الا عند محمد يسلمه ثم يكون له الولاية لان التسليم شرط عندك ولو لم يشترط الواقف الولاية لاحد فهي له عند ابي يوسف وقال محمد لا يكون له بل للقاضي لانه لما ترك الشرط في ابتداء الوقف خرج الامر من يده وصار اجنبياً ولا يبي 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 مسجداً فانه اولى بعمارتها ولو شرط الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف فلقاضي ان ينتزعه من يده نظراً للفقراء كما له ان يخرج الوصى نظراً للضعفاء (و) صح عند ابي يوسف (شرطه) اى شرط الواقف (ان يستبدل به) اى بالوقف (ارضا اخرى اذا شاء) ويكون وقفاً مكانه والقياس ان لا يصح الوقف ولا الشرط وهو قول الشافعى واحمد لانه شرط مناف لمقتضى الوقف فكان ابطالاً له ووجه الاستحسان ان فيه تحويل الوقف الى ما يكون خيراً منه او مثله فكان تقريراً للوقف لا ابطالاً له واختاره الحنفى وهلال ولوباعه بغبن فاحش لا يصح في قول ابي 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 فاسداً كما لو شرط ان يصلى في المسجد قوم دون قوم فان الشرط باطل ووقف المسجد صحيح واما اذا لم يشترط الواقف لا يملكه الا القاضي العالم العامل اذا رآه مصالحةً لئلا يتطرق الى اوقاف المسلمين جور قضاة السوء كما هو الغالب على قضاة زماننا وفي شرح الوقاية لا منافاة بين صحة الوقف وبين الاستبدال عند ابي يوسف فانه يجوز الاستبدال في الوقف من غير شرط اذا ضعف عن الربيع ونحن لا نفى به فقد شاهدنا في الاستبدال من الفساد ما لا يعد ولا يحصى (و) صح عند ابي يوسف (ترك ذكر مصرف مؤبد) بان ذكر جهة تنقطع وبه قال مالك والشافعى في قول واحمد في رواية (فاذا انقطع صرف الى الفقراء) وبه قال مالك واحمد في رواية والشافعى في قول وله قول آخر يصرف الى اقارب الواقف المحتاجين وهو رواية عن احمد وعن احمد يوضع في بيت المال وقال ابو حنيفة ومحمد لا يصح الوقف حتى يذكر مصرفاً مؤبداً وقيل التأييد شرط بالاتفاق الا ان ابا يوسف لا يشترط ذكر التأييد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه ومحمد يشترط لان الوقف صدقة بالمنفعة او

بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فبطلقه لا ينصرف الى المؤبد وفي المحيط
لو قال ارضى هذه صدقة موقوفة او محررة او محبوسة ولم يذكر التأيد صح الوقف عند
الكل (وصح عند محمد وفي منقول فيه تعامل كالمصحف ونحوه) من كتب العلم وغيرها
كالفس والقدوم والهنشار والقدر والجزارة وثنايها وما يحتاج اليه من الاواني في عمل
الموتى والكرع والسلاح (وعليه الفتوى) وهو قول عامة المشايخ ومنهم شمس الائمة
السرخسي واما وفي السلاح والكرع فيجوز اتفاقا لما في زكوة الصالحين عن ابي هريرة
قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب على الصدقة فمنع ابن جميل وخالد
والعباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ينقم ابن جميل الا انه كان فقيرا فاغناه
الله تعالى واما خالد فانكم تظلمون خالدنا فقد احتبس ادراعه واعتده في سبيل الله تعالى
واما العباس عم رسول الله ففيه عليه ومثلهما ثم قال اما شعرت ان عم الرجل صنوايه
والمراد بالكرع الخيل ويدخل في حكمه الابل تجاهد عليها ويحمل عليه السلاح وري انه
اجتمع في خلافة عمر ثلاثمائة فرس مكتوب على اخذها حبس في سبيل الله وعند ابي
حنيفة لا يصح وعند ابي يوسف يصح تبعا للعقار كالبقر والعبيد الاكفرة فيه وسائر آلة
الحراثة وفي الكراع والسلاح لابي حنيفة ان شرط صحة الوقف التأيد ولا تأيد في المنقول
ولابي يوسف ان النص ورد في الكراع والسلاح فيقصر عليه ولمحمد ان القياس قد يترك
بالتعامل كما في الاستصناع لان التعامل اقوى من القياس فانه بمنزلة الاجماع واكثر فقهاء
الامصار على قول محمد وفي الغنية عن المحيط البرهاني 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 في العين بل في الغلة
(ولا يملك) لقوله عليه الصلوة والسلام لعمر تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب وكذا لا يرهن لعدم
امكان استيفاء الدين منه ولا يعار لعدم جواز تمليك منفعة مجانا (لكن يجوز قسمة المشاع)
بين الاملاك (عند ابي يوسف) ومالك والشافعي واحمد اذا طلب الشريك القسمة وقال
ابو حنيفة لا يجوز القسمة ويتهايئون قيدنا بالاملاك اذ لا يجوز قسمة الوقف بين مصارفه باتفاق
الاصحاب (ويبدأ من ارتفاع الوقف بعمارته ان وقف على الفقراء) شرط الواقف اولم يشترط
لان قصد الواقف صرف الغلة على التأيد ولا يتأتى ذلك الا بعمارة الوقف والفقراء
ليس لهم شيء حتى يعمروا به واقرب اموالهم غلة الوقف فيعمر منها (وان وقف على
معين وآخره على فقراء فهي) اي العمارة (في ماله) اي مال ذلك المعين لانه يمكن مطالبته
ويكون العمارة بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقف عليها (فان امتنع) المعين

(او كان فقيرا آجره) اى الوقف (الحاكم) لذلك المعين اولغيره بقدر عمارة الوقف على
 الصفة التى وقفها الواقف ولا يزداد على ذلك الا برضاء ذلك المعين وكذا ان كان وقفا
 على الفقراء لا يزيد على ذلك فى الاصح (وعمره باجرته ثم رده) الحاكم (الى مصرفه) لان
 ذلك رعاية لحق الواقف وحق الموقوف عليه ولا يجبر الممتنع على العمارة لان فيها من
 ائلاف ماله (ونقضه) بكسر النون اى منقوضه (بصرف الى عمارته) ان احتاج (او ينخر
 لوقت الحاجة اليها) اى الى العمارة وفى بعض النسخ اليه اى الى النقص (وان تعذر صرفه)
 اى النقص (اليها) اى الى العمارة (بيع) النقص (وصرف ثمنه اليها) اقامة للبدل مقام
 المبدل (ولا يقسم) النقص ولا ثمنه (بين مصرفه) 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 كصير المسجد اذا استغنى عنه الا ان ابا يوسف يقول فى الحصر 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 كلاهما 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 هنا واذا شرط الواقف لاجارته
 مدة لا يزداد عليها والا فالمختار ان لا يزداد فى الدور على سنة وفى الاراضى على ثلاث
 سنين ولا يوجر الا باجر المثل ولا ينقض الاجارة 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 الاجارة 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 المتقدم فى الاصح
 كما لا يسمع شرطه وجهته بالتسامع فى الصحيح *

كتاب الكراهية

بتخفيف الياء اى المكروهات وهى اهم من ان يكون كراهية تحريم او تنزيه وقد يذكر

فيها المباح لدفع توهم كونه مكروها ويذكر الفرض ليعلم ان تركه حرام ولقبه القدوري
 بالحظر والا باحة ولقبه بعضهم بكتاب الزهد والورع (ما كره) اي كل مكروه تحريما
 حرام عند محمد ولم يتلفظ به) اي بالحرام بل عدل عنه الى لفظ المكروه (لعدم القاطع)
 الدال على حرمة فهو يسمى ما ثبت حرمة بدليل قطعي حراما وما ثبت بدليل غير قطعي
 من خبر آحاد او قول صحابي او غير ذلك مكروها فنسبة المكروه الى الحرام كنسبة الواجب
 الى الفرض وهذا في كراهة التحريم اما كراهة التنزيه فهي في مقابلة السنة (وعندهما) اي عند
 ابي حنيفة وابي يوسف ما كره ليس بحرام بل (الى الحرام اقرب) وهذه في المكروه التحريمي
 واما التنزيهي فالى الحل اقرب اتفاقا (الا كل فرض) وكذا الشرب لقوله تعالى (كلوا
 واشربوا) بشرط ان يكون حلالا لقوله تعالى (كلوا من طيبات ما رزقناكم) (ان دفع)
 الآكل (به هلاكه) حتى لو جوع نفسه رياضة حتى مات او امتنع عن اكل الميتة حال
 الخصصة حتى مات مات عاصيا (وما جور عليه) اي اجر الواجب او السنة بالزيادة على
 قدر الرمق وما دون الشبع (ان مكنه من صلوته فائما) ان مكنه (من صومه) فرضا
 (ومباح الى الشبع ليزيد قوته) في التصرفات الدنيوية واما الزيادة لقوة الطاعة والعبادة
 فمستحب وقد اغرب العينى في شرح تحفة الملوك حيث قال ومباح وهو اذنى 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 فوفه) اي
 فوق الشبع لضرره واسرافه الممنوع لقوله تعالى (ولا تسرفوا) ولما في شعب الايمان عن
 عائشة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اراد ان يشتري غلاما فالقى بين يديه تمرا
 فاكل الغلام فاكثر فقال عليه السلام ان كثرة الاكل شوم فامر برده ولقوله عليه السلام
 وان اكثر الناس شبعوا في الدنيا اطولهم جوعا في يوم القيمة رواه ابن ماجه (الالقصد
 قوة صوم القد) بان يأكل اول ليل او آخره زيادة على الشبع (اولئلا يستحى ضيفه)
 فيمتنع عن الاكل لاجله قيل وكذا يجوز الاكل فوق الشبع تطيبا لحاطر مضيفه ثم التنوع
 بانواع الفاكهة مباح لقوله تعالى (كلوا من طيبات ما رزقناكم) اي مستلذاته وترك المداومة
 عليه افضل له لظاهر قوله تعالى (اذهبتهم طيباتكم في هيوتكم الدنيا واستمعتم بها) وقد
 اغرب صاحب تحفة الملوك وشارحه العينى في هذا المحل مسائل لا تطابق ما ذكره من دلائل
 منها قوله والجمع بين انواع الاطعمة حرام لان ذلك اسراف وهو حرام لقوله تعالى (ولا تسرفوا)
 انه لا يحب المسرفين) ومنها قوله وكذا وضع الخبز على المائدة اضعاف ما يحتاج اليه الاكلون
 فانه اسراف فيكون حراما ومنها قوله وكذا رفع الخبز على الخوان حرام لما روى عن قتادة

عن انس قال ما علمت النبي صلى الله عليه وسلم اكل في سكرجة قط ولا غبزه مرقق ولا اكل على خوان ومنها قوله وكذا وضع الخبز تحت القصة ليستقيم حرام لان في ذلك استخفافه وقد امرنا بتكريمه وكذا مسح الاصابع والسكين بالخبز ووضع المماحة عليه واكل وجهه خاصة ولا يخفى غرابته لان امثال ذلك خلاف الاولى وغايته ان يكون كراهة تنزيه واما كونه محرما او كراهة تحريم فلا دلالة فيه فيما ذكره فتأمل فانه موضع زلل (وحل) عند ابي حنيفة (استعمال المفضض) اى المرصع بالفضة وكذا المضبب وهو المشدود بها حال كون المستعمل (متقيا) اى اجتنبا (موضع الفضة) فيتقى في الشرب موضع الفم قيل وموضع اليد في الاخذ ويتقى في السرير والسرج والكرسى موضع الجلوس وكذا اذا جعل ذلك في نصل السيف او السكين او قبضتهما ولم يوضع يده في موضع الذهب والفضة وكذا المفضض من اللجام والركاب وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة لا يكره عند ابي حنيفة لان موضع التضبب تابع لغيره فلا يكره وصار كالجبة المكفوفة بالحريير والثوب المعلم بالحريير والفص المسمر بمسار الذهب والعمامة المعلمة بالذهب وقال ابو يوسف يكره ذلك لان من استعمالنا كان مستعملا لكل جزء منه فيكره المضبب مع اتقاء موضع الفضة كما يكره من استعمال موضعها وقول محمد يروى مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف اذا جعل ذلك في السقف او في المسجد او جعل حلقة المرأت من الذهب او الفضة او جعل المصحف من ذهب او مفضضا وهذا كله اذا كان يخلص منه شيء واما الذي لا يخلص منه شيء كالمهوه فلا بأس به اجماعا لانه مستهلك فلا عبرة ببقاء لونه (والاحجار) اى وحل استعمال الاحجار الثمينة للاباحة العامة في قوله تعالى (هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا) وقوله تعالى (قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده) (لا الذهب) اى لا يحل استعمال الحلى الذهب (والفضة للرجال) لما اخرج الجماعة الا البخارى من حديث عبدالله بن جبير ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن التختيم بالذهب واخرج الترمذى والنسائى عن ابي موسى الاشعري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حرم لباس الحريير والذهب على ذكور امتى واحل لاناثهم (الا خاتم) بالجر على البدل (ومنطقة وحلية سيف منها) اى من الفضة اما الخاتم فلما اخرج الجماعة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من فضة له فص حبشى ونقش فيه محمد رسول الله وفي لفظ ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اراد ان يكتب الى بعض الاعاجم فقبل له انهم لا يقرؤن كتابا الا بخاتم فاتخذ خاتما من فضة ونقش فيه محمد رسول الله فكان في يده حتى قبض وفي يد ابي بكر حتى قبض وفي يد عمر حتى قبض وفي يد عثمان حتى سقط منه في بئر اريس فامر بها فنزعت فلم يقدر عليه والعبرة للحلقة لان قوام الخاتم بهادون الفص وتجعل الرجل

في لبسه الفص الى باطن الكف بخلاف المرأة لانه للترزين في حقها ويستحب للقاضي والسلطان
 ونحوهما ممن يحتاج الى الختم والافضل لغيرهم تركه واما المنطقة فلما في عيون الاثرلابي
 الفتح اليعمرى ويقال له ابن سيد الناس ان النبي صلى الله عليه وسلم كان له منطقة من
 اديم مبشور اى مقشور ثلاث حلقها وبرزيمها وطرفها فضة والابزيم الذى فى رأس المنطقة
 ونحوها واما السيف فلما اخرج ابو داود والترمذى والنسائى عن انس قال كانت قبعة
 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 قبعة من فضة
 وحلق من فضة والقبعة بالقاف فهو حدة 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 نقل
 سيف عمر يوم قتل عثمان فكان محلى قلت كم كانت حليته قال اربعمائة قيدنا الذهب والفضة
 بالحلى لانه لا يحمل للرجال وللنساء استعمال آنية الذهب والفضة بالاكل والشرب وغيرها
 كاستعمال الملعقة من احدهما والاكتمال بميل او من مكحلة من احدهما والادهان بدهن
 فى اناء من احدهما لعموم النهى وفى رواية ام سلمة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الذى
 يشرب فى آنية الفضة انما يجر جر فى بطنه نار جهنم رواه الشيخان ومعنى يجر جر يردد وفى
 رواية مسلم من شرب فى اناء من ذهب او فضة وفى اخرى له ان الذى يأكل او يشرب فى
 آنية الفضة والذهب وفى الكتب الستة من رواية عبد الرحمن ابن ابي ليلى قال استسقى
 حذيفة فسقاه مجوسى فى اناء فضة فقال انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا
 تلبسوا الحرير ولا الذهب ولا تشربوا فى آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا فى صحافها فانها لهم
 فى الدنيا ولكم فى الآخرة وكذا يجرم كل استعمال كالاكل بملعقة الفضة والاكتمال بميلها واتخاذ
 المكحلة والمرأت والدوات من الفضة وما اشبه ذلك من الاستعمال وروى عن على بن
 ابي طالب عن ابي بصير عن ابي بصير عن ابي بصير عن ابي بصير عن ابي بصير عن ابي بصير
 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 فسه
 لانه تابع فصار كالعلم فى الثوب وجوز محمد شد السن التى يخاف سقوطها بالذهب كالفضة
 وكاتخاذ الانى من الذهب وعنهما الجواز وعدمه اما الجواز فلما فى السنن سوى ابن ماجه
 عن عبد الرحمن بن طرفة ان جده عرفة بن سعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من
 ورق فانتن عليه فامر النبي عليه السلام فاتخذ انفا من ذهب وفى معجم الطبرانى بسنده

الى هشام بن عروة عن عبد الله بن عمرو ان اباہ سقطت ثنيته فامرہ النبي صلى الله عليه وسلم ان يشدها بذهب وفي معجم الصحابة لا بن قانع بسنده الى هشام بن عروة عن ابيه عن عبد الله بن عبد الله بن ابي بن ابي سلول قال اندقت ثنيتي يوم اهد فامرني النبي عليه السلام ان اتخذ ثنية من ذهب واما عدمه عنهما فلان الاصل فيه التحريم والا- باحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقى الذهب على التحريم والضرورة لم تندفع في الاثني دونه حيث اتن كذا ذكره بعض الشراح وفيه ان نصه صلى الله عليه وسلم ابتداء باتخاذ الثنية من ذهب يابي 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 اخرجہ ابو داود والترمذى والنسائى عن عبد الله بن بريدة عن ابيه قال جاء رجل النبي 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 ريع الاصنام فقال يا رسول الله من اى شع اتخذہ قال اتخذہ من ورق ولا تتمه مثقالا زاد الترمذى قبل التعليم ثم جاء وعليه خاتم من ذهب فقال مالى ارى عليك حلية اهل الجنة وقال صفر عوض شبه انتهى والشبه بحركة وبكسر النحاس الاصفر وحجر كاليشب المشهور باليشم ويقال له البلور واعلم انه وقع في الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة قال شمس الائمة السرخسى في شرحه والظاهر هذا اللفظ يعنى بطريق الحصر كره بعض مشايخنا التختم باليشب والاصح انه لا بأس بذلك وان مراده كراهة التختم بالذهب والحديد على ما ورد به الاثر واما اليشب ونحوه فلا بأس بالتختم به كالعقيق فقد ورد ان النبي صلى الله عليه وسلم تختم بالعقيق ثم اللبس من الحلال فرض ايضا لقوله سبحانه (خذوا زينتكم عند كل مسجد) لانه لا يقدر على اداء الصلوة الا بستر العورة ولانه يجب عليه ستر عورته عن غيره ولان خلقته لا يحمل الحر والبرد فيحتاج الى ذلك بالكسوة فصار نظير الطعام والشراب ويستحب ستر غير العورة لقوله عليه السلام ان الله يحب ان يبرى اثر نعمته على عبده رواه الترمذى (ولا يلبس الرجل حريرا الا قدر اربعة اصابع) عرضا فانه حلال لما اخرجہ مسلم عن قتادة عن الشعبي 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 او ثلاث او اربع ولما فى صحيح مسلم عن ابي عبد الله بن ابي عمر مولى اسماء بنت ابي بكر انها خرجت ولها طيالة كسر وانبة لها لبنة ديباج وفرجاها مكفوفان بالديباج فقالت كانت

هذه عند عايشة فلما قبضت أخذتها وكان النبي صلى الله عليه وسلم يلبسها فتحن نغسلها
 للمرضى نستشفى بها ولفظ البخارى فى كتاب المفرد فى الادب فاخرجت له اسماء جبة من
 طيالة عليها لبنة شبر من ديباج وان فرجها 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 الاهكذا 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 يعمل فى جيب القميص والجبة وروى محمد فى الآثار عن ابي
 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 راهم عمر غضب فاعرض عنهم فلما رأوا غضب
 عمر القوها ثم اقبلوا يعتذرون فقالوا انما لبسنا لتريك مما افاء الله علينا قال فسرى ذلك
 عن عمر ثم رخص فى العلم الاصبع والاصبعين والثلاث والاربع قال محمد وبه تأخذ
 وهو قول ابي حنيفة وكذا الثوب المنسوج بالذهب لا يكره 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 لذته فيرغب فيما يكون سببا لتحصيله والنكته من الحرير والقب منه لايجل
 للرجل لانه استعمال تام ويستحب لبس الثياب الجميلة للتجمل والتزين و اظهار نعمة الله
 تعالى لقوله تعالى (قل من حرم زينة الله التى) الآية ولقوله تعالى (قد انزلنا عليكم لباسا
 يوارى سواكم 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 و اظهار التكاثر فهو حرام ليس فيه كلام (ويتوسده)
 اى يجوز ان يجعل الحرير وسادة اى مخدة (ويفرشه) ويستتر به بابه عند ابي حنيفة وقال يكره
 للعمومات ولانه من زى المترفين وهيئة المتنعمين من الكفار والفجار وقد ذمهم الله تعالى
 بقوله (اذهبتهم طبيباتكم فى حياتكم الدنيا واستمعتم بها) وبقولهما قال مالك والشافعى وهو
 الصحيح لما فى صحيح البخارى عن ابن ابي ليلى عن حنيفة 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 يقوله انظر كيف تحدث عنى فانك حفظت عنى كثيرا (ويلبس) الرجل
(ما سداه) بضم اوله وهو طول (ابريسم) بكسر الهزة والراء وفتح السين المهملة الحرير
(وحمته) 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 الخبز سعد بن ابي وقاص وابن عمر
وجابر بن عبد الله وابوسعيد وابوهريرة وانس بن مالك والخبز هو المسدى بالحرير
ولما فى سنن ابي داود عن خصيف عن عكرمة عن ابن عباس قال انما نهى النبى صلى
الله عليه وسلم عن الثوب المصمت من الحرير فاما العلم من الحرير وسدى الثوب فلا
بأس به ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج وهو يتم باللحمة فكانت هى المعتبرة دون
السدى وقال ابو يوسف لا ارى بأسا بحشو القز لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس
(و) يلبس (عكسه) وهو ما لحمته ابريسم وسداه غيره (فى حرب فقط) اى ولا يلبس فى غيرها
واما الخالص فلا يلبس فى الحرب عند ابي حنيفة ويلبس عندهما وهو قول مالك والشافعى
لانه ارفع للسلاح واهيب للعدو ولا يى حنيفة ان النصوص الناهية عن لبسه لم يفصل بين
حال وحال ورفع السلاح والهبة يحصلان بالمخلوط الذى لحمته حرير واما 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 اعلم 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 للتأويل كما لا يخفى (وكره
الباس الصبى ذهابا وحريرا) لان الصبى يمنع مما لا يجوز له فى الشرع اذا كبر ليا لى ذلك
الاترى انه انما نمنعه من شرب الخمر ونأخذه بالصوم والصلوة خلافا لمالك والشافعى
لعدم كونه مخاطبا (وينظر الرجل من الرجل و) تنظر (المرأة من المرأة و) عن (الرجل)
الاجنبى اذا امنى الشهوة (سوى ما بين السرة الى الركبة) اما نظر الرجل من الرجل
فيما عداها 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 ابوهريرة فقال للحسن اكشف لى عن بطنك جعلت فداك
حتى اقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل قال فكشفت عن بطني فقبل سرتي ولو
كانت من العورة لما كشفها الحسن ولا قبلها ابوهريرة وما تحت السرة الى الركبة عورة
لها مر فى شروط الصلوة واما نظر المرأة من المرأة فلو وجود المجانسة بين المرأتين

وانعدام الشهوة غالبا من الطرفين كما في نظر الرجل من الرجل اذا لم يكن امرد صبيحا ولا ينظر اليه بعين الشهوة واما نظرها من الرجل فلان الرجل يعمل في شغله متجردا غالبا فلو لم يجزها النظر لضاق الامر على الناس وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبى بمنزلة نظر الرجل الى محارمه فلا يجوز لها ان تنظر الى البطن والظهر لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ وعلى الرواية الاولى يجوز وهو الاصح ولو نظرت المرأة الى مالا يجوز لها النظر منه وفي قلبها شهوة او في اكثر رأبها انها تشتهي او شكت في ذلك استحب ان تغض بصرها بخلاف الرجل اذا نظر من المرأة الى ما يجوز 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 لاحالة فالعينان زناهما النظر الحديث رواه مسلم (ومن محرمه) اي وينظر الرجل من محرمه وهى من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب او سبب من رضاع او مصاهرة بنكاح اوسفاح (ومن امة غيره) قنا كانت او امة او مدبرة او مكتبة او ام ولد (الى ما وراء الظهر والبطن والفخذ) اي ما عدا هذه الاشياء اما المحرم فلقوله تعالى (ولا يبدن 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 موضعها وهو الوجه والكف وفي رواية عنه الاماظهر منها قال الوجه والكفان وهذا عن عائشة واما امة غيره فلان الامة تخرج لحوائج مولاهما 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 لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح مادون السرة الى الركبة وحجته قول ابن عباس من اراد ان يشتري جارية فلينظر اليها الا موضع المأزر ولتعامل اهل الحرمين واما الخلوقة بها والسفر بها فقول يباح كما فى المحارم واليه مال شمس الائمة السرخسى لان المولى قد يحتاج ان يبعثها فى حاجته الى بلدة اخرى ولا يجد محرما ليسافر معها وقيل لا يباح لعدم الضرورة واليه مال الحاكم الشهيد لقوله عليه السلام لا يبيتن رجل عند امرأة الا ان يكون ناكحا او ذا 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 (او ما ملكت ايماهن) على الاماء قلت ويؤيده الاجماع عليه فى قوله (الاعلى از واجهم او ما ملكت ايماهن) (وينظر الرجل من الاجنبية و) من (السيدة الوجه والكفين) لانها محتاجة الى ابداء ذلك لحاجتهما الى الاشهاد والى الاخذ

والاعطاء ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع والقدم كالوجه في رواية الحسن كما ذكره الطحاوي لانها تحتاج الى بدء قدمها اذا مشت حافية او متعلقة وقد لا تجد خفا في كل وقت واما ما ذكره في الهداية عن علي من نظر الى محاسن امرأة اجنبية عن شهوة صب الله في عينيه الآتك يوم القيمة فالمعروف من هذا الحديث من استمع الى حديث قوم وهم كارهون صب في اذنيه الآتك يوم القيمة وهو حديث صحيح رواه البخارى (وشرط) في النظر (الامن عن الشهوة) فان من لم يأمن لم يحل النظر احترازا عن الوقوع في الحرام (الاعند الضرورة كالقضاء والشهادة) اى ادائها لضرورة احياء حقوق الناس وقيدنا بادائها لان النظر لتحميلها لا يباح مع الشهوة على الاصح لانه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة (و) الا عند (ارادة النكاح) لا طلاق ما اخرجہ النسائي والترمذى وقال حديث حسن عن المغيرة بن شعبه انه خطب امرأة فقال له النبى صلى الله عليه وسلم انظر اليها فانه امرى ان يودم بينكما اى ان تدوم المودة بينكما وقد روى من طرق واخرج مسلم عن ابي حازم عن ابي هريرة قال خطب رجل امرأة من الانصار فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذهب فانظر اليها فان في عين الانصار شيئا ولان المقصود اقامة السنة لاقضاء الشهوة (و) الا عند (الشراء) اى شراء الامة لانه في معنى ارادة النكاح (و) الا عند (المداواة) بقدر الحاجات (وينظر) الرجل الطبيب (الى موضع المرض بقدر الضرورة) وصار كمنظر الخافضة والختان الى موضع الحفص والختان ويجوز للرجل النظر الى موضع الاعتقان من الرجل عند الضرورة لانه مداواة (والخصى ونحوه) من المحبوب والمخت (كالفحل) الخالص في حكم النظر لانهم ذكور حقيقة ولقول عايشة الحصة مثله فلا يبيع ما كان حراما قبله ذكره في المبسوط وقيل هو اشد الناس جماعا فانه لا تقتر آلتة بالانزال وكذا المحبوب لانه قد يستحق وان كان محبوبا قد جف ماءه فقد رخص بعض مشايخنا في حقه الاختلاط بالنساء لوقوع الامن من الفتنة وقد قال تعالى (اوالتابعين غير اولى الاربعة من الرجال) فقيل هو المحبوب الذى جف ماءه والاصح انه لا يحل له ذلك لعدم النصوص وكذا المخت في الردى من الافعال لانه كغيره من الرجال بل هو من الفساق فينجى عن النساء فاما اذا كان في اعضائه لين وفي لسانه تكسر ولا يشتهى النساء ولا يكون مختئا في الردى من الافعال فقد رخص بعض مشايخنا في ترك مثل مع النساء وهو امد تأويلي قوله تعالى (اوالتابعين) وقيل المراد الابله الذى لا يدري ما يصنع بالنساء وانما همته بطنه والاصح ان نقول انه من المتشابه وقوله (قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم) محكم فناءخذ بالمحكم ونقول كل من كان من الرجال لا يحل لها ان تبدى موضع الزينة الباطنة بين يديه ولا يحل له ان ينظر اليها الا ان يكون صغيرا فينبئ لا يؤمر به لقوله تعالى (اوالطفل الذين لم يظهروا 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 في قوله سبحانه (غير اولى الاربة من الرجال) او الطفل الذين لم يظهر وا على عورات النساء) ولا يبعد ان يكون الموصول نعتا للرجال والاطفال والله تعالى اعلم بالاحوال (ولى) اى وينظر الرجل ولو بشهوة الى (كل اعضاء من يحل بينهما الوطى) وهى زوجته وامته لان ما فوق النظر من المسيس والغشيان يباح له فالنظر اولى لقوله تعالى (والذين هم لفر وجهم حافظون الا على ازاوجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين) ولما في السنن الاربعة عن بهز بن حكيم عن ابيه عن جده معاوية بن حيدة قلت يا رسول الله عوراتنا ما نأتى منها وما نندر قال احفظ عورتك الا من زوجتك او ما ملكت يمينك قال قلت يا رسول الله ارايت لو كان القوم بعضهم فى بعض قال ان استطعت ان لا ترينها احدا فلا ترينها قال قلت يا رسول الله اذا كان احدنا خاليا قال فالله احق ان يستحيى من الناس وحسنه الترمذى ورواه الحاكم وصح 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 استحيى ان يرى اهلى عورتى قال ولم وقد جعلكم الله لهم وجعلهم الله لكم قال اكره ذلك قال فانهم يرينه منى واره منهم قال انت يا رسول الله قال انا قال فمن بعدك اذا يا رسول الله فلما ادبر عثمان قال صلى الله عليه وسلم ان ابن مظعون لحيى ستير واما حديث عائشة انه ما رأى منى ولا رأيت 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 مرفوعا انه يورث العى وضعف واما قول صاحب الهداية لان ذلك يعنى النظر الى العورة يورث النسيان لورود الاثر فغير معروف (وما حل نظره حل مسه) لتتحقق 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 لا يمسه ولا ينظر اليها ولا يخلو بها ولا بأس بالمسافة بها فان احتاجت الى الاركاب والانزال ولم يمكنها الركوب بنفسها فلا بأس بان يمسه من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتها ان امن الشهوة وان خافها عليها او على نفسه او ظن او شك اجتنب ذلك بجهده واما عبد المرأة فكالاجنبى عندنا وجعل مالك والشافعى نظره اليها كنظر الرجل الى ذات محارمه لقوله تعالى (او ما ملكت ايمانهن) ولا يجوز ان يعمل على الاماء لانهن دخلن فى قوله او نسائهن فلنا المراد

بالنص الاماء للتأكيد لما فى مصنف ابن ابي 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 يكرهه الرتيمة وهى خيط يربط فى الاصبع او الخاتم ليتذكر به الحاجة لانه من عادات العرب قال الشاعر ﴿ اذا لم يكن حاجتنا فى نفوسكم * فليس بهن 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 لينكرها 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 وأما 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 سيأتها ما قدر لها فلبث الرجل ثم اتاه فقال ان الجارية قد حملت قال قد اخبرتك انها سيأتها ما قدر لها والاولى ان لا 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 او هبة او ارث او وصية او غيرها (ولو بكر) او صغيرة (او مشرية ممن لا يطأ) بان اشتراها من محرما او من امرأة او من مال صبي (حرم وطئها ودواعيه) من اللمس وغيره (حتى تستبرئ بحيضة بعد القبض فيمن تحيض و بشهر فى ذات شهر) لايس او صغيرة (وبوضع الحمل فى الحامل) لما اخرجه ابو داود والحاكم وقال صحيح على شرط مسلم عن ابي سعيد الخدرى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال فى سبايا اطاس لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة وفى لفظ لابي داود ولايجل لامرى ء يؤمن بالله واليوم الآخر يسقى ماءه زرع غيره ولايجل لامرى ء يؤمن بالله واليوم الآخر ان يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها وفى مصنف ابن ابي شيبة عن على قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان توطأ الحامل حتى تضع او الحامل حتى تستبرئ بحيضة وحرم دواعى الوطى فى الظهار لانها قد تنقض اليه وما يفضى الى الحرام حرام مجدith الراعى حول الحمى وانما حل الدواعى فى الحيض والصوم لان الوطى حرم فى الحيض له معنى الاذى وذلك لا يوجد فى الدواعى ولان الصوم قد يمتد الى شهر فيؤدى الى الحرج كذا قالوه والاولى ان يقال انه استفيد من الاحاديث الواردة فيها (ورخص حيلة اسقاطه) اى استبرائه (ان علم عدم وطى بايعها فى هذا الطهر) اعلم ان ابا يوسف رخص الحيلة وخالفه محمد وكرهه لان الفرار من الاحكام الشرعية ليس من اخلاق المؤمنين فيكرهه اكتساب سبب الفرار ولا ييوسف ان

هذا منع عن وجوب الاستبراء ورفع لثبوتها فلا يكره الحيلة في اسقاطه كما لا يكره في اسقاط الربا
وأخذ المشايخ بقول أبي يوسف أن علم المشتري عدم وطىء البائع لها في ذلك الطهر وبقول
محمد أن علم وطىء البائع لها فيه وعن أبي يوسف أنه إذا تبين بفرار ربهما من ماء البائع فليس
عليه استبراء قلنا أن هذه حكمة الاستبراء والحكمة يتعلق بالعلة لا بالحكمة لبطونها تيسيرا
للعمامة (وهي) أي الحيلة (أن لم تكن تحته حرة أن ينكحها) أي يتزوجها قبل الشراء (ثم
يشترىها) كذا في الهداية وشرط بعضهم أن يقبضها قبل الشراء وقيل تزوجها ووطئها ثم
يشترىها (وإن كانت) تحته حرة (أن ينكحها) أي يزوجها البائع قبل الشراء أو المشتري قبل
القبض (لآخر) يثق به أو يشترط أن يكون امرأته بيده (ثم يشتري) المشتري أن كان
الانكاح قبل الشراء (أو يقبض) المشتري أن كان بعد الشراء قبل القبض (ثم يطلق) ذلك
الزوج أو من امرأته بيده ومن الحيلة أن يشتريها ويقبضها فيكتبها ثم يفسخ العقد برضاها
لأن بعقد الكتابة حرمت عليه ثم بعجزها صارت كالطالفة قبل الدخول وهذه سهل الوصول
(ومن فعل شهوة إحدى دواعي الوطى) وهي القبلة واللمس والنظر إلى الفرج (بأمنه)
حال كونهما (لا يجتمعان نكاحا حرم عليه ووطؤهما بدواعيه حتى يحرم أحدهما) بتملك كليهما
أو بعضها أو بانكاحها نكاحا صحيحا أو اعتاقها كليهما أو بعضها لأن الجمع بين الاثنين المملوكتين
لا يجوز ووطئها لا طلاق قوله تعالى (وإن تجمعوا بين الاثنين) لأن المراد به الجمع بينهما
وطأ وعقدا لأنه معطوف على المحرمات وطأ وعقدا ولا يعارض هذا قوله تعالى (إلا ما
ملكتم إيمانكم) لأن الترجيح للمحرم ولأنه استثناء من المحصنات من النساء والمهراد
المسبيات وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لأن النص مطلق فیتنا ولها أو لأن الداعي
إلى الوطء بمنزلة في التحريم ويستحب لمن أراد بيع أمته الموطوءة أن يستبرئها لاهتمال
أن يكون علقت منه ولا يستبرئها المشتري فيثبت النسب وأوجه مالك صوتا لمائه
(وكره) للرجل (تقبيل الرجل) في فمه أو شئ منه (وعناقه في إزار واحد) ولو بلا شهوة
عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا بأس بذلك عند عدم الشهوة لما أخرجه الحاكم
في المستدرک وقال أسناده صحيح لا اعتبار عليه من حديث ابن عمر قال وجه رسول الله
صلى الله عليه وسلم جعفر ابن أبي طالب إلى بلاد الحبشة فلما قدم منها اعتنقه النبي صلى
الله عليه وسلم وقبل بين عينيه فصار كالمصافحة وتقبيل يد العالم العامل والسلطان العادل
للتبرک اما المصافحة فلقول عليه السلام إن المؤمن إذا لقي المؤمن فسلم عليه وأخذ بيده
تناثرت خطاياهما كما تناثر ورق الشجر رواه الطبرانی في معجمه الأوسط وقوله عليه
السلام ما من مسلم يلتقيان فيتصافحان إلا غفر لهما قبل أن يفترقا رواه أبو داود والترمذی

واما قول صاحب الهداية عنه عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده فتأثرت ذنوبه
 فقوله حرك يده غير معروف واما التقبيل فلقول ابن عمر كناني سرية من سرايا رسول الله
 صلى الله عليه وسلم فدنوننا من النبي صلى الله عليه وسلم فقبلنا يده رواه ابو داود والترمذي
 واقول صفوان بن عسال ان قوما من اليهود قبلوا يد النبي صلى الله عليه وسلم ورجله
 رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح واما ما قيل ان حديث جعفر محمول على ما قبل
 التحريم فغير ظاهر بل ينبغي ان يخص جواز المعانقة بالقادم من السفر والله تعالى اعلم
 وروى الطحاوي انه عليه السلام نهى عن المكامة وفي الجامع الصغير ويكره ان يقبل فم
 الرجل اويده او شيئاً منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال
 ابو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة وقالوا الخلاف فيما اذا لم يكن عليهما غير الا زار
 واما اذا كان عليهما فميص اوجبة فلا بأس بالاجماع وهو الذي اختاره الشيخ ابو منصور
 الماتريدي 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 لقي غيره
 فمكروه وما يفعلون من تقبيل الارض بين يدي السلطان والمشايخ فحرام والفاعل والراضى
 به آثم لانه يشبه عبادة الاوثان وذكر الصدر الشهيد انه لا يكفر بهذا السجود لانه يريد
 به التحية ففهم منه انه لو سجد للمتظيم كفر كما صرح به السرخسي ولهما ما روى ابن
 ابي شعبة وعبد الرزاق في مصنفيهما من حديث عامر الحجري قال سمعت ابا ركانة وفي
 نسخة صحيحة ابا ركانة صاحب النبي صلى الله عليه وسلم واسمه سمعون بالمهملة او المعجمة
 قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مكامة او مكامة المرأة المرأة ليس بينهما شئ
 وعن مكامة او مكامة الرجل الرجل ليس بينهما شئ قال ابو عبيد القاسم بن سلام
 والمكامة ان يلثم الرجل فاه صاحبه والمكامة ان يضايع الرجل صاحبه في ثوب واحد
 وفي سنن الترمذي عن انس قال رجل يارسول الله الرجل منا يلقي اخاه او صديقه 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 او على ما كان بازار واحد
 اما الاحناء للسلطان او غيره فمكروه ويجرم تقبيل الارض بين يدي العالم والشيخ او
 السلطان للتحية واما السجود فحرام واختلف في كونه كفراً (وكره بيع العنرة خالصة وصح) بيها (مخلوطة)
 بمنزلة زيت خالطه نجاسة (و) جاز (الانتفاع بهن) اى بالمخلوطة لان العادة لم تجر بالانتفاع
 بخالص العنرة وجرت بالمخلوطة وفي شرح الكنز والصحيح عن ابي حنيفة ان الانتفاع بالعنرة
 الخالصة جائز (وصح) بيع (السرقين) لانه ينتفع به ويدخر لوقت الحاجة فانه يلقي في الارض لاستكثار

الزرع (و) جاز (خصاء البهائم) لانه صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين موجأين اى خصيين
ولان لحمها يطيب به (لا الأدمى) اى ولا يجوز خساء الأدمى 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 ذكره وفيه بحث
اذ لا يلزم من ركوبها جواز الانزاء فقد روى ابوداود 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 لا يعلمون ولعل علما ثنا حداه على كراهة التنزيه
وجوزوه (و) جاز (سفر الامة وام الولد بلا حرم) لان الاجانب مع الاماء فيما يرجع الى النظر
والمس بمنزلة المحارم فكما يجوز للحر ان تسافر مع المحرم فكذا يجوز للامة ان تسافر مع الاجنبى
وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها وكذا المكتبة لانها مملوكة ربة وقد تقدم
اختلاف المشايخ فى اختيارهم وفى النهاية معزيا الى شيخ الاسلام هذا فى زمانهم لغلبة اهل
الصلاح واما فى زماننا فلغلبة اهل الفساد (و) صح (بيع العصير من ماخذة خمر) لعموم قوله تعالى
(واهل الله البيع) ولان المعصية لانقام بعينه باقيا على حاله بل بعد تغييره وصيرورته امرا
آخر ممتازا عن العصير بالاسم والخاصة بخلاف بيع السلاح فى ايام الفتنة فان المعصية تقام
بعينه كذا ذكره وينبغى ان يكون مكروها لكونه سببا لتحصيل المعصية ولقوله تعالى
(تعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) ولذا منعه مالك والشافعى ويحرم
على المسلم اخذ دينه من ثمن خمر باعها مسلم لادمى لان بيع المسلم الخمر باطل اذ لا قيمة
للخمر فى حق المسلمين فلم ينعقد البيع واذا لم ينعقد لم يجب الثمن فلم يملكه ولا يحل
لرب الدين اخذه واما بيع الذمى فى الخمر فصحيح لانها مال فى حقه فيملك الثمن فيصح
اخذة (وكره استخدام الخصى) لان فى استخدامه حثا على هذا الصنع الحرام (و) كره (اقراض
بقال شيئا يأخذ منه ماشاء) لانه اذا ملك الدرهم فقد اقضه اياه وقد شرط ان يأخذ منه
ما يريد مالا وله فى ذلك نفع فيصير فى معنى القرض الذى جر نفعا وهو منهى عنه وان اودعه
اياه ثم اخذ منه ماشاء مفرقا لا يكره (و) كره (اللعب بالنرد) اجماعا (والشطرنج) وفيه خلاف
ياتى (و) كره (الغناء) وهى الممدودة بمعنى النغنى بالانغام الموسيقية ونحوها (وكل لهو)
اى لعب مشغل عن الغرض اما النرد فلما اخرج احمد ومسلم وابوداود عن سليمان بن بريدة
عن ابيه بريدة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من لعب بالنردشير فكانها 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 اخرج العقيلي فى ضعفائه عن

ابي 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 في ضعفائه عن وائلة
 بن الاسقع عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله عز وجل في كل يوم ثلثمائة وستين
 نظرة لا ينظر فيها الى صاحب الشاه يعنى الشطرنج واما الغناء فلقوله تعالى (ومن الناس من
 يشرى لهو الخديث) وفسر بالمغنين وقد كتبت في هذه المسئلة رسالة مستقلة واستعمال
 الملاهي محرمة بالاتفاق وطبل الغزاة والدف في العرس مستثناة للاذن فيهما شرعا وسئل
 ابو يوسف ايكوه الدف في غير العرس تضر به المرأة للصبي في غير فسق قال لا فاما الذى
 يحى عنها الوحشة كالغناء فانى اكرهه واما اللهولما اخرجها الحاكم في المستدرک وقال حديث
 صحيح على شرط مسلم عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كل شىء من اهل الدنيا
 باطل الاثلاثة انتضالك بقوسك وتاديبك فرسك وملاعبتك اهلك فانهن من الحق وفيه دلالة
 على ان الشطرنج لعب باطل كما يدل عليه صيغة الحصر في لهو الحق وابع الشافعى اللعب بالشطرنج
 اذا لم يكن قمار ولا اغلال بشىء من الواجبات اذ فيه تشجيد الخواطر وتزكية الافهام قال
 سهل بن محمد الصعلوكى رئيس اصحاب الشافعى اذا سلمت اليد من الحسران والصلوة من
 النسيان واللسان من الهذيان فهو ادب بين الخلان ولواكثر منه ردت شهادته وفي المجتبى
 قول الشافعى رواية عن ابي 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 يصد ذلك عن الصلوة لا يسقط ولم ير ابو حنيفة بالسلام عليهم
 بأسا لشغلهم عما هم فيه وكرهاه تحقيقا لهم ويؤيدهما ما روى ان عليا رضى الله عنه مر بقوم
 يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم ف قيل له ذلك قال كيف اسلم على قوم يعكفون على اصنام لهم
 ذكره العيني (و) كرهه من سيد (جعل الغل في عنق عبده) لانه عقوبة اهل النار فيكرهه كالا حراق
 بها (بخلاف التقييد) لانه سنة المسلمين في السفهاء فلا يكرهه في العبد تحرزا عن اباقه
 (و) كرهه كراهة تحريم (احتكار قوت البشر والبهائم) كالحنطة والشعير والتبن (في بلد
 يضر باهل) لما اخرجهم مسلم عن معمر بن عبد الله العدوى ان النبي صلى الله عليه وسلم
 قال لا يحتكر الا خاطى اى مذنب واخرج ابن ماجة في سننه وابو يعلى الموصلى في مسنده
 عن عمر بن الخطاب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجالب مرزوق والاحتكر
 ملعون اما لو لم يضر بهم بان كان المصر كبيرا لا يكره لانه حابس لمسكه من غير اضرار غيره
 وقال ابو يوسف كل ما اضر بالعامه 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 اخرجهم احمد وابن ابي شيبة والبخاري والحاكم في المستدرک
 عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد
 برى من الله وبرى الله منه واياها اهل عرصة بات فيهم امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله
 وقيل المدة المضروبة للمعاقبة في الدنيا بان امره القاضي ببيعه عنهم هو الصحيح واما الاثم
 فيحصل وان قصرت (لا غلة ارضه) اى لا يكره احتكار الشخص غلة ارضه ينبغي ان
 يقيد بما لم يزد على نفقة سنة (و) لا (مجلوبة من بلد آخر) وهذا عند ابي حنيفة وقال
 ابو يوسف يكره ان يجس ما جلبه من بلد آخر لاطلاق ماروينا (و) كره (تسعير الحاكم)
 لما اخرجهم ابو داود وابن ماجه والترمذى وقال حديث حسن صحيح من حديث انس
 قال قال الناس يا رسول الله غلا السعر فسررنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله
 هو المسعر القابض الباسط الرازق وانى لا رجو ان القى الله وليس احد منكم يطالبنى
 بمظلمة من دم ولا مال ولا ن الثمن حق الملاك فلا ينبغي للامام ان يتعرض حقهم (الا
 اذا تعدى الار باب) اى ارباب السلع (عن القيمة) تعديا (فاحشا) بان باعوا بضعف القيمة
 وعجز السلطان عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فانه يسعرا فيه من رفع الضرر
 العام ولكن بمشورة اهل الرأى ثم اذا سعر الحاكم وباع رجل باكثر مما سعر به جاز عند
 ابي حنيفة مطلقا لانه لا يرى الحجر على الحجر وفي ابطال بيعه نوع حجر عليه وعندهما يجوز اذا
 لم يكن التسعير على قوم بعينهم لانه لا يكون حجرا بل فتوى فانهما لا يريان الحجر على
 مجهولين ومن باع بما سعره الامام صح لانه غير مكره على البيع كذا في الهداية وفي المحيط
 وشرح المختار ان البائع اذا كان يخاف اذا نقض ان يضر به الامام لا يحل للمشتري ذلك
 لانه في معنى المكره والخيلة ان يقول المشتري له بعنى بما تحب فباى شىء باعه بحل ولو خاف
 الامام على اهل مصر الهلاك اخذ الطعام من المحتكرين وفرقه فاذا وجدوا سعرا ردوا مثله وليس
 هذا من الحجر بل من دفع الضرر كما في حال التخمصة وكذا يحرم تلقى الجلب في بلد يضر
 باهل لقوله عليه السلام لاتلقوا الركبان ولا يبع حاضر لباد رواه الشيخان وفي لفظ لمسلم
 لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشتره فاقى سيده السوق فهو بالخيار (وقيل قول فرد كيف ما
 كان) اى عدلا كان او فاسقا مسلما كان او كافرا حرا كان او عبدا ذكر ا كان او انثى (في
 المعاملات) كالوكالات والمضاربات والاذن في التجارات لانه يكثر وجودها بين الناس والعدل
 عزيز الوجود فلو شرط فيها امر زائد لادى الى الحرج (فان قال كافر شرى اللحم من مسلم
 او كتابي حل كله) ان قال (من مجوسى حرم) بخلاف ما اذا قال هذا حلال او حرام
 فانه لا يقبل قوله (وشرط العدل في الديانات كالحجر عن نجاسة الماء) وعن حل الطعام وحرمة

لانه لا يكثر وقوعها كثرة وقوع المعاملات فيشترط فيها الاسلام والعدل الفنى المخبر العدل
 بنجاسة الماء لا يتوضأ به لعدم التهمة وفي الكافر يتوضأ به للتهمة (وفي الفاسق والمستور تحرى)
 فان كان اكبر رأيه انه صادق يتيمم ولم يتوضأ به لترجع جانب الصدق بالتحرى والاحوط
 ان يريق الماء ثم يتيمم وان كان اكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجع جانب
 الكذب بالتحرى ولو اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات او طلقها ثلاثا واخبرها غير ثقة ومعه
 كتاب بطلاقها ولم تدرا منه الا انها تحرت فترجع 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 في هذا الفصل اخبرها بخبر مستنكر وقد الزمها الحكم بخلافه وفي
 الاول اخبرها بخبر محتمل وهو امر بينها وبين غيرها فلها ان تعتمد ذلك الخبر وتتزوج ويقبل قول
 الصبي والقمي في الهدية والاذن له في التجارة لان الهدايا تبعث على يد هؤلاء عادة فلو لم
 يقبل قولهم لادى الى الحرج والعبد يحتاج في الاسواق والامصار البعيدة ولا يمكنه استحضار
 الشهود الى تلك المواضع فلوم يقبل قوله في الاذن لتخرج الناس في المعاملة مع العبيد ومما
 ينبغى ان يلحق بهذا الكتاب مسائل شتى مما يناسب هذا الباب فقد قال علماء نالا بأس
 بتعشير المصحف ونقطه وشكله في زماننا واصل الرواية انه يكره التعشير والنقطة في المصحف
 لقول ابن مسعود جردوا القرآن ولا تلتحقوا به ما ليس منه رواه ابن ابي شيبة وله معنيان
 احدهما جردوه في التلاوة ولا تلتطوا به غيره وثانيهما جردوه في الخط من التعشير والنقطة
 وفي زماننا لا بد لغالب الناس من الدلالة فبالتعشير تحفظ الآي وبالنقطة يحفظ التصحيف
 وبالشكل يحفظ الاعراب فيكون بدعا مستحسنة وقد صح عن ابن مسعود ما رآه المسلمون حسنا
 فهو عند الله حسن ويجوز تحليته لما فيها من تعظيمه وكذا نقش المسجد وتزيينه بماء الذهب
 ونحوه لكن لا من غلته وفقه حتى لو فعل منها ضمن ثم هو قربة في الاصح لما فيه من تعظيم بيت
 الله ولظاهر قوله تعالى (انها يعمر مساجد الله من آمن بالله) وقيل مكروه لانه من الامور المبتدعة
 ويكره في المسجد عمل الدنيا كخياطة وكتابة باجرة لها وردان المساجد انها بنيت للصلوة
 الالضرورة بان لم يجد مكانا غيره وكان قوته من صنعته ولا يكره عندنا دخول الذمي
 المسجد الحرام وكرهه الشافعي 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 مستعلين وبان النجاسة محمولة على خبث عقايدهم وكرهه
 مالك في كل مسجد اعتبارا بالمسجد الحرام لعموم العلة وهي النجاسة ولنا ما في سنن ابي داود
 عن عثمان بن ابي العاص ان وفد ثقيف لما قدموا على النبي صلى الله عليه وسلم انزلهم

المسجد ليكون ارق لقلوبهم فاشترطوا عليه ان لا يحشروا ولا يعشروا ولا يجبوا فقال رسول
 الله صلى الله عليه وسلم لكم ان لا تحشروا ولا تعشروا ولا خير في دين ليس فيه ركوع والتجبية
 بالجيم والموحدة وضع اليدين على الركبتين وفي مراسيله عن الحسن ان وفد ثقيف اتوا
 رسول الله صلى الله عليه وسلم فضربوا لهم قبة في مؤخر المسجد لينظروا الى صلوة المسلمين
 فقيل له يا رسول الله انزلتهم في المسجد وهم مشركون قال ان الارض لا يتنجس بآدم ويحرم
 بيع اراضى مكة عند ابي حنيفة خلافا لهما ولا يحرم بيع ابنتها اتفاقا لان البناء ملك لمن بناه
 الا ترى انه لو بنى في المستأجر اوفى الوقف صار البناء له وجاهله ببيعه ولا يكره عيادة النمي
 لقوله تعالى (لا ينهيكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان
 تبروهم) ولما في صحيح البخارى عن انس قال كان غلام يخدم رسول الله صلى الله عليه وسلم
 فمرض فاتاه النبي صلى الله عليه وسلم يعوده فقعده عند رأسه فقال اسلم فنظر الى ابيه وهو عنك
 فقال اطع ابا القاسم فاسلم فخرج النبي صلى الله عليه وسلم وهو يقول الحمد لله الذي انقذه
 بي من النار واختلفوا في عيادة الفاسق والمبتدع والا صح انه لا بأس بهذا لانه مسلم قيل
 ويحرم قوله في الدعاء استئلك بمعقد العزم من عرشك وقد روى بتقديم القاف على العين
 فلا يجوز اتفاقا لاستحالة معناه على الله سبحانه وتعالى وروى بعكسه فكذا يحرم لانه يومهم
 تعلق العز بالعرش والعرش حادث وما يتعلق به يكون حادثا والله سبحانه متعال عن تعلق عزه بالحوادث
 فان عزه قديم كذاته وسائر صفاته وعن ابي يوسف انه لا باعس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث
 قيل ويحرم ان يقول في دعائه بحق فلان نبيا كان او وليا او بحق البيت او المشعر الحرام
 لانه لاحق للخلق على الله لكن قديقال 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 في الحصن الحصين
 وجاء رواية اللهم انى استئلك 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 النبي صلى الله تعالى عليه وسلم قبل هديته واكل منها بخلاف هدية النقدين والثياب
 على يده لعدم ورود نص عرف ذلك فبقى على اصل القياس في المنع وكره ان يجعل الرأية
 في عنق العبد وهى طوق من حديد مسمر بمسما عظيم يمنعه من ان يحرك رأسه وهو معتاد
 بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالا حراق بها وحل قيده لانه سنة المسلمين في السفهاء
 واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لهاله وحلت الحقنة للتداوى في السنن
 الاربعة عن اسامة بن شريك قال انيت النبي صلى الله تعالى عليه وسلم واصحابه
 كانوا على رؤسهم الطير فسلمت ثم قعدت فجاء الاعرابي من ههنا ومن ههنا فقالوا يا رسول الله صلى

الله عليه وسلم انتدأوى فقال تدأوا فان الله لم يضع داء الاوضع له دواء الا الهرم ولفظ احمد في 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 في الحقنة وغيرها كالخمر ونحوها لان التدأوى بالمحرم حرام ثم التدأوى بالحلال جائز لا واجب فمن ترك المعالجة فمات لم يمت عاصيا لانه ليس في 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 مثله لانه يجب عليه ترك المنكر والنهى عنه فاذا ترك احدهما لا يسقط عنه الآخر وينهى الامام من اظهر الفسق في داره فان لم يكف حبسه او ضربه سباطا او از عجه منها ردعا له وزجرا عن ارتكاب الفواحش ويحرم على المغنى والناجحة اخذ المال المشروط على الغناء والنوح لانه اجر على معصية بخلاف غير المشروط فانه تبرع لكنه يكره لانه وسيلة الى فعله ولا بأس بدخول الحمام للرجل والمرأة اذا انزرت وغض البصر لقول عليه السلام انها ستفتح لكم ارض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلا يدخلونها الرجال الا بالازار وامنعوها النساء الامر يضة او نقساء رواه ابو داود وغيره وكره غمز الاعضاء في الحمام لانه فعل المترففين 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 يستين شيء من خلقه لانه مضغة بعد ولا حكم لها الا انه مكروه بغير ضرورة ويقطع حمل ميت اعترض في بطن حامل خيف عليه الموت منه اذا لم يخرج الا به لانه ليس للميت حرمة بالنسبة الى الحي واما اذا اعترض الولد في الحامل وقت الولادة وخيف على الحامل ولم يمكن اخراج الولد الا بقطعه بان تدخل القابلة يدها الى داخل الفرج فتقطعه بألة ونحوها فلا يقطع لان موتها موهوم فبأمر موهوم لا يجوز اتلاف آدمى حتى يحقق ويشق من الجانب الايسر بطن من ماتت فاضطرب الولد فيه وعلمت حيوته ولو بغلبة الظن لها 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 جانبا وقيل لا يشق لامسكان الوصول اليه بعد تفسخه ودفع بانه يلزم تأخير حقه وقد لا يعيش اليه ولو دفنت الحامل

وانى على الولد سبعة اشهر وكان يتحرك في بطنها فرؤيت في المنام انها تقول ولدت
لا يشق لان الظاهر موته ذكره العينى ولا باس بثقب اذن الصغيرة لانه للزينة فصار
كالختان ويجوز الحجامه والفسادة عند الحاجة وربما يجب لما صح ان النبي صلى الله عليه
وسلم احتجم والفسادة مثلها ولانها للنداوى وهو مأذون فيه شرعا ويجب على كل
مكلف تعلم ما يحتاج اليه لاقامة الفرائض والواجبات ولمعرفة العقد الصحيح من غيره في
المعاملات والحلال من الحرام من المأكولات والمشروبات لقوله عليه السلام طلب العلم
فريضة على كل مسلم ومسلمة وواضع العلم عند غير اهل كمثل الخنازير الجوهر والمؤلؤ
والذهب رواه ابن ماجه وقوله تعلموا الفرائض والقرآن وعلّموا الناس فانى مقبوض رواه
الترمذى ويكره تعلمه للمباهات والمجارات وطلب المال والجاه لقوله عليه الصلوة والسلام
من طلب العلم تجارى به العلماء او السفهاء او يصرف وجوه الناس اليه ادخله الله النار رواه
الترمذى وابن ماجه وقوله صلى الله عليه وسلم من تعلم علما مما يتقى به وجه الله لا
يتعلمه الا ليصيب به عرضا من الدنيا لم يجد عرف الجنة يوم القيمة يعنى ربحها رواه ابو
داود وقد وردان ربحهايشم من قدر خمسمائة عام ويجب على العالم التعليم الى حد التفهيم
لقوله عليه السلام من سئل عن علم علمه ثم كتبه الجم يوم القيمة باجم 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 الا قدر 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
لقوله صلى الله عليه وسلم طاب كسب الحلال فريضة بعد الفريضة رواه البيهقى فى شعب
الايمان وقوله 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 ومجارات الاقرباء فانه افضل من التخلّى للعبادات لكون منفعتة
متعدية وقوله عليه السلام الساعى على الارملة والمسكين كالمجاهد فى سبيل الله وكالذى
يقوم الليل ويصوم النهار رواه ابن ماجه وفى رواية له الصدقة عن 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 فخارا الامن اتقى وبر وصدق رواه الترمذى وغيره وقال حديث حسن صحيح وأفضل الكسب الجهاد لما ورد في 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 والدارقطنى وابن ماجه ثم الزراعة لقوله عليه السلام ما من مسلم يغرس غرسا او يزرع زرعاً فبأكل منه طير او انسان او بهيمة الا كان به صدقة رواه البخارى ومنهم من فضل الزراعة على التجارة لانها اعم نفعاً 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 يأكل 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 لماروينا من قوله عليه السلام واياها اهل عرصة بات فيهم امرؤ جايح فقد برئت منهم ذمة الله اخرجه احمد وغيره عن ابن عمر مرفوعا ويكره اعطاء السائل في المسجد الا اذا لم يتخطر قاب الناس ولم يمش بين يدي المصلين في القول المختار فقد روى انهم كانوا يستلثون في المساجد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى روى ان عليا تصدق بخاتمته في الصلوة فمدحه الله تعالى (انما وليكم الله ورسوله والنبيين 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 هلّل او صلى على النبى صلى الله عليه وسلم في مجلس الفسق واللغو فهو حرام يأثم فيه وكذلك التاجر اذا فتح متاعه لمشتريه ويسبح او يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم واراد بذلك اعلام المشتري جودة متاعه وكذلك الفقاعى يقول عند فتح كوز الفقاع لآله الا الله او يقول صلى الله على النبى او نحو ذلك لانه يأخذ ثمنها ويرغب المشتري هنالك كذا في شرح تحفة الملوك للعيني ومن هنا يفهم ان بالاولى يحرم ذكر الله او النبى مع الرباب كما هو شأن الاعراب او مع الزمارة كما هو شعار السيارة من شياد اهل اليمن في السوق وابواب ارباب التجارة ثم قال ويجب منع الصوفية الذين يدعون الوجد والحجة عن رفع الصوت وتمزيق الثياب عند سماح الغناء مع ان ذلك

حرام عند سماع القرآن فضلا عنه عند سماع الغناء الذي هو حرام خصوصا في هذا الزمان
 الذي اشتهر فيه الفسق وظهرت فيه انواع البدع واشتهرت فيه طائفة تحلوا بحلية العلماء
 وتزيوا بزى الصالحاء والحال ان قلوبهم ممتلية من الشهوة الكاسدة والاهواء الفاسدة فالعجب
 منهم انهم يدعون محبة الله وبخالفون سنة رسول الله فيصنفون بايديهم ويطربون بارجلهم
 ويصعقون بافواههم ويظهرون ما ليس في قلوبهم ويتحركون بحركات مختلفة في ابدانهم
 والازباد تنزل من اشد افعالهم حتى ان الجهال والحكمى من العامة يعتقدونهم ويلازمونهم ويقصدونهم
 ويعطونهم وينسبون انفسهم اليهم وينفقون اعاذنا الله من شرهم وشر مالديهم ولايجل قبول
 هدية امرء الجور وسائر الظلمة الا اذا علم ان اكثر مالهم حلال بان كان صاحب تجارة
 او زراعة فلا بأس به لان اموال الناس لا تخلوع عن قليل حرام فالمعتبر الغالب وكذا اطعامهم
 وهذا بالنسبة الى الاغنياء واما الفقراء فلهم ان يأخذوا من اموال الا مرء لان غالب اموالهم
 بيت المال ومصرفه الفقراء وهذا طريق الفتوى والاحوط امتناعه للفقوى وفي تحفة الملوك
 رجل يتردد الى الظلمة ليدفع شرهم عنه فان كان مقتيا او مقتدى به لايجل 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 فلايجوز لقوله عليه السلام ان
 اناسا من امتى سيتفقهون في الدين ويقرؤن القرآن ويقولون ناعى الامراء فنصيب من دنياهم
 ونعتزلهم بديننا ولا يكون ذلك كما لا يجتنى من القتاد الا الشوك كذلك لا يجتنى من قربهم
 الا الخطايا رواه ابن ماجة 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 الاختار وكان ابوذر وابو الدرداء لا يجوزان ذلك حتى روى ان اميرا اهدى الى ابي
 ذر مائة دينار فقال هل اهدى لكل مسلم مثل هذا فقبل لافردها وقال (كلا انها لظى نزاعة
 للشوى) ولا يبعد ان يحمل اخذ ابني عباس وعمر على نية تفريقه على الفقراء وانهم لو لم
 يأخذوه لاعطى الاغنياء اولم يعط لاحد شيئا من الاشياء فلاخذهم وجه وان كان الامتناع
 عن اخذهم اوجه لانه بعد من الريبة واشد على الظالم في مقام الاهانة ويسن قص الشارب
 وتقليم الاظفار وبتف الابط وحلق العانة فانها من الفطرة وسنن الخليل عليه السلام الوارد
 فيها قوله تعالى (واذا بتلى ابراهيم ربه بكلمات فاتمهن) وقد فعلها نبينا صلى الله عليه وسلم
 وامر بها وفي حديث قص الشارب وتقليم الظفر وبتف الابط وحلق العانة يوم الخميس
 والفضل والطيب واللباس يوم الجمعة رواه الديلمي عن على قال الطحاوى في شرح الآثار
 وقص الشارب حسن وهو ان يأخذ منه حتى ينتقص عن الطرف الاعلى من الشفة العليا واجاز

بعضهم حلقه لقوله عليه السلام احفوا الشارب واعفوا المحي وفسر الاحفاء بالاستيصال ودفع بانه وردفصوا الشارب واعفوا المحي كما رواه احمد عن ابى هريرة رضى الله عنه وهو تفسير للاحفاء ولانه عليه السلام لم يحفظ عنه انه حلق شاربه بل قد ورد فصوا الشوارب مع الشفاء رواه الطبراني عن الحكم بن عمرو وحسن ترك قصه مع بقاء اظفاره في الجهاد ليكون اهيب في عين العدو والاظفار سلاح عند الاحتياج به وسن الختان للرجال وهو من الفطرة وعد مكرمة للنساء لحصول الكرامة لهن به عند ازواجهن وقدر وقته بسبع سنين وهو مختار ابى ابى الميث اوتسع 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 النبي صلى الله عليه وسلم قال لاسبق الا في خوف او نصل او حافر رواه احمد والاربعة والمراد بالخف الابل وبالنصل الرمي والحافر الفرس والبغل والحصان قال الخطابي الرواية الصحيحة بفتح الموحدة وهو ما يحصل من المال هنا على المسابقة وبالسكون المصدر سبقتة اسبقه وعن ابى هريرة ايضا قال كانت المسابقة بين اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخيل والركاب والارجل وحل الجمل من اهد الجانبين بان يقول احدهما لصاحبه ان سبقتني فلك كذا وان سبقتك فلاشى على او من شخص ثالث لاسبقهما بان يقول من سبق منكما دفعت اليه دينارا وهرم من الجانبين لانه يصير قمارا الا ان يوجد محلل بينهما ويكون فرسه كفوا لفرسيهما ويشترط انه ان سبقهما اخذ منهما الجمل وان سبقاه لاشيء لهما عليه لخروجه حينئذ عن القمار ويلحق بالمسابقة ان يجعل طالبان بان اختلفا في مسألة ورجعا الى الشيخ ليفصل بينهما فيها لانه لما جاز في الافراس لمعنى يرجع الى الجهاد يجوز هنا للبحث على الجهاد في طلب العلم لان الدين كما يقوم بالجهاد يقوم بالعلم والاجتهاد ثم رمى السهم له فضائل كثيرة لقوله تعالى (واعدوا لهم ما استطعتم من قوة) ورد تفسيرها عنه عليه السلام الا ان القوة الرمي ثلاث مرات وقد ورد ان الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة صانعه يحتسب في صنعه الخير والرامي به والمبذل به رواه ابن ماجه وفي رواية له من رمى بسهم فبلغ سهمه العدو اصاب او اخطأ فعدل رقبة وفي رواية له ايضا من تعلم الرمي ثم تركه فقد عصى واما الجوز الذي يلعب به الصبيان يوم العيد فيؤكل لان ابن عمر كان يشتري الجوز للصبيان وهم يلعبون به ثم يأكله معهم كذا ذكره العيني 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 في العيد

وغيره وتضرب الدابة على النفار دون العثار لان العثار يكون من سوء امساك الراكب بالجام
 والنفار من سوء خلق الدابة فتؤدب عليه ولما في كامل ابن عدى عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه
 وسلم قال اضربوا الدواب على النفار ولا تضربوها على العثار وركض الدابة ونحسها
 كما يفعل الدالون مكروه وكذا اذا كان بطريق اللهلوانه تعذيب الحيوان بلاغرض صحيح
 بخلاف الفرار من العدو والكرار عليه ويستحب القيلولة في شدة الحر لانه وقت انتشار الشياطين
 وقد ورد قيلوا فان الشيطان لا يقبل ويحرم لبس الاحمر والمعصر لما في سنن ابي داود
 والترمذى عن عبد الله بن عمر وبن العاص قال مر رجل وعليه ثوبان احمران فسلم على النبي
 صلى الله عليه وسلم فلم يرد عليه وفي سنن ابي داود عنه ايضا قال رآني رسول الله صلى الله
 عليه وسلم وعلى ثوب مصبوغ بعصفر مورد فقال ما هذا فعرفت ما كرهه فانطلقت فاحرقته فقال النبي
 صلى الله عليه وسلم ما صنعت بثوبك قلت احرقته قال افلاكسوته بعض اهلك فانه لا بأس
 به للنساء وفي صحيح مسلم عنه ايضا قال رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثوبين
 معصفرين فقال ان هذين من ثياب الكفار فلا تلبسهما وفي رواية قلت اغسلهما قال بل
 احرقهما وهذا مبالغة في النهي لما تقدم وروى ابو داود والترمذى عن علي انه عليه السلام
 نهى عن لبس المعصفر واما لبس الاخضر فمستحب لقول ابي رثة رأيت رسول الله صلى الله
 وسلم وعليه ثوبان اخضران اخرجهم ابو داود والترمذى والنسائى والنسائى وعليه بردان
 اخضران وندب لبس البياض لقوله عليه السلام ان احسن ما زرتهم اليه في قبوركم ومساجدكم
 البياض رواه ابن ماجه وفي رواية للترمذى والنسائى البسوا من ثيابكم البياض فانها
 اطهر واطيب وكفنوا فيها امواتكم واما لبس السواد فجائز لقول سعد بن ابي وقاص رأيت رجلا
 على بغلة بيضاء على رأسه عمامة سوداء وقال كسانيتها عليه السلام رواه ابو داود وقال عمر وبن
 امية كاني انظر الساعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر وعليه عمامة سوداء قد ارخى
 طرفها بين كتفيه اخرجهم النسائى وابن ماجه وقد دخل النبي عليه السلام مكة يوم الفتح
 وهو متعمم بعمامة سوداء رواه الترمذى في شمائله ولا ينبغي ان يظاهر بين جبنتين او اكثر
 في الشتاء اذا اكتفى بدون ذلك لانه يغيظ المحتاجين وطريق المتكبرين 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 وارضوها خلف
 ظهركم رواه البيهقى في شعب الايمان وقوله عليه السلام فرق ما بيننا وبين المشركين العمائم
 على القلائس رواه الترمذى وقول ابن عمر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اعتم سدل
 عمامته بين كتفيه رواه الترمذى وقال حديث حسن غريب وعن عبد الرحمن بن عوف عمى

رسول الله فسد لها بين يدي ومن خلفي رواه ابو داود ويكره الترجيع بقراءة القرآن واستماعه
لانه تشبه بفعل الفسقة وقيل لا بأس به اذالم يخرج الحرف عن حقه والمدع من له ماورد زينو
القرآن باصواتكم رواه احمد وجماعة وصححه الحاكم عن البراء وزاد الحاكم في رواية عنه
فان الصوت الحسن يزيد القرآن حسنا وفي رواية زينو اصواتكم بالقرآن وكره رفع الصوت
عند قراءة القرآن وعند الجنائز وعين الزحف على العدو وعين الوعظ لانه يذهب الهيبة
والخشوع ويحرم قيام التالى للقرآن وكذا الراوى للحديث للدخل عليه لان فيه نوع
اهانة له باعراضه عنه واقباله على من ليس له عليه حق الا لاستاذه الذى علمه اولايه
لما لهما عليه من حق الاكرام وزيادة الاحترام والقراءة عند القبور مكرهه عند ابى حنيفة
ويجوز عند محمد لقوله عليه السلام اقرؤا يس على موتاكم رواه ابو داود ويحرم الغيبة
والنميمة والكذب الا للخدعة فى الحرب لقوله عليه السلام الحرب خدعة والصالح بين
اثنين ولا رضى اهل 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
يصالح بين الناس ويقول خيرا وينهى خيرا قال ابن شهاب ولم اسمع يرخص فى شىء مما
يقول الناس كذبا الا فى ثلث الحرب والاصلاح بين الناس وحدث الرجل امرأته وحدث
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 كما كلت 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 يأتى 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 كالكذب والغيبة والنميمة واما مباح كضروريات الانسان من قوله قم واقعد
ونحو ذلك واما مالا يعنيه فتركه مستحب لقوله عليه السلام ان من حسن اسلام المرء
تركه مالا 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 بالموح المحفوظ كل
اثنين وخميس فما كان فيه جزاء خير او شر ثبت ومالم 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 يجتم 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 (برفع الله الذين آمنوا منكم والذين اوتوا العلم درجات) وقوله عليه السلام فضل العالم على العابد كفضلي على ادناكم رواه الترمذي عن ابي امامة وقوله فضل حملة القرآن على من لم يحمله كفضل الخالق على المخلوق رواه الديلمي عن ابن عباس ويسن السلام وجوابه فرض كفاية لقوله تعالى (واذا هيتم بتحية فيوا باحسن منها او ردها) وثواب هذه السنة افضل من الفرض الذي هو جوابه لانها السبب المبادى بالسلام وله دلالة على التواضع لقوله عليه السلام البادىء بالسلام برىء من الكبر كذا في شعب الايمان ولا يسلم وقت الخطبة والتلاوة لئلا يخل بالاستماع وكون القاضى في المحكمة حال كونه يحكم هيبة واهتساما وبهذا جرى الرسم ويجب الرد الا على القاضى والخطيب لان وجوبه على من يسن السلام عليه وكذا لا يجب على من جلس يفقه تلاوته 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 ويحجب النملى اذا سلم بقوله وعليك لما في الصحيحين عن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سلم عليكم اليهود فانما يقول اهدم السام عليك فقولوا وعليك ولا يبدأ بالسلام لقوله عليه السلام لا تبدؤوا اليهود ولا النصارى بالسلام فاذا لقيتم اهدمهم في طريق فاضطروه الى اضيقه رواه مسلم ويجب كفاية تسميت العاطس الحامد بريحك الله لا حديث وردت بذلك وان تكرر منه في مجلس يستحب الى الثلاث ولو زاد يقول عافك الله لان النبي صلى الله عليه وسلم قاله لمن زاد والرجل منكوم ويجب هو بقوله يهدينا الله ويهديكم ويصالح بالكم يغفر الله لنا ولكم على ما ورد في الخبر *

كتاب الاشربة

هى جمع الشراب وهو لغة ما يشرب وهنا ما يشرب ويسكر (حرم الخمر) لقوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان) الآية ولاجماع الامة ولصحيح الاخبار وهى كثيرة منها ما في الصحيحين عن انس بن مالك قال كنت ساقى القوم يوم حرمت الخمر في بيت ابي طلحة وما شربهم الا الفضيخ البسر والتمر فاذا مناد ينادى فقال اى ابو طلحة اخرج فانظر فخرجت فاذا مناد ينادى الا ان الخمر قد

حرمت قال فحرت في سكك المدينة فقال لي ابوطاحه اخرج فاهرقها فخرجت فاهرقتها وفي صحيح
 مسلم عن عبدالرحمن بن وعله قال سألت 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 حرّمها فاقبل الرجل على
 غلامه فقال اذهب فبعها فقال صلى الله عليه وسلم يا فلان بما ذا امرته قال امرته ان
 يبيعه فقال ان الندى حرم شربها حرم بيعها فامر بها فاهرقت في البطحاء (وهي) اى
 الخمر هو (النبيء) بكسر النون في اوله وبهمزة في آخره وقد يدغم (من ماء عنب غلا
 واشتد وقنف 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 وهذا لان الله تعالى سماه رجسا وهو اسم للحرام النجس عينا بلا
 شبهة ولم يشترط ابو يوسف ومحمد القنف بالزبد وهو قول مالك والشافعي هو الاظهر
 لان اللذة المطربة والقوة المسكرة تحصل بالاشتداد وهو المؤثر في ايقاع العداوة والصد
 عن ذكر الله والقنف بالزبد صفا لا تأثير له في السكر ولاي حنيفة ان الغليان بداية
 الشدة وقنف الزبد كما لها اذ به يتميز الصافي عن الكدر واحكام الخمر قطعية كالحد
 واكفار المستحل وحرمة البيع فيناط بالكمال وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد
 الاشتداد احتياطا فينبغي ان يؤخذ في الحد والتكفير بقنف الزبد احتياطا (كالطلاء) اى
 كما حرم الطلاء (وهو) بكسر الاول (ماء عنب طبخ فذهب اقل من ثلثيه) كذا في
 الهداية وفي المحيط الطلاء اسم للمثلث وهو ماء عنب طبخ حتى يذهب ثلثاه وبقى ثلثه
 وصار مسكرا وفي الصحاح مثل ما في المحيط لكن من غير ذكر الاسكار ويدخل في تفسير
 المصنف وهو ما طبخ من ماء العنب حتى يذهب نصفه الا ان يقال مراد المصنف ما ذهب
 اقل من ثلثيه واكثر من نصفه فلا يدخل لكن المراد لا يدفع الا يرد ثم كل ذلك عندنا
 حرام اذا غلا واشتد وقنف بالزبد وان لم يقنف فهو على الخلاف لانه رقيق ملذ مطرب
 يدعو قليلا الى كثيره فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به كالخمر واما البازق الناهب
 مادون النصف فظهر الروايتين عن ابي حنيفة انه بمنزلة المصنف في حكم البيع والحد وعنه
 في رواية اخرى انه الحق ذلك بالخمر في انه لا يجوز بيعه كذا في المبسوط (وعلطا)
 اى الخمر والطلاء (نجاسة) اى من جهة النجاسة (وحرّم نقيع التمر اى السكر) بفتحيتين
 (ونقيع الزبيب نئين) ثمنية النبيء (اذا غلا) كل واحد منهما (واشتد) وعند ابي حنيفة

وإذا قنف بالزبد وقال شريك بن عبدالله السكر حلال لقوله تعالى (ومن ثمرات النخيل
 والاعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا) ذكر في موضع المنة وهي لا تتحقق بالحرم
 فأوجب إباحته ولنا إجماع الصحابة على حرمة ذلك وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم
 الخمر من هاتين الشجرتين والنص محمول على ما قبل التحريم فيكون منسوخا وهو
 مذهب الشعبي والنخعي وفي مصنف ابن أبي شيبة عن إبراهيم قال قال عبد الله السكر
 خمر وفيه عن سعيد بن جبير عن ابن عمر أنه سئل عن السكر فقال الخمر وقيل السكر
 نبيذ وهو عصير العنب والزبيب والتمر إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه ثم ترك حتى اشتد
 وهو حلال عند أبي حنيفة إلى حد السكر ويحتج بهذه الآية ويحمل السكر المذكور في
 الآية على هذا وعن الشيخ أبي منصور الماتريدي معناه تتخذون من الحلال الخالص ما
 هو حرام كقوله تعالى (قل أرايتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا) وأما نقيع
 الزبيب فحرام عندنا خلافا للاوزاعي (وحرمة الخمر أقوى) لأنها قطعية (فيكفر مستحلها فقط)
 أي ولا يكفر مستحل واحد من الثلاثة الآخر لأن حرمتها اجتهادية ويحد شاربها ولو
 قطرة ولا يحد شارب واحد من الثلاثة الآخر حتى يسكر (وحل المثلث العنبى) وهو
 ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه (مشتدا) لأنه لغلظه لا يحصل بشارب قليله الفساد
 ولا يدعو قليله إلى كثيره بخلاف الخمر قال البخارى ورأى عمر وأبو عبيدة ومعاذ شرب
 الطلاء على الثلث وروى النسائي شربه عن أبي موسى وقال أبو داود وسألت أحمد
 عن شرب الطلاء إذا ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فقال لا بأس به قلت أنهم يقولون أنه يسكر
 قال لو كان يسكر لما أحله عمر ففي المبسوط عن داود بن أبي هند قال قلت لسعيد بن
 المسيب الطلاء الذي كان يأمر عمر باتخاذ الناس ويسقيهم منه كيف كان قال يطبخ العصير
 حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه وقال الأوزاعي المنصف والبازق مباح وهو قول بعض أصحاب الظواهر
 وبعض المعتزلة (و) حل (نبيذ التمر والزبيب مطبوخا أدنى طبخة) بأن طبخ حتى نضج
 (وإن اشتد إذا شرب مالم يسكر بلانية لهو وطرب) بل بنية تقوى لما روينا أن رجلا
 شرب نبيذا من تمر فسكر فضر به الحد فقال إنما شربت من قر بتك فقال له عمر إنما جلدناك
 لسكرك وإن رجلا شرب من أدوة على نبيذا بصفين فسكر فضر به الحد ثمانين ولما في
 آثار محمد بن الحسن أخبرنا أبو هنيفة عن سليمان الشيباني عن ابن زياد أنه أضر عند
 عبد الله بن عمر فسقاه شرابا فكانه أخذ منه فلما أصبح غدا إليه فقال ما هذا الشراب ما كنت
 اهتدى إلى منزلي فقال ابن عمر ما زدناك على عجوة وزبيب ولقول على طائف النبي صلى
 الله عليه وسلم بين الصفا والمروة أسبوعا استند إلى حايط من حيطان مكة فقال هل من شرية

فأتى 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 العقيلي عن محمد بن الفرات واعله به ورواه ايضا عن عبد الرحمن بن بشير العطفاني عن علي 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 في الرواية والنسب وانما يروى عن ابن عباس من قوله ورواه النسائي موقوفا عليه من طرق (و) حل (الخليلان) وهوان يجمع التمر والزبيب او الرطب والبسر ويطبخ ادنى طبخة ويترك الى ان يغلى ويشند فان قيل اخرج مسلم عن ابي هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الزبيب والتمر والبسر وقال ينبذ كل واحد منهما على حدته اجيب بانه محمول على شدة العيش توسعة على الناس روى هذا محمد في الآثار عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال لا بأس بنبيذ خليط التمر والزبيب وانما كره لشدة العيش في الزمن الاول كما كره السمن واللحم وكما كره الاقران واما اذا وسع الله على المسلمين فلا بأس به وحرمه مالك والشافعي لما قدمنا ولما في الكتب الستة عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى ان ينبذ الزبيب والتمر جميعا ونهى ان ينبذ البسر والرطب جميعا وفيها ايضا سوى الترمذي عن عبد الله بن ابي قتادة عن ابيه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن خليط الزبيب والتمر وعن خليط البسر والتمر وعن خليط الزهو والتمر وقال اتبتدوا كل واحد على حدة وعن مسلم عن الحدرى قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تخلط بسرابتهم اوزيبا بتمر اوزيبا ببسر وقال من شرب منكم النبيذ فليشربه زيبا فردا او تمرا فردا او بسر فردا ولنا ما قدمنا وما في كامل بن عدى عن ام سليم وابي طلحة انها كانا يشتريان نبيذ الزبيب والبسر يخلطان ف قيل له يا ابا طلحة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن هذا قال انها نهى عن العوز في ذلك الزمان كما نهى عن الاقران وفي سنن ابي داود عن صفية بنت عطيبة قالت دخلت مع نسوة من عبد القيس على عائشة فسألناها عن التمر والزبيب فقالت كنت آخذ قبضة من زبيب فالقيه في اناء فامرسه ثم اسقيه النبي صلى الله عليه وسلم (ونبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة) وسائر الحبوب (وان لم يطبخ بلانية لهو وطرب) بل للتعوى لما روى مسلم وغيره ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنب وفي لفظ الكرمة والنخلة والمراد بيان الحكم لان الخمر حقيقة في ماء العنب ولم يشترط في نبيذ العسل وما عطف عليه الطبخ لان قليله لا يدعو الى كثيره ثم حل ذلك

قول ابي حنيفة وابي يوسف فلا يحد شاربه وان سكر منه ولا يقع طلافه كالنايم وذاهب العقل بالبنج وبلبن الرماك هو بكسر جمع رمكة وهى الفرس الاثني وقال محمد وهو قول مالك والشافعي كل ما اسكر كثيره حرم قليله من اى نوع كان ويحد السكران منه ويقع طلافه كما فى سائر الاشربة المحرمة والفتوى فى زماننا على قول محمد حتى يحد من سكر من الانبذة المتخذة من الجوب والعسل والتين واللبن لان الفساق يجتمعون عليها ويقصدون اللهو بشربها والسكر بها ولما فى صحيح مسلم من قوله عليه السلام كل مسكر خمر وكل مسكر حرام وفيه وفي مسند احمد وصحيح ابن حبان كل مسكر خمر وكل خمر حرام ولما فى مسلم عن جابر بن جلاقدم من اليمن فسأل النبى صلى الله عليه السلام عن شراب يشربونه بارضهم من الذرة يقال لها المزرق فقال النبى صلى الله عليه وسلم او مسكر هو قال نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل مسكر حرام ان على الله عهد لمن يشرب المسكر ان يسقيه من طينة الجبال وفي الصحيحين عن عائشة قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع وهو نبيذ العسل فقال كل شراب اسكر فهو حرام وفي سنن ابي داود وابن ماجه والترمذى عن النعمان بن بشير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من الخنطة خمر وان من الشعير خمر او من الزبيب خمر ومن العسل خمر وان من النسائي 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 بن مرفوعا وفي سنن ابي داود والترمذى عن عائشة انها سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول كل مسكر حرام وما اسكر الفرق منه فملؤ الكف منه حرام وفي لفظ الترمذى فالجرعة منه حرام ولما ذكر لابن المبارك حديث ابن مسعود فى كل مسكر حرام وهى الشربة التى اسكرتاك قال حديث باطل وفي المبسوط ولان المثلث بعد ما اشتد خمر لان الخمر انما يسمى بهذا الاسم لمخامرتة العقل وذلك موجود فى سائر الاشربة المسكرة وقد سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم خمر او لوسماه احد من اهل اللغة خمر لان كان يستدل بقوله على اثبات هذا الاسم فاذا سماه صاحب الشرع وهو افسح العرب اولى وابو حنيفة وابو يوسف اوجبا الحد بالسكر من الاشربة المذكورة فى الصحيحين عنهما لما روينا عن عمر وعلى ولقطع مادة مفسدة لازمة للسكر منها (و) حل (خل الخمر ولو بعلاج) قال من القاء خل او ملح فيها ليصير خلا لا يطلق ما اخرجته الجماعة الا البخارى من حديث جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم الادام الخل وقال مالك والشافعي لا يجل تخليل الخمر ولا اكل الحاصل منه لما اخرجته مسلم قال سئل النبى صلى الله عليه وسلم عن الخمر أخذ خلا قال لا واخرج ايضا عن انس ان ابا طلحة سأل النبى صلى الله عليه وسلم عن ايتام ورثوا

الخمر قال امرتها قال افلا نجعلها خلا قال لا ولان الصحابة امر قوها حين نزلت آية التحريم
 ولو جاز التخليل لنبه عليه السلام عليه كما نبه اهل الشاة الميتة على دباغ اهابها وفي مسند
 احمد عن ابن عمر قال امرني صلى الله عليه وسلم ان آتية بمدية فاتيته بها فخرج باصحابه
 الى اسواق المدينة وفيها زقاق الخمر نشق ما كان من ذلك الزقاق بحضرته ثم اعطانيها
 وامر اصحابه ان يمضوا معي ويعاونوني وامرني ان آتي الاسواق كلها فلا اجد فيها زق
 خمر الا شققتة ففعلت فلم اترك في اسواقها زقا الا شققتة واجاب الطحاوي بان ذلك
 محمول على التغليظ والتشديد بدليل انه ورد في بعض طرفه الامر بكسر الدنان فيما
 روى الدار قطنى والطبرانى في معجمه وبدليل ما روى احمد في مسنده عن ابن عمران
 النبى صلى الله عليه وسلم شق زقاق الخمر بيده في اسواق المدينة وهذا صريح في التغليظ
 لان فيه اتلاف مال الغير اذ قد كان يمكن ارافة الدنان والزقاق وتطهيرها ولكن
 قصد باتلافها التشديد ليكون ابلغ في الردع قلت ويؤيده ما رواه البيهقى كما تقدم عن
 احمد وفيه فقال الناس ان في هذا الزقاق منفعة يارسول الله قال اجل ولكن انما افعل
 ذلك غضبا لله لما فيه من سخطه وفي 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
 فلقى به رجل من المسلمين فقال ان الخمر قد حرمت فوضعها حيث انتهى على تل وسجأها
 باكسية ثم اتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله بلغنى ان الخمر قد حرمت
 قال اجل قال فهل لى ان اردها على من ابتعتها منه قال لا قلت افاهدبها الى من يكافئنى منها
 قال لا قال فان فيها مالا ليتامى في حجرى قال اذا اتانا مال البحرين فائتتنا نعوض ايتامك من مالهم
 ثم نادى بالمدينة فقال رجل يارسول الله الاوعية ينتفع بها قال فعلوا او كيتها فانصبت حتى
 استقرت في بطن الوادى ومن ادلتنا ما في 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 شانكم قلنا ماتت قال افلا انتفعتم باهابها قلنا 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 اهاديث عدة لا يتابع عليها وفي المعرفة للبيهقى عن
 المغيرة بن زيادة عن ابى زبير عن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال خير
 خلکم خل خمر کم 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 وفي المبسوط حجتنا ما روى انه عليه السلام ايما اهاب دبغ فقد طهر كالخمر

تخلل فتخل ولا يقال قد روى كالحمر تخلل اى تخلل فتخل لان الروايتين كالحبرين فيعمل
 بهما ثم اذا صارت خلا يطهر ما يوازها 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 تخل هذه الاشربة الاربعة بالطبخ بعد اشتدادها لانه لاقى عينا حراما فلا يفيد
 الحل فيه كطبخ لحم الخنزير وهذا لانه ليس للمشارب فيه تأثير فى اثبات الحل ولها تأثير
 فى ثبوت صفة الحرمة فيه ثم بيع غير الخمر من هذه الاشربة جائز عند ابي حنيفة ومضمونة
 بالانتلاف لانها شراب مختلف فى اباحة شربها بين العلماء فيجوز كالمثلث وهذا لانه ليس
 من ضرورة حرمة التناول حرمة البيع وقال لا يجوز بيعها كما لك والشافعى وهو الاظهر
 لان عينها محرم التناول فلا يجوز بيعها كالحمر (و) حل (الانتباز فى الدباء) وهو القرع
 (والحنتم) وهو الحجر المضراء (والمزفت) وهو الظرف المطلى بالزفت وكذا النقيير وهو المنقور
 من الخشب لما روى الجماعة من حديث بريدة انى نهيتكم عن الظروف فان ظرفا لا يحل
 شياء ولا يحرمه 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 لا تخلل شياء ولا يحرمه وكل مسكر حرام وفى سنن ابي داود عن بريدة قال قال
 رسول الله صلى عليه وسلم نهيتكم عن ثلاث وانا امركم بهن نهيتكم عن زيارة القبور
 فزوروا 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 ولا يجب شربه بلاسكر لان
 وجوب الحد للزجر والزجر انما يشرع فيما تميل الطباع اليه ولا تميل الطباع الى شرب
 الدردى بل تعافه وتنفر عنه فاشبهه غير الخمر من الاشربة التى لاحد فيها الا بالسكر ويكره
 الاحتقان بالخمر والاقطار فى الاحليل لانه انتفاع بالنجس المحرم والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الذبايح

(هرم ذبيحة لم تذك) لقوله تعالى (هرمت 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 بهذبوح كالمتردية والنطيحة

ونحوهما وحرمة عضو قطع من الحيوان وليخرج السمك والجراد (وذكوة الضرورة جرح ابن كان من 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 الذبيح (الحلقوم) وهو مجرى النفس سواء كان الذبيح فى وسطه او فى اعلاه او فى اسفله بعد ان يكون فيه حتى لو ذبح اعلى من الحلقوم او اسفل منه يجرم لانه ذبيح فى غير المذبح ذكره فى الوقعات وفى بعض الفتاوى ما يخالف ذلك وهو انه سئل عن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم فقال يجوز اكلها سواء بقيت العقدة مما يلى الرأس او مما يلى الصدر (والمرى) بفتح اليم 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 امر هو مجرى النفس ولما فى الكشاف الحلقوم مدخل الطعام والشراب والاول اصح قد ذكره القدورى فى شرح مختصر الكرضى ويؤيده قوله تعالى (فلولا اذا باقت الحلقوم) ولما فى ديوان الادب وهو المرى الذى يدخل فيه الطعام والشراب ونحوه فى المغرب وانما كانت عروق الذبيح هذه الاربعة لان قطع الودجين لانهار الدم والحلقوم والمرى للتعميم عليه (وحل) الذبيح (يقطع اى ثلاث منها) عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اولاً ثم رجع الى انه لا بد من قطع الحلقوم والمرى واهد الودجين وعن محمد انه لا بد من قطع اكثر كل واحد من الاربعة وهو رواية عن ابي حنيفة لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره وقد ورد الامر بقطعه ولا يى يوسف ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر ولا يى حنيفة الاكثر يقام مقام الكل فى كثير من الاحكام ويحصل باى ثلاث منها انهار الدم كذا ذكره وفيه ان اكثر الشىء يقوم مقام كله لا اكثر الاشياء وبهذا يتبين ان الاظهر قول محمد ثم المعتمد ان الذبيح الاختيارى يتعين بين الحلقوم واللبة وهى المنحر تحت العقدة على ما صرح به فى ذبايح الذخيرة ان الذبيح اذا وقع اعلى من الحلقوم لا يجل وكذا فى فتاوى اهل سمرقند لانه ذبيح 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 سلام العطار حدثنا عبد الله بن بديل الخزازى عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم بديل بن ورقاء الخزازى على جمل اوراق يصيح فى فجاج منى الا ان الذكوة فى الحلق واللبة ثم قال سعيد بن سلام يحدث بالبواطل متروك وقال فى التنقيح هذا اسناد ضعيف بالمرّة وسعيد بن سلام اجمع الائمة على ترك الاحتجاج

به وكذب به ابن نمير وقال البخاري يذكر بوضع الحديث اذا عرفت هذا (فلم يجوز) الذبح (فوق العقدة) اي 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 يلي الرأس او مما يلي الصدر وشرط في الذبح ان يكون حلالا خارج الحرم في حق الصيد (وهل) الذبح (بكل ما فيه هدة) ولو كان ليطه بكسر اللام وهي قشر القصب او مروة وهي الحجر الحاد لما في سنن ابي داود والنسائي عن عدى بن حاتم قلت يا رسول الله ارايت احدنا يصيب صيدا وليس معه سكين ايذبح بالمرورة وشق العصا قال امرر الدم بما شئت واذكر اسم الله وفي رواية لمسلم افرى الاوداج بما شئت واذكر اسم الله عليه وفي مصنف ابن ابي شيبة عن رافع بن خديج قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الذبح بالليطة قال كل ما افرى الاوداج الاسنا وظفرا وهذا معنى قوله (الاسنا وظفرا قائمتين) وقال الشافعي لا يجوز بهما الذبح سواء كانتا قائمتين او غير قائمتين لما رواه السنة عن عباية بن رافع بن خديج عن جده انه قيل يا رسول الله انا نكون في المفازي وليس معنا مدى اذ نذبح بالقصب قال ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل ليس الظفر والسن اما الظفر فمدى الحبشة واما السن فعظم اخر جوه مختصر او مطولا وفي رواية فكلوا ما لم يكن سنا او ظفرا وساعدتكم عن ذلك اما السن فعظم واما الظفر فمدى الحبشة قال ابن القطان في كتابه هذا حديث برواية مسلم من حديث سفيان الثوري عن رافع بن خديج قال كنا في الحديث وقال والشك في قوله اما السن هل هو من كلام النبي صلى الله عليه وسلم اولا فقد رواه ابو داود عن ابي الاحوص عن سعيد بن مسروق والد سفيان عن عباية بن رفاع بن رافع عن ابيه عن جده رافع بن خديج قال اتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت له يا رسول الله انا نلتى العدوغدا وليس عندنا مدى اذ نذبح بالمرورة وشقة العصا فقال عليه السلام ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سنا او ظفرا قال رافع ساعدتكم عن ذلك اما السن فعظم واما الظفر فمدى الحبشة قال فهذا كما ترى فيه بيان قوله اما السن من كلام رافع وليس في حديث مسلم نص ان قوله اما السن من كلام النبي صلى الله عليه وسلم فبينه ابو الاحوص من قول رافع لانه محتمل فيه قال وليس لاحد ان يقول اخطأ ابو الاحوص الا كان لآخر ان يقول اخطأ مخالفه لانه ثقة كذا في التخرىج باختصار والحاصل انه عليه السلام لم يفصل بين القايم وغيره فدل على عدم جواز الذبح بهما مطلقا ولنا ما اخرج البخاري ايضا عن كعب بن مالك ان جارية لهم كانت ترعى بسلم فابصرت بشاة من غنمها موتا

فكسرت حجرا فذبحتها فقال لاهله لاتأكلوا حتى آتى النبي صلى الله عليه وسلم فاسأله اوحتى
ارسل اليه فاتى النبي صلى الله عليه وسلم اوبعث اليه فامر النبي صلى الله عليه وسلم باكلها
واذا صاح الحجر آلة للذبح لمعنى الجرح فكذا الظفر والسن المنزوعان بخلاف غير
المنزوع فانه يوجب الموت بالثقل مع الحدة فتصير الذبيحة في معنى المتخفة نعم يكره
الذبح بالمنزوع لما فيه من زيادة الضرر بالحيوان كما لو ذبح بشفرة قليلة وحديث هباية
يحمل على القائمتين توفيقا بين الاحاديث ولان الحبشة يحدون اسنانهم ولا يقلمون اظفارهم
ويقاتلون بالحدش والغض (وكره النخع) وهو بنون ومعجمة فمهملة ان يبلغ بالسكين النخاع
وهو بضم النون والكسر والفتح عرق ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب لما
اخرجه الطبراني والبيهقي عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الذبيحة ان
تفرس قبل ان يموت وفي غريب الحديث الفرس ان يذبح الشاة فتتخع 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 (الساخ قبل ان تبرد وكل تعذيب بلا فائدة)
كقطع الرأس وجر ما يريد ذبحه الى المذبح ثم الكراهة في هذه لمعنى زيادة الالم قبل
الذبح او بعده فلا يوجب التحريم بل يوجب التنزيه لما اخرجه الجماعة عن شداد بن اوس
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله كتب الاحسان على كل شىء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة
واذا ذبحتم فاحسنوا الذبيحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته وعلى في الحديث بمعنى اللام
وعلى مقدره فيه اى كتب عليكم بمعنى اوجب واخرج الحاكم في المستدرک وقال صحيح على
شرط الشيخين عن ابن عباس ان رجلا اضجع شاتا يريد ان يذبحها وهو يحدد شفرته فقال
النبي صلى الله عليه وسلم ان تريد ان تميتها موتتين هلاحدت شفرتك قبل ان تضعها والشفرة
السكين العظيم وفي سنن ابن ماجه عن ابن عمر قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر
ان تحدد الشفار وان توارى عن البهايم وقال اذا ذبح احدكم فليجهز اى ليسرع (وشرط
كون الذابح مسلما) لقوله تعالى (الا ما ذكيتم) (او كتابيا) ولو كان الكتابى حربيا لقوله
تعالى (وطعام الذين اتوا الكتاب حل لكم) والمراد مذكاهم لاطلاق قوله تعالى (الا ما
ذكيتم) لان مطلق الطعام غير المذكى يحل من اى كافر كان بالاجماع ويشترط ان لا يذكر
الكتابى عند الذبح غير الله حتى لو ذكر المسيح او عزيرا لا يحل ذبيحته (او) ولو كان
الذابح (امرأة) لما تقدم (او مجنوناً) اذ لا يشترط التكليف بغير الاسلام في حقه
(او صبيا بعقل) كما في سائر افعاله من الصلوة والصوم ونحوهما من العبادات والمعاملات
ويضبط الذبيحة والتسمية (او اقلى او اخرس) ولو كتابيا لاطلاق ما تلونا من قوله الا

ما ذكبتهم ايها المؤمنون ولان عذر المجنون والاخرس ايبين من عذر الناس فاقبمت الملة
 مقام التسمية في حق الناس ففي حق المجنون والاخرس اولى (لامن لا كتاب له) اى
 وشرط ان لا يكون الذابح غير كتابى مجوسيا او وثنيا اما المجوسى فلما اخرجه عبد
 الرزاق وابن ابى شيبة في 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 لا يدعى التوحيد فانعدمت منه الملة اعتقادا
 كما في المسلم ودعوى كما في الكتابى واما الوثنى فلانه مثل المجوسى في عدم دعوى التوحيد
 (ولا مرتدا) لانه لاملة له اذ لا يقر على ما انتقل اليه ولهذا لا يجوز نكاحه بخلاف اليهودى
 اذا تنصر والنصرانى اذا تهود والمجوسى اذا تنصر اوتهود فانه يقر ما على انتقل اليه
 عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح ولو تمجس اليهودى او النصرانى لايجل زكوته لانه
 لا يقر على ذلك ويشترط بالتسمية في زكوة الاختيار ان يقصد انها للذبيحة ولو سمي
 ولم تحضره النية حلت لانه اتى بالتسمية وظاهر حاله انها للذبيحة فتقع عنها ولو سمي
 لا ابتداء الفعل كسائر الافعال لايجل الذبيحة ويشترط ان 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 سمي واشتغل بعمل
 آخر من كلام قليل او شرب ماء او اكل لقمة او تحديد شفرة ثم ذبح تحل الذبيحة وان كان
 بعمل كثير لا تحل لان في ايقاع الذبح متصلا بالتسمية بحيث لا يتخلل بينهما شىء حرجا
 فاقبم المجلس مقام الاتصال ولا يؤكل ذبيحة المحرم الصيد لان فعله فيه غير مشروع وذبيحة
 غير الصيد يؤكل لان فعله مشروع وما ذبح من الصيد في 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 او كتابيا وقال الشافعى رحمه الله
 يحل متروك التسمية عمدا لانها عنده سنة ولما رواه الدار قطنى عن مروان ابن سالم
 عن الازاعى عن يحيى 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
 وفي لفظ على فم كل مسلم فلما مروان بن سالم ضعيف ضعفه الدار قطنى وابن قطان وابن
 عمى واحمد والنسائى على ما في المحيط فاما ما رواه ابو داود في 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

لا يعرف له حاله ولا يعرف بغير هذا الحديث ولا روى عنه غير ثور بن يزيد ولنا اطلاق
قوله تعالى (ولا تأكلوا 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 الكتب الستة عن عدى بن هاتم قال قلت يا رسول الله انى ارسل كلبى
واجد معه كلبا آخر لا ادري ايهما اخذه قال لا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم
على الكلب الآخر ووجه الدلالة على انه علل الحرمة بترك التسمية عمدا (وان نسي
التسمية صح) لان النسيان مرفوع الحكم عن الامة بقوله عليه السلام رفع 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 فاذا ذكر اسم
الله عليه وقوله عليه السلام ايضا اذا ارسلت كلبك وسميت فاخذ فقتل فكل اذا فصل
فتقييد الحرمة بحالة العمد زيادة على النص فيجوزى مجرى المسخ وقد سبق الجواب عنه
ووقت التسمية فى غير الصيد عند الذبح لقوله تعالى (فاذكروا اسم الله عليها صواى)
وهى حالة النحر وفى الصيد عند الرمي او ارسال الجرح 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 حفيفة هلت
فى ظاهر الرواية ويحل ذبيحة علم هيوتها قبل الذبح وان لم تتحرك ولم يخرج منها دم
لان سبق الحياة قرينة على ان الموت حصل بالذكوة وان لم يعلم بسبق حياتها فلا بد من
وجود احدهما وهو الحركة او خروج الدم ليعلم بقاء الحيوة عند الذكوة وحرم الدم المسفوح
لقوله تعالى (او دما مسفوفا) وكره ان يأكل من الشاة الحياة وهو الرحم والحصىة
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 والاثنيين
والحياة والغدة والمثانة (و) حرم المذبوح (ان عطف على اسم الله غيره) موصولابه على
سبيل الشركة (نحو باسم الله واسم فلان) او بسم الله وفلان او بسم 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 لصار الرجل كافرا انتهى ولا يخفى انه

لاملازمة لان عدم التكفير انما هو لعدم اعتقاده الشركة والحكم بالميتة لصورة التشريك
فرجع الحكم في كل منهما الى الاحوط في بابه (وكره ان وصل ولم يعطف نحو باسم الله اللهم
تقبل من فلان) لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح لغير الله فلا يجرم ولكن يكره
لوجود القران في الصورة فينزه لكمال الاحتياط وفي النوازل ولو قال بسم الله محمد
رسول الله بالحفض لا يجمل وقال بعضهم هذا اذا كان يعرف النحو والوجه ان لا يعتبر
الاعراب بل يجرم مطلقا بالعطف لان كلام الناس اليوم لا يجرى عليه واما اذا قال بسم
الله محمد رسول الله بالنصب او الرفع فيكره واذا قال بسم الله ومحمد رسول الله بالجر
فيجرم المذبوح لانه اهل به لغير الله وقد قال الله تعالى وما اهل لغير الله به ولقول ابن
مسعود جردوا التسمية (وهل ان فصل صورة ومعنى كالدعاء قبل الاضجاع) الدعاء قبل
(التسمية) او بعد الذبح لعدم القران اصلا بان يقول اللهم تقبل من فلان كما روى انه
عليه السلام كان اذا اراد ان يذبح اضحيتته قال اللهم هذا منك ولك ان صلوتى ونسكى
الى وانا من المسلمين بسم الله والله اكبر واخرج الحاكم في المستدرک وقال حديث صحيح
عن ابي رافع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا ضحى اشترى كبشين امامين افرنين
فاذا خطب وصلى ذبح احد الكبشين بنفسه بالمدينة ثم يقول هذا عن امتى جميعا ممن
شهد لك بالتوحيد وشهد لي بالبلاغ ثم اتى بالآخر 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 الامام هو الاخير الذي فيه بياض
وسواد ثم الشرط هو الذكر الخالص حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي واكتفى به لا تحل
الذبيحة لانه دعاء ولو قال سبحان الله والحمد لله يريد به التسمية حلت وذكر الحلواني انه
يستحب ان يقول بسم الله الله اكبر لان ذكر الواو يقطع فور التسمية يعنى فورها اولى
واما ما في الهداية لقول ابن مسعود جردوا التسمية فالمعروف عنه جردوا القرآن (ونذب
نحر الابل) وهو قطع العروق في اسفل العنق عند الصدر لانه فيها ايسر لان العروق
مجتمعة في المأخر (وكره ذبحها) لانه خلاف السنة وانما حل لحصول المقصود وهو تسهيل
الدم والتجميل (وفي البقر والغنم عكسه) فنذب ذبحها لان الذبح فيها 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 الله يأمركم ان تذبحوا بقرة وقال الله تعالى
(وفديناه بذبح عظيم) اى مذبوح وهو كبش سمين وكذا كره المذبوح من الفقا وبه قال
الشافعى وحكم مالك بحرمه العكس لما سبق وذبح الفقا لمخالفة المشروع وصار كالجرح

في غير محل الذبيح ولنا ما روينا من قوله عليه السلام ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه
فكلوه ولان المقصود تسييل الدم وهو حاصل (وكفى الجرح في نعم توحش اوسقط في بشر
ولم يمكن ذبحه) ولا نخره وقال مالك لا يحل بذكوة الاضطراب في الوجهين لان ذلك نادر
ولا عبرة للنادر في الاحكام قلنا اذا وقع لا بد من اعتباره كيف وقد قال صلى الله عليه
وسلم ان لها اوابد كاوابد الوحش فاذا غلبكم منها شيء فافعلوا به هكذا قاله في بعير ند
فرماه رجل بسهم (لا في صيد مستأنس) لان ذكوة الاضطراب انما يصار اليها عند العجز عن
ذكوة الاختيار والعجز متحقق في الاول دون الثاني (ولا يحل) اى ويحرم (جنين ميت
وجد في بطن امه) سواء اشعر اولم يشعر وهذا عند ابى حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو قول
ابراهيم والحكم بن عيينة لقوله والمخنقة ولقوله عليه السلام لعدي بن حاتم اذا وقعت
رमितك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري ان الماء قتل اوسهمك فقد حرم الاكل عند وقوع
الشك في سبب زهوق الروح وذلك موجود في الجنين فانه لا يدري انه مات بذبح الام او
باحتماس نفسه وقال ابو يوسف ومحمد اذا تم خلقه حل وبه قال الشافعى لما خرجه ابو داود
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 نأخر الناقة ونذبح البقرة او الشاة وفي بطنها الجنين انلقيه ام نأكله فقال كلوه ان شئتم
فان ذكوته من ذكوة امه ورواه الدار قطنى في سننه من حديث ابن مسعود وابن عباس
وزاد اشعر اولم يشعر واسنده الحاكم في المستدرک 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) وبدل على هذا انه روى ذكوة امه بالنصب اى بذكى ذكوة مثل ذكوة امه والتحقيق ان هذا
التأويل انما يصح في الرواية بالنصب اذا كان المنزوع حرف الكاف كقوله تعالى (وهى
نمر من السحاب) ويحتمل الباء ايضا لكن ان جعلناه الكاف لم يحل الجنين وان جعلناه
الباء يحل ومتى اجتمع الموجب للحل والموجب للحرمه يغلب الموجب للحرمه وعلل ابراهيم
التخفى فقال ذكوة نفس لا تكون ذكوة نفسين وبسط الكلام عليه في المبسوط وزيد في
كلام ابى حنيفة ان الله حرم الميتة وشرط الذكوة بقوله (الا ما ذكيتهم) فيحرم الجنين الميت
بنص الكتاب وما روى لا يعارض الدليل القطعى في فصل الخطاب وفيه انه عليه السلام
مبين للكلام فان قيل او لم يحل اكله بذكوة امه لما حل ذبح امه لان في ذبحها اضعافه وقد
نهى النبى عليه السلام عن اضعاف المال اجيب بان موته ليس بمتيقن بل يرجى ادراكه

حيا فيذبح فلا يجرم ذبح امه ويكره ذبح الحامل المقرب وهى التى قربت ولادتها لان
 فى ذلك ترك الحزم (ولا يجل ذوناب او ذو مخلب من سبع) بيان لذى ناب (اوطير) بيان
 لذى مخلب لما اخرجهم 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 محتطف منتهب جارح قاتل عاد فى العادة فذوناب من السباع
 الاسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والسنور البرى والاهلى وذو المخلب
 من الطير الصقر والبارى والنسر والعقاب والشاهين والمؤثر فى الحرمة الايداء وهو
 طورا يكون بالناب وطورا يكون بالمخلب او الحثب 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 يجل الحشرات) والهوام والزنابير واليربوع والقنفذ
 وغيرها لانها من الجبائث وقال الله تعالى (ويحرم عليهم الجبائث) ولان الطباع السليمة يستحبها
 (ولا الحمير الاهلية ولا البغال) اتفاقا (ولا) يجل (الحيل عند ابى حنيفة) اى يكره اكل لحمه
 لما اخرجهم ابو داود والنسائى وابن ماجه عن خالد بن الوليد قال نهى صلى الله عليه وسلم
 عن لحوم الحيل والبغال والحمير هذا لفظ ابن ماجه واما لفظ ابى داود قال غزوت مع رسول
 الله صلى الله عليه وسلم فانت اليهود فشكوا ان الناس قد اسرعوا الى حظائرهم فقال لا يجل
 اموال المعاهدين الا بحقها وحرام عليكم الحمير الاهلية وخيلها وبغالها وكل ذى ناب من السباع
 وكل ذى مخلب من الطير ورواه الواقدي فى المغازى مثل ابى داود ثم قال ثبت عندنا
 ان خالد الم يشهد خيبر واسلم قبل الفتح هو وعمر و بن العاص وعثمان بن ابى طلحة اول
 يوم من صفر سنة ثمان وقال ابو يوسف ومحمد لا بأس باكل الحيل لما اخرجهم البخارى
 فى غزوة خيبر ومسلم فى الذبايح عن جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه
 وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر الاهلية واذن فى لحوم الحيل وفى لفظ البخارى وخص
 فى لحوم الحيل وعورض بحديث خالد واجيب بان حديث جابر صحيح وحديث
 خالد فيه كلام ولحم الحيل مكروه تحريما فى رواية عن ابى حنيفة فان قوله فى الجامع الصغير
 اكره لحم الحيل يدل على ان كراهته تحريم لما روى ان ابا يوسف قال لابي حنيفة اذا قلت
 فى شىء اكرهه فما رأيك فيه قال التحريم وفى ظاهر الرواية مكروه تنزيها وبه قال
 وهو الصحيح لما قدمناه ولما فى الصحيح عن اسماء بنت ابى بكر قالت نحرنا على عهد
 رسول الله صلى الله عليه وسلم فرسا فاكلنا وفى رواية اكلنا لحم فرس عند رسول الله صلى
 الله عليه وسلم ولم ينكره ولقول جابر بن عبد الله انهم ذهبوا يوم خيبر الحمير والبغال

والخيل فنواهم النبي صلى عليه وسلم عن الحمير والبغال ولم ينههم عن الخيل رواه الحاكم في المستدرک وقال صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه وأما ما احتج في المبسوط وغيره بقوله تعالى (والبغال والحمير لتركبوها وزينة) فقال قد من الله على عباده بما جعل اليهم من منفعة الركوب والزينة في الخيل ولو كان مأكولاً لكان الأولى بيان منفعة الأكل لأنها أعظم المنافع وبه بقاء النفوس ولا يليق بذكر الحكيم ترك عظيم وجوه المنفعة وذكر ما دون ذلك في مقام المنفعة الأثرى أنه تعالى في الانعام ذكر الأكل بقوله (ومنها تأكلون) انتهى فلا دليل فيه إذ لا يلزم من تعليل الفعل بما يقصد منه غالباً أن لا يقصد غيره أصلاً ويبدل عليه إن الآية مكية وعامة المفسرين والمحدثين على أن الحمر الأهلية حرمت يوم خيبر (ولا الضبع) وهو قول سعيد بن المسيب والثوري لأنه ذوناب ولما في سنن الترمذي عن ابن جزء قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل الضبع فقال لو يأكل الضبع أحد فيه خير - رواه ابن ماجه ولفظه من يأكل الضبع وحل عند الشافعي وأحمد وإسحاق لما في سنن الترمذي وابن ماجه والنسائي عن عبد الرحمن ابن أبي عمار قال سألت جابراً عن الضبع أصيدا قال نعم قلت آكلها قال نعم قلت أشتى سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم ورواه الحاكم في مستدرکه عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الضبع صيد فإذا أصابه المحرم ففيه كبش مسن ويؤكل وقال حديث حسن ولم يخرجاه وقال مالك يكره أكلها والمكروه عنده ما أثم باكله ولا يقطع بتحريمه (ولا البربوع) لأنه من الحشرات وفيه خلاف الشافعي وأحمد ولنا ما روى أحمد وإسحاق بن راهويه وأبو يعلى الموصلي عن عبد الله بن يزيد السعدي قال سألت سعيد بن المسيب إن ناساً من قومي يأكلون الضبع فقال إن أكلها لا يحل وكان عنده شيخ أبيض الرأس واللحية فقال ذلك الشيخ يا عبدالله إلا أخبرك بما سمعت أبا الدرداء يقول فيه نعم قال سمعت أبا الدرداء يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذي خنقة ونهية ومجثمة وكل ذي ناب من السباع فقال سعيد صدق والمجثمة بتشديد المثناة المفتوحة كل حيوان ينصب ويرمى ليقتل إلا أنما يكثر في الطير والأرنب وأشباه ذلك يجمش الأرض يلزمها ويلزق بها وجنوم الطير بمنزلة بروك الأبل (ولا يحل الغراب الذي يأكل الجيف) لأنه باكلها صار كسباع الطير وأما غراب الزرع فخلال كما سيأتي (ولا يحل حيوان مائي) لقوله تعالى (ويحرم عليهم الجبائث) وما سوى السمك خبيث فقد أخرج أبو داود والنسائي عن عبد الرحمن بن عثمان القرشي أن طبيبا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضفدع يجعلها في 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 حرمة كالأدمى واما لتحريم اكله
 كالصرد والضفدع ليس به حرم 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 بطافى اى لم يعمل على
 الماء قيد به لان السمك الطافى يكره اكله عندنا لما اخرج به ابو داود وابن ماجه من حديث
 جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما القاه البحر اوجزر عنه فكلوه ومامات فيه
 وطفافلا تأكلوه وهو حجة على مالك والشافعى فى اباحتها الطافى وجزر جيم فزاي فراء انكشف
 وفى رواية فحسر وهو بعناه وروى ابن ابي شيبه وعبد الرزاق فى مصنفيهما كراهة اكل
 الطافى عن جابر بن عبد الله وعن ابن عباس وابن المسيب وابى الشعثاء والنخعى
 وطاوس والزهرى (وحل الجراد) اى اجماها (وانواع السمك) اى من الجريث والمار
 ماهى ونحوهما ما هذا الطافى فانه مكروه عندنا (بلا ذكوة) لما اخرج به الشافعى واحمد
 وابن ماجه فى كتاب الاطعمة من حديث ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه
 وسلم اهلنا 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 ماء والحل ميتته وما فى الصحيحين عن جابر قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه
 وسلم وامر علينا ابا عبيدة نتلقى غير القرىش وزودنا جرابا من تمر لم يجد لنا غير فكلنا
 ابو عبيدة يعطينا ثمرة ثمرة فكلنا نمصها كما يمص الصغير ثم نشرب عليه من الماء فتكفينا
 الى الليل وكنا نضرب بعصينا الحبط ثم نبله بالماء فناكله قال فانطلقنا على ساحل البحر فالقى لنا
 البحر دابة يقال لها العنبر قال ابو عبيدة ميتة ثم قال لابل نحن رسل رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى
 سبيل الله وقد اضطر رتم فكلوا قال فاقمنا عليه شهرا ونحن ثلاثمائة حتى سمنا ولقد كنا
 نغترف الدهن من قرب عينيه بالقلال واخذ ابو عبيدة ثلاثة رجال فاقدمهم فى قرب عينه واخذ
 ضلعا من اضلاعه فاقامه ثم رحل اعظم بعير معنا فهر من تحتها وتزودنا من لحمه وشائق
 فلما قدمنا المدينة اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فدكرنا ذلك له فقال هو رزق
 اخرج به الله لكم فهل معكم من لحمه شىء فتطعمونا قال فارسلنا الى رسول الله صلى الله

عليه وسلم فاكله والوشائق جمع الوشق وهي اللحم يغلى اغلاء ثم يقدد ويجمل في الاسفار وهو ابقى قديديكون ولنا ما قدمنا من الحديث المفصل وان المراد طعام البحر المالح المقدر من السمك بلاذكوة كالجراد اما في مصنف عبد الرزاق اخبرنا سفيان الثوري عن جعفر بن محمد عن ابيه عن علي قال الخيتان والجراد ذكى كله واخرج عن عمر الخوت ذكى كله والجراد ذكى كله وعن ابي هاشم الايلي 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 في الجراد اذا قتله البر لم يؤكل وما يخص مذهب مالك ان قطع رأسه حل والا فلا (و) حل (غراب الزرع) لانه يأكل الحب دون الجيف وليس من سباع الطير (والعقق) بفتح العينين (معها) اى مع الذكوة وهذا عند ابي حنيفة لانه يأكل الحب والجيف فاشبهه الدجاج وقال ابو يوسف يكره لان غالب ما كوله النجاسة ويجرم الضب والثعلب خلافا لمالك والشافعي فيهما اما الضب فلما في الصحيحين عن خالد بن الوليد انه دخل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم على ميمونة وهي خالته فوجد عندها ضبا محنوزا 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 قومي فاجدنى اعافه قال خالد واجترته فاكلته ورسول الله صلى الله عليه وسلم ينظر ولم ينهني وفيهما ايضا عن ابن عمر قال كان ناس من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيهم سعد فذهبوا يأكلون من لحم فنادتهم امرأة من بعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فامسكوا فقال عليه السلام كلوا واطعموا فانه حلال لا بأس به ولكنه ليس من طعامى واما الثعلب فكانه ما حقى بالضبع عندهما ولنا اطلاق ما روينا في اول الفصل من ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل كل ذى ناب من السبع وما في سنن ابي داود عن عبد الرحمن بن شبل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل لحم الضب (وهل الارنب) عندنا وسائر الائمة لما في البخارى عن انس بن مالك قال انفجنا ارنبا ونحن بمر الظهران فسقى القوم فتعبوا فادركتها فاخذتها فاتيت بها الى ابي طلحة فذبحها وبعث بوركيها او قال بفخذها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقبلها فقلت واكل منها وفي سنن النسائي عن ابي هريرة قال جاء اعرابي 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 في لفظ ابي لو اشتهتها اكلتها ولحم الفرس مكروه عند ابي حنيفة وكرامته كرامة لانه للجهاد آلة وفي اكله قلتها

وقال مباح كسائر الائمة وفي قاضيخان ان لبنه يكره كالحم وفي شرح الكنز لبن الرمكة حلال بالاجماع ويحرم شرب لبن الاثن لان اللبن يتولد من اللحم فصار مثله ويحرم شرب بول الابل وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يجوز للتداوى وعند محمد يباح مطلقا وبه قال مالك ويحرم اكل لحم الابل والبقر الجلالة لانها تتغير وكذا شرب لبنها لانه يتولد من لحمها وفي المنتقى الجلالة هي التي تغيرت وانتنت فوجد منها رائحة خبيثة واما الدجاجة المخلاة فلا يحرم اكلها لانها لا تتغير كذا ذكره بعضهم فان حبست الجلالة في مكان وعلف حلت وكان ابو حنيفة لا يوقت لحبسها ويقول تحبس حتى تطيب وينهب ننتها وهو قولهما كذا في التتمة وقيل يقدر في الابل اربعين وفي البقر عشرين وفي الشاة بعشرة ايام وفي الدجاجة بثلاثة ايام ولو وقع ما نثر من السكر والدرهم في حجر رجل فاخذ غيره حل له لانه مباح والمباح لمن سبق يده اليه الا ان يكون الاول قد تهال او ضمه الى نفسه لانه بذلك يملكه ثم التهمة هل هي 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 بهجة الانسان في مهجة الحيوان والله المستعان في كل مكان وزمان والله تعالى اعلم بالصواب .

كتاب الاضحية

(هي) لغة ما يضحي به وشرا (شاة) تذبح يوم الاضحى (من فرد) اى شخص واحد (وبقرة او بعير منه) اى فرد (الى سبعة) والقياس ان لا يجوز الا عن فرد لان الاراقسة واحدة وهي القرية الا انا تركناه لما اخرجه الجماعة الا البخارى عن جابر قال خرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة وانما قال الى سبعة لان كلامهما يجوز عن ستة وافل لانه اذا جاز عن سبعة فما دونها اولى ولا يجوز عن ثمانية اخذا بالقياس فيما لا نص فيه لكن اخرج الترمذى وقال حديث حسن غريب والنسائى واحمد وابن حبان في صحيحه عن ابن عباس قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فحضر الاضحى فاشتركتنا في البقر سبعة وفي الجزور

عشرة (ان لم يكن لفرد) منهم (اقل من سبع) قيد به لانه لو كان لاحدهم اقل من
 سبع لا يجوز عن الكل لانعدام القرينة في البعض (ويقسم اللحم) بينهم (وزناً) لانه
 موزون عرفاً (لا جزافاً) اذ لا يتحقق التساوى ويدخل فيه شائبة الربا (الا اذا ضم
 معه من اكارعه او جلده) ليكون في كل جانب شىء من اللحم وشىء من الاكارع او يكون
 في كل جانب شىء من اللحم وبعض الجلد او يكون في جانب لحم واكارع وفي آخر لحم وجلد
 وانما يجوز اذا كان كذلك صرفاً لكل جنس الى خلافه (وصح اشترك ستة في بقرة مشرية
 لاضحية) بان اشترى شخص بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشترك فيها معه ستة
 وقال زفر لا يصح وهو القياس لان اعدادها للقرينة يمنع عن بيعها تهولاً ووجه الاستحسان
 انه قد يجد بقرة يشتريها ولا يجد شركاء وقت الشراء فكانت الحاجة ماسة الى ذلك دفعا
 للخرج (وذا) اى الاشتراك (قبل الشراء احب) ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة
 الرجوع في القرينة وعن ابى حنيفة انه يكره الاشتراك بعد الشراء واعلم ان الاضحية واجبة
 عندنا على كل حر مسلم مقيم موسر فجر يوم النحر وتلويته وقال سنة في رواية كمالك
 والشافعى لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم من رأى هلال ذى الحجة منكم واراد ان
 يضحي فليمسك عن شعره واظفاره رواه الجماعة الا البخارى والتعليق بالارادة ينافي
 الوجوب ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث هن على فرايض وهى لكم تطوع
 الوتر والنحر وصلوة الاضحية 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 شيبه والحاكم وقال
 صحيح الاسناد ولم يخرجاه وما فى السنن الاربعة عن ابن عون عن ابى رمة حدثنا علف
 ابن سليم قال كنا وقوفامع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرفات قال يا ايها الناس
 على كل اهل بيت فى كل عام اضحية وعتيرة اندرون 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 طفل الغنى من ماله فى اصح
 ما يفتى به كما فى شرح الوافى قال بعض مشايخنا على الاب او الوصى ان يذبح من ماله
 عند ابى حنيفة وهذا معنى قوله (ويضحي الاب او الوصى من مال طفل غنى) وفى
 الهداية انه الاصح (فياً كل الطفل منه وما يبقى يبدل بما ينتفع بعينه) كالخف والثوب
 لا بما ينفع 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 أخرجه الشيخان عن البراء بن عازب قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اول ما يبدأ في يومنا هذا ان نصلى ثم نرجع فننحر فمن فعل ذلك فقد اصاب سنتنا ومن ذبح قبل فانما هو لحم قدمه لاهله ليس من النسك في شيء وفي سنن ابي داود فقام ابو بردة بن تيار فقال يا رسول الله لقد نسكت قبل ان اخرج الى الصلوة وعرفة اليوم اكل وشرب فتمجلت واطعمت اهلي وجيرانى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تلك شاة لحم فقال ان عندي عناقا جندعة وهى خير من شاتى لحم فهل يجزى عنى فقال اذبحها ولم يصالح لغيرك كذا في المواهب وفي 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 عندي جندعة من المعز فقال ضع بها ولا تصالح 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 في غيره) اى في غير مصره والمعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضى في المصر يجوز وقت الفجر ولو كانت في المصر والمضى في السواد لا يجوز الا بعد الصلوة لانها تسقط بالهلاك قبل مضي ايام النحر كالزكوة تسقط بهلاك النصاب فيعتبر فيها مكان المحل وهو المال لا مكان الفاعل كالزكوة بخلاف صدقة الفطر حيث يعتبر فيها مكان الفاعل لانها تتعلق به في الذمة (وأخوه قبيل غروب اليوم الثالث) من ايام النحر لما روى مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر انه كان يقول الاضحية يومان بعد يوم الاضحية وقال مالك بلغنى ان على ابن ابي طالب كان يقول مثل ذلك فان لم يصل الامام ذبح هو والناس بعد الزوال وعند الشافعى اذا مضى من الوقت مقدار ما يصلى فيه صلوة العيد عادة جازت الاضحية بعد ذلك لانهم لو صلوا جازت التضحية فلا يتغير ذلك بتأخير الامام الصلوة كما لو زالت الشمس قلنا الواجب مراعاة الترتيب المنصوص وما بقى وقت الصلوة فمراعاة الترتيب ممكن بخلاف ما بعد الزوال فقد خرج وقت صلوة العيد بزوال الشمس في هذا اليوم فللهذا يجوز التضحية بعده (واعتبر الآخر) اى آخر وقت النحر (للفقر وضده) الغنى (والولادة والموت) فان كان انسان غنيا في آخره يجب عليه وان ولد في اليوم الآخر وان مات فيه لا يجب كما اعتبر آخر وقت الصلوة في حق الحيض والطمهر وآخر وقت المسح على الخفين في حق السفر والاقامة (وكره الذبح في الليل) لاحتمال الغلط (ويقضى الناذر) اى يقضى لهذه الشاة اذا لم يضع حتى اذا مضت ايام النحر (و) يقضى (فقير شرى الاضحية) ولم يضع حتى مضت الايام (بتصدقها حية) الباء متعلق بيقضى (و)

يقضى (الغنى) إذا مضت الايام (بتصدق قيمتها) سواء (شرى) الاضحية (اولا) وان
تعبت قبل اجمعها للذبح وهى لغنى بدلها بغيرها لعدم اجزائها عنه بخلاف الفقير فانه ليس
عليه اضحية وانما لزمته بالتزامه في هذا المحل بعينه ولهذا لو هلك لم يلزمه شئ (وصح
الجنح من الضأن) 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 الامسنة الا ان يعسر
عليكم فتذبحوا جنعة من الضأن (وهو) اى الثنى (ابن حوّل من الضأن والمعز و) ابن
(حولين من البقر و) ابن (خمسة من الابل) ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه
ويدبح) في الاضحية (الثولاء) وهى المجنونة (والجماء) وهى التى لاقرن 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
كباشين اقرنين امحيين موجوئين وروى وجيئين قال ابن المنذر اى منزوعى الاثنيين
قال ابو موسى الاصبهاني وقال الجوهرى الوجاء بالكسر والمدرض عرق الاثنيين وقال
ابن الاثير منهم من يرويه بغير همزة فيكون من وجيته وجيا (و) تذبح (الجرباء) ان كانت سمينة
ولم يتلف جلدها لانه لا يخل بالمقصود (لا عجفاء) اى لا تذبح في الاضحية عجفاء (و) لا
(عرجاء) بحيث (لا تمشى الى المنسك) اى المذبح لما اخرجه اصحاب السنن الا الاربع
ومالك في الموطأ من حديث البراء بن عازب قال قام فينا رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال اربع لا يجوز في الضحايا العوراء البين عورها والمرضة البين مرضها والعرجاء البين
طلعها والكسيرة التى لا تنقى بمثناة فوقية مضمومة فنون ساكنة ففان مكسورة اى بلغ بها
العجى الى حد لا يكون في عظامها نقي اى مخ وقال مالك والترمذى عوض الكسيرة العجفاء
(و) لا ما ذهب اكثر من ثلث اذنها او عينها او ايتها او ذنبها) وهكذا عند ابى حنيفة
ويروى عنه الربع والثلث وقال ابو يوسف ومحمد اذا بقى اكثر من النصف اجزاه اعتبارا
للحقيقة وهو اختيار ابى الليث وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما (وان مات احد سبعة)
اشتركوا في 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 ومنعة وقران)
لا اتحاد المقصود وهو القرية وان اختلف جهاتها (وان كان اقدم) اى احد السبعة (كافرا
او مريدا للحم لا) اى لا يصح عن احد لان الكافر ليس من اهل القرية وفصد اللحم
بنافيها واذا لم يقع البعض قرية لم يقع الكل اذ الارافة لا تنجزى في حق القرية (وبأكل
المضى منها) اى من اضحيته (ويؤكل) اى يطعم الاغنياء والفقراء (ويهب من يشاء)

لما روى مسلم عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا أهل المدينة
 لا تأكلوا لحم الاضاحى فوق ثلث فشكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لهم عيالا
 وحشما وخدماء فقال كلوا واطعموا واحبسوا وادخروا وروى البخارى عن سلمة بن
 الاكوع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ضحى منكم فلا يصحح بعد ثالثة وفي
 بيته منه شىء فلما كان العام المقبل قالوا يا رسول الله نفعنا كما فعلنا عام الماضى قال
 كلوا واطعموا وادخروا فان ذلك العام كان بالناس جهد فاردت ان تعينوا فيها ولانه
 لما جاز اكل المضحى منها وهو غنى جاز ان يؤكل الغنى (وندى التصدق بثلاثها) لان
 الجهات ثلاثة الاكل والادخار والاطعام لما ذكرنا من الاحاديث فانقسمت الاضحية عليها
 اثلاثا والاطعام التصدق لما في رواية تصدقوا بدل اطعموا لقول 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) ندى (تركه) التصدق (لدى) اى لصاحب عيال
 توسعة عليهم) هذا كله فى الاضحية السنة والواجبة بغير النذر واما الواجبة بالنذر فليس
 لصاحبها ان يأكل شياً منها ولا ان يطعم الاغنياء سواء كان الناذر غنيا او فقيرا لان
 سبيلها التصدق وليس للمتصدق ان يأكل من صدقته ولا ان يطعم منها غنيا (و) ندى للمضحى
 (الذبح بيده ان احسن) الذبح لانه قربته والاولى فى القرية التى تقبل النياحة ان
 يتولاها صاحبها بنفسه وقد نحر النبي عليه السلام ثلاثا وستين بدنة بيده الشريفة فى
 حجة الوداع عدد سنى عمره الكريم (والا) اى وان لم يحسن بيده (امرغيره) بذبحها
 وينبغى ان يشهدا بنفسه لما روى الحاكم فى مستدركه والبيهقى فى سننه والطبرانى
 فى معجمه عن عمران بن حصين ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة قومي الى اضحيتك
 فاشهدها فانه يغفر لك عند اول قطرة من دمها كل ذنب عملته وقولى (ان صلوتى ونسكى
 وحياى ومما تى لله رب العالمين لاشريك لى وبذلك امرت وانا اول المسلمين) قال عمران
 قلت يا رسول الله هذا لك ولاهل بيتك خاصة ام للمسلمين عامة فقال بل للمسلمين
 عامة وفى المستدرک عن ابي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
 لفاطمة قومي الى اضحيتك فاشهدها فان لك باول قطرة تقطر من دمها ان يغفر كل ما
 سلف من ذنوبك فقال فاطمة يا رسول الله هذا لنا اهل البيت خاصة اولنا والمسلمين
 عامة قال لابل للمسلمين (وكره ذبح كتابي) اضحية لان ذبحها قربته والكتابي ليس
 من اهلها لكن لو امره صاحبها فذبحها جاز لانه من اهل الذكوة (ويتصدق بجلدها)

لانه جزء منها (او يعمل آلة) يستعمل في البيت كالنطع والجراب والغراب لان الانتفاع بها غير محرم ولانه يجوز الانتفاع باللحم فكذا بالجلد او ببدله (مما ينتفع به باقيا) لان للبديل حكم المبدل قيد بقوله باقيا لانه لا يبدل بما ينتفع به مستهلكا كالخل والماع والابازير اعتبارا بالبيع بالدرهم والهني فيه انه يصرف على قصد التمول (فان بيع) الجلد (بغير ذلك) اى غير ما ينتفع به باقيا (يتصدق بثمنه) لان القرية انتقلت الى بدله واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح واما ما رواه الحاكم وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه في تفسير سورة الحج عن الاعرج عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من باع جلد اضحية فلا اضحية له وكذا رواه البيهقي في 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 في امر الذبح واذا صح الذبح عنهما يأخذ كل منهما اضحيته ان كانت باقية ولا يضمن الآخر لانه بمنزلة وكيله ويحمل كل منهما صاحبه ان كان كل منهما اكل ما ذبحه لان صاحبها لو اطعمه الكل جاز وان كان غنيا فكذا اذا حله منه وان تشاما 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 الثلاثة لانه حين ضحى بها لم يكن مالها 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 في غير ملكه (وضمنها) اى شاة الغصب والوديعة لحصول التعدي منه بالذبح وضمنها بالقيمة وكره الانتفاع بلبن الاضحية وجز صوفها قبل الذبح لانه اعد للقرية بجميع اجزائها فلا ينبغى ان يصرف شيئا منها الى حاجة نفسه لانه في معنى الرجوع عن الصدقة بخلاف ما بعد الذبح لان القرية اقيمت بالذبح والانتفاع بعد اقامة القرية مطلقا كالاكل والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

كتاب الصيد

الصيد مصدر بمعنى الاصطياد ويطلق على المصيد تسمية للمفعول بالمصدر والاصطياد حلال في غير الحرم ولغير الحرم والصيد يحل ان كان ما كولا لقوله تعالى (واذا حملتم فاصطادوا) والامر للاباحة وقوله تعالى (اهل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم والمسيرة

وحرّم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً (يجل صيد كل ذى ناب و) ذى (مخلب) أى يجل الاصطياد
 بكل منهما لقوله تعالى (يسألونك ما إذا اهل لهم قل اهل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين
 تعلمونهن مما علمكم الله فيكفوا مما امسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه) فقوله وما علمتم
 عطف على الطيبات على ان ما موصولة أى وهل لكم صيد ما علمتم او ما شرطية وجوابها
 فكلوا والجوارح الكواسب من سباع البهائم والطيور كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر
 والبارى والمكلب مؤدب الجوارح ومضريها لصاحبها ورايضها لذلك بما علم من الحيل وطرق
 التأديب واشتقاقه من الكلب لان ذلك اكثر ما يكون فى الكلاب اولان السبع يسمى كلبا
 واستثنى الخنزير فان الاصطياد به لا يجوز بالاجماع لتجاسة عينه (بشرط علمهما) أى علم ذى
 ناب وذى مخلب باخذ الصيد لقوله تعالى (وما علمتم) ولقوله عليه السلام لابي ثعلبة ما
 صدت بكلك المعلم فذكرت اسم الله عليه فكل وما صدت بكلك الغير المعلم فادركت
 ذكاته فكل رواه احمد والبخارى (و) بشرط (جرحهما) فى أى موضع كان لتحقق الذكوة
 الاضطرارية ولتوافق اصل المعنى اللعوى 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 تأويل الجوارح بالكواسب كما قال الله تعالى (ويعلم
 ما جرحتم بالنهار) أى كسبتم ولنا أن لها تأويلا آخر وهو ان يكون جارها بناه او بمخلبه
 ويمكن حملها عليها فيشترط ان يكون من الكواسب التى تجرح ليعمل بالجرح بيقين
 والاصل عند اهل التأويل ان اللفظ اذا كان له تأويلات مختلفة وامكن الجمع بينها يقال
 جميعها كما فى قوله تعالى (ان ابراهيم كان امة قانتا لله حنيفا) قيل فى تفسيره مسلما وقيل
 مخلصا وقيل خارجا فنقول جميعها 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 ذى الناب والمخلب بمنزلة آلة الذبح ولا يحصل بمجرد الآلة بل باستعمالها وذلك فيهما
 بالارسال والكتابى اهل للذكوة الاختيارية فيكون اهلا للاضطرارية بخلاف الجوسى
 والوثنى والمرتد (مسميا) أى حال كون المسلم او الكتابى مسميا عند الارسال فمتروك
 التسمية عامدا لاجل وناسيا يجل لما بيناه فى الذبايح لقوله تعالى (واذكروا اسم الله عليه)
 ولقوله عليه السلام لعدي بن حاتم اذا ارسلت كلبك فاذكر اسم الله عليه فان امسك
 فادركته حيا فاذجه وان ادركته قد قتل وام يأكل منه فكله فان اخذ الكلب ذكاة رواه

احمد والشيخان (على ممتنع) متعلق بارسال واحترز عن الارسال على غير الممتنع بقوايمه
 او جناحيه فلو اخذ الكلب ونحوه صيدا قد قيد في شبك او سقط في بئر او اثنه آخر
 لم يحل بمجرد جرحه اياه لانه خرج بهذه العوارض عن الامتناع (متوحش) احترز به
 عن المستأنس (يوكل) لان الكلام فيما يحل اكله بالصيد فلا بد ان يكون مما يوكل
 (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 اخرجته اصحاب الكتب
 الستة عن عدى بن حاتم قال قلت يا رسول الله انى ارسل كلبى فاجد معه كلبا آخر
 لا ادري ايهما اخذه فقال لا تأكل فانما سميت على كلبك ولم تسم على كلب آخر وفي
 لفظ اذا ارسلت كلبك فسميت فاخذ فقتل فكل وان اكل منه فلا تأكل فانما امسك على
 نفسه وفي لفظ قلت يا رسول الله انى ارسل الكلاب المعلمة فيمسكن على واذا ذكر اسم
 الله فقال اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل ما امسك عليك قلت وان قتل
 قال ما لم يشركه كلب ليس معه وفي رواية لاهم والشيخين اذا ارسلت كلبك فاذا ذكر اسم الله
 عليه فان وجدت مع كلبك كلبا غيره وقد قتل فلا تأكل فانك لا تدري ايهما قتل ولانه
 اجتمع الاباه والحرمه فغلبت الحرمه (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 ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان علامة التعلم ترك ما هو مأوف
 عادة والبازى متوحش متنفر فكانت الاجابة علامة تعلمه ولو بهمة والكلب الوفى لا يترك
 الاكل عادة فكان علامة تعلمه ترك اكله وانما قدر بثلاث مرات لانه ربما يترك الاكل
 لشبعه فقد رله مدة ضربت للاختبار كما فى مدة الخيار وعند ابي 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 ورواية الحسن عنه كقولهما (فان اكل) الكلب (بعد
 تركه ثلاثا تبين جهله) عندهما (ولا يوكل ما قد صاد) قبل اكله (وبقى فى ملكه)
 اى ملك مالكه من العايد وغيره سواء لم يكن محرزا بان كان فى المفازة بعد وهذا بالاتفاق
 او كان محرزا وهذا عند ابي 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 ولا ي
 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 يصاح لصاحبه وامسك عليه ما يصاح له (ولا) يؤكل (ما يصيده) الكلب (حتى تعلم) فاذا ترك ثلاثا لا يؤكل الا اول ولا الثاني اتفاقا ولا الثالث عندهما خلافا لابي حنيفة واما ان اكل البازي ونحوه منه فلا يجرم اتفاقا لما روى عن ابن عباس في البازي يقتل الصيد ويأكل منه قال كل (وشرط الحل) مبتدأ (بالرمى) اى بالحاد وهو متعلق بالحل والخبر (التسمية) وهذا عندنا وبه قال مالك وذلك لان الرمي كالذبح لكون السهم آلة ولقوله عليه السلام لعدي اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فان وجدته قد قتل فكل الا ان تجده قد وقع في ماء رواه الشيخان وزاد مسلم فانك لا تدري الماء قتله او سهمك (والجرح) اى وشرط حل به الجراحة لتحقق معنى الذكوة (وان لا يقعد عن طلبه ان غاب) الصيد حال كونه (متحاملما سهمه) لما روى ابن ابي شيبه في مصنفه والطبراني في معجمه عن ابي رزين عن النبي صلى الله عليه وسلم في الصيد يتوارى عن صاحبه قال لعل هوام الارض تقتلته وروى عبد الرزاق نحوه عن عائشة مرفوعا بلفظ ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم بطيى 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 وفي مراسيل ابي داود عن الشعبي ان اعرابيا اهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم ظبيا فقال من اين اصبحت هذا قال رميته فطلبته فاعجزني حتى ادركنى المساء فرجعت فلما اصبحت اتبعت اثره فوجدته في غار وهذا مشقصى فيه اعرفه قال بات عنك ليلة فلا آمن ان يكون هامة اعانتك عليه فلا حاجة لى فيه هذا ولكنه يخالف صريح مافي صحيح مسلم واحمد وابي داود والنسائي عن ابي ثعلبة الخشني عن النبي صلى الله عليه وسلم في الذي يدرك صيده بعد ثلاث قال كل ما لم ينتن وكذا مافي صحيح البخاري ومسلم والنسائي عن عدي بن حاتم وان رميت بسهمك فاذكر اسم الله فان غاب عنك يوما فلم تجد فيه الا اثر سهمك فكل ان شئت وان وجدته غريقا في الماء فلا تأكل فانك لا تدري الماء قتل او سهمك وفي مسلم عنه ايضا انه قال يا رسول الله يرمى احدنا الصيد فيقتل اثره اليومين او الثلاثة ثم يجده ميتا وفيه سهمه اياكل قال يأكل ان شاء وفي سنن الترمذي والنسائي 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 قتل فكله ولا شك ان الصريح مقدم على الظاهر في الاستدلال اللهم الا ان يقال ان الظاهر حاظر وهو مقدم على المبيع (فان ادركه المرسل او الرامي هيا ذكاه) لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل لان المقصود

هو الاباحة وهي لا تثبت قبل موته (فان تركها) اي الذكوة (عمدا حرم) لانه مينة لان الواجب فيه الذكوة الاختيارية ولم يفعل هذا اذ تمكن من ذبحه ولم يذبحه اولم يتمكن وفيه من الحياة فوق ما في المنبوح في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يحل وهو قول الشافعي لان ذكوة الاضطرار بدل عن ذكوة الاختيار وما لم يقدر على الاصل لا يسقط حكم البدل وهنا لم يقدر على الاصل فصار كالميتيم اذا وجد الماء وبينه سبع او عدو واما اذا لم يتمكن من ذبحه وكان فيه من الحيوة بقدر ما في المنبوح بان لم يبق الا مضطربا اضطراب المنبوح 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 ابي حنيفة لا يحل 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 اخذ الامام فخر الدين قاضيخان ولنا انه بالوقوع في يده لم يتقرر صيدا فلم يعتبر حكم ذكوة الاضطرار فيه وصار كما لو خنقه الكلب ولم يجره (كما) حرم الصيد (اذا قتل معراض) وهو السهم الذي لا ريش له (بمعراضه) متعلق بقتل وانما حرم لما روى اصحاب الكتب الستة عن عدى بن حاتم قال قلت يا رسول الله اني ارمى بالمعراض الصيد فاصيد قال اذا اصاب بجمده فكل واذا اصاب بمعراضه فقتل فلا تأكل فانه زئيد (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 يجرم لتيقن الموت بالجرح والاصل هنا ان الموت ان حصل بالجرح بيقين يؤكل وان حصل بالثقل او شك فيه لا يؤكل فيه هتما او احتياطا (اورمى فوقع) الصيد (في ماء او على سطح ثم على الارض) لاحتمال انه مات بغير الرمي اذ كل من الماء والسقوط من علو مهلك اما الماء فلما روينا من قوله عليه السلام الا ان يجده قد وقع في ماء واما المتردى فلقله تعالى (والمتردية) اما الواقع على الارض ابتداء اكل استحسانا لانه لا يمكن الاحتراز عنه اذ في اعتباره سد باب الاصطياد (ويعتبر الزجر) وهو الاغراء بالصياع عليه والانزجار اظهار زيادة الطلب (فيما) انفلت الجرح و (لم يرسل) فان الزجر عند عدم الارسال اقيم مقام الارسال لان اثر جاره 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 او تارك التسمية عبدا (يعتبر الارسال) لان الفعل يرفع مما فوقه او مثل لا بما هو دونه والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه (وان اخذ) المرسل (غير ما ارسل اليه حل) لانه لا يمكن تعليقه على وجه يأخذ ما عينه لآخذه فسقط اعتباره (كصيد) اى كحل صيد (رمى فقطع عضو منه) لوجود الجرح (لا العضو) اى لا يحل العضر لانه ميتة لما اخرجها ابو داود والترمذى وقال حديث حسن عن ابي واقد الليثى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ما يقطع عن البهيمة وهى حية فهو ميتة زاد الترمذى قال قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يجيئون اسنمة الابل ويقطعون اليات الغنم فقال صلى الله عليه وسلم ما قطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة وفى المستدرک عن ابي 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 او قد) اى شق (بنصفين اكل كله) لان المبان منه فى الصور الثلاث هى صورة لا حکما 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 الاول وحرم) لاحتمال موته بالرمى الثانى وهو ليس بذكوة له لوجود القدرة على الذكوة الاختيارية (وضمن الثانى له) الاول (قيمته مجروحا ان كان الاول اثنى) بان اخرجته عن هيز الامتناع لانه ائلف صيدا مملوكا للاول لانه ملكه بالرمى المئثن وقيمة المئثن يعتبر يوم الاتلاف فيلزمه قيمته ناقصا بجرحة الاول كما لو ائلف عبدا مريضا او شاة مجروحة فانه يضمن قيمته ناقصا بالمرض او الجرح (والا) اى وان لم يئثنه 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 حنبل فى التذكرة من حديث ابي هريرة (وحل) لانه ذكى ذكوة اضطرارية وهو حينئذ مما يذكى به (ويصاد مايؤكل لحمه وما لايؤكل) لاطلاق الآية ولان صيد ما لا يؤكل سبب للانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله تعالى اعلم

كتاب اللقيط واللقطة والابق

اللقيط لغة فعيل بمعنى مفعول من لقطه اذا رفعه من الارض وعرفنا غلب على الصبى

المنبوذ لانه بصد ان يلقط وشرعا مولود حتى طرحه اهله خوفا من العيلة او فرارا من غيبة البرية سمي بما يؤل او بما هو مشرف عليه كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه ومضيعة آثم ومحرزه غانم لما في احراره من احياء النفس وفي اهماله من التسبب لهلاكها وقد قال الله تعالى (كتبنا على بنى اسرائيل انه من قتل نفسا بغير نفس او فساد في الارض فكانما قتل الناس جميعا ومن احيها فكانما احيى الناس جميعا) ولذا (رفعه) اي اللقيط (احب) من تركه ان لم يخف هلاكه بان كان في مصر لما في رفعه من الترحم وفي تركه من عدمه (وان خيف هلاكه) بان كان في مفازة او بر او مسبعة (يجب) صيانته عن الهلاك وجوب فرض الكفاية لقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) لحصول المقصود بالبعض وقال مالك والشافعي واهمده رفعه ان لم يخف هلاكه فرض كفاية لقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) وان خيف فرض عين كمن رأى اعمى يقع في البئر فانه يفترض عليه حفظه من الوقوع كذا ذكره وفيه ان هذا اذا كان هناك شخص واحد فظاهر انه يصبر فرض عين عليه اجماعا واما اذا كان جماعة فلا شك انه فرض كفاية ان خيف هلاكه والا فيستحب (كاللفظة) فان رفعها احب من تركها ان لم يخف ضياعها او من نفسه عليها وواجب 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) اي اللقيط (حر الا بحجة رقه) لان الاصل في بنى آدم الحرية ولقضاء على رضى الله عنه في اللقيط انه حر وفرأ هذه الآية (وشروه بثمن بخس دراهم معدودة وكانوا فيه من الزاهدين) رواه البيهقي (ونفقته وجنابته في بيت المال وارثه له) اي بوضع فيه اما الارث والارش فلان الحراج بالضممان واما النفقة فلما روى مالك في الموطأ في كتاب الاقضية عن ابن شهاب الزهري عن سنيين ابي جميلة رجل من بنى سليم انه وجد منبوذا في زمن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال فحمت به الى عمر فقال ما مملك على اخذ هذه النسمة قال وجدتها ضايعة 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 السدى بينه وبينه معرفة وفي رواية عبد الرزاق فقال له عسى الغوير أبوسا 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 ليستوفى منه نفقته فلذا
 ذكر هذا المثل (ولا يؤخذ من آخذه) الا باذنه لسبقه ولو دفعه الى غيره ليس له ان
 يسترده منه لانه رضى باسقاط حقه (و) يثبت (نسبه) استحسانا (من مدعيه ولو) كان مدعيه
 (رجلين) ليس احدهما الملتقط ولا سبقت دعوته (او ممن يصفى 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 الاستيلاء اذا استويا في الحجة واما لو كان احدهما الملتقط او سبقت
 دعوته لكان اولى لترجع 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 يبينوا سواء وصف احدهما علامة اولم يصفى او بينا وتعارضوا واذا اشتبه على القافة
 يقرع ولو اقرع القافة بهما لحق بهما عند احمد ولو ادعاه امرأتان يثبت منهما عند ابي حنيفة
 كالرجلين وعندهما لا يثبت لان ثبوت النسب من المرأة متعلق بحقيقة الولادة وولادته
 عنهما محال (او) كان مدعيه (عبدا) لان في ثبوت نسبه له نفا (وكان حرا) لان المملوك قد
 تلد له الحرة ولذا فيكون تبعا لاهله (او) كان مدعيه (ذميا وكان مسلما ان لم يكن
 في مقرهم) اي مقر اهل الذمة بان وجد في قرية من قرى المسلمين او في مسجد اما
 اذا وجد في مقرهم بان وجد في قرية من قراهم او في بيعة او كنيسة كان ذميا وفي
 المبسوط ولو وجد مسلم في مكان المسلمين ولم يدعه احد يحكم باسلامه وبه قال مالك
 واحمد والشافعي ولو وجد كافر في مكان المسلمين او مسلم في مكان الكفار ففي كتاب
 اللقيط العبرة للمكان في الفصلين لسبقه ولان المسلم لا يضع ولده في البيعة والكافر
 لا يضع ولده في المسجد وفي رواية ابن سماعة عن محمد العبرة للواجد لقوة اليد وفي
 رواية الاعتبار الاسلام نظرا للصغير اوللزي كما في اختلاط موتانا بموتاهم في الحرب وفي
 المبسوط ان اسلم الروايات اعتبار الاسلام لانه يعلو ولا يعلى (وما شد) اي ربط من
 المال (عليه) اي على اللقيط او على دابة هو عليها (له) اي اللقيط اعتبارا للمظاهر في دفع
 دعوى الغير ولليد في الملك واصله القبيص الذي عليه (صرف اليه) اي الى مصالح
 اللقيط بامر القاضى لانه مال ضايع والمقاضى ولاية صرف مثل اليه وقيل بغير اذن القاضى
 لانه اللقيط ظاهرا فان دفعت يد الغير عنه فبقى المال ضايعا فيصرف في مصالحه على انه له
 اولبيت المال اولانه اللقيط ظاهرا وله ولاية الاتفاق وشراء مالا بدله كالطعام والكسوة ولان
 الظاهر ان واضعه انما وضع ذلك المال معه لينفق عليه منه وللبناء على الظاهر جائز ما لم

يظهر خلافه وهو مصدق في نفقة مثله عليه لانه أمين يخبر عما هو محتمل ويكون وجوب
 الضمان عليه فقبل قوله فيه كمن دفع مالا الى انسان وامره ان ينفق على عياله فانه يقبل
 قوله في نفقة مثلهم (وللملتقط قبض هبته) وصدقته لانه نفع محض له (وتسليمه في هرفة)
 اى صناعة لانه من باب تأديبه لان من اشتغل بعمل فلما يشتغل بالفساد (لا انكاهه) اى
 ليس للملتقط انكاح اللقيط ذكرا كان او اثنى لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك
 والسلطنة (ولا تصرف ماله) لما قدمناه (ولا اجارته) في الاصح ويصح صالح الامام عن دمه
 بالدية لانه نفع للمسلمين لاعفوه لانه ابطال حق مسلم ويمنعه ابو يوسف من استيفاء القصاص
 لانه استيفاء لوليه وهو مجهول واجازاله استيفائه لقوله عليه السلام السلطان ولى من لا ولى
 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 يامن
 ان تصل اليها يد خائنة فيكتمها عن مالكةا ولانه يلتزم اداء الامانة في رفعها والتزام اداء
 الامانة تعرض بمنزلة المثوبة قال الله تعالى (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها)
 وامثال الامر سبب لمثال الاجر والمتشفقة بقولون 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 والتارك افضل لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذى سقطت منه اذا فقدها
 فاذا تركها وجدها صاحبها فيها ولانه لا يامن على نفسه ان يطعم فيها بعد رفعها فكان معرضا نفسه
 للفتنة فلنا نعم لكن الحكم لغلبة الظن والافضل مراعات الطرفين (ان اشهد) الآخذ
 (على اخذه) انه اخذها (ليرد على ربها) ذكر الضمير باعتبار المأخوذ ثم انته باعتبار
 اللقطة رعاية لمعناها قارة ولمبناها اخرى وهذا نوع تفنن في العبارة وانما كانت امانة
 لان اخذها على هذا الوجه مأذون فيه شرعا فلا تكون مضبوثة وشرط الاشهاد لما روى
 اسحاق بن راهويه في مسنده عن عياض بن حماد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
 من اصاب لقطة فليشهد ذا عدل ثم لا يكتم وليعرفنها سنة فان جاء صاحبها والا فهو مال
 الله يؤتبه من يشاء قالوا ويكتفى في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على
 (والا) اى وان لم يشهد وادعى انه اخذها للمرد (ضمن) عند ابى حنيفة ومحمد (ان حماد
 المالك اخذه للمرد) وقال ابو يوسف لا يضمن لان صاحبها يدعى سبب الضمان وهو ينكر
 فكان القول قوله كما في 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 والشافعي وهو رواية عن محمد والقول قوله في ذلك يمينه ولها انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير بغير اذنه وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه فلا يصدق كمن اخذ مال الغير وهلك في يده ثم ادعى ان صاحبه اودعه اياه حيث لا يصدق الالبحة وفي الحائبة وهذا الاختلاف فيها 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 بعبود 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 في ظاهر الرواية وتوضيحه انه اذا اعاد اللقطة الى موضعها الذي وجدها بعد ما اخذها ليعرفها برى من ضمانها او هلكت او استهلك رجل قبل ان يصل اليها صاحبها لان اخذها لم يكن سببا لوجوب الضمان عليه وكذلك ردها الى مكانها اذ قد يأخذها ليعرف صفتها حتى اذا سمع انسانا يطلبها دله عليها وقد يأخذها لردها الى مالكها ثم يحس في نفسه عجزا او طمعا فيردها الى مكانها فلهذا لا يضمن شيئا وانما الضمان على مستهلكها وفي 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 (في مكان وجدت) بان نادى انى وجدت لقطه لا ادري مالكها فليات مالكها او ليصفها لاردها (و) عرف ايضا (في المجامع) لان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها (مدة لا تطلب بعدها) وهو يختلف باختلاف اللقطة في قيمتها (و) عرف (ما لا يبقى الى ان يخاف فساده ثم تصدق) لان في التصدق بها عوضا آجلا وهو الثواب في العقبى او عاجلا وهو الضمان في الدنيا وروى محمد عن ابي حنيفة ان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما على حسب ما يرى وان كانت عشرة او اكثر عرفها حولا وروى الحسن عن ابي حنيفة ان يعرف المائتين فما فوقها حولا اعتبارا بالزكوة ويعرف العشرة فما فوقها شهرا وما دونها الى ثلثة دراهم اياما عشرة او شهرا ويعرف الثلثة الى الدرهم جمعة او ثلثة والدرهم يوما والفلس بالنظر يمئة ويسرة وقد روي محمد في الاصل مدة التعريف بالحول من غير تفصيل بين الكثير والقليل وهو قول مالك والشافعي واهم لما روى الشيخان عن زيد بن خالد الجهني قال سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال عرفها سنة ثم اعرف عفاصها وكاءها فان جاءك احد يجبرك بها والا استنفق بها فان جاء صاحبها فادها اليه والعفاص الوعاء الذي يكون فيه

النفقة من جلد او خرقة ونحوها الوكاء الذى يشد به الكيس وغيره والصحيح ان شيئاً من هذه التقادير ليس بلازم وان تفويض التقدير الى رأى الآخذ لاطلاق حديث مسلم عن ابي 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 والافهى كسبيل مالك واخرجه عن زيد بن خالد ايضا وفيه فان جاء صاحبها فعرف عفاصها وعدد وكائها فاعطها اياه والافهى لك ولان النبى صلى الله عليه وسلم قد زاد على السنة ونقص منها اما الزيادة فلمّا فى الصحيحين من حديث ابي بن كعب انه وجد صرة فيها مائة دينار فأتى بها النبى صلى الله عليه وسلم فقال له عرفها حولاً فعرفها فلم يجد من يعرفها فلم يجد من يعرفها ثم اتاه فقال له عرفها حولاً فعرفها فلم يجد من يعرفها فقال له احفظ وعاءها وعددها الحديث واما النقصان فلمّا فى مصنف عبد الرزاق وغيره عن ابي سعيد الخدرى ان على بن ابي طالب رضى الله عنه وجد ديناراً فى السوق فأتى 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 شعيراً وبثلاثة دراهم تمراً وقضى ثلاثة دراهم وابتاع بدرهم لحماً وبدرهم زيتاً 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 للمرء اذا جاءنا شيء اديناه اليك ورواه ابو داود ولم يذكر فيه ثلاثة ايام فعلم ان التقدير بالسنة ليس بعلّة لازمة فى كل شيء 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 شيئاً يعلم ان صاحبه لا يطلبه كالنواة وقشر الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه يبقى على ملك مالكه لان التملك من المجهول لا يصح وملك المبيع لا يزول بالاباحة قال شيخ الاسلام ولو كانت متفرقة فجمعها الآخذ ليس للمالك اخذها بعد جمعها لانها تصير ملكاً له به وكذا الجواب فى التقاط السنابل بعد الحصاد وبه كان يفتى الصدر الشهيد (فان جاء ربه) بعد التصديق بها ان شاء (اجاز) التصديق بها ولو بعد هلاكها لان التصديق لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للمفقير فيها قبل الاجازة فلا يتوقف الاجازة فيها على قيام الحمل ولا فرق بين ان يتصدق بامر القاضى او بغير امره على الصحيح (وضمن الآخذ) اى آخذ اللقطة لانه سلم مالا الى

غير صاحبه بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للمعبد كما في تناول مال الغير حال المختصة وان شاء ضمن الفقير ان كان اللقطة هلكت في 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 والثوري والحسن بن صالح وقال الشافعي واحمد اذا لم يجيء ربه بعد التعريف ملكها الملتقط بحكم القرض فصارت كسائر امواله غنيا كان الملتقط اوفقيرا لها في حديث مسلم السابق عن ابي بن كعب في رواية والافه كسبيل مالك ولنا ما اخرج البزار في مسنده والدارقطني في سننه عن ابي 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 يأت فليصدق به فان جاء به فليخيره بين الاجر وبين الذي 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 ربه) لان الحاكم ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق (وآجر القاضى ما) اى شيئا له منفعة من البهايم (وانفق عليها) من اجرتها لان في ذلك ابقاء للمعين على ملك المالك من غير الزام الدين عليه (كالاتق) كما ان الاتق يفعل به ذلك (ومالا منفعة له اذن) القاضى (بالانفاق) عليه (ان كان) الانفاق (اصح) وجعل النفقة ديننا على مالكة لان القاضى نصب ناظرا لمصالح الناس وفي هذا نظر لجانب المالك بابقاء عين ماله ولجانب الملتقط بالرجوع (والا) اى وان لم يكن الانفاق اصح بان كانت النفقة تستغرق قيمة اللقطة (باع) القاضى اللقطة وامر بحفظ ثمنها ابقاء لها معنى عند تعذر ابقائها صورة قالوا وانما يأذن بالانفاق بعد يومين او ثلاثة على قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالكة فان لم يظهر امر ببيعها لانه لا نظر في 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 سمي وزن الدراهم والدنانير وعددها ووكائها (حل الدفع) اى جاز دفعها اليه (ولا يجب) الدفع (بلا حجة) وهو قول الشافعي وقال مالك واحمد وداود وابن المنذر يجب الدفع بالعلامة لقوله عليه السلام في الحديث السابق فان جاء احد يتخبرك بعددها ووعاؤها فاعطه اياها ولنا انه مدع وعلى المدعى البينة والعلامة لا تتدل على انها له اذ قد يقف الانسان على علامة في مال صديقه ولا يقف على علامة في مال نفسه والامر في قوله عليه السلام فاعطه اياها

للاباحة ولو دفعها بالعلامة يأخذ من صاحبها كفيلا بلا خلاف لاحتمال ان يجيء غيره ويقيم
 البيئته اناله فيضمن ولا يمكنه الرجوع على الذي اخذها لحفائه ولو دفعها بالعلامة فجاء آخر
 واقام بيئته اناله فان كانت قائمة اخذها وان كانت هالكه ضمن ايهما شاء لتعديهما بالدفع
 والاخذ ويرجع الملتقط ولا يرجع الآخذ على احد (ويبتفع) الملتقط (بها) حال كونه (فقيرا والا)
 اى وان لم يكن الملتقط فقيرا (تصدق بها ولو على اصله وفرعه وعرضه) لحصول المقصود
 بالكل وهو التصديق 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 وغوها وجوبا
 ان خيف ضياعها على مالكةا من خيانة اولكونها فى مضبعة والاندبا لما فى الصحيحين
 عن ابي 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
 قبلى وانها املت لى ساعة من نهار وانها لا تحل لاحد بعدى فلا ينفر صيدها ولا يحتلى
 شوكةا ولا تحل سافطتها 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 والافشأ نك بها قال فضالة الغنم قال هى لك اولاخيك اولمذئب
 قال فضالة الابل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها وترى الشجر فذرهما حتى
 يلقاها ربا ولهذا منع مالك من التقاط الابل فى الصحراء وحبله مشايخنا على ما لم يخف
 ضياعها من يد خاينها بدليل قوله حتى يلقاها ربا 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 مالكة لا يطلب عادة ولو
 سبب صيده اودابته لهما فاخذها غيره واصحابها بان داواها وعلفها وسقاها حتى صارت
 مما ينتفع بها فان قال عند التسييب جعلتها لمن اخذ ليس له ان يأخذها منه لان التملك
 من المعلوم صحيح والزيادة تمنع من الرجوع وان لم يقل ذلك جازله اخذها لما قدمنا
 من عدم جواز التملك من الجهول ولو اخذ نعله ووجد غيره مكانه لا يملك لعدم تملك
 من مالكة ويصير كاللقطة فى الحكم لاحتمال ان يكون لغير من اخذه (وندى اخذ الآبق)
 وهو المملوك الذى فر من مالكة قصدا اسم فاعل من ابق ومنه قوله تعالى (اذ ابق الى

الملك 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 كالأبق ووجه الاول
وهو الفرق ان الضال لا يبرح مكانه فيجده مالكة ولا كذلك الأبق ثم أخذ الأبق بأق
به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه عادة بخلاف اللقيط واللقة وهذا اختيار
السرخسى وقال الحلوانى الآخذ بالخيار ان شاء حفظه وان شاء دفعه الى الامام وكذا واجد
الضال واذا دفع الأبق الى السلطان يجسه تعزيرا له فى اباقه واذا دفع الضال اليه لا يجسه
لعدم ما يوجب به ولان الأبق لا يؤمن عليه الا باق ثانيا بخلاف الضال ولهذا لا يوجره ان
كان له منفعة وينفق عليه من بيت المال دينا على مالكة واذا طالت المدة ولم يجىء
صاحبه باعه وحفظ ثمنه وفى الميسوس لو حبس السلطان الأبق فجاء واحد واقام بينة انه له
يخلف بالله ما بعته ولا وهبته ثم يدفعه اليه لانه يحتمل انه باعه او وهبه ولا يعرف الشهود ذلك
قلت وينبغى ان يخلفه ثانية ما اعتقته لوجود احتمال عتقه ولو دفعه باقرار العبد بلا بينة
باخذ كقبلا ويجوز الدفع باقراره لان العبد فى يد نفسه فيعتبر اقراره كما لو ادعى
الحرية (ولراده) اى الأبق (من مدة سفر) وهى ثلاثة ايام فصاعدا (اربعون درهما)
ولو كان ام ولد او مديرا فى حيوة المولى لانها مملوكان له بخلاف المكاتب لانه احق بمكاسبه
وبخلافها 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
الأبق الاربعين بان كانت قيمته اقل منها وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد يقضى
له بقيته الا درهما يسلم للمالك شىء تحقيقا للفائدة وهو رواية عن ابى حنيفة ولا بى يوسف
انه ورد التقدير بها فلا ينقص عنها (ان اشهد انه اخذه للرد) قيد به لان الاشهاد شرط فى
اخذ الأبق على الاخذ عند ابى حنيفة ومحمد كما فى اللقطة وعند ابى يوسف ومالك والشافعى
واحمد ليس بشرط ثم القياس ان لاشىء عليه لراده الا بشرط ان يقول كل من رد على أبى فل
كذا وهو قول الشافعى وللتنقى وبعض اصحاب احمد لان الراد تبرع بمنافعه فى رده على سيده
وهو لو تبرع بمنافعه فى رد غيره من اعيان ماله او فى رد الضال لا يستوجب الاجر الا بشرط
فكذا هذا وقاله مالك له اجر مثله بقدر نعبه ان كان ممن شأنه طلب الاباق وان لم يكن
فهو نفقته عليه وعن احمد ان رده من المصر فل عشرة دراهم وان رده من خارجه سواء رده
من مدة سفر او لا فل اربعون درهما ولنا ان الصحابة قد انفقوا على الجمل وان اختلفوا فى

مقداره فان محمدا روى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة عن سعيد بن مرزبان عن ابي عمرو والشيباني 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 في مصنفه عن سفيان الثوري عن ابي رباح عن ابي عمرو والشيباني قال اصبحت غلمانا اباقا بالغين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال الاجر والغنيمة فقلت هذا الاجر فما الغنيمة قال اربعون درهما من كل رأس وخرج ابن ابي شيبة في مصنفه عن قتادة وابي هاشم ان عمر قضى في جعل الآبق باربعين درهما وروى ايضا عن وكيع عن سفيان عن ابي اسحاق قال اعطيت الجعل زمن معاوية اربعين درهما وروى ايضا عن سعيد بن المسيب ان عمر جعل في جعل الآبق دينارا او اثني عشر درهما وروى ايضا عن علي انه جعل في جعل الآبق دينارا او اثني عشر درهما وروى هو وعبد الرزاق عن عمرو بن دينار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في العبد الآبق الذي يؤخذ خارج الحرم بدينار او عشرة دراهم والمفهوم عن خارج الحرم في اعتبار القرب لا قدر مسيرة سفر عنه ولهذا روى عن عمار بن ياسر ان اخذه في المصر فله عشرة وان اخذه خارج الحرم فله اربعون وعله اعتبر الحرم كالمكان الواحد على ان المروى عن ابن مسعود اقوى من الكل فرجحناه وانما يؤخذ بالاقل اذا ساوى الاكثر في القوة وفي المبسوط ولان الراد يحتاج الى معالجة ومؤنة في رده وقلما يرغب الناس في التزام ذلك حسبة ففي ايجاب الجعل له ترغيب له في رده واظهار الشكر من المردود اليه لاحسان الرد اليه ثم ان الشافعي استحسن برأيه في هذه المسئلة من وجه فقال لو ان المولى خاطب قوما فقال من رد منكم عبيد فله كذا فرده احدكم استوجب ذلك المسمى وهذا شرع ياباه القياس لان العقد مع المجهول لا ينعقد بدون القبول كذلك ولا شك ان الاستحسان الثابت باتفاق الصحابة خير من الاستحسان الثابت برأيه والشرعية قامت بوثوق بهم الى آخر الدهر وليس لأحد ان يظن بهم الا احسن الوجوه ولكنه بحر عميق لا يقطعه كل سابع ولا يصيبه كل طالب (ومن اقل منها) ولراد الآبق من اقل مدة سفر (بقسطه) اعتبارا للاقل بالاكثر (فان ابق) من راده او مات عنده (لم يضمن) لانه امانة في يده وهذا اذا اشهد (فان لم يشهد فلا شرع له) من الجعل لان ترك الاشهاد امانة انه اخذه لنفسه عند ابي حنيفة ومحمد (وضمن ان ابق منه) لانه ليس بامانة في يده والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

كتاب المفقود

(هو لغة مفعول من فقدت الشيء غاب عنى وشرعا (غايب لم يدر اثره) اى موضعه ولا
حيوته ولا موته مع جداهله فى الطلب وحكمه انه (هى 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 (ولا يقسم ماله) لانه حى فى حق نفسه فكذا فى ماله
لانه تبع له (ولا يفسخ اجارته) لان الاستصحاب يصلح لابقاء ما كان وهذا منه (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 كالصبي والمجنون (ويبيع ما يخاف
فساده) لانه لما تعذر حفظه له بصورته كان النظر فى حفظه بمعناه وهو ثمنه اما ما لا يخاف
فساده فلا يبيعه لان القاضى لا ولاية له على الغايب 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 لا يستحقها فى حضرته الا
بالقضاء لا ينفق عليه فى غيبته لان النفقة حينئذ بالقضاء وهو على الغايب مهمتغ فمن الاول
الوالدان والاولاد الصغار والاناث الكبار والذكور الزمنى الكبار ومن الثانى الاخ والاخت
والعم والعمة والحال والحالة واذا لم يكن للمفقود مال وطلبت الزوجة من القاضى ان يقضى
اها بالنفقة عليه كان ابو حنيفة يقول يجيبها الى ذلك وهو قول ابراهيم ثم رجع الى قول
شريح وقال لا يجيبها اليه ووجه قوله الاول حديث هند ووجه قوله الآخر ان نفقة الزوجة
لا يصير ديننا الا بقضاء القاضى وليس اها ان يؤاخذ القاضى على الغايب وهذا اذا كان
النكاح معلوما له وان ارادت اثباته بالبينة لم يسمعها القاضى عندنا خلافا لزرر (ميت فى حق
غيره فلا يورث من غيره) لان بقاءه حيا باستصحاب الحال وفى توريثه من غيره اثبات مالم
يكن والاستصحاب لا يصلح لذلك ولما كان قوله فلا يورث ظاهرا فى نفي 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 والبنادر لا عبرة به وروى الحسن
عن ابي حنيفة مائة وعشرين سنة وعن ابي 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 يقلب على الظن فى ادنى مدة انه مات لاسيما اذا دخل فى
مهلكة واقتصر مالك على اربعة اعوام واحتج بما رواه فى الموطأ عن يحيى بن سعيد عن سعيد

ابن المسيب ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال ايما امرأة فقدت زوجها فلم تدر اين هو فانها تنتظر اربع سنين ثم تعتد اربعة اشهر وعشرا ثم تحل ورواه عبدالرزاق في مصنفه وزاد ان بدلها قلنا تربصها اربع سنين كان قول عمر في الابتداء ثم رجع الى قول علي انها امرأة ابتليت فلتنصبر حتى يأتيها موت او طلاق رواه عبدالرزاق وقال ايضا اخبرنا ابن جريج قال بلغنى عن ابن مسعود انه وافق عليا على انها تنتظر ابدا وروى ابن ابي شيبة عن ابي قلابة وجابر بن زيد والشعبي والنخعي كلهم قالوا ليس لها ان تتزوج حتى يثبتين موته (فان ظهر) المفقود (حيافله 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 فقه) لانه ميت فى حق غيره فى ذلك الوقت حكما فكانه مات فيه عيانا (فرد ما وقى 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 يصاح للقضاء الا واحد تعيين عليه (اهله اهل الشهادة) اى يشترط فيمن يفوض اليه القضاء ان يكون من اهل الشهادة يعنى حرا مكلفا مسلما وذلك لان ولاية القضاء كالفرع لولاية الشهادة اذ حكم القضاء يبنى 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 الغزالي اجتماع هذه الشرايط من الاجتهاد والعدالة وغيرهما متعذر فى عصر يخلو عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا (لكن) ينبغى انه (لا يقلد) الفاسق القضاء (ولا يقبل) اذا شهد لان الفاسق لا يؤمن لقلته مبالاته بواسطة فسقه (ولو فسق) القاضى (العدل) باخذ الرشوة او بغيره كالزنا وشرب الخمر (يعزل) اى يستحق العزل فى ظاهر المذهب وعليه مشايخ بخارا وسمرقند ومعنى يستحق العزل انه يجب على السلطان عزله (وقيل يعزل) بمجرد الفسق ولا يصح قضاءه بعد ذلك كما لا يقبل شهادته وهو قول مالك والشافعى واختاره الكرخى والطحاوى وعلى الرازى صاحب ابي يوسف وهو اختيار حسن لعدم ائتمان الفاسق على حقوق

الناس (ومن اخذه) اى القضاء (بالرشوة لا يصير قاضيا) وكذا لا ينفذ قضاءه في الامر الذى اخذ الرشوة لاجله قال القاضى فخر الدين اجمعوا انـه اذا ارتشى لا ينفذ قضاءه فيما ارتشى وقال اذا اخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا ولو قضى لا ينفذ قضاءه كذا في الكافي وفى ادب القاضى للصدر الشهيدان الرشوة على اربعة اوجه منها ما هو حرام للآخذ والمعطى وهو الرشوة فى تقلد القضاء فانه لا يصير قاضيا ومنها ما يأخذه القاضى على القضاء وهو حرام من الجانبين ايضا ولا ينفذ قضاءه ولو كان بحق ومنها ما دفعها لـخوف على نفسه او ماله وهذه حرام على الآخذ لا الدافع ومنها ما دفعها ليستوى حاله عند السلطان وهذه تجل لدافع لا لآخذ (والاجتهاد شرط للالوية) عندنا فى الاصح وهو ظاهر الرواية لا شرط الصحة لما روى ان النبى عليه السلام قلد عليا قضاء اليمين حيث لم يبلغ حد الاجتهاد فقد روى ابو داود عن على قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمين قاضيا فقلت يا رسول الله ترسلنى وانما حديث السن ولا علم لى بالقضاء فقال ان الله سيهدى قلبك ويثبت لسانك فاذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الاول فانه امرى ان يتبين لك القضاء قال فما زلت قاضيا او ما شككت فى قضاء بعد خلافا لـزفر ومالك والشافعى واحمد وهو نص محمد فى الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا لانه مأمور بالقضاء بالحق ولا امر بلا قدرة ولا قدرة بلا علم ولنا ان المقصود من القضاء وهو اىصال الحق الى مستحقه يحصل بفتوى غيره والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد فانه لا قطع فى مسائل الفقه غالبا فاذا قضى بقول مجتهد فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب ولكن اذا وجد فى الرعية عدل عالم لا يحل تولية من ليس كذلك بل ولا يصح تولية الجاهل الفاسق فى رواية النوادر عن ائمتنا الثلاثة كسائر اقوال اصحاب المذاهب واختارها الطحاوى لقوله عليه السلام من استعمل رجلا على عصابة وفى تلك العصابة من هو ارضى له 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 حوى علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها وكذا علم الآثار المنقولة عن الصحابة وما اجمعوا عليه وما اختلفوا فيه وان يكون عالما بالقياس وعرف الناس (ولا يطلب) القضاء لا يقبله ولا بلسانه الا اذا لم يكن غيره يصلح للقضاء فانه يفترض عليه صيانة حقوق المسلمين

كصلوة الجنابة اذا تعين واحد لا قامتها يفترض عليه وقال بعض اصحاب الشافعي ان كان
 حامل الذكر ولو ولي القضاء لاشتهر وانتفع الناس بعلمه اولم يكن له كفاية ولو ولي صار
 مكفيا من بيت المال يستحب له الطلب والاصل في ذلك ما اخرج البخاري عن النبي
 عليه الصلوة والسلام انه قال يا عبد الرحمن بن سبرة لا تسأل الامارة فانك ان اعطيتها
 عن مسئلة وكلت اليها وان اعطيتها عن غير مسئلة اعنت عليها واخرج ابو داود والترمذي
 وابن ماجه عن انس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن
 اجبر عليه نزل اليه ملك يسدده وانما وكل الى نفسه لانه اعتمد على نفسه وورعه بخلاف
 من اكره فانه اعتمه بالله وحفظه وقيل يحرم الدخول فيه الا ان يكره عليه لقوله عليه السلام
 من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين ورواه اصحاب السنن من حديث ابى هريرة وهسنة
 الترمذي ورواه ابن عدى في الكامل عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم من
 استقضى فقد ذبح بغير سكين وفي صحيح مسلم عن ابى ذر ان النبي صلى الله عليه وسلم
 قال له يا ابا ذر انى احب لك ما احب لنفسى لانأمرن على اثنين ولا تولين مال يتيم
 (وانها 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 عمر انه 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 ما بين
 فى حق المجتهد وقال نزهة عن الطمع وحلم على الحصم واستخفاف الملامة من الناس يعنى
 لا يصفى القاضى فيما يفصل من القضاء الملامة من الناس فانه اذا خافها يتعذر عليه القضاء
 بالحق وهذا لانه لا بد ان ينصرف احد الحصمين من مجلسه شاكيا بلوم القاضى مع اصدقائه
 على ما كان منه فاذا تفكر القاضى واشتغل بالتعرض على الملامة يتعذر عليه فصل القضاء
 ولعله مقتبس من قوله تعالى (يجاهدون فى سبيل الله ولا يخافون 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 لا يدع 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 الى زيد بن ثابت ادعوا الى ابي بن كعب وكان يستشيرهم ثم يفصل بما اتفقوا عليه
 وفي سنن ابي داود عن بريدة قال قال رسول الله عليه وسلم القضاة ثلاثة اثنان في النار
 وواحد في الجنة رجل عرف الحق ف قضى به فهو في الجنة ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار
 ورجل لم يعرف الحق ف قضى الناس على جهل فهو في النار وفي صحيح ابن عباس
 عن عائشة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يؤتى بالقاضي العدل يوم القيمة
 فيلقى من شدة الحساب ما يئمنى انه لم يقض بين اثنين في تمرة واخرج الحاكم عن ابن
 عباس ان رسوله الله صلى الله عليه وسلم من ولي عشرة فحكم بينهم بما اهبوا او كرهوا جىء
 به يوم القيمة مغلول يده الى عنقه فان حكم بما انزل الله ولم يرتش في حكم ولم يخن
 فك الله عنه غلّه وان حكم بغير ما انزل الله وارتنشى في حكمه وخان فيه شدت يساره الى
 يمينه ثم رمى في جهنم ولهذا اجتنب ابو حنيفة وصبر على الضرب والسجن حتى مات فيه
 قال البحر عميق فكيف اعبره بالسباحة فقال ابو يوسف البحر عميق والسفينة وثيق والملاح
 عالم فقال ابو حنيفة كاني بك قاضيا وقد اجتنبه كثير من السافى وقيد محمد بن الحسن نيفا
 وثلاثين يوما ليتقلده وقال مكحول لو خيرت بين ضرب عنقى وبين القضاء لاخترت ضرب
 عنقى رواه النسائي عنه هذا ويصح تقلده ولو من السلطان الجائر واهل البغى لان بعض
 الصحابة تقلدوه من معاوية بعد ما اظهر الخلاف مع علي وكان الحق مع علي في نوبته وبعض
 التابعين تقلدوه من الحجاج وكان جابرا فقد قال الحسن في حقه لو جاء كل امة بجبائنها وجننا
 به لغلبنا هم ولكن انما يجوز التقلد من السلطان الجائر اذا مكنه من القر باءحق واما اذا لم
 يمكنه فلا لان المقصود لا يحصل بالتقلد منه ويصح تولية المرأة عندنا وابطلها مالك والشافعي لان
 المرأة نافسة العقل ليست اهلا للخصومة مع الرجال في محافل الحكومة وقد قال عليه السلام لن يرفع
 قوم ولو امرهم امرأة رواه البخارى والجواب ان ما ذكر غاية ما يفيد منع ان تستقضى وعدم حل
 والكلام فيما لو وليت واثم المقلب بذلك وحكمها خصمان فقضت قضاء موافقا لدين الله كان ينفذ ام لا
 لم ينهض الدليل على نفيه بعد موافقة ما انزل الله الا ان يثبت شرعا سلب اهليتها وليس
 في الشرع سوى نقصان عقلها ومعلوم انه لم يصل الى حد سلب ولايتها بالكلية الا ترى
 انها تصاح شاهدة وناظرة في الاوقاف ووصية على اليتامى مع ان عقل بعض النساء افوى من
 عقول كثير من الرجال وفي ادب القاضى للصدر الشهيد للسلطان ان يعزل بريئة وبغير
 ريبة اما بريئة فظاهر واما بغير ريبة فلما روى عن ابي حنيفة ان القاضى لا يترك على
 القضاء الا حولا لانه متى اشتغل بالقضاء اكثر من سنة نسى العلم وقال الشافعي واهم
 يجوز عزله بخلافه وقال مالك بشكوى اهد ولو عزله بغير خلل منه لا يعزل فان كان اهد
 صالح افضل منه جاز عزله وان كان دونه او مثله فان كان لتسكين فتنة او لمصاحبة اخرى جاز

عزله والقضاة والولاة لا ينزلون بهوت السلطان بلا خلاف ولو عزل القاضى نفسه ينزل
(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 احدهما فى يد الخصم والاخرى يكون فى يد القاضى ربما يحتاج
اليها لمعنى من المعانى وما فى يد الخصم لا يؤمن عليه من الزيادة والنقص فيبعث القاضى عدلين
او عدلا واحدا ليقبض ديوان القاضى المعزول بحضرته او بحضرة امينه (ولا يعمل) 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) لا يعمل بقول المعزول ان وديعة فلان دفعتهالى هذا الرجل
وهو منكر بل يعمل بالبينة (اذا اقر ذواليد بالتسليم منه) اى بالاخذ من المعزول لان
ذا اليد اقر بان اليد كانت للمعزول ولو كان 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 مصالحة لليتيم ونحوه وهى بقاء ماله محفوظا ويكتب الصك تذكره للحق قيد
بالقاضى لان الوصى لا يقرض مال اليتيم بعجزه عن الاستخلاص فر بما يجد المستقرض ولا يجد
شهودا يوافقونه على اداء الشهادة ولو وجد فلاكل بينة تعدل ولاكل قاض يعدل وفى الجثو بين
يدى القاضى ذل فكان اضارا بالصغار بهذا الاعتبار وكذا الاب فى اظهر الروايتين ولو
اخذ الاب مال الابن قرضا لنفسه قالوا يجوز وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز 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 او فى غير مصره الذى هو
قاضيه لا يحكم عند ابي حنيفة ومالك ويحكم عند ابي يوسف ومحمد والشافعى فى قول واحمد
فى رواية لان العلم حاصل له كعلمه فى حال قضائه او فى مصره ولا بى حنيفة انه علم شهادة
لاعلم قضاء فلا يصير موجبا الا بلفظ الشهادة والعدد (والجامع) الذى فى وسط البلد (اولى)
من داره (جلوسه الظاهر) وهو الجلوس الذى يأتى الناس فيه لقطع الخصومات كيلا يشتهبه 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 والحايض وهى ممنوعة عن دخوله ولنا ان

النبي صلى الله عليه وسلم قضى في المسجد الجامع وكذلك الصحابة والتابعون لها في الصحيحين
 عن سهل بن سعد في قصة اللعان ان رجلا قال يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته
 رجلا الى ان قال فتلا عنا في المسجد وانا شاهد ولما اخرجهم الجماعة الا الترمذي عن كعب
 ابن مالك انه تقاضى ابن ابي هريرة دينا كان له عليه في المسجد فارفعت اصواتهما حتى سمعها
 رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته فخرج اليهما حتى كشف حجب حجرتهم فنادى
 يا كعب قال يا رسول الله فاشار بيده ان وضع الشجر من دينك قال كعب قد فعلت يا رسول الله
 قال قم فافضه والسجف بفتح السين وكسرهما الستر وفي البخاري ولاعن عمر عند منبر النبي
 صلى الله عليه وسلم وقضى شريح والشعبي ويحيى بن يعمر في المسجد وقضى مروان على
 زيد بن ثابت باليمين عند المنبر واخرج ابن سعد في الطبقات عن ربيعة ابن ابي عبد
 الرحمن انه رأى ابا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يقضى في المسجد عند القبر وكان
 على القضاء بالمدينة في ولاية عمر بن عبدالعزيز واخرج ايضا عن سعيد بن مسلم
 بن فاتك قال رأيت سعد بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضى في المسجد وكان قد
 ولي قضاء المدينة واما استدلال صاحب الهداية بقوله عليه السلام انها بنيت للمساجد
 لذكر الله والحكم غير معروف وانما المحفوظ في مسلم حديث انس في بول الاعرابي في
 المسجد قال انس ثم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دعاه فقال ان هذه المساجد لاتصاح
 لشئ من هذا البول ولا القدر انما هي لذكر الله عز وجل والصلوة وقراءة القرآن ولان
 القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده فلا يمنع من
 دخوله والحايض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او تبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما
 اذا كانت الخصومة في دابة ويستحب له ان يقعد مع اهل العلم ويجلسهم قريبا منهم
 للمشورة وكذا اهل العدل للشهادة بخلاف الاعوان فان بعدهم اولى لحصول الهيئة ولا يقضى
 في حال شغل قلبه بشئ فلا يقضى وهو غضبان او فرحان او جايح او عطشان او مهوم
 او تعسان او حاقن او متألم من حر او برد وينبغي ان يتخذ مترجما ثقة ليبين له ما لا يعرفه من
 لسان الخصم لانه عليه السلام امر زيد بن ثابت ان يتعلم العبرانية وكان يترجم لرسول
 الله صلى الله عليه وسلم عن كان يتكلم بين يديه بتلك اللغة وكذا يتخذ كاتباً اميناً
 عدلاً صالحاً ورعاً (ولا يقبل) القاضي من اهد (هدية) وهو ما يعطى لاجل المحبة (الا من
 ذي رحم محرم) لانه من صلة الرحم (او) من (من اعتاد مهاده قبل القضاء) لقول عليه السلام
 تهادوا تحابوا (قدرا عهد) من ذلك المهدي حتى لو زاده عليه لا يقبل الزيادة (اذا لم
 يكن لهما) اي لدى الرحم المحرم ولو من اعتاد الاهد للقاضي قبل القضاء (خصومة) حتى لو كان لاهدهما

خصومة لا يقبل القاضى حديثه ما دامت الخصومة لانها حينئذ لاجل القضاء فيكون من الرشوة
 (ولا يحضر) القاضى (دعوة) لاهد ولو كان صاحبها ذارهم محرم من القاضى (الا) دعوة
 (عامة) لتحقق التهمة في الخاصة وانتفائه في العامة وفي الكفاية لو كان صاحب الدعوة
 خصما لا يحضر القاضى دعوته ولو كانت عامة والخاصة هي التي لو علم صاحبها ان القاضى
 لا يحضرها لا يصنعها وقيل ما كانت لغير عرس او ختان والعامة خلافها واجاز له محمد حضور
 دعوة قريبه الخاصة كالعامة وعبادة المريض وشهادة الجنائز اذا لم يكن لهم ولا عليهم
 دعوى وابو حنيفة وابويوسف منعاه منها لكان التهمة (ويسوى) القاضى (بين الخصمين جلوسا)
 بين يديه غير متربعين ولا مقعنين ولا مختبئين ويكون بينهما وبين القاضى قدر
 ذراعين ولا يقعد احدهما من الجانب اليميني 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 يجرد في قلبه الميل الى احدهما فلا بأس به لان
 ذلك لاقدرة له عليه كما في القسم بين النساء (واقبالا) اي توجهها والتفاننا لقوله عليه السلام
 من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهم في المجلس في الاشارة والنظر ولا يرفع صوته
 على احد الخصمين اكثر من الآخر رواه اسحاق بن راهويه في مسنده من حديث ام سلمة
 واخرجه الدار فطنى عن النبي صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين
 فليعدل بينهم في لحظة واشارته ومقعده روى عن عمر انه كتب الى ابي موسى عبدالله بن
 قيس الاشعري ان آس بين الناس في عدلك ووجهك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في
 هيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك (ولا يسار احدهما) اي لا يكلمه سرا (ولا يضيفه) اي
 لا يصنع القاضى لاهدما ضيافة قيد بالاهد لانه لو سارهما معا او اضافهما معا لا بأس به كذا
 قاله الشارح وفي جواز مسارتها معا نظر ظاهر اذ لا يخلو عن تهمة وريبة لكل منهما (ولا
 يضحك) من احدهما (ولا يخرج معه) بل ولا معهما لان كلا منها يذهب مهابة القضاء (ولا
 يشير اليه) لانه بذلك يجترى 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 لا تهمة فيه) لان الشاهد قديهاب
 مجلس القاضى فيحصر فكان في تلقين الشاهد احياء للحق (ويجس) القاضى (الخصم مدة
 رآها مصالحة) ليظهر حاله ان كان يخفيه وقيل شهرا وهو اختيار الطحاوى لان ما زاد في
 حكم الآجل وما دونه في حكم العاجل وقيل شهرين وقيل ثلاثة وقيل اربعة الى ستة اشهر
 روايات عن ابي حنيفة والصحيح ما في المتن لان من الاشخاص من يرى حبسه في زمان طويل

ايسر من اعطاء ما عليه من مال قليل وصفة الحبس ان يكون في موضع ليس فيه فراش ولا وطاء ولا يدخل عليه احد يستأنس به ولا يخرج جماعة ولا الجمعة ولا جنازة ولا اعطى كفيلاً ولا موت قريب الا اذا لم يوجد من يجهزه ولو مرض مريضاً اضناه لا يخرج ان كان له من يخدمه ولو احتاج الى الجماع لا يمنع من دخول امرأته او جاريتها عليه ان كان في السجن موضع سر لان اقتضاء شهوة الفرج كاقضاء شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطى من فضول الخوايج والحبس ثابت بالكتاب وهو قوله تعالى (او ينفقوا من الارض) والمراد بالنفى الحبس وبالسننة فانه حبس عليه السلام رجلاً في تهمة رواه ابو داود وزاد الترمذى والنسائى ثم خلى عنه ولم يكن في عهدك عليه السلام وعهد ابي بكر سجين وانما كان يحبس في المسجد او الدهليز بالربط حتى اشترى عمر داراً بمكة باربعة آلاف درهم فاتخذه محبساً وقيل بل لم يكن في زمن عمر ولا عثمان الى زمن علي فبنى سجيناً وسماه نافعا فانقلت الناس منه فبنى آخر وسماه محبساً (بطلب ولى الحق) حبسه لانه يحبس لاجل محقه فلا بد من طلبه (ان امتنع) المديون (المقر عن الايفاء) بعد ما امر القاضى له بالاداء (او ثبت الحق بالبينة فيما لزمه) متعلق بيجبس (بعقد) متعلق بلزم (كال كفالة) لان التزامه المال باختياره دليل على يساره ظاهراً اذ العاقل لا يلتزم ما لا يقدر على ادائه (او بدل مال) عطف على بعقد اى وفيما لزمه بدل مال (حصل له) كثمن المبيع وبديل القرض لان دخول المال في يده مثبت لغناه (وفى نفقة عرسه) المقدرة لانه بالامتناع عن الانفاق عليها صار طالماً (وفى نفقة ولده) لانها لاهيائه (لا فى دينه) اى لا يجبس 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 طفلاً وكذا كل من وجبت عليه نفقة من جد او جدة لانها تسقط بهضى الوقت فلو لم يجبس عليها تفوت بخلاف سائر الديون (وفى غيرها) اى غير هذه الاشياء كضمان المتلفات وارش الجنايات ونفقة الاقارب (لا) اى لا يجبس القاضى الخصم (اذا ادعى فقره) لعدم وجود امانة تدل على غناه (الا اذا قامت بيته) من المدعى (بضقه) اى بضد فقر الخصم وهو غناه فلو قال لغناه لكان اظهر فى مدعاه والمعنى فحينئذ يجبس به بقدر ما يرى لانه مدعى الفقر وهو متمسك بالاصل اذ الآدمى حين يولد لا مال له فكان لقول له ما لم يكن به الظاهر كما فى مالزم بعقد او بدل مال واختيار الخصاص وهو مروى عن الاصحاب ان القول لمن عليه الدين سواء كان بدل مال او لان الفقر اصل والغنى عارض فاحتيج الى اثباته ثم بعد ذلك يسأل القاضى جيرانه واهل الخبرة به عن ماله احتياطاً لاحتمال ان يشهد شاهدان عنده انه قادر على قضاء الدين ابد حبسه وان لم يظهر له مال بان قالوا انه

ضيق الحال اطلقه لقوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) ولو رأى ان يسأل عنه قبل مضي مدة الحبس كان له ذلك واما السؤال قبل الحبس وقبول بينة الاعسار فعن محمد يقبل وبه افتى محمد بن الفضل واسماعيل بن حماد ابن ابي حنيفة وهو قول الشافعي والاكثر انها لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك وهو الاصح فان بينة الاعسار بينة على النفي فلا تقبل حتى تتأيد بمؤيد وبعد مضي المدة تأيدت اذ الظاهر انه لو كان له مال لم يتحمل ضيق السجن ومرائته 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 ابي حنيفة لعدم تحقق القضاء بالافلاس عنده اذ المال غاد ورايح ولان وقوف الشهود على عسرتيه من حيث الظاهر فيصالح لدفع الحبس عن المديون لا لابطال حق الغريم في 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 او بعضه فيثبت 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 او وصى ولو من جهة القاضى وجوز مالك والشافعي 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 اليمين لا تقض لاحد الخصمين لشيء حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضى رواه احمد وابوداود وغيرهما وفي نفوذ القضاء على الغائب روايتان ذكر شمس الائمة وشيخ الاسلام انه ينفذ وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ (بل يكتب كتابا حكيميا) ليحكم القاضى (المكتوب اليه) وهذا الكتاب هو نقل الشهادة في الحقيقة لان القاضى الكاتب لم يحكم بالشهادة وانما نقلها الى المكتوب اليه يحكم بها واهنا يحكم المكتوب اليه برأيه وان خالف رأى الكاتب بخلاف السجل فانه ليس لاحد ان يخالفه ولا ان ينقض حكمه اذا كان في فصل مجتهد فيه او متفق عليه (الا في حد وقود) فلا يكتب فيهما كتابا حكيميا وقال مالك واهمد يكتب فيهما لان الاعتماد على الشهود ولنا ان فى كتاب القاضى شبهة وهما لا يثبتان 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 المتأخرين وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول
(فيقرأ القاضي) الكتاب (على الشهود) الذين ينقلون الكتاب الى القاضي المكتوب اليه
ويشهدون لديه ان هذا كتاب الى فلان القاضي او يعلمهم بما فيه لانهم يشهدون عند الثاني
ولا شهادة بدون العلم وهي باحد هذين الطريقين (ويختتم عندهم) اي بحضورهم كيلا
يتوهم تغييره وهذا شرط عند ابي حنيفة ومحمد والشافعي ومالك وأحمد في رواية (ويسلم
اليهم) على قول ابي حنيفة ومحمد والى المدعى على قول شمس الاثمة وهو المختار للفتوى
وعند ابي يوسف يكفي ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وبه قال مالك في رواية (وعنه
ان الختم ليس بشرط) فسهل في ذلك لما ابتلى بالقضاء واختاره شمس الاثمة السرخسي
وما قال ابو حنيفة ومحمد احوط (ثم) القاضي (المكتوب اليه لا يقبله الا بحضور الخصم والبينة)
اي الا بالبينة عند ابي حنيفة ومحمد (على انه كتاب فلان قرأه علينا وختمه وسلمه) لئلا
يكون الكتاب زورا وقال ابو يوسف يقبل القاضي المكتوب اليه بلا بينة ولكن لا يعمل
به الا بالبينة (فيفتحه) القاضي (ويقرأه) على الخصم (ويلزمه ما فيه) اذا ثبت عدالة الشهود
عنده بان كان القاضي الاول كتب عدالتهم او كان المكتوب اليه يعرفهم بالعدالة او سأل
من يعرفهم من الثقات فزكاهم (ان بقى الكتاب قاضيا) قيد به لان الكتاب يبطل بموت
الكتاب وعزله وبكونه لم يبق اهلا للقضاء بان جن او ارتد او قذف فحد او عمى قبل وصول
الكتاب الى الثاني او بعد وصوله قبل ان يقرأه وقال ابو يوسف وأحمد لا يبطل (ولا يعمل به)
اي بالكتاب (غيره) اي غير المكتوب اليه وان مات المكتوب اليه او عزل بل يبطل
(الا اذا كتب بعد اسمه) اي اسم المكتوب اليه (والى كل من يصل اليه من فضاة المسلمين)
وقال الشافعي وأحمد يعمل به وان لم يكتب ذلك (وعند ابي يوسف ان كتب هذا) اي
الى كل من يصل اليه من فضاة المسلمين (ابتداء) بان كتب من فلان ابن فلان الى كل
من يصل اليه من فضاة المسلمين وحكامهم (يقبل) وبه قال الشافعي وأحمد واستحسنه كثير
من المشايخ تسهيفا 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 عدمى جواز توليتها
وقد سبق تحقيقه (الا في حد وقود) لعدم جواز شهادتها فيهما (ولا يستألف قاضيا)
لانه فلد 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) اي

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 تعثر به ولا يمكن انتظار اذن الامام الاعظم
 لضيق الوقت كان الاذن باقامتها اذنا بالاستخلاف فيها دلالة (ففى المفوض) اليه الاستخلاف
 والتوكيل (نايبه 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 نايبه بل هو نايب الاصل اما فى القضاء فلان النايب 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 نايبه ينعزل لانه كوكيله والموكل يملك
 عزل وكيله ولنا انه لما صح الاستخلاف من جهة الامام كان نايبا عن الامام يملك المفوض
 اليه عزله الا ان يقول الامام ول من شئت واستبدل من شئت (وفى غيره) اى غير المفوض
 (ان فعل نايبه عنده) اى بحضرتة (او اجاز هو) ما فعل نايبه فى غيبته (او كان) الموكل
 الاول (قدر الثمن) فى الوكالة صح اما اذا فعل بحضوره ففعله ينتقل اليه واما اذا اجاز
 فعل فلانه صار كأنه فعله واما اذا فعل بالثمن الذى قدر الاول فالحصول المقصود باستعمال
 رأيه فى تقدير الثمن (وباعمل برأيك يوكل) الوكيل لاطلاق التفويض الى رأيه
 (والقضاء) اى قضاء القاضى (فى مجتهد فيه على خلاف مذهبه) اى رأيه (ناسيا او عامدا
 لا ينفذ) عند ابي حنيفة ومحمد وبه قال مالك والشافعى واحمد وعليه الفتوى لانه زاعم
 فساد قضائه فيؤخذ بزعمه وقال ابو حنيفة ان كان ناسيا ينفذ وان كان عامدا ففيه روايتان
 وجه النفاذ انه ليس خطأ 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 يفعل
 الا لهوى باطل لا لقصده جميل واما الناسى فلان المقلد ما قلده الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب
 غيره وهذا كله فى القاضى المجتهد واما المقلد فانما ولاه ليحكم بمذهب ابي حنيفة مثلا
 فلا يمكن المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم (وعلى وفاقه) اى القضاء على
 وفاق رأى القاضى (يجعل المختلف فيه مجعما عليه) لان الخلاف الموجود قبل القضاء يرتفع
 به كما يرتفع باجماع العلماء على قول بعد اختلافهم على قولين فى العصر الذى قبل
 (فان عرض على) قاض (آخر يهضيه) سواء كان على رأيه او على خلافه لان القضاء متى

لاقي مجتهدا فيه ينفذ ولا ينقض باجتهد آخر لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجع
الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما دونه وشرطه ان يكون القاضى عالما باختلاف
العلماء حتى لو قضى فى فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا يجوز قضاء عند عامتهم ولا
يمضيه الثانى كذا فى النهاية عن المحيط وقال شمس الاثمة انه ظاهر الرواية (الا فيما
خالف الكتاب) اى ظاهره (او السنة المشهورة) اى ما فارتبت المتواترة (او الاجماع) اى
اتفاق الاثمة فانه لا ينفذ قضاء ولا تنفيذ 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 ما ليس فيه خلاف يستند الى دليل
شرعى والحكم بصحة نكاح المتعة وبعدم وقوع الطلاق الثلاث جملة وبعدم وقوع الطلاق
على حبلى او حايض او قبل الدخول وبيع ام الولد من هذا القبيل عند محمد خلافا لهما
(وان كان نفس القضاء مختلفا فيه) مثل القضاء على الغائب وقضاء المحدود فى القنف بعد
التوبة وقضاء الفاسق قبل التوبة (يصير مجعما عليه بامضاء) قاض (آخر) لان محل الخلاف
لم يوجد قبل القضاء بل وجد بعده فلا بد من قضاء آخر للترجيح (والقضاء بجرمة او حل
ينفذ ظاهرا وباطنا) اى عند الله (ولو بشهادة زور) وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف واولا
وقال محمد وابو يوسف آخره كمالك والشافعى واحمد لا ينفذ بالزور الا ظاهرا وعليه
الفتوى كما لو كان الشهود عبيدا او محدودين فى قنف او كفارا والمشهود له يعلم بحالهم
دون القاضى او كذا لو قضى القاضى بنكاح الرجل على امرأة منكوبة او معتدة لغيره وكما
فى الاملاك المرسله (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 بقول
القاضى سلمى نفسك فانه زوجك والنفاذ باطنا ان يحل له وطئها ويحل لها التمكنين فيما
بينها وبين الله تعالى ولنا ان القضاء لقطع المنازعة وقد عهد نفوذ القضاء بمثل ذلك فى
الشرح الا ترى ان التفريق باللعان ينفذ باطنا وامدهما كاذب ييقين وكذا اذا اختلف
المتبايعان وتحالفا يفسخ القاضى بينهما البيع فينفذ الفسخ باطنا حتى يحل للبايع وطى
الجارية المبيعة فكذا فى باقى الفسوخ والعقود واما العبيد والكفار والمحدودون فى القنف
فيمكن الوقف عليهم بخلاف الشهود الزور وعدم النفاذ فى الحكم بنكاح منكوبة الغير
او معتدته لفوات شرط الحكم لالزور الشهود اذ شرط الحكم ان يكون فى محل قابل له ومنكوبة
الغير ومعتدته ليست بحل للنكاح وانما لم ينفذ باطنا فى المدعى بلا سبب لان فى اسباب الملك

تزامها اذ الملك تارة تثبت بالشراء وتارة بالارث وغيره وليس تعين بعض اولى من بعض
 واثبات الملك مطلقا من غير سبب ليس في وسع البشر بخلاف المدعى بسبب معين
 كالبيع والشراء والاجارة والنكاح والاقالة والفرقة بطلاق او غيره وفي الهبة والصدقة روايتان
 احتج ابو حنيفة بما روى ان رجلا ادعى على امرأة نكاحا بين يدي على كرم الله وجهه واقام
 شاهدين فقضى على بالنكاح بينهما فقالت المرأة ان لم يكن بد يا امير المؤمنين فزوجني
 منه فانه لا نكاح بيننا فقال على شاهدك زوجك فقد طلبت منه ان يعفها عن الزنا بان
 يعقد النكاح بينهما فلم يجبه الى ذلك ولو لم ينعقد بينهما بقضائه لما امتنع من تجديده
 عند طلبها ورغبة الزوج فيها وانما لم يجبه لذلك لثرجيح قول الشهود على قولها وانها
 بالكتاب اذ مثل لا يقضى الا بشهود عدول ولهم قوله تعالى (ولا تأكلوا اموالكم بينكم
 بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقا من اموال الناس بالاثم وانتم تعلمون) فقد
 نهى الله عن اكل مال الغير بالباطل محتجا بحكم الحاكم فهو تنصيص على وان قضى
 القاضى له بالشراء بشهادة الزور لا يـل 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 بجفته من بعض فاقضى له على نحو ما اسمع منه فمن قضيت له بشئ
 من حق اخيه فلا يأخذنه فانما اقطع له قطعة من نار متفق عليه (ولا يقضى) القاضى
 (على غايب) لما سبق (الا بحضرة نايبه حقيقة) وهو وكيله (او) نايبه (شرعا كوصى

القاضى او) نايبه (حكما بان كان ما يدعى على الغايب لا محالة) اى يبقين (سببا لما يدعى
 على الحاضر) كما لو ادعى عينا في يد غيره انه اشتراها من فلان الغايب واقام البينة
 على ذى اليد بعد انكاره وقضى به ثم حضر الغايب وانكر لا يلتفت الى انكاره واما احتمال
 السببية كما اذا قال لامرأته ان زوجك الغايب وكلنى بان املك اليه فاقامت البينة
 انه طلقها ثلاثا فانه لا يقضى بالطلاق على الغايب لانه يحتمل ان يكون وكيلها بالحمل بعده
 وان يكون وكيلها بالحمل قبله فلما كان سببا من وجه يقضى بقصر يد الوكيل ولا يقضى
 بالطلاق كذا في الفصول العماية (لا) اى لا يكون الحاضر نايبا عن الغايب (ان كان)
 ما يدعى على الغايب (شرطا) لما يدعى على الحاضر كما لو قال رجل لامرأته ان طلق
 فلان امرأته فانت طالق ثم برهنت المرأة على ان فلانا طلق امرأته وفلان غايب لا
 يقبل منها ولا يحكم بوقوع الطلاق عند عامة المشايخ بخلاف ما لو قال اذا دخل فلان
 الغار فانت طالق وبرهنت على دخول فلان وهو غايب حيث يقبل ويحكم بوقوع الطلاق
 لان هذا ليس بقضاء على الغايب اذ ليس فيه ابطال حق له وافتى بعض المتأخرين

بقبول البينة ووقوع الطلاق في المسئلة الاولى منهم فخر الاسلام لان دعوى المدعى
 حكما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط والاصح خلافه وبه كان يفتى المرغيناني وقال
 الشافعي يجوز الحكم على الغائب عن البلد وعن مجلس الحكم اذا كان مستترا في البلد
 قولاً واحداً وبه قال مالك واحمد والمشافعي في الغائب عن مجلس الحكم غير مستتر في البلد قولان
 أصحهما انه لا يحكم بدون حضوره وبه قال مالك واحمد لان في المستتر تضييع الحقوق وفي غيره لا
 والثاني ان يحكم عليه لوجود الحجّة وظهور الحق ولنا ان القضاء لقطع المنازعة ولامنازعة بدون
 الانكار ولم يوجد واما قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة ابي سفيان خذي ماله مايكفيك
 ولدك بالمعروف فلم يكن قضاء على ابي سفيان بل كان فتوى لها (وصح تحكيم الخصمين) لقوله
 تعالى (فابعثوا حكما من اهلها وحكما من اهلها) ولعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحكيم سعد
 بن معاذ في بني قريظة بسبب ذرارهم وقتل مقاتليهم كما في الصحيح ولما قال ابو شريح يارسول
 الله ان قومي اذا اختلفوا في شيء اتوني فحكمت بينهم فرضى عنى الفريقان فقال صلى الله
 عليه وسلم ما احسن هذا رواه النسائي وروى انه كان بين عمر وابي بن كعب منازعة
 في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فاتياه فخرج زيد وقال لعمر هلا بعثت الى فاتيئك يا امير
 المؤمنين فقال عمر في بيته يؤتى الحكم فدخل بيته فالتقى لعمر وسادة فقال عمر هذا اول
 جورك وكانت اليمين على عمر فقال زيد لابي لو اعفيت امير المؤمنين فقال عمر عن يمين
 لزمته فقال ابي نعفي امير المؤمنين ونصدقها ولان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما
 (من صالح قاضيا) لان المحكم بينهما بمنزلة القاضى فيشترط فيه ما يشترط في القاضى ويشترط
 في نفوذ حكمه ان يكون (في غير حد وقود) لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملك
 اباخته 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 الحكم (باقرار احدهما) بان يقول انك اقررت عندي بكذا ذكره في الخزانة
 (وبعدالة شاهد) بان يقول قام عليك بينة لهذا بكذا وعدلوا عندي وقد حكمت عليك به
 لهذا وانما يلزمهما اخباره بذلك (حال ولايته) فان اخباره حال ولايته فایم مقام شهادة رجلين
 قيل ولكن لا يفتى به لثلاث تذهب مهابة منصب القضاء امالو اخبر بذلك حال عزله فلا
 يصدق لانقضاء الولاية (ولكل منهما) اى المحكمين (ان يرجع) عن تحكيمه (قبل حكمه)
 اى حكم الحاكم لانه مقلد من جهتهما فكان لهما عزل قبل ان يحكم بينهما كما ان المقلد من
 جهة الامام له ان يعزله قبل ان يحكم بين الناس (فان رفع حكمه الى قاض امضاه ان وافق
 منزهه) اذلا فائدة في نقضه ثم ابرامه امالو خالفه فلم يمهه انشاء بخلاف حكم القاضى اذا

خالف مذهب قاض ورفع اليه حيث يهضيه وجوبا لان القاضى المولى من جهة الامام له ولاية على الناس فكان قضاؤه حجة على الكل بخلاف المولى من الخصمين فانه لا ولاية له على غيرهما وفائدة امضاء القاضى حكم الموافق لمذهبه ان لا يكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه اذا رفع اليه لان امضائه بمنزلة قضاؤه ابتداء (ولا يصح القضاء) تولية وتحكيمها (و) لا (الشهادة لمن بينهما ولاد اوزوجية) للتهمة واما لو كان القضاء والشهادة عليهم صحا لعدم التهمة (وصح الابصاء 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 ابي 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 لا يشترط الا التمييز والاصح فى حق المسلم الذى لم يهاجر ان يقبل خبر الفاسق حتى تجب عليه الاعكام بخبره لان المخبر له مبلغ ورسول وفى الرسول لا تشترط العدالة كما فى رسول الولى الى البكر بالتزويج (لا لصحة التوكيل) اى لا يشترط 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 سببه) على وجه التبهرع بان قال فى الزنا باقرار استفسرت المقر كما هو المعروف فيه وهكوت برجه وقال فى السرقة ثبت بالحجة عندى انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه لان عدالته تمنعه من الحيانة وتبينه السبب يمنع من الغلط فاذا قيل قولهما يعمل وفق امرهما من قتل وقطع وغيرهما (لا) يقبل قول (غيرهما) وهو العالم الفاسق والجاهل الفاسق لتهمة الخطاء للجهالة وتهمة الحيانة لعدم العدالة وهذا الذى ذكره المصنف مختار ابي منصور الماترى 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 او يشهد بذلك القاضى العدل لان قوله يحتمل الغلط والخطاء والتدارك غير ممكن وحرمة النفس عظيمة والحدود تندرىء بالشبهة واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد الحال فى اكثر القضاة ولا باس برزق القاضى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم عام فتح مكة لما اسلم عتاب بن اسيد استعمله على مكة حين غروجه 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 ابوبكر عليها فلم يزل عليها الى ان مات وكان وفاته فيما ذكره الواقدي يوم مات ابوبكر الصديق رضی الله عنه قال ماتا في يوم واحد وروى عن عمرو بن عوف قال سمعت عتاب بن اسيد يقول وهو يخطب مسندا ظهره الى الكعبة يخلفي ما اصبحت في عمل الذي بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ثوبين كسوتهما مولاي كيسان وقد ذكر الاصحاب انه عليه الصلوة والسلام فرض لعتاب بن اسيد اربعين اوقية في السنة والاوقية اربعون درهما وتكلموا في اى مال رزقه ولم يكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال فان الدواوين وضعت في زمن عمر فقيل انما رزقه من النبي ؑ مما افاء الله فقيل من المال الذي اخذ من نصارى نجران وقيل من الجزية التي 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 شىء عن مشاهدة وعيان لاعن تخمين وحسبان وشرعا (اخبار بحق للغير) اى اخبار صدق باثبات حق لغير المخبر (على آخر) احرز به عن الاقرار فانه اخبار بحق لغير المخبر على المخبر وسببها في حق التحمل المشاهدة او السماع وفي حق الاداء طلب المدعى وركبتها 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 بالغام مسلما عدلا باجتناب الكبائر وعدم الاصرار على الصفائر لقوله تعالى (ممن ترضون من الشهداء) والمرضى هو العدل وقوله (واشهدوا ذوى عدل منكم) ومكبتها وجوب الحكم على القاضى بما ثبت بها وفي المبسوط والقياس يابى كون الشهادة حجة ملزمة لانها خبر يحتمل الصدق والكذب والمحتمل لا يكون حجة الا ان هذا القياس ترك بالنصوص والاجماع (وتجب بطلب المدعى) لقوله تعالى (ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا) وقوله تعالى (ولا تكتبوا الشهادة ومن يكتنها فانه آثم قلبه) وهاتان الآيتان وان كانتا نهتا عن الالباء والكتمان الا ان النهى عن الشىء امر بضده اذا كان له ضد واحد وانما خص القلب بالاثم لانه رئيس الاعضاء والمضغة التى اذا صلحت صاع الجسد كله واذا فسدت فسد الجسد كله كما ورد في الصحيح ثم اداء الشهادة انما يجب اذا كان الشاهد قريبا من مجلس القضاء او بعيدا بحال لو حضر مجلس الحكم وشهد يمكنه الرجوع الى اهل في يومه لانه لا ضرر عليه حينئذ في حضوره وقال الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) وفي المجتبى تحمل الشهادة فرض على الكفاية كدائها والاضاعت حقوق الناس وعلى هذا كتابة الكاتب لقوله تعالى (ولا ياب كاتب

أى يكتب كما علمه الله فليكتب) إلا أنه يجوز أخذ الاجرة على الكتابة ولا يجوز على الشهادة فيمن تعين عليه أدائها باجماع الفقهاء وفيمن لم يتعين عليه أيضا عندنا وبه قال الشافعى فى قول وقال فى آخره يجوز لعدم تعينه عليه (وسترها) أى الشهادة (فى الحدود افضل) من اظهارها لها فى الصحيحين من حديث أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من ستر مسلما ستره الله فى الدنيا والآخرة 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 لا يجوز بخبر الواحد واجيب بان الآية محمولة على الشهادة فى حقوق العباد بدليل سياقها وهو آية المدائنه وبالاجماع ولقوله تعالى (ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة) الآية وانما اختصت بذلك الحدود لانها حق الله تعالى وهو غنى عن كل شىء 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) أى الشهادة (للزنا اربعة رجال) فلا يقبل فيه شهادة النساء لقوله تعالى (لو لا جاءوا عليه باربعة شهداء) وقوله (ثم لم يأتوا باربعة) وقوله (واللانى يأتين الفاحشة من نساءكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم) والتاء لا يدخل على العدد الا اذا كان معدوده مذكرا وعن عطاء وهما د لو شهد ثلاثة رجال وامرأتان فى الزنا قبلوا لاطلاق قوله تعالى (اربعة منكم) ولما ماروى ابن أبى شيبه فى مصنفه عن حفص عن هجاج 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 الأزواج موجبة للعان بخلاف سائر الفواحش ليستر بعضهم على بعض (و) نصابها (للقود وباقى الحدود رجالان) لقوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) مع ما روينا 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 شهادة رجلين لارجل واحد وقال مالك يشترط اثنتان وهو قول الثورى لانه لما سقط اعتبار الذكورة بقى العدد معتبرا ولما 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

في مصنفه عن ابن جريج وعن الزهري أنه قال مضت السنة ان يجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعبوبهن ووجه الدلالة ان النساء جمع محلى باللام من غير عهد فيكون للجنس فيصدق بالاقل كما في قوله تعالى (لاجل لك النساء من بعد) فيتناول الاقل وما روى ايضا في مصنفه عن ابراهيم بن ابي يحيى عن اسحاق عن الزهري ان عمر بن الخطاب اجاز شهادة امرأة في الاستهلال اى صياح الصبي عند الولادة ولا تقبل شهادة النساء على استهلال الصبي عند ابي حنيفة في حق الارث وتقبل في حق الصلوة وقال ابريوسى ومحمد تقبل في حق الارث ايضا وبه قال مالك والشافعى واحمد لحديث على رضى الله عنه انه اجاز شهادة القابلة في الاستهلال (و) نصابها (لغيرها) اى لشهادة غير الشهادة على الامور التى تقدم نصابها وهو الحقوق (رجلان او رجل وامرأتان) سواء كان الحق مالا او غير مال كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية والعناق والرجعة والنسب وقال الشافعى ومالك واحمد في رواية لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاجارة والكفالة وشرط الخيار وكذا يكفي في النكاح ونحوه رجل وامرأتان عندنا ومنع مالك والشافعى انعقاده بحضرة رجل وامرأتين ولنا ما روى ان عمر وعليهما اجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة (وشرط للكل العدالة) وفي الذخيرة واحسن ما قيل في تفسيرها ما نقل عن ابي يوسف وهو ان يكون مجتنباً عن الكبائر ولا يكون مصراً 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 لا تقبل 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) (وبسأل القاضى عن حال الشاهد عندهما) اى عند ابي يوسف ومحمد (مطلقاً) اى في سائر الحقوق والدواعى سواء طعن الخصم او لم يطعن (وبه يفتى) اكثره الفساد فى هذا الزمان بين العباد وهو قول الشافعى واحمد وقال مالك يجب عليه السؤال اذا شك وان سكت الخصم الا ان يقر بعد التهمة لان القضاء مبنى على الحجة وهى شهادة العدول وقال ابو حنيفة يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة فى المسلم ولا يسأل عنه حتى يطعن الخصم الا فى الحدود والقصاص لانهما يدران بالشبهة ويحتمل لاسقاطها فيستقصى فى كل منهما ابتداءً من غير طعن من خصم رجاء ان يسقط ولما روى ابن ابي 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 محدوداً فى قذف وفى نسخة الا فى 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 في القرن الثاني وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالخير والصلاح حيث قال خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم وابو يوسف ومحمد كانا بعده وقد تغير احوال الناس وكثرت الحيانات والكذب في الشهادات كما اخبر عنهم صلى الله عليه وسلم انه يفسو الكذب فيهم (وكفي السؤال سرا في زماننا) تحرزا عن الفتنة وكيفيته ان يبعث القاضي مع العدل المستورة وهي رفة بها اسم الشاهد ونسبه وحليته ومسجده الذي يصلى فيه ومحلته وسوقه ان كان سوقيا يسأل جيرانه واصدقائه فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي انه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يذكر حاله احتراماً عن الهتك بل يقول الله اعلم الا اذا عدله غيره وخاف ان يحكم القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بحاله ومن لا يعرف حاله يكتب اسمه انه مستور ويرد العدل المستورة الى القاضي سرا وتزكية العلانية ان يجمع القاضي بين المزكى والشهود في مجلس القضاء فيسأل المزكى عن الشهود بحضورهم وان كانت التزكية في عهد رسول الله عليه الصلوة والسلام واصحابه علانية لان المعدل كان لا يتوقى عن الجرح لا يخاف من المدعى ولا من الشهود لانهم كانوا منقادين للحق ولا يقابلونه بالاذى ولو جرحهم ووقع الاكتفاء بتزكية السر في زماننا وترك تزكية العلانية لانها بلاء وفتنة اذ الشهود والمدعى يقابلون الجرح بالاذى والاضرار (والاثنتان احوط في التزكية) اى تزكية السر اما في تزكية العلانية فالعدد شرط بالاجماع لان معنى الشهادة فيها ابين فانها تختص بمجلس القضاء (وفي ترجمة الشاهد) اى ترجمة المترجم عن الشاهد (وفي الرسالة) اى رسول القاضي (الى المزكى) ويجوز الواحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وبه قال مالك واحمد في رواية وعند محمد والشافعي يشترط في التزكية ما يشترط في الشهادة من العدد ووصف الذكورة حتى يشترط في تزكية شهود الزنا اربعة ذكور وفي غيره من الحدود والقصاص رجلان (ولا يشترط الاشهاد الا في الشهادة على الشهادة) فانها لا تجوز الا ان اشهده عليها فمن رأى الغصب او النهب او القتل او الجرح او السرقة او سماع الاقرار بمال او منفعة او البيع او الاجارة او النكاح او الهبة او حكم 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 شاهدا يشهد لشيء لم يجزله ان يشهد 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 ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يجوز لكل ان يعمل بالخط فيه وبه يقتضى لان الظاهر انه خطه والعمل

بالظاهر واجب وعن أبي يوسف يجوز للرأوى دون الشاهد (ولا) يشهد (بالتسامع) لان
 الشهادة لا يجوز الا عن علم والتسامع لا يفيد (الا في النسب والموت والنكاح والدخول) بزوجه
 (وولاية القاضي) اذا اخبره بذلك من يثق به استحسانا (وان هذا وقف على كذا) فانه
 يشهد بالتسامع (لا على شرايطه) فانه لا يشهد بالتسامع على شرايط الوقف وعليه الفتوى
 وفي المجتبى والمختار انها تقبل على شرايط الوقف ايضا وكان القياس ان لا يجوز الشهادة
 بالتسامع في المسائل المذكورة ووجه الاستحسان ان هذه الامور تخص بمعاينة اسبابها
 خواص من الناس ويتعلق بها احكام فلو لم تقبل الشهادة فيها بالتسامع لتعطلت احكامها
 بخلاف البيع ونحوه وقال مالك والشافعي واحمد لا تقبل الشهادة بالتسامع في الدخول لانه
 مما يعاين كما في الشهادة على الزنا فلما الزنا فاحشة فلا يحتاج في اثباتها بخلاف الدخول
 (اذا اخبر) بلفظ الشهادة (رجلان اورجل وامرأتان) عدول وهذا شرط لجواز شهادة الشاهد
 بالتسامع في المسائل المذكورة وانما شرط فيه ذلك ليحصل له نوع علم وهو اقل نصاب يفيد
 العلم الذي يبنى عليه الحكم في المعاملات (ويشهد رائى جالس مجلس القضاء) مفعول
 مطلق او فيه لرأى (يدخل عليه الخصوم انه قاض ورائى رجل وامرأة يسكنان بيتا وبينهما
 انبساط الازواج انها عرسه ورائى) شيء (سوى الرقيق في يدمتصرف كالملاك انه ملكه)
 وانما قال سوى الرقيق لان الآدمى له يد على نفسه فيدفع يد غيره وحتى اذا ادعى انه
 حر الاصل فالقول له فالايد لا تعتبر فيه وكذا لا يعتبر فيه التصرف وهو الاستخدام لان
 الحر قد يخدم غيره هذا اذا كان الرقيق بالغا او صغيرا يعبر عن نفسه اما اذا كان صغيرا لا
 يعبر عن نفسه فهو كالدابة والمتاع وقيد اليد بالمتصرف كالملاك ليتحقق دليل الملك بالاتفاق
 فان الحصاص قال دليل الملك اليد مع التصرف وهو قول مالك والشافعي وابن حامد الحنبلي
 لان اليد يتنوع الى ملك ونيابة وضماني ولنا ان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي
 مرجع الدلائل في اسباب الملك كلها فيكتفي بها والمذهب عندنا عدم شرط التصرف لجواز
 الشهادة لدى اليد وعن أبي يوسف وهو رواية عن محمد انه يشترط مع ما ذكر ان يقع
 في 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 في يد كناس او كتابا في يد جاهل وليس
 في آباءه من هو اهل لذلك لا يسعه ان يشهد له واجيب بان اليد اقوى اسباب ظن الملك
 ولهذا يقضى القاضي به لاجلها (لكن) ينبغي للشاهد ان يطلق في اداء الشهادة ولا يقول
 انها بالتسامع حتى (ان قال شهادتي بالتسامع او بحكم اليد بطلت) لانه قد اقر بانه شهد
 بغير علم ولان القاضي انما يلزم بالشهادة اذا كانت عن عيان او عن اطلاق لاحتمالها المشاهدة

فيحمل عليها اما اذا كانت عن تسمع اورؤية في يد فانها لا تزيد عليها فلا يجوز له ان يحكم بها (ومن شهد انه حضر دفن زيد اوصلى عليه قبلت) شهادته لانه شهد عن علم (وهذا عيان) حتى لو فرس للقاضي 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 او فعمم فيه الا التعمق والغلو في 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 الروافض ينسبون الى ابن الخطاب محمد بن وهب الاجمعي يستجيزون ان يشهدوا للمدعى اذا حلف انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فباعتمادهم هذا تمكنت الشبهة في شهادتهم وقيل لانهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على غيره يجب ان يشهد له بقيتهم وفي شرح الاقطع انهم قوم ينسبون الى الخطاب رجل بالكوفة وحارب عيسى بن موسى ابن علي بن عبد الله بن عباس وكان يزعم ان عليا الاله الاكبر وجعفر 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 كالجوارح ومنهم من يخرج المذنب عن الايمان ولا يدخله في الكفر كالمعتزلة وذلك يكون اقوى اجتنابا عن الكذب حذرا عن الخروج عن الدين كمن تناول المثلث او متروك التسمية عمدا معتقدا باهتته فانه لا يصير مردود الشهادة وشرط في الذخيرة ان يكون هوى لا يكفر به صاحبه كالمجسمة وفي النهاية اصول اهل الهوى ستة الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل وكل واحد ينقسم الى اثني عشر فرقة وقال مالك لا يقبل شهادة اهد من اهل الاهواء لانه اغلظ وجوه الفسق وقال احمد لا تقبل شهادة ثلاثة من اهل الاهواء القدرية والجهمية والرافضة (و) يقبل (من النمي على مثله) اي على ذمي آخر (وان خالفا ملته) كالتهود والتنصر (و) من النمي (على المستأمن) وقال مالك والشافعي لا يقبل لان الله تعالى قال (واشهدا ذوى عدل منكم) وقال (ممن ترضون من الشهداء) والكافر ليس بعدل ولا بهرضى ولا منا فصار كالمتردد حيث لا تقبل شهادته على مثله ولا غيره ولنا ما اخرج ابن

ماجه في سننه عن مجاهد عن الشعبي عن جابر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم
اجاز شهادة اهل الكتاب بعضهم على بعض واذا قبل الذمي عند اتحاد الملة قبل عند
اختلافها اذ لا فائز بالفصل الا ان مجاهدا فيه مقال وما في سنن ابي داود بهذا الاسناد جاء
اليهود برجل وامرأة منهم زنيا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ايتوني باعلم
رجلين منكم فانوه بابني صوريا فنشهدهما كيف تجدان امر هذين في التورية قالوا نجد فيها
اذا شهد اربعة منهم انهم رأوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة رجما قال فما ينمعهكما
ان ترجموهما قالوا ذهب سلطاننا فكرهنا القتل فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشهود
فجاء اربعة فشهدوا انهم رأوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة فامر النبي صلى الله عليه
برجعهما واسند الطحاوي كذلك والشعبي عن جابر وفيه انه صلى الله عليه وسلم قال
ايتوني باربعة منكم يشهدون (و) يقبل (من المستأمن على مثله) فيد به لانه لا ولاية له
على الذمي لان الذمي اعلى حالا منه لانه من اهل دارنا فلا يقبل شهادته عليه (ان كانا
من دار) واما لو كانا من دارين كالتركي والرومي لا يقبل لان اختلاف الدار يقطع الولاية
وهذا لا يتوارثان (و) يقبل (من عدو بسبب الدين) لان معادته من ديانته فيدل عن عدالته
(و) يقبل (من اجتنب الكبائر ولم يصر على الصغائر وغلب صوابه) على خطائه وصلاحه
على فساده اذ العدل من كان كذلك على ما نقل عن ابي يوسف والحاصل ان ارتكاب الكبيرة
توجب سقوط العدالة وارتكاب الصغيرة لا يوجب سقوطها لان ارتكاب الكبيرة يدل على
تجاوز مرتكبها في الدين والمتجاوز لا يمتنع من شهادة الزور وارتكاب الصغيرة لا يدل على
التجاوز في الدين الا ان يصر عليها لان الصغيرة تصير بالاصرار كبيرة كذا في الذخيرة
(و) يقبل من (القلق) وهو الذي لم يختن لان ذلك لا يخجل بالعدالة وهذا كان عن
عذر وهو الكبر وخوف الهلاك واما اذا كان من غير عذر فان شهادته لا تقبل لانه مستخفي
بالختان ومع الاستخفاف لا يكون عدلا ثم الختان المذكور واجب عند الشافعي واحمد وعندنا
وعند مالك سنة وهو قول للشافعي ولم يقدر ابو حنيفة مدته بشيء لان التقدير لم يرد في
الكتاب ولا في السنة وطريق معرفة التقادير السماع وقدرها المتأخرون بسبع سنين الى
عشر وقيل اليوم السابع من ولادته او بعد السابع ان احتمل الصبي ذلك وعند بعض
اصحاب الشافعي لا يختن حتى يصير ابن عشر (و) تقبل من (الخصي) لما روى ابن ابي
شيبه في مصنفه عن ابن علية عن ابن عون عن ابن سيرين ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز
شهادة علقمة الخصي على ابن مطعون وفي حلية ابي نعيم حدثنا اسماعيل بن مسلم عن ابي

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 خنتك الخمر واجلد انا فقال علقمة الخصى
 لعمر اتجوز شهادة الخصى قال وما بال الخصى لا تقبل شهادته قال فاني اشهد اني رايتنه يقيئها
 فقال عمر ما قائها 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) يقبل من (ولد الزنا) لان فسق
 الوالدين ككفرهما واما حديث ولد الزنا شر الثلاثة فباطل لا اصل له وعلى تقدير ثبوته يحمل
 على غالب حاله وقال مالك لا تقبل شهادته في الزنا للتهمة لانه يحب ان يكون غيره مثله
 واجيب بأن العدل لا يحب ذلك والكلام فيه (و) تقبل من (العمال) اى عمال السلطان وهم
 الذين يأخذون الحقوق الواجبة كالحراج والجزية والصدقات لقوله تعالى (والعاملين عليها)
 ولان بعض الصحابة كانوا عمالا لان العمل ليس بفسق وانما الفسق الظلم وقيل هم الامراء
 وفي شرح الواقي هذا في زمانهم لان الغالب عليهم الصلاح واما في زماننا فلا تقبل شهادة
 العمال لغلبة ظلمهم وتقبل شهادة الانسان لاجيه وعمه وابويه رضاعا وامرأة ابنه وزوج بنته
 واصل امرأته وفرعها لان الاملاك بينهم متميزة والايادي متغيرة (لامن اعمى) اى لا يقبل
 الشهادة من اعمى وقال زفر وهو رواية عن ابي حنيفة تقبل فيما يجرى فيه التسماع وبه
 قال مالك والشافعى واحمد وكذا ابو يوسف وهو قول اللخعى والحسن البصرى وسعيد
 ابن جبير والثورى لان الحاجة في ذلك الى السماع ولا خلل من الاعمى في ذلك واما
 شهادته في الحدود والقصاص فلا تقبل بالاجماع وفي المبسوط ولا يجوز شهادة الاخرس لان
 الاداء يختص بلفظ الشهادة وهى لا تتحقق منه وقال الشافعى في الاصح تقبل اذا كان له اشارة
 مفهومة (و) لامن (مملوك) لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلى على نفسه فاولى ان لا يلى على
 غيره (و) من (محدود في قنف وان ناب) اى اظهر توبته وكذب نفسه في قنفه 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 وعنده حر وعليه الحجة الا ان يدخل الدار فان الاستثناء ينصرف
 الى جميع ما تقدم ولنا ان قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا) معطوف على قوله
 (فاجلدوهم) والعطف للاشتراك فيكون رد الشهادة من حد القنف والحد لا يرتفع بالتوبة
 ولا نسلم ان الاستثناء في الآية يعقب جملا بعضها معطوف على بعض لانه يعقب جملة
 (واولئك هم الفاسقون) وهى جملة مستأنفة لان ما قبلها امر ونهى فلم يحسن عطفها عليه بخلاف
 المثال فان الجميل كلها فيه انشائية معطوفة فيتوقف كلها على آخرها حتى اذا وجد المغير

تغير الكل وقال ابن عباس التوبة فيما بينه وبين الله فاما نحن فلا نقبل شهادته وعن ابراهيم وشريح مثله (الا من حدى كفره فاسلم) فان شهادته تقبل بعد الاسلام (و) من (عدو بسبب الدنيا) لانه لا يؤمن من التقول على عدوه (و) لا من (سيد لعبه) فنا كان او مدبرا او ام ولد (و) لا (مكاتبه) لانه شهادة لنفسه من وجه (و) لا لشريك من (شريكه) (فيما يشتركانه) لانها شهادة له من وجه قيد بما يشتركانه لانها تقبل في غيره لانتفاء التهمة كان حقه ان يقول ولاحد الزوجين للآخر كالاصل لفرعه وبالعكس وان بعدا لما اضرجه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق عن شريح انه قال لا يجوز شهادة الابن لابييه ولا الاب لابنه ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا الشريك لشريكه في شىء بينهما لكن في غيره يجوز ولا الاجير لمن استأجره ولا العبد لسيدته وروى ابن ابي شيبة عن سفيان وابراهيم مثله وقد اسنده الحصاف وهو ابوبكر الرازى الذى عهد له اكابر المشايخ انه كبير في العلم فقال حدثنا صالح بن رزيق وكان ثقة قال حدثنا مروان بن معاوية الفزارى عن يزيد ابن زياد الشامى عن الزهرى عن عروة عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يجوز شهادة الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيدته ولا السيد لعبه 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 للآخر لانه ليس بينهما بعضية والزوجية قد يكون سببا للتنافر والعداوة وقد يكون سببا للميل والمحبة وهى نظير الاخوة او دونها فانها تحتل الفسخ والقطع والاخوة لا تحتل والجواب ان التعليل فى معرض النص غير مقبول (و) لامن (مخنت) وهو المتشبه بالنساء فى لين الكلام وتكسر الاعضاء (يفعل الردى) وهو تمكين الرجال منه واما من لم يفعل الردى فتقبل شهادته (و) لامن (نايحتو) لامن (مغنية) لان رفع المرأة صوتها حرام وفى النخيرة ولم يرد بالنايحة التى تنوح فى مصيبتها بل التى تنوح فى مصيبة غيرها لانها لا تؤمن ان ترتكب شهادة الزور لاجل المال فكان حق الماتن ان يقيدهما 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 لا تسقط عدالته وان كان شربها كثيرا وانما تسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك منه او يخرج وهو سكران ويلعب به الصبيان فانه لا يحترز عن الكذب عادة كذا فى الخانية وشرح الوافى والصواب ما فى النهاية عن النخيرة ان المراد به الادمان فى النية بان يشرب ومن نيته ان يشرب ذلك

اذا وجدته والحاصل ان المراد به من شرب ولم يتب فانه فاسق ومما يدل عليه قولهم
 ولا يقبل شهادة من يجلس في مجالس الفجور والشرب وان لم يشرب لانه يتشبه بهم ولم
 يحترز من ان يظهر عليه ما يظهر عليهم فلا يحترز عن شهادة الزور ثم قيد باللغو احترازاً
 عن شرب لغص لقمة في حلقه (و) لا (من يلعب بالطيور) ليا في سنن ابي داود عن ابي
 هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً يتبع حمامة فقال شيطان يتبع شيطانة
 (او الطيور) لانه من اللغو المحظور وفي قوله يلعب ايماء الى انه لو اخذ طيوراً في بيته
 للاستيناس لا يكون مسقطاً للشهادة لان اتخاذ الحمام في البيوت للاستيناس مباح (او) من
 (يعنى للناس) لانه يجمع الناس على اللغو واللعب فلا يمتنع عادة من اتيان المحارم
 والكذب اما لو كان لازالة الوضوء عن نفسه من غير ان يسمع غيره فلا بأس على الصحيح
 ثم انشاد الشعر ان كان فيه وعظ وحكمة فجاز بالاتفاق وان كان فيه ذكر امرأة غير
 معينة او معينة وهي ميتة فلا بأس به وفي المعينة الحية يكره (او) من (يرتكب ما يجده)
 لانه فاسق لا يؤمن من الكذب والزور وقد قال الله تعالى (يا ايها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق
 نبأ فتبينوا) والامر بالتوقف يمنع العمل بالشهادة (او) من (يدخل الحمام بلا ازار) لانه
 يرتكب محرماً وهو كشف العورة (او) من (ياكل الربوا او يقامر بالنرد والشطرنج
 او) من (يفوته الصلوة بهما) لان ذلك كله حرام وشرط محمد في الاصل ان يكون آكل
 الربوا اشتهر به لان الانسان قلما يخلو عن مباشرة عقد فاسد وذلك ربوا بخلاف اكل
 مال اليتيم حيث لا يشترط فيه ذلك لان التحرز عنه ممكن ثم اللعب بالنرد بمجرد تسقط
 الشهادة لما روى ابو داود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه من لعب بالنرد شير فقد
 عصى ابا القاسم واللعب بالشطرنج يسقطها اذا اقترن بالادمان او بالقمار او بفوت
 الصلوة او بكثرة الخلف واما اذا لم يقترن بشيء من هذه الامور فانه عند مالك والشافعي
 يباح مع الكراهة وعندنا وعند احمد يحرم فكان حق المانن ان يقول او يلعب بالنرد
 او يقامر بالشطرنج (او) من (يبول على الطريق او) من (ياكل فيه) لانه اذا كان لا
 يستحي عن مثل ذلك لا يستحي عن الكذب فيتم في الشهادة (او) من (يظهر سب السلف)
 وهم الصحابة والتابعون ومن اقتفى اثرهم في الدين (ولا تقبل الشهادة على جرح مجرد
 وهو) اي الجرح المجرد (ما يفسق الشاهد ولم يوجب حقاً للمشرع او للمعبود مثل هو) اي
 الشاهد (فاسق او آكل الربوا) او شارب خمر او زان او قاتل نفس او شاهد زور (او) انه
 اي المدعى (استأجرهم) اي الشهود او انهم اقرؤا انهم شهدوا بالزور او انهم اقرؤا
 ان المدعى مبطل في هذه الدعوى او انهم اقرؤا ان الشهادة لهم على المدعى عليه في هذه

الحالة لان الشهادة انما تقبل على ما يدخل تحت حكم القاضى وفيما وسعه الزامه ومجرد
 الفسق كذلك لان الفاسق يرتفع فسقه بالتوبة ولعله تاب في مجلسه او قبل فلا يتحقق الالزام
 ولانها اشاعة الفاحشة من غير ضرورة واشاعة الفاحشة فسق لقوله تعالى (ان الذين يحبون
 ان تشيع الفاحشة في 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 يتقدم لاثباتهم الحد فيدنا بعدم التقادم لانه لو تقدم لاعتقل لعدم الحد
 (او) على انهم (قذفة) بفتح العجمة 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 ببرد
 ذلك المال لانهم اخصام فى ذلك (وشرط) فى قبول الشهادة (موافقة الشهادة للدعوى) وهذا
 فى حقوق العباد لان الشهادة فى حقوق الله واجبة على كل احد فكان كل واحد فيها خصما
 فى اثباتها وحقوق العبد تتوقف على مطالبته او مطالبته من يقوم مقامه فلو ادعى دارا ارثا
 او شراء فشهدا بملك مطلق لانقبل لانهما شهدا باكثر مما ادعى لانه ادعى ملكا حادثا وشهدا
 بملك قديم لان الملك المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق المدعى به الزوايد ولو ادعى ملكا
 مطلقا وشهدا بملك بسبب معين يقبل لانهم شهدوا باقل مما ادعاه فلم يخالف شهادتهما الدعوى
 بخلاف الاول (كاتفق الشاهدين) اى كما شرط اتفقا (لفظا ومعنى عند ابى حنيفة)
 واكتفيا بالمعنى كمالك والشافعى (فترد فى الفى والفين) اى فى شهادة احد الشاهدين
 بالفى والآخر 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 ولا بى حنيفة انهما اختلفا بلفظين
 غير مترادفين فاختلفا معنى وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد الا ترى انه لو شهد
 احدهما انه قال لامرأته انت خلية وشهد الآخر 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 لا يضر المخالفة فيما سواه

وكذا اذا شهد احدهما بالنكاح والآخر بالتزويج (ويثبت في الفى والى 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 فقبل اتفقا مع ان شرط صحة القضاء الموافقة بين الشهادة والدعوى ولم يوجد اجيب بان الاتفاق فى اللفظ بين 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 بالفى والآخر بالفى ومائة لا يثبت الشراء لاختلاف المشهود به ولا فرق بين ان يدعى المدعى الاقل والاكثر (فتقبل) شهادة احدهما بالفى والآخر بالفى وخمسائة (فى عتق بمال وصاح عن قود ورهن وخلع ان ادعى من له المال) بان لادعى فى العتق المولى وفى الصاح 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 والقائل فى الصاح والراهن فى الرهن 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 المورر 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 الأجر 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 لا تقبل شهادة من يشهد بالاكثر لان المدعى يكذبه (ويثبت النكاح بالفى) يعنى باقل المالين سواء ادعى الزوج او المرأة عند ابي حنيفة خلافا لهما كمالك والشافعى فان عندهما تبطل الشهادة ولا يقضى بشىء لان الحاجة الى اثبات العقد والنكاح بالفى غير النكاح بالفى وخمسائة ولا بى حنيفة ان المال فى النكاح تابع للاصل فيه وهو الحل والازدواج والملك ومن حكم التابع ان لا يغير 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 قولاً كالبيع فاختلف الشاهدين بالمكان او بالزمان لا يمنع الشهادة لان القول مما يعاد وان كان المشهود به فعلاً كالغصب والقتل والجرح او قولاً

والفعل شرط كالنكاح فانه قول و حضور الشاهدين فعل فاختلاف الشاهدين بالزمان او المكان يمنعها (ولزم الجر في) دعوى (الارث) الميراث الى المدعى (بقوله) في الشهادة لمن ادعى شيئاً في يد غيره انه ميراثه من ابيه (مات مورثه وتركه ميراثا له او مات وذا ملكه) وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة (او) مات وذا (في يده) لان اليد المجهلة عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذا مات مجهلا لتركه الحفظ والمضمون يملكه الضامن ولان الظاهر من حال من حضره الموت ان يبين ما كان عنده من السودايع والمغضوب فاذا لم يبين فالظاهر انه ملكه (فان قال) الشاهد في دعوى الارث (كان لابييه او دعه او اعاره) او اجاره او رهنه او غصبه منه (من في 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 في حد وقود) وقال مالك تقبل في كل الحقوق وبه قال الشافعي في الاصح لان الفروع عدول نقلوا شهادة الاصول بالحكم بشهادة الاصول وضار الفروع كالترجمان ولنا ان القياس ان لا يجوز الشهادة على الشهادة لان الاخبار اذا تداولتها الالسنه يمكن فيها شبهة النقصان والزيادة وانما جوزناها استحسانا لحاجة الناس وانما لا يجوز في حد وقود لانهما يدران بالشبهة وفي الشهادة على الشهادة شبهة من حيث البدلية واجازها مالك والشافعي فيهما نظرا لحق العبد (وشرط لها) اي للشهادة على الشهادة (تعذر حضور الاصل بموت او مرض) لا يستطيع معه الحضور الى مجلس القضاء (او سفر) مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا لان جوازها للحاجة وهي عند عجز الاصل وهو يتحقق بهذه الاشياء وعن ابي يوسف انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهل صح الشهاد احياء لحقوق العباد ودفعا للخرج عن الشاهد لان في بيتوته عند غير اهل حرجا في حقه وبه قال الشافعي في قول واحمد في رواية واخذ به ابو الليث وكثير من المشايخ وذكره محمد في السير الكبير وفي الذخيرة عن محمد انه يجوز كيف ما كان حتى لو كان الاصل في زاوية المسجد والفرع في زاوية اخرى من ذلك المسجد تقبل (و) شرط (شهادة عدد) رجلين او رجل وامرأتين (عن كل اصل) لما روى عبد الرزاق في مصنفه عن علي انه قال لا يجوز على شهادة الميت الا رجلان ولفظ الهداية عن علي لا يجوز على شهادة رجل الاشهادة رجلين وماروى ابن ابي شيبه في مصنفه عن الشعبي انه قال لا يجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنتين (لا) اي لا يشترط (تغاير فرعى هذا) الاصل (و) فرعى (ذاك) الاصل حتى لو شهد احد الاصلين على شهادته شاهدين واشهدهما الآخر بعينهما على شهادته جاز وقال الشافعي في وجه لا يجوز الاربع على كل

اصل شاهدان ولا يكفى شهادة فرد على شهادة اصل وشهادة فرد آخر على الاصل الآخر
 الا على قول الحسن البصرى وعثمان البتنى وابن ابى ليلى والعنبرى (ويقول الاصل) فى
 اشهاد الفرع (اشهد على شهادتى انى اشهد بكذا) لان الفرع كالنايب عن اصل فلا بد
 من التحويل 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 شهادته وذ كر شهادة الاصل
 وذ كر التحويل وهو يحصل بهذا وفيه خمس شينات (وصح تعديل الفرع) اى تزكية الشاهد
 الفرع (الاصل و) تعديل (احد الشاهدين الآخر) بان شهد شاهدان فى واقعة فزكى احدهما
 الآخر لانه من اهل التزكية فكانت تزكيته كتزكية غيره (وانكار الاصل تبطل شهادة الفرع)
 لان التحويل 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)
 بضر به ولا يجبس 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 بالانفاق سواء انصل 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 بضر به وحبسه لما روى ابن ابى شيبه
 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 بضره اربعين سوطا ويسحم وجهه
 ويحلق رأسه ويظال سجنه ومعنى يسحم بالحاء المهملة والمعجمة يسود ومن الاسحم هو الاسود
 وهذا الاثر دليل على اثبات الضرب ونفى قول ابى حنيفة الا انها لا يقولان بالاسحم ومحمد
 لا يقول بتبليغ التعزير الى اربعين ولا ابى حنيفة ما روى محمد فى الآثار 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 يبرى تقليد التابعى احيب 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 شريع فانه كان قاضيا في زمن عمر وعلى ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة الذين كان هو في زمنهم واما حديث عمر فمحمول على السياسة ولو قال غلطت او نسيت او اخطأت او ردت شهادتي لتهمة او مخالفة بين الدعوى والشهادة او بين الشهادتين لا يعزر الرجال والنساء واهل الذمة في حكم شهادة الزور سواء ولو تاب بعد ذلك وشهد قالوا ان كان فاسقا تقبل لان الذى حمل على الزور فسقه وقد زال وقدر بعضهم مدة ذلك بستة اشهر وبعضهم بسنة لان بمضى الزمان بتغير 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 فسخا لها فيختص بما اختصت به وهو كونها عند قاض كفسخ البيع حيث يشترط فيه ما يشترط في البيع من قيام المبيع ورضى المتبايعين ولان الرجوع عن الشهادة توبة عما ارتكب من قول في مجلس القضاء فيكون توبته بالرجوع كذلك هكذا في الهداية والكافي اخذا من المبسوط وبؤيده ما ورد انه صلى الله عليه وسلم قال اذا اهدئت 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 يضمننا) لانهما لم يتلفا شيئا على المدعى ولا على المدعى عليه (و) ان رجعا عنها (بعده) اى بعد الحكم (لم يفسخ) الحكم لان آخر كلامهم في الدلالة على الصدق مثل اوله وقد ترجع الاول باتصال القضاء به (وضمننا ما اتلفاه) للمشهود عليه (بها) اى بشهادتهما لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع الاقرار (اذا قبض) المدعى (مدعاها) دينا كان او عينا لان الانسلاف يتحقق بقبض المدعى وفي ذلك لا يتفاوت الحكم بين العين والدين (والعبرة للباقي لا للمراجع) اذ لو لا ذلك لوجب الضمان مع بقاء من يقوم الحق بشهادته بان بقى النصاب (فان رجع امد ثلاثة) شهدوا بحق وقضى القاضى به وقبضه المدعى (لم يضمن) لان شهادة الشاهدين يكفى لثبوت الحق في غير الزنا والكلام فيه فصار الحق مستحقا بها وقال احمد يضمن ثلاث الحق وبه قال الشافعى في قول ومالك في رواية (فان رجع آخر ضمننا) اى الرجوع اولا والراجع ثانيا (نصفا) لانه بقى من الثلاثة واحد فبقى ببقائه نصف الحق

(وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعوا فعلى الرجل سدس عند أبي حنيفة وعلى النسوة خمسة اسداس) وبه قال مالك والشافعي واحمد (ونصف عندهما) وعلى النسوة النصف الآخر وبه قال ابو العباس من اصحاب الشافعي 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 في 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 الشافعي في قول واحمد والشافعي في قول آخر عليهن خمسة اسداس بناء على ان العبرة للمراجع وكذلك ان رجع الرجل وحده عليه نصف الحق لبقاء من يقوم بالنصف (وضمن الفرع ان رجع هو والاصل) عند ابي حنيفة وابى يوسف لان القضاء وقع بشهادة 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 عين بشهادتهم وبشهادة الاصول من حيث ان الفروع نايبون عنهم وناقلون بشهادتهم بامرهم فيتخير في تضمين اى الفريقين شاء والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول فلا يجمع بينهما في التضمين بل يجعل كل فريق كالمفرد ولو رجع شهود الاصل بان قالوا لم نشهد الفروع على شهادتنا او اشهدناهم وغلطنا لا يضمنون وقال محمد يضمن شهود الاصل (و) ضمن (المركب) اذا رجع عند ابي حنيفة وقال لا يضمن (لا شاهد الاحصان) اى لا يضمن شهود الاحصان اذا رجعوا وهو قول للشافعي ورواية عن مالك سواء رجعوا مع الشهود او وحدهم وقال زفر واحمد والشافعي في قول ومالك في رواية يضمنون لان الزنا صار موجبا للمرجم بقولهم فكان في معنى علة العلة فلنا ان الاحصان شرط محض لا يضاف الحكم اليه كما تقرر في الاصول (و) ضمن (شاهد اليمين) اى التعليق (لا الشرط) اى لا يضمن شاهدا وجود الشرط (اذا رجعوا) اى شاهدا اليمين وشاهدا وجود الشرط فلو شهدا بتعليق العتق او الطلاق 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 لا يضمنون بحال واليه مال شمس الائمة السرخسى والله تعالى

اعلم ولو رجعوا بعد ما شهدوا بقصاص ضمنوا الدية وان قالوا تعمدنا الكذب ولا يقتص منهم عندنا وبه قال مالك وحكم الشافعي بالقصاص ومعه شبه المالكي ان قالوا تعمدنا وصاروا كالمكروه لان كل واحد قاتل تسببا ولنا ان القصاص جزاء مباشرة الفعل ولم يوجد منهم القتل مباشرة لانها بفعل الولي بخلاف المكروه لان المكروه صار آلة للمكروه فاضيف فعله اليه لان اختياره فاسد واختيار المكروه صحيح على انه ان لم يقطع النسبة بالكلية فلا اقل من ان يورث الشبهة وهي مانعة للمقود بخلاف الدية لان المال يثبت مع الشبهة والله سبحانه وتعالى اعلم *

كتاب الاقرار

هو لغة افعال من قر الشئ ثبت وشرعاً (اخبار بحق لآخر عليه) فخرجت الشهادة فانها اخبار بحق الآخر على غيره والدعوى فانها اخبار بحق نفسه على آخر (وحكمه) اى الاقرار (ظهور المقر به) اى ملزم على المقر ما اقر به لوقوعه دليلاً 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 النبي صلى الله عليه وسلم باقراره على نفسه بالزنا (لانشاءه) لان الاقرار اخبار بوجود المقر به والاخبار اظهار المخبر بلسانه للمخبر به لا ايجاده له (فصح الاقرار بالحمر للمسلم) ولو كان الاقرار انشاءً لما صح لان المسلم لا يصح له تمليك الحمر (لا بطلاق) اى لا يصح الاقرار بطلاق (واعتق مكرها) ولو كان انشاءً صح لان طلاق المكروه 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) ان الحق (مجهولاً) لان جهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولاً بان اتلف ما لا يدري قيمته او جرح جراحة لا يدري ارشها او يبقى عليه بقية حساب لا يعرف قدرها وهو محتاج لبراء ذمته بالايفاء او بالايضاء بخلاف الجهالة بالمقر له سواء تفاعشت بان قال على الف درهم لواحد من الناس او لم يتفاحش على الاصح بان قال على الف لاهد هذين لان المجهول لا يصح مستحقاً اذ لا يمكن الجبر على البيان من غير تعيين المدعى ولو كان المقر عليه مجهولاً بان قال لك على احدنا الف درهم لا يصح اتفاقاً لان المقضى عليه مجهول ذكره في النهاية قيد بالحر لان البراد صحة الاقرار مطلقاً والعبد المحجور عليه يتأخر اقراره بالمال الى ما بعد العتق وعن احمد ان اقرار العبد بالحد والقصاص فيما دون النفس يصح وبالقصاص في النفس يتبع به بعد العتق وبه قال زفر والمزني وداود وابن جرير الطبري لان به يسقط حق سيده فاشبهه

الاقرار بقتل الخطاء وقيد بالمكلف لان اقرار المجنون والصبي العاقل لا يصح لانعدام اهلية
 الالتزام والنايم والمغى عليه كالمجنون لعدم التمييز واقرار السكران من محرم يلزم الا
 فيما يقبل الرجوع كالحود الخالصة لله تعالى والسكران كان بطريق مبيع كالشرب مكرها
 لا يلزم من اقراره شىء (ولزمه) اى المقر (بيانه) اى المجهول حتى لو امتنع عن البيان
 اجبر 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 (ولا يصدق) المقر (فى اقل من درهم فى على مال) لانه لا يعد ما لا عرفا
 (و) لا فى 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) لانه ادى 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 عشر و) فى (كذا وكذا احد وعشرون) لان هذه الكلمات مبهمة فيجب
 حملها على نظيرها من المفسر واقل عديدين يذكران من غير حرف عطف بينهما احد
 عشر وبحرف عطف احد وعشرون (ولو ثلث بلا واو فاحد عشر) لانه لا نظير له فلا
 يزداد على الاول (ومع واو فمائة واحد وعشرون) لانه اقل ثلاثة اعداد بين كل اثنين
 منها حرف عطف (وان ربع زيد الف) لانه اقل اربعة اعداد بين كل اثنين فيها حرف عطف
 (وعلى قبلى 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 النمة (وصدق) من قال على
 او قبلى (ان وصل به) قوله (وهو ودیعة) لانه يحتمله مجازا لان الحفظ واجب على المودع
 فيجوز تفسيره به متصلا (وان فصل لا) اى لا يصدق لانه يقرر حكمه بالسكون فلا يجوز
 تغييره بعد ذلك كسائر المغيرات فى الاستثناء والشرط (وعندى او معى ونحوه) كفى بيتى
 وفى كيسى وفى صندوقى (امانة) لان ذلك اقرار بكون الشىء فى يده وذلك يتنوع الى

مضمون وإمانته فيثبت أقلهما وهو الأمانة (وقوله لمدعى الألف أترنها) بتشديد التاء امر من الأتزان افتعال من الوزن (أو قضيتها ونحوهما) كأنتقدتها أو اجلنى بها أو أفتقد فاقبضها (أقرار) لان الهاء كناية عن المذكور في الدعوى في جميع ذلك فصار كأنه أعاد المدعى وهو الألف فيكون أقرارا بها وأما لو لم يكن فيها ضمير لا يكون أقرارا لانه لا دليل على انصرافها الى المال المذكور فيكون كلاما مبتدأ فلا يلزمه شىء وقال الشافعى وأحمد فى أترن وانتقد انه ليس بأقرار وبه قال بعض اصحاب مالك لانه يحتمل الأقرار ويحتمل الاستهزاء والمبالغة فى الجحود فلا يكون أقرارا بالشك (و) قوله (مائة ودرهم أو) مائة (وثلاث اثنوب) يلزم به فى الاول مائة كلها (دراهم و) فى الثانى مائة كلها (ثياب وفى) قوله (مائة وثوب) (أو) مائة و (ثوبان يفسر المائة) والقياس أن 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 أن الدراهم يكثر استعماله فاستثقلوا تكراره واكتفوا بذكره مرة وكذا كل ما يكثر استعماله ويثبت فى النعمة من المكيل والموزون وإنما لزم مائة ثوب فى مائة وثلاث اثنوب لان الاثنوب لم تذكر بحرف العطف فانصرفت الى الجميع ولزم تفسير المائة فى مائة وثوب أو ثوبان لان الثوب لا يكال ولا يوزن ولا يكثر استعماله فبقى على الاصل ولو أقر بسهم من دار فهو سدس عند أبى حنيفة وأصل المسئلة فى الوصايا اذا وصى له بسهم من ماله ينصرف عنده الى السدس اخذا بقول ابن مسعود واحتج بقول ابن معاوية وجماعة من اهل اللغة أن السهم هو السدس وأمر بالبيان لان السهم يتناول القليل والكثير فان سوها من سهمين يكون النصف ومن العشرة يكون عشرا فهو الجزء والنصف سواء ولو أقر بشرك فى عبد يوجب أبو يوسف الشطر لان الشرك المنكر عبارة عن النصف قال الله تعالى (أم لهم شرك فى السموات) وقال (ما لهم فيها من شرك) أى من نصيب ولان لفظ الشركة يقتضى المساواة قال الله تعالى (فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث) وأوجب محمد البيان ولو أقر بخمسة فى خمسة وعنى المعية لزمه عشرة لانه بين انه استعمل فى بهعنى مع أو بهعنى أو العطف وفيه تشديد عليه فيصح بيانه وان عنى الحساب أو جينا خمسة لخمسة وعشرين كما قال زفر وهو قول الحسن اذا العادة حاكمة بان هذه العبارة يراد بها خمسة وعشرون فصار للخمسة والعشرين عبارتان أحدهما وصفية والاخرى عرفية فيلزم باحدهما ما يلزم بالاخرى لكننا نقول أن حساب الضرب فى المسوحات لا فى الموزونات مع أن عمل الضرب فى تكثير الاجزاء لا فى زيادة المال وخمسة دراهم وزنا وان كثرت اجزائها لا يصير أكثر من خمسة وفى المبسوط يلزمه على قول زفر

عشرة لان في بمعنى مع قال الله تعالى (فادخلى في عبادى) فيحمل على هذا تصحيحا لكلامه فلنا في للظرف حقيقة والدرهم لا تكون طرفا للدرهم وجعله بمعنى مع مجاز والمجاز قد يكون بمعنى على قال تعالى (ولاء وصلبتكم في جنوع النخل) وليس احدهما اولى من الاخر فبقى من المعتبر حقيقة كلامه فيلزمه عشرة باول كلامه ويلغو آخره ولو اقر بدين لزمه وان قال كنت كاذبا في الاقرار لانه رجوع فلا يصح لتعلق حق المقر له به ويرى ابو يوسف تحليف المقر له على ان المقر لم يكن كاذبا فيما اقرتك به ولست بهبطل فيما نذعه عليه وبه يفتى لجرى العادة بين الناس انهم يكتبون صك الاقرار ثم ياخذون المال (والاقرار بدابة في اصطبل) وهو بيت الدواب (يلزمها) اى الدابة (فقط) اى ولا يلزم الاصطبل وهذا عند ابي يوسف وابي حنيفة لان غير المنقول لا يضمن بالغصب عندهما وعلى قياس قول محمد انه يضمن يلزمه الدابة والاصطبل (وسيف) اى والاقرار بسيف يلزم (جفته) اى غمد السيف (وحمايله) 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 او شاة 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 في قول نقله المزنى عنه ان اطلق لا يصح وفي 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 او مات ابوه وتركه ميراثا وهو قيد للاقرار له وانما قيد به لانه ان بين فيه سببا غير صالح بان قال باعنى او اقرضنى لا يصح الاقرار وان لم يبين سببا لم يصح عند ابي يوسف وقيل ابو حنيفة معه وبه قال الشافعى ويصح عند محمد وبه قال مالك واهمى 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 بالفى قرض او غصب او ودیعة او عارية 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 في العقود لتغيير به صفة العقد ويتخير به بين نسخه وامضائه كذا في العناية وهذا اذا كان المقر به لا يقبل الخيار كما في الصور المذكورة واما اذا كان يقبل كما اذا اقرانه باع او اشترى شيئاً على انه بالخيار ثلاثة ايام او اقل فانه يصح الافرار والخيار جميعاً (واستثناء كيلي او وزني من دراهم) بان قال له على الف درهم الاقفيز حنطة او الاديانرا (صح قيمة) او بطريق القيمة فيلزمه الف درهم الا قيمة القفيز او الدينار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر واحمد لا يصح لان الاستثناء اخراج ما لولا الاستثناء لكان داخلاً وهذا لا يتصور في خلاف الجنس ولا في حنيفة ان الكيلي والوزني جنس الدراهم في المعنى من حيث انها ثبت في النمة مالا ومؤجلاً ويجوز استقراضها واذا كانت في المعنى جنساً لها جاز استثناءها منها قيد بالكيلي والوزني لانه لا يصح في غيرهما باتفاق الاصحاب وهو قول احمد وقال الشافعي يصح وبه قال مالك فعندنا لو قال له على مائة درهم الاثوب لا يصح الاستثناء وعندك يبين قيمة الثوب فان استغرقت المائة بطل الاستثناء في قول وبه قال مالك وفي قول يلفو تفسيره ويجب ان يبين ثوباً لا يستغرق قيمة المائة (لا) اي 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 والشافعي واحمد يصح لانه اخرج ما تناوله اللفظ معنى فصار كما لو قال الا ثلثها اوربعها او بيتاً منها ولنا ان الاستثناء اخراج ما يتناول صدر الكلام نصاً وصدر الكلام انما يتناول هذه الاشياء تبعاً بخلاف البيت فان الدار تتناوله نصاً اذ الدار تشمل البيت ولهذا لو استحق البيت في بيع الدار سقطت حصة من الثمن ويبطل اقرار وصل به انشاء الله فلو قال لزيد على الف درهم انشاء الله لم يلزمه شيء لان التعليق بمشية الله ابطال عند محمد فيبطل قبل انعقاده بحكم وعند ابي يوسف تعليق بشرط لا يوقف عليه فكان اعداها من الاصل (ودين صحته) مبتدأ مضاف (مطلقاً) اي سواء علم سببه وهو بمعاينة الشهود بسببه او بالاقرار (ودين مرضه) مرض الموت (بسبب فيه) اي في المرض كالنفقة وثن الادوية (وعلم) السبب (بلا اقرار) كالا ستقراض في موضعه بمعاينة الشهود والشراء والاستعمار والتزوج (سواء) اي مستويان في الرتبة فلا يقدم احدهما على الآخر في الاستيفاء من التركة هو خبر المبتدأ وما عطف عليه (وقد ما على ما اقر به في مرضه) ولم يعلم الا بالاقرار وبه قال النخعي والثوري (و) قدم (الكل على الارث وان شمل) الكل (ماله) وقال الشافعي دين الصحة ودين المرض الذي لا يعلم الا بالاقرار سواء وبه قال مالك والخرقي والتميمي من اصحاب احمد لاستواء سببهما وهو الافرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب

هو الذمة القابلة للمحقوق ولنا أن الأقرار لا يعتبر إذا كان فيه تهمة ابطال حق الغير وفي
اقرار المريض بما ليس من التبرعات كالبيع والنكاح والانلاف تهمة ابطال تعلق دين
الصحة بماله بخلاف المعروف السبب بمعاينة الشهود فانه لاتهمة فيه (ولا يصح) للمريض
(أن يتخص غريما) من غرماء الصحة والمرض (بقضاء دينه) لان ذلك فيه ابطال حق
الباقيين الا أن يكون ذلك الدين ثمنا بشئ اشتراه بمثل قيمته او يكون قرضا لزمه في
مرضه بالبينة لان هذا ليس بايثار ولا ابطالا للحق لانه حصل مثل ما فقد وحق الغرماء
متعلق بمعنى التركة لا بالصورة فاذا حصل له مثل معنى لم يعد ذلك تفويتا وعند مالك
والشافعي يتخص مطلقا والله تعالى اعلم (ولا) يصح (اقراره لو ارثه) وبه قال احمد والشافعي
في قول ويصح في الاصح من مذهبه لانه اطهار حق ثابت لترجع جانب الصدق فيه
فصار كالأقرار لاجنبى وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للموارث وقال مالك يصح اذا لم
يتهم ويبطل اذا اتهم كمن له بنت وابن عم فاجر لبنته ولنا ما اخرجه الدار قطنى في
سننه عن جعفر بن محمد عن ابيه عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا
وصية لو ارث ولا اقرار له بدين وما روى انه صلى الله عليه وسلم قال في خطبته عام
حجة الوداع ان الله اعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لو ارث ولا اقرار بالدين لكن قال
شمس الائمة في المبسوط ان هذه الزيادة شاذة غير مشهورة وانما المشهور قول ابن عمر
اذا اقر الرجل بدين في مرضه لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله وان
اقر لو ارث فهو باطل الا ان يصدقه الورثة وبه اخذ علماؤنا فان قول الواحد من فقهاء
الصحابة عندنا مقدم على القياس ولان في اقراره ايثار بعض الورثة بماله بعد ما تعلق
حق جميعهم به فلا يجوز لما فيه من ابطال حق البقية كالوصية قيد بالوارث لان اقراره
للاجنبى يصح وان شمل المال (الا ان يصدقه البقية) اى بقية الورثة لان عدم الصحة
كان لحقهم فاذا صدقوه فقد اقرؤا بتقديمه عليهم (فيبطل) الاقرار (ان ادعى بنوته) اى
بنوة الاجنبى (بعده) اى بعد الأقرار له ويثبت النسب وبه قال احمد والشافعي في قول
(الا ان نكح) اى لا يبطل الاقرار لاجنبية ان نكحها بعد اقراره لها وبه قال احمد في الاصح
والشافعي في القديم ومالك وقال الشافعي في الجديد واحمد في رواية يبطل لان اعتبار
كون الوارث وارثا حال الموت لا حال الأقرار كالوصية ولنا وهو الفرق ان البنوة تستند
الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح والزوجية تقصر على زمان التزوج فكان
اقراره لاجنبية ويؤخر الارث عن الدين المقر به في المرض لقوله تعالى (من بعد وصية
يوصى بها او دين) ولان مضاء الدين من الحوايج الاصلية لان به دفع الحائل بينه وبين

الجنة العلية وحق الورثة متعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا يقدم تجهيزه وتكفينه وتدفينه (ولو أقر) المريض أو غيره (ببنوة غلام جهل نسبه ويولد مثله) أى مثل الغلام (لمثله) أى لمثل المقر (وصدقه الغلام ثبت نسبه) وقال مالك أن تيقن الناس أنه ليس ولده لا يثبت كما إذا كان الغلام سنديا والرجل فارسيا ولنا أن النسب يحتال لاثباته فيثبت إذا أمكن وفي هذه الصورة يمكن قيد بمجهول النسب لأن معرفته تمنع ثبوته من غيره وبكونه يولد مثله لمثله لئلا يكون مكذبا في الظاهر وبتصديق الغلام لأن المسئلة في غلام يعبر عن نفسه فلا بد من تصديقه لأنه في يد نفسه حتى إذا كان صغيرا لا يعتبر تصديقه كذا في الكافي والهداية وغيرها وإذا ثبت نسبه شارك الورثة في الميراث لأن ذلك من ضرورات ثبوت النسب (وشروط تصديق الزوج) امرأته أو معتدته (أو شهادة قابلة في أقرارها) أى المرأة (بالولد) لأن أقرار المرأة لا تقبل على الزوج فلا بد من تصديقه وقول القابلة حجة في تعيين الولد والنسب يثبت بالفراش (ولو أقر بنسب من غير ولاد) أى ابوة أو بنوة كأن أقر باخ أو عم (لا يصح) إلا بالبينة لأن فيه حمل النسب على الغير (ويرث الامع وارث) معروف قريب أو بعيد فانه أولى بالميراث من المقر له لأنه لما لم يثبت نسبه منه لم يرثهم الوارث المعروف بالنسب وأن لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لأن للمقر ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث الا ترى أن له أن يوصى بجميع ماله فكذا له أن يجعل لهذا المقر له (ومن أقر باخ وابوه ميت شاركه في الارث بلا نسب) أى ولا يثبت نسبه لأن أقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه فلا يثبت إلا بالبينة والاشترار في المال وله ولاية عليه فيثبت (ولو أقر احد أبني ميت له على) شخص (آخر دين) هذه الجملة صفة ميت (بقبض ابيه نصفه) أى نصف الدين (فلا شئ له) أى للابن المقر (والنصف للآخر) وهو الابن المنكر لأن الأقرار باستيفاء الميت الدين أقرار بالدين على الميت لأن المقبوض غير الدين فيكون مضمونا على القابض دينا في ذمته فيتقاضان فان كذبه اخوه لا يصدق عليه وينفذ في حقه خاصة فوجب على الميت النصف على زعمه والدين مقدم على الميراث وقد استغرق نصيبه فلا يأخذ منه شيئا وصار كما لو أقر على الميت بدين آخر وكذبه اخوه وصح أقراره بدين لاجنبى وإن استغرق ماله لما روى محمد في الاصل عن ابن عمر أنه قال إذا أقر في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وإن احاط ذلك بما له ولا يعرف له مخالف وعلمنا والشافعى جعلوا الطلق وهو وجع الولادة كمرض الموت في الاحكام لأن الموت يندر في غير حالة الطلق ويوجد فيها كثيرا والحكم مبني على ما أكثر لاعلى ما ندر

لا بعد ماتم لها ستة أشهر من حين الحمل كما قال مالك واحتج بان ولادتها حينئذ متوقعة ساعة فساعة وهي قد تموت بها فتوطن نفسها على الهلاك وتبادر الى ما يتبادر اليه المرضى واذا خيف الموت على المسلول وهو المريض مرض السل والدمق ونحوه من الامراض التي تطول ويعتاد الانسان بها كانت الهبة ونحوها من ثلث ماله اكونه مريضا والله اعلم *

كتاب الدعوى

(هي) لغة بمعنى الدعاء قال الله تعالى (دعويهم فيها سبحانهك اللهم) (وآخر دعويهم ان الحمد لله رب العالمين) وشرعا اضافة الشخص الشئ الى نفسه حال المنازعة على ما قاله شيخ الاسلام والمحبوبي ويقال ادعى زيد على عمرو فزيد المدعى وعمرو المدعى عليه والمال المدعى والمدعى به خطأ المصدر الادعاء افتعال من دعاه والدعوى على فعلى اسم منه والفها للتأنيث فلا تنون يقال باطله او صحبته وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى كذا في الكافي وشرط صحتها مجاس القضاء فلا يصح في 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 في هذا الكتاب عرفهما بقوله (والمدعى من لا يجبر على الخصومة) اذا تركها (والمدعى عليه من يجبر) عليها اذا تركها وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة كالتارج والمدعى عليه من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد وقيل المدعى من يلمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر (وهي) اي الدعوى (انما تصح بذكر شئ علم جنسه) اي جنس المدعى بان يقال حنطة مثلا (وقدره) بان يقال كذا كيلا لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة الاشهاد ولا يتحقق الاشهاد ولا الالزام في المجهول وفي شرح الوقاية هذا في دعوى الدين لا في دعوى العين فان العين ان كانت حاضرة تكفي 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 النخبة وكذا ذكر في عامة الكتب انه يسع دعويه بدون القيمة لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيانا لتضرر به (وانه في يد المدعى عليه) هذا عطى على ذكر شئ وانما شرط ذلك في الدعوى لان المدعى عليه لا يكون خصما الا اذا كان العين في يده (وفي المنقول يزيد بغير حق) اذ الشئ قد يكون في يد غير المالك

بحق كرهن في يد المرتهن والمبيع في يد البايع لاجل الثمن وفي شرح الوفايه وهذه العلة تشتمل العقار ايضا فلا ادري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم ووجهه بعض بوجوه وردها غيرهم (وفي العقار لا يثبت اليد الا بحجة او علم القاضى) ولا يثبت بتصادفهما انه في يد المدعى عليه بخلاف المنقول فانه يثبت بذلك والفرق بينهما ان اليد في العقار غير مشاهدة ولعله في يد غيرهما وانفقا على ذلك ليسكون لهما ذريعة الى اخذه بحكم الحاكم فشرط الحجة او علم القاضى لنفي التهمة واليد في المنقول معاينة فلا حاجة الى اشتراط ذلك وفيه ان العلة مشتركة والمعاينة ممنوعة فلا يظهر وجه الفرق هناك (والمطالبة به) عطف على انه في يد المدعى عليه او على ما عطف عليه وانما كان ذكر المطالبة لا بد منه في صحة الدعوى لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه (واحضاره) عطف على ذكر شئ وانما تصح باحضار المدعى (ان امكن ليشير اليه المدعى والشاهد والخائف) لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة فيما يمكن احضاره (وذكر قيمته ان تعذر) احضاره بان كان هالكا او غائبا ليصير المدعى معلوما لان الشئ يعام 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 (في العقار) فانه يعرف بحدوده وقد تعذر تعريفه بالاشارة لتعذر نقله الى مجلس الحكم (و) ذكر (اسماء اصحابها ونسبهم) لتمييزها عن غيرهم (الى الجبد) لان تمام التعريف به وهذا ان لم يكن مشهورا واما ان كان مشهورا فلا يلزم ذكر الجبد 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 (فضى) القاضى (عليه) لوجود الحجة الملزمة للقضاء في الوجهين وروى اصحاب الكتب السنة عن الاشعث بن قيس قال كان بينى وبين رجل من اليهود ارض فجدنى فقدمت الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال لى صلى الله عليه وسلم الك بينة فقلت لا فقال لليهودى اتخلف فقلت يا رسول الله اذا يخلف وينهب مالى فانزل الله (ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا) الآية (وان لم يقم البينة حلقه) القاضى (ان طلبه) اى الخلف (خصمه) لان اليمين حقه فلا بد من طلبه (فان نكل مرة) بان قال لا املك (اوسكت 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 ودفع للمضرر عن نفسه لان اليمين واجبة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم اليمين على المدعى عليه (وعرض اليمين) على المدعى عليه (ثلاثا) يقول في كل مرة

اني اعرض عليك اليمين فان حلفت والا قضيت عليك (ثم القضاء) بعد ذلك (احوط) لما فيه من المبالغة في الانذار فهو نظير امهال المرتد ثلاثة ايام في انه مستحب فعرض اليمين مبتدأ والقضاء عطף عليه واحوط خبر المبتدأ وهذا عند الجمهور وقيل عند ابي حنيفة ندب وعنهما انه حتم ثم القائل بعد الدعوى عليه لا اقر ولا انكر يحبس عند ابي حنيفة حتى يقر او ينكر اذ لا تخليف مع قوله لا انكر لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر وقالا يحلف كمالك والشافعي لان قوله لما تعارضا تساقطا فصار كالساكت وفي المجتبى يشترط ان يكون القضاء على فور النكول عند بعض المشايخ وقال الخصاص لا يشترط حتى لو اشهد بعد العرض يوما او يومين او ثلاثا فلا بأس به وهو قول مالك والشافعي واحمد وفي الفصول لو كان الاستخلاف 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 في ذلك بفعل عمر رضى الله عنه فانه جوز قبول بينة المدعى بعد حلف المدعى عليه وبقول شريح اليمين الفاجرة احق بالرد من البينة العادلة (ولا ترد اليمين على مدعى وان نكل خصمه) وقال مالك والشافعي لا يقضى بالنكول بل يرد اليمين على المدعى لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة كما فعل عثمان ويحتمل ان يكون لاشتباه الحلال ومع هذا الاحتمال لا يكون حجة ويمين المدعى دليل الظهور كما كانت يمين المدعى عليه فيصار اليه ولنا ما في الصحيحين عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال اموال قوم ودماءهم لكن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وفي رواية اليمين على من انكر وفي رواية البيهقي عن ابن عمر بلفظ المدعى عليه اولى باليمين الا ان يقوم عليه البينة ووجه الدلالة انه صلى الله عليه وسلم قسم والقسمة تنافي الشركة فدل على ان جنس الايمان في جانب المدعى عليه ولا يمين في جانب المدعى اذ لا يلى واللام لاستغراق الجنس فمن جعل بعض الايمان حجة للمدعى فقد خالف هذا الحديث الذى تلقته بالقبول حتى صار في حيز التواتر وقد ادعى بعض اهل الاصول انه مخالف لقوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) الآية فيكون مردودا وروى ابن ابي شيبه في مصنفه عن سالم ان ابن عمر باع غلاما له بثلاث مائة درهم فوجد به المشتري عيبا فخاصم الى عثمان فقال له عثمان تحلف انك بعته بالبراءة فابى ان يحلف فرده عثمان عليه وروى ايضا عن ابن ابي مايكة عن ابن عباس انه امره ان يستخلف امرأة فابت ان تحلف فالزمها وروى ايضا عن الحارث قال نكل رجل عند شريح عن اليمين فقضى شريح عليه فقال الرجل انا اطلق فقال شريح قد مضى قضائى ويبتنى على هذا التنازع القضاء بشاهد ويمين وقال

مالك والشافعي وأحمد يقضى بهما لما روى مسلم عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين وأجيب بأنه منقطع وقال الترمذي في عمله الكبير سألت محمدا عن هذا الحديث فقال أن عمرو بن دينار لم يسمعه من ابن عباس ولو سلم فمثل هذه العبارة لانقيد العموم لان الحجة في المحكى لا في الحكاية اذا المحكى قد يكون خاصا (ولا يحلف) عند أبي حنيفة (في نكاح) بان ادعى رجل على امرأة انه تزوجها وانكرت او بالعكس (و) لا في (رجعة) بان ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه راجع فيها وانكرته او بالعكس (و) لا في (في) بفتح فاء فسكون ياء فهمز اى رجوع (ايلاء) بان ادعى بعد مدة الايلاء انه فاء اليها في المدة وانكرت او بالعكس (و) لا في (استيلاء) بان ادعت امه على مولاها انها ام ولد له وهذا ابنه منها فانكر المولى ولا يتأتى العكس لان المولى اذا ادعى انها ام ولد يثبت الاستيلاء باقراره ولا يلتفت الى انكارها (و) لا في (رق) بان ادعى رجل على مجهول انه عبده او ادعى المجهول ذلك (و) لا في (نسب) كان ادعى رجل على آخر انه ولده (و) لا في (ولاء) بان ادعى رجل على آخر ان له عليه ولاء اعتاق وموالاته او بالعكس (و) لا في (حد) بان ادعى على آخر ما يوجب الحد وانكر (و) لا في (لعان) بان ادعت امرأة على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وانكر وقال أبو يوسف ومحمد يحلف في ذلك كله الا في الحد واللعان وقال الشافعي يحلف في حد القذف والقصاص ولا يحلف في باقى الحدود وقال مالك وأحمد لا يجزى التحالف فيما لا يثبت الا بشاهدين وفي جامع قاضيخان والواقعات والفصول الفتوى على قولهما وهو اختيار فخر الاسلام قيل وهو اختيار المتأخرين (الا اذا ادعى في 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 لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول (و) حلف (الزوج اذا ادعت) المرأة (طلاقا لان مقصودها) المال والاستحلاف يجزى في المال بالاتفاق (فيثبت ان نكل نصف المهر) ان ادعت الطلاق قبل الدخول (او كله) ان ادعت الطلاق بعد الدخول (وكذا) يحلف (منكر القود فان نكل في النفس حبس حتى يقر او يحلف) ولا يقتص وبه قال أحمد وقال مالك والشافعي وأحمد في رواية يقتص منه بعد حلف المدعى (وفيما دونها) اى دون النفس (يقتص) وبه قال مالك والشافعي بعد حلف المدعى وأحمد في رواية وقال أبو يوسف ومحمد يجب عليه الارش في النفس وفيما دونها وان قال المدعى لى بينة حاضرة وطلب حلف الخصم لا يحلف عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يحلف ومحمد مع أبي حنيفة في رواية ومع أبي يوسف في اخرى وهذا الخلاف اذا كانت البينة حاضرة في المصر غايبة عن مجلس الحكم حتى لو كانت غايبة عن المصر يحلف بالاتفاق او كانت في

مجلس الحكم لا يحلف انفاقا (ويكفل) اى يقيم كفيلا (بنفسه ثلاثة ايام) كيلا يغيب نفسه
 فيضيع حق المدعى والقياس ان لا يكفل قبل اقامة البينة لعدم تعلق حق المدعى حينئذ
 وهو مذهب الشافعي والتقدير بثلاثة ايام مروى عن ابي حنيفة وهو الصحيح وعن ابي
 يوسف التقدير بما بين مجلسي القاضى اما لو قال ليس لى بينة او شهودى غيب لا يجبر
 الخصم على اقامة الكفيل لان الغايب كالهالك والاستحلاف فى الحال ممكن ولو قال لا بينة لى
 عليه ولا شهادة ثم اقام المدعى البينة او شهد الشاهد قبلت فى الاصح لامكان التوفيق
 بان كان له شهود لا يعلم بهم او تذكرهم بعد ما نسيهم او بذكر الشاهد وقيل لا يقبل لظاهر
 التناقض ولو باع عقارا وقريبه حاضر يعلم البيع ثم ادعاه لا يسمع دعواه لانه بسكوته
 اولا صار مصدقا على صحة البيع وبدعواه ثانيا يصير متناقضا (فان ابي) الخصم ان يقيم كفيلا
بنفسه (لازمه) المدعى اى دارمه حيث سار كيلا يضيغ فيذهب حقه (و) لازم (الغريب
 قدر مجلس الحكم) اى الى ان يقوم القاضى من مجلسه (ولا يكفل) الغريب (الا الى اخر
 المجلس) لان فى اخذ الكفيل منه وفى الملازمة له اكثر من مجلس القاضى اضرارا له بالمنع
 عن سفره (والحلف بالله تعالى لا بالطلاق والعقاق) لها فى الصحيحين من حديث ابن عمر
 ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت وفى رواية ابي
 داود وغيره انه صلى الله عليه وسلم قال ان الله نهاكم ان تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا
 فليحلف بالله اولى سكت (فان الح الخصم) اى اكد وبالغ (قيل صح) التحليف (بهما فى زماننا)
 لقلة مبالاة الناس باليمين بالله تعالى وكثرة الامتناع عن الحلف بالطلاق والعقاق لكن
 ان نكل لا يقضى عليه بالنكول لانه امتنع عما هو منهى عنه شرعا ولو قضى عليه بالنكول
 لا ينفذ ولو طلب المدعى عليه تحليف الشاهد او المدعى انه لا يعلم ان الشاهد كاذب لا يجيبه
 القاضى لانا مأمورون باكرام الشهود والمدعى لا يجب عليه اليمين لاسيما اذا اقام بينة
 (ويغلب) اليمين (بصفاته تعالى) مثل والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن
 الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال
 الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شىء منه ويزيد على هذا التخليط ان شاء وله ان ينقص
 منه ويحترز عن عطف بعض الاسماء على بعض لئلا يتكرر عليه اليمين ولو غلط عليه
 فنكل عن التخليط وحلف من غير تخليط لا يقضى عليه بهذا النكول لان المقصود الحلف بالله
 تعالى وقد حصل (لا بالزمان) اى لا يغلب اليمين بالزمان كبعد العصر يوم الجمعة (والمكان) كمنبر
 النبى والحجر الاسود وبه قال احمد والشافعي فى قول وقيل يستحب التخليط بالزمان وبالمكان
 وبه قال مالك فيها ليس بهال ولا القصد منه المال لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحلف

احد عند منبرى هذا على يمين آثمة ولو على سواك اخضر الا ثبوا مقعده من النار او وجبت
 له النار رواه مالك وابوداود ولنا قوله صلى الله عليه وسلم اليمين على من انكر فالتخصيص
 بالمكان والزمان لزوما زيادة عليه (وحلف اليهودى بالله الذى انزل التوراة على موسى
 والنصرانى بالله الذى انزل الانجيل على عيسى) لما روى ابو داود عن ابى هريرة ان
 رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لليهود انشدكم بالله الذى انزل التوراة على موسى ما
 تجدون فى التوراة على من زنى ولان اليهود يعتقدون نبوة موسى والنصارى نبوة عيسى
 فيحلفون على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه (و) حلف (المجوسى بالله الذى خلق النار)
 لانه يعظها فيخاف بذكرها ذكره محمد فى الاصل كما فى الهداية وذكر الحصافى انه لا يحلف
 المجوسى الا بالله وهو اختيار بعض المشايخ لان فى ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيما
 لشأنها وما ينبغى ان تعظم بخلاف الكتابين فان كتب الله معظمة (و) حلف (الوثنى بالله)
 لان الكفرة باسرههم يقررون به تعالى قال الله تعالى (ولئن سألتهم 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 فايهم او نكاح فايهم فى الحال او ما هى باين منك الآن) او ما يجب
 عليك رده الآن (لاعلى السبب) اى لا يحلف على السبب كما قال ابو يوسف بان يقول فى
 البيع (نحو بالله ما بعته ونحوه) بان يقول فى النكاح بالله ما نكحت وفى الطلاق بالله ما طلقت
 وفى الغصب بالله ما غصبت (الا ان يتضرر المدعى فيحلف على السبب) اى باتفاق (كدعوى
 شفعة بالجوارفانه) 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 بعد مسلم يدعى عتقه على مولاه وفى الامة)
 الكافرة (والعبد الكافر) اذا ادعى احدهما العتق على مولاه وانكر يحلف (على الحاصل)
 لان الرق يتكرر فى الامة بالسبب بعد الردة والاتحاق بدار الحرب وفى العبد الكافر بالسبب
 بعد نقض العهد والاتحاق بدار الحرب ولا يتكرر فى العبد المسلم اذ لا يقبل منه فى الارتداد
 بعد السبب 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) شىء
 (واشتراه) فادعاه آخر لان الشراء وقبول الهبة سبب لثبوت الملك بالاختيار ولو لم يعلم ان
 العين ملك البايع او الواهب لما باشر الشراء باختياره ولا قبل الهبة بخلاف الملك فى الارث
 فانه ثبت للمورث جبرا ولا علم له بحال ملك الوارث والاصل فى ذلك ان اليمين ان كانت

على فعل العير فهي على العلم وان كانت على فعل النفس فهي على البتات (وصح فداء الحلف والصاح منه) وليس له ان يستحلفه بعد ذلك لانه سقط حقها من اليمين باخذ بدلها خص الفداء والصاح 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 في القيل والقال فان الناس بين مصدق ومكذب فاذا افتدى من يمينه فقد صان عرضه وهو حسن وروى عبد الرزاق في مصنفه عن معمر قال سئل الزهري عن الرجل يقع عليه اليمين فيريد ان يفتدى من يمينه فقال كانوا يفعلون ذلك وقد افتدى عبيد السهام وكان من الصحابة يمينه بعشرة آلاف وذلك في امانة مروان والصحابة بالمدينة كثير ومن ظفر بجنس حقه اخذه بلا استئذان ولا حكم فاض لان الديون تقضى بامثالها فكانه عين حقه ولو ظفر بخلاف جنسه لا يأخذه عندنا الا باذنه او حكم قاض لاختلافهما حقيقة واجازه مالك والشافعي لاتحادهما في جنس المالية

فصل

في التحالفي كما في نسخة (ولو اختلفا في قدر الثمن) بان ادعى البايع اكثر مما اعترف به المشتري (او) اختلفا في قدر (المبيع) بان اعترف البايع بقدر منه وادعى المشتري اكثر من ذلك القدر (حكم لمن برهن) لانه نور دعواه بالبينة (وان برهنا) اي اقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه (فلمثبت الزيادة) لان البينة للاثبات ولا معارضة في قدر ما انفق عليه ولا في الزيادة ولان البينة على الاقل وان نفت الزيادة اكن الشهادة على النفي غير مسموعة وزيادة الثقة مقبولة كما انها حجة في الرواية (وان اختلفا فيهما) اي في قدر الثمن وقدر المبيع (فحجة البايع في الثمن) اولى (وحجة المشتري في المبيع) اولى نظرا الى زيادة الاثبات ولو كان الاختلاف في جنس الثمن بان قال البايع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري انما اشتريتها منك بمائة دينار وافاما البينة لزم المشتري البيع بالعبد فيقبل بينة البايع دون المشتري لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البايع وبيئته ثبت الحق لنفسه في العبد وبينة المشتري تنفي ذلك والبينة للاثبات دون النفي (وان عجزا) في الصور الثلاث عن اقامة البينة قيل للمشتري فيما اذا كان الاختلاف في قدر الثمن اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والافسخنا البيع وقيل للبايع فيما اذا كان الاختلاف في قدر المبيع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من

القدر والافسحنا 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) اي وان لم يرض كل بزيادة يدعيها الآخر (تحالفا) اي حلف كل واحد
منهما على دعوى الآخر بان يحلف البايع بالله ما باعه بما ادعاه المشتري ويحلف
المشتري بالله ما اشتراه بما ادعاه البائع والمعنى فيه ان اليمين يجب على المنكر
وهو الباقي فيحلف على هيئة النفي بان الحلف وجب عليه لانكاره وانما وجب على
البايع والمشتري جميعا لان كلا منهما منكر لان الخلاف ان كان في قدر الثمن وقدر
المبيع فيكون كل منهما منكرا ظاهرا وان كان في احدهما فواحد منهما يدعى زيادة البديل
والآخر ينكر والمنكر منهما يدعى وجوب تسليم البديل على صاحبه عند تسليمه المبدل
والآخر ينكره فصارا مدعيين ومنكرين (وحلف المشتري اولا) وهو قول محمد وابي يوسف
آخرا وهو رواية عن ابي حنيفة وقول زفر والشافعي في واحد لان المشتري اشد هما انكارا
لانه يطالب اولا بالثمن فينكر فيكون بادئا بالانكار ولان انكار البائع مبني على انكاره
وقال ابو يوسف اولا يبدأ بيمين البايع وهو قول مالك والشافعي واحمد في الاصح لهما
اخرجه اصحاب السنن الاربعة ان عبد الله بن مسعود باع للاسعث بن قيس رقيقا من
رقيق الخمس بعشرين الف درهم فارسل عبد الله اليه في 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 بيعة فالقول ما يقول رب السلعة او يتتار كان
واجب بان المنذرى قال قدر روى هذا الحديث من طرق عن ابن مسعود وكلها لا يثبت
وقال ابن الجوزي في التحقيق احاديث هذا الباب فيها مقال ودفعت هذا الجواب بان صاحب
التنقيح قال والذي يظهر ان حديث ابن مسعود بهجوم طرق له اصل بل حديث حسن
يحتاج به لكن في لفظه اختلاف ويدل على هذا ان مالكا اخرج في الموطاء قلت وذكره
محمد في موطائه (وفسخ القاضى البيع) بينهما بطلب احدهما وقيل يفسح بنفس التحالف
وهو الاصح من مذهب الشافعي (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 في الاجل) لاني شرط الخيار (ولا في قبض بعض الثمن) ولا في مقدار الاجل ولا
في قدر الشرط ولا في شرط الرهن ولا في الضمان (وحلف المنكر) لان ثبوت هذه الاشياء
لعارض والقول لمنكر العارض مع يمينه وبه قال احمد وقال زفر ومالك والشافعي بتحالفان
(ولا) تحالف اذا اختلفا في قدر الثمن وهو دين (بعد هلاك المبيع) في يد المشتري عند ابي

حنيفة وأبي يوسف (وعلق المشتري) وبه قال مالك في رواية وأحمد في رواية وعند محمد يتحالفان ويفسخ على قيمة الهالك وهو قول الشافعي وبه قال مالك في رواية وأحمد في رواية لقوله صلى الله عليه وسلم إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وهذا النص وإن كان مطلقا يقيد بحال قيام السلعة بقرينة التراد إذ المراد به تراد العوضين لا تراد العقد لأنه لا يتصور ذلك ولأبي حنيفة وأبي يوسف قوله عليه السلام إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا وقوله والسلعة قائمة مذکور على وجه الشرط والمطلق يحمل على المقيد إذا وردا في حادثة واحدة وحكم واحد وعلى هذا الخلاف إذا خرج المبيع عن ملك المشتري ببيع أو غيره أو صار بحال لا يمكن رده بدون رضاه هذا إذا كان الثمن دينارا كان دراهم أو دنائير أو مكيلا أو موزونا موصوفا في الذمة فإن كان عينا بان كان البيع مقابضة يتحالفان اتفاقا لأن المبيع قائم لأن كل واحد من العوضين مبيع من وجه وذلك كاف لصحة التحالف كما هو كاف لصحة الاقالة (ولا) تحالف إذا اختلفا (بعد هلاك بعضه) أي بعض المبيع بعد قبض الجميع عند أبي حنيفة كما لو باع عبدين صفقة واحدة ثم هلك أحدهما عند المشتري بعد قبضهما وقال أبو يوسف يتحالفان في القاييم ويفسخ العقد فيه والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد القاييم وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك بعضها أولى ولأبي يوسف إن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولأبي حنيفة إن التحالف لا يمكن في القائم الأعلى اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة على قيمتهما والقيمة تعرف بالخزر والظن فيؤدى إلى التحالف مع الجهل وهذا لا يجوز (إلا إن يرضى البائع بترك حصه الهالك) فيتحالفان لأن الثمن حينئذ يكون كله بمقابلة القاييم ويخرج الهالك عن العقد ويصير كأن العقد وقع على القاييم (ولو اختلفا في بدل الاجارة) وهو الاجارة (أو) اختلفا في (المنفعة) قبل استيفائها (تحالفا) وترادا (كما في البيع والمنفعة) في الاجارة (كالمبيع والبدل) فيها (كالثمن) وإن وقع الاختلاف في البدل بديء يمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الاجارة وإن وقع في المنفعة بديء يمين المودع لأنه منكر لوجوب المنفعة وإيهما نكل لزمه دعوى صاحبه فإيهما أقام البينة قبلت ولو أقامها فبينة المودع أولى إن كان الاختلاف في الاجارة وبينة المستأجر أولى إن كان الاختلاف في المنافع وإن كان الاختلاف فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه (وبعد قبضها) أي المنفعة (لا) أي لا يتحالفان لأن فائدة التحالف الفسخ والمنافع المستوفات لا يمكن فسخ العقد فيها فكان القول قول المستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه (وبعد قبض بعضها تحالفا وفسخت) الاجارة (فيما بقى والقول للمستأجر

فيما مضى) لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأنه ابتداء العقد
 عليه بخلاف البيع فإنه ينعقد دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل (وان
 اختلفت الزوجان في متاع البيت فلها) اى للمرأة (ما يصح لها) كدرع والخمار والماخفة
 لان الظاهر شاهد لها الا ان يكون الرجل عن بيع ما يصح 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 تباع ما يصح للرجال او ما يصح لهما) كالأنيبة 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 الفارقة (وان مات احدهما) واختلف
 ورثته مع الآخر (فالمشكك) وهو ما يصح 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 لامعارض لظاهره والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام
 مورثهم وقال محمد للرجل اولورثته وقسم زفر من الرجل والمرأة فيما يصح لهما وحكم فى
 الباقى مثل ابى حنيفة وعنه المتاع كله بينهما نصفان وهو قول مالك والشافعى لاستوائتهما
 فى الدعوى واليد وقال ابن ابى ليلى الكل للرجال ولها ثياب بدننها وقال الحسن البصرى
 الكل لها الا ثياب بدننه ولعل وجه نظره ان يكون المحل للرجل والمرأة (وان كان احدهما
 عبدا) مكانها او مأذونا له فى التجارة (فالكل للحر فى الحياة) اى حياتهما لان يد الحر اقوى
 فانها يد ملك بخلاف يد العبد (وللحى) منها (بعد الموت) اى موت احدهما لانه لا يد للميت
 فحلت يد الحى عن المعارض (وسقط دعوى الملك المطلق) اى اندفعت خصومة مدعيه
 فى العين القائمة (ان برهن ذواليد ان المدعى) بفتح العين (ودبيعة او عارية او رهن
 او موجد او مفضوب من زيد) وبه قال مالك واحمد والشافعى فى الاظهر وقال ابن شبرمة
 لا يسقط وبه قال الشافعى ايضا لانه تعذر اثبات الملك للغايب لعدم الخصم عنه وسقوط
 الدعوى وهو رفع الخصومة بناء عليه ولنا انه يثبت بينته ان العين وصلت اليه من
 يد الغايب 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 لا يندفع
 الخصومة بهذه الدعاوى وقيد بالوديعة واخوانها لانه لو برهن على انه مبيع له من الغايب
 لم يندفع الخصومة لانه اما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وتسمى هذه المسئلة

بجمسة كتاب الدعوى لان فيها خمس صور دعوى الوديعة والعارية وغيرهما وقد
يدعوى الملك المطلق لانه لو قال غصبه منى وقال ذواليد اودعني فلان وبرهن على ذلك
لان دفع الخصومة لان ذا اليد هنا خصم باعتبار دعوى الفعل عليه وفيه لا يمكنه الخروج عن
الدعوى بالا حالية على غيره (وحجة الخارج) اليد (في الملك المطلق احمق) واولى (من حجة
ذى اليد) وبه قال احمد وقال مالك والشافعى حجة ذى اليد احمق لاعتضادها باليد ولنا
ان البيينة شرعت للاثبات وبينه الخارج اكثر اثباتا لانه لملك له على المدعى بوجه
وذواليد له ملك عليه باليد فكان بينته اقل اثباتا من بينته الخارج قيد بالمطلق لاستوائهما
في المقيد بالسبب وهذا ان وقتا اولم يوقتا باتفاق (وان وقت احدهما فقط) فعند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة حجة ذى اليد الموقت اولى من حجة
الخارج الذى لم يوقت لان من وقت اولى من لم يوقت كما في دعوى الشراء اذا ارخت
احدى البينتين ولم تورخ الاخرى (ولو برهن خارجان) على عين في يد غيرهما كل
منهما يزعم انها له ولم يذكر سبب الملك ولا تاريخه (قضى لهما) بذلك المدعى (نصفين)
لعدم او اوية احدهما على الآخر وقال مالك في رواية والشافعى في القديم واحمد في
رواية تساقطت البينتان لانهما تعارضتا ولا مرجح لاحدهما فصارتا كالدليلين اذا تعارضا
من غير ترجيح وعن الشافعى يقرع بينهما لما روى الطبرانى في معجمه الاوسط من
حديث سعيد بن المسيب عن ابي هريرة ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فجاء كل واحد منهما بشهود عدول في عدة واحدة فساهم بينهما رسول الله صلى الله
عليه وسلم وقال اللهم افض بينهما ورواه عبد الرزاق في مصنفه مرسلنا وما روى ابن
ابى شيبة في مصنفه عن ابي الاخوص عن سماك عن تميم بن طرفة ان رجلين ادعيا بعيرا
فاقام كل واحد منهما البيينة انه له فقاضى النبي صلى الله عليه وسلم به بينهما وما اخرجه
ابو داود في سننه واحمد في مسنده والحاكم في مستدركه وقال صحيح على شرط الشيخين
وقال المنذرى رجال اسناده كلهم ثقات عن همام عن قتادة عن سعيد بن ابي بردة عن
ابيه عن جده ابي موسى الاشعري ان رجلين ادعيا بعيرا على عهد النبي صلى الله عليه
وسلم فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسم النبي صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين
وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ بين ذلك الطحاوى (ولو برهن خارجان في نكاح)
بان ادعى كل واحد نكاح امرأة واقام عليه بيينة (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 البيئتان (فان ارخا فالسابق) تأريخا
 (احق) بالمرأة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة (وان اقرت) امرأة بالزوجية
 (لمن لاحجة له فهي له) لتصادفهما 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 بما هو مثل فضلا عما هو دونه لاتصال البرهان الاول بالقضاء دون الثانى
 (الا اذا ثبت سبقه) اى سبق الآخر بان وقت الشهود سابقا لانه ظهر الخطأ 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 برهننا 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 البيئتان ويرجع
 الى البائع فان صدق احدهما سلم ذلك الشىء له (ولو ترك احدهما) البيع واختار
 الفسخ (بعد ما قضى له) بأخذ 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 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 الجائنين يثبت به الملك فى المعوض والمعوض والبيئات
 ترجع 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 ابي
 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 بالجمود (ولا يرجع بكثرة الشهود)
 فلو اقام احد المدعين اربعة والآخر اثنين فهما سواء لان كل واحد من البيئتين لا يوجب الا
 الظن وبه قال احمد والشافعى فى الجديد ومالك فى المشهور وقال الاوزاعى يرجع وهو

قول الشافعي في القديم ومالك في رواية لان القلب اليهم اميل وعن مالك ايضا يرجع
 بزيادة العدالة (ولو ادعى احد خارجين نصف دار والآخر كلها فالربع للاول) عند ابي حنيفة
 (وقالا الثلث) للاول (والباقي للثاني) على القولين لهما ان مدعى الكل يدعى النصفين
 والآخر يدعى النصف الواحد وليس لشئ واحد ثلاثة انصاف فيقسم بينهما اثلاثا على
 قدر حقهما وهذا طريق العول ولا يبي حنيفة ان مدعى الكل لا ينازعه احد في النصف فيسلم
 له نصف من غير منازعة ثم استوت منازعتهما في النصف الآخر فيكون بينهما وهذا طريق
 المنازعة (وان كانت) الدار (معهما) اى في يديهما (فهى) كلها (لثاني) وهو مدعى الكل
 (نصف بالقضاء ونصف لابه) وهو رواية عن احمد وقال مالك والشافعي واحمد في رواية
 تبقى الدار في يدهما كما كانت لترجع بينة صاحب اليد باليد (ولو برهن خارجان على
 نتاج دابة) تنازعاها بان اقام كل منهما بينة على انها نتجت عنده (وارخا قضى لمن وافق
 تأريخه سنهها) لان الحال شهدت له ولا فرق بين ان تكون الدابة في يدهما او في يد احدهما
 او في يد ثالث لان الحال لا تختلف في ذلك قيد بالتأريخ لان النزاع لو كان في النتاج
 من غير تأريخ لكانت الدابة لذي اليد ان كانت في يد احدهما ولهما ان كانت في يدهما
 او في يد ثالث (وان اشكل) موافقة سن الدابة للتأريخين بان لم يتبين موافقته ولا مخالفته
 (فلهما) اى للدابة لهما لان احدهما ليس اولى بهما من الآخر وهذا اذا كانت في ايديهما او كانا
 خارجين بان كانت في يد ثالث وان كانت في يد احدهما قضى بها له لانه لما اشكل الامر سقط
 التأريخان فصار كأنهما لم يؤرخا ولو خالف سن الدابة التأريخين بطلت البيئتان لانه ظهر كذب
 الفريقين فترك في يد من كانت في يده هكذا ذكر الحاكم وبعض المشايخ والاصح انهما لا يبتلان بل يقضى
 بهما بينهما ان كانا خارجين او كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما قضى بهالذي 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 في يده (وذو اليد)
 هو (المستعمل كمن لبس) بتشديد الواو اى ضرب اللبس حتى لو ادعى رجل ان
 ارضا في يده وادعى الآخر فيها ذلك ولم يبرهن واحد منهما ولكن عمل فيها احدهما بان
 بنى او ضرب لبنا او حفر بئرا قضى له لان التمكن من الاستعمال دليل اليد في ظاهر الاحوال
 قيدنا بانه لم يبرهن واحد منهما لانهما لو برهننا 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 عطى على المستعمل (لا آخذ الكم والراكب
 لا آخذ اللجام ومن في السرج لارديفه وذو الحمل لامن علق) عليه (كوزه) فلو تنازعا في

قميمص واحدهما لابسه والآخر منعاق بكمه اوفى دابة واحدهما راكبها والآخر متعلق
 بالجامها او احدهما راكب في سرجهما والآخر رديف له اوفى بعير واحدهما له حمل عليه والآخر
 علق عليه كوزه كان القميمص لللابس والدابة للراكب (ومن انصل الحايط بينائيه) عطف
 على المستعمل (اتصال تربيع) لا اتصال ملازفة بان يتداخل لبن البناء المتنازع فيه في
 لبن جداره ولبن جداره في لبن البناء المتنازع فيه (او وضع) عطف على انصل (عليه)
 اى على الحايط (الجنع) لان اتصال التربيع لا يكون الا عند البناء فدل على ان بانيها واحد
 وصاحب الجنع صاحب استعمال فصارا كمتنازعين في دابة لاحدهما عليها حمل والآخر
 كوز معلق وقال الشافعي واحدهما لا تربيع بوضع الجنع لان الوضع يحتمل ان يكون عن ملك وان
 يكون عن استعارة او غصب ولا تربيع بالمحتمل ولنا ان واضع الجنع مستعمل للحايط بالوضع والاستعمال
 يد وعند التعارض القول لصاحب اليد (ولا اعتبار لوضع خشبات عليه) اى على الحايط
 حتى لو تنازعا في حايط ليس لاحدهما عليه شىء والآخر عليه خشبات كان بينهما لان تلك
 الخشبات للاستظلال فصار كما لو كان لاحدهما على الحايط ثوب مبسوط ولا شىء عليه والآخر
 (وجالس البساط) وقع مثل هذه العبارة في الوقاية وكان النساخ خذفوا منها حرف على
 اى وجالس على البساط (والمتعلق به) اى بالبساط (سواء) اى مستويان في اليد فهو
 بينهما نصفان (وكذا من معه ثوب وطرفه مع آخر) سواء في اليد حتى لو تنازعا يكون
 بينهما نصفين لان بكل واحدهما ثابتة في الثوب الا ان يداهما ثابتة في الاكثر وذلك لا يوجب
 التربيع لانه بالقوة لا بالكثرة فصار كما لو تنازعا في دابة واهما عليها حمل على التفاوت لاحدهما
 من والآخر مائة من فان الدابة بينهما نصفين (وذو بيت من دار كذى بيوت) منها (في حق
 ساحتها) وهى عرصة في الدار وبين يديها فلو تنازعا في الساحة كانت نصفين نصف لذى البيوت
 ونصف لذى البيت لا ستوائيهما في استعمال تلك الساحة بالمرور فيها ووضع الامتعة وصب
 الوضوء وكسر الخطب فصار نظير الطريق يستوى فيه صاحب الدار والمنزل والبيت
 بخلاف ما لو تنازعا في الشرب حيث يقسم بينهما على قدر اراضيها لانه يحتاج اليه لاجل
 سقى الارض فيقدر بقدرها

فصل

اى في دعوى النسب كما في نسخة (مبيعة ولدت لاقبل من نصف حول منذ بيعت
 فادعى البايع الولد ثبت نسبه منه) استحسانا وان ادعاه المشتري معه (و) ثبت
 (اميتها) اى كون المبيعة ام ولد له (ويفسخ البيع) والقياس وهو قول زفر والشافعي ان

لا يثبت نسبه ولا يصح دعوته الا ان يصدقه المشتري لان البايع اعترف بالبيع بان
الولد عبد فكان في دعواه مناقضا وساعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع وصار كما
لو ادعى التدبير او الاعتراف قبل البيع وكذبه المشتري ووجه الاستحسان ان مبنى
النسب على الحفاء فيعفى فيه التناقض فتقبل دعوته اذا تيقن بالعلوق في ملكه وذلك
بالولادة لاقل من ستة اشهر لانه بمنزلة اقامة البينة بخلاف دعوى الاعتراف والتدبير بعد
البيع فانه فعل نفسه فلا يخفى عليه فلا يعفى فيه التناقض واذا صحت دعوى البايع استندت
الى وقت العلوق وتبين انه باع ام ولده وهو باطل فيرد الثمن لانه قبضه بغير حق
(ولو ادعاه) اى ادعى البايع الولد (بعد عتقها) اى عتق المشتري امته (ثبت نسبه)
لان الولد هو الاصل في النسب والام تبع له الا ترى 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 في امه فصار كولد المغير ور فانه حر وامه امة لمولاه او في النهاية ان ولد المغير هو ولد
الذى تزوج امرأة على انها حرة فبانث مملوكة (ويرد حصته من الثمن) بان يقسم الثمن على قيمة
الولد وقيمة امه فما اصاب الولد يرده البايع الى المشتري وما اصاب الام لا يرده ولا تصير الجارية
ام ولد للبايع لانه ثبت فيها ما لا يمتثل الابطال وهو العتق والولاء وكذا الحكم فيما اذا
دبرها لما ظهر فيها من آثار الحرية وهو امتناع التمليك (ولا يعتبر دعوة المشتري)
بكسر الدال (ولا) دعوة (البايع بعد موت الولد او عتقه) لانه بالموت قد استغنى عن
النسب فتعذر اثباته فيه وبالاعتراف ثبت الولاء فيه وهو كالنسب لا يمكن ابطاله كما لا يمكن
ابطال النسب (وكذا) لا يعتبر دعوة البائع (لو ولدت لاكثر من نصف الحول او اقل من
سنتين) من وقت البيع فلا يثبت النسب لاحتمال ان يكون العلوق بعد البيع (الا اذا
صدق المشتري) فيثبت النسب من البايع للتصادق ويبطل البيع ويكون الولد حرا والام
ام ولد (ولسنتين او اكثر) يثبت النسب (وهى ام ولده نكاحا ان صدقه المشتري) حملا لحاله
على الصلاح وقول المشتري على الصدق ولا يبطل البيع لانا نيقنا ان العلوق لم يكن
في ملك البايع واذا لم يكن العلوق في ملك البايع كانت دعوته دعوة تحرير وهو غير
مالك وغير المالك ليس باهل للتحرير فلا تصح دعوة التحرير منه فلم يعتق الولد ولم
تصرامه ام ولد قيد بتصديق المشتري لانه لو لم يصدق له تصح الدعوة للبايع لانه لم
يوجد اتصال العلوق بملكه يقينا ولو اخبرت امرأة بهوت زوجها فاعتدت وتزوجت
وجاءت بولد ثم جاء الزوج الاول فالولد الاول في رواية عن ابي حنيفة سواء جاءت به
لاقل من ستة اشهر منذ تزوجها الثانى او لاكثر من ذلك الى سنتين او اكثر لانه صاحب

الفراش الصحيح فان خبر موته لا يفسد فراشه والزوج الثاني صاحب فراش فاسد ولا معارضة بين الصحيح والفاسد بل الفاسد مدفوع بالصحيح والمرأة مردودة الى الزوج الاول والولد ثابت النسب منه وعن عبدالكريم الجرجاني عن ابي حنيفة ان الولد للثاني وهو قول ابن ابي ليلى لان الفراش الفاسد يثبت النسب كالفراش الصحيح ثم الثاني اقرب اليها يدا والولد مخلوق من مائه حقيقة فيترجح جانبه بالقرب واعتبار الحقيقة وفيه حديث الشعبي ذكره محمد في الكتاب وهو ان رجلا من جعفي زوج ابنته عن عبيدالله بن الحرب ثم مات ولحق عبيدالله بمعاوية فزوج الجارية اخوتها فجاء ابن الحرث فخاصم زوجها الى على فقال ما انك المحال علينا عدونا فقال ينعني ذلك من عدلك قال لا كذبا ففرضى 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 الثاني وان جاءت به لستة أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني فهو من الثاني سواء ادعيه او نفيه لان النكاح الفاسد يباحق بالصحيح في حكم النسب فبا عتراض الثاني على الاول ينقطع الاول في حكم النسب ويكون للثاني والتقدير بادنى مدة الحمل اعتبارا للفاسد بالصحيح وانما قلنا ان الاول ينقطع بالثاني لانها بدخول الثاني بها تحرم على الاول وتلزمها العدة من الثاني ووجوب العدة ليس الا لصيانة الماء في الرحم فلو لم يكن النسب بحيث يثبت من الثاني لم يكن لوجوب العدة عليها من الثاني معنى وقال محمد هو الاول ان جاءت به لاقل من سنتين منذ دخل بها الثاني وللثاني ان جاءت به لاكثر من سنتين منذ دخل بها لان وجوب العدة عليها من الثاني بالدخول لا بالنكاح والحرمة انها تثبت على الاول بوجوب العدة من الثاني فكانت حرمتها عليها بهذا السبب كحرمتها عليها بالطلاق والتقدير بادنى مدة الحمل عند قيام الحمل ولاحد بينهما فالعبرة للامكان فاذا جاءت به لاقل من سنتين منذ دخل بها الثاني يتوهم ان يكون هنا علوق كان قبل دخول الثاني بها في حال حلها للاول فكان النسب من الاول واذا جاءت لاكثر من سنتين منذ دخل بها الثاني علم ان العلوق لم يكن قبل دخوله فكان النسب من الثاني وكذا الخلاف لو ادعت الطلاق واعتمدت فتزوجت والزوج الاول جاهد اذ كلاهما في 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) اي المنازعة بين الخصمين (وصح) الصلح (باقرار) اي مع اقرار

(و) مع (سكوت) بان لا يقر ولا ينكر (و) مع (انكار) وبه قال مالك واحمد وقال الشافعي لا يصح الامع الاقرار لان المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة وذلك مع غير الاقرار رشوة ولما روى ابو داود في سننه وابن حبان في صحيحه من حديث ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الصالح جائز بين المسلمين الا صاحبا احل حراما او حرم حلالا ورواه الترمذي من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن ابيه عن جده ووجه الدلالة ان الصالح مع انكار او سكوت احل حراما وحرم حلالا لان المدعى ان كان محقا كان اخذه المدعى به حلالا قبل الصالح وحرما عليه بعده وان كان مبطلا كان اخذ المال على الدعوى الباطلة حراما عليه قبل الصالح حلالا بعده ولنا اطلاق قوله تعالى (والصالح خير) واطلاق اول الحديث السابق واما آخره فمعناه احل حراما لعينه كالصالح على خمر او حرم حلالا لعينه كصالح المرأة زوجها على ان لا يبطأ ضرثها وهذا اولى في معناه لان الصالح مع الاقرار في العادة يقع على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعى اخذه قبل الصالح وقد حرّم بالصالح وكان حراما على المدعى عليه قبل الصالح وقد حل بالصالح ولان الصالح عن انكار او سكوت صالح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعى يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهو مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهو ايضا مشروع لان المال خلق لصيانة النفس عن المهالك والمفاسد ودفع الضرر امر جائز نقل ابو الليث عن ابي يوسف جواز المصلحة وفي نسخة المصانعة وهي الرشوة للاوصياء في اموال اليتامى وبه يفتى واليه الاشارة بقوله تعالى (اما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر فاردت ان اعينها) حيث اجاز التعيين مخافة اخذ المتغلب كذا في احكام الصغار وفي المحيط لورشى يدفع خوفه على نفسه او ماله او خوفا على نسائه او اعطى مالا لشاعر لا بأس به يعنى صيانة لعرضه (فالاول) وهو الصالح مع الاقرار (كبيع ان وقع عن مال بمال) لوجود معنى البيع فيه وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي (ففيه) ان كان عقارا (الشفعة و) فيه (الخيارات) الثلاثة وهي خيار العيب وخيار الشرط وخيار الرؤية لان هذه الاشياء من احكام البيع (ويفسده جهالة البديل) وهو ما وقع عليه الصالح لان البيع يفسد بالجهالة المفضية الى المنازعة قيد بالبديل لان جهالته هي المفضية الى المنازعة في الصالح لان المصالح عنه لا يحتاج في الصالح الى تسليمه فلا تضره الجهالة بخلاف المصالح عليه ولهذا لو كان البديل غير مقدور التسليم يفسد الصالح ولو كان المصالح عنه كذلك لا يفسد لانه لا يحتاج الى تسليمه وكذا يفسد البديل بجهالة الاجل اذا جعل مؤجلا (وما استحق من المدعى) اي المصالح عنه (رد المدعى حصته من العوض) اي البديل ان كلا فكلما وان بعضا فبعضا

(وما استحق من البذل رجع) المدعى على المدعى عليه (حصته من المدعى) ان
 كلا فبالكل وان بعضا فبالبعض لان كل واحد منهما عوض من الآخر وهذا حكم المعاوضة
 (وكابارة) عطف على كبيع اى والصالح عن اقرار كابارة (ان وقع عن مال بمنفعة)
 لوجود معنى الابارة وهو تمليك المنفعة بمال والاعتبار في العقود للمعاني والاصل في الصالح
 ان يحتمل على اشبه العقود له فيجرى فيه احكامه (فيشترط التوقيت فيه) اى في الصالح
 الواقع عن مال بمنفعة وهذا اذا كانت المنفعة تعلم بالتوقيت كالخدمة وسكنى الدار قيدنا
 به لانه لو كانت لا تعلم به كما لو صالح عن مال على نقل هذا الشئ من ههنا الى ثمة لا
 يشترط التوقيت (ويبطل) الصالح (بموت احدهما في المدة) وبهلاك المنفعة قبل الاستيفاء
 حتى لو صالح عن دعوى دار على سكنى دار او خدمة عبد سنة او ركوب الدابة الى
 بغداد اوليس هذا الثوب شهرا ثم مات المدعى او المدعى عليه او هلك محل المنفعة فان
 كان قبل استيفاء شئ من المنفعة بطل الصالح فيعود الى الدعوى وان كان بعد استيفاء
 بعضها بطل بقدر ما بقى ورجعت دعواه بقدره وهذا قول محمد وهو القياس لان هذا
 الصالح ابارة وهى تبطل بواحد من هذه الاشياء وقال ابو يوسف ان مات المدعى عليه
 لا يبطل الصالح ويستوفى المدعى المنفعة وان مات المدعى فكذلك في خدمة العبد وسكنى
 الدار ويقوم الوارث مقامه ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب لان الصالح لقطع
 المنازعة وفي ابطال الصالح بموت احدهما اثارها بينهما والناس متفاوتون في الركوب
 واللبس فلا يقوم الوارث فيه مقام الموروث للضرر الذى يلحق المالك (والآخران)
 وهما الصالح مع انكار او سكوت (معاوضة في حق المدعى) لانه يأخذ بدل الصالح على انه
 عوض في زعمه (وفداء يمين وقطع نزاع في حق الآخر) وهذا في الانكار ظاهر لان بالانكار
 تبين ان ما يعطيه لقطع الخصومة وفداء اليمين وكذا في 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 في شخصين كما في الاقالة فانها فسخ في
 حق المتعاقدين بيع في حق ثالث وكالبيع فانه معاوضة من جانب المرأة يمين من جانب
 الزوج وكالنكاح فانه حل في حق المتناكحين تحریم مؤبد في حق اصولهما وكالجهة الواحدة في
 تحرى القوم عند اشتباه القبلة فانها قبلة في حق من وقع تحريره عليها دون الآخر (فلا
 شفعة في صالح 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
 (في الصالح على دار) لان المدعى يأخذها عوضا عن المال فكانت معاوضة في حقه وان كان

المدعى عليه يكذبه فصار كما لو قال اشتريت هذه الدار من فلان وفلان ينكر حيث
 يأخذها الشفيع بالشفعة (وما استحق) في الصاع مع سكوت وفي الصاع مع انكار (من المدعى)
 وهو بفتح العين ومن بيان لما (فكما مر) في الصاع مع اقرار من ان المدعى يرد حصته
 من العوض لان المدعى عليه لم يدفع العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر
 الاستحقاق في الجميع تبين ان لا خصومة للمدعى فبقى العوض في يده غير مشتمل على
 غرضه فيسترده واذا ظهر في بعضه تبين ان لا خصومة له في ذلك البعض فتخلا العوض فيه
 عن الغرض الذي هو العوض (وما استحق من العوض رجع) المدعى (الى الدعوى) في
 الكل ان استحق الكل وفي قدر المستحق ان استحق البعض لان المدعى ماترك الدعوى
 الا ليمس له البدل فاذا لم يسلم له البدل وهو الدعوى (ولو صاع على بعض دار
 يدعيها) بان صالحه على بيت معلوم منها (لم يصح) الصاع وهو على دعواه في الباقي لان بعض
 الشيء لا يصح عوضا عن كله وبه قال مالك واحمد وهو وجه في مذهب الشافعي (وهيلته)
 اى حيلة جواز هذا الصاع (ان يزيد) المدعى عليه (في البدل شيئا) ثوبا او درهما حتى
 يكون ذلك الشيء عوضا عن الباقي في يده (او يبرىء) من الابراء بصيغة المفعول اى
 يبرأ المدعى عليه او بصيغة الفاعل اى يبرىء المدعى المدعى عليه (عن دعوى الباقي)
 بان يقول له المدعى ابرأتك او برئت من دعوى هذه الدار لان الابراء عن دعوى العين
 جائز (وصح الصاع عن دعوى المال) بهال وبمنفعة اما بمنفعة فلانه في معنى الاجارة واما
 بهال فلانه بمعنى البيع في حقهما ان وقع مع اقرار وفي حق المدعى ان وقع مع سكوت
 او انكار واقتداء اليمين في حق الاخر (و) صح الصاع عن دعوى (المنفعة) بهال وبمنفعة
 كان ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجدده الوارث او اقر به وصالحه عن
 شيء جاز لان اخذ العوض عن المنفعة جائز بالاجارة فكذا بالصاع لكن لا يجوز بالمنفعة
 عن المنفعة الا اذا كانا مختلفي الجنس كما لو صالح عن السكنى على خدمة العبد او زراعة
 الارض او لبس الثياب اما ان اتحد جنسهما كما لو صالح عن السكنى على السكنى او عن
 الزراعة على الزراعة فانه لا يجوز لان المنفعة لا يجوز استيجارها بجنسها ويجوز خلاف
 جنسها من المنافع فكذا الصاع (و) صح الصاع عن دعوى (الجناية في النفس وما دونها
 عمدا او خطأ) سواء كان مع اقرار او سكوت او انكار اما العمد في النفس فلقوله تعالى
 (فمن عفى له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف وادآء اليه باحسان) فان معناه عند ابن عباس
 والحسن والضحاك فمن اعطى له وهو ولي القتل من دم اخيه اى من جهة المقتول شيء
 من المال بطريق الصاع ونكره لانه مجهول القدر فانه يقدر بما تراضيا عليه فاتباع بالمعروف

اى فلولى القليل اتباع المصالح ببذل الصالح على حسن معاملة واداء اى وعلى المصالح
 اداء الى ولى القليل باحسان واما الخطأ فى النفس فلان موجب المال فيصير بمنزلة البيع
 الا انه لا يصح الزيادة على قدر الدية اذا وقع الصالح على احد مقادير الدية كما لا يجوز
 الصالح على اكثر من الدين من جنسه فى دعوى الدين للربا بخلاف الصالح عن القود
 حيث يصح الزيادة فيه لان القود ليس بهال واما دون النفس فمعتبر بالنفس فيلحق
 ما يوجب القصاص فيه بالعمد فى النفس وما يوجب المال فيه بالخطأ فيها (و) صح الصالح
 عن دعوى (الرق) بان ادعى رجل على آخر انه عبده (و) عن (دعوى الزوج) على
 امرأة (النكاح) والمرأة تنكره (وكان) الصالح عن الرق (عتقا بهال) فى حق المدعى (و)
 عن النكاح (خلعا) فى حق الزوج لانه امكن تصحيح الصالح فيهما بهذا الاعتبار والصالح
 يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما امكن (وام
 يجوز) الصالح (عن دعويها) اى المرأة (النكاح) لان بذل الزوج المال على ترك الدعوى
 ان كان فرقة فالزوج لا يعطى 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 الصالح جازى ووجهه ان يجعل بذل الزوج المال لها زيادة فى مهرها
 فيصير كانه زادها ثم خالعا على اصل المهر دون الزيادة فيسقط المهر غير الزيادة (ولا
 عن دعوى حد) كأن اخذ رجل زانيا او سارقا او شاربا خمر لرفعه الى الحاكم فصالحه
 المأخوذ على مال ان لا يرفعه الى الحاكم فالصالح باطل ويرد ما اخذه منه لان ذلك حق
 الله تعالى لا حق الآخذ والاعتياض عن حق الغير لا يجوز (وبدل صالح) مبتدأ مضاف (هو
 كبيع) صفة صالح بان كان عن مال (على الوكيل) خبر المبتدأ وانما كان هذا البذل على
 الوكيل لان الحقوق فى البيع ترجع الى الوكيل ومن جعلتها دفع البذل (وما ليس) اى
 وبذل صالح ليس (كبيع كالصالح عن دم عمد او على بعض دين يدعيه على الموكل) لان
 هذا الصالح اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا يكون البذل عليه كالوكيل
 بالنكاح الا ان يضمنه فانه حينئذ يؤخذ به لزمانه لا لعقد الصالح (وان صالح فضولى) بان
 صالح رجل عن آخر بغير امره (وضمن البذل او اضاف الى ما له) بان قال صالحتك على
 عبدى فلان (او اشار الى نقد) بان قال على هذه الالف (او عرض) بان قال على هذا
 الثوب (او اطلق ونقد) بان قال على الف وسلمها اليه (صح) الصالح فى جميع هذه الصور
 لان الحاصل للمدعى عليه البراءة والساقط يتلشى ويضمحل فاستوى الفضولى والمدعى
 عليه (وان) اطلق (و لم ينقد) بان قال صالحتك على الف فهو موقوف (ان اجازته المدعى

عليه جاز) لان نفع الصالح وهو رفع الخصومة حاصل له (ولزم البذل) 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 (وصاحه على جنس ماله)
 وهو بفتح اللام (عليه اخذ لبعض حقه وحط لباقيه) لان تصرف العاقل يتحرى لتصحيحه ما
 امكن وقد امكن ذلك فيحمل عليه (للمعاوضة) لا فضائه الى الربا (فصح) الصالح (عن
 الفى حال على مائة حالة) فكان ابراء له من تسعماية (او على الفى مؤجل) وصار كأنه اجل
 نفس الحق اذلا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز (او عن الفى
 جياذ) عطف على الفى حال (على مائة زيوف) وصار كأنه اسقط بعض حقه وصفته (ولم
 يصح) الصالح (عن دراهم على دنائير مؤجلة) اذ لا وجه لصحة ذلك سوى المعاوضة
 وبيع الدراهم بالدنائير نساء لا يجوز ولا يمكن عمله على التأخير لان الدنائير غير
 مستحقة بعقد الهداية (او عن الفى مؤجل على نصفه حالا) لان الحال خبير من المؤجل
 فيكون تعجيل الخمسائة التى كانت مؤجلة بمقابلة الخمسائة 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 الفى سود على
 نصفه بيضا) لان الأبيض غير مستحقة هنا بعقد الهداية وهى زائدة وصفا فيكون هذا
 الصالح معاوضة الفى بخمس مائة وزيادة وصف وهو ربا بخلاف ما لو 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 الجهول
 (باداء نصف دين عليه غدا على انه برىء مما زاد) على النصف (ان قبل برىء) مما زاد
 على النصف ان وفى بان ادى نصف الدين فى الغد برىء (وان لم يف عاددينه)
 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)
 او اذا اديت او متى اديت نصف الدين (الى كذا فانت برىء من الباقي لا يصح) لانه
 تعليق بالشرط صريحا وتعليق البراءة بالشرط باطل لما فيها من معنى التملك 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 يعد
 معدوما قبله فكان التعليق بمنزلة الاضافة الى وقت الشرط (ولو صالح احد ربي دين عن

نصفه) أى نصف الدين (على ثوب أتبع شريكه غريمه بنصفه) أى نصف الدين لان نصيبه باق فى ذمة الغريم فان القابض قبض نصيب نفسه (أو اخذ نصف الثوب من شريكه) لان له حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه فى ذلك قيد المصالح عنه بكونه ديناً لانه لو كان عيناً مشتركة لاختص المصالح ببذل الصالح وليس لشريكه ان يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين وقيد المصالح عليه بكونه ثوباً لانه لو صالحه على جنسه لشاركه فيه او رجع على الدين وقال البرجندي وانما قال على ثوب لانه لو وقعت المقاصة بدينه السابق لا يرجع الشريك الآخر عليه وقال ابوالمكارم اما ذكر الثوب فاتفاقى اذ لو صالح عن نصيبه على جنس الدين كان للساكت اتباع غريمه بنصفه الباقي او اتباع شريكه بنصف المصالح عليه ولو قال سرا لا اقر بهالك حتى تؤخره عنى او تحط ففعل صح لاعن اكراه لانه بهذا لا يصير مكرها لانه يمكنه دفع هذا باقامة البينة او الاستحلاف لينكل الاترى ان الصالح عن الانكار يجوز ولا يتحقق فيه معنى الاكراه لما قدمناه والله تعالى اعلم

كتاب الحدود

(الحد) لغة المنع ويسمى التعريف الجامع المانع حداً لانه يجتمع ما فى الشئ ويمنع لدخول غيره فيه وشرعاً (عقوبة مقدره تجب حقاً لله تعالى) لانها تمنع من ارتكاب اسبابها وحدود الله ايضاً محارمه لان العباد ممنوعون من اقترابها قال الله تعالى (تلك حدود الله فلا تعتدوها) وانما كان الحد حقاً لله لانه شرع لمصاحبة 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 الا بالثوبة قال الله تعالى فى حق قطاع الطريق (ذلك لهم خزي فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم) ولهذا يقام الحد على الكافر ولا يظهور له وعلى كره ممن اقيم عليه (فلا) يسمى (تعزير ولا قصاص حداً) اما التعزير فالعلم التقدير واما القصاص فلانه يجب حقاً للعبد وهذا جاز العفو عنه والاعتياض منه (والزنا) أى الموجب للحد وهو بالقصر وفسد يمد (وطئ) فى قبل حال عن ملك وشبهته) كمعدنة البابين الثلاث قال صاحب الهداية ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم رواه احمد وغيره

ولا بد من تقييد الوطى بكون الموطوءة مشتبهة ليخرج وطع البهيمة والتي لا تشتهى لموت
اوصغر وبكون الواطئ مكلفا طائعا ليخرج المجنون والصبي والمكروه وبالقبل لان الزنا
يخص به عند ابي 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 لان الحدود تندفع 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 تقر بوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا) والوطى والجماع محتملان
وشروط فى الشهود ان يكونوا اربعة لقوله تعالى (واللاتى يأتين الفاحشة من نساءكنم
فاستشهدوا عليهن اربعة منكم) وقوله (والذين 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
الغنى ومجلس شهادتهم هو ما دام 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 يعبر بزنا امرأته فكان ابعد من التهمة وصار كشهادة الوالد
على زنا ولده (فيسألهم) اى فاذا شهدوا يسألهم (الامام) او نايبه فى الاحكام (ما هو) اى
عن ماهية الزنا لانه قد يطلق على كل فعل حرام بالنسبة الى النساء فى الحديث ان العينان
لتزنيان وزناهما النظر وان اليدين لتزنيان وزناهما البطش وان الرجلين لتزنيان
وزناهما الرشى والفرج يصدق ذلك اويكذبه (و) يسألهم (كيف هو) اى عن كيفيته
لكلا يكون ما شهدوا به وقع منه وهو مكروه او تناس بالفرجين لا ايلاج (و) يسألهم
(اين زنا) اى عن مكانه لان الزانى فى دار الحرب او البقى لا يحد وعند الشافعى يحد ولنا
ما رواه البيهقى عن الشافعى قال ابو يوسف حدثنا بعض مشايخنا عن مكحول عن زيد
ابن ثابت قال لا يقام الحدود فى دار الحرب مخافة ان يأتى أهلها بالعدو وروى الترمذى
والنسائى عن بسر بن ارطاة قال سمعت رسول الله صلى عليه وسلم يقول لا تقطع الايدي
فى السفر ولفظ الترمذى فى الغزوى واما قول صاحب الهداية ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
لا يقام الحدود فى دار الحرب فرغعه غير معروف (و) يسألهم (متى زنا) اى عن زمانه

لان الزنا المتقادم اوفى حال البغى او الجنون لا يوجب الحد ومدة التقادم شهر في الاصح
 (و) يسألهم (بين زنا) لئلا يكون زوجته او جاريته او جارية ابنه او موطوءة بشبهة لا يعلمون
 بها (فان بينوا) ما سألهم عنه (وقالوا رأينا) الرجل زنا بها (كالميل في المحكمة) وهو
 بضمين وعاء الكحل (وعدلوا سرا وعلنا) اما عند من لا يكتفى بظاهر العدالة في غير
 الحدود من الحقوق فهو ظاهر واما عند من يكتفى فهو احتيالي 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 لا يحد المشهود عليه للشبهة ولا الشهود لانهم شهدوا بالزنا وسؤالهم
 انما هو للاحتياط حتى لو وصفوه بغير وصفه يعدون ثم القاضى يحبس المشهود عليه بالزنا
 حتى يسأل عن الشهود (وباقرارها) اى ويثبت الزنا باقرار الزانى بانه زنا حرا كان او عبدا
 (اربعاً) اى اربع مرات (في اربعة مجالس) من مجالس المقر فان الاقرار قايم به فيعتبر
 مجلسه دون مجلس القاضى (رده الامام كل مرة) اى من المرات الثلاث فانه اذا اقر مرة
 رابعة لا يرده بل يقبله (فيسألها كما مر) من الامور الخمسة الا متى زنا لان التقادم لا يمنع
 الاقرار وقيل يسئلها لاحتمال ان يكون في زمن البغى او الجنون ثم اختلاف مجالس المقر
 في الزنا شرط عندنا خلافا لاحمد وابن ابى ليلى فانهما قالا لا يشترط اختلاف مجالس المقر
 وانما يشترط العدد اعتبارا للاقرار بالشهادة ولنا ما سيأتى من حديث ما عزالاسلمى وهو
 بكسر مهملة فزاي وفي الايضاح ينبغى للامام ان يزجره عن الاقرار ويظهر الكراهة له
 فقد روى ابوداود والنسائى واحمد في مسنده عن يزيد بن نعيم بن هزال عن ابيه قال
 كان ما عزالاسلمى بن مالك يتيما في حجر ابي فاصاب جارية من الحى فقال له ابي ائت رسول الله
 فاخبره بما صنعت لعله يستغفر لك وانما يريد بذلك رجاء ان يكون له مخرج فاتبعه فقال
 يا رسول الله انى زنت فافهم على كتاب الله فاعرض عنه فعاد حتى قالها اربع مرات فقال
 صلى الله عليه وسلم انك قد قلتها اربع مرات فبين قال بفلانة قال هل ضايعتها قال نعم
 قال هل باشرتھا قال نعم قال هل جامعتها قال نعم فامر به ان يرجم فاخرج
 الى الحرة فلما وجد مس الحجارة خرج يشتد فلقيه عبد الله بن انيس فنزع له بوظيف بغير
 فقتله وذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال هلا تركنوه 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 ابي هريرة قال جاء الاسلمى الى النبي صلى
 الله عليه وسلم فشهد على نفسه انه اصاب امرأة حراما اربع مرات كل ذلك يعرض عنه

فاقبل الخامسة فقال انكتهما قال نعم قال حتى غاب ذلك منك في ذلك منها قال نعم قال كما
 يغيب المروء في المكحلة والرشا في البئر قال نعم قال فهل تدري ما الزنا قال نعم اتيت
 منها حراما مثل ما يأتى الرجل من امرأته حلالا قال فما تريد بهذا القول قال اريد ان
 تطهرنى فامر به فرجم وفي صحيح مسلم عن بريدة قال كنت جالسا عند النبي 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 النبي صلى الله
 عليه وسلم فحفر له حفرة فجعل فيها الى صدره ثم امر الناس فرجموه قال بريدة كنا نتحدث
 اصحاب نبي الله ان ماعزا لو جلس في رحله بعد اعترافه ثلاث مرات لم يطلبه وانما رجمه بعد
 الرابعة وقال مالك والشافعى يكفى في الاقرار مرة واحدة لها 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 الحصم وكان افقه
 منه فقال اقض بيننا بكتاب الله وائتن لي فقال قل قال ان ابني هذا كان عسيفا على هذا
 اى اجيرا له فزنى بامرأته وانى اخبرت ان على ابني الرجم فاقتديت منه بمائة شاة ووليدة
 فسألت اهل العلم فاخبروني ان على ابني جلد مائة وتعريب عام وان على امرأة هذا
 الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والذى نفسى بيده لا قضين بينكما بكتاب الله
 اما الوليدة والغنم فرد عليك وعلى ابنتك جلد مائة وتعريب عام واغد يا انيس الى امرأة
 هذا فان اعترفت فارجمها قال فغدا عليها فاعترفت فامر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم
 فرجمت فعلق رجمها باعترافها ولم يشترط الاربع وروى مسلم عن بريدة قال اتت امرأة
 من غامد من الازد فقالت يا رسول الله طهرنى فقال ويحك ارجعى فاستغفري الله وتوبى
 قالت اتريد ان تردنى كما رددت ما عزا قال وما ذلك قالت انى حبلى من زنا فقال حتى
 تضعى ما فى بطنك قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت ثم اتى النبي 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 يا رسول الله فرجمها قالوا وانما رد النبي صلى الله
 عليه وسلم ماعزا اربع مرات لانه صلى الله عليه وسلم ظن ان فى عقل 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 والعصاة بفاحتين 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 في 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 النبي صلى الله عليه وسلم سأل عن عقله بعد اعترافه الرابعة لما في 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 النبي صلى الله عليه وسلم ابك جنون قال لا قال فهل احصنت قال نعم فامر به فرجم زاد البخارى فقال النبي صلى الله عليه وسلم عليه وسلم خيرا وصلى عليه انتهى ولو كان التكرار اربعة انما هو لاختبار عقله لما كان في السؤال عنه بعد الرابعة فائدة وكيف وقد ورد انه صلى الله عليه وسلم رده بعد ان اخبر بعقله فيما رواه مسلم من حديث ابي 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 وافي العقل من صالحينا فاتاه الثالثة فارسل اليهم ايضا يسئل عنه فاخبروه انه لا بأس به ولا بعقله فلما كان الرابعة حفر له حفرة فرجمه وفي مسند احمد ومصنف ابن ابي شيبة عن عبد الرحمن بن ابي بكر انه قال اتى ما عز بن مالك النبي صلى الله عليه وسلم فاعترف وانا عنده مرة فرده ثم جاء فاعترف عنده الثانية فرده ثم جاء فاعترف عنده الثالثة فرده فقلت له ان اعترفت الرابعة رجمك قال فاعترف الرابعة فخبسه ثم سأل عنه فقالوا لانعلم الا خيرا فامر به فرجم وهذا صريح في الدلالة على اشتراط الاربع لكن في اسناده جابرا الجعفي فاما قولهم جاء في الصحيح انه صلى الله عليه وسلم رده مرتين وثلاث مرات فالجواب عنه انه رده مرتين بعد مرتين واختصره الراوى يدل على ذلك ما رواه ابوداود والنسائي من حديث سماك عن عكرمة عن ابن عباس قال اتى النبي صلى الله عليه وسلم بماعز بن مالك فاعترف مرتين فقال اذهبوا به ثم قال ردوه فاعترف مرتين حتى اعترف اربعا فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فارجموه فتبين من هذا ان المرتين المذكورتين في 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 وشهد عليه اربعة لا يحد

عند أبي يوسف وقال محمد بن محمد لان هذا الاقرار ليس بحجة فلا يعتد به فبقيت الشهادة
 وحدها حجة فتقبل ولا يي يوسف ان الاقرار موجود حقيقة لكنه غير معتبر شرعا فاورثت
 حقيقة الشبهة والحديث يدور بالشبهة ولا شبهة ان حجة محمد اقوى فان الشهادة اذا كانت
 وحدها حجة فكيف يورث بتأكيده اقراره شبهة (فان بين) اي المقر مامر انه يسأل عنه
 (حب) اي ندب (تلقينه رجوعه بلعلك لمست ونحوه) وهو لعلك قبلت لعلك وطئت
 بشبهة لما في المستدرک عن حفص بن عمر العدني حدثنا الحكم بن ابان عن عكرمة عن
 ابن عباس ان ما عزا اتي الى رجل من المسلمين فقال له اني اصبت فاحشة فماتأمرني فقال له
 فاذهب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليستغفر لك فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبره
 فقال له لعلك قبلتها قال لا قال امستها قال لا قال فعلت بها كذا ولم يكن قال نعم قال
 اذهبوا وارجموه ولفظ البخاري لعلك قبلت او غمزت او نظرت قال لا قال افنكتها قال نعم
 فعند ذلك امر برجمه (فان رجوع قبل حده او وسطه خلى) اي ترك وهو قول الشافعي
 واحمد ورأية عن مالك وعنه وهو قول ابي ليلى انه لا يخلى لان الحد وجب باقراره فلا
 يبطل بعد ذلك بانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقود وحد القذف وعنه ان ذكر
 لاقراره تأويلا بان قال حسبت المفاحضة زنا خلى (والا) اي وان لم يرجع (حد) وانما
 يخلى اذا رجع قبل كمال الحد لان الرجوع يحتمل الصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه
 فتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو التضاض والقذف لوجود من
 يكذبه فيه وعلماؤنا والشافعي اعتبروا الاقرار من ذمى بالزنا بدمية حتى يحده ولا يعتبره
 مالك ولا محمد امرأة بظهور حبل بها من غير بعل لها لان احتمال كونه من نكاح صحيح او فاسد
 شبهة دائرة للحد وحدها مالك لما سيأتى من قول علي ايما امرأة جى بها وبها حبل او
 اعترفت فالامام اول من يرمم خلاف الظاهر (وهو) اي الحد (للمحصن) بفتح الصاد
 وكسرها (اي حر مكلف مسلم) وفي الذمى خلاف يأتى (وطى) امرأة قبل الزنا (بنكاح
 صحيح وهما بصفة الاحسان) اي قبل هذا الوطى والجملة حالية حتى لو وطى بنكاح صحيح
 وهو بصفة الاحسان كافرة او مملوكة او مجنونة او صبية او هو بغير صفة الاحسان مسلمة
 حرة بالغة عاقلة لا يكون محصنا فقوله هو للمحصن مبتدأ خبره قوله (رجمه في فضاء حتى
 يهوت) اما الحرية فلان الاحسان يطلق عليها قال الله تعالى (فان انين بفاحشة فعليهن نصف
 ما على المحصنات من العذاب) اي ما على الحرير باجماع الامة وقال الله تعالى (ومن لم
 يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات) اي الحرير ولانها ممكنة من النكاح الصحيح المعنى
 عن الزنا بخلاف الامة واما التكليف فلان العقل والباوغ شرط الاهلية للعقوبات كلها واما

التزوج بنكاح صحيح فلان الاحصان يطلق عليه قال الله تعالى (والمحصنات من النساء) اي والمنكوحات وقال (فاذا احصن) اي تزوجن ولان به التمكن من وطىء الحلال واما الوطىء فلقوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب والحديث والثيوبة لاتعتبر بغير وطىء ولانه باصابة الحلال تنكسر شهوته فيستغنى عن الزنا ^سوالمعتبر ابلاج الحشفة بحيث يجب الغسل ولا يشترط الانزال وشرط ان يكون بنكاح صحيح لان الجماع في النكاح الفاسد لا يصير به محصنا لانه نوع من الوطىء الحرام فلا يتم النعمة به فيثبت الاحصان برجل وامرأتين عندنا وما قصرنا ثبوت الاحصان على شهادة الرجال كما لك والشافعي وزفر وانما كان حد المحصن الرجم لما في 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 ووعينناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا بعده فاخشى ان طال بالناس الزمان ان يقول قائل ما نجد آية الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها الله فالرجم حق على من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصنا ان قامت البينة او كان الجبل او الاعتراف وايم الله لولا يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لسكتبته وخالف الشافعي في اشتراط الاسلام في الاحصان وهو رواية عن ابي يوسف لما في الكتب الستة مختصرا ومطولا من حديث ابن عمر ان اليهود جاؤا الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا له ان رجلا منهم وامراة زنيا فقال لهم رسول الله ما تجدون في التوراة في شأن الرجم قالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فانوا بالتوراة فنشرها فاجعل احدهم يدك على آية الرجم وجعل يقرأه ما قبلها وما بعدها فقال عبد الله بن سلام ارفع يدك فرفعها فاذا فيها آية الرجم فقالوا صدقت يا محمد فيها آية الرجم فامر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمها ولنا ما روى 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 الدارقطني في سننه ثم قال لم يرفعه غير اسحاق والصواب انه موقوف وفي رواية اخرى عنه لا يحصن المشرك بالله وروى ابن ابي شيبه في مصنفه انه صلى الله عليه وسلم قال لكعب بن مالك لما اراد ان يتزوج يهودية لاتزوجها فانها لاتحصنك والجواب عن رجمه صلى الله عليه وسلم لليهوديين انه كان يحكم التوراة والكلام فيه بحكم الاسلام (يبدأ به) اي الرجم (شهوده) لان الشاهد قد يتجاسر على اداء شهادة كاذبا ثم اذا آل امره الى القتل يمتنع منه فكان في بداهتهم احتمال

لدرء الحد وامرنا به لقوله صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم رواه ابو داود وابو يعلى الموصلى وفي سنن ابن ماجه ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعا وفي سنن الترمذى ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام ان يخطى في العفو خير له من ان يخطى في العقوبة وقال مالك والشافعى واحمد وابو يوسف في رواية لا يشترط بداية الشهود لكن يستحب حضورهم وبدائتهم بالرسمى اعتبارا بالجلد واجيب بان كل واحد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والا هلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم فانه اطلاق (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 في المبسوط (ثم الامام) ان حضر فانه لا ينبغي التقدم عليه الا باذنه (ثم الناس) فانه يستحب للامام ان يأمر جماعة المسلمين ان يحضروا اقامة الحد من الرجم والجلد لقوله تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) وعن ابن عباس يكفى واحد وبه قال احمد وقال عطاء واسحاق اثنان وقال الزهرى ثلاثة وقال الحسن البصرى عشرة وعن الشافعى ومالك اربعة وفي الايضاح لا بأس لكل من رمى ان يتعمد قتله (وفي المقر) اى رجمه (ببدا الامام) بالرجم (ثم الناس) وقال مالك والشافعى واحمد لا يشترط بداية الامام ولكن يستحب ولنا ما روى ابن ابي شيبة في مصنفه عن عبد الله بن ادريس عن يزيد عن عبد الرحمن بن ابي ليلى ان عليا كان اذا شهد عنده الشهود على الزنا امر الشهود ان يرحموا ثم رجم هو ثم رجم الناس واذا كان باقرار بدأ هو فرجم ثم رجم الناس بعده وروى ايضا عن ابي خالد الاحمر عن الحجاج عن حسن بن سعد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن علي انه قال في امرأة رجمها ايها الناس ان الزنا زنا ان سر وزنا علانية فزنا السر ان يشهد الشهود فيكون الشهود اول من يرمى ثم الامام ثم الناس وزنا العلانية ان يظهر الجبل او الاعتراف فيكون الامام اول من يرمى قال وفي يده ثلاثة احجار فرماها بحجر فاصاب صماحها فاستدارت ورمى الناس وفي سنن ابي داود من حديث ابي بكر عن ابيه ان النبى صلى الله عليه وسلم رجم امرأة فحفر لها الى التندوة قال ابو داود وحديث عن عبد الصمد بن عبد الوارث باسناده نحوه وزاد ثم رماها بحصاة مثل الحصاة وقال ارموا واتقوا الوجه فلما طفتت اخرجها فصلى عليها وفي سنن البيهقى عن الاجاح عن الشعبى قال جىء بشراة اليمانية الى على بن ابي طالب فقال لها لعل رجلا وقع عليك وانت نائمة قالت لا قال لعل استكرهك قالت لا قال لعل مولاك زوجك من هؤلاء فانت تكتمينه يلقتها لعلها تقول نعم فامر بها فحبست فلما وضعت ما في بطنها اخرجتها يوم

الخميس فضر بها مائة وحفر لها يوم الجمعة في 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 في مسنده عن يحيى بن سعيد عن مجاهد عن الشعبي قال كان لشرارة زوجها غايب بالشام وانها هملت فجاء بها مولاهما الى علي 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 علي هذه احد لكان اول من يرميها الشاهد يشهد 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 ابي شيبة في مصنفه في كتاب الجنائز عن ابي معاوية عن ابي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن ابي بريدة عن ابيه بريدة قال لما رجم ماعز قالوا يا رسول الله ما نضع به قال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل والكفن والحنوط والصلوة عليه وروى الجماعة الا البخاري من حديث عمران بن حصين ان امرأة من جهينة اتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا فقالت يا نبي الله اصب حداء فاقم علي فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وليها فقال احسن اليها فاذا وضعت فأتني بها ففعل فامر بها النبي صلى الله عليه وسلم فشدت عليها ثيابها ثم امر بها فرجمت ثم صلى عليها فقال له عمر نصلى عليها يا نبي 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 المحصن اى وحد الزنا لغير المحصن (جلده مائة وسطا) اى ضربا مولما غير جارح (بسوط لا ثمرة له) قيل الثمرة العقدة وقيل العذبة وهي ذنبه والاول اصح لان الثمرة اذا ضرب بها يصير كل ضربة ضربتين كذا في الايضاح والاظهر ان كليهما ممنوع لما سيأتى والدليل على ان حد غير المحصن الجلد قوله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وقد نسخت في حق المحصن بما سبق فبقيت في حق غيره ولعل تقديم الزانية لانها لو لم تطمه لم يطمع وروى ابن ابي شيبة في مصنفه عن عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسي قال سمعت انس بن مالك يقول كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلبين ثم يضرب به قلنا لانس في زمان من كان هذا قال في زمن عمر بن الخطاب وفيه وفي مصنف عبد الرزاق عن ابن مسعود ان رجلا جاء بابن اخ له اليه فقال له انه سكران فقال تتروه ومرمروه اى حر كوه واستنكوه ففعلوا فرفعه الى

السجّن ثم جاء من الغد ودعا بسوط ثم أمر بثمرته فدقت بين حجرين حتى صارت دره
 ثم قال للجلاد اجلد وارفع يدك واعط كل عضو حقه وفي مصنفيهما وموطأ أبي مصعب عن
 مالك عن زيد بن اسلم ان رجلا اعترف على نفسه بالزنا فدعا رسول الله صلى الله عليه
 وسلم بسوط فأتى بسوط مكسور فقال فوق هذا فأتى بسوط جديد لم يقطع ثمرته فقال
 بين هذين فأتى بسوط قد ركب به فلان فامر به فجلد ثم قال ايها الناس قد آن لكم
 أن 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 ائصال الالم اليه وهو
 ينزع الثياب اتم وبه قال مالك ويؤيده انه عبر عن الضربة بالجلدة للايماء الى ائصالها
 بالجلدة نظرا الى اصل المادة وقال الشافعي واحمد يترك عليه قميص او قميصان لان الامر
 بالجلد لا يقتضى التجريد (الا الازار) فانه لا ينزع لان في نزعه كشف عورته وقول
 صاحب الهداية لان عليا كان يامر بالتجريد في الحدود غريب بل في مصنف عبدالرزاق
 عن علي انه اتى برجل في حد فضر به وعليه كساء قسطلاني قاعدا وفيه ايضا عن الشعبي
 قال سألت المغيرة بن شعبة عن المحدود اينزع ثيابه عنه قال لا الا ان يكون فروا او حشوا
 وفيه ايضا عن ابن مسعود قال لا يجل في هذه الامة تجريد ولا مد ولا غل (ويفرق) الجلد
 (على يده) لان جمعه في عضو واحد قد يفضى الى التلف والجلد زاجر لا متلف (الاراسه)
 لئلا يؤدى الى زوال سمعه او بصره او شمّه (و) الا (وجهه وفرجه) ومعايبه لئلا يؤدى
 الى هلاكه لما روى ابن ابي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما عن علي انه اتى برجل
 سكران اوفى حد فقال للجلاد اضرب واعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير ولعموم
 ما رواه الشيخان عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ضرب احدكم
 فليتنق الوجه وقال ابو يوسف آخر يضرب الرأس سوطا لما روى ابن شيبة في مصنفه
 عن وكيع عن المسعودي عن القاسم ان ابا بكر اتى برجل انتفى من
 ايّيه فقال ابو بكر للجلاد اضرب الرأس فان الشيطان في الرأس
 وايب بان المسعودي ضعيف ولكن يقدم ما في مسند الدارمي عن سليمان بن يسار
 ان رجلا يقال صبيغ قدم المدينة فجعل يسأل عن مثابه القرآن فارسل اليه عمر وقد
 اعدله عراجين التخل فأتى به فقال له من انت قال انا عبد الله صبيغ فاخذ عمر عرجونا
 من تلك العراجين فضر به على رأسه وقال انا عبد الله عمر وجعل يضربه حتى ادمى رأسه
 فقال يا امير المؤمنين حسبك قد ذهب الذي كنت اجد في رأسى وفي النخيرة عن ابي
 يوسف لا يضرب البطن ولا الصدر لانه مهلك واختاره بعض المشايخ (فائما في كل حد)

لان مبنى الحدود على الشهرة لقوله تعالى (وليشهد عندها 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 ولا مس 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 لا يتنصف او لعدم الاحصان لفقده شرطه وهو الحرية فاذا ثبت النصف فى الاماء للرق ثبت فى العبد دلالة اذ النص الوارد فى احد المثليين وارد فى الآخر (ولا يحد سيد) عبده وامته (بلا اذن الامام) وقال مالك والشافعى واحمد انه ان يحد لقوله صلى الله عليه وسلم كما فى الصحيحين من حديث ابي 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 بضيف قال ابن شهاب لا ادرى بعد الثالثة او الرابعة الضفير الجبل 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 بضيف اى ولو جمل من شعر كما فى رواية ومعنى لا يثرب عليها لا يعيرها وقيل لا يبالغ فى جلدتها بحيث يدميها ولنا ما روى ابن ابي شيبه فى مصنفه عن الحسن انه قال اربعة الى السلطان الصلوة والزكوة والحدود والقضاء وروى ايضا عن عبد الله بن محيرز انه قال الجمعة والحرد والزكوة والنفى الى السلطان وروى ايضا عن عطاء الخراسانى انه قال الى السلطان الصلوة والجمعة والحدود وعن ابن مسعود وابن عباس وابن زبير موقوفوا او مرفوعا حق الامام اربعة وفى رواية اربعة الى الولاية الحدود والصدقات والجمعات والنفى فاما التجزير فانه من حقوق الملك والغرض منه التأديت وسبب زيادة مالية فيكون للمولى كاذب الدواب ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم فليجلدها فليكن سببا لجلدها بالمرافعة الى الامام او نايبه (ولا ينزع ثيابها) لان فى نزعها كشف عورتها (الا الفرو والحشو) وهو الثوب الذى حشى بين بطانته وظهارته بالقطن لانهما بمنعان وصول الالم وسترها يحصل بدونهما (وتحد) اى تضرب المرأة (جالسة) لانه استر لها (وجاز الحفر لها) اى للمرأة فى الرجم وهى احسن لما فيه من الاستر 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 ابي سعيد الخدرى قال لما امر النبى صلى الله عليه وسلم برجم ما عز بن مالك خرجنا به الى البقيع فما

او ثقلناه ولا حفرنا له ولكنه قام لنا فرميناه بالعظام والمد والخرز فاشتد واشتد داخله حتى اتى
 عرض الحرة فانتصب لنا فرميناه بجلاميد الحرة حتى سكت كذا ذكر ولكن تقدم ما في
 صحيح مسلم ما في بريدة انه صلى الله عليه وسلم بعد اعتراف ماعز امر فحفر له حفرة فجعل
 فيها الى صدره ثم امر الناس فرجموه فاذا تعارض الحديثان وهما حديثان دل على جواز كل
 من الحفر وعدمه له (ولا جمع) يعنى في المحصن (بين جلد ورجم) وهو قول مالك والشافعى
 واحمد في رواية وفي 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 في سننه عن على انه جمع بين الجلد والرجم ولنا ما تقدم
 من حديث ماعز والغامدية أن النبي صلى الله عليه وسلم رجمها ولم يجلدهما ولو كان
 الجمع حدا لما تركه ولانه لا فائدة في الجلد مع الرجم لان الحد شرع زاجرا وزجره بالجلد
 لا يثنانى مع رجمه وزجر غيره يحصل برجمه اذ هو ابلغ العقوبات الواردة ففي الزائدة لا
 يتفرع الفائدة ولذا لو تكرر من شخص ما يوجب الحد يكتفى بحد واحد لعدم الفائدة في
 الباقي لان المقصود وهو الزجر يحصل بالاول واجيب عن حديث عبادة بجوابين اهدهما
 انه منسوخ قال الحادى في كتابه روى حديث ما عز جماعة كسهل بن سعد وابن عباس
 ونفر تأخر اسلامهم وحديث عبادة كان في اول الامر وبين الزنائين مدة وقال المنذرى
 في مختصره ذهب الى الجمع بين الجلد والرجم على وبنى مسعود والحسن وقال ابو بكر
 وعمر والزهرى والنخعى وابوهنيفة ومالك والشافعى والاوزاعى وسفيان ان الثيب عليه
 الرجم دون الجلد ورأوا حديث عبادة منسوخا وتمسكوا باحاديث تدل على النسخ منها
 حديث العسيف اخرج 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 في قوله تعالى (اولى اجنحة مثنى وثلاث ورباع) وما روى من ان النبي صلى الله
 عليه وسلم جمع بين الجلد والرجم في رجل محمول على انه صلى الله عليه وسلم لم يعلم
 باحصانه فجلده ثم علم باحصانه فرجمه يدل على ذلك ما اخرج ابو داود والنسائى عن
 ابن وهب قال سمعت ابن جريح يحدث عن ابى الزبير عن جابر ان رجلا زنى فامر به
 النبي صلى الله عليه وسلم فجلد ثم اخبر انه قد كان احصن فامر به فرجم (ولا جلد) اى
 ولا جمع في غير المحصن بين جلد (ونفى الاسياسة) وتعزيرا لاحدا وقال الشافعى واحمد

والثوري والا زاعى يجمع بينهما حدا وقال مالك يجمع بينهما في الرجل دون المرأة وفي
الحر دون العبد ومن نفي حبس في الموضوع الذي ينفي اليه وقال الشافعي واحمد ينفي
العبد نصف السنة ايم ما روى البخارى من حديث زيد بن خالد عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه امر في من زنا ولم يحصن بجلد مائة وتغريب عام قال ابن شهاب فاخبرني
عروة بن الزبير ان عمر بن الخطاب غرب ثم لم تزل تلك السنة وروى ايضا من حديث
ابى هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفى عام وباقامة الحد
عليه وما روى الترمذى من حديث نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم ضرب
وغرب وان ابابكر ضرب وغرب وان عمر ضرب وغرب ولنا قوله تعالى (الزانية والزاني
فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) من غير تعرض للتغريب فلا يكون من موجب الزنا
وان في 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 حذرا
حتى لو وصلت الى جيش من المسلمين لهم منعة لا يجوز لها ان تخرج من عندهم وتسافر
وكذا في العبد والامة حق المولى في الخدمة وهو مقدم على حكم الشرع فلا يفصل بينهما
وبين مولاها وما روه كان بطريق السياسة دون الحد لما روى عبد الرزاق في مصنفه
عن معمر عن الزهرى عن ابن المسيب قال غرب عمر ربيعة بن امية بن خلف في
الشراب الى خيبر فالتحق بهرقل فتنصر فقال عمر لا اغرب بعده مسلما وروى ايضا عن
ابى حنيفة عن حماد بن ابى سليمان عن ابراهيم النخعي رحمهما الله قال قال ابن مسعود في
البكر يزنى بالبكر يحدان مائة وينفيان سنة قال وقال على حسبهما من الفتنة ان ينفيا
ورواة ايضا بهذا السند محمد بن الحسن في 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 يفرض الجلد الى التلف
وهو انما شرع زاجرا لا متلفا ولذا لا يقام حد الجلد في شدة الحر ولا في شدة البرد ولو
كان من وجب عليه الحد ضعيفا لا يرجى برؤه وخيف عليه هلاكه يجلد جلدًا خفيفا بقدر
ما يحمله (وترجم الحامل بعد الوضع) لان جنينها لا يستحق الرجم لعدم الجنابة منه وتحبس
حتى تلد ان ثبت زناها بالشهادة ولا تحبس ان ثبت بالاقرار وعن ابى حنيفة رحمه الله
ان الرجم يؤخر الى ان يستغنى ولها عنها اذا لم يكن له احد يربيه روى مسلم عن
بريدة قال جاءت الغامدية فقالت يا رسول الله انى قد زنيت فطهرنى وانه ردها فلما كان

الغد قالت يا رسول الله لم تردني لعلك تريد ان تردني كما رددت ما عزا فوالله اني لحبلى من
 الزنا قال اما لافاذهبي حتى تلدى فلما ولدت اتته بالصبي في خرقة قالت هذا قد ولدته
 قال اذهبى فارضعيه حتى تفضميه فلما فطمته اتته بالصبي في يده كسرة خبز فقالت هذا يا
 رسول الله قد فطمته وقد اكل الطعام فدفع الصبي الى رجل من المسلمين ثم امر بها
 فحفر لها الى صدرها وامر الناس فرجموها ورواه ايضا عن علقمة بن مرثد عن سليمان
 ابن بريدة عن ابيه الى ان قال لها اذهبى حتى تضعى ما في بطنك فكفلها رجل من الانصار
 حتى وضعت ثم اتى النبي 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 الثاني بما اخرجه مسلم من رواية عمران بن حصين وفيه انه
 عليه السلام رجمها بعد ان وضعت وقال بعضهم يحتمل ان تكونا امرأتين اهديهما وجد
 لولدها كفيل والاخرى لم يوجد له كفيل فوجب امهالها حتى يستغنى ولدها (وتجلى)
 الحامل (بعد النفاس) لانه نوع مرض فينتظر البر منه بخلاف الرجم لان التأخير فيه
 لاجل الولد وقد انفصل (ويدرء الحد بالشبهة في الفعل اى ظن غير الدليل دليلا) وتسمى
 شبهة اشتباه اى شبهة في حق من حصل له اشتباه وانما يدرء الحد بالشبهة لما قد مناه مرفوعا
 ولما روى ابن ابي شيبة في مصنفه عن عمر بن الخطاب انه قال لان اعطل الحدود بالشبهات
 احب الى من اقيمتها بالشبهات وروى ايضا عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر
 انهم قالوا اذا اشتبه عليك الحد فادراه (كامه ابويه) وان عليا (و) امة (زوجته) لان
 اتصال الاملاك بين الاصول والفروع مظنة اعتقاد ان للفرع وطى امة الاصل ولان
 الزوج يعد غنيا بمال زوجته قال الله تعالى (ووجدك عائلا فاغنى) اى بمال خديجة
 فاورث ذلك شبهة كون مال الزوجة مالا للزوج ويكون شبهة الفعل في مطلقته ثلاثا
 وهى في العدة وفي ام ولد اعتقها مولاها وهى في العدة وفي جارية المولى في حق عبده وفي
 الجارية المرهونة في حق المرتين وبه قال الشافعى رحمه الله في قول وقال في قول لايسقط
 الحد عن المرتين وبه قال احمد (فلا يجد) الواطى في هذه الصور (ان ظن انها) اى الموطوءة
 (تحل) قيد به لانه لو قال ظننت انها لا تحل لى يجد لان المحل خال عن الملك وحقه فكان
 زنا حقيقة وانما يسقط الحد لمعنى راجع اليه وهو الظن ولهذا لوجاءت بولد لا يثبت نسبه
 وان ادعاه وحكم زفر بحده لانه وطى حرام في غير الملك وشبهته ولا اعتبار للتأويل
 الفاسد (و) يدرء الحد بالشبهة (في المحل اى بقيام دليل نافي المحرمة ذاتا) والمعنى انما

لو نظرنا الى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون نافيا للحرمة (كامه ابنه) يعنى وان
سفل والاول كام ولده والدليل النافى للحرمه 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 لا بيك (ومعتمده الكنايات)
والدليل فيها قول عمر وابن مسعود وآخريين 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 قالان اختارت زوجها فلا بأس 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 ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم النخعى ان زيد بن ثابت كان
يقول اذا اختارت زوجها فلا شىء وهى امرأته وان اختارت نفسها فهى ثلاثة وهى حرام
دائمه تكح زوجها غيره وكان على بن ابي طالب يقول اذا اختارت زوجها فهى واحدة والزوج
الملك بها وان اختارت نفسها فهى واحدة وهى املك بنفسها (والمبيعة قبل التسليم) والدليل
فيها كونها فى يد البائع بحيث لو هلك انتقض البيع فان ذلك دليل الملك ويكون
شبهة الحمل فى الجارية المشتركة بينه وبين غيره لوجود ملكه فى بعضها (فلا يجد وان
أقر بالحرمه) لان الشبهة اذا كانت فى الحمل يثبت فيه الملك فلم يبق اسم الزنا فيمتنع
الجد على التقدير كلها ويثبت النسب ان ادعاه لان النسب يعتمد قيام الملك او الحق فى
الحمل (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 لو سرق من بيت
هؤلاء لا يقطع اجيب بان الحرز لم يتحقق فى حقه لدخوله فى بيتهم بلا استئذان والقطع
دائر مع هتك الحرز ولم يوجد والحد دائر مع الزنا وقد وجد ويندرى بالحمل او شبهته
ولم يوجد الا ترى ان الضيق اذا سرق من المضيف لا يقطع واذا زنى بجاريته يحد (و)
بوطى (اجنبية وجدها فى فراشه) وان قال ظننت انها امرأتى لان ظنه لم يستند الى دليل
لان امرأته لانتشبه عليه بعد طول الصحبة وقد ينام فى فراشها غيرها من 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 في اول وهلة ولا بين الخمر وغيرها الا بالشرب (وان هو) اي وان كان
 الذي وجدها على فراشه (اعمى) لانه يقدر على التمييز بالسؤال او غيره من الحركات
 والهيات فكان كالبصير الا اذا دعا زوجته فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك او قالت انا
 فلانة باسم امرأته فوطئها فلا يحسد لان ظنه استند الى دليل شرعى وهو الاخبار ولو اجابته
 ولم تقل انا زوجتك ولا انا فلانة يحسد لعدم ما يوجب السقوط (الا ان زفت) اي لا يحسد
 بوطئ اجنبية بعثت اليه (وقلن) اي النسوة التي معها (هي زوجتك) وكان تزوج امرأة
 ولم يدخل بها لانه اعتمد دليلا شرعيا في موضع الاشتباه وهو الاخبار اذ المرء لا يميز
 بين زوجته وغيرها في اول وهلة وعليه مهرها وعليها العدة ويثبت نسب ولدها منه وقد
 سئل ابو حنيفة عن اخوين تزوجا اثنتين فزفت كل واحدة منهما الى زوج اختها فقال ليطلق
 كل واحد زوجته ثم يتزوج من وطئها وقال سفيان الثوري على كل واحد منهما المهر
 وعلى كل واحدة العدة فاذا مضت عدتها دخل بها زوجها فقال ابو حنيفة ما قلت احسن
 ارايت لو صبر كل واحد منهما حتى مضت العدة اما كان يبقى في قلب كل منهما شيء
 لدخول اخيه بامرأته فاذا طلق كل زوجته قبل الدخول والخلوة لا تجب العدة فاذا طلق
 بعد ذلك فعدها ممن دخل بها لا يمنعه من نكاحها ولم يبق في قلب كل منهما شيء (ولا
 يحسد الخليفة) وهو الامام الذي ليس فوقه امام لاني زنا ولا في شرب خمر ولا في فذف
 لان الحدود حق الله تعالى وهو نايبه 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 لا تقع
 مولمة لانه يهابه والظاهر انه يرحم 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 المظلم فيه حق الشرع عندنا وحق العبد عند الشافعي
 فحكمه حكم ما هو حق الشرع خالصا ثم اعلم انه لا يحسد بزنا في دار الحرب او البغي
 عندنا وحكم مالك والشافعي بحده لاطلاق الآيات الواردة في حد الزاني وقطع السارق
 وجلد القاذف ولقوله عليه السلام اقيموا حدود الله في السفر والحضر على القريب والبعيد
 ولا تبالوا في الله لومة لائم رواه ابو داود في المراسيل وقال رويناها باسناد موصول في
 السنن ولنا ما روى محمد في كتاب السير الكبير عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
 قال من زنا او سرق في دار الحرب واصاب بها حدا ثم هرب فخرج اليها فانه لا يقيم عليه
 الحد وما روى البيهقي عن الشافعي قال قال ابو يوسف رحمه الله حدثنا بعض اصحابنا عن
 مكحول عن زيد بن ثابت قال لا يقيم الحدود في دار الحرب بخاتمة ان يلحقن اعيان بالعدو

قال وحدثنا بعض اصحابنا عن ثور بن يزيد عن حكيم بن عمير ان عمر بن الخطاب كتب الى عمير بن سعد الانصاري والى عماله ان لا تقيموا الحدود على احد من المسلمين في ارض الحرب حتى يخرجوا الى ارض المصالحة وروى الاخير ابن ابي شيبه في مصنفه قال حدثنا ابن المبارك عن ابي بكر بن ابي مريم عن حكيم بن عمير به وزاد لئلا تحمل حمية الشيطان ان يلحق بالكفار وفيه ايضا حدثنا ابن المبارك عن ابي بكر بن عبدالله بن ابي مريم عن حميد بن عقبة بن رومان ان ابا الدرداء نهى ان يقام على احد من ارض العدو في سنن ابي داود والترمذي والنسائي عن بسر بن ارطاة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تقطع الايدي في السفر ولفظ الترمذي في الغزو قال هذا حديث غريب والعمل عليه عند بعض اهل العلم منهم الاوزاعي يرون ان لا يقام الحد في الغزو بحضرة العدو مخافة ان يلحق من يقام عليه الحد بالعدو مكلفة زنا بها غير مكلف فلا تحد عندنا واثبتته زفر كمالك والشافعي وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وحده لو كان الامر بالعكس بان زنا مكلف بغير مكلفة وهذا باجماع الامة وواطي محرمه بعد العقد عليها والعلم بالحرمه يعزر عند ابي حنيفة رحمه الله وحكما بالحد كمالك والشافعي وقال صاحب الاسرار كلاهما اوضح فهو اصح وواطي مستأجريه لزنا بها يعزر عند ابي حنيفة وحكما بالحد كمالك والشافعي واللايط يعزر عند ابي حنيفة رحمه الله ويسجن حتى يموت او يتوب فصار كما لو اتى امرأته في الموضع المكروه منها او اتى عبك او بهيمة او اجنبية في غير السبيلين منها وحكما بالحد كمالك والشافعي رحمه الله لما في معجم الطبراني عن جابر قال سمعت سالم بن عبدالله وابان بن عثمان وزيد بن حسن يذكرون ان عثمان اتى برجل قد فجر بغلام من قريش معروف بالنسب فقال عثمان ويحكم ابن الشهود احسن قالوا تزوج امرأة ولم يدخل بها بعد فقال على لعثمان لو دخل بها لخل عليه الرجم فاما اذا لم يدخل بها فاجلده الحد قال ابو ايوب اشهد اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذي ذكر ابو الحسن فامر به عثمان فجلد مائة وما اخرجه البيهقي عن عطاء بن ابي رباح قال اتى ابن الزبير سبعة في لواط اربعة منهم قد احصنوا وثلاثة لم تحصنوا فامر بالاربعة فرضخوا بالحجارة وامر بالثلاث فضربوا الحد وابن عباس وابن عمر في المسجد واما ما رواه ابو داود والترمذي من قوله عليه السلام من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به وفي لفظ فارجهوا الا على والاسفل محمول على هذا المقيد وفي قول لمالك والشافعي يرجمان بكل حال ولانه في معنى الزنا بل اقبح ولابي حنيفة رحمه الله انه ليس بزنا فلا يثبت فيه حد وذلك لان الصحابة قد اختلفوا في موجه فمنهم من

أوجب 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 البيهقي في شعب الايمان من طريق ابن ابي الدنيا بسنده ان خالد بن الوليد كتب الى ابي بكر انه وجد رجلا في بعض نواحي العرب ينكح كما تنكح المرأة فجمع ابوبكر الصحابة فسألهم فكان من اشداهم في ذلك قولا على رضى الله عنه قال هذا ذنب لم تعص به الامة واحدة صنع الله بها ما قد علمتم نرى ان تحرقه بالنار فاجتمع رأى الصحابة على ذلك وروى الواقدي في كتاب الردة بسنده وقال كتب خالد الى ابي بكر الصديق اخبرك اني اتيت برجل قامت عندي البينة انه يوطأ في دبره كما توطأ المرأة فدعا ابوبكر الصحابة واستشارهم فيه فقال له عمر وعلى احرقه بالنار فان العرب تأنف انفا لا يأنفه احد غيرهم وقال غيرهما اجلدوه فكتب ابو بكر الى خالد ان احرقه بالنار فحرقه وروى ابن ابي شيبة في مصنفه عن ابي نضرة قال سئل ابن عباس ما حد اللواط قال ينظر الى اعلى بناء في القرية فيرمى منه منكسا ثم يتبع بالحجارة وكان مأخذهم هبنا ان قوم لوط اهلكوا بذلك حيث حملت قراهم ونكست بهم ولاشك في اتباع الهديم بهم وهم نازلون انتهى والظاهر ان عذابهم كان مركبا من التنكيس وامطار الحجارة عليهم ثم ان اريد من التعزير ما ذكر في بابه فلا شك انه ليس قول احد من الصحابة وانما هو احدث قول آخر فانه لا يجوز فتعين ما قال صدر الشريعة ان عند ابي حنيفة رحمه الله يعزر بامثال هذه الامور والله تعالى اعلم

فصل

في حد القذف وهو لغة الرمي ومنه قوله تعالى (بل نقذف بالحق على الباطل فيدمغه)
 وشرا الرمي بالزنا لمعنى القذف فيه وهو من الكبائر اجماعا لقوله تعالى (ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم) ولقوله عليه السلام كما في 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 او عبد (محصنا اى حرا) وعن داود انه يجد قاذف العبد (مكلفا) واحمد في رواية لا يشترط البلوغ بل يشترط ان يكون بحيث يجامع (مسلم) وعن ابن المسيب وابن ابي ليلى يجد قاذف الذميمة التى لها ولد مسلم (عقيفا عن الزنا) اى معروف بكنف

نفسه عند غير منهم به لان غير العفيف لا يباحقه شين بالقذف وكذا فاذنه صادقا فيه
(بصريه) اى تصريح وى لسان كان من عربى وفارسى ونبطى وهو متعلق بقذف واحترز
به عما لو قذف بلفظ الجماع او المباشرة حراما او بالتعريض بان قال لرجل ما انا بزنان او
ما امى بزانية فانه لا يحد 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 الموطأ عن ابي
الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة بن النعمان الانصارى عن امه عمرة بنت عبد
الرحمن ان رجلين استبا فى زمن عمر بن الخطاب فقال احدهما للآخر والله ما ابي بزنان
ولامى بزانية فاستشار فى ذلك عمر بن الخطاب فقال قائل مدح اباه وامه وقال آخرون
قد كان لايه وامه مدح غير هذا نرى ان تجلده الحد فجلده عمر الى ثمانين ولنا ما رواه
الشيخان من حديث ابي هريرة ان اعرابيا قال يا رسول الله ان امرأتى ولدت غلاما اسود
قال هل لك من اهل قال نعم قال ما الوانها قال حمر قال فهل فيها من اوراق اى ما فى لونه
بياض وسواد قال ان فيها اوراق قال فانى اتيتها ذلك قال لعله نزع عرق قال وكذلك وهذا
الولد لعله نزع 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 لا تمنع 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 اكنتم فى انفسكم) الآية
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 يا عاهر يا ابن الزانى يا ابن الزانية
(او) بدلالة كالقول (بلست لايك) اذا كانت 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) مشتمة وهو قيد فى هذه المسئلة والتمى قبلها
(وهو) اى فلان (ابوه) جملة هالية (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 خصائص الزنا ثم النص وان ورد فى المحصنات الا

الا ان المحصنين ايضا كذلك لان المعنى وهو رفع العار يشملهما فكان النص متناولاً لهم
 دلالة وعليه الاجماع وخصه لان القذف في الاغلب يقع بهن (كحد الشرب) في الكمية وهو ثمانون
 سوطاً وفي الثبوت وهو الاقرار او شهادة رجلين قيد يكون فلان اباه لانه لو كان جده لا يحيد وقيد بالغضب
 كما في بعض النسخ وهو الصحيح لانه لو كان في رضى لا يحيد لان في حال الرضا يحتمل
 ان يراد بهذا اللفظ المعاتبة بمعنى انت لانثبه اباك في الكرم والمروة وفي المبسوط
 وكذا لو قال انتك ابن فلان وهو غير ابيه في حال المشاتمة لان مقصوده نفى نسبه من
 ابيه ونسبه امه الى الزنا بخلاف حالة الرضا لان مراده ان اخلاقك تشبه اخلاق فلان لانه
 قال لست بابن فلانة وهى امه او قال لست بابن فلان ولا بابن فلانة وفلان ابوه وفلانة
 امه لا يحيد لافي حالة الرضا ولا في حالة الغضب لانه ليس فيه قذف امه لالفاظا ولا اقتضاء
 لان نفيه عن امه نفى لولادتهاله ونفى لولادتها له نفى للموطى عنها وفي نفى الوطى نفى الزنا بخلاف
 ما اذا لم يقل ولا ابن فلانة فانه تفاه عن الوالد فقط وولادة الولد ثابتة عن امه فصار
 كأنه قال انت ولد الزنا (والطلب بقذف الميت للوالد) وان علا (والولد ورلده) وان
 سفل لان العار يلحق هؤلاء لمكان الجزئية فكان القذف متناولاً لهم ويدخل في عبارته ولد
 البنت وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ليس له ان يطلب لانه منسوب الى
 ابيه لا الى امه فلا يلحق بزنا الى امه عار ولهما ان العار يلحقه لثبوت النسب من
 الطرفين (ولو) كان (محروماً) من الارث كولد الولد مع الولد الكافر والعبد خلافاً
 لزرقي في الجميع وقال مالك والشافعي الطلب لو ارث الميت وهو مبنى على ان الغالب
 فيه عنده حق العبد فيورث وعندنا حق الله تعالى فلا يورث (ولا يطالب احد سيده و)
 لا (اباه) وان علا (بقذف امه) ولا ام امه وان علمت بقذف ابيه وبه قال الشافعي واحمد
 ومالك في رواية لان السيد لا يعاقب بسب عبده والوالد لا يعاقب بسب ولده ولذا
 لا يقاد من الوالد اذا قتل ولده ولا من السيد اذا قتل عبده (وليس فيه ارث) خلافاً
 للشافعي (و) لا (عفو) من المقذوف عن القاذف خلافاً لمالك والشافعي واحمد لكن
 عندنا لو عفى المقذوف لا يحيد القاذف لتركه الطلب لا لصحة العفو حتى لو عاد وطلب يحيد
 (و) لا (عوض) اى اعتياض خلافاً للشافعي واحمد ولا خلاف في ان في حد القذف حقيقتين
 حق الشرع وحق العبد اما حق العبد فلانه شرع لصيانة عرض العبد ولدفع العار عن
 المقذوف وهو الذى ينتفع به على الخصوص ولذا يشترط فيه الدعوى ولا يبطل بالتقادم
 ويقبمه القاضى بعلمه ويقدم استيفاءه على سائر الحدود ولا يبطل بالرجوع ولا يصح الرجوع
 عنه بعد الاقرار واما حق الشرع فلانه شرع زجراً للمفسدين ولذا لا يباح القذف بالاباهة

ويستوفى حده الامام دون المقنوف ويجرى فيه التداخل حتى لو قنف واحد احدا مرات
 او جماعة مرة كان عليه حد واحد فغلب مالك والشافعي واحمد حق العبد لحاجته وغنى
 الشرع اذ هو الاصل فيما اجتمع فيه الحقان وغلبنا حق الشرع نظرا للمقصود منه وهو
 اخلاء العالم عن الفساد الذي هو حق الله وما للعبد من الحق يتولاه مولاه ولا كذلك
 العكس لانه لا ولاية في استيفاء حق الشرع الا بالنيابة وانما يقدم حق العبد فيما لم يمكن
 الجمع بين الحقيين وهنا امكن فلا حاجة اليه وقال صدر الاسلام ابو اليسر في مبسوطه
 الصحيح ان المقلب فيه حق العبد كما قال الشافعي لان اكثر الاحكام يدل عليه وقد نص
 محمد في الاصل على ان حد القنف حق العبد كالقصاص الا انه فوض اقامته الى الامام
لان كل احد لا يهتدى لاقامة الحد (وفي يازاني فقال بل انت) وفي بعض النسخ لابل انت
 (حدا) اي البادي بالقول والنجيب له لان كل واحد منهما قاذف اما البادي فظاهر واما
 النجيب فلان معنى كلامه انت الزاني لان كلمة بل للاضراب عن المتبوع وصرح الحكم
 الى التابع وقد يؤتى بلا معنا لتأكيد ذلك فيصير قاذفا (ولعرسه) اي ولو قال لا مرأته
 يازانية فقالت بل انت او لابل انت (حدت ولا لعان) لانها قاذفان وقذفها اياه يوجب الحد
 وقذفه اياه يوجب اللعان فيبدأ بالحد لان في البداية به فائدة وهي ابطال اللعان لان المحدود في القنف
 لا يلعن وفي البداية باللعان لا يبطل حدها لان حد القنف يجرى على الملاعنة واللعان
 في معنى الحد فيحتمل لدرئه وفي المبسوط لو قال لامرأته يازانية بنت الزانية صار قاذفا
 لها ولامها وقذفها يوجب اللعان وقنف امها يوجب الحد فاذا طلبته هي وامها بدى بالحد
لما في البداية به اسقاط اللعان (وان قالت) العرس في جواب قول زوجها يازانية (زنيته
بك هدر) اي بطل قول الزوج والعرس وفي بعض النسخ هدر اي 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 اي زناى هو الذي كان معك بعد النكاح
 لاني ما مكنت احدا غيرك ولا حصل مني فعل الزنا وهو المراد في مثل هذه الحالة لانه
 اغضبها واذاها فتغضبه وتؤذيه متمسكة بقوله تعالى (الزانية لا ينكحها الا زمان) فلا تكون
 مصدقة له ولا قاذفة فلا يجب عليها الحد ويجب اللعان بقذفه لها فقد وجب كل واحد من
 القنف واللعان في 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 وفي المبسوط لو قال لاجنبية يا زانية فقالت زنيته بك لا
 يجد الرجل لتصديقها اياه لان المقنوف متى صدق القاذف سقط الحد وتحدمرأة لقذفها

ولا يجد بنفيه عن جده لانه صادق في كلامه وكذا بنسبته اليه اوالى امه اوخاله او زوج 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 لاوالد له رواه في الفردوس وقال الله تعالى (قالوا نعبد الهك واله آباءك ابراهيم واسماعيل واسحاق) وكان اسماعيل عما ليعقوب عليه السلام ولا يجد بيا ابن ماء السماء لان الناس يذكرون هذا لقصد المدح فماء السماء لقب به عامر بن حارثة الغطريف الازدي لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر فهو كماء السماء عطاء وجودا وقد لقب بماء السماء ايضا للمحسن والصفاء وبه لقبت ام ابن المنذر بن امرى القيس لذلك وقيل لولدها بنو ماء السماء قال زهير (ولازمت الملوك من آل نصر * وبعدهم بنى ماء السماء) ولا يجد بقنف امرأة لم يدر اب ولدها وما جعلنا مصدق القاذف فاذا الا اذا زاد على تصديقه هو كما قلت وجعله زفر فاذا فابدون الزيادة لانه صدقه فيما قال والتصديق في القنف قنف ولنا انه لم يصرح بنسبته الى الزنا وتصديقه اياه متمهل لجواز ان يكون في الزنا وغيره فلا يجد بالاحتمال بخلاف ما لو زاد هو كما قلت فانه ليس فيه احتمال غيره واختلاف الشاهدين في زمان القنف او مكانه غير مانع من قبول الشهاد عند ابى حنيفة وردها صاحباه كما لو اختلفا في قنفه بالعربية والعجمية

فصل

في حد الشرب (من اخذ بريح الخمر) حالة الاخذ وان زالت رايحتها قبل الوصول الى الحاكم لبعده الطريق (او) اخذ (سكران زليل العقل) هذا بيان للسكران في حق الحد وتفسير له على قول ابى حنيفة وهو من لايعرف الرجال من النساء والارض من السماء لان الحد عقوبة فاعتبرت النهاية في سببه احتيالا لدرئه ويؤيد ذلك قوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا لا تقر بوا الصلوة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون) حيث عبر عن الصحو بالعلم بالقول فكان السكر الذي هو ضده عدم العلم بذلك وانما قلنا في حق الحد لان السكر في حق الحرمة عند ابى حنيفة اختلاط الكلام اخذا بالاحتياط في الحرمة وقال ابويوسف ومحمد ومالك والشافعي واحمد السكران مطلقا اي في حق الحد وفي حق الحرمة هو الذي يختلط في كلامه بحيث يصير يهني ويختلط جده بهزله ولا يستقر على شيء في جواب ولا خطاب قال في المبسوط واليه مال اكثر المشايخ واختاروه للفتوى لانه هو المتعارف ولقول على كرم الله وجهه فانه اذا شرب سكر الى آخره وعن ابن الوليد قال سألت ابايوسف عن السكران الذي عليه الحد قال ان يستقرأ قل يا ايها الكافرون فلا يقدر على قراءتها

فقلت لم عينت هذه السورة وربما اخطأ في قراءتها الصامى فقال لان تحريم الخمر نزل
 فيمن شرع في قراءتها فلم يستطع اى بل قرأ اعبد ما تعبدون (بنبيد) متعلق بالسكران
 والمراد نبيد محرم (او اقربه مرة) وقال ابو يوسف وزفر مرتين في مجلسين (صاحبا) قيد
 به لان اقرار السكران بالشرب لا يعتبر لقوة احتمال الكذب في كلامه فلا يعتبر فيما
 يندرى بالشبهة (اوشهد به رجلان) لا رجل وامرأتان (وعلم شربه طوعا) قيد بالطوع
 لان الشرب اكرها او ضرورة لا يوجب الحد وانما قيدنا النبيذ بالمحرم لانه الذى يح
 عندنا من كثيره وهو ما اسكر لا من قليله وهو ما لا يسكر وبه قال النخعي وابو وائل
 وقال مالك والشافعى واحمد والاوزاعى والحسن وقتادة وعمر بن عبدالعزيز يح في قليله
 وكثيره كالخمر وقال ابو ثور من شربه متأولا فلا حد عليه لانه مختلف في فيه فاشبهه النكاح
 بلا ولى ولنا ما روى ابن ابي شيبة في مصنفه ان عمر بن الخطاب سائر رجلا في سفر
 وكان صائما فلما افطر اهوى الى قربة لعمر معلقة فيها نبيذ فشرب منها فسكر فصره
 عمر الحد فقال انما شربت من قريتك فقال له عمر انها جلدتك لسكرك وشرب رجل
 من اداوة على رضى الله عنه بصفين فسكر فصره الحد ثمانين وفي سنن الدار قطنى
 عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتى برجل قد سكر من نبيذ تمر فجلبه
 وفي مسند ابن راهويه عنه ايضا قال اتى النبي صلى الله عليه وسلم بسكران فصره الحد
 وقال له ما شربك قال تمر وزبيب فقال لا تخلطوهما جميعا يكفى احدهما من صاحبه
 وفي 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 في زماننا الفتوى
 على من سكر من البنج يقع طلاقه ويحد لفشوهذا الفعل من الناس واعلم انه يح لشر
 الخمر ولو قطرة لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه الى ان قال فان عاد الرابعة
 فاقتلوه رواه اصحاب السنن من حديث معاوية ولفظه من حديث ابي هريرة اذا سكر
 فاجلدوه الحديث ورواه النسائى عن ابن عمر وجابر وغيرهما من اصحاب رسول الله عليه
 وسلم باللفظ الاول وروى البزار في مسنده عن ابن اسحاق انه صلى الله عليه وسلم اتى
 بالنعمان قد شرب الخمر ثلاثا فامر به فصر به فلما كان الرابعة امر به فجلد الحد فكان
 نسخا (يح) اذا كان بالغاً عاقلاً وهذا خبر المبتدأ الذى هو من اخذ اى يح الحد ثمانين
 سوطاً والعبد نصفها وبه قال مالك واحمد في رواية واختاره ابن المنذر (صاحبا) وهو قول
 مالك والشافعى ليحصل المقصود من الحد وهو الانزجار ولان عمر حد الذى شرب من

قربته بعد الافاقة كما رواه عبد الرزاق وقال الشافعي واحمد في 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 وفي وجه يتعين الجلد بالسياط روى البخارى
 في 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 او فسقوا جلد ثمانين وروى مسلم من حديث
 انس بن مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم اتى برجل قد شرب الخمر فضر به بجر يدتين
 نحو الاربعين وفعل ابو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف اخف
 الحدود ثمانون فامر به عمر وفيه عن انس ايضا ان النبي صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر
 بالجر يد والنعال ثم جلد ابو بكر اربعين فلما كان عمر ودنا الناس من الريف والقرى قال
 ماترون في جلد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف ارى ان تجعله ثمانين كاخف الحدود قال
 جلد عمر ثمانين وروى مالك في الموطأ عن ثور بن زيد الديلى عن عمر بن الخطاب انه
 استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له على بن ابي طالب نرى ان تجلده ثمانين فانه
 اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افتري وعلى المقتري ثمانون فاجله فجلد عمر
 في الخمر ثمانين وفي مصنف عبد الرزاق اخبرنا سفيان الثوري عن عوف عن الحسن ان
 النبي صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر ثمانين (لا بهجرد الريح) اى لا يحد من لم يوجد
 منه الريح الخمر (او) لم يوجد منه الا (التقيؤ) اى تقيؤ الخمر لاحتمال انه شربها مكرها
 او مضطرا (او) لم يوجد منه الا (السكر) لاحتمال انه سكر من مباح وقال مالك وهور رواية
 عن احمد يحد من وجد منه راحة الخمر لان راحتها منه تدل على شربها فصار كقراره بالشرب
 واجيب بان راحتها وان دلت على شربها الا انه يحتمل ان يكون مكرها او مضطرا والحد لا
 يجب بالشرب الا اذا علم انه طابع غير مضطر (ولا ان رجع) اى ولا يحد المقر ان رجع
 (عن الاقرار) بالشرب قبل الحد او في 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 امامه رد) خلافا لمالك والشافعي واحمد في رواية اعتبارا بالشهادة في
 حق العباد ولنا ما ذكر محمد في الاصل عن عمر انه قال ايما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا
 عند حضرته فانما شهدوا على ضمن فلا شهادة لهم ولان الشاهد متى عاين الزنا ونحوه
 فهو مخير بين حسبتين حسبة اداء الشهادة ايقام 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) الآية وقوله عليه السلام من
ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة فتأخير هذه الشهادة مع امكان ادائها ان كان
للمستر فيتهم بانه انما قدم عليها بعد ذلك لضغينة او عداوة فترد وان كان للستر فهو فسق
وشهادة الفاسق مردودة ولهذا قلنا في حق العباد واذا طلب المدعى من الشاهد اداء الشهادة
فاخر بلا عنر ثم ادى لا تقبل شهادته مع امكانه (الا في) حد (فنفى) فانه لا يرد لان تأخيرها
فيه لعنر شرعى وهو عدم الدعوى لان الدعوى شرط في حد القنف كسائر حقوق
العباد (وضمن) السارق بالشهادة المتقدمة (السرقه) اى المسروق لان التقدم يمنع الشهادة في
حق الحد للثمة ولا يمنعها في حق المال لان المال يثبت مع الشهادة فصار كما لو شهد
رجل وامرأتان بالسرقه حيث يضمن السارق المال ولا يقطع (وان اقر به) اى يجد متقدم
(حد) وقال زفر لا يجد اعتبارا بالشهادة واجيب بان الشهادة قد يتجه عليها عداوة حادثة
بخلاف الاقرار لان انتفاء تهمة الضغينة فيه لانه لا يعادى نفسه ولان الاقرار لا يبطل بالتهمة والفسق
(وهو) اى التقدم (للشرب) من خمر او غيرها (بزوال الريح) عند ابي حنيفة واى يوسف
وبمضى شهر عند محمد كما في الحدود لهما ما روى عبد الرزاق في مصنفه والطبرانى في
معجمه واسحاق بن راهويه في مسنده عن ابي ماجد الحنفى قال جاء رجل بابن اخ له سكران
الى عبد الله بن مسعود فقال عبد الله ترترره ومزموه واستنكوه 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 والترتره بهناتين فوقيتين ورائين
مهملتين التحريك وكذا المزمرة بزائين معجمتين والحاصل ان بقاء ريح الخمر والنبيد شرط
لاقامة الحد عند ابي حنيفة واى يوسف الا ان ينقطع لبعده مسافة عن الامام لقول ابن مسعود
ونفى محمد اشتراط بقاءه كمالك والشافعى وهو الصحيح لا تطلق ما روينا من قوله عليه
السلام من شرب الخمر فاجلدوه وقوله اذا سكر فاجلدوه ولان وجود الراجحة لا يصلح
دليلا اذ قد يتكلف لزالها مع بقاء الخمر وقد توجد رايحة الخمر من غير خمر كما قيل (يقولون
لى انك شربت مدامة * فقلت لهم لابل اكلت السفرحلا) وقيل (سفرحلة تحكى ثدى
النواهد * لها عرف ذى فسق وصفرة زاهد) فظهر ان رايحة الخمر تلتبس بغيرها فلا يناطش
من الاحكام بوجودها ولا بعدها ولو سلمنا انها لا تلتبس على ذوى المعرفة فلا موجب لتقييد
العمل بالبينه بوجودها لان المعقول تقييد قبولها بعدم التهمة والتهمة لا تحقق في الشهادة
بوقوعها بعد ذهاب الراجحة بل بتأخير الاداء تأخيرا يعد تفریطا وذلك منتفى في تأخير
يوم وغوه وبه تذهب الراجحة ومحل النزاع في عدم قبول الشهادة عند عدم الراجحة وليس

في اثر ابن مسعود شهادة منع من العمل بها لعدم الرابحة وقت ادائها بل ولا اقرار وانما
 فيه انه حده بظهور الرابحة بالترترة والمزمنة وانما فعله لان بالتحريك تظهر الرابحة من المعدة
 التي كانت خفيت وكان ذلك مذهبه ويدل عليه ما في 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 فبينما هو يكلمه اذ وجد منه رابحة الخمر فقال اتشرب الخمر وتكذب بالكتاب
 فصر به الحد وروى الدارقطني بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب
 انه ضرب رجلا وجد منه ربح الخمر والحاصل ان حده عند وجود الربح مع عدم البينة
 او الاقرار لا يستلزم اشتراط الرابحة مع احدهما ثم هو مذهب بعض العلماء منهم مالك وهو
 قول للشافعي ورواية عن احمد والاصح عن الشافعي واكثر اهل العلم نفيه هذا ماخص
 كلام بعض اهل التحقيق والله ولي التوفيق (ولغيره) اى الشرب (بمضى شهر) عند ابي
 يوسف ومحمد وبالتفويض الى رأى القاضى عند ابي حنيفة وقيل يقدر بنصف الشهر والاول
 اصح وهو رواية عن ابي حنيفة (فان شهد) على رجل (بزنا) بفلاتة او اقر رجل انه زنا
 بفلاتة (وهى غايبة) او اقر بالزنا بمجهولة (حد) ذلك الرجل باتفاق الائمة (و) ان شهد
 على رجل (بسرقه من غايب لا) اى لا يقطع (ونصف حد العبد) فيجلد على الزنا خمسين
 وفي غيره اربعين لقوله تعالى (فعلينهن نصف ما على المحصنات من العذاب) والآية وان
 كانت في الاماء الا انه يعرف منها حكم العبد بطريق الدلالة (ويكفى حد) واحد (بجنايات
 اتحد جنسها) فمن قذف جماعة بكلمة واحدة بان قال يا زناة او بكلمات متفرقة بان قال يا
 زيد انت زان ويا عمرو انت زان ويا حار انت زان لا يقيم عليه الاحد واحد وكذا من زنى
 مرارا او شرب مرارا يكفيه حد واحد وبه قال مالك والثوري وابن ابي ليلى والشعبي والزهرى والتخمي
 وقتادة وحماد وطاوس واهم في رواية وقال الشافعي ان قذف جماعة بكلمات او واحدا
 مرات بزنا متعددة يجب لكل قذف حد وبه قال احمد في رواية بناء على ان الغالب في
 حد القذف عنده حق الآدمى فلا يتداخل كالديون والقصاص بخلاف ما لو قذفهم بكلمة
 واحدة حيث يتداخل في القديم دون الجديد او قذف واحدا مرات بزنا واحد حيث يتداخل
 وعندنا الغالب في حد القذف حق الله تعالى فيكون محققا بحد الزنا والشرب واما الجنايات
 المختلفة الجنس فلا تتداخل اجماعا لان المقصود من كل جنس غير مقصود من الآخر فحد
 الزنا لصيانة الانساب وحد السرقة لصيانة الاموال وحد الشرب لصيانة العقول وحد القذف
 لصيانة الاعراض فلو قذف 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 في القوة اذ هما ثابتان
بالكتاب ويؤخر حد الشرب لانه اضعف منهما ولو كان مع هذه جراحة توجب القصاص
بدىء بالقصاص لانه حق العبد ثم حد القذف ثم الاقوى فالاقوى والله تعالى اعلم بالصواب *

فصل

في التعزير وهو تأديب دون الحد مشتق من العزر بمعنى الردع والزجر وهو
مشروع بالكتاب قال الله تعالى (واضر بوهن فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا) امر بضرب
الزوجات تهديبا وتأديبا وبالسنة وهو ما رواه محمد بن الحسن مرسلا عن الضحاك بن
مزاحم والبيهقي عن النعمان بن بشير من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين وقال عليه
السلام في الصبيان اضر بوهن لعشر لترك الصلوة واجتماع الصحابة وهو قد يكون بالكلام
العنيف وقد يكون بتحرريك الاذن وبالصفع وبالضرب (واكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطا)
عند ابي حنيفة وخمس وسبعون سوطا عند ابي يوسف في ظاهر الروايات عنه وهو قول ابن ابي ليلى وفي
رواية تسع وسبعون وقول محمد ذكره بعضهم مع ابي حنيفة وبعضهم مع ابي يوسف والاصل في هذا ما
اخرجه البيهقي عن النعمان بن بشير وقال المحفوظ انه مرسل انه صلى الله عليه وسلم قال من بلغ
حدا في غير حد فهو من المعتدين اى من اتى حدا في موضع لا يجب 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
في رواية هشام عنه وهو القياس وبه قال زفر وفي رواية خمسة وهو مأثور عن علي فقلده
ولان اقصى حد الاحرار مائة واقصى حد العبد خمسون فوجب ان يحده نصف كل واحد منهما
وذا خمسة وسبعون وقال مالك لا حد لاكثر التعزير فيجوز للامام عنده ان يزيد في
التعزير على الحد اذا رأى المصاححة في ذلك ولا يبعد ان يعمل بقول ابي حنيفة في
العبيد بقول ابي يوسف في الاحرار (واقوله ثلاثة) هكذا ذكره القنوري وكانه يرى ان
ما دون الثلاثة لا يقع به الزجر وذكر التمر تاشي عن السرخسي انه ليس فيه شيء 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 وفي النهاية تعزير اشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية بالاعلام وهو ان يقول
له القاضى بلغنى انك تفعل كذا وتعزير الاشراف وهم الامراء والداقنين بالاعلام والجرالى
باب القاضى والحصومة في ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقة بالاعلام والجر والحبس وتعزير
الاخسة بهذا كله والضرب وسئل الهندوانى عن رجل وجد رجلا مع امرأته ايجل له قتل

قال ان كان يعلم انه ينزجر بالصياح والضرب بمادون السلاح لا يحل له قتله وان علم انه لا ينزجر بذلك حل له قتله وان طاو عته المرأة حل له قتلها ايضا وعن ابي يوسف يجوز للسلطان ان يعزر بالمال وقال ابو حنيفة ومالك والشافعي واحمد لا يجوز ثم التعزير فيما شرع فيه واجب اذا رآه الامام وبه قال مالك واحمد وقال الشافعي ليس بواجب ولنا انه زاجر مشروع فيجب كالحد (وصح حبسه مع ضربه) اذا رأى الامام فيه مصالحة (وضربه) اى ضرب التعزير (اشد) من ضرب الحدود لان ضرب التعزير خفى من حيث العدد فلا يخفى من حيث الكيفية لئلا يؤدى الى فوت المقصود الذى هو الزجر بالكفاية وفى المحيط ان محمدا ذكر فى حدود الاصل ان التعزير يفرق على الاعضاء وذكر فى اشارة الاصل ان ضرب التعزير يكون فى موضع واحد (ثم) الحد (للزنا) لانه ثابت بالكتاب بخلاف حد الشرب فانه بقول الصحابة كما تقدم (ثم) الحد (للشرب ثم) الحد (للقذف) لان جنابة الشرب بلا شبهة لمشاهدة الشرب مع الراجحة وجنابة 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 لان 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 الأدمى وحد الشرب محض حق الله تعالى (وهو) اى التعزير (بقذف مملوك او كافر بزنا) لان هذه جنابة قذف وقد امتنع الحد لعدم الاحصان فيجب التعزير (و) بقذف (مسلم بيا فاسق يا كافر ياسارق يا خنث وامثاله) وهى يا خائن اى ناكث العهد يا ابن القحبة وهى كلمة مولدة والقحاب سعال الخيل والابل ور بما يجعل للناس يهودى يانصرانى يا ابن النصرانى يامن يلعب بالصبيان يا آكل الربوا ياشارب الخمر ياديوث يافاجر يامنافق يالص يانذيق يا خبيث ياقرطبان يامأوى الزوانى او اللصوص يا حرام زاده يا موسوس يا ابله يا احمق لانه آذاه بالحق الشين به اذا لم يثبت هذه الاشياء فيعزره القاضى بما يراه قال ثعلب القرطبان لم اره فى كلام العرب ومعناه عند العامة الذى يرضى بدحول الرجال على نسائه وكذلك الديوث ولو قال يا لوطى يسأل عن نيته فان اراد انه من قوم لوط فلا شىء عليه وان اراد انه يعمل عمل قوم لوط اما فاعلا او مفعولا فعليه الحد عند ابي يوسف ومحمد كما لك والشافعي واحمد والحسن والنخعي والزهرى وابي ثور لانه قذفه بما يوجب الحد عند هم فصار كما لو قذفه بالزنا وعند ابي حنيفة لاحد عليه ويعزر لانه قذفه بما لا يوجب الحد عنده وبه قال قتادة وعطاء والصحيح انه ان كان فى غضب يعزر (لابيا همار) يا كلب يا خنزير يا تيس يا ثور يا بقر

ياهيبة يا بغاء يا مؤاجريا ولد الحرام يا عيار يا ناكس يا منكوس يا سخرة يا ضحكة يا ابن الاسود
 وابوه ليس كذلك لان المقدوف لا يباحقه شين بهذا الكلام وانما يباحق القاذف اذكل احد
 يعلم ان المقدوف آدمى وليس بكلب ولا حمار وان القاذف كاذب في ذلك وحكى الهندوانى
 انه يعزرى فى زماننا بنحو يا كلب يا خنزير لانه يراد به الشتم وهور واية عن ابي يوسف فى
 الامالى وعدم التعزير فى الكلب والخنزير ونحوهما هو ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة
 (وقيل الا) اذا قاله (لعالم او علوى) فانه يعزرى لانه يعد شينا فى حقهم ويحققهم الاذى به
 واستحسن هذا فى الهداية والكافى (ومن حدوا وعزرفمات هدرمه) وبه قال احمد وقال
 مالك اذا ضرب به تعزيرا مثله وقال الشافعى لا يهدر وفى محل الضمان عنه قولان احمدهما
 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 لا يتقيد 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 الأمر فكانه مات حتف انفه
 فلا يضمن (وان عزز زوج عرسه) على ترك الزينة او الاجابة او دعاها الى فراشه او على
 الخروج من بيته فماتت (لا) اى لا يهدر دمها بل يضمن لان تعزيره اياها على هذه الاشياء
 مباح ترجع منفعتها اليه لا اليها فيتقيد بشرط السلامة وعلى هذا ينبغي ان لا يضرب امرأته
 على ترك الصلوة او على ترك غسل الجنابة لان منفعة ذلك عائدة اليها وقد ذكر الحاكم
 انه لا يضرب امرأته على ترك الصلوة ويضرب ابنه عليها فان قيل اذا جامع امرأته فماتت
 من الجماع او افضاها لا يجب شىء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله مع ان جماعه مباح ولم
 يقيداه بشرط السلامة اجيب بانه قد ضمن المهر بذلك الجماع فلو وجب عليه شىء ايضا
 يلزم وجوب ضمانين فى مقابلة مضمون واحد وهو منافع البضع وذلك لا يجوز ولو ادب
 المعلم الصبى فمات منه يضمن عندنا وعند الشافعى وقال مالك واهم لا يضمن الزوج
 ولا المعلم فى التعزير ولا الاب فى التأديب ولا الجد ولا الوصى اذا ضرب به ضربا معتادا
 ولو ضرب به ضربا شديدا لا يضرب مثله فى التأديب يضمن باجماع الفقهاء والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب السرقة

هى لغة اخذ الشىء من الغير على وجه الخفية ومنه قوله تعالى (الامن استرق السمع)
 وشرعا (هى اخذ مكلف) اى عاقل بالغ (خفية) فى الابتداء والانتهاه اذا كان الاخذ نهارا

وفي الابتداء لا غير اذا كان ليلا حتى لو دخل بالليل خفية واخذ المال مجاهرة يقطع لان اعتبار الخفية بالليل في الانتهاء يؤدي الى عدم القطع في اكثر السرقات الليلية اذ اكثرها تصير مقاتلة في الانتهاء بخلاف النهار في المصر لان الغوث يلحقه فيه وما بين العشائين كالنهار في الاصح (قدر عشرة دراهم مضروبة) جيدة في الاصح وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان المضروب وغير المضروب سواء ويعتبر وزن كل عشرة سبع مثاقيل كما في الزكاة او ما يبلغ قيمته وزن عشرة دراهم بقول رجلين عدلين لانه من باب الحدود (مملوكا) ذلك القدر احتراز عن نحو عصير المسجد واستار الكعبة مما ليس بمملوك للعباد ولا بد من قيد لاشركة له فيه ولا شبهة (محرزا) اي محفوظا احتراز عن نحو باب الدار والزرع الذي لم يحدد (بلاشبهة) احتراز عن المحرز المصاحب لشبهة كالمأخوذ من بيت ذى الرحم المحرم (بمكان) سواء امكن الدخول فيه كالبيت والدار والخيمة اولا كالجوالق (او حافظ) كالجالس عند ماله في الطريق او في المسجد حتى لو سرق شيئا من تحت رأس نايم في الصحراء او في المسجد يقطع وقال الحسن وداود وابن بنت الشافعي ليس للسرقة نصاب مقدر لاطلاق الآية ولما روى الشيخان عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده واجيب عن الآية بانها مقيدة بالنصاب كما هي مقيدة بالمال وبان الحديث قال فيه البخاري قال الاعمش كانوا يرون انه يبض الحديد والحبل كانوا يرون ان منه ما يساوي دراهم وقال مالك واحمد نصاب السرقة ربع دينار او ثلاثة دراهم وقال الشافعي والاوزاعي والليث ربع دينار لما روى الشيخان عن عايشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تقطع يد السارق الا في 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 في الصحيحين عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن قيمته ثلاثة دراهم وفي الموطأ عن حديث عمرة ابنة عبد الرحمن ان سارقا سرق في زمن عثمان بن عفان اترجة فامر بها عثمان فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثنى عشر درهما بدينار فقطع عثمان يده قال مالك احب ما يجب فيه القطع الى ثلثة دراهم سواء اتضع الصرف او ارتفع وذلك لانه عليه السلام قطع في مجن قيمته ثلثة دراهم وقطع عثمان في اترجة قيمتها ثلاثة دراهم وهذا احب ما سمعته ابي وفي مسند احمد عن عايشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو ادنى من ذلك وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم والدينار اثنى عشر درهما ولنا ما روى الطبراني قال حدثنا محمد بن نوح بن حرب حدثنا خالد بن مهران حدثنا ابو

مطيع البخاري عن ابي حنيفة رحمه الله عن القاسم بن عبد الرحمن عن ابيه عن عبد الله
 ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يقطع الا في عشرة دراهم وما اخرجه
 الطحاوي في شرح الآثار عن ام ايمن انها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
 لا يقطع يد السارق الا في حنيفة اي حجة كما في نسخة وقومت يومئذ على عهد رسول الله
 صلى الله عليه وسلم بدينار او عشرة دراهم ورواه الطبراني في معجمه ايضا وهو حديث اما
 منقطع او مرسل ولكنه يتقوى بغيره من الاحاديث المرفوعة والموقوفة فمن المرفوعة ما
 اخرجه ابو داود في سننه من حديث عطاء عن ابن عباس قال قطع رسول الله صلى الله
 عليه وسلم يد رجل في جن قيمته دينار او عشرة دراهم ورواه النسائي في سننه والحاكم
 في مستدركه وقال صحيح على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجوا ثم قال وشاهده حديث ام
 ايمن انها قالت لم تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في ثمن المجن وثمانه
 يومئذ دينار وروى ابن ابي شيبة في مصنفه في كتاب اللقطة عن المثنى بن الصباح عن
 عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب عن رجل من مزينة عن النبي صلى الله عليه
 وسلم قال ما بلغ ثمن المجن قطعت يد سارقه وكان ثمن المجن عشرة دراهم ومن الاحاديث
 الموقوفة ما روى عبد الرزاق في مصنفه عن الثوري عن عبد الرحمن بن عبد الله عن القاسم
 بن عبد الرحمن قال قال ابن مسعود لا تقطع اليد الا في دينار او عشرة دراهم وهو مرسل لان
 القاسم لم يسمع عن ابن مسعود وروى ابن ابي شيبة في مصنفه عن يحيى بن زيد وغيره
 عن الثوري عن عطية بن عبد الرحمن عن القاسم بن عبد الرحمن قال اتى عمر بن الخطاب
 برجل سرق ثوبا فقال لعثمان قومه قومه ثمانية دراهم فلم يقطعه وهذا يدل على انتساخ
 ما في الصحيحين ولان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا لدرء الحد (فان اقر) اللص
 (بها) اي بالسرقة (مرة) عند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله وهو قول اكثر العلماء ومرتين عند
 ابي يوسف واحمد وابن ابي ليلى وزفر وعن ابي يوسف رحمه الله في مجلسين مختلفين لانه
 حد فيعتبر عدد الاقرار فيه بعدد الشهادة كالزنا ولما روى ابو داود عن ابي امية المخزومي
 انه عليه السلام اتى بلص قد اعترف ولم يوجد معه متاع فقال له ما اخالك سرت فقال
 بلى فاعادها مرتين او ثلاثا فقطع ولهما الاقرار مرة مظهر فيكتفى به كما في القصاص وحد
 القنف والتكرار في الشهادة يفيد تقليل تهمة الكذب والتهمة في الاقرار فلا فائدة في تكراره
 فان قيل يحتمل ان يرجع فيكون للتكرار فائدة وهي الثبوت اجيب بان باب الرجوع
 في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح لان صاحب الحق يكذبه واما
 حديث المخزومي فلا يدل على اشتراطه مرتين بل على انه عليه السلام احتال في الدرء

وهو مستحب او على جواز تلقين الرجوع وقد ذكر بشر رجوع ابي يوسف الى قولهما (اوشهد) عليه (رجلان) فيها شرايط الشهادة لانه من الحدود فلا يقبل فيه الاشهادة الرجال كما بين في كتاب الشهادة (وسألهما) الشاهدين وفي نسخة وسألهم اى المقر والشاهدين (الامام) او نايبه (ماهى) اى السرقة لانها يطلق على استماع كلام الغير سرا قال الله تعالى (الامن استرق السمع) وعلى عدم اعتدال الركوع والسجود قال عليه السلام ان اسوأ الناس من يسرق من صلوته لا يتم ركوعها ولا سجودها ولانه ربما يتوهم انها لا تحتاج الى الحفية كما فى السرقة الكبرى (وكيف) كانت سرقة ليعلم انه اخرج او ناول آخر من خارج او ادخل يده من الثقب او من الطاق واخذ (ومتى) كانت ليعلم انها متقدمة او لا لان القطع لا يقيم مع تقادم الشهادة عندنا (واين كانت) لانه لا قطع على من سرق فى دار الحرب (وكم سرق) لان النصاب شرط فيعلم ان المسروق كان نصابا او اقل (وممن سرق) لجواز ان يكون المسروق منه ذا رحم محرم او احد الزوجين او احد الشريكين (وبيناهما) اى الشاهدان او المقر والشاهد هذه الاشياء الازمن السرقة فى حق المقر لان تقادم العهد لا يمنع صحة الاقرار بها كما فى المبسوط والمحيط وقبل القاضى شهادتهما (قطع) هذا جواب قوله فان اقر الى آخره وانما يسأل الامام عن هذه الاشياء احتيالا للدرء كما فى الحدود فان بين الشاهدان هذه الاشياء ولا يعرف القاضى حالهما حبسه حتى يسأل لانه صار متهما بارتكاب جريمة ولا يمكن التوثيق بالتكفيل اذ لا كفالة فى الحدود (وان تشارك جمع) فى السرقة (واصاب كلا قدر نصاب) وهو عشرة دراهم او ما يساويها (قطعوا) جميعا (وان اخذ بعضهم) سواء خرجوا معه او بعده فى فوره او خرج هو بعدهم فى فورهم والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر لان السرقة تمت به وعده اذ الاخراج تحقق به ولنا ان عادة السارق 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 الشافعى والثورى وابن الماجشون المالكى وقال مالك واحمد وابو ثور يقطع الكل لان سرقة النصاب فعل موجب للقطع فيساوى فيه الواحد والجماعة كالقصاص ولنا ان كل واحد يقطع بجنايته والجناية الموجبة للقطع سرقة النصاب ولم يوجد فى هذه الحالة بخلاف القصاص فان فعل كل واحد جنائية موجبة للقصاص لان جرح كل واحد صالح لزهوق الروح (لا بتافه) اى لا يقطع السارق باخذ تافه وهو شىء حقير خسيس (يوجد مباحا فى دارنا) وقال مالك والشافعى واحمد وابو ثور يتعلق القطع بسرقة كل مال يبلغ قيمته نصابا الا التراب والسرقين وهو رواية عن ابي يوسف لانه سرق ما لا متقوما

من حرز لا شبهة فيه ولنا ما روى ابن أبي شيبة في مصنفه ومسنده عن عبد الرحيم بن سليمان عن هشام بن عروة عن عايشة قالت لم تكن يد السارق تقطع على عهد رسول الله صلى عليه وسلم في الشيء التافه وزاد في مسنده ولم تقطع في ادنى من ثمن حجة اوترس (كخشب وهشيش) وقصب فارس (وسمك) طريا كان او غيره (وصيد) بحريا او بريا لان الشركة العامة التي كانت في هذه الاشياء قبل الاحراز ثبتت شبهة والحدود تندري بالشبهة وروى عبدالرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما ان عمر بن عبدالعزيز اتى برجل سرق دجاجة فاراد ان يقطعه فقال له سلمة بن عبد الرحمن قال عثمان لا تقطع في الطير ورفعها كما في الهداية غير معروف وروى ابن أبي شيبة ايضا ان عمر بن عبدالعزيز 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 سريرا) عطف على ما يوجد مباحا وكان الاولى ان يقول او ما يفسد ليعطف على تافه لان ما يفسد قد لا يكون تافها (كلبن ولحم) وكذا ما هو مهيا للاكل كالخيز على ما في الايضاح وشرح الطحاوي بخلاف ما لم يكن مهيا 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 لانه يسرق عن ضرورة جوع والضرورة تبيح تناول مال الغير بقدر الحاجة فمنع ذلك القطع وروى عبدالرزاق في مصنفه عن سفيان الثوري عن رجل عن الحسن ان النبي صلى الله عليه وسلم اتى برجل سرق طعاما فلم يقطعه قال سفيان هو الطعام الذي يفسد من نهاره كالثريد واللحم وروى ابوداود في مراسيله عن الحسن البصرى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا قطع في الطعام وذكره عبد الحق في احكامه من جهة ابى داود ولم يعاله 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 في حايط روى ابو داود والنسائي 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 شيء عليه ومن سرق منه شيئا بعد ان يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع والخبنة بضم المعجمة وسكون الموحدة فنون ما يؤخذ في طرف الثوب والجرين بالجيم المراد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليحنى ولما رواه مالك في الموطأ انه عليه السلام قال لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة جبل فاذا آواه المراح او الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن وقطع مالك

والشافعي بالمذكورات وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله (واشربة مطربة) اي مسكرة
واما غير المطربة كالخل فيقطع فيه لانه لا يتسارع اليه الفساد كذا في الايضاح وانما لا يقطع
في الشرب لانه ان كان حلوا فهو يتسارع اليه الفساد وان كان مرا فان كان خمرنا فلا قيمة
له وان كان غيرها فللعلماء في تقومه اختلاف فلم يكن في معنى ما ورد به النص وهو
المال المتقوم بالاجماع (وآلات لهو) كدف وطبل وبربط ومزمار وطنبور اما عند
ابي حنيفة فلم يتم تقويم هذه الاشياء حتى لا يضمن متلفها واما عند غير ابي 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 يصاح للهو فاورث شبهة (وصليب) وهو تمثال يعبده النصارى (من ذهب) او من
فضة وشطرنج وهو بكسر الشين المعجمة وبفتح وكذا النرد وقال الشافعي يقطع (وباب
مسجد) لعدم الامراز فصار كباب الدار بل اولى لان باب الدار يحرز به ما فيها
بخلاف باب المسجد ولهذا لا يقطع 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 معنى فاشبه مال بيت المال (ومصحف وصبي حر
ولو) كان المصحف والصبي (مخليين 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 او النظر لازاحة اشكال وقع له والقطع بدرا
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 لا يمشى ولا يتكلم حتى لو كان يمشى ويتكلم
ويميز لا يقطع سارقه اجماعا لانه في بد نفسه وله يد على ما هو تابع له فكان اخذه خداعا لاسرقة وقال ابن
المنذر اجمع اهل العلم على قطع سارق العبد الصغير اذالم يعبر عن نفسه ولم يميز وان كان يعبر
ويميز فلا قطع بالاجماع (ودفتر) سواء كان فيه علم الشريعة او الشعر او اللغة لان المقصود
من دفاتر هذه الاشياء ما فيها وهو ليس بمال (الادفتر الحساب) وقال مالك والشافعي
واحمد يقطع في الدفاتر كلها سواء كانت فيها علوم الشريعة او غيرها اذا بلغت قيمتها نصابا
فيدخل في عموم الآية (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) لافي (خيانة) وهو الاخذ مما في يده على وجه الامانة
 (و) لافي (نهب) وهو الاخذ على وجه العلانية والقهر في بلدة او قرية لما اخرجه اصحاب
 السنن الاربعة عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على خساين ولا
 منتهب ولا مختلس قطع قال الترمذي حديث حسن صحيح وسكت عنه عبد الحق في احكامه
 وابن القطان بعده فهو صحيح عندهما وعن احمد يقطع جاهد العاربه وبه قال اسحق بن
 راهويه لما اخرجه مسلم عن معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت كانت امرأة
 مخزومية تستعير المتاع وتجده فامر النبي صلى الله عليه وسلم بقطع يدها واجيب بان
 ذكر العاربه في هذا الحديث وقع لقصد التعريف لانه سبب للقطع فانها كانت كثيرة
 الاستعارة والجحد حتى عرفت به واستمرت على ذلك حتى سرقت فامر النبي صلى الله عليه
 وسلم بقطع يدها بدليل الامايد التي صرح فيها بالسرقه وقيل الحديث منسوخ بما روينا
 من حديث جابر وقيل ان قطعها كان سياسة لتكرار ذلك الفعل منها (و) لافي (نبش)
 اي نبش قبر واخذ كفن منه وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وهو قول ابن عباس والثوري
 والاوزاعي ومكحول والزهري والشافعي في القديم وقال ابو يوسف ومالك والشافعي في
 الجديد واحمد وابو ثور والحسن والشعبي والنخعي وقتادة وعماذ وعمر بن عبد العزيز
 يقطع النباش لما روى البيهقي في المعرفة عن البراء بن عازب عن ابيه ان النبي صلى الله
 عليه وسلم قال من نبش قطعناه وضعفه وروى ايضا عن عائشة انها قالت سارق امواتنا
 كسارق احيائنا وفي تاريخ البخاري 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 ما روى ابن ابى شيبة في مصنفه عن عيسى بن يونس عن معمر عن
 الزهري قال اتى مروان بقوم يخنفون اي ينبشون القبور فضر بهم ونفاهم والصحابة متوافرون
 وروى ايضا عن حفص عن اشعب عن الزهري قال اخذ نباش في زمن معاوية وكان مروان
 على المدينة فسأل من حضرته من الصحابة والفقهاء فاجمع رأيهم على ان يضرب اسواطه يطاف
 به ولا يخفى ان كلامنا الاثرين حكايته حال وهما احتمال اخذه قبل اخراج الكفن او بعده ولم
 يكن مقدار النصاب فلا يثم الجواب واما حديث لا قطع على المختفى وهو النباش بلغة اهل اليمن
 فهو غريب غير معروف (و) لافي (مال عامة) اي عامة المسلمين وبه قال الشافعي واحمد
 والنخعي والشعبي والحاكم وقال مالك وعماذ وابن المنذر يقطع لظاهر الآية ولانه سرق
 مالا محرزا ولنا ما روى ابن ماجه في سننه من حديث ابن عباس ان عبدا من رقيق

الخمس سرق من الخمس فرفع ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه وقال مال الله
 سرق بعضه بعضا كذا ذكره وفيه ان العبد من جملة المال وقطعه يضره فلا يقاس عليه
 غيره (و) لافي مال (له) اى للسارق (فيه شركة) بان سرق احد الشريكين من حرز
 الآخر مالا مشتركا بينهما وهو الاصح في مذهب الشافعى وقول احمد وقال مالك وهو قول
 الشافعى اذا سرق من نصيب الشريك قدر نصاب يقطع لانه اخذ ملك غيره من حرزه
 (و) لافي (مثل حقه) فى الجنس (حالا) كان حقه (او مؤجلا) والقياس ان يقطع فى المؤجل
 لانه لا يباح له اخذه قبل الاجل فصار كمن لادين له ووجه الاستحسان ان المؤجل ثابت فى
 الذمة كالحال والتأجيل لتأخير المطالبة (ولو بيزيد) اى ولو كان المأخوذ زايدا على
 حقه لانه يصير شريكا فى ذلك المال بمقدار حقه فيتحقق الشبهة فيد بمثل الحق لانه لو
 كان له عليه دراهم فسرق منه عرضا يقطع لانه ليس له الاستيفاء منه الايبعا بالتراضى وعن
 ابى يوسف لا يقطع وهو وجه فى مذهب الشافعى لان له ان يأخذه عند بعض العلماء قضاء
 من حقه لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية فاورث ذلك شبهة ولو كان حقه دراهم فسرق
 منه دنائير قيل يقطع لانه ليس له ولاية الاخذ وبه قال مالك واحمد فى رواية والشافعى
 فى وجهه وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد كما فى الزكاة والنفقة وفى المحيط والمبسوط
 هو الصحيح وبه قال الشافعى فى الاظهر (و) لافي (ما قطع فيه) وفى نسخة به اى ولاقطع
 فى سرقة شئ كان 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 فيها هو بحاله ايضا وهو رواية عن ابى يوسف وبه قال مالك
 والشافعى واحمد لان السرقة الثانية ابيع لوجود الاقدام عليها مع سبق الزاجر عنها
 فكانت احق بايجاب القطع (و) لافي (مال ذى رحم محرم) او مال غيره (من بينه) 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 لاهق للولد فى مال ابويه ولهذا يحرم
 اذا زنى بجارتيهما ويقتل اذا قتلها فصار كالاجنبى ولنا ان البعضية توجب البسوة فى المال
 والاذن فى الدخول فى الحرز ولهذا يمنع الولاد قبول شهادة احدهما لصاحبه فصار كلاب
 لا كالاجنبى وقال مالك والشافعى واحمد يقطع بسرقة ذى رحم محرم غير الولاد الحاقا
 لهذه القرابة بينى الاعمام ولنا انها ماحقة بقرابة الولاد فى وجوب الصون عن القطيعة والقطع
 فى السرقة يفضى الى القطيعة فوجب صونها عنه اما لو سرق مال ذى رحم محرم من غير
 بينه فيقطع اتفاقا لوجود الحرز بلا شبهة (ولامن زوجو) لامن (عرس) اى ولاقطع بسرقة

الزوجة من حرز زوجها الخاص به ولا بسرقة الزوج من حرز زوجته الخاص بها وللشافعي ثلاثة أقوال 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 في ماله وهو النفقة ولا حق له في مالها ولنا ان بين الزوجين بسوطة في المال عادة (و) لامن (سيد) اى ولاقطع على من سرق من مال سيده (و) لامن (عرسه) اى عرس سيده (و) لامن (زوج سيده) لوجود الاذن بالدخول عادة فانعدم الحرز وقال مالك وابو ثور يقطع في الاخيرين لعدم استحقاقه النفقة في 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 والحضرمي بغلام له فقال غلامى هذا سرق فاقطعه فقال عمر ماذا سرق فقال سرق امرأة لامرأتى قيمتها او ثمنها ستون درهما فقال عمر ارسله لاقطع عليه خادمكم سرق متاعكم ولم يخالفه احد من الصحابة فكان اجماعا ويخص به عموم الآية (و) لامن (مكتبه) اى ولاقطع على مولى سرق من مكتبه لان له في كسبه حقا (و) لامن (مضيفه) اى ولاقطع على ضيف سرق من مضيفه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه مأذونا له في دخوله فيكون فعله خيانة لاسرقة وقال مالك والشافعي واحمد في رواية ان سرق من الموضع الذى انزل فيه او من الموضع الذى لم يحرز عنه لا يقطع وان سرق من موضع حرز عنه يقطع (و) لامن (مغنم) وهو الموضع الذى فيه يجمع الغنمية او المال الذى غنم ولم يقسم بعد وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك وابن المنذر يقطع وهو نظير السرقة من مال عامة المسلمين خلافا ودليلا ولنا على هذه خصوصا ما روى عبد الرزاق في مصنفه عن الثورى عن سماك بن حرب عن ابي عبيد بن ابرص وهو يزيد بن دثار قال اتى على برجل سرق من المغنم فقال له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه وكان قد سرق مغفرا (و) لامن (حمام) فى الوقت الذى جرت العادة بدخوله لها روى ابن ابي شيبة فى مصنفه بعد ان قال باب الرجل يدخل الحمام فيسرق بسنده عن ابي الدرداء انه سئل عن سارق الحمام فقل لاقطع عليه وظنه البيهقى بالتخفيف فرواه بالتصنيف (و) لامن (بيت اذن فى دخوله) لوجود الاذن عادة فى الاول وحقيقة فى الثانى فاختل الحرز فيهما وفى العموم يقطع السارق من الحمام فى وقت الدخول فيه اذا كان له حافظ على قول ابي حنيفة وبه قال مالك والشافعي واحمد فى روايت وابو ثور وابن المنذر ولا يقطع على قول ابي يوسف ومحمد وبه احد ابو الليث والصدر الشهيد وفى شرح الوافى وعليه الفتوى وهو ظاهر المذهب وبه قال شمس الائمة وفاضيخان وهو الصحيح (ولا ان لم يخرجه) اى ولاقطع ان لم يخرج السارق المسروق (من الدار) لان الدار بما فيها فى يد صاحبها

في المعنى وهي كلها حرز واحد فلا بد من اخراج المسروق منها ليتحقق الاخذ من كل
 وجه (او) ان (ناول من هو خارج) يعني اذا نقب اللص ودخل واخذ المال وناوله آخر
 من خارج لاقطع على واحد منهما لان القطع يجب لهتك الحرز والاخراج ولم يوجد في حق
 واحد منهما لان الخارج لم يوجد عنه الهتك والداخل لم يوجد عنه الاخراج واماخراج ينقص بطل
 باعتراض يد الآخر عليه وقال مالك ان كانا متعاونين قطعا وان انفرد كل واحد بفعله دون
 اتفاق بينهما لم يقطعا وقال الشافعي 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 والشافعي واحمد يقطع ولو كان في الدار نهر جار فرمى بالمتاع في النهر ثم خرج
 واخذه ان خرج بقوة الماء لا يقطع وقال في النهاية معزيا الى المبسوط ان الاصح انه يقطع
 وبه قال مالك والشافعي واحمد (او) ان (ادخل) اي ولاقطع على من نقب بيتا وادخل
 (يده في بيت واخذ) وعن ابي يوسف في الاملاء انه يقطع وهو قول مالك والشافعي واحمد
 لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فصار كما لو ادخل يده في جيب غيره او كنه اوفي
 صندوقه واخذ ولنا ان السرقة هتك الحرز على الكمال مع اخراج المال والكمال في هتك
 حرز البيوت دخولها بخلاف الصندوق فان الممكن فيه ادخال اليد فيتم الهتك به مع
 الاخراج ولنا ايضا قول على رضي الله عنه اللص اذا كان ظريفا لا يقطع قيل وكيف ذلك قال
 ان ينقب البيت فيدخل يده ويخرج المتاع من غير ان يدخله (او) ان (طر) اي ولاقطع
 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 لو طر صرة داخله فيه يقطع لان الرباط في الداخلة من داخل
 فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم وقيد بالطر لانه لو حمل يقطع ان كان الرباط
 خارج الكم لانه يأخذ الدراهم من داخله ولا يقطع ان كان من داخل الكم لانه يأخذها
 من خارجه وعن ابي يوسف انه يقطع في الاحوال كلها لان المال محرز بالكم اذا كانت
 الصرة داخله وبصاحب الكم اذا كانت خارجة (او) ان (سرق) اي ولا يقطع ان سرق
 (جملا من قطار) وهو الابل على نسق واحد (او) ان سرق (جملا) من احمال قطار وقال
 مالك والشافعي واحمد يقطع لانه محرز بالحافظ وهو القائد او السائق او الراكب 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 الجمال او الحمل من القطار (ان حفظه ربه) لوجود قصد الحفظ منه فكان

محرزا بالحافظ (أو) ان (نام عليه) اى على الجهل والجهل 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 لقي رداء 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 (أو) ان (شق) اللص (الحمل)
 واخذ شيئا يبلغ نصابا لان الجوالق حرز (أو) ان (ادخل يده فى صندوق اوكم) اوجيب
 لان هذه الاشياء حرز لما فيها (أو) ان (اخرج) السرقة (من مقصورة) اى حجرة (دار)
 فيها مقاصير الى صحنها اى صحن الدار وذلك كمدرسه ونحوها (أو) ان (سرق صاحب
 مقصورة) اى حجرة من مقاصير دار كبيرة (من) مقصورة (اخرى) اى من مقاصير تلك
 الدار لان لكل مقصورة بابا وغلقا على حدة (أو) ان (القي) السارق (شيئا) يبلغ نصابا
 (فى الطريق ثم اخذه) وبه قال مالك والشافعى واحمد وقال زفر لا يقطع (او عمله) ان
 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 فلقرأة ابن مسعود (فاقطعوا ايديهما) 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 به فى الآية من الرسغ بعمل صلى
 الله عليه وسلم وعمل الصحابة وان عقد عليه الاجماع ولان هذا القدر متيقن به وفى الحدود يؤخذ بالمتيقن
 احتياطاً وقد روى الدار قطنى فى سننه ان النبى صلى الله عليه وسلم امر بقطع الذى
 سرق رداء صفوان من المفصل وروى ابن ابي 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 انها قطعاً من المفصل (وتحسم) اى تكوى لينقطع الدم بان تغمس فى الدهن
 الذى اغلى لما روى الحاکم فى المستدرک من حديث ابي 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 اثتوني
 به فقطع ثم حسم ثم اتى به فقال تب الى الله قال تب الى الله قال تاب الله عليك (ثم)

تقطع (رجله اليسرى ان عاد) ثانياً بالاجماع وهو من الكعب وقال ابو ثور والرافضة
من نصف القدم من معقد الشراك (فان عاد) وسرق (ثالثاً) اى لا يقطع (بل يسجن
حتى يتوب) وقال مالك والشافعى ان سرق ثالثاً تقطع يده اليسرى وان سرق رابعا
تقطع رجله اليمنى اعموم الآية فان هذا سارق له يد فتقطع بظاهر النص وتعيين اليمين
ابتداءً لا يبطل محمية اليسرى ولقوله عليه السلام اذا سرق السارق فاقطعوا يده فان
عاد فاقطعوا رجله فان عاد فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله رواه الدارقطنى فى سننه
وفى سننه الواقدي وفيه مقال وفى سنن ابى داود عن جابر قال جى بسارق الى النبى
صلى الله عليه وسلم فقال اقتلوه فقالوا يارسول الله انما سرق فقال اقطعه قال فقطع ثم
جى به الثانية فقال اقتلوه فقالوا يارسول الله انما سرق قال اقطعه قال فقطع ثم جى
به الثالثة فقال اقتلوه فقالوا يارسول الله انما سرق قال اقطعه فقطع ثم جى به الرابعة
فقال اقتلوه قالوا يارسول الله انما سرق قال اقطعه فقطع ثم جى به الخامسة فقال اقتلوه
قال جابر فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فلقيناه فى بئر ورمىنا عليه الحجارة وقال النسائى
حديث منكر واخرج هو فى سننه عن الحارث بن حاطب اللخمي ان النبى صلى الله عليه
وسلم اتى بلص فقال اقتلوه قالوا يارسول الله انما سرق قال اقطعه 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 الدارقطنى فى سننه والطبرانى فى معجمه
عن علقمة بن مالك قال سرق ملوك اربع مرات والنبى يعفوه 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 الموطأ عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه ان رجلا من
اليمن اقطع اليد والرجل قدم فنزل على ابى بكر الصديق فشكا اليه ان عامل اليمن ظلمه فكان
يصلى من الليل فيقول ابو بكر وايبك 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 الخلى عند صائغ زعم ان الاقطع جاء به فاعترف الاقطع
اوشهد عليه به فامر به ابو بكر فقطعت يده اليسرى وقال ابو بكر لدمؤه على نفسه
اشد عليه من سرقة ولنا ما روى محمد بن الحسن فى كتاب الآثار عن ابى حنيفة عن
عمرو بن مرة عن عبد الله 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 اى

لا ستمحى من الله ادعه ليس له يد يأكل بها ويستنجى بها ورجل يمشى عليها ومن طريق
محمد رواه الدار فطنى ورواه عبد الرزاق فى مصنفه عن الشعبي قال كان على لا يقطع
الا اليد والرجل وان سرق بعد ذلك سجنه ويقول انى لا ستمحى من الله ان لا ادع له يدا
يأكل بها ويستنجى بها وقول ابن عباس كقول على رواه ابن ابي شيبة واخرج البيهقى عن
عبد الله بن سلمة عن على انه انى بسارق فقطع يده ثم انى به فقطع رجله ثم انى به فقال
اقطع يده فباى شىء يتمسح وبأى شىء يأكل اقطع رجله على اى شىء يمشى انى لا ستمحى
من الله ثم ضربه وغلده فى السجن وفى تنقيح ابن عبد الهادى عن ابي سعيد المقبرى قال
حضرت على بن ابي طالب وقد انى برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فقال لاصحابه
ما ترون فى هذا قالوا اقطعه يا امير المؤمنين قال اقتله اذا وما عليه القتل باى شىء
يأكل الطعام باى شىء يتوضأ للصلوة باى شىء يقتسل من جنابته باى شىء يقوم على
 حاجته فرده الى السجن اياما ثم استخرجه فاستشار اصحابه فقالوا مثل قولهم الاول وقال
لهم مثل ما قال اول مرة فجلده جلدا شديدا ثم ارسله وروى ابن ابي شيبة عن ابي خالد عن
هجاج عن سماك عن بعض الصحابة ان عمر استشارهم فى سارق فاجمعوا على مثل قول
على وروى ايضا عن ابي اسامة عن عبد الرحمن بن يزيد بن جابر عن مكحول ان عمر
قال اذا سرق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله ولا تقطعوا يده الاخرى وذروه يأكل
بها ويستنجى بها ولكن اهبسوه عن المسلمين واخرج عن النخعي قال كانوا يقولون لا يترك
ابن آدم مثل البهيمة ليس له يد يأكل بها ويستنجى بها انتهى وعلوهم حملوا قطع النبى
عليه السلام وابي 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 زايد فى السارق
بدليل امر النبى صلى الله عليه وسلم بقتله من اول سرقة 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 ابي ليلى وابوبكر
الحنبللى لا يشترط لان القطع حق الله كحد الزنا ولنا ان مع عدم الخصومة والمطالبة تتمكن
شبهة ان مالكه اياه او وقفه على المسلمين وشبهة اذن الدخول فى الحرز
فاعتبرت الخصومة والمطالبة فعلا لذلك اما الزنا فلا يباح بالاباحة فلان تمكن فيه هذه الشبهة
وعلى هذا الخلاف لو غاب المالك عند القطع فعندنا وعند الشافعى واحمد لا يقطع وعند مالك

ومن ذكر معه يقطع (أو) خصومة (ذى يد حافظ كالمودع ونحوه) وهو المستعير والمستأجر والمضارب والمرتهن والاب والوصى ومتولى الوقف فان السارق يقطع بخصومة هؤلاء عند علماءنا الثلاثة وقال الشافعى لاحق في الخصومة لغير المالك والوكيل والمودع والمرتهن (وما قطع) السارق (به ان بقى) ولو فى يد من باعه السارق او رهنه له (رد) الى المالك اجماعا ويبطل البيع او الهبة ان كان لانه بالسرقه 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 وحمام والحسن واسحاق والبشر يضمن فى الحالتين فيجب على السارق رد قيمة المسروق ان كان قيميا ورد مثله ان كان مثليا لعوم قوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقال علماءنا 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 لاضمان 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 يفرم صاحب سرقة اذا اقيم عليه الحد قال النسائى هذا مرسل وليس بثابت واخرجه الدار قطنى فى سننه بلفظ لا فرم على السارق بعد قطع يمينه قال والمسور لم يدرك عبد الرحمن بن عوف فان صح اسناده فهو مرسل وقد تقدم ان الارسال غير فادح عندنا بعد ثقة الراوى واماتته وروى الحسن عن ابي حنيفة وجوب الضمان فى المستهلك (ومعصوم) اى مسلم او ذمى 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 بظهور فيه سيما الصالحين وقال النخعى وقتادة وعطاء واحمد بشر د قاطع الطريق من الامصار وقال طائفة من اهل العلم وهو مروي عن ابن عباس ينفى من بلده الى بلد غيره وقال مالك وابن شريح من اصحاب الشافعى يجبس 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 كفى اذاه عن الناس ونفيه من دار الاسلام الى دار الحرب فيه تعريضه للردة وصيرورته حربا لنا فقلنا المراد بنفيه من الارض دفع شره بالحبس اذ الحبس بعد خارجا من الدنيا كما قال الشاعر (خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها * فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى) ثم لقطع الطريق شرابط 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 في المصر او بقرب منه او بين قريتين لا يكون قطعاً للطريق خلافاً لمالك والشافعي وتوقف احمد وعن ابي يوسف انهم ان كانوا في المصر ليلاً او فيما بينه وبين المصر اقل من مسيرة سفر يجزى عليهم احكام القطاع وعليه الفتوى لصحة الناس ومنها ان يكون المأخوذ قدر النصاب وبه قال الشافعي 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 ذارحم محرم منهم او صبياً او مجنوناً لا يجب عليهم القطع لان الجنابة واحدة فالامتناع في حق البعض امتناع في حق الياقين خلافاً لابي يوسف ومالك والشافعي واحمد واوكان فيهم امرأة ففي رواية يقطع وبه قال مالك والشافعي واحمد والاصح انها لا تقطع ومنها ان يؤخذوا قبل التوبة حتى لو اخذوا بعدها وبعد رد المال سقط منهم الحد ولا خلاف فيه ولكن لا يسقط القصاص وضمان المال الهالك (وان اخذ) مالا لمسلم او ذمي سواء جرح اولاً (ونصيب كل نصاب قطع يده ورجله من خلاف) بان قطع يده اليمنى ورجله اليسرى لثلاث يفتوت جنس المنفعة (وان قتل بلا اخذ) مال (قتل مدا) لا قصاصاً حتى لا يعفو الولي (و) ان قتل (معه) اى مع اخذ المال (قتل او صلب) حياً في ظاهر الرواية ثلاثة ايام ويبعج بطنه برمح حتى يموت اى يشق (او قطع) يده ورجله من خلاف (ثم قتل او صلب) كما ذكرناه وهذا موافق بجامع البزدوى وفي الهداية وصلب بالواو وكل منهما للامام فعله ثم ينزل بعد ثلاثة ايام ويحلى بينه وبين اهل ليدفنوه لانه لو ترك لتغير وتأذى الناس به وقيل يرى ابو يوسف تركه مصلوباً حتى يسقط ليكون ابلغ في الاعتبار وقال محمد يقتل او يصلب ولا يقطع وفي عامة المباسيط وشروح الجامع ابو يوسف مع محمد وبه قال الشافعي واحمد في رواية ومالك ان كان ذا رأى وعن ابي يوسف ان الامام لا يترك الصلب لانه المنصوص عليه والمقصود منه التشهير ليرتدع به غيره وبه قال الشافعي واحمد وعن الطحاوى انه يقتل ثم يصلب توقيفاً عن المثلة وبه قال الشافعي واحمد والاصل في ذلك قوله تعالى (انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فساداً ان يقتلوا او يصلبوا او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف او ينفوا من الارض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة 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 الجنابات

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 والنخعي وابو ثور وداود ان الامام مخير فيه لظاهر النص وذكر التمرناشى ان الاحوال عندنا خمس الاولى تخويف فقط وفي هذا يعزروا ادنى التعزير ويجسوا 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 وفي هذا القطع من خلاف فقط ولا حكم للمجرح عندنا لان حكم مادون النفس عندنا حكم المال فيسقط ضمانه مع القطع والخامسة ان يأخذوا المال ويقتلوا او يقتل ائمتهم معصوما بسلاح او غيره والامام هنا مخير كما ذكرنا في المتن والله سبحانه اعلم *

كتاب الجهاد

هو لغة مصدر جاهد مجاهدة ومنه قوله تعالى (وجاهدوا في الله حق جهاده) وهو اعم من المقاتلة لحديث رجعتنا من الجهاد الا صغر الى الجهاد الاكبر وشرعا دعاء الى الدين الحق وقاتل مع من لا يقبله ويسمى كتاب السير لانه يبين فيه سيرة المسلمين في معاملتهم اهل الحرب واهل الذمة والمستأمنين (وهو فرض عين ان هجم الكفار) على بلد وصار النفير عاما ولايتها دفعهم الا بالكل (فتخرج المرأة والعبد بلا اذن) من الزوج والسيد لان حق الزوج والمولى لا يظهر في حق فروض الاعيان كالصلوة والصيام ولذا يخرج الولد بغير اذن والديه والمديون بغير اذن دابنه وفي غير هذه الحالة لا يخرجان الا باذنها وكذا في كل سفر فيه مشقة لان الاشفاق على الولد مضر بوالديه وعلى المديون يضر بدابنه والاصل في ذلك قوله تعالى (انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا باموالكم وانفسكم في سبيل الله ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون) اى اخرجوا الى الجهاد شبابا وشيوخا وركبانا ومشاة او عزابا ومناكحين او اغنياء وفقراء (وفرض كفاية بداء) 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 (اثم كل من المسلمين بتركه) لانه فرض عليهم وفي النسخة عند النفير العام بصير فرض عين على من يقرب من العدو وهم يقدرون على الجهاد واما من عداهم من بعد ففى حقهم فرض

كفاية اذا لم يحتاج اليهم فاذا احتيج اليهم بان عجز القريب او تكاسل ولم يجاهد بصير
فرض عين على من يلد لهم 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 او عاجزون عن اقامتها وقال ابن المسيب الجهاد ابتداء
فرض عين وقال الثوري ليس بفرض وقوله تعالى (كتب عليكم القتال) للندب كقوله
تعالى (كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقر بين
بالمعروف) ولنا قوله تعالى (لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير اولى الضرر والمجاهدون
في سبيل الله باموالهم وانفسهم فضل الله المجاهدين باموالهم وانفسهم على القاعدین درجة
وكلا وعد الله الحسنی) ولو كان فرض عين لدم تاركه ولم يوعد بالحسنی وايضا كانت
الصحابة يغزو بعضهم ويقعد بعضهم ولو كان فرض عين لما قعدوا وروى ابو داود انه
عليه السلام قال لا تزال طائفة من امتي يقاتلون على الحق ظاهرين على من ناوهم حتى
يقاتل آخرهم المسيح الدجال وفي المتفق عليه والذي نفسى بيده لولا ان رجالا من
المؤمنين لا نطيب انفسهم ان يتخلفوا عنى ولا اجد ما حملهم عليه ما تخلفت عن سرية تغزو
في سبيل الله وفيه ايضا من جهز غازيا في سبيل الله فقد غزا ومن خلف غازيا في اهل بخير
فقد غزا ولان المقصود منه اعلاء كلمة الله وقهر اعدائه وذلك يحصل بالبعض كصلوة الجنابة
ورد السلام وعليه انعقد اجماع العلماء الاعلام وفي المبسوط والذخيرة كان صلى الله عليه وسلم في
في 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 بالتي هي احسن) ثم امر بالقتال اذا
كانت البداءة منهم بقوله سبحانه وتعالى (اذن للمذين يقاتلون بانهم ظلموا) اى اذن لهم في الدفع
ثم امر بالقتال ابتداء في بعض الازمان وهو غير الاشهر الحرم لقوله تعالى (فاذا انسأخ الاشهر
الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) ثم امر بالقتال في الازمان كلها وفي الاماكن باسرها
بقوله تعالى (فقاتلوهم حتى لا تكون فتنة) وقوله تعالى (فقاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم
الآخر) (وقاتلوا المشركين كافة) وما يدل على ان تحريم القتال في الاشهر الحرم منسوخ
انه عليه السلام حاصر الطائيف لعشر بقين من المحرم والمحصرة نوع من المقاتلة
(لاعلى صبي) اى لا يفترض الجهاد على صبي لضعف بنيته (وعهد وامرأة) لتقدم حق المولى
والزوج ولضعف بنية المرأة (واعمى ومقعد واقطع) لعجزهم والشيخ الكبير في معنائهم لقوله
تعالى (لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير اولى الضرر والمجاهدون) وقوله تعالى (ليس

على الاعمى حرج ولاعلى الاعرج حرج ولاعلى المريض حرج (فيما صرحهم) الامام اوناينة
 اذا دخل ارضهم (ويدعوهم الى الاسلام) وجوبا او ندبا لما سيأتى فان اجابوا كف عنهم
 لما في الصحيحين عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انى امرت ان اقاتل
 الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فمن قالها عصم منى ماله ونفسه الاجقه وحسابه على الله
 وروى احمد وعبد الرزاق في مصنفه عن سفيان الثورى عن ابن نجيب 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 السلام كان اذا امر امير على جيش اوسرية امره به وهذا ان
 كانوا ممن تقبل منهم الجزية واما من لا تقبل منهم كالمتردين وعبدة الاوثان من العرب
 الذين لا يقبل منهم الا الاسلام فلا فائدة في 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 قدمه كدمنا ودينه كديننا رواه الدارقطنى
 وفي اسناده ابو الجنوب واما في الهداية لقول على انما بدلوا الجزية ليكون دماؤهم
 كدمائنا واموالهم كاموالنا فلا يعرف بهذا اللفظ (فان ابوا) من قبول اعطاء الجزية (بقائلهم)
 اى الامام (بما يهلكهم) من روى بمنجنيق وتحريق بنار وتفريق 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 لانسد باب القتال معهم
 لان حصونهم ومدائنهم قل ما يتلو عن مسلم واما لو غلب على حصونهم وكان فيهم ذمى
 مجهول لا يعرف بعينه فلا يجوز قتل العام ولو ترسوا باسارى من المسلمين او بصبيان
 منهم لم تكفى ونقصهم دون من ترسوا به لانه يلزمنا التمييز فعلا ان قدرنا عليه
 والا يلزمنا نيته اذ الطاعة بحسب الطاقة ولادية علينا ولا كفارة فيما اصبنا منهم لان الجهاد
 فرض فيمنع كون الفعل تعديا وقال مالك والشافعى واحمد ان لم تدع الضرورة الى رميهم
 لم يجوز رميهم هذا وقال الواقدى في كتاب المغازى قال سلمان الفارسى يا رسول الله مرنى
 ان تنصب عليهم المنجنيق فانا كنا بارض فارس ننصب المنجنيق على الحصون فنصيب
 من عدونا فان لم يكن منجنيق لطلال المقام فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فعمل
 منجنيقا بيده فنصبه على حصن الطائف والمنجنيق بفتح الميم ويكسر آله يرمى بها الحجارة
 معربة وقد تذكر فارسيتها من چه نيك اى ما اجدونى 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 اوصاه في خاصته بتقوى الله وبمن تبعه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله
 في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا 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 كعرب المسلمين يجرى عليهم حكم الله
 الذى يجرى على المؤمنين ولا يكون لهم فى الغنيمة والفىء 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 تدري اتصيب حكم الله فيهم ام لا ثم افضوا فيهم بعد ما شئتم
 فلونزل 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 فى 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 ولا يجرى عليهم ذمة اهل الحرب
 وحكم الله فيهم معلوم وماروى كان فى ابتداء الاسلام ولما استقر الشريعة 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 رسول الله صلى الله عليه وسلم يدعوهم فقال لهم انما كنت رجلا منكم فهدانى الله
 للاسلام فان اسلمتم فلکم مالنا وعليکم ما علينا وان ابیتم فادوا الجزية وانتم صاغرون فان
 ابیتم فابندناکم على سواء ان الله لا يحب الخائنين فعل ذلك بهم ثلاثة ايام فلما كان فى اليوم
 الرابع امر الناس فغزوا اليها وفتحوها وروى السنة 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 في الانذار الا اذا علم انهم بالدعوة يستعدون او يجتالون بجيلة او يتحصنون لان الدعوة مستحبة ودفع الضرر واجب وفي المحيط بلوغ الدعوة اما حقيقة او حكما بان استفاض شرقا وغربا انهم الى ما ذا يدعون وعلى ماذا يقاتلون فاقيم ظهور الدعوة مقامها في حق كل مشرك لها روى الشيخان عن ابن عوف قال كتبت الى نافع اسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب الى انما كان ذلك في اول الاسلام قد اغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بنى المصطلق وهم غارون اى غافلون وانعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم واصاب يومئذ جويرية بنت الحرث (وقطع شجرهم وذرعههم) اى يقاتلهم بما يهلكهم وبقطهما وعن الشافعى في قول واحمد في 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) الآية وفيها يقول حسان ابن ثابت شعرا * وهان على سراة بنى لؤى * مريق بالبويرة مستطير * وفي المحيط ينبغى للامام اذا تبين بالفتح بدون التفريق والتعريق ان لا يفعل (بلا غدر) اى يقاتلهم بلا خيانة ونقض عهد وفي المحيط وهذا بعد الظفر واعطاء الامان واما قبلهما فلا بأس به يعنى لقوله عليه السلام الحرب خدعة واما قول صاحب الهداية ولا بد من التبذ تحرزا عن الغدر لقوله عليه السلام فى العهود وفاء لاغدر 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 او ينبت اليهم على سواء قال فرجع معاوية بالناس رواه ابو داود والنسائى والترمذى وهذا لفظه وقال حسن صحيح (و) بلا (غلول) وهو السرقة من المضم (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 قتادة عن انس ان نفرا من عكل ثمانية وفى لفظ ابن 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 راعيها فى ابل 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 النبي صلى الله عليه وسلم فبعث في اثرهم فاتي بهم فقطع ايديهم
 وارجلهم وسمل اعينهم وتركهم في الحرة حتى ماتوا وفي لفظ والقوا في الحرة يستسقون ولا
 يسقون ولم يحسبهم حتى ماتوا وفي لفظ فقطع ايديهم وارجلهم ثم امر بسامير فاحميت ثم
 كحلهم بها وفي لفظ وتركهم بالحرة يعضون الحجارة وهذا يدل على جواز المثلة اجيب بانه
 محمول على النسخ فان في آخر الحديث قال قتادة بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
 كان بعد ذلك يبحث على الصدقة وينهى عن المثلة وفي لفظ لهما قال قتادة فثنى محمد
 ابن سيرين ان ذلك كان قبل ان تنزل الحدود وفي لفظ للبيهقي قال انس فما خطبنا رسول الله
 صلى الله عليه وسلم بعد هذا خطبة الا نهى فيها عن المثلة وممن قال بنسخة الشافعي وروى
 الواقدي في كتاب المغازي عن اسحاق عن صالح مولى التؤمة عن ابي هريرة قال لما
 قطع النبي صلى الله عليه وسلم ايدي اصحاب اللقاح وارجلهم وسمل اعينهم نزلت هذه
 الآية (انها جزاء الذين يحاربون الله ورسوله) الى آخر الآية فلم تسمل بعد ذلك عين قال
 وحدثنى ابو جعفر قال ما بعث النبي صلى الله عليه وسلم بعد ذلك بعثا الا نهاهم عن
 المثلة او محمول على انه فعل بهم ما فعلوا بالرعاء وقد جاء مصرها به عند مسلم عن انس
 قال انها سمل النبي صلى الله عليه وسلم اعين اولئك لانهم سملوا اعين الرعاء وروى ابن
 سعد في خبرهم انهم قطعوا يد الراعي ورجله وغرزوا الشوك في لسانه وعينيه حتى مات
 وعلى هذا ما فعل بهم ليس بمثلة فان المثلة ما كان ابتداء من غير جزاء (و) بلا (قتل
 عاجز من القتال) كالصبي والمجنون والاعمى والمرأة والشيخ الذي لا يقدر على
 الصياح عند التقاء الصفيين (الا ملكة) او مقاتلا (او ذارأى في الحرب او ذامال يبحثه) على القتال
 لتعدى ضررهم الا ان الصبي والمجنون والاعمى والمقعذ يقتلان ماداما يقتلان وغيرهما لا بأس
 بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة وروى الجماعة الا ابن ماجه عن نافع عن ابن عمر ان امرأة
 وجدت في بعض مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم مسلم مقتولة فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن
 قتل النساء والصبيان وفي لفظ للمشيجين فانكر قتل النساء والصبيان وروى ابو داود عن انس بن
 مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا بسم الله وعلى ملته رسول الله لا تقتلوا
 شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امرأة ولا تغلوا وضموا وغنائمكم واصحوا واحسنوا ان الله يحب
 المحسنين وقد امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل زيد بن الصمة يوم حنين وكانوا
 احظروه 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 جاهدك على ان تشرك
 بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا) وليس من المعروف فيهما

ان يقتلها قيد بالبدأ لان الابن له قتل ابيه الكافر فيما لا يمكنه دفعه الا بالقتل لان مقصود الابن حينئذ الدفع الا ترى ان الاب المسلم لو شهر سيفه على ابنه بحيث لا يمكن للابن دفعه الا بقتل له ان يقتله فالكافر اولى ولو كان الاب والابن في سفر وعطشا ومع الابن ما يكفي لاحدهما للابن ان يشربه وان كان الاب يموت عطشا فكذا هذا وحكم الام والجد والجدة كلاب ولو كان الكافر اخا للمسلم المجاهد كان له ان يقتله ابتداء بخلاف الباغي اذا كان اخا للطابع حيث لا يجوز للطابع قتله باتفاق وعند الشافعي يكره له ان يقتل ذا رحم محرم وفي ذي رحم غير محرم وجهان احدهما يكره والاخر لا يكره ومنه ذهب مالك واهمده كمنههنا ولا يكره للاب قتل ابنه الكافر ابتداء وعند الشافعي يكره (و) بلا (اضراج مصحف وامرأة الا في جيش يؤمن) فيه عليهما لان الغالب حينئذ السلامة والغالب كالمحقق بخلاف الجيش الذي لا يؤمن فيه عليهما وهو السرية لان في اغراجها تعريض المصحف للاستخفاف وتعريض المرأة للفساد والضياع وقد روى الجماعة الا الترمذي عن ابن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يسافر بالقرآن وفي لفظ مسلم عنه ايضا قال قال عليه السلام لا تسافروا بالقرآن فاني لا آمن ان يناله العدو ويجوز للمجاهدين ان يخرجوا في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة لان خروج النساء مع النبي صلى الله عليه وسلم لذلك مشهور ولا يباشرن القتال لانه يدل على ضعفنا الا للضرورة وكره الجعل ان وجد للمسلمين فني فليس للامام ان يضرب الجعل على الناس الذين يخرجون الى الجهاد وهذا لانه يشبه الاجرة على الطاعة وتمحض الاجرة حرام فما اشبهها يكره ولان بيت المال معد لنوايب المسلمين وهذا من جملة ما فعلى الامام كفايتهم منه واما ان لم يوجد في فلا بأس بتقوية القاعد المجاهد لقول ابن عباس انه عليه السلام استعار من صفوان بن امية درعا وسلاحا في غزوة حنين فقال يا رسول الله اعارية مؤداة قال نعم رواه احمد والحاكم وقال حديث صحيح على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه ورواه ابن حبان في صحيحه عن صفوان بن امية قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا انتك رسل فاعظهم ثلاثين بعيرا وثلاثين درعا قال قلت اعارية مؤداة يا رسول الله قال نعم وكان عمر يعزى الاعزاب عن ذى الحليفة ويأخذ فرس المقيم فيعطيه المسافر رواه ابن ابي شيبة والواقدي ولانه اعانة على البر وجهاد بالمال وكلاهما منصوصان واحوال الناس في الجهاد تتفاوت فمنهم من يقدر عليه بالنفس والمال لقدرته عليهما ومنهم من يقدر عليه بالنفس بقوته دون المال لفقده ومن يقدر عليه بماله دون النفس لعجزه فيجهز الغنى بماله الفقير القادر حتى يكون الخارج

مجاهدا بنفسه والقاعد بباله والمؤمنون كالبنيان يشد بعضهم بعضا (ويصالحهم) بلا مال على
 مدة ما يراها (ان كان) الصالح (غيرا) 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 ابوداود وكان في ذلك نظر للمسلمين لانه كان بين اهل مكة وبين اهل حنين مواطاة
 اى موافقة وفي 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 لايجوز 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 الباقي بينهم لكونه مأخوذا بالقهر ولو
 حاصر العدو المسلمين وطلبوا الصالح ببال يأخذونه من المسلمين لايفعل ذلك لما فيه
 من اعطاء الدنية والحاق المذلة بالمسلمين الا اذا خاف الهلاك لان رفع الهلاك باى
 طريق امكن واجب وقد اراد رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الاحزاب ان يصرف الكفار
 عن المسلمين بثلاث ثمار المدينة كل سنة فقال سعد بن معاذ وسعد بن عباد يارسول
 الله ان كان هذا عن وحى فامض بما امرت به وان كان رأيا رأيتك فقد كنا فى الجاهلية لم
 يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لايطعمون من ثمار المدينة الا شراء او قرضى فاذا اعزنا الله
 وبعث فينا رسوله نعطيهوم الدنية لانعطيهم الا السيف فقال عليه السلام انى رأيت العرب
 رمتكم عن قوس واحد فاحببت ان اصرفهم عنكم فان ايتم ذلك فانتم وذاك (ونبذ) اى
 طرح الامام او نائبه صالحهم (ان كان) اى النبذ (انفع) لان المصالحة لما تبدلت كان النبذ
 جهادا صورة ومعنى وتركه ترك الجهاد صورة ومعنى ثم لا بد من اعلامهم بالنبذ لقوله تعالى
 (واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء ان الله لايجب الخائنين) اى على سواء
 منكم ومنهم فى العلم بذلك ونحرزا عن الضرر لقوله عليه السلام لسكل غادر لواء يوم
 القيمة يعرف به رواه احمد والشيخان (ويقاتلهم قبل نبذ ان خانوا) لان النبذ لنقض العهد
 وقد انتقض وتوضيحه انه يقاتلهم بلانبذ ان خان ملكهم او احد منهم بعلمه لانه عليه السلام
 غزا قريشا بلا ائذار اليهم لما نقضوا العهد الذى جعل بينه وبينهم فى عام الحديبية (وصالح
 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 التأخير مصلحة للمسلمين كما فى اهل
 الحرب وانما لا يؤخذ منهم مال لان اخذه يشبه اخذ الجزية من جهة ان كلامهما فى مقابلة

ترك القتال وهم لا يقبل منهم الجزية فكذا هذا (وان اخذ) المال من المرتد على الصالح
(لا يرد) عليه لان اموالهم غير معصومة فجاز اخذها ابتداءً بغير رضاهم ولان في الرد عليهم
معونة لهم (ولا يباع سلاح وحديد وخيل منهم) لما روى الطبراني في معجمه والبيهقي في
سننه عن عمران بن حصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح في
الفتنة ولان فيه تقوية لهم على الحرب (ولو) كان البيع (بعد صالح) لان الصالح على شرف
النقض او الانقضاء ولا يمنع احد من ادخال الطعام والثياب بلادهم والقياس ان يمنع لان
فيه تقويتهم الا انا تركناه لما رواه البيهقي في دلائل النبوة عن ابي هريرة فنذكر قصة اسلام
ثمامة في آخرها فقال اني والله ماصبوت ولكن اسلمت وصدقت محمداً وامننت به والذي
نفس ثمامة بيده لاتأتينكم حبة من اليمامة ما بقيت 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 يسألونه بارحامهم ان يكتب الى ثمامة يخلى اليهم حمل الطعام ففعل عليه السلام
ولو شرطوا ان يرد عليهم الامام من جاء منهم مسلماً بطل الشرط عندنا وبه قال مالك وقال
الشافعي واحمد في رواية يجب الوفاء به في الرجال دون النساء لان سهيلاً شرط على النبي
صلى الله عليه وسلم في صالح الحديبية ان من جاء منهم يردده اليهم ولنا قوله تعالى (يا أيها
الذين امنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتنوهن الله اعلم بايمانهن فان علمتموهن
مؤمنات فلا ترجعهن الى الكفار) والشرط الذي في صالح الحديبية ان تسخ بما تلونا لانه
كان شاملاً للذكور والاناث (وصح امان حر وحررة) لكافر او جماعة او لاهل حصن او مدينة
مؤبداً او موقفاً لما روى البخاري في الجهاد ومسلم في الحج من حديث علي بن ابي طالب
قال ما كتبنا عن النبي صلى الله تعالى عليه وسلم الا القرآن وما في هذه الصحيفة قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم المدينة حرم فمن احدث فيها حدثاً او آوى محدثاً فعليه لعنة الله
والملائكة والناس اجمعين لا يقبل الله منه يوم القيمة صرفاً ولا عدلاً وذمة المسلمين واحدة
يسعى بها ادناهم فمن اخفر مسلماً فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل الله منه
يوم القيمة صرفاً ولا عدلاً والذمة العهد وادناهم اقلهم وهو الواحد من الدنو وفسره محمد
بالعبد فجعل من الدنائة واخفرتة اذا نقضت عهده وغدرت به اما امان الحر فلانه من اهل القتال
ومنعة الاسلام واما امان الحر فلما في الصحيحين ان ام هانئ قالت يا رسول الله زعم ابن امي علي انه
قاتل رجلاً اجرتة فلان بن هبيرة فقال عليه السلام قد اجرتنا من اجرت وامننا من امننت وفي
معجم الطبراني عن انس بن مالك ان زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم اجارت
ابا العاص فاجاز النبي صلى الله عليه وسلم جوارها وان ام هانئ بنت ابي طالب اجارت عقيلاً

فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم جوارها وقال يجير على المسلمين ادناهم (وان كان) امان
الحر او الحرة (شرا بندي) الامام او نائبه الامان رعاية لمصلحة المسلمين وتحريزا عن الغدر
(وادب) الحر والحرة لاستبداده برأيه في الحرب دون الامام بخلاف ما اذا كان الامان خيرا
حيث لا يؤدب واحد منهما لانه ربما يفوت المصلحة بالتأخير فيكون معذورا (ولغا امان ذمي)
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 لا يصح (و) لغا امان (اسيرو) امان (تاجر) مسلم (معهم و)
امان (من اسلم ثمه) اى في دار الحرب (ولم يهاجر اليها) لان هؤلاء مقهورون تحت ايديهم
فلا يخافونهم والامان انما يكون من الخوف ولغا امان مسلم اذا دخل عسكر اهل الحرب
في 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 ابي حنيفة واكتفيا بالشرط الثالث في صيرورتها دار حرب كعكسه وهو
صيرورة دار الحرب دار الاسلام فانه بظهور احكام الاسلام فيها من غير شرط آخر (و)
لغا (امان صبي) وامان (عبد محجورين) عن القتال (و) امان (مجنون) لان قول الصبي
والمجنون لا يعتبر كما في الطلاق والعتاق وقال محمد يصح امان الصبي المحجور وهو قول مالك
واحمد قيد بكونه محجورا عن القتال لانه لو كان مأذونا له فيه فالاصح انه يصح امانه اتفاقا وقال
محمد يصح امان العبد المحجور عن القتال وهو قول ابي يوسف فيما ذكر الكرخي وقول
مالك والشافعي واحمد لقوله عليه السلام ذمة المسلمين واحدة يسعى بها ادناهم ولما روى
عبد الرزاق وابن ابي شيبة في مصنفيهما عن معمر بن عاصم بن سليمان عن فضيل بن
يزيد الرقاشي قال شهدت قرية من قرى فارس يقال لها شاهرتا فحاصرتها شهر ا حتى
اذا كنا ذات يوم وطمنا ان نصبحهم انصرفنا عنهم عند المقييل فتخلف عبد منا فاستأمنوه
فكتب اليهم في سهم امانا ثم رمى بها اليهم فلما رجعنا اليهم خرجوا في ثيابهم ووضعوا
اسلحتهم فقلنا ما شأنكم قالوا امنتونا واخرجوا الينا السهم فيه كتاب امانهم فقلنا هذا عبد
والعبد لا يقدر على شئ وقالوا لاندرى عبدكم من حر كم وقد خرجنا بامان فكتبنا الى عمر
رضي الله عنه فكتب ان العبد المسلم من المسلمين وامانه امانهم ولا ي حنيفة وابي يوسف ان
الامان جهاد معنى وهو محجور عليه عن الجهاد فيكون محجورا عليه عن الامان وحديث
الفضيل محمول على المأذون له في القتال دون المحجور عليه والله تعالى اعلم

فصل

في المغنم والقسمة (ما فتح) من البلاد والاراضي (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 في سواد العراق في جماعة من الصحابة كما سيحىء وقيل الاول هو الاولى عند حاجة الغانمين والثانى عند عدم حاجتهم ليكون عدة في الزمان الآتى وقال الشافعى واحمد يقسم الاراضى ولا يتركها في ايديهم وقال مالك في المشهور عنه هى وقفى على مصالح المسلمين وعنه ان الامام يقسمها كمنهيب الشافعى وعنه انه خير كمنهيبنا ولنا ما روى البخارى في صحيحه ان اسلم قال ان عمر قال والذى نفسى بيده لولا ان اترك آخر الناس بيانا ليس لهم شىء 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 لاشىء لهم ما افتتح المسلمون قرية الا قسمتها سهما لنا كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر سهما لنا وروى 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 والنبي صلى الله عليه وسلم معهم له سهم كسهم اقدمهم وعزل رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانية عشر سهما وهو الشطر الآخر لنوابه وما ينزل به من امر المساهمين فلما صارت الاموال بيد النبي 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 ما يخرج منها فلم يزل على ذلك حيوة رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر حتى كان عمر فكثر العمال فى المسلمين وقوا 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 ان 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 ولا تلالا ولا اجمة ولا مستنقع ماء ولا ما لا يبلغه الماء فمسح عثمان كل شىء دون الجبل يعنى حلوان الى ارض العرب وهو اسفل الفرات وكتب الى عمر انى وجدت كل شىء 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 او غامر عمله

صاحبه اولم يعمله درهما و قفيزا و افرض على الكرم على كل جريب عشرة دراهم
وعلى الرطاب خمسة دراهم و اطعمهم 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 اثني عشر درهما وقال درهم لا يعوز رجلا في شهر ورفع عنهم الرق
بالخراج الذي وضعه في رقابهم وجعلهم اكرة في الارض وحمل من خراج سواد الكوفة
الى عمر في اول سنة ثمانون الف الف درهم ثم حمل من قابل مائة وعشرون الف الف درهم
ثم لم يزل كذلك اى في التزايد وفي المحيط ان الجريب ستون ذراعا بذراع الملك كسرى
وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة انتهى والقفيز الهاشمى اربعة امناء والمان مائتان وستون
درهما وفي 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 تبوءوا الدار والايمان) الى قوله (والذين
جاؤا من بعدهم) فقال ارى لمن بعدكم نصيبا في الفىء فلو قسمتها بينكم لم يكن لمن بعدكم في
الفىء نصيب فمر بما عليهم وجعل الجزية على رؤسهم والخراج على اراضيهم ليكون ذلك لهم
ولمن يأتى بعدهم من المسلمين ولم يخالفه في ذلك الا نفر يسير منهم بلال ولم يزلوا على
خلافه حتى دعا عليهم على المنبر اليوم اكفى بالالا واصحابه فما حال عليهم الحول وفيهم
عين تطرف اى ماتوا جميعا (وقتل الاسرى) اذالم يسلموا سواء كانوا من مشركى العرب
او من المرتدين او من غيرهم (او استرقهم او تركهم احرا اذما) اى مضر و با عليهم الجزية
اذا كانوا من غير مشركى العرب وغير المرتدين اما القتل فلانه محسوم مادة فسادهم ولانه صلى
الله عليه وسلم قتل اسارى بنى قريظة وكانوا ما بين الثمانمائة والتسعمائة واما الاسترقاق او تركهم
احرا اذما فلنا فلان في 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 او وضع الجزية
عليه بعد اسلامه لا يجوز وقيدنا استرقاقهم او تركهم احرا بغير المشركين وغير المرتدين لان هاتين
الفرقتين ليس فيهم اذالم يسلموا الا القتل روى الشيخان عن انس ان النبى صلى الله عليه
وسلم دخل عام الفتح وعلى رأسه مغفر فلما نزع 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 ويتركون من لم يثبت فكنت
فيمن ترك وروى البيهقى في دلائل النبوة عن جابر قال رمى سعد بن معاذ يوم الاحزاب
فقطعوا اكله فحسمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنار فانفتحت يده فنزفه الدم فحسمه اخرى

فانفتحت فلما رأى سعد ذلك قال اللهم لاتخرج نفسى حتى تقر عيني من بنى قريظة فاستهسك عرقه فما
 قطر قطرة حتى نزلوا على حكم سعد بن معاذ فارسل اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فحكم ان يقتل
 رجالهم وتسيى نساؤهم وذراريهم يستعين بهم المسلمون فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لسعد
 لقد اصبت حكم الله فيهم وكانوا الربعائة فلما فرغ من قتلهم انفتق عرقه فمات والا كحل عرق في اليد
 وهو عرق الحياة (ونفى) بضم النون وكسر الفاء اى منع (منهم) بفتح الميم وتشديد النون اى
 تركهم من غير ان يؤخذ شىء منهم وقال الشافعى يجوز لقوله تعالى (فاما منا بعد واما فداء)
 واماروى البخارى في صحيحه ان عمر بن الخطاب اصاب جاريتين من سبى حنين فوضعهما في بعض
 بيوت مكة قال فمن رسول الله صلى الله عليه وسلم على سبى حنين فجعلوا يسعون في
 السكك قال عمر يا عبد الله انظر ما هذا فقال من رسول الله صلى الله عليه وسلم على
 السبى قال اذهب فارسل الجاريتين ولنا قوله تعالى في سورة البراءة (فاقتلوا المشركين حيث
 وجدتموهم) وهى آخر سورة نزلت فكان ناسخا لآية المن والفداء ولما وقع في غزوة حنين
 لتقدمهما (و) منع (فداؤهم) بمال او باسير مسلم لانهم يعودون حر باعلى المسلمين ودفع شر حرابتهم
 خير من استنقاذ الاسير المسلم من يدهم (و) منع (ردهم الى دراهم) لان فيه تقوى يتهم على
 المسلمين وقال ابو يوسف ومحمد يفادى بهم اسارى المسلمين وقال مالك والشافعى واحمد
 لا يجوز المفاداة بنساءهم وقال احمد ايضا لا يجوز المفاداة بصبيانهم وعن ابى حنيفة انه لا بأس
 بان يفادى بهم اسارى المسلمين لان تخليص المسلم من ايديهم واجب ولا يتوصل اليه الا
 به وفي السير الكبير ان هذا قولهما واظهر الروايتين عن ابى حنيفة وقال ابو يوسف يجوز
 المفاداة باسارى المسلمين قبل القسمة لابعدها لان الثابت بعد القسمة حقيقة الملك ولا يجوز
 ابطاله بدون رضى مالكه بعوض كسائر المعاوضات واما المفاداة بمال فلا يجوز في المشهور
 من المذهب لقوله تعالى (لولا كتاب من الله سبق) الآية ولقوله عليه السلام لئن لم يزل بنا
 عذاب لما نجى الا عمر وذلك لانه اشار بقتلهم وفي السير الكبير ولا بأس به اذا كان
 بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر والامام فداء اسارنا بهم في الاظهر من الروايتين
 عن ابى حنيفة وبه قالوا لما روى مسلم من حديث سلمة بن الاكوع قال خرجنا مع ابى
 بكر امره علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فغزونا فزارنا فلما كان بيننا وبين الماء
 ساعة امرنا ابو بكر فعرسنا ثم شن الغارة اى صبها عليهم من كل وجه فورد الماء فقتل
 من قتل عليه وسبى ونظرت الى عنق من الناس فيهم الدرارى فخشيت ان يسبقونى
 الى الجبل فرميت بسهم بينهم وبين الجبل فلما رأوا السهم وقفوا فجئت بهم اسوقهم وفيهم
 امرأة من بنى فزارة عليها تشع من ادم والقشع النطع معها ابنة لها من احسن الناس

فسقتهم حتى اتيت بهم ابا بكر فنفلني ابنتها فقدمنا المدينة فلقيني رسول الله صلى الله عليه وسلم في السوق فقال يا سلمة هبلى المرأة لله ابوك فقلت هي لك يا رسول الله فو الله ما كشفت 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 ابي المهلب عن عمران بن حصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين وعندنا تذييع وتحرق مواش نقلها لان في تركها على حالها كما قال الشافعى تقوية لهم وفي عقرها كما قال مالك تعديبا ومثله بها والذبح للمصاحبة 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 في مضيعة بحيث لا يهتدون اليه او القى في البحر ودليل الشافعى ما في مصنف ابن ابي شيبة ان ابا بكر بعث جيوشا الى الشام فخرج يتبع يزيد بن ابي سفيان قال انى اوصيك لا تقتلن صبيا ولا امرأة الى ان قال ولا بقرة الالما كلة لكنه يحمل على ما يمكن نقلها جمعا بين الافوال واما ما في الهداية نهيه عليه السلام من ذبح الحيوان الا لاكله فغير معروف (و) منع (قسمة مغنم ثمة) اى في 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 في دار الحرب بعدما تم انهزام المشركين وبه قال عطاء وقال مالك يعجل قسمة الاموال في دار الحرب ويؤخر قسمة السبى الى دار الاسلام واصل هذا ان الملك لا يثبت للغانمين قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعندهم يثبت بالاستيلاء بعدما تم انهزام المشركين وبه قال احمد ولنا ان الاستيلاء باثبات اليد والنقل اذ القوة لهم في دارهم فصار القسم فيها كالقسم قبل الهزيمة واما قسمته عليه السلام غنائم خيبر فيها وغنائم بنى المصطلق في 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 فهزة بمعنى العون ومنه قوله تعالى (فارسله معى رداً يصدقنى) (ومدحلقه ثمة) اى في دار الحرب (كمقاتل) خبر المبتدأ (فيه) اى في المغنم خلافا للشافعى وقد مهدنا الاصل في ذلك (لا سوقى لم يقاتل) اى ليس الذى يبيع في العسكرة اذا لم يقاتل في حق المغنم كالمقاتل لان سبب الاستحقاق وهو المجاوزة على قصد المقاتلة لم يوجد لانه 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 في طريق الحج فانه لا ينقص اجره واما ما في الهداية من قوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الواقعة فرفعه غير معروف بل موقوف على ابن عمر كما ذكره البيهقي (ولا من مات ثمة) اى في دار الحرب من المقاتلة لان الارث يجرى في الملك ولا ملك للغزاة في الغنيمة قبل ان تخرج الى دار الاسلام وانما لهم الاستحقاق (ويورث قسط من مات) من المقاتلة (هنا) اى في دار الاسلام وقال الشافعي يورث من مات بعد استقرار الهزيمة لثبوت الملك به عنده (وحل لنا ثمة) اى في دار الحرب (طعام) سواء كان مهياً للاكل اولم يكن كالحبوب والبقر والغنم والابل لكن ترد جلودها الى الغنيمة وهذا الحل في حق من يسهم له في الغنيمة ومن يرضخ له منها غنيا كان اوفقيراً وفي 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 اصبحت جراباً من شحم يوم خيبر فالتزمته ثم قلت لا اعطى في هذا اليوم احداً شيئاً فالتفت فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم متبسماً زاد ابوداود والطيالسى في مسنده وقال له عليه السلام هولاك قال ابن القطان وهذه الزيادة مفيدة لانها نص في اباحته وهى صحيحة الاسناد وروى البخارى في صحيحه عن ايوب عن نافع عن ابن عمر قال كنا نصيب في مغازينا العسل والعنب فنأكل ولا نرفعه وروى ابوداود في سننه عن محمد بن ابي مجالد عن عبد الله بن ابي اوفى قال قلت هل كنتم تحمسون يعنى الطعام على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اصبنا طعاماً يوم خيبر فكان الرجل يجيىء فيأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينصرف وروى البيهقي من حديث هانىء بن ام كلثوم ان صاحب جيش الشام كتب الى عمر انا فاتحنا ارضا كثيرة الطعام والعلف وكرهت ان اتقدم فى شىء من ذلك الا بامر ك فكتب اليه دع الناس يأكلون ويعلفون فمن باع شيئاً بذهب او فضة ففيه خمس لله وسهام للمسلمين ولم يقيد فى السير الكبير حل انتفاع الطعام ونحوه بالحاجة وهو قول مالك والشافعي واحمد لاطلاق ماروينا ولقوله عليه السلام يوم خيبر كلوا واعلفوا ولا تحملوا رواه البيهقي فى المعرفة (ومن اسلم ثمة) اى فى دار الحرب منهم قبل ان يأخذ المسلمون (عصم نفسه) فلا يجوز قتله ولا استرقاقه قال عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا فالوها 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 (المالعة) لسبق يده الحقيقة عليه ولقوله عليه السلام من اسلم على شىء او مال فهو له روى مسنداً ومرسلاً بسند صحيح فعن

صخر بن عليّة ان قوما من بنى سليم فروا عن ارضهم حين جاء الاسلام فاخذتها فاسلموا
 فخاصموا فيها النبي صلى الله عليه وسلم فردها عليهم وقال اذا اسلم الرجل فهو احق بارضه
 وماله رواه احمد وروى ابو داود معناه وفيه يا صخر ان القوم اذا اسلموا احرزوا اموالهم
 ودمائهم (او اودعه معصوما) اى مسلما او ذميا لانه في يده حكما اذيد المودع كيد المودع
 لانه عامل له في الحفظ وهى يد محترمة صحيحة قيد بالوديعة لان ماله الذى في يد المعصوم
 غصبا في عند ابي حنيفة لان يده ليست كيد المالك وقال محمد لا يكون فيا لان المال
 تابع للنفس وقد صارت معصومة بالاسلام وابو يوسف مع ابي حنيفة في رواية ومع محمد
 في اخرى وقيد بالمعصوم لان ماله الذى اودعه عند عربى في اتفاقا لان يده ليست
 محترمة حتى جازلنا التعرض لها وقيد بالمال لان عقاره في خلاف المالك والشافعى واحمد
 فانهم قالوا انه باسلامه يعصم عقاره لانه في يده كالمقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار
 وسلطانها اذ هى من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هو قول محمد وهو
 قول ابي يوسف اولا ثم رجع عنه الى ان العقار كغيره من الاموال بناء على ان اليد
 حقيقة يثبت عنده فيه الا ترى ان عنده يتصور فيه الغصب واما عبيده فمن قاتل منهم
 فهو في خلاف المالك والشافعى واحمد لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعا
 لاهل دارهم وحكم من اسلم في دار الحرب وخرج اليها على هذا التفصيل ويقسم الامام
 الاربعة اخماسا من الغنيمة بين الغانمين بعد افراز الخمس لقوله تعالى (واعلموا انها غنيمتكم
 من شىء فان لله خمسها) الآية (وللفارس) اى لمن معه فارس او اكثر (سهمان وللراجل) اى
 من لا فارس معه سواء كان معه بعير او بغل اولم يكن (سهم) وهذا عند ابي حنيفة وزفر
 وقال ابو يوسف ومحمد الفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهم وهو قول مالك والشافعى واحمد
 والليث وابي ثور واكثر اهل العلم لما روى الجماعة الا النسائى عن نافع عن ابن عمر
 ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للفارس سهمين ولصاحبه سهما هذا لفظ البخارى
 وفسره نافع فقال اذا كان مع الرجل فارس فله ثلاثة اسهم وان لم يكن له فارس فله سهم
 ولفظ مسلم انه قسم في النفل للفارس سهمين وللراجل سهما ولفظ ابي داود وابن حبان في
 صحيحة انه عليه السلام اسهم لرجل وفارسه ثلاثة اسهم سهما له وسهمين لفارسه ولفظ الترمذى
 انه قسم في النفل للفارس سهمين وللراجل سهما وفي الباب احد عشر حديثا مسندا بمعنى
 ما روينا ولان الاستحقاق بالنفع ونفعه على ثلاثة امثال الراجل لانه للمكر والفر والثبات
 والراجل للثبات لاغير ولاي حنيفة ما روى ابو داود في سننه واحمد في مسنده والطبرانى
 في معجمه وابن ابي شيبة في مصنفه والدارقطنى في سننه والحاكم في مستدركه من حديث

مجمع بن يعقوب بن يزيد الانصارى قال سمعت ابي يعقوب بن مجمع يذكر عن
 عمه عبد الرحمن بن يزيد الانصارى عن عمه مجمع بن حارثة الانصارى وكان احد القراء
 الذين قرء 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 الفارس سهمين واعطى
 صاحبه سهما وروى الطبرانى من طريق الواقدي فى معجمه عن المقداد بن عمرو انه كان
 يوم بدر على فرس يقال سبعة 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 ابي شيبة فى مصنفه عن ابن ابي اسامة وابن نمير
 قالا حدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للفارس
 سهمين وللراجل سهما ومن طريق ابن ابي شيبة رواه الدارقطنى فى سننه وقال قال ابو بكر
 النيسابورى هذا عندى وهم من ابن ابي شيبة او من الرمادى لان احمد بن حنبل وعبد الله
 بن بشر وغيرهما رووه عن ابن نمير خلاف هذا وكذا رواه ابن كرامة وغيره عن ابي اسامة
 خلاف هذا يعنى انه اسهم للفارس ثلاثة اسهم ثم اخرج عن نعيم بن حماد عن ابن المبارك
 عن عبيد الله 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 عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر ان
 رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل للفارس 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 سهما ولان الكرم والفر من جنس واحد فيكون
 نفعه مثل نفع الراجل فيفضل عليه بسهم ولان الفرس تبع للراجل فلا يزداد بسهم وما رووه محمول
 على الزيادة بطريق التنفيل كما اعطى عليه السلام سهما للراجل والفارس لسلمة ابن

كوع وكان رجلا فيما روى مسلم واحمد في حديث طويل عن سلمة بن الاكوع قال قدمنا
 الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن اربع عشرة مائة فنذكر الحديث بطوله الى
 ان قال فلما اصبحتنا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خير فرساننا اليوم ابو قتادة وخير
 رجالنا سلمة ثم اعطاني سهمين سهم الفارس وسهم الراجل فجمعهما الى جميعا هذا ولا يسهم
 لاكثر من فارس وقال ابو يوسف يسهم لفرسين وبه قال احمد لما روى الدار قطنى في
 سننه عن ابي عمرة عن بشير بن عمر وابن محصن قال اسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم
 لفرسى اربعة اسهم ولى سهما فاخذت خمسة اسهم وروى عبد الرزاق في 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 في 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 عبد الله ابن الزبير اثبت في حديث
 الزبير واهرص وقد روى عن ابيه عن جده عبد الله بن الزبير انه قال اعطاني رسول الله
 صلى الله عليه وسلم يوم بدر اربعة اسهم سهمين لفرسى وسهما لامي واهل المغازى
 لم يرووا انه عليه السلام اسهم لفرسين ولم يختلفوا انه حضر خيبر بثلاثة افراس لنفسه
 السكيب والضريب والمرتجز ولم يأخذ الا لفرس واحد وقال مالك في الموطأ لم اسمع
 بالقسم الا لفرس واحد وروى الواقدى في المغازى بسنده الى الحارث بن عبد الله بن كعب
 ان النبى صلى الله عليه وسلم قاد في 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 وسهما 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) في الاستحقاق سهم الفارس او الراجل (وقت مجاوزة الدرب)
 اى مدخل دار الحرب (لا) يعتبر (شهود الواقعة) في الاستحقاق كما هو قول مالك والشافعى
 واحمد فلو دخل المغازى دار الحرب فارسا فمات فرسه وقاتل رجلا استحق سهم الفارس
 ولو دخل رجلا فاشترى فرسا استحق سهم الراجل خلا فالتهم ولو دخل المجاهد فارسا وقاتل
 رجلا لضيق المكان استحق سهم الفارس اتفاقا هذا ولا يسهم لمملوك يقاتل ولا على امرأة تدأوى
 الجرحى وتقوم على المرضى ولا لصبي يقاتل ولا لدمى يقاتل وبدل على الطريق ولكن يرضخ

لهم على حسب ما يرى الامام لقول ابن عباس لم يكن للعبد والمرأة سهم الا ان يهديا من غنائم
 القوم رواه احمد ومسلم والرضخ في اللغة اعطاء القليل وهنا اعطاء اقل من سهم الغنيمة وعندنا
 يكون من الغنيمة قبل اخراج الخمس وهو قول الشافعي ورواية عن احمد وفي قول للشافعي
 يكون من خمس الخمس وقال مالك من الخمس ولا يسهم الاجير لانه دخل لخدمة المستاجر
 لا للمقتال حتى لو ترك الخدمة وقابل يسهم له كاهل سوق العسكر ويستعان بالكافر في
 القتال عند الحاجة عندنا وعند الشافعي واحمد وقال جماعة من اهل العلم لا يستعان به
(والخمس) من الغنيمة (لليتيم) وهو كل صغير لا اب له ويشترط ان يكون فقيرا (والمساكين
 وابن السبيل) وقد تقدم تفسيرهما في الزكوة لما روى عن ابن عباس من طرق بالفاظ
 متقاربة منها ما رواه ابن مردويه في تفسيره في سورة الانفال بسنده قال كان رسول الله
 صلى الله عليه وسلم اذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فضرب ذلك الخمس في خمسة ثم
 قرأ (واعلموا انما غنمتم من شىء فان لله خمسه وللرسول) وقول الله تعالى (فان لله
 خمسه) مفتاح كلام نحو قوله تعالى (لله ما في السموات وما في الارض) فذكره للتبرك
 باسمه وهو غير محتاج الى شىء لان الكل له ثم جعل سهم الله وسهم الرسول واحدا ولذى
 القربى سهمها فجعل هذين السهمين قوة في الحيل والسلاح وجعل سهم اليتامى والمساكين
 وابن السبيل لا يعطيه لغيرهم وجعل الاربعة الاسهم الباقية للفرس سهمين والراكبة
 سهمها وللراجل سهمها ولما رواه الطبراني فلما قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل
 ابو بكر وعمر هذين السهمين سهم الله والرسول وسهم قرابته في سبيل الله صدقة عن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم ولما روى ابو يوسف عن السكيتي عن ابي صالح عن
 ابن عباس ان الخمس الذي 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 ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين
 وسهم لابن السبيل (وقدم فقراء ذوى القربى) من هذه الطوائف الثلاثة على غيرهم
 (ولا شىء 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 في الاصناف الثلاثة وسقط سهم النبي صلى
 الله عليه وسلم بموته كالصفي لانه كان يستحق بر سالتة لا بالقيام بامور امته ولهذا لم
 يرفع الخلفاء الراشدون بعده هذا لانفسهم والصفي شىء نفيس كان يصطفيه لنفسه من
 الغنيمة كدراع اوسيف او فرس او امة كما روى انه اصطفى صفيية من غنائم خيبر وقال

الشافعي يقسم الخمس على خمسة اسهم للنبي صلى الله عليه وسلم في حياته وبعد وفاته
 يصرفه الامام في مصالح الدين على ما يرى وبه قال احمد وعن الشافعي ان سهم النبي
 صلى الله عليه وسلم بعده يرد على بقية الاصناف وهكى ابن المنذر عنه انه يكون للخليفة
 وسهم ذوى القربى يستوى فيهم غنيهم وفقيرهم يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وقال
 المزني والثوري يستوى فيه الذكر والانثى ويكون بنى هاشم وبنى المطلب فقط دون
 عبد الشمس والباقي للفرق الثلاث وقد تقدم ان الخلفاء الراشدين قسموا على ثلاثة نحو
 ما قلنا بمحض 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 غنيمية (لا من لا منعة له) اى لا بخمس ما اخذ من دخل دارهم ولا منعة (ولا اذن
له) من الامام لان اخذه حينئذ يكون اختلاسا وسرقة لا قهرا وغلبة ويخمس عند مالك
والشافعي لانه مال حربى اخذ قهرا فكان غنيمية قيد بعدم الاذن لان من لا منعة له لو دخل
باذن الامام ففيه روايتان المشهور منهما انه بخمس 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 اورضا (كالسلب ونحوه) بان
يقول من قتل قتيلافله سلبه او من اصاب شيئا فهو له يتناول هذ الكلام من يأخذ من
الغنيمية او يقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس او ما اصبتم فلکم نصفه لما
روى انه عليه السلام فعل الربع بعد الخمس في رجعتة كما رواه احمد وابو داود وكان
عليه السلام يفعل في البداية الربع وفي الرجعة الثلث كما رواه احمد وابن ماجه والترمذى
ولان التنفيل تحريض على القتال وهو مندوب اليه لقوله تعالى (يا ايها النبي حرض
المؤمنين على القتال) ولقوله عليه السلام يوم حنين من قتل قتيلافله عليه بينة فله سلبه
والتنفيل عندنا من الاربعة الاخماس وبه قال احمد وعند مالك والشافعي من الخمس
(والسلب مركبه) اى مركب المقتول (وما عليهما) اى على المقتول مما فى وسطه
وجيبه وعلى مركبه من سلاح وثياب وسرج وآلة ولو اثنخه واحد وقتله آخر فالسلب
لمن اثنخه اى او هنه لاعطاء النبي صلى الله عليه وسلم سلب ابى جهل لمعاذ دون ابن
مسعود والحاصل انه لا يستحق القاتل سلب مقتول عندنا الا بقول الامام من قتل قتيلافله
فله سلبه لا انه استحق بما زالت منعة الميل وقت الحرب بقطع طرفيه او اسره كما قال به
مالك والشافعي لقوله عليه السلام من قتل قتيلافله عليه بينة فله سلبه رواه احمد والجماعة
الا النسائي وفي 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 بلي
 زاد ابو داود قضى بالسلب للقاتل ولم يخمس السلب واخرج في سننه ايضا عن انس
 ابن مالك ان النبي 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 القتل كالفارس
 مع الرجل بخلاف ما لو قتله مدبرا او رمي من صف المسلمين سهما فقتل مشركا لانه
 ليس فيه زيادة غناء فكل احد يتجاسر عليه ولنا ما في معجم الطبراني 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 ولؤلؤ وغيرها فخرج
 اليه فقتله وجاء بها 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 في مسنده بسنده الى جنادة بن امية قال كنا معسكرين بدابق فذكر حبيب 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 واليا قوت والز برجد فاراد
 حبيب ان يأخذنه كله وابو عبيدة يقول بعضه فقال حبيب لابي عبيدة قد قال رسول الله صلى
 الله عليه وسلم من قتل قتيلًا فله سلبه قال ابو عبيدة انه لم يقل للابد وسمع معاذ بن جبل
 بذلك فاتي ابا عبيدة وحبيب يخاصمه فقال معاذ لحبيب الاتتقى الله وتأخذ ما طابت به نفس
 امامك فان لك ما طابت به نفس امامك وحدثهم بذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم
 فاجتمع رأيهم على ذلك فاعطوه بعد الخمس شيئا فباعه بالف دينار الا ان في سننه ضعفا
 وما في الصحيحين في قصة معاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء وقتلها ابا جهل يوم
 بدر وقضاء النبي صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن الجموح ولم يجعل بينهما وما اخرجه مسلم
 وابو داود واللفظ لابي داود عن عوف بن مالك الاشجعي قال خرجت مع زيد بن حارثة
 في غزوة موتة ورافقنى مددى من اهل اليمن فلقينا جموع الروم وفيهم رجل على فرس
 اشقر عليه سرج مذهب فجعل الرومى يفرى بالمسلمين وقعد له المددى خلفي فخبره فهر
 به الرومى فعرقب فرسه فخر وعلاه وقتله وحاز فرسه وسلاحه فلما فتح الله المسلمين بعث
 اليه خالد فاخذ منه سلب الرومى قال عوف فاتي خالد فقلت له اما علمت ان رسول الله
 صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلي ولكن استكثرت قلت لتردنه اولاعرفنكما

عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فابي ان يعطيه قال عوف فاجتمعنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقصصت عليه قصة البددي وما فعل خالد فقال صلى الله عليه وسلم يا خالد ما حملك على ما صنعت قال يا رسول الله استكثرتة قال رد ما اخذت منه قال عوف فقلت دونك يا خالد ألم اف لك فقال صلى الله عليه وسلم ما ذاك قال فاخبرته قال فغضب صلى الله عليه وسلم وقال يا خالد لا ترد عليه هل انتم تاركوا لى امرائى لكم صفة امرهم وعليهم كدره

فصل

في 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 لا يملكونها لان استيلاءهم محذور 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) الآية والفقير من لا ملك له فلولم يملك الكفار اموالهم باستيلاءهم عليها لكانوا اغنياء ولم يسموا فقراء ولان الاصل فى الاموال الاباحة وعدم العصمة لقوله تعالى (هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا) وانما يحصل الاختصاص والعصمة بسبب من الاسباب كالشراء ونحوه ضرورة التمكن من الانتفاع به بلا منازعة فاذا زال التمكن بسبب احراز الكفار له بدارهم عاد الى الاصل وصار كالصيد ونحوه من مباح الاصل فيملكونه بخلاف استيلاء المسلم على مال المسلم لان تمكنه من الانتفاع به قائم فيبقى اختصاصه به وعصمته له وبخلاف رقابنا لانها لم تخلق محلا لذلك لان آدمى خلق ليملك لا يملك وانما يثبت فيه محمية الملك بالكفر العارض وبخلاف ما اذا لم يحرزوها بدارهم لان ملكهم بسبب الاستيلاء وهو يتحقق بالاحراز بدارهم لان الظاهر ان المسلمين يستنقذونها منهم ما لم يحرزوها بدارهم فان قيل قال الله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) والتملك بالاستيلاء من اقوى جهات السبيل اجيب بان النص تناول ذوات المؤمنين وهم لا يملكونهم بالاستيلاء بل يملكون اموالهم (لاحرنا) اى اى لا يملك الكفار بالاستيلاء والاحراز بدارهم حرنا (وتوابعه) وهم مدبرنا وام ولدنا ومكاتبنا لان محل الملك هو المال وهؤلاء لسواهم مال وقال مالك واحمد يملكون المدبر والمكاتب بالاستيلاء وقال احمد لا يملكون ام الولد وقال مالك يفديها الامام فان لم يفعل يأخذها سيدها بالقيمة ولا يدعها يستحل فرجها من لا تحل له (وعبدنا الآبق) اى ولا يملك الكفار

بالاستيلاء والاحراز عبد مسلم اذا بقى الى دارهم وهذا عند ابي حنيفة والشافعي واحمد في
 رواية وقال ابو يوسف ومحمد ومالك واحمد في رواية يملكونه كما لو نذت اليهم دابة فاخذوها
 ولا ي حنيفة ان سبب الملك الاستيلاء ولم يوجد لان الآدمي ذو يد صحيحة وفي شرح
 الوفاية ان الخلاف فيما اذا اخذوه قهرا وقيدوه واما ان لم يكن يأخذوه قهرا فلا يملكونه
 اتفاقا (ونملك) نحن (يهما) اي بالاستيلاء والاحراز بدارنا (حرهم) وتوابعه (وما هو ملكهم)
 لان الشرع اسقط عصمتهم وعصبة ما هو ملكهم جزاء لكفرهم بان جعلهم ملكا لعبيده
 (ومن وجدنا ماله) في يد الغانمين بعدما غلبنا عليهم (اخذة بلاشئ) ان لم يقسم (اي ان
 لم يقع القسم لان الشركة قبل القسمة عامة فيقل المضرة (وبالقائمة ان قسم) لما سيأتي
 (و) اخذه (بالثمن ان شراه منهم) اي من الكفار (تاجر) واخرجه الى دار الاسلام لانه
 لو اخذه بغير شئ لتضرر التاجر وقال الشافعي من وجدنا ماله بعد القسمة اخذه بغير
 شئ ولكن يعرض الامام من وقع في سهمه من بيت المال وان لم يكن في بيت المال
 شئ اعاد القسمة ولنا ما روى الدارقطني والبيهقي في سننهما عن الحسن بن عمار
 عن عبد الملك بن ميسرة عن طاوس عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
 فيما احرزه العدو فاستنقذه المسلمون منهم ان وجه صاحبه قبل ان يقسم فهو احق به
 وان وجهه وقد قسم فان شاء اخذه بالثمن وفي سنن الدارقطني عن اسحاق بن عبد الله
 ابن ابي فروة وعن رشيد بن يونس كلاهما عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن
 ابيه عبد الله بن عمر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من وجد ماله في الفئ
 قبل ان يقسم فهو له ومن وجده بعد ما قسم فليس له شئ قال اسحاق هذا متروك وقال
 البيهقي الحسن بن عمار متروك الا انه قال قال الشافعي قال ابو يوسف حدثنا الحسن
 ابن عمار عن الحكم بن عيينة عن مقسم عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه
 وسلم في عبد وبغير احرزها العدو ثم ظفربهما فقال عليه السلام لصاحبهما ان اصبتهما
 قبل القسمة فهما لك بغير شئ وان اصبتهما بعد القسمة فهما لك بالقائمة خر رواية ابي يوسف
 هذا الحديث عنه يدل على اصابته في هذا الحديث اذ لا يلزم من كون الشخص متروكا
 ان يكون كل فرد من افراد حديثه متروكا وفي معجم الطبراني عن ياسين الزيات عن
 الزهري عن سالم عن ابيه مرفوعا من ادرك ماله في الفئ قبل ان يقسم فهو له وان
 ادركه بعد ان يقسم فهو احق به بالثمن ورواه ابن عدى في الكامل وضعف ياسين الزيات
 وفي مراسيل ابي داود عن تميم بن طرفة قال وجد رجل مع رجل ناقه له فارثعا الى
 للنبي صلى الله عليه وسلم فاقام احدهما البينة انها ناقته واقام الآخر البينة انه اشتراها من

العدو فقال عليه السلام اذا شئت ان تاخذها بالثمن الذى اشتراها به فانت احق بها والافضل عن ناقتة وروى الطبرانى في معجمه عن جابر بن سمرة قال اصاب العدو ناقة رجل من بنى سليم ثم اشتراها رجل من المسلمين فعرفها صاحبها فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبره فامر النبي صلى الله عليه وسلم ان يأخذها بالثمن الذى اشتراها به صاحبها من العدو ولا يخلى بينه وبينها ومن الآثار ما فى سنن الدارقطنى 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 ظهر وا عليه فلا شىء له انما هو رجل منهم وفى رواية هو احق به من غيره بالثمن قال هذا مرسل وفى مصنف ابن ابي شيبة عن خلاص عن على نحو ذلك وقال ابن حزم رواية خلاص عن على صحيحة ويروى عن زيد ابن ثابت ولكن باسناد فيه ابن لهيعة فتعدد طرقه يحسنه ويصح الاحتجاج به كفى 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 ما قبله (عتق) هذا خبر المبتدأ وانما يعتق لما روى احمد فى مسنده وابن ابي شيبة فى مصنفه والطبرانى فى معجمه من حديث الحجاج عن مقسم عن ابن عباس ان عبيد بن خرجا من الطائف الى النبي صلى الله عليه وسلم فاسلمها فاعتقهما رسول الله صلى الله عليه وسلم واهما ابوبكرة وفى لفظ لابن ابي شيبة بهذا الاسناد ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يعتق من اتاه من العبد اذا اسلموا وقد اعتق يوم الطائف رجلين اهدهما ابو بكرة سمي به لانه تتولى ببكرة ونزل من الحصن وفى مراسيل ابي داود عن عبد ربه بن الحكم ان النبي صلى الله عليه وسلم لما حصر الطائف خرج اليه ارقاء من ارقائهم فاسلموا فاعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما اسلم موالهم بعد ذلك رد عليه السلام الولاة اليهم وفى سننه عن على قال خرج عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فكتب اليه موالهم قالوا يا محمد والله ما خرجوا اليك رغبة فى دينك فانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم اليهم فغضب عليه السلام وقال والله ما اريكم تنتهون يا قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا الدين وابي ان يردهم وقال هم عتقاء الله (كعبد مسلم) اى كما يعتق عبد مسلم (شراه كافر مستأمن هنا) اى فى دار الاسلام (وادخله دراهم) اى دار اهل الحرب وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يعتق وبه قال مالك واحمد وفى مناهج الشافعى وجه انه لا يصح بيع العبد المسلم من الكافر وعنه قول انه يصح وفى

النهاية عن الايضاح وعلى هذا الخلاف اذا كان العبد ذميا لان المستامن يجبر على بيعه ولا يمكن من ادخاله دار الحرب (ولا يتعرض تاجرنا ثمة) 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 يعلم ملكهم ولم ينهه لانهم نقضوا عهده فيباح له التعرض لهم كالا سير والمتلصص قيد بدمهم وما لهم لانه لا يجوز له ان يتعرض لفر وجههم 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) لتتحقق سبب الملك فيه وهو الاستيلاء على مباح (حر اما) اى ملكا حر اما لانه حصل بسبب القدر فواجب ذلك خبثا فيه (فيتصدق به) تنزها عنه (ولا يمكن حربى) من الاقامة (هنا) اى فى دار الاسلام (سنة) بامان (وقيل له) عند الامان (ان اقامت 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 بضى المدة المضروبة له يستأنف عليه الجزية بحول بعدها الا ان يكون الامام قال ان مكثت سنة اخذتها منك فانه يأخذها منه حينئذ وحل دمه بعوده الى محل ليس من دار الخروج من ذمتنا ومن اسلم ثمة ولم يباحق بدارنا فماله ودمه غير معصوم عندنا وحكم مالك والشافعى بعصمتها 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 سبقت لبيان انواع القتل وموجباته فواجب فى المؤمن المطلق دية وكفارة ثم اوجب بقتل مسلم لم يهاجر اليها كفرارة 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 لادية له لانه جعل الكفارة كل الواجب لانها كل المذكور فلا يجوز ان يزد عليها لانها نسخ فلا يجب على قاتله سوى الكفارة فى القتل الخطأ لما تلونا (ولا تغير جزية وضعت بصاح) لان الموجب لها حينئذ هو التراضى فلا يقع على خلاف ما وقع عليه والجزية ما يؤخذ من الذمى باعتبار رأسه وسميت جزية لانها تجزى اى تقضى وتكفى عن القتل اذ بقبولها يسقط القتل عن الذمى ويكلف ان يأتى بنفسه ويعطيها قائما والقباض منه قاعدا ولا يقبل منه لو بعثها من يدنا ثمة فى اصح الروايات وذلك لقوله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد

وهم صاغرون) وانما اعتبر الصالح به لما روى ابو داود في كتاب الاموال ان رسول الله
 صلى الله عليه وسلم صالح اهل نجران على الفى حلة النصف في صفر والبقية في رجب يؤدونها
 الى المسلمين وعارية ثلثين درعا وثلثين فرسا وثلثين بعيرا وثلثين من كل صنف من اصناف
 السلاح يغزون بها والمسلمون ضامنون لها حتى يردوها عليهم ان كان باليمن كيد او غدره على
 ان لا يهدم لهم بيعة ولا يخرج لهم قس ولا يفتنوا عن دينهم مالم يحدثوا حدثا او يأكلوا
الربا ونجران بلد من اليمن واهله نصارى والحلة ازار ورداء (واذا غلبوا) بصيغة الجهول
وكذا قوله (واقروا على املاكهم توضع على كتابي ومجوسى ووثنى عجمى) اى دون عربى
(ظهر غناه لكل سنة ثمانية واربعون درهما) يؤخذ منه في كل شهر اربعة دراهم (وعلى المتوسط)
وهو من يملك نصابا (نصفها) اى اربعة وعشرون درهما يؤخذ منه في كل درهمان (وعلى
فقير يكتسب) اى يقدر على الكسب سوا ما يكتسب اولم يكتسب (ربعا) اى اثنا عشر
درهما يؤخذ منه في كل شهر درهما روى ابن ابي شيبة في مصنفه في الامارة عن على
ابن مسهر عن الشيبانى عن ابي عور 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 في كتاب الاموال
عن عمر انه بعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم ثمانية واربعين اربعة وعشرين واثنى عشر
ويعتبر وجود هذه الصفات الثلاث آخر السنة وقال الشافعى يوضع على كل بالغ دينار
غنيا كان او فقيرا لما روى ابو داود والترمذى وقال حديث حسن والنسائى في الزكوة عن
الاعمش عن ابي واثل عن مسروق 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 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 افلهاد دينار وتجوز الزيادة ولا يجوز النقصان ورواية كقولنا ثم عندنا توضع الجزية
على كل كافر ليس بمرتد ولا وثنى عربى وبه قال احمد في 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 ياحقه الصغار والنذل وقال احمد لا يؤخذ الا من اليهود
والنصارى ومن وافقهم في اهل دينهم وآمن بكتابهم كالمسامرة لليهود والافرنج للنصارى وقال الشافعى لا

تؤخذ الا من اليهود والنصارى والمجوس وفي اصحاب صحف ابراهيم وشيث وادريس
وزبر داود ومن تمسك بدين آدم والسامرة والصابئين وجهان في مذهبه اهدهما
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
في الموطأ وابن ابي شيبة في مصنفه عن مالك عن الزهري 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 في مسنده والدارقطني في غرائب مالك من حديث
ابي علي الحنفى حدثنا مالك بن انس عن جعفر بن محمد عن ابيه ان عمر بن الخطاب
ذكر المجوس فقال لا ادرى كيف اصنع في امرهم فقال عبد الرحمن بن عوف اشهد سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم سنة اهل الكتاب وفي 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 شعبه انه قال لعامل
كسرى امرنا نبينا صلى الله عليه وسلم ان نقاتلكم حتى تعبدوا الله وحده اوتؤدوا
الجزية رواه احمد والبخارى وكانوا عبدة الاوثان (لا) اى لا يوضع الجزية (على وثنى
عربى فان ظهر عليه) بصيغة المجهول اى على الوثنى العربى (فطفله وعرسه) اى زوجته
(فى^٤) لان النبى صلى الله عليه وسلم سبى ذرارى اوطاس وهوازن ونسائهم وقسمها
بين الغانمين (ولا) توضع ايضا على (مرتد) سواء كان من العرب او العجم فان ظهر
عليه فطفله ونسائه فى^٥ لان ابابكر سبى نساء بنى حنيفة وذراريهم لما ارتدوا وقسمهم
فوقع فى سهم على الحنيفة فاولدها ابنه محمد بن الحنيفة ثم كفر المرتد اغلظ من كفر مشركى
العرب ولذا كان ذرارى المرتدين ونسائهم يجبرون على الاسلام بخلاف ذرارى عبدة
الاوثنان 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 فالعجزات
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 ايضاً على زنديق بل ان جاء قبل ان يؤخذ واقر انه زنديق وتاب
تقبل توبته وان اخذ ثم تاب يقتل ولا يقبل توبته ولا يقبل منه الجزية لانه يعتقد في
الباطن خلاف الظاهر (ولا) توضع (على راهب لا يخالط الناس) وذكر محمد عن ابي
حنيفة انها توضع عليه وهو قول ابي يوسف وقول للشافعي واحمد لانه ضيع القدرة على
العمل فصار كمن عطل الارض الخراجية عن الزراعة ووجه ما في الكتاب انه لا قتل
عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل (ولا) توضع (على
صبي و) لا (امرأة و) لا (ملوك 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 في المملوك
القن والمكاتب والمدبر وانما لا توضع عليه لانها بدل عن القتل في حقه او عن النصره
في حقنا بالقتال وعلى الاعتبار الاول يجب وضع الجزية لان الاصل يتحقق في حق المماليك
لان المملوك الحربي يقتل فيتحقق البديل وعلى اعتبار الثاني لا يجب لان العبد لا يقدر
على النصره فلا يجب عليه البديل (و) لا يوضع على (فقير لا يكتسب) اى لا يقدر على
الكسب كالمريض في السنة كلها او في اكثرها اقامة للاكثر مقام الكل او في نصفها
ترجيحاً لجانب الاسقاط في 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 في اثناء السنة او بعد تمامها قبل الاخذ وقال الشافعي لا تسقط بعد
تمامها وله فيما اذا اسلم اومات في اثنائها قولان اهدهما انه تؤخذ جزية ما مضى والآخر
تسقط وهذا الخلاف يأتي فيمن عمى او صار مقعداً او زماً او شيخاً كبيراً لا يستطيع العمل
او فقيراً لا يقدر على شىء وقد بقى عليه شىء من الجزية فانه يسقط عنه عندنا وعند
الشافعي لا تسقط لان الجزية وجبت عن العصمة الثابتة بعقد النمة او عن سكنى في دارنا
وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما لا تسقط به الاجرة
ولنا ما روى ابو داود في الخراج والترمذى في الزكوة من حديث ابن عباس ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال ليس على المسلم جزية قال ابو داود وسئل سفیان الثوري
عن هذا فقال يعنى اذا اسلم فلا جزية عليه (وتتداخل) اى الجزية (بالتكرار) يعنى اذا
اجتمع على الذمى اكثر من حول لا تؤخذ منه الا عن حول واحد وهذا عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد تؤخذ عن الجميع وهو قول الشافعي واحمد (ولا تحدث بيعة) وهى
معبد النصارى (و) لا (كنيسة) وهى معبد اليهود ولا صومعة وهى معبد الرهبان ولا بيت
نار وهو معبد المجوس (في دارنا) اى في الامصار قيل ولا في القرى وهذا الخلاف في غير

ارض العرب واما فيها فيمنعون من ذلك في الامصار والقرى قولا واحدا ويمنع المشركون
ايضا من السكنى فيها (ولهم اعادة المنهزم) لان الابنية لاتبقى دائما ولجريان التوارث
من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا بترك البيع والسكنائس في امصار
المسلمين ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة بطريق اللعالة الا انهم لا يمكنون من
نقلها ولا زيادة في محلها لانه احداث في الحقيقة روى البيهقي في سننه عن ابن عباس قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاخصاء في الاسلام ولا بنين كنيسة الا انه ضعفه وروى
ابو عبيد القاسم بن سلام بسنده الى نوبة بن النمر الحضرمي قاضي مصر عن اخبره
عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لاخصاء في الاسلام ولا كنيسة وروى ايضا بسند فيه
ابن لهيعة الى عمر بن الخطاب انه قال لا كنيسة في الاسلام ولاخصاء وروى مالك في
الموطأ عن ابن شهاب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجتمع دينان في 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 في جزيرة العرب فاجلى يهود خيبر واجلى
يهود نجران وفدك وجزيرة العرب هي ارض العرب وقد سبق تفسيرها في الزكوة
وسميت جزيرة لانها جزرت عنها المياه التي حوالها كبحري البصرة وعمان وعدن والفرات
والجزر القطع (وميز النمي) من المسلم (في زيه) اي لبسه فلا يلبس طيلسانا مثل طيلسان
المسلمين ولارداء مثل ارديتهم (و) في (مركبه وسرجه وسلاحه) اظهارا للمصغار عليهم
وصيانة لمن ضعف يقينه من المسلمين عن الميل الى دينهم كما يشير اليه قوله تعالى
(ولو لان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ومعارج
عليها يظهرون) الآية ولان المسلم يكرم والنمي يهان حتى يضيق عليه الطريق ولا يبدأ
بالسلام ولا يجاب الا بعليك ولانه لو لم يميز لعله يعامل معاملة المسلمين وذا لا يجوز
(فلا يركب) النمي (خيلا ولا يعمل) اي لا يحمل (بسلاح) لانه ليس من اهل الجهاد وهذا
في الحضر وجوزله في السفر لاحتمال الاحتياج اليه (ويظهر الكسبيج) بضم الكاف وسكون
السين المهملة وكسر التاء الفوقية فباء ساكنة فيجيم وهو خيط غليظ يشده النمي فوق ثيابه
ولا يظهر الزنار المتخذ من الابرسيم (ويركب) عند الضرورة (على سرج كاف) وذكر
التمر تاشي انه يكتفى في كل بلد من العلامة بما تعارفه اهل لان المقصود يحصل به (وميزت
نساؤهم) عن نساء المسلمين (في الطرق والحمام ويعلم على دورهم) بعلامة (لئلا يستغفر
لهم السائل) اذا وقف عليها ويمنعون من تعليية ابنتهم علينا ولا ينقض عهدهم بقتل مسلم
بل يقاد ان كان عمدا وتجب الدية ان كان خطأ ولا بوطنى مسلمة بل يحد ولا بسب نبي

من الانبياء فلا يغنم ما له بل يجرى عليه من الحكم مثل ما يجرى على مسلم صدر منه
 مثله وصار كالاباء عن اداء الجزية على المذهب لان ماينتهى به القتال التزام الجزية وقبولها
 لادائها فالالتزام باق فيسقط القتال وينتقض على رواية واقعات الحسامى اعتبارا للانتهاز
 بالابتداء بل ينتقض بالحق بدار الحرب او بالقلبة على موضع من دارنا للحرب لانهم
 لما صاروا حربا علينا خلا عقد الذمة عن فائدة دفع شر الحرب فلا يبقى واذا انتقض
 عهده صار كالمرتد في الحكم الا انه اذا اسر يجوز ان يسترق وان يوضع عليه الجزية
 ثانيا بخلاف المرتد (ومصرف الجزية والحراج) 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) بالخيال
 والرجال والشعر 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 والحراجات
 (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 الدرارى 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 الغنائم والمعادن والركاز ومصرفها ما ذكره الله تعالى فى قوله تعالى (فان لله خمس) 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 جنائهم 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 ارتسد) عن الاسلام (والعياذ بالله) من ذلك
 المقام (عرض عليه الاسلام) على سبيل الندب رجاء ان يعود دون الوجوب لان الدعوة
 قد بلغت وهو قول مالك والشافعى واحمد (وكشفت شبهته) ان كانت له شبهة لان فى
 ذلك دفع شره باحسن الامرين (فان استهول) اى طلب ان يهول (حبس ثلثة ايام)

للمهلة لانها مدة ضربت لابلء الاعذار كما في شرط الخيار (فان تاب فيها) قبل (والاقتل) من
 ساعته في ظاهر الرواية لقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه رواه احمد
 والبخارى ولانه حربى بلغته الدعوة فيقتل في الحال من غير الامهال كالكافر الاصلى ولا يجوز
 تأخير ما وجب للحال لاهم موهوم في الاستقبال وفي النوادر عن ابي حنيفة وابي يوسف
 انه يستحب ان يؤجل ثلثة ايام طلب ذلك اولم يطلب وفي اصح قولى الشافعى ان تاب
 في الحال والاقتل من غير الامهال وهو اختيار ابن المنذر وقال الثورى يستتاب ما رجهى
 عوده وقال الثورى يدعى ثلاثا فان ابي قتل وفي المبسوط ان ارتد ثانيا وثالثا فكذلك
 يستتاب وبه قال اكثر اهل العلم لا لطلاق قوله تعالى (فان تابوا واقاموا الصلوة وآتوا
 الزكوة فخلوا سبيلهم) وقال مالك واهمد والليث لا يستتاب من تكرر منه ذلك كالزندق
 لقوله تعالى (الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا لم يكن الله
 ليغفر لهم) ولنا ما في الزندق روايتان في رواية لا تقبل توبته كقول مالك وفي رواية
 تقبل كقول الشافعى والخلاف في حق احكام الدنيا واما فيما بينه وبين الله تعالى فيقبل بلا
 خلاف لقوله تعالى في حق المنافقين (الا الذين تابوا واصحوا) الى قوله تعالى (فاولئك
 مع المؤمنين) والآية التى استدلووا بها انها هو في حق من ازداد كفرا لا في حق من
 آمن واطهر التوبة وعن ابي يوسف انه اذا تكرر منه الارتداد يقتل من غير عرض
 الاسلام لانه مستخفى بالدين (وهى) اى توبة المرتد (بالتبرى عن كل دين سوى
 الاسلام او عما انتقل اليه) لحصول المقصود به وهذا بعد اتيانه بكلمة الشهادة كما في
 الايضاح (وقتل) مبتدأ اى قتل المرتد (قبل العرض) اى عرض الاسلام عليه (ترك
 ندى 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 مبيع لقتله
 والعرض ندى او واجب رجاء رجوعه (ويزول ملكه) اى ملك المرتد (عن ماله)
 زوالا (موقوفا) على تبين حاله وبه قال مالك والشافعى في اصح قوليه واهمد في رواية
 وقال ابو يوسف ومحمد لا يزول وبه قال الشافعى في قول واختاره المزنى وهو ظاهر
 الرواية عن احمد قال ابن المنذر وهو قول اكثر اهل العلم لان اثر الردة في اباحة
 دمه لا في زوال ملكه كالمقضى عليه بالرجم والقود ولا بى 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 ويرجهى عوده اليه لو قوفه على محاسنه
 توقفنا في امره (فان اسلم عاد) ملكه وجعل هذا العارض وهو الارتداد كان لم يكن

في حق زوال الملك وانما قيدنا بهذا لان العارض معتبر في حق احباط العمل من الطاعات
 وفي حق وقوع الفرقة بينه وبين زوجته وفي حق فرضية تجديد الايمان (واذا مات
 او قتل) على رده (او لحق بدارهم وحكم به) اى بالحقوقه بدارهم (عتق مدبره وام
 ولده) لانه بالحقاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لا نقطاع ولاية
 الالزام عنهم كما انقطعت من الموتى فصار كالميت وهو يعتق مدبره وام ولده الا انه
 لا يستقر لحاقه الاجمك حاكم على لاحتمال عوده اليها (وحل دين عليه) لان الدين الموجب
 يصير حالا بموت المديون والحقوق بدارهم اذا حكم به في حكم الموت (وكسب اسلامه
 لو ارثه المسلم وكسب رده في) وقال ابو يوسف ومحمد كلاهما لو ارثته 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 ابو 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
 في العدة وقع الطلاق وكذا لو ارتدا معا فطلقها فاسلما معا لا يفسخ 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 او لحق وهو قول مالك والشافعى (فان جاء) المرتد
 (مسلما قبل حكم) بالحقاقه الى دار الاسلام (فكانه لم يرتد) وام ولده ومدبره
 باقيا على ملكه (وان جاء بعده) اى بعد الحكم بالحقاقه (وما له) بعينه (مع
 ورثته اخذه) لان وارثه انما خلفه لاستغنائه عنه فاذا عاد ظهرت حاجته وبطل حكم
 الخلفى لكن انما يعود الى ملكه بقضاء او رضاء قال الحلوانى ولو كان هذا بعد
 موته حقيقة بان احياء 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
 بعقوبون عن ولاية شرعية فلا ينقض وقيدنا ماله بعينه لانه لا يأخذ ثمنه اذا باعه
 الوارث ولا قيمته لانه باعه وانلفه في وقت كان فيه سبيل من ذلك (ولا تقتل مرتدة)
 لكن لو قتلها انسان لا شىء عليه سواء كانت هرة او امة كذا فى المبسوط (وتحبس حتى
 تسلم) او تموت وقال مالك والشافعى واحمد والليث والزهري والاوزاعى ومكحول ومحمد
 تقتل لما روى البخارى وابن ابى شيبة من حديث ابن عباس واللفظ لابن ابى شيبة

ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من بدل دينه فاقتلوه وكلمة من تعم الرجال والنساء كقوله تعالى (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) ولنا ما روى الطبراني في 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 ابست فاستتبعها وروى ابن عدى في كامله بسنده الى ابي هريرة ان امرأة ارتدت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتلها ولكن ضعف من رواية حفص بن سليمان وروى ابن ابي شيبة في مصنفه عن عبد الرحمن ابن سليمان ووكيع عن ابي حنيفة عن عاصم عن ابي رزين عن ابن عباس انه قال النساء لا يقتلن اذا هن ارتدن عن الاسلام ولكن يجسسن ويدعين الى الاسلام ويجبرن عليه ورواه محمد بن الحسن في الآثار عن ابي حنيفة ورواه عبد الرزاق في مصنفه في آخر القصاص عن سفيان الثوري عن عاصم عن ابي رزين به واخرج الدارقطني عن علي انه قال المرتدة تستتاب ولا تقتل وفي نسخة يستأني بها واخرج عبد الرزاق نحوه عن عطاء والحسن وابراهيم النخعي وروى عبد الرزاق عن الثوري عن يحيى بن سعيد ان عمر بن الخطاب امر في ام ولد تنصرت ان تباع في ارض ذات مؤنة عليها ولا تباع في اهل دينها فبيعت بدومة الجندل من غير اهل دينها (وصح تصرفها) في مالها (وكسباها) اى كسب الاسلام وكسب الردة وفي بعض النسخ وكسبها اى سواء كان في الاسلام او الردة (لورثتها) لان ملكها باق ولا هرابة منها حتى يكون مالها فياً بخلاف المرتدة وليس الكل فياً كما قال مالك والشافعي لانه مات كافراً والمسلم لا يرث الكافر ولا يرثها زوجها لان الزوجية قد انقطعت بالارتداد وهي 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 او تموت وكذا الامة وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة او امة وتخدم الامة مولاهما لما فيه من الجمع بين الحقين بان يجعل منزل المولى سجنها لها ويفرض التأديب اليه وفي الايضاح وقال ابو حنيفة اذا احتاج المولى الى خدمتها دفعها القاضى اليه وامره ان يجبرها على الاسلام وارسل اليها القاضى كل يوم يهددها ويضربها اسواط حتى تموت او تسلم والصحيح ان يدفعها الى المولى احتاج او استغنى طلب اولم يطلب لان الجبس تصرف فيها وهو الى المولى (وصح ارتداد صبي يعقل واسلامه ويجبر) الصبي المرتد (عليه) اى على الاسلام (ولا قتل ان ابي) وان بلغ كافراً ولكن يجبس ذكره التمر تاشى وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال مالك واحمد يقتل اذا بلغ ولم يرجع لانه صار اهلاً للعقوبة وقال

ابو يوسف ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وهو قول لاحمد وسحنون المالكي
 لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم ومن كان مرفوع القلم
 لا يبنى الحكم في الدنيا على قوله اما الاسلام فيصح منه لانه مع الصبي اهل للرسالة
 قال الله تعالى (واآئينا الحكم صبيا) فعلم ضرورة انه اهل للاسلام ولانه سبب الفوز بالسعادة
 الابدية فيكون محض منفعة في الامور الدنيوية والاخرية بخلاف الارتداد فانه محض مضرة
 وفي المحيط روى ابن ابي مالك عن ابي يوسف ان ابا حنيفة رجع الى قول ابي يوسف وقال الشافعي
 وزفر اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد واما الاسلام فلانه تبع فيه لا بويه فلا يجعل
 اصلا ان التبعية دليل العجز والاصالة دليل القدرة وبينهما تنافى واما الارتداد فلانه مضرة لانه
 سبب حرمان ارثه وللفرق بينه وبين امرأته المشركة والمسلمة ولا متناع وجوب نفقته
 على ابويه او غيرهما من اقراره والصبي ليس باهل للمضار كالطلاق والعتاق ولا يحنيفة
 ومحمد في الاسلام انه اتى بحقيقته وهو التصديق بالجنان والاقرار باللسان وفي الردة اتى
 بحقيقة الكفر وهو الجحود والانكار وقد اعتبر النبي صلى الله عليه وسلم اسلام الصبي
 فيصح منه روى البخاري في تأريخه عن عروة قال اسلم على وهو ابن ثمان سنين واخرج
 الحاكم في 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
 الذهبي في مختصره وهذا نص في انه اسلم وله اقل من عشر سنين بل نص في انه اسلم وهو ابن سبع سنين
 وهو قول عروة انتهى وقد افتخر على به في شعره * سبقتكمو الى الاسلام طرا، غلاما ما بلغت
 او ان حلمي * وروى البخاري في صحيحه قال كان غلام يهودي يخدم النبي 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 النبي صلى الله تعالى عليه وسلم وهو يقول الحمد لله
 الذي انقذه من النار وعرض عليه السلام الاسلام على ابن صياد وهو غلام لم يبلغ
 ولو لا انه يعتبر منه لم يعرض عليه واما الصبي الذي لا يعقل فلا يصح ارتداده ولا
 اسلامه كالمجنون لان اقراره لا يدل على اعتقاده فلا يعتبر ولو ارتد السكران الذي
 لا يعقل لا يصح ارتداده وبه قال مالك واحمد في رواية والشافعي في قول لانه غير عالم
 بما يقول والردة تبني على تبدل الاعتقاد هذا ويحكم باسلام الوثني وشبهه بتلفظه باحدى
 كلمتي الشهادة ولو سكران او مكرها لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم امرت ان اقاتل
 الناس حتى يقولوا لا اله الا الله ويحكم باسلام الكتابي بتلفظه بكلمتي الشهادة مع
 التبري عن دينه الذي كان عليه ومع دخوله في دين الاسلام لان من اهل الكتاب من

يعتقد نبوة محمد صلى الله عليه وسلم ويدعى انه صلى الله عليه وسلم رسول الله للعرب خاصة فلا بد من تبيره من دينه ودخوله في دين الاسلام ويكفر من وصف الله تعالى بما لا يليق به تعالى وتقدس وسخر باسم من اسمائه او استخف به او بامر من امره ونواهيه او انكر وعده بالثواب للصالحين او وعيده من العذاب للمطالحين او عاب النبي صلى الله عليه وسلم ولو بشعرة من شعراته لانه استخفاف بمن عظمه الله من كل وجه او انكر خلافة الشيخين لثبوتها بالاجماع او صحبة ابي بكر لثبوتها بالنص حيث قال تعالى (اذ يقول لصاحبه) وعليه اتفاق المفسرين او رمى عايشة بما برأها الله منه من قول اهل الافك لانه انكار لما ثبت في كتاب الله وفي المحيط معزيا الى الفتاوى الساهر ان اعتقد انه خالق لما يفعل فان تاب عن ذلك وقال الله خالق كل شيء وتبرأ مما اعتقد تقبل توبته ولا يقتل لانه كافر اسلم وان لم يتب قتل لانه مرتد وقال ابو حنيفة في المجرى يقتل ولا يقبل قوله انى اترك السحر واتوب منه اذا شهد الشهود انه الآن ساهر او اقر بذلك وكذا المرأة الساهرة تقتل وفي المنتقى انها لا تقتل ولكن تحبس وتضرب كالمرتدة والاول اصح لما في البخارى وسنن ابي داود ومسند احمد ان عمر كتب الى نوابه ان اقتلوا الساهر والساهرة ولما رواه الدار قطنى عن جندب مرفوعا حد الساهر ضربه بالسيف ولان ضرر كفرها وهو السحر يتعدى فتكون ساعية في الارض بالفساد بخلاف المرتدة والحريية وذلك لدفع فسادها الذى يفرق بين المرء وزوجته ولا يقبل توبتها فى الاصح لان ما تقتل لاجل لا يرتفع بالتوبة وقيل يقبل لانه لا يلزم عن عدم ارتفاع العيل به كالسلاح فى يد اللص التائب ثم تعلم السحر وتعليمه حرام بلا خلاف بين اهل العلم ومن اعتقد ابائته كفر وعن اصحابنا ومالك واهمى يكفر الساهر بتعليمه وفعله سواء اعتقد تجريمه اولا ويقتل واما الكاهن وهو العراف الذى يحدث وقيل الذى له رى 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 خصائص على عن ابن عباس انه قال لما خرجت الحورية اعترلوا فى دار وكانوا ستة الآف فقلت لعلى يا امير المؤمنين ابرد بالصلاة لعلى اكلم هؤلاء القوم قال انى اخاف عليك قلت كلا فلبست ثيابى ومضيت حتى دخلت عليهم فى دارهم وهم مجتمعون فيها فقالوا مرحبا بك يا ابن عباس ما جاء بك قلت اتيتكم من عند اصحاب النبي صلى الله تعالى عليه وسلم

المهاجرين والانصار ومن عند ابن عم النبي صلى الله تعالى عليه وسلم وصهره وعليهم نزل القرآن فهم اعلم بتأويله منكم وليس فيكم منهم احد جئت لابلغكم ما يقولون وابلغهم ما تقولون فانتهى لى نفر منهم اى عرض قلت هات ما نقيمت على اصحاب رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم وابن عمه وختنه واول من آمن به قالوا ثلث قلت ما هى قالوا اهديهن انه حكم الرجال فى دين الله وفته 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 شىء غير هذا قالوا حسبنا هذا قلت لهم ارأيتم ان قرأت عليكم من كتاب الله وحدثكم من سنة نبيه ما يرد قولكم هذا ترجعون قالوا اللهم نعم قلت اما قولكم حكم الرجال فى دين الله فاننا اقرأ عليكم ان قد صير الله حكمه الى الرجال فى ارب ثمناها ربع درهم قال تعالى (لا تقتلوا الصيد وانتم حرم) الى قوله (يحكم به ذوا عدل منكم) وقال فى المرأة وزوجها (وان خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها) انشدكم الله احكم الرجال فى حقن دماؤهم وانفسهم واصلاح ذات بينهم احق ام فى ارب ثمناها ربع درهم قالوا اللهم بل فى حقن دماؤهم واصلاح ذات بينهم قلت اخرجت من هذه قانوا 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 قلت لم لست بامنا فقد كفرتم قال الله تعالى (النبى اولى بالمؤمنين من انفسهم وازواجه امهاتهم) فانتم بين ضلالتين فأتوا منهما بخرج اخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم قلت واما قولكم محى 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 ولاقاتلناك ولكن اكتب محمد بن عبد الله فقال والله انى لرسول الله وان كذبتونى يا على اكتب محمد بن عبد الله فرسول الله خير من على وقد محى نفسه ولم يكن محوه ذلك محوا من النبوة اخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم فرجع منهم القازن وبقي سائرهم فقتلوا على ضلالتهم قتلهم المهاجرون والانصار ولان توبتهم ترجى ولعل الشر يندفع بالتذكيرة قال تعالى (وذكر فان الذكرى تنفع المؤمنين) وهذه الدعوة ليست بواجبة لانهم قد علموا لما ذا يقاتلون فصاروا كالمتردين (فان خيزوا) اى اختاروا مكانا (مجتمعين) اى

وللقِتال متهيئين (حل لنا قتالهم ابتداء) كما في النخيرة والمبسوط والايضاح وفي مختصر
 القدوري انه لا يحل ان نبدأهم بالقتال بل ان قاتلوا فاتلناهم حتى نفرق جمعهم وهو
 قول مالك والشافعي واحمد لانه لا يحل قتل مسلم الا دفاعا وهم مسلمون بخلاف الكفار فان
 نفس الكفر مبيح لقتالهم ولنا ان خروجهم على الامام معصية ومنكر وقتلنا لهم عليه نهى
 عنه فنقاتلهم وان لم يبدو لنا ولقوله تعالى (فقاتلوا التي تبغى حتى تفرغ الى امر الله) من
 غير قيد بالبداءة منهم ولقول علي مرفوعا سيخرج قوم في آخر الزمان حداث الاسنان
 سفهاء الاحلام يقولون بقول خير البرية لا يتجاوز ايمانهم حناجرهم يهرفون من الدين كما
 يهرف السهم من الرمية فايما لقيتموهم فاقتلوهم فان في قتلهم اجرا لمن قتلهم يوم القيمة
 رواه احمد والشيخان ولان الحكم يدار على دليله ودليل القتال منهم وهو التحيز والتهيو
 والاجتماع موجود ههنا فلوانتظر حقيقة قتالهم لصار ذريعة الى تقويتهم وفي مصنف ابن
 ابي شيبة عن علي كرم الله وجهه انه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريح
 ومن القى سلاحه فهو آمن وفي لفظه عن الضحاك ان عليا لما هزم طاحته 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 كالرمل بالنبيل والمجنيق وارسال الماء والنار
 عليهم والبيات بالليل لان قتالهم فرض كقتال اهل الحرب والمرتدين وقال مالك والشافعي
 واحمد لا يجوز قتالهم بالمجنيق وارسال الماء والنار الا اذا لم يدفعوا بدونه (ويجوز
 على جريحهم) ان يسرع قتله ويتمم (ويتبع موليتهم) كيلا يالحق بهم وبه قال مالك وبعض
 اصحاب الشافعي (ان كان لهم فئة) قيد به لاندفاع شرهم فيما اذا لم يكن لهم فئة بدون
 الاجهاز على جريحهم والاتباع لموليتهم وعليه يحمل ما سبق عن علي كرم الله وجهه وقال
 الشافعي لا يجوز الاجهاز ولا الاتباع في حال وجود الفئة كما لا يجوز في حال عدمها وبه
 قال احمد ولنا انهم اذا كانت لهم فئة يرجع الجريح والمولى الى فئتهم ويصيران حربا
 علينا ولا كذلك حال عدم الفئة (ولا يسبى ذريتهم ويحبس مالهم الى ان يتوبوا) فيرد
 عليهم اجماعا لانهم مسلمون في دار الاسلام فيكون اموالهم وذريتهم معصومة بالعصمتين
 وانما يحبس مالهم عنهم دفعا لشرهم وكسرا لشوكنتهم (ويستعمل سلاحهم ويخيلهم عند الحاجة)
 وبه قال مالك واحمد في رواية وقال الشافعي لا يجوز وهو رواية عن احمد لانه مال
 مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا ما رواه ابن ابي شيبة في آخر مصنفه في باب
 وقعة الجمل ان عليا قسم يوم الجمل في العسكر ما اجافوا عليه اى غلبوا من كراع وسلاح
 وفي الهداية وكانت تلك القسمة للحاجة لا للمتمليك والامام ان يفعل ذلك في مال العادل

عند الحاجة ففي مال الباغى اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى ويباع كراهم
 ويحبس ثمنه لان حبس ثمنه ايسر واحفظ للمالية فاذا وضعت الحرب وزالت الفتنة رد
 عليهم (وباغ قتل عادلا ان ادعى) الباغى (حقيقته) اى كونه على الحق بان قال قتلته وانا
 على الحق (يرث منه) واما لو قال قتلته وانا على الباطل فلا يرث منه وهذا عند ابي
 حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يرث في الوجهين وهو قول الشافعى لانه قتل بغير حق
 فيحرم الميراث اعتبارا بالخطأ ولهما انه قتل بتأويل يسقط معه الضمان فلا يوجب حرمان
 الارث لانه من باب العقوبة (كعكسه) اى كما يرث العادل من الباغى اذا قتله لانه قتل
 بحق وفي الهداية والبدائع ان العادل اذا اتلف نفس الباغى او ماله لا يضمن ولا يأثم
 لانه مأثور بقتالهم دفعا لشرهم قال الله تعالى (فقاتلوا التى تبغى حتى تنفيء الى امر الله)
 والباغى اذا قتل العادل او اتلف ماله لا يضمن عندنا ويأثم وبه قال احمد والشافعى في
 قول لقول الزهرى ان الفتنة الاولى ثارت واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ممن
 شهد بدرا كثير فاجتمع رأيهم على ان لا يقبضوا على احد حدا في فرج استحلوه بتأويل القرآن
 ولا قصاص في دم استحلوه بتأويل القرآن ولا يرد ما استحلوه بتأويل القرآن الا ان يوجد
 شىء لعينه فيرد الى صاحبه وقال الشافعى في قول آخر يضمن وبه قال مالك (ولا يجب
 شىء بقتل باغ مثله) في عسكرهم وقال مالك والشافعى يجب موجب جنائية لان كل موضع
 تجب فيه العبادات في اوقاتها فهو كدار اهل العدل يجب فيه ما يجب فيها ولنا ان موضع البغاة لما خرج
 عن ولاية الامام صار كدار الحرب فلم يجب فيه الحدود والقصاص لان اقامتها للامام ولا ولاية عليهم
 حال وجود موجباتها فلا تكون موجبة في وقتها ولا تنقلب موجبة بعده كالقتل في دار الحرب وكره
 بيع السلاح من وقتها ولا تنقلب موجبة بعده كالقتل في دار الحرب وكره بيع السلاح من اهل الفتنة
 ان علم انه منهم لانه اعانتة على المعصية وقد قال الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى
 ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) ولا بأس ببيعه ممن لا يعلم انه منهم والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الجنائيات

الجنائية في اللغة ما يجرم من الفعل سواء كان في نفس او مال او غيرهما وفي الفقه فعل محرم
 في نفس ويسمى قتلا او طرف ويسمى قطعاً وجرماً والقتل فعل يضاف الى العبد تزول
 به الحيوة وزوال الحيوة بدون فعل العبد يسمى موتاً والسكل باجل مسمى ثم القتل الذى
 يتعلق به الاحكام من القصاص والدية والكفارة وحرمان الارث والا ثم على ما ذكر محمد
 في الاصل ثلاثة عمد وخطأ وشبهه عمد (القتل العمد) هو (ضرب قصداً بها يفرق الاجزاء

كئار ومحدد ولو كان المحدد (من خشب) او حجر وهو المروة او قشر قصب وهو اللبطة
 او ابرة في المثقل وهما زادا كمالك والشافعي مالا يطبقه البدن من المثقل في كون القتل
 به عمدا ولا يشترط في الحديد ونحوه الجرح في 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 وهي لا توقف عليها فاقيم استعمال
 الآلة القاتلة غالبا وهي المفارقة للاجزاء مقامه نيسيرا كما اقيم السفر مقام المشقة والنوم
 مضطجعا مقام الخارج من احد السبيلين والبلوغ مقام اعتدال العقل (وبه) اي بالقتل العمد
 لا بغيره من انواع القتل (ياثم) القاتل بالاجماع لقوله تعالى (ومن يقتل مؤمنا متعمدا
 فجزاؤه جهنم خالدا فيها) الآية ولما اخرج البخاري عن ابن عمر قال قال رسول الله
 صلى الله عليه وسلم لا يزال المسلم في فسحة من دينه ما لم يصب دما حراما والاحاديث
 في هذا الباب كثيرة (ويجب) عطف على ياثم (القتل) اي القصاص عينا الا ان يعفو
 الاولياء فيسقط القود بعفوهم لا الى شيء او ان يصلحوا على مال فيجب ذلك المال بالصاح
 لا بالقتل لان حقهم القود وقد اسقطوه ووجب القود عينا هو المرجح من قول الشافعي
 ورواية عن مالك وقول النخعي وسفيان الثوري وابن شبرمة ويخير الولي في قول
 الشافعي بين القصاص واخذ الدية بغير رضاء القاتل وهو قول احمد ومالك في رواية
 وابن سيرين وابن المسيب وجههور المحدثين لما اخرجهم اصحاب الكتب الستة عن يحيى
 ابن ابي كثير عن ابي سلمة عن ابي هريرة قال لما فتح الله على رسول الله صلى الله تعالى
 عليه وسلم مكة قام في 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 القتل وما اخرج ابو داود والترمذي عن ابي شريح
 الخزازي الكعبي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما فتح الله عليه مكة الا انكم
 يا معشر الخزاعة قتلتهم هذا القتل من هذيل واني عاقلته فمن قتل له بعد مقاتلي هذه قتيل
 فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا العقل ولفظ ابي داود واما ان
 يأخذ العقل او يأخذ القود وفي رواية او يقتلوا ومارواه الترمذي 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 شاءوا قتلوا وان شاءوا اخذوا الدية وهي ثلثون حقة وثلثون جذعة
 واربعون خلفه وما صلحوا عليه فهو لهم ولنا قوله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى)
 فايجاب المال زيادة عليه وقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس) والمراد

القتل العمد لان الله تعالى اوجب الدية في القتل الخطأ بقوله (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا) وما اخرجه ابن ابي 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 قتل العصا والحجر ورمى السهم فيه الدية مغلظة من اسنان الابل وما روه محمود على رضى القاتل وانما لم يذكر رضاء في 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 للدائين خذ بدينك ان شئت دراهم وان شئت دنائير وان شئت عروضا ومعلوم انه لا يأخذ غير حقه الا برضاء المدين وهذا فاش في الكلام ومنه قوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الاسلامك اورأس مالك اى لا تأخذ الاسلامك 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 الربيعه بنت النضر لطمت جارية فكسرت ثنيتها فطلبوا العفو فابوا فعرضوا عليهم الارش فابوا الا القصاص فجاء اخوها انس بن النضر وقال يا رسول الله انكسر سن الربيعه 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 افسم على الله لابره ولو كان يجب الخيار للمولى بين القصاص والارش خيرا رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يعلمها بما تختار من ذلك لان الحاكم اذا تقدم اليه احد فى شىء يجب له من شئيين وثبت عنده لا يحكم له باحد الشئيين بل يحكم له بان يختار اهدهما 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 شىء فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان) قيل نزلت فى الصالح وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد وهو الموافق لللام فان عفى اذا استعمل باللام كان معناه البذل اى فمن اعطى من جهة اخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصالح (فاتباع) اى فلمن اعطى وهو ولى المقتول مطالبته بدل الصالح على محامله وحسن معاملته واكثر المفسرين على انها فى عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله (شىء) فانه يراد به البعض وتقديره (فمن عفى عنه) وهو القاتل (من اخيه) فى الدين وهو المقتول (شىء) من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقيين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث وهو

مروى عن عمر وابن مسعود وابن عباس (فاتباع بالمعروف) اى فليتبع غير العا في بطلب
 حصته وليؤد القتال حقه وافيها من غير تقصير (و) القتل (شبه العمد ضرب قصدا بغير
 ما ذكر) في العمد كالعصا والسوط والحجر والخشب غير المحدود وهذا عند ابي حنيفة
 وعندهما ضربه قصدا بما لا يقتل غالبا وفي الميسوط سمي هذا القتل شبه العمد لما فيه
 من معنى العمد بالنظر الى قصد الفاعل الى الضرب ومعنى الخطأ بالنظر الى انعدام
 قصد القتل فشبّه العمد عند ابي حنيفة رحمه الله ان يتعمد القتل بكل آلة لم توضع للقتل
 وعندهما بكل آلة لا تقتل غالبا وعند مالك والشافعي واحمد بكل آلة او فعل لا يصاح للقتل
 فلو ضربه بسوط صغير ضربا او ضرب بين فمات فهو شبه العمد عند الكل ولو ضربه بسوط
 صغير ووالى بين الضربات الى ان مات فان كان جملة ما والى بحيث يقتل مثل غالبا
 فهو عمد محض على قولهما وبه قال مالك والشافعي وقال بعض المشايخ هو شبه العمد
 على قولهما كقول ابي حنيفة ولو القاه من جبل او سطح او غرقه في الماء فشبّه عمدا عند
 ابي حنيفة وعمد عندهما ولو خنقه فمات فهو شبه عمدا الا ان يكون معروفا بذلك النوع
 من القتل وعند مالك والشافعي واحمد يجب القود ولو ضربه بحجر عظيم او خشبة عظيمة
 فهو شبه العمد عند ابي حنيفة وعمد عند غيره لما في الصحيحين من حديث انس ان رجلا
 رضع رأس امرأة بين حجرين فقتلها فرضخ رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم رأسه
 بين الحجرين وما رواه البيهقي من طريق مسدود ان يهوديا رمى رجلا بحجر فقتله فاخذه
 النبي صلى الله عليه وسلم وما اخرجه ابو داود والنسائي 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 في الجنين فجاء حمل بن مالك بن النابغة فقال كنت بين
 حجرتي امرأتين فضربت احدهما الاخرى بمسطح فقتلتها وجنينها فقاضى رسول الله صلى
 الله عليه وسلم بغرة اى عبد او امة وان تقتل بها والمسطح عمود البناء ولانه قصد الى
 الضرب بالآلة يقتل بمثلها في الغالب فيتعلق به القصاص كالمحدد ولا يبي حنيفة رحمه الله
 قوله صلى الله عليه وسلم الا ان دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من
 الابل منها اربعون في بطونها اولادها رواه ابن حبان واصحاب السنن سوى الترمذى
 وما اخرجه ابو داود والترمذى والنسائي 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
 او رميا بحجر او سوط او عصا فهو غطاً وعقله عقل الخطأ ومن قتل عمدا فهو قود ومن حال دونه
 فضليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل منه صرف ولا عدل ووجه الدلالة انه

لم يفصل في العصا والحجر بين الكبير والصغير وفي النهاية العميا بالكسر والتشديد
 والقصر فعيلي من العمى ومن قتل في عميا اى وجد قتيلا وعمى امره ولم يتبين قاتله
 والرميا كذلك مصدر من الرمي بمعنى المرماة يراد به المبالغة واخرج ابن ابي شيبة
 مثل قوله عن علي والشعبي والحاكم وحماد وابراهيم النخعي واجيب من حديث اليهودي
 بانه يحتمل انه كان قاطع طريق وقاطع الطريق اذا قتل باى شىء كان يقتل به حدا او
انه عومل معاملته لكونه ساعيا في الارض بالفساد (وفيه) اى في شبه العمى (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 سياتى (على العاقلة)
لانها وجبت بالقتل ابتداء فكانت على العاقلة كالخطأ ويجب في ثلث سنين لما اخرج ابن
ابى شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما باسانيد مختلفة عن عمر بن الخطاب انه جعل الدية كاملة
في ثلث سنين (وهو) اى شبه العمى (فيما دون النفس) من الاعضاء (عمد) اى كعمد لان اتلاف
ما دون النفس لا يختص بألة دون آلة بخلاف النفس فكان المعتبر فيما دون النفس تعمد
الضرب (وفي الخطأ) هذا خبر مقدم (فعلا) اى حال كونه فعلا (او) حال كونه قصدا كرميه
عرضا) وهو الهدف الذى يرمى اليه (فاصاب آدميا) هذا مثال للخطأ في الفعل لان فعله
لم يقع في المحل الذى قصده (اورميه مسلما ظنه صيدا او) ظنه (هريبا) هذا مثال للخطأ
في القصد لانه اصاب المحل الذى قصده وانما اخطأ في ظن المسلم حربيا او صيدا (وما جرى
جراه) عطف على الخطأ والضمير له (كالنايم سقط) اى انقلب (على آخر فمات كفارة)
هذا مبتدأ مؤخر (ودية) في ثلث سنين (عليها) اى على العاقلة لقوله تعالى (فتحريم رقبة
مؤمنة ودية مسلمة الى اهله) وهذا النوع من القتل لا ياثم القاتل فيه للمقتل بل ياثم لترك
التحرز والتثبت في الفعل لان الكفارة يؤذن بالاثم لانه للستر ولا ستر بدون الاثم
ولا اثم باعتبار نفس الفعل فيكون باعتبار ما ذكرناه الا ان فعل النايم ليس بعمد ولا
خطأ لانه لا يتصور من النايم قصد حتى يتصور منه ترك التحرز ولكن الانقلاب الموجب
لتلفى ما انقلب عليه يتحقق من النايم فجرى مجرى الخطأ في جميع الاحكام وفي النخيرة قصدا ان
يضرب يد رجل فاصاب عنقه فهو عمد وفيه القود ولو اصاب عنقه غيره فهو خطأ لان البدن
محل واحد فيما يرجع الى قصد الضارب ففي الاول المحل الذى قصده وفي الثانى اصاب غيره
وفي المجتبى وبهذا تبين ان قصد القتل ليس بشرط لكونه عمدا (وفي القتل) خبر مقدم
بسبب كحفر بئر) في غير ملكه (ونحوه) من وضع حجر في غير ملكه ومات به آدمى
وكذا ساقى السم (دية) مبتدأ الخبر المقدم (عليها) اى على العاقلة لانه فعل سبب التلف

وهو التعدي فكان كالدافع والملقى فيه فموجب الدية صيانة للأنفس وعلى العاقلة تخفيفا عليه لان القتل بهذا الطريق دون العقل بالخطأ ولهذا لا كفارة فيه (ولا ارث لقاتل) في نوع من انواع القتل (الا هنا) وذلك لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم ليس للقاتل من الميراث شيء رواه النسائي من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده مرفوعا ورواه مالك عن عمر مرسلا وانما استثنى هذا لما سيأتى وقال مالك والشافعي واحمد هنا الكفارة وهرمان الارث بالخطأ لان الشرع جعله قاتلا في 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 في الضمان صيانة للدم عن الهدر على خلاف الاصل فيبقى في حق الكفارة وهرمان الارث على الاصل نعم يأتى بالحفر في ملك غيره على ما قالوا ولا يأتى 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 مالا بغير حق رواه احمد بسند جيد (ونقصان الصبي) بكسر ففتح والاضافة بيانية اى ونقصان هو الصبي بان كان القاتل بالغاً والمقتول دون البلوغ (و) نقصان (الانوثة) بان كان القاتل رجلا والمقتول انثى (و) نقصان (الرق) بان كان القاتل حراً والمقتول رقيقاً (و) نقصان (الجنون) بان كان القاتل عاقلاً والمقتول مجنوناً (و) نقصان (العمى) بان كان القاتل بصيراً والمقتول اعمى (و) نقصان (الزمانة) بان كان القاتل صحيحاً والمقتول زماً (و) نقصان (كفر النمي) بان كان القاتل مسلماً والمقتول ذمياً (و) نقصان (الاطراف) بان كان القاتل كامل الاطراف والمقتول ناقصاً (هدر) بفتح الدال ويسكن اى ساقط غير معتبر (في القود) حتى كان الكامل في جهة من هذه الجهات يقتل بالناقص فيها بهجوم قوله تعالى (ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً) الآية واوجود المساواة في العصمة وهي المعتبرة في هذا الباب اذ لو اعتبرت المساواة في ما وراءها لانسد باب القصاص وعن عطاء والحسن البصرى اذا قتل الرجل المرأة فوليتها ان شاء اخذ ديتها ستة آلاف درهم وان شاء دفع الى ولي القاتل ستة آلاف وقتله قيد بالنمي لان نقصان كفر المستأمن ليس بهدر ولانه غير محقون الدم على التأييد لانه على قصد الرجوع الى دار الحرب فلا يقتل مسلم بمستأمن لعدم المساواة في اصل العصمة ويقتل المستأمن بالمستأمن قياساً وبه قال مالك والشافعي واحمد لانهما حقنا دمهما بالامان فصارا متكافئين ولا يقتل استحساناً لقيام المبيع وهو الكفر الباعث على الحربية وقال مالك والشافعي واحمد لا يقتل 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 امانة 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
لا يحل دم امرء يشهد ان لا اله الا الله واني رسول الله الا باحدى ثلاث الثيب الزاني
والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة وما اخرجه ابو داود والنسائي عن عايشة
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يحل قتل مسلم الا باحدى ثلث خصال زان محض
فيرجم ورجل يقتل مسلماً متعمداً ورجل يخرج من الاسلام فيحارب الله ورسوله فيقتل
او يصلب او ينفى من الارض ومقابلة الحر بالحر لا ينافي مقابلة الحر بالعبد اذ ليس فيه
الا ذكر بعض ما شمله العموم على موافقة حكمه وذلك لا يوجب تخصيص ما بقي ومجمل
ان النص تخصيص بالذكر وهو لا ينفى ما عداه الا ترى انه قابل الاثني بالاثني ولا يمنع
ذلك مقابلة الذكر بالاثني فكذا لا يمنع مقابلة العبد بالحر حتى يقتل به العبد اجماعاً وهما
مستويان في العصمة وهي 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 والاثني منهم بمقابلة الذكر من بنى قريظة فنزلت الآية رداً عليهم وبيانا
ان الحر بمقابلة الحر والعبد بمقابلة العبد والاثني بمقابلة الاثني من القبيلتين جميعاً فكانت
اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس وقال الشافعي ايضاً لا يقتل المسلم بالذمي وهو
قول عطاء والحسن البصري وفي المبسوط ان الخلاف فيما اذا كان القاتل حال القتل مسلماً
اما لو كان حال القتل ذمياً ثم اسلم فانه يقتص منه بالاجماع لهم ما اخرج البخاري في
كتاب العلم وفي موضعين من كتاب الديات عن ابي جحيفة قال سألت علياً هل عندكم
شيء ما ليس في القرآن فقال العقل اى الدية وفكك الاسير وان لا يقتل مسلم بكافر
وما اخرجه ابو داود والنسائي عن قيس بن عباد قال انطلقت انا والاشتر الى علي
فقلنا له هل عهد اليك رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً لم يعهد الى الناس عامة قال
لا الا ما في كتابي هذا فاخرج كتاباً من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون يتكفأ دماءهم
وهم يد على من سواهم ويسعى بذمتهم ادناهم الا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذوعهد في
عهده من احدث حدثاً فعلى نفسه ومن احدث حدثاً او آوى محدثاً فعليه لعنة الله والملائكة
والناس اجمعين ولانه لامساواة بين المسلم والكافر وقت الجنابة لقوله تعالى (لا يستوى

اصحاب النار واصحاب الجنة) والقصاص مبنى على المساواة ولان الكفر مبيع للدم وهو وقت عقد الذمة موجود فاورث شبهة دارئة للقصاص ولنا عمومات الكتاب والسنة منها ما رواه الدار قطنى فى سننه عن عمار بن مطر حدثنا ابراهيم بن محمد الاسلمى عن ربيعة ابن ابى عبد الرحمن عن ابن البيلماني عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بهماهد وقال انا اكرم من وفى بدمته وقال لكن لم يسنده غير ابراهيم بن يحيى وهو متروك الحديث والصواب عن ربيعة عن ابن البيلماني مرسل ثم رواه من طريق عبد الرزاق انا الثورى عن ربيعة ابن ابى عبد الرحمن عن عبد الرحمن بن البيلماني ان النبى صلى الله عليه وسلم ورواه الشافعى فى مسنده اخبرنا محمد بن الحسن اخبرنا ابراهيم بن محمد بن محمد بن المنكر عن عبد الرحمن بن البيلماني فذكره قال فى التنقيح وعبد الرحمن بن البيلماني 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 ميهون عن عبد الله بن عبد الله مولى 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 لعلمهم هددوك او فرعوك قال لا ولكن قتله لايرد على اذى 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 حنين 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 وما روى ايضا فى مصنفه عن معمر بن عمرو بن ميهون 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 بن عقيل عن ابن شهاب قال اخبرنى سعيد بن المسيب ان عبد الرحمن ابن

ابي بكر الصديق قال مررت بالبقيع قبل ان يقتل عمر فوجدت ابا لؤلؤة والهرمزان
 وجفينة يتناجون فلما رأوني ثاروا فسقط منهم حنجر له رأسان ونصابه وسطه فلما قتل
 عمر رآه عبد الله بن عمر فاذا هو الحنجر الذي وصفه له عبد الرحمن فانطلق عبد الله
 ومعه السيف فقتل الهرمزان ولما وجد مس السيف قال لا اله الا الله وغدا على جفينة
 ويكان من نصارى الحيرة فقتله وانطلق الى بنت ابي لؤلؤة صغيرة تدعى الاسلام فقتلها
 واراد ان لا يترك من السبى يومئذ احد الا قتله فاجتمع عليه المهاجرون فزجروه
 وعظموا عليه ما فعل ولم يزل عمرو بن العاص يتلطف به حتى اخذ منه السيف فلما
 استخلف عثمان دعا المهاجرين والانصار وقال لهم اشيروا على في هذا الذي فتق في
 الدين ما فتق فاشار عليه على وبعض الصحابة بقتل عبيد الله وقال جل الناس ابعده الله
 جفينة والهرمزان ان يريدون 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 البغي فلما ولي على بن ابي طالب اراد قتله فهرب منه الى معاوية فقتل
 ايام صفين وكذا رواه ابن سعد في الطبقات قال الطحاوي في هذا الحديث ان المهاجرين
 اشاروا على عثمان بقتل عبيد الله وقد قتل الهرمزان وجفينة وهما ذميان فان قيل
 انما اشاروا عليه لقتله ابنة ابي لؤلؤة صغيرة تدعى الاسلام لا لقتله اياهما قلنا قولهم
 ابعده الله جفينة والهرمزان يدل على انه اراد قتله بهما والله سبحانه وتعالى اعلم انتهى
 وتقدم الخلاف في اسلام الصغير كما لا يخفى واما قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر
 فالمراد بالكافر الحربي بدليل قوله ولا ذوعهد في عهده وهذا معطوف على المسلم اى
 ولا يقتل ذوعهد بكافر وانما لا يقتل ذوالعهد بالكافر الحربي ولو كان المراد به الذمي
 لما صح جريان القصاص بين الذميين فان قيل جاز ان يراد بذوالعهد المسلم قلنا
 العطف يقتضى المغايرة فان قيل هذا ابتداء اى لا يقتل ذوعهد في مدة عهده قلنا المراد
 بالاول نفي القتل قصاصا لانفى مطلق القتل فكذا الثاني تحقيقا للعطف ثم القصاص مبني
 على المساواة في اصل العصمة والمسلم والذمي في ذلك سواء لانهم انما بدلوا الجزية
 ليكون دماؤهم كدماؤنا والكفر ليس بمبيع للقتل بنفسه بل بواسطة الحرابة وقد سقطت
 بعقد الذمة وصار من اهل دارنا ولهذا كان كفر المرأة غير مبيع لقتلها لانه غير باعث
 على الحرابة وعهد غير المكلف كصبي ومجنون ومعتوه كالحطأ فتجب الدية على عاقلته
 لان عليا رضى الله عنه اوجب الدية على عاقلة مجنون قتل رجلا بالسيف وقال عمده

وخطأه سواء رواه البيهقي وهو قول مالك وفي مال القاتل عند الشافعي ولاتكفير في عمد
 غير المكلف ولا حرمان ارث واحرمه مالك والشافعي الميراث والزماه الكفارة (ولايقاد)
 من انسان (بمملوكه ولو) كان (مشاركا) او مدبرا بلاخلاف بين اهل العلم لانه لا يستوجب
 على نفسه القصاص (و) لا يقاد من الوالد اى اصله وان علامن جهة ابيه وامه (بالولد)
 وان سفل وبه قال الشافعي واحمد واشهب (وعبده) اى ولا يقاد من الوالد بعبد الولد
 ومذهب مالك لا يقاد 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 تأديبه اما لو اضعفه وذبحه او شق
 جوفه او حزيك فقطعها او وضع عينه فقهاها فانه يقاد منه لان القصاص يسقط بالشبهة
 وفي غير ذلك ونحوه الشبهة قائمة ولنا اطلاق ما اخرجه الترمذي وابن ماجه في الديات
 عن عمر بن الخطاب قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يقاد الوالد بالولد
 واخرجه البيهقي بسند صحيح عن عمر وذكر قصة وقال لولا اني سمعت رسول الله صلى الله
 عليه وسلم يقول لا يقاد الاب بابنه لقتلتك هات ديتته فاتاه فدفعها الى جدته وترك اباه واخرج
 الحاكم في المستدرک وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه عن ابن عباس قال جاءت جارية الى
 عمر بن الخطاب فقالت ان سيدى اتهمنى فاعتدنى على النار حتى احرق فرجى فقال لها
 عمر على به فقال له عمر اتعذب بعذاب الله قال يا امير المؤمنين اتهمتها في نفسها قال
 هل رأيت ذلك عليها قال لا قال فاعترفت لك به قال لا قال والذي نفسى بيده لولم اسمع
 رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يقاد بمملوك من مالكة ولا والد من ولده لاقتتها
 منك ثم برزه فضرب مائة سوط ثم قال لها اذهبي فانك حرة لله تعالى وانت مولاة الله
 ورسوله ولان الولد جزء من والده متفرع عليه واهلاك الاصل بسبب الجزم والفرع
 ليس من مقتضى الحكمة ومجمل انه كان سببا لوجوه فلا يلايم ان يكون سببا لعدمه واذا
 سقط القود عنه بشبهة كقتل الاب ابنه عمدا يجب الدية في مال في ثلاث سنين لانه مال
 ويجب بالقتل ابتداء فاشبه العمد ولان تقوم النفس بالمال غير معقول المعنى وانما عرف
 شرعا والشرع انما ورد بايجاب الدية مؤجلة في ثلاث سنين فقبلنا اتباعه قيد بالولد لانه
 يقاد بالوالد من الولد لان الحاجة ماسة الى شرع الزاجر في 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) لاشتباهه من له الحق لانه المولى ان مات المكاتب عبدا
 والوارث ان مات حرا والصحابة اختلفوا في موته هل هو على صفة الحرية او الرقية فقال
 على وابن مسعود يموت حرا اذا ادبت كتابته فيكون الاستيفاء لورثته وقال زيد بن

ثابت يموت عبدا وبه قال الشافعي 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 للمكاتب وفاء وسيد فقط كان له القصاص
 عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا قصاص فيه لاشتباهه بسبب الايفاء فانه له الولاء ان
 مات حرا والمملك ان مات عبدا واختلاف السبب باختلاف المسبب (ويسقط دية وقود ورثه)
 ابن (على ابيه) لان الدية والقود عقوبة والابن لا يستوجب عقوبة على ابيه وصورة
 المسئلة ان يقتل الاب ابا امرأته وله منها ابن ثم تموت امرأته قبل ان يؤخذ فان ابنه
 منها يرث الندي كان لها من القود على ابيه ويسقط (ولا يقاد) من قاتل (الاب سيف)
 وهو رواية عن احمد وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل ان كان مشروعا وبه قال مالك
 واحمد واصحاب الظاهر وان كان فعلا غير مشروع بان لاط بصغير او وطع صغيرة حتى
 قتلها اوسقاه خمر حتى مات اختلف اصحابه فقيل تجز رقبته وقيل في اللواطه يتخذ له آلة
 مثل الذكر فيفعل به مثل ما فعل وفي الخمر يسقى الماء حتى يموت ولو فعل به مثل ما
 فعل فلم يموت ففيه قولان احدهما ان يكرر ذلك الفعل عليه حتى يموت وبه قال مالك
 وثانيهما ان يعدل الى السيف احتجوا بقوله تعالى (وان عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتهم
 به) وقوله تعالى (فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) وبها في 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 اليهودي فافر
 فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض رأسه بالحجارة ولنا ما اخرج ابن ماجه في
 سننه عن ابي بكر عن النبي صلى الله عليه وسلم واخرجه ايضا فيها عن النعمان بن بشير
 عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا قود الا بالسيف وليس معناه لا قود يجب الا
 بالسيف لان القود يجب بغير السيف اجماعا واما قوله تعالى (وان عاقبتهم) فروى
 الطحاوي عن ابن عباس وابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لما قتل حمزة
 ومثل به لئن ظفرت بهم لامثلن سبعين رجلا منهم وفي رواية والله لامثلن سبعين رجلا
 منهم فانزل الله تعالى (وان عاقبتهم) الآية فصبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وكفر
 عن يمينه وقوله (فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) يدل على المماثلة وفيما قالوه زيادة
 عليها واما حديث اليهودي فما فعل صلى الله عليه وسلم به كان على طريق السياسة لان
 اليهودي كان مشهورا بذلك فامر عليه السلام برضخه لكونه ساعيا في الارض بالفساد
 لا بطريق القصاص يدل عليه ما روى مسام انه عليه السلام امر بجرم اليهودي حتى مات

والرجم يصيب الرأس وغيره (ويستوفى الكبير قبل كبير الصغير قودا لهما) سواء كان الكبير له التصرف في مال الصغير او لم يكن وهذا عند ابي حنيفة وبه قال مالك واحمد في رواية والليث بن سعد وحماد بن سليمان والاوزاعي وقال ابو يوسف ومحمد اذا لم يكن الكبير وليا له التصرف في مال الصغير لا يستوفى حتى يدرك الصغير لان القود مشترك بين الكبير والصغير ولا ولاية للكبير على الصغير حتى يستوفى حقه ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزى فتعين التأخير الى بلوغ الصبي كما لو كان معهما كبير غايب ولا يبي حنيفة ان عليا كرم الله وجهه لما اصابه ابن ماجم قال في وصيته اما انت يا حسن فان شئت ان تغفو فاعق وان شئت ان تقتص فاققص بضربة واحدة واياك والمثلة فلما مات على قتل به وفي ورثته صغار منهم العباس كان عمره اربع سنين ولان احتمال الغفو معدوم في الحال وموهوم في الاستقبال فتأخيره ربما يؤدى الى المحال واما الكبير الغايب فينظر لقرب توقع الوصال ولو كان الكبير وليا للصغير له التصرف في ماله كلاب والجدله ان يستوفى قبل ان يبلغ الصغير باتفاق اصحابنا ولو كان وليا لا يتصرف في المال كالاخ والعم فعلى الخلاف (و) يجب (في قتل مسلم مسلما ظنه مشركا عند التقاء الصفيين الكفارة والدية) لان هذا احد نوعي الخطأ وهو الخطأ في القصد والخطأ بنوعيه يوجب الكفارة والدية روى الشافعي في مسنده عن مطرف عن معمر عن الزهري عن عروة قال كان ابو حنيفة شيخا كبيرا فرجع في الاطام مع النساء يوم احد فخرج يتعرض للشهادة فجاء من ناحية المشركين فابتدره المسلمون باسيافهم وحنيفة يقول ابي ابي فلا يسمعون منه من شغل الحرب حتى قتلوه فقال حنيفة يغفر الله لكم وهو ارحم الراحمين قال ووداه رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن طريق الشافعي رواه البيهقي في المعرفة قالوا وانما تجب الدية اذا كانوا مختلطين حتى لو كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم لما اسند ابو يعلى الموصلي في مسنده عن عمر بن الحارث ان رجلا دعا عبد الله بن مسعود الى وليمة فلما جاء ليدخل سمع اهوا فلم يدخل فقبل له لم رجعت قال لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كثرت سواد قوم فهو منهم ومن رضى عمل قوم كان شريك من عمل به (و) يجب (في 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) في ماله ان كان عمدا وعلى عاقلته ان كان خطأ لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والاخرى وفعل الشخص بنفسه جنس آخر لكونه هدرا في الدنيا دون العقبى حتى ياثم بالاجماع وفعل زيد جنس ثالث لكونه مؤاخذا في الدنيا والاخرة فيكون

التالف بفعل زيد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية وقال الشافعي واحمد في قول ان كان فعل زيد عمدا يجب عليه القود ومن قتل نفسه يغسل ويصلى عليه عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يغسل ولا يصلى عليه لانه باغ على نفسه (ولا شئٌ بقتل مكلف شهر سيفاً) او سلاها (على مسلم) سواء قتله المشهور عليه او قتل غيره دفعاً عن المشهور عليه (او شهر) (عصا) كبيرة في مصر او غيره ليلاً او نهاراً (الا) اذا شهرها (نهاراً في مصر) لما روى احمد في مسنده والحاكم في مستدركه وقال صحيح على شرط الشيخين من حديث سليمان بن بلال عن علقمة بن 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 اخرجته مسلم في الايمان عن سلمة بن الاكوع عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من سل علينا سيفاً فليس منا وفيهما عن ابي موسى نحوه ورواه النسائي من حديث ابن الزبير والحاكم في المستدرك عن معمر مرفوعاً من شهر سيفاً ثم وضعه فدمه هدر ولانه باغ بفعله فتسقط عصمته ولان القتل تعين طريقاً لدفع فعله لان السيف لا يلبث فيحتاج في دفعه الى القتل والعصا وان كان يلبث الا انه في الليل لا ياحقه الغوث وكذا في النهار في غير مصر فكان دمه هدراً حتى لو امكن دفعه بطريق آخر لا يسعه قتله (والدية) مبتدأ خبره (في) ماله (اى مال المشهور عليه) (في غير مكلف) اى في قتله مجنوناً او صبياً شهر سلاها او شهر عصا ليلاً في مصر او غيره او نهاراً في غير مصر (والقيمة في قتل جمل) ونحوه (صال عليه) اى على قاتله وقال مالك والقاضي واكثر اهل العلم لا شئٌ في الكل لانه قتله دفعاً عن نفسه فكان كقتل الشاهر المكلف ولانه محمول على قتله بسبب فعله وهو شهر السلاح والوصول فكان كما اذا اكرهه رجل آخر بان قال له لا تقتلنك او تقتلن فلانا فقتله المكره حيث لا يجب عليه شئٌ ولنا ان فعل الصبي والمجنون والداية غير متصف بالحرمة لعدم الاختيار الصحيح منهم فلا تسقط العصمة ولنا لا يجب القصاص على الصبي والمجنون اذا قتلا ولا الضمان اذا قتلت الداية ومقتضى هذا ان يجب القصاص على المشهور عليه اذا قتلهما لانه قتل نفساً معصومة الا ان الدية وجبت لوجود المبيع وهو دفع الشر ولو نظر انسان في بيت آخر من ثقب اوشق باب فطعنه صاحب الدار بخشبة او رماه بحصاة ففقأ عينه ضمنه عندنا ولم يضمنه عند الشافعي لما روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لو ان امرأً اطلع عليك بغير اذن فخذفته بحصاة وفقأت عينه لم يكن عليك جناح ولنا ان قوله عليه السلام لا يحمل دم امرء مسلم الحديث يقتضى عدم سقوط عصمته بهذا الفعل وان مجرد نظره اليه لا يبيح قلع عينه كما لو نظر من الباب المفتوح او دخل بيته ونظر فيه والمراد

بها روى ابو هريرة المبالغة في الزجر عن ذلك ولو اراد رجل ان يأخذ مال مسلم
 او يقطع عضوه او يزني بامرأته فله دفعه بغير السيف فان لم يندفع فيضربه بالسيف وكذا
 لو رأى رجلاً يزني بامرأته يدفعه 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 والترمذي والنسائي
 وابن حبان في صحيحه فلو دخل عليه لص ليلاً فاخرج قدر عشرة دراهم فصاح عليه
 انشد الله والاسلام فلم يتركه فقتله هدر دمه لما تقدم ولما في صحيح مسلم عن ابي
 هريرة قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ارايت ان جاء
 رجل يريد ان يأخذ مالى قال فلا تعطه مالك قال ارايت ان قاتلنى قال قاتله قال ارايت
 ان قتلنى قال فاننت شهيد قال ارايت ان قتلته قال فهو في النار وفي الصحيحين عن
 عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من قتل دون ماله فهو شهيد وفي
 مسند اسحاق بن راهويه عن قابوس بن ابي المخارق عن ابيه قال جاء رجل الى النبي
 صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول 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 بهن حضرك من المسلمين قال ارايت ان لم يحضرنى
 احد قال قاتل دون مالك حتى تحرز مالك او تقتل فتكون من شهداء الآخرة ولو قتل
 رجلاً وادعى انه كان يزني بامرأته وكذبه الولي فلا بد من بينة قيل يكفي الشاهد ان
 لان البينة تشهد على وجوده مع المرأة وقيل يأتي باربعة لانه روى عن علي كذاك والحنق
 والتفريق والالقاء من جبل اوسطح او في بئر لا يوجب القود الا اذا تكرر منه ذلك عند
 ابي حنيفة وهما اطلاقه لقوله عليه السلام من عرض عرضاً له ومن حرق حرقاً له ومن
 غرق غرقاً له ان وجوب القصاص مختص بقتل وهو عمد محض وذا بان بياشوره بألة
 وهي 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 في حديث الربيع بنت النضر السابق كتاب الله القصاص والقصاص بنبي عن
 المماثلة فكل ما امكن رعاية المماثلة فيه يجب فيه القصاص ومالا فلا ولا معتبر لكبير
 العضو وصغره لانه لا يوجب التفاوت في المنفعة الا في الشجة اذا اخذت ما بين قرني
 المشجوع ولم يأخذ ما بين قرني الشاج لكبير رأسه على ما سياتى (كقطع اليد من المفصل و)

قطع (الرجل) من المفصل (و) قطع (مارن الانف) وهو ما لان من الانف (و) قطع
(الاذن) لامكان رعاية المماثلة في هذه الاشياء وقيد بالمفصل لان قطع اليد من الساعد
وقطع الرجل عن نصف الساق لاقتصاص فيه لعدم المماثلة وقيد بالمارن لان قطع الانف
من قصبه لا يمكن فيه المماثلة لانه عظم وليس بفصل (وكل شجة يمكن فيها المماثلة)
كالموضحة وهي التي تظهر العظم (وعين قائمة ذهب ضوءها) لامكان المماثلة (فيجعل على
وجهه قطن رطب ويقابل عينه بمراة محماة) فيذهب ضوءها وهي قائمة لما روى عبد الرزاق
في مصنفه عن معمر عن رجل عن الحكم بن عيينة قال لطم رجل رجلا فذهب بصره وعينه
قائمة فأرادوا ان يقيدوا منه فاعبى 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 مرءة فالتمع بصره وعينه قائمة (لان قلعت) اى لاقتصاص في عين
قلعت سواء قورت اى ارتفعت او خسفت لا تمتنع المماثلة (و) لا قود (في عظم) لقول عمر
انا لا نقيد من العظام وقول ابن عباس ليس في العظام قصاص ونحوه عن الشعبي والحسن
رواه ابن ابي شيبة في مصنفه ولان المماثلة فيه متعذرة لانه اذا كسر موضع ينكسر موضع
آخر (الا) في (السن) لامكان المماثلة (فيها فتقطع ان قلعت) سن من العجنى عليه (وتبرد)
بالمبرد (ان كسرت ولا قود) في طرف (بين رجل وامرأة و) لابين (هر وعبد و) لابين
(عبد بن) خلافا لهالك والشافعي واحمد وابن ابي ليلى في جميع ذلك الا في الحر يقطع
طرف العبد اعتبارا للطرف بالانفس لكونه تابعة لها وشرع القصاص فيها للاتحاق
بالانفس ففي كل موضع يجرى القصاص في النفس يجرى في الطرف ومالا فلا ولنا ان
الاطراف يسلك بها مسالك الاموال لانها وقاية للانفس كالاموال وانه لا مماثلة بين طرف
الذكر والانثى للثفاوت بينهما في القيمة بتقويم الشارع ولا بين طرف الحر والعبد لذلك
لانه جعل قيمة يد الحر خمسمائة دينار وقيمة يد العبد نصف قيمته وهي لا تبلغ ذلك ولا بين طرف
العبدين لعدم المساواة بينهما باليقين بل بالحرز والتخمين بخلاف طرف الحرين لان استوائهما
متيقن به بتقويم الشارع وبخلاف الانفس لان القصاص فيها يتعلق بازهاق الروح ولا تفاوت فيه
(و) لا قود (في الجائفة) لان الصحة فيها نادرة فلا يمكن القصاص فيها على وجه يقع البرء (و)
لا في (اللسان) وهو رواية عن مالك وقول ابي اسحاق من اصحاب الشافعي وعن ابي يوسف اذا
قطع بعضه لا يجب القود واذا قطع من اصله يجب وقال مالك في رواية والشافعي واحمد يجب
القود في كله وفي بعضه بقدره لقوله تعالى (والجروح قصاص) (و) لا قود (في الذكر الا)
اذا قطع (من الحشفة) لان موضع القطع معلوم فصار كالمفصل وعند مالك والشافعي واحمد

يجب القود في الذكر لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولان له حداينتهى اليه فيمكن
القصاص فيه من غير حيف عليه ولنا ان كلا من الذكر واللسان ينقبض وينبسط فلا يمكن
فيهما المساواة من غير حيف ولو قطع بعض الحشفة لقود عندنا وعند مالك والشافعي
واحمد يؤخذ النصف بالنصف والربع بالربع وما زاد او نقص بحسابه من ذلك كما في الاذن
ولو قطع الختان بعض الحشفة في الصبي او في العبد فعليه حكومة عدل وان قطع الحشفة
كلها فان برأ فعليه في العبد كمال القيمة وفي الصبي كمال الدية وان مات فقضى العبد
نصف القيمة وفي الصبي نصف الدية لان التلف حصل بفعلين احدهما مأذون فيه وهو قطع
الجلدة والثاني غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة فيجب نصف الضمان واما ان برأ فلان
قطع الجلدة مأذون فيه فجعل كان لم يكن وقطع الحشفة غير مأذون فيه فوجب ضمان
الحشفة كاملا وهو الدية في الصبي وكمال القيمة في العبد وفي مجموع النوازل ما ذكرنا انه
ان مات فعليه نصف الدية رواية محمد وذكر في الاصل انه لا يجب شيء ان مات وموت
الصبي بتأديب الاب والوصى يوجب الدية عند ابي حنيفة كموته من تأديب امه ومن
تأديب غير معتاد لمثل لان الضرورة الماسة الى تأديبه تندفع بزجره وحبسها وغوهمها
من غير ضربه ولو اضطر الى ضربه فالسلامة مشروطة كتأديب الزوج الزوجة وهما
اهدراه لان تأديب الصبي لابد لهما منه وذا انها يحصل غالبا بالضرب فصار كضربه
للتعليم وضرب معلمه باذن ابيه لعود نفعه الى الصبي في 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 لها تعذر كان له ان يأخذ دون
حقه وان يعدل الى عوضه وفي المجتبى وعلى هذا السن والاطراف التي يجب فيها القصاص
اذا كان طرف الجاني اوسنه معيبا يخير المجنى عليه بين اخذ الدية كاملا وبين استيفاء
المعيب قيدنا الشلاء بان ينتفع بها لانها لو كانت لا ينتفع بها لا تكون محلا للقصاص
فكان له دية كاملة من غير خيار وعليه الفتوى وفي المحيط ولا تقطع اليمين اليمينين
ولا اليسرى اليمينين ولا تقطع الاصابع الا بمثلها من القاطع فيؤخذ ايهام اليمين
باليمين واهام اليسرى لا بالعكس وكذا لا تؤخذ العين اليمين باليسرى ولا العين
اليسرى باليمين وكذا في الاسنان الثنية بالثنية والنباب بالنباب والضرس بالضرس ولا
يؤخذ الاسفل بالاعلى ولا الاعلى بالاسفل خلافا لابن شبرمة في ذلك كله للفتاوت في
المنافع والمرافق (او الشجة) اي وخير المجنى عليه ان كانت الشجة (تستوعب ما بين
قرني المشجوج) اي قرني رأسه وهما ناصيته (لا الشاج) اي ولا تستوعب ما بين قرني الشاج

فان شاء اقتص بمقدار الشجة من اى الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش (ويسقط القود بموت الباتل) لان محل الاستيفاء فات فاشبه موت العبد الجاني 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 (وصالحه) 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 وبالصالح لانه خالص حقه فاذا تصرف فيه بعفو او صالح نفذ تصرفه فيه وصقط به حقه فى القصاص ومن ضرورة سقوط حقه فى القصاص سقوط حق الباقيين فيه لانه لا يتجزى ثبوتاً فكذا سقوطاً واذا سقط انقلب نصيب من لم يعف مالا لان القصاص امتنع لمعنى فى القاتل وهو ثبوت عصمته بعفو البعض فيجب المال كما فى الخطأ حيث امتنع فيه القود لمعنى فى القاتل وهو كونه مخطئاً 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 ذوا رحمة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا او حقا فلورثته ومن ترك كلاً 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 عايشة رضى الله تعالى عنها ولو قتل بعض الاولياء القاتل بغير اذن الباقيين لم يجب عليه قصاص عند ابى حنيفة ومحمد والشافعى فى الاصح وفى قول عنه عليه القصاص لانه ممنوع من قتله ولو قتل مع العلم بعفو شريكه سواء حكم به حاكم او لا يجب عليه القود وهو الظاهر من مذهب الشافعى واحمد وقال الشافعى فى قول لا يجب القود لان فيه شبهة لوفوع الخلاف ولنا انه قتل معصوما مكافيا مع العلم بانه لاحق له فيه فيجب عليه القود كما لو قتل قبل الحكم بالقود والاختلاف لا يسقط القود فانه لو قتل كافر مسلماً قتلناه مع وجود الاختلاف فيه ولو قتل قبل العلم بالعفو لا يجب القود وعليه الدية وبه قال احمد والشافعى فى قول وقال الشافعى فى قول وزفر يجب القود لانه قتل عمدا بغير حق ولنا انه اذا لم يعلم بالعفو كان القود واجبا فى حقه ظاهراً 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 اهدى بعض نفسه فليس

للآخر ان يقتله فامضى عمر القضاء على رأيه وهو المعنى فان العاقب قد اسقط حقه وهو
 من اهل الاسقاط فصح اسقاطه وباسقاطه احيى بعض نفس القاتل فيعجز الآخر عن استيفاء
 حقه لعدم احتمال التجزى ثبوتاً وسقوطاً وتعذر الاستيفاء انما هو لمعنى في القاتل وهو
 مراعاة حرمة بعض نفسه فكان في معنى الخطأ فيجب المال للآخر ولو قتل العاقب 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 جرحاً فأتلا (بفرد) قتلوه عمداً وهو قول مالك
 والشافعي واحمد واكثر اهل العلم من الصحابة والتابعين وقال ابن الزبير والزهرى
 وابن سيرين وابن ابي ليلى وعبد الملك وربيعة وداود وابن المنذر واحمد في رواية
 لا يقتلون به وتجب الدية عليهم لان مفهوم النفس بالنفس ان لا يقتل بالنفس الواحدة اكثر
 من واحدة ولان في القصاص تجب المساواة ولا مساواة بين العشرة والواحد ولنا ما روى
 محمد بن الحسن في موطأه والشافعي في مسنده كلاهما عن مالك عن يحيى بن سعيد عن
 سعيد ابن المسيب ان عمر بن الخطاب قتل نفراً خمسة او سبعة برجل قتلوه غيلة وقال
 لو تمالا عليه اهل صنعا لقتلتهم ورواه عبيد الرزاق في مصنفه مطولاً عن ابن جريج عن
 عمرو بن دينار ان حبي بن يعلى اخبره انه سمع يعلى يخبر هذا الخبر وان اسم المقتول
 اصيل قال كانت امرأة بصنعا لها زبيب فعاب زوجها وكان لها اخلاء فقالوا ان هذا الغلام
 يفضحنا فانظروا كيف تصنعون به فتمالوا عليه وهم سبعة نفر مع المرأة فقتلوه والقوه في
 بئر غمدان فلما فقد الغلام خرجت امرأة ابيه وهى التى قتلتها وهى تقول اللهم لا تخفى
 على من قتل اصيلاً قال وخطب يعلى الناس في امره قال فامر رجل بعد ايام ببئر غمدان
 فاذا هو بدياب اخضر عظيم يطلع من البئر مرة ويهبط اخرى قال فاشرف على البئر
 فوجد رجلاً منكراً فأتى يعلى فقال ما اظن الا قدرت لكم على صاحبكم وقص عليه القصة
 فأتى يعلى حتى وقف على البئر والناس معه فقال اهد اصدقاء المرأة ممن قتل دلونى
 جبل فدلوه فاخذ الغلام فغيبه في سرب من البئر ثم رفعوه فقال لم اقدر على شىء 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 ابي شيبة في
 مصنفه عن وكيع عن اسراييل عن ابي اسحق عن سعيد بن وهب قال خرج رجال سفر
 فصحبهم رجل فقدموا وليس معهم فاتهمهم اهله فقال شريح شهودكم انهم قتلوا صاحبكم
 والاحل قوهم بالله ما قتلوه فاتوا بهم الى على وانا عنده ففرق بينهم فاعترفوا فامر بهم فقتلوه

ولان زهوق الروح لا يتجزى واشتراك الجماعة فيما لا يتجزى يوجب التكامل لكل واحد منهم كولاية الانكاح (وبالعكس) اى ويقتل واحد بجماعة وكان الاولى ان يقول كالعكس اذ لا خلاف فيه (فان حضرولى واحد) من المقتولين (قتل له وسقط حق الباقيين) لفوات محل الاستيفاء وصار كموت العبد الجانى وموت القاتل حتف انفه وبه قال مالك وقال الشافعى يستوفى الباقيون 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 ولاولى له فلا سلطان ان يقتل قاتله وله ان يصالح والقاضى بمنزله فيه (ولا تقطع يدان) لرجلين (بيد) قطعها بان اخذنا سكيننا وامراها على يده من جانب واحد حتى انقطعت وهو قول الثورى والزهرى والحسن وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة فيضمنان ديتها في مالهما لانا تيقنا ان كل واحد منهما قاطع للنصف والفعل عمدا وقال مالك والشافعى واحمد واسحق وابو ثور تقطع يداهما واما لو وضع احدهما سكيننا من جانب والاخر 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 بالخطأ او بالمال ولنا انه غير متهم فى اقراره لانه مضر به فيصح وان العبد مبقى على اصل الحرية فى حق الدم بخلاف اقراره بالقتل خطأ لان موجهه على السيد وهو دفع العبد او فداؤه وبخلاف اقراره بالمال لانه اقراره على المولى بابطال حقه قصدا لان موجهه بيع العبد او استسعاؤه (ومن رمى رجلا عمدا فنقد) السهم منه الى آخر (فمانا يقتص) منه (للاول) لانه عمد (وعلى عاقلته الدية للثانى) لانه احد نوعى الخطأ وهو الخطأ فى الفعل والفعل الواحد يتعدد بتعدد اثره (ومن قطع) يده او رجله او غيرها (فغفا عن قطعها 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 الجنابة صارت فى النفس وام يعفى 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 المستوى فى

قصاصا الى النفس بوجوب الدية على عاقلة المستوفى عند ابي حنيفة وهما اهدرا الدية كمالك والشافعي كسراية قطع الامام يد السارق حدا اذا سرى الى النفس ومات وكالبز اغ والحجام والفساد والحثان وكما لو قال الآخر اقطع يدي فقطعها وسرى الى النفس ومات وهو الاظهر لان السراية تبع للجناية فلم يجز ان يكون ابتداءها مباحا وسرايتها مضمونة ولا ابي حنيفة ان حقه في 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 كالرعى الى الحربى لئلا يكون تكليف ما ليس في الوسع وفي مسألتنا هو مخير بين الاستيفاء والعفو بل العفو مندوب اليه فيتقيد بشرط السلامة كالرعى الى الصيد (ولو عفى عن الجناية) او عفى 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 في الدية فاضل من الثلث اخذه الوارث من القاطع (والعمد) يعتبر (من كله) اى من كل ماله فلا يضمن القاطع شيئا كذا في 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 ابي حنيفة (لا ارثا) اى لا يثبت القود للورثة بطريق الارث بان يثبت للمورث ابتداء ثم يثبت للوارث كما هو مذهب ابي يوسف ومحمد (فلا يصير احدهم) اى احد الورثة عند ابي حنيفة (خصما عن البقية) بغير وكالة اعلم ان كل ما يملكه الورثة بطريق الارث فاحدهم خصم عن الباقيين حتى لو ادعى احد الورثة شيئا من التركة على احد واقام البينة عليه ثبت حق الجميع ولا يحتاج الباقيون الى تجديد الدعوى وكل ما يملكه الورثة لا بطريق الورثة لا يصير احدهم خصما عن الباقيين ففرع على هذا قوله (فلو اقام) شخص (حجة) اى بينة (بقتل ابيه) حال كونه (غايبا اخوه فحضر) الغائب (ففى العمد يعيدها) اى يعيد الغائب الحجة عند ابي حنيفة (وفى الخطأ والدين لا) يعيدها باتفاق لان الخطأ والدين موجهما 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 يجبس لانه صار متهما بالقتل والمتهم يجبس واختلفوا فى اعادة البينة اذا حضر الغائب فعند ابي حنيفة يكفى الغائب بالاعادة وعندهما لا يكفى وهو قياس قول مالك والشافعي واهمد (والعبرة بحال الرعى) اى بحال الرعى فى العصمة وعدمها والحل وعدمه وقت الرعى عند ابي حنيفة (لا) بحال

(الوصول) كما هو قولهما (فتجب الدية) عند أبي حنيفة (على من رمى مسلما فارتد) المرمى اليه والعياذ بالله (فوصل) اليه السهم فقتله وقال لا شيء عليه وهو قول مالك والشافعي واحمد لان التلوي حصل في محل لا عصمة فيه فيكون هدرا ويرد شهادة اثنين اختلفا في مكان القتل وزمانه وفيما حصل به القتل من الآلة او قال احدهما قتل بعضا وقال الآخر لم ادر بما ذا قتل او قال احدهما قتل بسلاح وقال الآخر بعضا وان شهدا بقتله وقال لم ندر بما ذا قتل من الآلة تجب الدية استحسانا في ماله يصح الصالح عن القتل العمد على اكثر من الدية لانه افتداء لنفسه ويكون المال حلالا لالتزامه اياه بعقد الصالح 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 في آخره عوض عن الواو في اوله كالعدة وهى ثابتة بالكتاب وهو قوله تعالى (ودية مسلمة الى اهله) وبالسنة وهى اهاديث كثيرة وابعام اهل العلم على وجوبها في الجملة (من الذهب الف دينار ومن الفضة عشرة الاف درهم من الابل مائة) وقال الشافعي 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 النبي صلى الله عليه وسلم ديته اثنى عشر الفا قال الترمذى لا نعلم احدا يذكر في هذا الاسناد ابن عباس غير محمد بن مسلم وصحح النسائى وغيره ارساله على اسناده ولنا وهو قول الثورى وابى ثور من اصحاب الشافعى ما روى البيهقى من طريق الشافعى قال قال محمد بن الحسن بلغنا عن عمر انه فرض على اهل الذهب في الدية الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم حدثنا بذلك ابو حنيفة عن الهيثم عن الشعبي 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 الضبي 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 فرض به فاصاب رجلا منا فسلت وجهه حتى وقع ذلك على حاجبيه وانفه وحيته وصدرة فقضى فيه عثمان بالدية اثنى عشر الفا وكانت الدراهم يومئذ وزن ستة وفى التجريد

للمقدورى 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 اخرج به ابو داود والنسائى وابن ماجه وصححه ابن القطان فى كتابه وابن حبان فى
 صحيحه من حديث عبد الله بن عمر 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 فغلط بعضها وخفى بعضها ولا يتحقق ذلك فى غير الابل ولان الابل يجمع عليه
 وما عداه مختلف فىه فيؤخذ بالمتيقن وقال ابو حنيفة الابل والذهب والفضة وهو قول احمد
 والشافعى فى القديم ومقتضى قول المالكية ان كان القاتل من اهل البوادرى والعمود
 فمائة من الابل وان كان من اهل الذهب كاهل الشام ومصر والمغرب فالف دينار وان
 كان من اهل الورق كاهل خراسان والعراق وفارس فائتى 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 والحلثة مائتا حلثة وهى
 ثوبان ازار ورداء لما روى ابو داود عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال كانت
 قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار او ثمانية 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 ائتى عشر الفا وعلى اهل البقر مائتى بقرة وعلى اهل الشياه الفى شاة
 وعلى اهل الحلل مائتى حلثة قال وترك دية اهل النمة لم يرفعها ولما فى آثار محمد بن
 الحسن قال اخبرنا ابو حنيفة عن الهيثم عن الشعبي عن عبيدة البيلماني 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 حلثة ورواه ابن ابى شيبه فى مصنفه حدثنا وكيع ابن ابى ليلى عن الشعبي
 عن ابى عبيدة به وفى سنن ابى داود عن محمد بن اسحاق قال ذكر عطاء عن جابر بن
 عبد الله 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
 حلثة 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 نظور في اختيار
القاتل فعند ابي حنيفة له الخيار من الانواع الثلاثة فقط وعندهما من الستة (وهذه) اى
 المائة من الابل (في شبه العمدة اربع) عند ابي حنيفة وابى يوسف ربع (من بنت
 محاض و) ربع من بنت (لبون و) ربع (من حقة و) ربع (من جذعة) وقد سبق
 تفسيرها في باب الزكوة وبهذا قال مالك واحمد في رواية والزهرى وربيعة وسليمان
 ابن يسار وقال محمد والشافعى واحمد في رواية اخرى اثلاثا ثلثون جذعة وثلثون حقة
 واربعون ثنية كلها خلفات اى جميع الثنيات حوامل الثنية هى الطاعنة فى السادسة لها
 تقدم ولما اخرج 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 شاءوا قتلوا وان شاءوا اخذوا الدية وهى ثلثون حقة وثلثون جذعة واربعون خلفه
 وما صالحوا عليه فهو لهم وروى مالك فى الموطأ عن عمرو بن شعيب ان رجلا حذف
 ابنه بالسيوف فقتله فاخذ عمر منه الدية ثلثين حقة وثلثين جذعة واربعين خلفه وروى ابو
 داود عن مجاهد ان عمر قضى فى شبه العمدة بثلاثين حقة وثلثين جذعة واربعين ما بين ثنية الى
 بازل عامها كلها خلفات ورواه عن علي انه قال فى شبه العمدة اثلاثا ثلث وثلثون حقة وثلث
 وثلثون جذعة واربع وثلثون ثنية الى بازل عامها كلها خلفات ولنا ما اخرج ابو داود
 وسكت عنه ثم المنذرى بعده عن علقمة والاسود فالأ قال عبد الله فى شبه العمدة خمس
 وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون بنات لبون وخمس وعشرون
 بنات محاض وهذا وان كان موقوفا الا انه فى حكم المرفوع لان المقادير لاتعرف بالرأى
 وما اخرج ابن حبان فى صحيحه فى كتابه صلى الله عليه وسلم الى عمرو بن حزم ان فى
 نفس المؤمن مائة من الابل والمراد ادنى ما يكون منه وما قلناه اولى ولان دية شبه العمدة
 اغلظ من دية الخطأ المحض وذلك فيما قلنا لانها فى الخطأ المحض تجب اخماسا ولان الجنين
 كالمفصل من وجه فيكون فى معنى الزيادة على المائة وهى لاتجوز ولان الديات تعتبر
 بالصدقات لانها تجب على العاقلة بطريق الصلة للمقاتل كالصدقات والشرع نهى عن اخذ
 الحوامل فى الصدقات لانها كرايم اموال الناس فكذا فى الديات (وهى) اى دية الابل (المغلظة)
 لاغيرها بالاجماع حتى لو قضى القاضى بتغليظ الدية من غير الابل لم تتغلظ ولم ينفذ قضاؤه
 لان التقديرات لايعرف الا بالسمع ولم يرد التغليظ من الشارع الا فى الابل ثم دية شبه
 العمدة على العاقلة عندنا وعند الشافعى واحمد والثورى واسحاق والنخعى والحكم وهما
 والشعبي وقال ابن سيرين وابن شبرمة وابو ثور وقتادة والزهرى والحارث العكلى واحمد

في رواية في 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 ما روى
 ابو هريرة قال افتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها
 فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية المرأة على عاقلتها وهو حديث متفق عليه ولانه
 قتل لا يوجب القصاص فوجب ديته على العاقلة كالخطأ (وفي الخطأ) اي ودية الابل في الخطأ
 (أخماس منها) اي من الانواع الاربعة المتقدمة (ومن ابن مخاض) بان يكون عشرين
 ابن مخاض وعشرين بنت لبون وعشرين حقة وعشرين جذعة وقال مالك والشافعي
 والليث والربيعة مكان عشرين ابن مخاض وعشرين ابن لبون لها في الكتب الستة من
 حديث سهل بن ابي خيثمة في الندي وداه النبي صلى الله عليه وسلم بهائة من ابل الصدقات
 وبنو المخاض لامدخل لها في الصدقات ولنا ما اخرج اصحاب السنن الاربعة عن عبد الله
 ابن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون
 جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنى مخاض ذكور قال الترمذي
 لانعرفه مرفوعا الا من هذا الوجه وقد روى عن عبد الله موقوفا واجاب اصحابنا عن الندي
 وداه النبي صلى الله عليه وسلم من ابل الصدقة بانه صلى الله عليه وسلم تبرع بذلك ولم
 يجعله حكما وقال النووي في شرح مسلم المختار ما قاله جهور اصحابنا وغيرهم من ان
 معناه انه صلى الله عليه وسلم اشتراها من اهل الصدقات بعد ان ملكوها ثم دفعها تبرعا
 منه الى القتل انتهى وقيل لاجبة فيه لانهم لم يدعوا على اهل خيبر الا قتل عمدا فيكون
 ديته دية العمد وهي من اسنان الصدقة وانما الخلاف في الخطأ (وكفارتها) اي شبه العمد
 والخطأ (عتق مؤمن فان عجز صام شهرين ولاء) اي متتابعين لقوله تعالى (فتحرير رقبة
 مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين) الآية وان كانت في الخطأ الا انه شبه العمد
 خطأ في حق القتل وان كان عمدا في حق الضرب فيتناولهما الآية ولا يجزى في كفارة
 القتل الاطعام وقال الشافعي في قول واحمد في رواية ان لم يقدر على الصيام يجب اطعام
 ستين مسكينا لانها كفارة فيها عتق وصيام شهرين متتابعين فكان فيها اطعام ستين مسكينا
 عند عدمهما ككفارة الظهر والفطر في رمضان ولنا ان المقادير لانعرف الا بالنص ولم
 يرد في الاطعام شىء (وصح) في عتق الكفارة رضيع احد ابويه مسلم) لانه مسلم تبعوا والظاهر
 سلامة اطرافه (لا الجنين) اي لا يصح في عتق الكفارة الحمل لانه لم تعلم حياته ولا سلامة
 اطرافه (و) الدية (للرأة نصف ما للرجل في النفس وما دونها) وهو ظاهر مذهب الشافعي
 ويختار ابن المنذر وبه قال الثوري والليث وابن ابي ليلى وابن شبرمة وابن سيرين

لما اخرج البيهقي عن معاذ بن جبل قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم دية المرأة
 على النصف من دية الرجل وما اخرج ابراهيم عن علي بن ابي طالب انه قال عقل المرأة
 على النصف من عقل الرجل في النفس وفيما دونها وروى الشافعي في مسنده عن ابن
 شهاب عن مكحول وعطاء قالوا ادركنا الناس على ان دية الحر المسلم على عهد النبي
 صلى الله عليه وسلم مائة من الابل فقوم عمر تلك الدية على اهل القرى الف دينار او اثني عشر الف
 درهم ودية الحرة المسلمة اذا كانت من اهل القرى خمسمائة دينار او ستة آلاف درهم وان كان الذي
 اصابها من الاعراب فديتها خمسون من الابل وقال الشافعي في القديم مادون الثلث لا ينتصف
 وكذا الثلث وبه قال مالك واحمد وهو قول الفقهاء السبعة وابن المسيب وعمر بن
 عبد العزيز وعروة بن الزبير والزهرى وقتادة والاعرج وربيعه وروى عن عمر وابنه
 وزيد بن ثابت لما روى النسائي في سننه عن عيسى بن يونس الرملي 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 البيهقي عن الشعبي عن زيد بن ثابت قال جراهات الرجال والنساء سواء الى
 الثلث فما زاد فعلى النصف واخرج ايضا عن ربيعة انه سأل ابن المسيب كم في اصبع
 المرأة قال عشر قال كم في اثنين قال عشرون قال كم في ثلث قال ثلثون قال كم في
 اربع قال عشرون فقال ربيعة حين عظم جرحها واشتدت مصيبتها نقص عقلها قال اعراق
 انت قال ربيعة عالم مثبت او جاهل متعلم قال يا ابن اخي انها السنة واجيب عن الاول
 بان اسماعيل بن عياش عن الحجازيين ضعيف وابن جريج حجازي وعن الثاني بانه منقطع وعن
 الثالث بان الشافعي قال في آخره كنا نقول به ثم رجعت عنه فاننا اسأل الله الخيرة لانا نجد
 من يقول السنة ثم لا نجد نفاذا بها عن النبي صلى الله عليه وسلم والقياس اولى بنا فيها
 (والذمي كالمسلم) اي ودية الذمي كدية المسلم وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني
 اربعة آلاف درهم وهو قول احمد وقال مالك دية اليهودي والنصراني نصف دية المسلم
 لما اخرج اصحاب السنن الاربعة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده واللفظ لابي داود
 ان النبي صلى الله عليه وسلم قال دية المعاهد نصف دية الحر ولفظ الترمذي دية عقل
 الكافر نصف عقل المسلم وقال حديث حسن ولفظ النسائي عقل اهل الذمة نصف عقل
 المسلمين وهم اليهود والنصارى ولفظ ابن ماجه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان
 عقل اهل الكتابين نصف عقل المسلمين وهم اليهود والنصارى وما اخرج الطبراني
 في معجمه الاوسط عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان دية

المعاهد نصف دية المسلم وللشافعي ما رواه عبد الرزاق في مصنفه في 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 ابي داود عن عمرو بن شعيب
 توفق بين رواية عبد الرزاق ورواية السنن عنه وهي قوله كانت قيمة الدية على عهد
 رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار او ثمانمائة 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 ففرضا عمر على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق اثنى
 عشر الفا وعلى اهل البقر مائتى بقرة وعلى اهل الشياه الفى شاة وعلى اهل الحلال
 مائتى حلة قال وترك دية اهل الذمة لم يرفعها فيما رفع من الدية وروى الشافعي في
 مسنده عن فضيل بن عياض عن منصور عن ثابت عن سعيد بن المسيب عن عمرو
 ابن الخطاب انه قضى في اليهودى والنصرانى اربعة آلاف درهم وفي المجوسى ثمانمائة
 درهم وروى ايضا في مسنده عن ابن عيينة عن صدقة بن يسار عن سعيد بن المسيب
 قال قضى عثمان في دية اليهودى والنصرانى اربعة آلاف درهم ولان نقصان الكفر
 فوق نقصان الانوثة وبالنوثة ينتصف الدية بالاجماع فينبغى ان يكون بالكفر انقص من
 النصف فيكون ثلث دية المسلم وهي عند الشافعي 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 في حقن الدم من الاسلام ولنا ما اخرجه
 ابو داود في مراسيله عن سعيد بن المسيب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم دية
 كل ذى عهد في عهده الف دينار ووقفه الشافعي في 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 في عهده الف دينار وما اخرجه الترمذى وقال حديث غريب لانعرفه
 الا من هذا الوجه عن ابي 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 الهرزبان قال الترمذى في علله الكبير قال البخارى هو
 مقارب الحديث وما اخرجه الدارقطنى عن ابي كرز قال سمعت نافعاً عن ابن عمر عن النبى صلى الله
 عليه وسلم انه ودى ذميادية مسلم الا انه قال وابو كرز هذا مترك الحديث ولم يروه عن نافع غيره
 ومارواه ايضا عن عثمان بن عبد الرحمن الوفاصى 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 ومارواه محمد بن الحسن فى كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة حدثنا الهيثم بن
ابى الهيثم ان رسول الله صلى عليه وسلم و ابا بكر وعمر و عثمان قالوا دية المعاهد
دية الحر المسلم وما روى ابو داود فى مراسيله بسند صحيح عن ربيعة بن عبد الرحمن
قال كان عقل الذمى مثل عقل المسلم فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وزمن ابى بكر
وعمر و عثمان حتى كان صدرا من خلافة معاوية فقال معاوية ان كانوا اصابوا به فقد اصاب به
بيت مال المسلمين فاجعلوا لبيت المال النصف و لاهله 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 و عوننا لهم قال فمن هنالك وضع عليهم خمسمائة و روى عبد الرزاق
ايضا اخبرنا معمر عن الزهرى قال كان دية اليهودى و النصرانى فى زمن النبى صلى
الله عليه وسلم مثل دية المسلم و كذا فى زمن ابى بكر و عمر و عثمان فلما كان زمن معاوية
اعطى اهل القتل النصف و القى النصف فى بيت المال ثم قضى عمر بن عبد العزيز ثم
فى النصف و القى ما كان جعل معاوية قال الزهرى ولم يقض ان اذا كر 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 و بينهم
ميثاق فدية مسلمة الى اهل) و روى عبد الرزاق فى مصنفه عن ابن جريج عن مجاهد عن
ابن مسعود قال دية المعاهد مثل دية المسلم و روى ايضا عن معمر عن الزهرى عن سالم
عن ابيه ان رجلا قتل رجلا من اهل الذمة فرفع الى عثمان فلم يقتله و جعل عليه الف دينار
و روى الدارقطنى فى سننه عن الحسين بن صفوان عن عبيد الله بن احمد عن رهموية
عن ابراهيم بن سعيد عن ابن شهاب ان ابا بكر و عمر كانا يجعلان دية اليهودى و النصرانى
المعاهدين دية الحر المسلم و اخرج ابن ابى شيبه نحوه عن علقمة و مجاهد و عطاء و الشعبى
و النخعى و الزهرى و روى عبد الرزاق عن ابى حنيفة عن الحاكم بن عيينة عن على انه
قال دية كل ذمى مثل دية مسلم قال ابو حنيفة وهو قولى و تقدم مارواه عبد الرزاق عن
محمد بن الحسن بسنده الى على انه قال من كان له ذمتنا فدمه كدمنا و ديته كديتنا و لانه
حر معصوم الدم فتكمل ديته كالمسلم و دية المجوسى كالكتابى عندنا لا ثمانمائة درهم
فقط كما قال مالك و الشافعى و استدلا بما تقدم من رواية الشافعى عن عمر انه قضى فى اليهودى
و النصرانى اربعة آلاف و فى المجوسى ثمانمائة و رواه عبد الرزاق و ابن ابى شيبه فى
مصنفيهما عن عمر نحوه و لنا ما سبق من رواية ابى داود فى مراسيله عن سعيد بن المسيب
مرفوعا دية كل ذى عهد فى عهد الف دينار (فى الانبى) اى فى ائلافه كلا او بعضا

(و) في (الحشفة) سواء كانت وحدها أو مع الذكر (و) في (العقل و) في (آحدى الحواس) وهو السمع والبصر والشم والذوق واللمس (و) في (اللسان) كله أو بعضه (أن منع أداء أكثر الحروف و) في (اللحية وشعر الرأس إذا لم ينبت) أي إذا حلق ولم ينبت الشعر سنة وكذا في الحاجبين (كل الدية) والحاصل أن الجناية إذا فوتت منفعة على الكمال أو أزلت جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال تجب الدية لأن ذلك أتلاف النفس من وجهه وأتلاف النفس من وجهه ملحق بأتلافها من كل وجه أما الأنف فلما روى عبد الرزاق في مصنفه عن ابن جريج عن ابن طاوس أنه قال في الكتاب الذي عندهم عن النبي صلى الله عليه وسلم في الأنف إذا قطع مارن الأنف الدية ومارن الأنف أطرافه أو ما لأن منه كما في القاموس وفي سنن النسائي ومراسيل أبي داود عن سليمان بن أرقم عن الزهري عن أبي بكر بن محمد بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب كتابا إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وبعث به مع عمرو بن حزم فقربت على أهل اليمن هذه نسختها من محمد النبي إلى شرحبيل بن عبد كلال ونعيم بن عبد كلال قيل ذى رعين ومعاقر وعمدان أما بعد وكان في كتابه أن من اغتبط مؤمنا قتلا عن بينة فإنه قود إلا أن يرضى أولياء المقتول وأن في النفس الدية مائة من الأبل وفي الأنف إذا أوعب جدعه الدية وفي رواية وفي الأنف إذا استوعب مارنه الدية وفي اللسان الدية وفي الشفتين الدية وفي البيضتين الدية وفي الذكر الدية وفي الصلب الدية وفي العينين الدية وفي العين الواحدة نصف الدية وفي اليد الواحدة نصف الدية وفي الرجل الواحدة نصف الدية وفي المأمومة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية وفي المنقلة خمسة عشر من الأبل وفي الموضحة خمس من الأبل وإن الرجل يقتل بالمرأة وعلى أهل الذهب ألف دينار ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدرکه وقال أسناده صحيح وهو قاعدة من قواعد الإسلام وما روى ابن أبي شيبة في مصنفه عن وكيع عن ابن أبي ليلى عن عكرمة بن خالد عن رجل من آل عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الأنف إذا استوصل مارنه الدية ولأنه أزال بقطع الأرنبة وهي طرف الأنف جمالا على الكمال مقصودا ويقطع المارن منفعة مقصودة لأن منفعة الأنف أن يجتمع الروائح في قصبته لتعلو إلى الدماغ وذلك يفوت بقطع المارن ولو قطع المارن مع قصبته الأنف وهي عظيمة واحدة لايزاد على دية واحدة وهو قول مالك وأحمد وقال الشافعي في المارن الدية وفي القصبه حكومة عدل لأن المارن وحده موجب للدية فتجب الحكومة في الزائد كما لو قطع القصبه وحدها وقطع لسانه ولنا ما أخرجه البزار في مسنده عن أبي بكر بن عبيد الله بن عمر عن أبيه قال

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الانف اذا استوعب جدعه الدية ولانه عضو واحد فلا يجب فيه اكثر من دية ولو قطع انفه فذهب شمه فعليه ديتان لان الشم في غير الانف فلا تدخل دية احدهما في الآخر كالسمع مع الاذن واما الحشفة فلما روى ابن ابي شيبة في مصنفه عن الزهري ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الذكر الدية مائة من الابل اذا استوصل او قطعت حشفته واخرج البيهقي عن ابن المسيب قال مضت السنة ان في الذكر الدية وفي الاثنيين الدية ولان قطع الذكر يفوت به منفعة الوطى والايلاج والرمى بالبول ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة والحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصة كالتابع له واما العقل اذا ذهب بضربة فلفوات منفعة الادراك لان الانسان به يتميز عن غيره من جنس الحيوان وبه ينتفع نفسه في امر معاشه وزاد معاده واما احدى الحواس فلان كل واحدة منها منفعة مقصودة وقد روى ابن ابي شيبة في مصنفه عن ابي خالد عن عوف الاعرابي قال سمعت شيخا في زمان الجماجم فنعته فقيل ذلك ابو المهلب عم رمى ابي فلا بة قال رجل رجلا بجر في رأسه في زمان عمر بن الخطاب فذهب سمعه وعقله ولسانه وذكره فلم يقرب النساء فقضى عمر فيها باربع ديات وهو حي رواه عبد الرزاق في مصنفه عن سفيان الثوري عن عوف به وفي المبسوط ويعرف فوات هذه المعاني بتصديق الجاني او تكوله اذا استخلف ويعرف فوات البصر بقول عدلين من الاطباء وفي الذخيرة طريق معرفة ذهاب السمع ان يتغافل وينادي فان اجاب لذلك علم ان سمعه لم يذهب وحكى الناطقي عن القاضي ابي حازم والقدرى عن اسماعيل بن حماد ان رجلا ضرب رأس امرأته فزعمت ان سمعها ذهب فاشتغل اسمعيل بالقضاء ثم التفت اليها وهي غافلة وقال استرى عورتك فجعلت تجمع ثيابها فعلم انها سامعة وفي المنتقى قال ابو يوسف لا يعرف ذهاب السمع والقول فيه للجاني واما طريق معرفة ذهاب البصر فقال محمد بن مقاتل الرازي يستقبل الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم ان الضوء باق وان لم تدمع علم ان الضوء ذاهب وذكر الطحاوي انه يلقي بين يديه حية فان هرب منها علم ان بصره لم يذهب وفي الاصل قال محمد ان لم يعلم بما ذكرنا يعتبر فيه الدعوى والانكار والقول للجاني مع يمينه على البتات لان هذا يمين على فعل نفسه وهو اذ هاب بصر غيره منه واما اللسان فلما روى ابن ابي شيبة في مصنفه عن وكيع عن ابي ليلى عن عكرمة بن خالد عن رجل من آل عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في اللسان الدية كاملة وما اخرج ابن عدى في كامله عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في اللسان الدية اذا منع من الكلام ولان

في قطعه فوات منفعة مقصودة به وهي النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لان الدية
 تجب لتفويت المنفعة للتفويت 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 والشافعي واحمد وقيل على الحروف التي
 تتعلق باللسان فبقدر مالا يقدر تجب وهو قول بعض اصحاب الشافعي ووجه عن احمد
 والحروف التي تتعلق باللسان هي 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 في درهم دلهم فعليه ضمان الحرف لتلفه وما صار بدله لا تقوم مقامه
 واما شعر اللحية وشعر الرأس فان اللحية في او انها جمال على الكمال وكذا شعر الرأس
 جمال على الكمال وبه قال احمد والثوري وقال مالك والشافعي تجب فيهما حكومة عدل
 لانه شعر ينمو من البدن بعد كمال الخلق ولا يتعلق بخلق كمال الدية كشعر الصدر
 ولنا ان شعر الصدر والساق لا يتعلق بهما جمال ولا منفعة فلا يجب باذهابه شئ بخلافهما
 قيد بعدم النبت لانهما لو نبتا كما كانا لا يجب شئ لان فعل الجاني لا يبقى بلا اثر فكان
 كالضربة التي ذهب اثرها ولا فرق في هذا بين الخطأ والعمد ولا بين الرجل والمرأة
 ولا بين الصغير والكبير ويؤخر سنة فان نبت الشعر لم تجب الدية وان مات قبل
 مضيا لا شئ فيه وفي الشارب حكومة عدل على الصحيح لانه تابع للحية فصار كبعض اطرافها
 وفي لحية كوسج الاصع ان كان على ذقنه شعرات معدودات لا يجب شئ لان وجودها
 يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك فهو على الحد والذقن جميعا ولكنه غير متصل
 ففيه حكومة عدل لان فيه نقص الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفي
 لحيته كمال جمال (كما في اثنين) اي كما تجب الدية كاملة في اثنين (عما في البدن) منه
 (اثنان) كالعينين واليدين والرجلين والشفيتين والاذنين والانيبين (وفي اهدهما) اي
 احد اثنين مما في البدن منه اثنان (نصفها) اي نصف الدية لما اخرج النسائي في
 سننه وابو داود في مراسيله عن ابي بكر محمد بن حزم عن ابيه عن جده ان رسول الله
 صلى الله عليه وسلم كتب كتابا الى اهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وبعث
 به مع عمرو بن حزم فكان فيه وفي الشفتين الدية وفي البيضتين الدية وفي العينين
 الدية وفي العين الواحدة نصف الدية وفي اليد الواحدة نصف الدية وفي الرجل الواحدة
 نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويتا لجنس منفعة اول كمال الجمال
 فيجب كمال الدية وفي تفويت اهدهما تفويت لنصف المنفعة فيجب نصف الدية وفي ثدي

المرأة الدية وفي احداهما نصف دية المرأة وفي ثدي الرجل حكومة عدل وهو قول ابن
 المنذر وظاهر مذهب الشافعي وقال احمد واسحاق والشافعي في قول تجب الدية لان ما
 وجب فيه الدية من عضو يستوى فيه المرأة والرجل كسائر الاعضاء ولانها عضوان بهما
 الجمال فتجب الدية بذهابهما كالاذنين الشاخصين ولنا ان ذهاب ثدي المرأة فيه نفويت
 منفعة كاملة وجمال كامل بخلاف ثدي الرجل فانه ليس في اذهابهما نفويتا لمنفعة ولاجمال
 وفي حلمتي ثدي المرأة الدية وفي احدىهما نصفها وقال مالك والثوري ان ذهاب اللب
 وجبت الدية والا وجبت حكومة عدل والحلمة محرّكة رأس الثدي وهو الثولون في وسطه
 (وفي اشفار العينين) وكذا في اجفانها (الدية) والاشفار جمع الشفر بالضم وبفتح وهو
 منبت الاهداب جمع الهدب وهو بضم وضمتين الشعر الذي على العين والجفن بالفتح
 غطاء العين من اعلى واسفل وجمعه اجفان وجفون وجفن بضمين وبضم فسكون (وفي
 احدهما ربعها) وهكذا عند اكثر اهل العلم وحكى عن مالك ان في جفن العينين الاجتهاد
 ولو قلع العين باجفانها تجب ديتان دية العين ودية اجفانها لانها جنسان كاليدين والرجلين
 (وفي كل اصبع) من اصابع اليدين او الرجلين (عشرها) اي عشر الدية لما اخرجته الترمذي
 وقال حسن صحيح وابن حبان في صحيحه وقال ابن القطان في 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 في مسنده ولفظه ان النبي صلى الله عليه
 وسلم سوى بين الاصابع والاسنان في الدية وما اخرجته الجماعة الامسلم عن ابن عباس
 قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه وهذه سواء يعنى الابهام والخنصر ولان في قطع
 الكل نفويت جنس منفعة البطش وفيه دية كاملة وهي عشر فتقسم الدية عليها (وفي مفصل)
 اصبع (غير الابهام ثلثه) اي ثلث عشر الدية (وفي مفصله) اي مفصل الابهام (نصفه) اي
 نصف عشر الدية اعتبارا لانقسام دية الاصبع على مفاصيله بانقسام دية اليد على الاصابع
 (كما في كل سن) اي كما وجب نصف عشر الدية وهو خمس من الابل في قلع كل سن
 اذا كان خطأ سواء كان ضرسا او ثنية لما اخرجته ابو داود عن عمرو بن شعيب عن
 ابيه عن جده قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاسنان خمس من الابل في كل
 سن ولما في كتاب عمرو بن حزم وفي السن خمس من الابل ولما اخرجته ابو داود وابن
 ماجه عن قتادة عن عكرمة عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الاصابع
 والاسنان سواء وفي رواية البزار عنه موقوفا ان الاسنان كلها سواء الثنية والضرس سواء
 هذه وهذه سواء ولان الكل في اصل المنفعة وهو المضغ سواء وبعضها وان كان فيه زيادة

منفعة لكن في البعض الآخر جمال وهو كالمفحة في الآدمى وإنما قيدنا بالخطأ لأن العمدة فيه
القصاص ولو قلع جميع اسنانه تجب ستة عشر الفا وليس في البدن عضو ديتته اكثر
من دية النفس سوى الاسنان وفيه ايماء الى ان موت الانسان اهون من فوت الاسنان
وفي 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 ديتته) كما لو ضرب
يده فشلت او عينه فذهب ضوءها (ولا قود في الشجاج) وهي في اللغة ما يكون في الرأس
والوجه واما ما يكون في غيرهما فيسمى جراحة (الا في الموضحة عمدا) وهي التي توضع
العظم اى تبينه وتظهره لما اخرجته البيهقى مرسلًا عن طامس قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم لا طلاق قبل ملك ولا قصاص فيما دون الموضحة من الجراحات واخرج عبد الرزاق
في مصنفه عن الحسن وعمر بن عبد العزيز ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يقض
فيما دون الموضحة بشئ وقال محمد في الاصل وهو ظاهر الرواية وقول مالك يجب القصاص
فيما دون الموضحة وفي شرح الوافي وهو الصحيح لظاهر قوله تعالى (والجروح قصاص) وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه لا قصاص فيما دون الموضحة وهو قول الشافعى واحمد (وفيها)
اى في الموضحة (خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة) وهي التي تكسر العظام (عشرها)
اى عشر الدية (وفي المنقلة) وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اى تحوله (عشرها) اى
عشر الدية (ونصفه) في (الآمة) وهي التي وصل الى ام الرأس وهو الغشاء الرقيق الذي
فيه الدماغ (و) في (الجايقة) وهي الجراحة التي وصلت الى الجوف من الصدر والبطن
والظهر والجبين والاسم دليل عليه (ثلثها) اى ثلث الدية لقوله عليه السلام في كتاب عمرو
ابن حزم الذي اخرجه النسائى وابوداود في المأمومة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية
وفي المنقلة خمس من الابل وليس فيه ذكر الهاشمة لكن اخرج عبد الرزاق في مصنفه عن
زيد بن ثابت قال في الموضحة خمس وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي المأمومة
ثلث الدية واما ما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا
وما فوق ذلك لا يكون جايقة وذكر ابن عبد البر ان مالكا و ابا حنيفة والشافعى واصحابهم
اتفقوا على ان الجايقة لا تكون الا في الجوف وبه قال احمد (وفي جايقة نفدت) الى الجانب
الآخر (ثلثها) قال ابن عبد البر لا اعلمهم يختلفون في ذلك وروى عن ابي 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 في مصنفه عن الثورى

عن محمد بن عبد الرحمن عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن ابن المسيب قال قضى ابو
 بكر في الجائفة تسكون نافذة بثلثي الدية وقال هما جائفتان قال سفيان ولا تسكون الجائفة
 الا في الجوف ورواه ابن ابي شيبة في 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 ابي بكر فقضى فيه بجائفتين
 (و) في (الحارصة) وهي بهملتين التي تحرص الجلد اى تخدشه ولا تخرج الدم (و) في
 (الدامعة) بالعين المهملة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله (و) في (الدامية) وهي التي
 تسيل الدم وقال المرغيناني في الدامية هي التي تسمى من غير ان يسيل منها دم هو
 الصحيح وروى عن ابي عبيد والدامعة هي التي تسيل منها الدم كدمع العين (و) في
 (الباغعة) بالضاد المعجمة والعين المهملة وهي التي تبضع الجلد اى تقطعه (و) في (الملاحمة)
 وهي التي تأخذ اللحم وتقطعه كله ثم يتلاحم بعد ذلك اى يانئم ويتلاصق (و) في (السمحاق)
 وهو التي تصل الى السمحاق وهي الجلدة الرقيقة التي بين اللحم وعظم الرأس (حكومة
 عدل) مبتدأ مقدم الخبر وانما تجب حكومة عدل لما روى محمد بن الحسن في كتاب
 الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابراهيم عن شريح قال في الجائفة ثلث الدية وفي
 الآمة ثلث الدية فاذا ذهب العقل فالدية كاملة وفي المنقلة عشر ونصف عشر وفي الموضحة
 نصف عشر الدية وفي غير ذلك من الجراحات حكومة عدل (فيقوم) المبنى عليه (عبدا
 بلا هذا الاثر ثم) يقوم عبدا (معه) اى مع هذا الاثر (فقدر التفاوت بين القيمتين من
 الدية هو) ذلك القدر (هي) اى حكومة العدل (وبه يفتى) كما قال قاضيخان وهذا
 تفسير الحكومة عند الطحاوى وبه اخذ الحلواني وهو قول مالك والشافعى واحمد وكل
 من يحفظ عنه العلم كما قاله ابن المنذر وقال الكرخى في تفسيرها ان ينظر كم مقدار
 هذه 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 في
 الحكومة ومنهم من قال بل في المرأة على النصف مما يجب في الرجل وهو الذى ذكره
 القدورى في تفسير الحكومة وقال بعض المشايخ في تفسيرها ينظر الى قدر ما يحتاج
 اليه من النفقة الى ان تبرأ هذه الجراحة فتجب على الجاني فان عرف القاضى مقداره
 والا سأل من له علم بذلك من الاطباء قالوا وهذا لا يقوى لان الناس يتفاوتون في ذلك
 فمنهم من يكون ابطأ برءاً ومنهم من يكون اسرع برءاً ثم هذا اذا بقى للجراحة اثر واما
 اذا لم يبق فقال ابو يوسف لا شىء على الجاني وقال محمد يلزمه قدر ما انفق الى ان

يبرأ وقال أكثر أهل العلم بقول أبي يوسف (وفي أصابع يد مع نصف الساعد نصف
 دية) في اليد (وحكومة عدل) في نصف الساعد (والسكف تابع) للأصابع فلا شيء فيه
 (والعبرة) في اليد (للأصابع) فنصف الدية فيها وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وهو رواية
 عن أبي يوسف وهو ظاهر مذهب الشافعي وعن أبي يوسف أيضاً إن ما زاد على الأصابع
 من اليد إلى المنكب تابع لها ومن الرجل إلى أصل الفخذ تابع لها وبه قال بعض أصحاب
 الشافعي وأحمد ومالك وابن أبي ليلى والبخعي وقتادة وعطاء لأن اسم اليد إلى المنكب
 والرجل إلى الفخذ لغة وعرفاً فلا يلزم أكثر من ديتها ولأنه عليه السلام قضى على قاطع
 اليد بنصف الدية (وفي أصبع زائدة) على الأصابع (حكومة عدل) وكذا في سنن زائدة
 على الاستناب لأنه لا منفعة فيها ولا زينة لها فلا يجب إرش مقدر فيها لكنها جزء من
 الأذى فلم يمكن إهدارها وفي الذخيرة سواء كان ذلك عمداً أو خطأً وسواء كان للقاطع
 أصبع زائدة أم لا (و) في (عين صبي) و) في (ذكره) و) في (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 الشافعي وأحمد والثوري يجب دية كاملة لأن الأصل هو الصحة فاشبهه
 قطع المارن والأذن من الصبي ولنا أن المقصود من هذه الأعضاء المنفعة فإذا لم تعلم
 صحتها لم يجب الإرش كاملاً لأنه لا يجب بالشك والظاهر لا يصح حجة للالزام بخلاف
 المارن والأذن الشاخصة من الصبي لأن المقصد منهما الجمال وقد فوته على الكمال (ولا
 يقاد) بجرح (الأبعد برء) وهو قول مالك وأحمد وأكثر أهل العلم وقال الشافعي يجوز
 أن يقاد قبل البرء ويستحب الانتظار اعتباراً بالقصاص في النفس ولنا ما روى أحمد في
 مسنده عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلاً طعن رجلاً بقرن
 في ركية فقال يارسول الله أقدني فقال له رسوله الله صلى الله عليه وسلم لا تعجل حتى
 يبرأ جرحك قال فإني الرجل إلا أن يستقيد فإفاده عليه السلام قال فخرج الرجل المستقيد
 وبرئ المستقاد منه فاتى المستقيد إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله عرجت
 منه وبرئ صاحبي فقال عليه السلام ألم أمرك أن لا تستقيد حتى يبرأ جرحك فعصيتني
 فابعدك الله وبطل عرجك ثم أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد من كان به جرح
 أن لا يستقيد حتى تبرأ جراحته فإذا برئ استقاد ولأن الجراحات يعتبر فيها ما لها لأن
 حكمها في الحال غير معلوم لتوقفه على المال وأهلها تسرى إلى النفس فيظهر أنه قتل
 (وعمد الصبي والمجنون خطأً) وكذا عمد المعتوه (وعلى العاقلة) في عمدهم (الدية)
 وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول لما أخرج البيهقي عن علي بن عبد الصبي والمجنون

خطأ لكن قال في المعرفة اسناده ضعيف (بلا كفارة) عليهم (و) بلا (حرمان ارث)
وقال الشافعي تجب الكفارة عليهم وحرمان الميراث لانهما متعلقان عنده بالقتل وقد
وجد ولنا ان الكفارة تستر الذنب ولا ذنب لهؤلاء وحرمان الارث عقوبة وهم ليسوا
من اهلها (ومن ضرب بطن امرأة تجب غرة خمسمائة درهم على عاقلة ان القت ميتا)
سمى بدل الجنين غرة لان الواجب عبد وهو يسمى غرة واصلها بياض جبهة والقياس
ان لا يجب في الجنين الساقط شيء لانه لم يتيقن بحياته فان قيل الظاهر انه حي اوجب
بان الظاهر لا يصح حجة للاستحقاق ووجه الاستحسان ما في الصحيحين عن ابي هريرة
ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في جنين امرأة من بنى لحيان بغرة عبد او امة وانما
فسرنا الغرة بخمسمائة لما روى ابن ابي شيبه في مصنفه عن اسماعيل بن عياش عن زيد
بن اسلم ان عمر بن الخطاب قوم الغرة خمسين ديناراً وكل دينار بعشرة دراهم واخرج
البيهقي في مسنده عن عبدالله بن بريدة عن ابيه ان امرأة حذفت امرأة فقضى رسول
الله صلى الله عليه وسلم في ولدها بخمسمائة ونهى عن الحذف واخرج ابو داود في سننه
عن ابراهيم النخعي قال الغرة خمسمائة يعني درهما قال وقال ربيعة بن ابي عبد الرحمن
هي خمسون ديناراً وروى ايضا ابراهيم الحزمي في كتابه غريب الحديث عن احمد بن
حنبل عن وكيع عن سفيان عن طارق عن الشعبي خمسمائة وروى ايضا عن احمد بن
حنبل عن عبد الرزاق عن معمر عن قتادة قال الغرة خمسون ديناراً وهي عندنا وعند
الشافعي على عاقلة الضارب وقال مالك في ما له لانها بدل الجزء وبه قال احمد اذا كان
ضرب الام عمدا ومات الجنين وهذه واما اذا كان خطأ او شبه عمد فقال انه على العاقلة
ولنا ما روى ابو داود في سننه عن المغيرة بن شعبه ان امرأتين كانتا تحت رجل من
هنديل فضربت احدىهما الاخرى بعمود فقتلتها فاختموا 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 الترمذي وقال حديث
حسن صحيح ورواه الطبراني معلولا في معجمه عن ابي المليح الهذلي عن ابيه قال كان
فينا رجل يقال حمل بن مالك له امرأتان احدىهما هذلية والاخرى عامرية فضربت الهذلية
بطن العامرية بعمود خباء اوفسطاط 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 يا رسول الله اندى من لا شرب ولا
اكل ولا صاح ولا استهل ومثل هذا بطل فقال عليه السلام دعني عن زجر الاعراب فيه

غرة عبد أو أمة أو خمسمائة أو فرس أو عشرون ومائة شاة فقال يا رسول الله إن لها ابنين
هما سادة إلى وهم أحق أن يعقلوا عن أهمهم قال أنت أحق أن تعقل عن أختك من ولدها
قال مالي شيء أعقل قال يا حامل بن مالك وكان يومئذ على صدقات هذيل وهو زوج
المرأتين وأبو الجنين المقتول اقتص من تحت يدك من صدقات هذيل عشرين ومائة شاة
فعقل ويحب في سنة عندنا وفي ثلث سنين عند الشافعي لأنها بدل النفس ولهذا تورث
ولنا ما روى محمد بن الحسن أنه قال بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل الغرة
على العاقلة في سنة ويستوى في وجوب الخمسمائة في الجنين الذكر والأنثى عند عامة أهل
العلم لا طلاق الحديث (و) تجب (دية) كاملة (أن) القت (حيا) فبات لان الضارب اتلف
آدميا فتجب فيه الدية كاملة قال ابن المنذر ولا خلاف في ذلك بين أهل العلم وإنما
الخلافا في أن حياته تثبت بكل ما يدل على الحياة من الاستهلال والرضاع والنفس والعطاس
وغير ذلك وهو منهبنا وقول الشافعي وأحمد أولا يثبت إلا بالاستهلال وهو قول مالك
وأحمد في رواية والزهري وقتادة وأسحق وابن عباس والحسن بن علي وجابر ورواية
عن عمر لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل أرثه من غيره وأرث غيره منه مرتبا على
الاستهلال وأما لو تحرك عضو منه فإنه لا يدل على حياته اتفاقا لان ذلك قد يكون من
اختلاج أو خروج من ضيق (و) تجب (غرة) ودية (أن القت) المرأة (ميتا فماتت) الام
لان الفعل يتعد دبتعد دائره (و) تجب (دية الام فقط) أي لا يجب في الجنين شيء (أن ماتت الام فالقت
ميتا) وبه قال مالك وقال الشافعي تجب غرة في الجنين مع دية الام وبه قال أحمد لما في معجم الطبراني عن
عويمر بن ساعدة كانت أختي مليكة وأمرأة معها يقال لها أم عفيفة بنت شروح تحت حمل
ابن مالك بن نابغة فضربت أم عفيفة مليكة بسطح بيتها وهي حامل فقتلتها وذا بطنها فقتل
رسول الله بالدية فيها وفي جنينها بغرة عبد أو وليدة فقال أخوها علاء بن شروح يا رسول الله
انفرم من لا اكل ولا شرب ولا نطق ولا استهل ومثل هذا بطل فقال عليه السلام اسجع
كسجع الجاهلية (و) تجب (ديتان أن ماتت) الام (فالقت) جنينا (حيا ومات) لان الضارب
قتلها بضربة فصار كما إذا قتله حيا وماتا (وما يجب في الجنين) هو (لورثته) لانه
بدل نفسه فترثه ورثته (سوى ضاربه) فانه لاشي له منه حتى لو ضرب رجل بطن امرأته
فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قتل نفسا مباشرة ظلما ولا ميراث
للقاتل بهذه الصفة (و) يجب (في جنين الامه) ان كانت حاملا من زوجها (نصف عشر
قيمته في الذكر وعشر قيمته في الأنثى) 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 في جنين الحر ذكرا كان او انثى لانه حر وقال الشافعي يجب في جنين
الامة عشر قيمة الام وبه قال مالك واحمد وابن المنذر وهو قول الحسن والتخفي والزهري
وقتادة واسحاق لانه جنين مات بالجنابة في بطن الام فلم يختلف ضمانه بالذكورة والانوثة
كجنين الحر لاطلاق النصوص ولا كفارة في الجنين عندنا وقال مالك والشافعي واحمد
واكثر اهل العلم تجب فيه الكفارة مع الغرة لاطلاق قوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ
فاتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا) ولنا ان النبي صلى الله عليه
وسلم لم يذكر الكفارة في حديث الغرة والموضع موضع البيان وفي الذخيرة القياس
يقتضى عدم وجوب الضمان وعدم وجوب الكفارة لانه بمنزلة العضو لكن تركنا
القياس في الضمان للآثر ولا اثر في الكفارة فيبقى على الاصل (وما استبان) اى والجنين
الذى تبين (بعض خلقه كالجنين التام) في جميع هذه الاحكام (وضمن الغرة) في سنة (عاقلة
امرأة حامل اسقطت ميتا عمدا بدواء) شربته (او فعل) فعلته بان حملت هملا ثقيلًا او
وضعت شيئاً في قبلها (بلا اذن زوجها) ولو فعلت باذنه لم تضمن ولا تثرث من الغرة لانها
قاتلة بغير حق *

فصل

(من احدث في طريق العامة) لنفسه (كنيفا) اى مستراها (او ميزابا) اى مجرى الماء
(او حرصنا) اى برجا (اودكانا وسعه ذلك) اى جازله (ان لم يضر بالناس) بان كانت
واسعة لا يضر ذلك بالعمارات والحامل وفي شرح الكنز يعنى لم يضر بالعامة لم يمنعه
احد قيد بعدم الضرر لانه مع الضرر لا يجوز بلا خلاف اذن الامام او لم يأذن لقوله
صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام رواه الطبراني في معجمه الاوسط وكذا
القيس في الطريق للنبيع والشراء يجوز ان لم يضر باحد وان اضر لا يجوز وان اذن
الامام (ولكل) اى من اهل الخصومة وهم المسلم البالغ العاقل الحر والنمى الذى هو
كذلك (نقضه) اذا وضع بغير اذن الامام كما له منعه من احدثه ابتداء لان لكل واحد
منهم حق المرور بنفسه وبدوابه فكان له ذلك كما في الملك المشترك وقيدنا الاحداث
بكونه لنفسه لانه لو بنى للعامة مسجدا ونحوه وهو لا يضر باحد لا ينقض 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 ولا نقضه بعده اذا لم يكن فيه ضرر بالناس وبه قال مالك والشافعي واحمد والنخعي واسحاق والاوزاعي لان الشرع اذن له في ذلك فصار كما لو اذن له الامام بل اولى لان اذن الشارع امرى وولايته اقوى وصار كالمرور حيث لا يجوز لاحد ان يمنعه منه واجيب بان هذا انتفاع بما لم يوضع له الطريق فكان لهم منعه وان كان جايزا في نفسه بخلاف المرور فيه لانه انتفاع بما وضع له الطريق له فلا يكون لاحد منعه (و) من احدث ذلك (في 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 في طريق) او حفر بئرا فيها (فتلف به انسان) لانه متسبب بالتلف به متعد بشغل الطريق وبه قال مالك واحمد وقال الشافعي ان سقطت خشبة ليست بمركبة على حايط يجب الضمان وان كانت مركبة يجب نصف الضمان لانه اتلف بها وضعه على ملكه وملك غيره فانقسم الضمان ولو سقط الميزاب فاصاب طرفه الخارج فعليه الضمان لانه متعد فيه بشغل هواء الطريق ولا كفارة عليه ولا حرمان ميراث لانه قتل بسبب فلا يوجب الكفارة ولا الحرمان عندنا ولو انتصف الميزاب فسقط منه ما خرج عن الحايط ضمن جميع الدية لان كل ما خرج منه فهو في ملك غيره وقال احمد يضمن جميع الدية في جميع الصور وقال مالك والشافعي في القديم لاضمان عليه في جميع الصور لانه غير متعد في اخراجه فلا يضمن ما تلف به كما لو اخرجه في ملكه واما من رأى اعمى يقع في البئر فلم يمنعه من الوقوع حتى مات اورأى انسانا يموت من الجوع ومعه طعام فلم يدفعه اليه حتى مات او مر في الطريق وفيه حجر فلم يدفعه حتى عثر فيه انسان ومات فلا ضمان وان حرم عليه في الاوليين وكره له في الآخر ولو وضع انسان في الطريق حجرا فاحترق به شئ يضمن لانه متعد ولو حركت الريح الجهر الى موضع آخر فاحترق شياً لا يضمن لفسخ الريح فعلة بتحويل الجهر وان حركت الريح الشرار يضمن عند بعضهم وفي الذخيرة هذا اختيار شمس الاثمة السرخسي وكان الحلواني لا يقول بالضمان من غير تفصيل وهو قياس قول مالك والشافعي واحمد ولو استاجر رب الدار عملة لاجراج جناح او طلة فوقع قبل ان يفرعوا منه على انسان فقتل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم فان العمل مالم يفرعوا منه لم يكن مسلما الى رب الدار وانقلب فعلهم تملا بالمباشرة 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 فانقل الى المستأجر وصار كأنه فعله بنفسه ولو
 صب الماء في الطريق فعطب انسان او دابة يضمن وكذا لورش الماء او توضأ به لانه
 متعد بالحاق الضرر بالمارة واما اذا علم المار بالرش ومضى على موضعه فان الراس
 لا يضمن وقيل هذا اذارش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور ولا اثر للماء فيه
 فاذا تعمد على موضع صب الماء مع علمه به لم يضمن الراس شيئا وان رش جميع الطريق
 يضمن لان المار مضطر حينئذ وكذا الحكم في الحشبة والحجر الموضوعين في الطريق في
 اخذهما جميعه او بعضه وان رش فناء ما نوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الامر استحسانا
 ولو حمل المار شيئا فسقط منه على انسان او مال فتلف به فانه يكون مضمونا لا ماتلف
 بسقوط رداء ونحوه عن لابسه في حال مروره او بالتعثر به وكذا لا يضمن ما تلف
 بوقوع في بالوعة حفرها باذن الامام وان كان بغير اذنه يضمن لانه متعد وكذا الجواب من
 هذا التفصيل في جميع ما يفعل في طريق العامة ولو حفر في ملكه بالوعة او وضع شيئا فتلف
 به شيء لم يضمنه لعدم اتصافه بالتعدي ولو وضع حجرا فتحاه غيره عن موضعه فعطب به
 انسان ضمن الذي نحاه لان حكم الفعل الاول قد انفسخ بفراغ موضعه واشتغل بالفعل الثاني
 بموضع آخر وذكر التمر تاشى ان افنية الابواب التي في طريق الشارع ليس بهملوكه
 لاصحاب الدور ولو ارادوا ان يحدثوا في افنيتهم فهو ما احدثوا في غير افنيتهم سواء (لا
 ان مات جوعا) اى لا يضمن عاقلة من احدث شيئا من ذلك فوقع فيه انسان ومات جوعا
 او عطشا (او غما) اى اخذا على النفس من شدة الجوع وهذا عند ابى حنيفة لانه مات
 لمعنى في نفسه لا للوقوع فصار كأنه مات حتف انفه وقال ابو يوسف لا يضمن ان مات
 جوعا ويضمن ان مات غما لانه لا سبب للغم سوى الوقوع والغم اثر جعل الارض
 عميقا وهو من آثار حفره فيضاف اليه والجوع من آثار الطبيعة حيث لم يبق في المعدة
 شيء من العظام وليس ذلك من اثر حفره وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلها وهو قياس قول
 مالك والشافعى واحمد لان ذلك انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاها لكان الطعام قريبا منه
 واوجبوا الدية (وان تلف به) اى بحفر البئر في الطريق (بهيمة ضمن هو) اى الحافر
 من ماله (ان لم ياذن به) اى بالحفر (الامام) لانه متعد في الحفر فيضمن ما تلف به
 غير ان العاقلة تتحمل الانفس دون الاموال والبهيمة مال فكان ضمانها في ماله والقاء التراب
 والطين في الطريق كالقاء الحجر والحشبة فيها فيما ذكرنا ولو كان مسجد لعشيرة فعلق
 رجل منهم قنديلا او جعل فيه بوارى او حصى فعطب به رجل لا يضمن سواء فعل باذن

الامام او بغير اذنه وبه قال احمد والشافعي في وجهه وقال في وجه آخر يضمن اذا فعل بغير اذن
 الامام ولو كان الذي فعل ذلك من غير العشيبة وفعل بغير اذن الامام وغير اذن العشيبة
 ضمن عند ابي حنيفة وقال لا يضمن في الوجهين وبه قال الشافعي في وجهه ومالك واحمد
 لان هذه قرينة يثاب عليها الفاعل وكل احد مأذون له في اقامتها شرعا فلا يتقيد بشرط
 السلامة وجار كاهل المسجد وكما لو كان باذنهم قال الحلواني اكثر مشايخنا اخذوا بقولهما
 في هذه المسئلة وعليه الفتوى ولو جلس في مسجد العشيبة رجل منهم فعطب رجل لم يضمن
 ان كان في الصلوة سواء كانت فرضا او نفلا وان كان في غيرها ضمن وهذا عند ابي حنيفة
 وقال لا يضمن على كل حال وهو قول مالك والشافعي واحمد ولو كان جالسا للقراءة
 او للتعليم او نايما فيه في الصلوة او غيرها او امر فيه او قعد فيه للحديث فهو على هذا
 الخلاف واما المعتكف فليل لا يضمن بلا خلاف وكذا المنتظر للصلوة لا يضمن على الصحيح
 عن ابي حنيفة نص عليه شمس الائمة السرخسي في شرح الجامع الصغير لقول رسول الله
 صلى الله عليه وسلم المنتظر للصلوة في الصلوة ما دام ينتظرها والمصلى لا يضمن فكذا
 المنتظر (ورب حايط) مبتدأ مضاف الى صاحب جدار (مال الى طريق العامة وطلب
 نقضه مسلم او ذمى) والجملة معطوف على مال (من يملك نقضه) متعلق بطلب (كالراهن
 بفك رهنه) بخلاف المرتهن فانه لا يملك النقض (والولى وابي الطفل) من الاب والجد
 (والوصى والمكاتب والعبد التاجر فلم ينقض) بصيغة المجهول عطوف على طلب بصيغة
 الفاعل (في مدة يمكن نقضه) فيها (ضمن ما تلف به) من المال وهذه الجملة خبر المبتدأ
 (و) ضمن (عاقلته النفس) والقياس ان لا يضمن وهو قول الشافعي وقول احمد المنصوص
 لانه لم يحصل منه تعد بمباشرة ولا بفعل ولا سبب لان اصل البناء كان في ملكه والميلان
 وشغل الهواء والسقوط ليس من فعلة فلا يضمن كما قبل الاشهاد ووجه الاستحسان وهو قول اصحاب
 احمد ومالك والنخعي والثوري والشعبي ومروى عن علي ان امتناعه من تفرغ الطريق
 المشتغل هو اؤه بملكه مع تمكنه من التفرغ بعد طلبه تعد كمن وقع في يده ثوب انسان
 فانه لا يكون متعديا في 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 يجب
 عليه لامتنع عن التفرغ فينقطع المارة خوفا على انفسهم فيتضررون ودفع الضرر العام
 واجب يتحمل في 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 كالرهن في الدار المرهونة

لقدرته على نقض الحايط بواسطة فك الدار من الرهن وكابى الطفل او جده فى مال ابنه
والوصى فى مال يتيمه وكالمكتب لان الولاية له فالتلف حال الكتابة تجب قيمته عليه لتعذر الدفع
وبعد عتقه تجب على عاقلة مولاه وبعد عجزه لا تجب على احد لعدم قدرة المكتب وعدم
الاشهاد فى المولى وكالعبد التاجر سواء كان عليه دين او لالان الو لاية 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 لا يضمن ما تلف به لانه لا بد
من امكان ليصير بتركه جانبا ويستوى فى المطالبة المسلم والنمى لان الناس كلهم شركاء
فى المرور فيصح التقدم من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة اذا كان بالغاً عاقلاً حراً
او مكاتباً لان هذه المطالبة حق العامة فلا يختص باحد من اهل المطالبة (لا من طلب)
بصيغة المجهول اى لا يضمن ما تلف بسقوط الحايط ما لك طلب بنقضه (فباع وقبضه المشتري
فسقط) لان الضمان هنا بسبب ترك الهدم مع التمكن منه وقد زال ذلك التمكن بالبيع
ولا يضمن المشتري ايضا لانه لم يطلب منه حتى لو طلب منه بعد شرائه فسقط بضمن
لتركه التفريغ مع التمكن منه بعد الطلب (او طلب) بنقضه (ممن لا يملك كالمودع ونحوه)
وهو المستأجر والمستعير والمرتون حتى لو سقط الحايط بعد الطلب من احد هؤلاء فالتلف
شياً لا يضمن احد منهم لانه لا يملك نقضه ولا يضمن المالك لانه لم يطلب منه (وان مال)
الحايط (الى دار احد) من الناس (فله الطلب) لان الحق له على الخصوص وان كان فيها
سكان غيره كان لهم الطلب لان لهم المطالبة بازالة ماشغل الدار فكذا بازالة ماشغل هواها
(وان بنى) الحايط (مائلاً ابتداء ضمن) ما تلف بسقوطه (بلا طلب) لانه تعدى بالبناء
فصار كشرائح الجناح ووضع الحجر وحفر البئر فى الطريق (وان طلب) بضم فكسر
(احد الشركاء) فى حايط مائل بنقضه فسقط على انسان فقتل (او حفر) احد الشركاء
(فى دار مشتركة) بينهم بئراً او بنى حايطاً فعطب به انسان (فالضمان بالحصه) حتى او
كان الحايط المائل بين خمسة وطلب النقض من اقدمهم ضمن خمسة الدية لصحة الطلب فى
الخمسة خاصة وكان ذلك على عاقلته ولو كانت دار مشتركة بين ثلاثة حفر اقدمهم فيها
بئراً او بنى حايطاً فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة لتعديه
بالحفر او البناء فى نصيبى شريكه لا فى نصيبه فلا يضمن الا بقدر الثلثين وقال عليه نصف الدية
على عاقلته فى الفصلين لان التلف فى نصيب المالك لا يوجب الضمان وفى النصيب المقصوب
يؤديه فانقسم نصفين ومجمله اعتبار التلف فى نصيب من طولب الا فى نصيب غيره فان
قيل الواحد من الشركاء لا يقدر ان يهدم شيئاً من الحايط فكيف يصح الطلب منه اجيب

بانه ان لم يتمكن من هدم نصيبه يتمكن من اصلاحه بالمرافعة الى الحكم وبه يحصل
الفرض لان المقصود ازالة الضرر باى طريق كان *

فصل

ضمن الراكب ما اتلفه دابته (في سيرها بان داسته بيدها او رجلها او اصابته برأسها
او عضته او خبطته او صدمته بجسدها لان الاحتراز عن هذه الاشياء ممكن فانها ليست
من ضرورات السير (لأما نفخت) بالحاء المهملة اى لا يضمن الراكب ما نفخت الدابة
اى ضربته (بطرف رجلها او ذنبها) حال سيرها لان الاحتراز عن النفخة مع السير
غير ممكن لانها من ضروراته ولما روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار اخبرنا
ابو حنيفة عن ابراهيم النخعي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال العجماء جبار والقلب
جبار والرجل جبار قيدنا بسيرها لانه لو اوقفها في الطريق وهو راكبها ضمن
بالنفخة ايضا لانه يمكن التحرز عن وقوفه اياها وان لم يمكنه عن النفخة فصار متعديا
بشغل الطريق بها فيضمن ولو وقفها في ملكه لا يضمن الا الايطاء وهو راكبها لانه مباشر
لحصول القتل بثقله ولهذا يجرم به الميراث وتجب به الكفارة ولو كان في ملك غيره فان
كان باذن مالكه فهو كما لو كان في ملكه وان كان بغير اذنه فان دخلت هي بنفسها لا
يضمن شيئا وان ادخلها ضمن جميع ما جنت سواء كانت واقفة او سائرة وسواء كان معها من
يسوقها او يقودها او كان راكبها او لم يكن لوجود التعدي بالادخال وباب المسجد
كالطريق في الوقوف ولو جعل الامام موضعا لوقوف الدواب عند باب المسجد فلا ضمان
فيما حدث من الوقوف فيه فكذا وقوف الدابة في سوق الدابة لانه مأذون فيه من
جهة السلطان وفي النخيرة ولو وقفها في طريق المسلمين ضمن ما تلف بفعلها في وجوه
الاتلاف كلها لانه بوقوف الدابة في طريق المسلمين كان متسببا لان الطريق للسلوك
والسير لا للوقوف ولو كانت سائرة فيه ولم يكن صاحبها معها فان كان سيرها بارساله
ضمن ما دام سيرها في وجهها ذلك ولم تحم عنه يمينا ولا شمالا لان ارسالها بلا حافظ
يحفظها سبب للاتلاف وهو به متعد وان كان سيرها بنفسها فلا ضمان على صاحبها في
الوجوه كلها وان كان صاحبها معها وهى تسير فان كان راكبها فما وطئت بيدها او رجلها
فصاحبها مباشر للتلف وما عضت فصاحبها متسبب متعد لانه يمكنه حفظ الدابة عن الكدم
بابعادها عن المكدم لانه يكون بين عينيه وقال التمر تاشى لو كانت سائرة وصاحبها
معه فأيضا او سائقا او راكبا يضمن جميع ما جنت الا النفخة بالرجل او الذنب وبه قال

احمد في رواية وقال في رواية يضمنها وهو مذهب الشافعي وقول ابن ابي ليلى كما وقف دابته فنفتحت
 برجلها او ذنبها 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 يحترز والنفخة بالرجل والذنب مما لا يمكن التحرز عنه لانه من
ضرورات السير (او تلف) اى ولا يضمن الراكب ما تلف (بما راثت او بالت في
 الطريق سايرة او اوقفها لذلك) اى لتروث اولتبول لان من الدواب مالا يفعل ذلك
 الا بالوقوف واما لو كان اوقفها بغير ذلك بعطب انسان بروثها او بولها ضمن
 لانه متعد بوقوفها اذ ليس هو من ضرورات السير وهو اكثر ضررا من السير لكونه
 ادوم منه فلا يلتحق به (او اصابته) بيدها او رجلها (حصاة او حجرا صغيرا او نحوه)
 كالنواة (فقفا عينا) او اثار غبارا فافسد ثوبا (وضمن باحجر الكبير) لان التحرز
 في سير الدابة عن الحجر الصغير او الغبار متعذر اذ سير الدواب لا يعرى عنه وعن
 الحجر الكبير لا يتعذر لان سيرها ينفك عنه عادة وانما يكون ذلك من تعنيف الراكب
 فيكون من فعله والرديف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف في ذلك وبه قال
 مالك وقال الشافعي واسحاق لا يضمن الرديف لانه تبع للراكب وقال احمد ارجو ان
 ان لاشيء عليه اذا كان امامه من يمسك العنان ولنا ان الدابة في ايديهما وتسير بتسيير
 كل منهما وتصريفه كيف شاء (والسابق والقائد كالراكب) عند اكثر المشايخ فكل شيء
 يضمنه الراكب يضمنانه (الا ان الكفارة) في الايطاء وكذا حرمان الارث والوصية
 (عليه) اى على الراكب (فقط) اى لا عليهما وفي جامع المحبوبي 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 لا يبرح من مكانه باختياره او ان لا يجد
 مكانا آخر ليذهب فهكث في مكانه ففي الوجه الاول لا يضمن صاحب الدابة وفي الثاني
 يضمن لانه مضطر في المقام في هذا بخلاف الاول وان لم يقل الراكب اليك اليك او قال
 ولم يسمع من على الطريق يضمن الراكب والسائق لان التلف مضاف اليه انتهى ومن
 القواعد ان الحكم يضاف الى الوصف الاخير كما قالوا في السفينة المماوة اذا طرح فيها
 واحد منها فغرقت فالضمان على الذى وضع المن الزايد لان الفرق يضاف اليه (وان
 اصطدم فارسان) او ما شيان وهما حران خطأ فماتا (ضمن عاقلة كل) منهما (دية الآخر)
 استحسنانا وقال مالك والشافعي وزفر ضمن كل واحد منهما نصف دية الآخر 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 او جرح كل واحد منهما نفسه
وصاحبه او حفرا على الطريق بئرا فانهار عليهما حيث يجب على كل منهما نصف دية الآخر
ولنا وهو قول احمد ما روى عبد الرزاق في مصنفه في القسامة عن اشعث عن الحكم
عن علي ان رجلين صدم احدهما صاحبه فضمن كل واحد منهما لصاحبه يعني الدية وفي
مصنف ابن ابي شيبة حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن اشعث عن حماد عن ابراهيم
عن علي في فارسين اصطدما فمات احدهما يضمن الحسى للميت ولان فعله في نفسه
مباح وهو المشى في الطريق فلا يعتبر في حق الضمان بالنسبة الى نفسه بخلاف ما ذكر
من المسائل فان الفعلين محظوران والفعل المحظور موجب للضمان ولكن لما لم يظهر
الضمان في حق فاعله لعدم الفائدة سقط واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على كل واحد
منهما نصف الدية بخلاف ما نحن فيه فان الفعل فيه مباح محض فلم ينعقد موجبا للضمان
في حق نفسه اصلا وكان صاحبه قاتلا له من غير معارض ولو كانا عبيدين يهدر دمهما مطلقا
وان اصطدم مر وعبد فماتا تجب على عاقلة الحر قيمة العبد في الخطأ ونصفها في العبد
وياخذها ورثة الحر ويسقط الباقي من الدية (وان ارسل) رجل (كلبا فاصاب) شيئا
فاتلفه (في فوره ضمن ان ساقه) بان كان خلفه يطرده ولو لم يكن خلفه فما دام في فوره
فهو سائق له حكما فيحرق بالسائق حقيقة وان تراخى انقطع السوق (وفي الطير) ارسله
اوساقه واصاب في فوره (و) في (الدابة المنفلتة) اذا اصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا (لا)
اي لا يضمن اما الطير فلان بدنه لا يتحمل السوق فصار وجود سوقه وعدمه سواء فلا
يضمن مطلقا واما الدابة المنفلتة فلما اخرجها اصحاب الكتب الستة عن ابي هريرة قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العجماء جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفي الركاز
الخمس اخرجها البخاري وابو داود وابن ماجه في الديات ومسلم في الحدود والترمذي في
الاحكام والنسائي في الزكاة قال محمد العجماء هي المنفلتة وقال ابن ماجه الجبار الهدم الذي
لا يغرم وفي الموطاء قال مالك جبار اي لادية فيه ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما
يوجب النسبة اليه من الارسال او السوق او القود والركوب وقال الشافعي واحمد وهو
قول مالك واكثر اهل الحجاز يضمن صاحب المنفلتة ما افسدت ليلا لانهارا لما روى مالك
عن الزهري 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 مارويناه متفق عليه مشهور وما رواه مرسل وهو ليس
بحجة عند الشافعي على ان الامر بحفظها في النهار ليس صريحا في المدعى وكذا كون دخول

الناقة ليلا كما لا يخفى ولو كان لرجل كلب عقور كلما مر عليه مارعه فلاه لاهل القرية ان يقتلوه ولا يضمن صاحبه ماتلفي بعضه قبل التقدم اليه ويضمن بعده كالحايط المائل وكذا الحكم في السنور الذي يأكل الطيور وذكر الناطفي رجل اغرى كلبه على رجل فعضه او مزق ثيابه لا يضمن عند ابي حنيفة ويضمن عند ابي يوسف وهو المختار للفتوى ويضمن الجمل الصايل عندنا بقتله وان لم يمكن دفعه الابن ونفاه مالك والشافعي اعتبارا بقتله مكلفا صائلا لا يمكن منعه الابن فلنا عصمة الدابة انها هي لحق مالكتها لا لذاتها فتبقى ما بقى حقه وصيالها لا يسقط عصمة ملكه بخلاف المكلف فان صياله يسقط عصمته التي هي حقه وفي المنتقى لو طرح رجل رجلا فدام اسد اوسبع فقتله ليس على الطارح قود ولادية ولكن يعزر ويضرب ضربا وجيعا ويجبس حتى يتوب وقال ابو يوسف حتى يموت وقال مالك والشافعي واحمد ان كان الغالب القتل يجب القود وان كان الغالب عدمه فعن الشافعي قولان احدهما يجب القود والآخر لا يجب ولكن يجب الدية وبه قال احمد وقياس قول مالك يجب القود (فان اجتمع الراكب والناخس) اي الطاعن بعود او نحوه (ضمن هو) اي الناخس اذا نخس بغير اذن الراكب (حتى النفخة) اي ما حصل بنفخة الدابة برجلها وكذا ما ضربته بيدها او ما صدمته بنفرتها والواقف في ملكه والذي يسير سواء في ذلك وعن ابي يوسف يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بسبب ثقل الراكب ووطىء الدابة والثاني مضاف الى الناخس ولنا ما روى عبد الرزاق في مصنفه عن معمر بن عبد الرحمن المسعودي 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 الباهلي فضمن الراكب فبلغ ذلك ابن مسعود فقال على الرجل انما يضمن الناخس واخرج ابن ابي شيبه نحوه عن شريح والشعبي 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 في فعله فيترجع جانب الناخس للتعدى حتى لو كان الراكب واقفا بدابته في الطريق كان الضمان عليه وعلى الناخس نصفين لانه متعد بوقوفها ولو نفخت الدابة الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه ولو القت الراكب فقتلته كانت ديبته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسببه وفيه الدية على العاقلة ولو نخسها باذن راجبها فلا ضمان عليه لان ذلك بمنزلة نخس الراكب ولو كان الناخس عبدا فالضمان في رقبته ولو كان صبيا فهو كالرجل لانه يؤخذ بافعاله كالبالغ ولو نخس الدابة شيء

منصوب في الطريق فنفتحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لانه متعد
 يشغل الطريق فاضيف اليه كانه نحسها بيك (ويجب في فقاء عين شاة القصاب ما نقص) لان
 المقصود منها اللحم فلا يعتبر الا النقصان (وفي) فقاء (عين البقرو) عين (الجزور) اي بقرة القصاب
 وجزوره (و) فقاء عين (الجمار والبغل والفرس ربع القيمة) وقال الشافعي وهو قياس
 قول مالك واحمد يجب النقصان اعتبارا بالشاة ولنا ما رواه الطبراني في معجمه عن زيد
 بن ثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع ثمنها ورواه العقيلي
 في ضعفاؤه واعله باسماعيل بن ابي امية ومارواه عبدالرزاق في مصنفه عن سفيان الثوري
 عن جابر الجعفي عن الشعبي عن شريح ان عمر كتب اليه ان في عين الدابة ربع ثمنها
 رواه ابن ابي شيبة في مصنفه عن علي بن مسهر عن الشيباني عن الشعبي قال قضى عمر
 وفيه ايضا اخبرنا ابن جريج عن عبد الكريم ان عليا قاله في عين الدابة الربع وما
 في عين الدابة ربع ثمنها وفيه ايضا حدثنا جرير عن مغيرة عن ابراهيم عن شريح قال
 اتاني عروة البارقي من عند عمر ان في عين الدابة ربع ثمنها والفرق بينها وبين الشاة
 ان فيها مقاصد سوى اللحم وهي الركوب والزينة والحمل والحمال والعمل

فصل

ان جنى عبد خطأ دفعه سيده) الى المجنى عليه (بها) اي بسبب الجناية (اوفداه بارشها
 حالا) لقول علي ما جنى عبد في رقبته يخبر مولاه ان شاء فداه وان شاء دفعه رواه ابن
 ابي شيبة في مصنفه واعلم ان عندنا يجب على المولى جناية عبده فيجب عليه دفعه اوفداؤه
 وعند الشافعي يجب على العبد فيباع فيها الا ان يفديه المولى وفائدة الخلاف ان بعد
 العتق عنده يتبع وعندنا لا يتبع قيد بالخطأ لان العمد في النفس يجب فيه القصاص على
 العبد بخلاف ما دون النفس فان فيه الدية خطأ كان او عمدا لان القصاص لا يجزى فيه
 بين العبد بين الحر والعبد وقيد الدفع او الفداء بكونه حالا لان العبد عين ولا
 يجوز التأجيل في الاعيان والفداء بدل عنه في السرع فيقوم مقامه ويأخذ حكمه ثم ايهما
 اختار المولى بالفعل او بالقول فلا شيء لولى الجناية غيره ولا فرق بين ان
 يكون المولى قادرا على الارش اولا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا
 يصح اختيار الفداء اذا كان مفلسا الا برضاء الاولياء لان العبد صار حقا لهم حتى يضمه
 المولى بالانلاف بلا خلاف فلا يملك ابطاله الا برضاهم او بوصول البدل اليهم وهو الدية
 (فان وهبه) المولى (او باعه او اعتقه او دبره او استولدها ولم يعلم) المولى (بها) اي بالجناية
 (ضمن) المولى (الاقبل من قيمته ومن الارش) لان المولى فوت حق المجنى عليه بتصرفه

في الجاني تصرفاً يمنع عن دفعه إليه فيضمنه وإنما ضمن الأفل لأن حقه فيه ولا يصير مختاراً
 للفداء بهذا التصرف لأنه لم يعلم بالجناية ولا اختيار بدون العلم (وان) تصرف المولى
 تصرفاً من هذه التصرفات بعد ما (علم) بالجناية (غرم الارش) لأن هذه التصرفات
 تمنعه من دفع العبد لزوال ملكه عنه في الهبة والبيع والاعتاق وامتناع تملكه في التدبير
 والاستيلاء فالاقدام عليها بعد العلم بالجناية يكون اختياراً لفدائه (ودية العبد قيمته)
 فلو قتل رجل عبداً خطأ يجب عليه قيمته (فان بلغت هي) أي قيمة العبد (دية الحر)
 بان بلغت عشرة إلى درهم (و) بلغت (قيمة الأمة دية الحر) بان بلغت خمسة آلاف
 درهم (نقص من كل) من القيمتين (عشرة) من الدراهم اظهاراً لدنو رتبته ولقول
 ابن مسعود ولا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم رواه القدوري في
 شرح مختصر الكرخي وبه قال النخعي والشعبي رواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة وهذا كالمروى
 عن النبي صلى الله عليه وسلم لأن المقادير لا تعرف بالقياس وإنما طريق معرفتها السماع
 من صاحب الوهي وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف أولاً وهو قول الثوري ورواية
 عن أحمد وقال أبو يوسف آخرها تجب قيمة بالغة ما بلغت لأن الضمان بدل المالية ولهذا
 تجب للمولى وهو لا يملك إلا من حيث المالية ولو كان بدل الدم لكان للعبد إذ هو
 في حق الدم مبقى على أصل الحرية فصار كقليل القيمة وهو مروى عن عمر وعلي وهو
 قول مالك والشافعي وأحمد وابن سيرين وابن المسيب وعمر بن عبد العزيز والزهري
 وإسحاق ومكحول وإياس بن معاوية والحسن ولنا عموم قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً
 خطأ فدية) والعبد مؤمن فيكون الواجب بقتله المدية ولا يجوز الزيادة على النص بالرأى
 بان يكون المراد مؤمناً حراً ولأنه تعالى رتب على قتل الخطأ حكيمين الكفارة والدية
 والعبد داخل في حق الكفارة بالاجماع فيجب ان يكون داخل في حق الدية (وفي الغصب)
 أي غصب احد عبداً أو أمة هلك في يده يجب عليه (قيمه ما كانت) أي ما بلغت بالاجماع
 كذا في الاطراف في ظاهر الرواية وهي الصحيحة وفي رواية عن محمد يقدر الاطراف
 بما يقدر من دية الحر فلايزاد يده إذا قطعت على خمسة آلاف إلا خمسة لأن اليد من
 الآدمي نصفه فيعتبر ب كله وينقص هذا المقدار لحط رتبته (وما قدر من دية الحر قدر
 من قيمته) ففي يد العبد نصف قيمته فان كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر يجب في يده
 خمسة آلاف الاخمسة دراهم (وفي فقاً) رجل (عيني عبد دفعه سيده) ان شاء إلى الغاق
 (واخذ قيمته سليمان أو امسكه بلا اخذ النقصان) وهذا عند أبي حنيفة وقال ان شاء سيده
 امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي يضمن سيده

الفاقي كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفايت وهو العينان فيبقى الباقي على ملكه كما لو قطع احدى يديه او فقا احدى عينيه وهو قول مالك واهمد ولو قطع رجل يد عبد فاعتقه المولى ثم مات العبد من ذلك فان كان له وارث غير المولى لا يقتص المولى من القاطع باتفاق وان لم يكن له وارث غير المولى اقتص منه عند ابي حنيفة وابي يوسف ولم يقتص منه عند محمد وهو قول مالك والشافعي واحمد الا ان عندهم تجب قيمته للمولى بالغة ما بلغت وعن احمد في 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 الشافعي المدبر كالقن في الجناية فتكون جنائته في رقبته ويخير المولى بين ان يدفعه فيباع بالجناية وبين ان يفديه فلو اراد الفداء فعنه قولان اهدهما يفديه بارش الجناية بالغاً ما بلغ وهو قول مالك في القن ورواية عن احمد وثانيهما يفديه بالاقل من قيمته ومن ارش الجناية وهو رواية عن احمد وقال مالك لا يباع المدبر في جنائته ويستخدمه المجنى عليه بقدر ارش جنائته فاذا استوفى من خدمته رجع الى مولاه مدبراً او يفتدى خدمته بقدر ارش جنائته ولنا ما اخرج ابن ابي شيبة في مصنفه عن معاذ بن جبل عن ابي عبيدة بن الجراح انه قال جناية المدبر على مولاه واخرج نحوه عن الشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز والحسن (فان جنى) المدبر او ام الولد جناية (اخرى شارك ولى) الجناية (الثانية ولى) الجناية (الاولى في قيمة دفعت اليه) اى الى ولى الاولى ان كان الدفع اليه (بقضاء اذ ليس في جنائته) اى المدبر وان كثرت ولا في جنائات ام الولد (الاقيمة واحدة) فيضار بون بالخصص فيها ويعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لانه يستحقه في ذلك الوقت وعند مالك والشافعي واحمد المدبر كالقن وفي ام الولد عن الشافعي قولان اهدهما كمنهبننا والآخر يفديها كلما جنت وهو اختيار المزني وقول مالك لمنع السيد في حق ولى الجناية في بيعها بالاستيلاء ولنا ان قيمة العبد بمنزله والعبد اذا جنى جنائات لا يجب اكثر من دفعه بها مرة واحدة فكذا قيمته (وانبع) ولى الجناية الثانية (السيد او ولى) الجناية (الاولى ان دفعت) الاولى (بلا قضاء) وهذا عند ابي حنيفة وقال لا شىء على المولى لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة ولا علم له بما يحدث بعدها حتى يكون متعدياً فصار كما اذا دفع بالقضاء ولانه فعل عين ما يفعله القاضى فكان القضاء وعدمه سواء كما في الرجوع في الهبة واخذ الدار بالشفعة بعد وجوبها ولو عتق المدبر وقد جنى جنائات لا يلزمه الاقيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه

بالمنع فصار وجود الاعتاق بعد الجنائيات وعدمه سواء وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ذلك لان الاستيلاء مانع من الدفع كالتدبير ولو اقر المدبر اوام الولد بجنائيات توجب المال لم يجز اقراره ولا يلزمه شيء لان موجب جنائيته على المولى لا على نفسه واقراره على المولى غير نافذ بخلاف الجنائية الموجبة للقود بان اقر بقتله عمدا حيث يصح اقراره ويقتل به لانه اقرار على نفسه فينفذ لعدم التهمة (ومن غصب صبيا) لا يعتبر عن نفسه (حرا غمات معه) اى عنده (فجأة او) مات (بجمي لم يضمن وان مات بضاعة او نهش ضمن عاقلته) اى عاقلة الغاصب (الدية) اى دية الصبي والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر ومالك والشافعي واحمد ولنا وهو وجه الاستحسان ان هذا ضمان اتلاف لاضمان غصب لان نقله الى ارض السباع او الى مكان الصواعق تسبب في هلاكه وتعد عليه بتفويت يد حافظه وهو المولى لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون بكل مكان بخلاف الموت فجأة او جمي فان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى مكان يغلب فيه الحمى والامراض ضمن عاقلته الدية لكونه تسبب في هلاكه (كما في صبي) اى كما يضمن عاقلة صبي (اودع عبدا) اى جعل عبد وديعة عنده (فقتله) اى قتل الصبي العبد المودع (فان اتلف) الصبي (مالا بلا ايداع) اى ليس مودعا عنده (ضمن) لانه مؤاخذ بافعاله وصحة القصد لامعتبر بها في حقوق العبد (وان اتلف) مالا غير عبد (بعده) اى بعد الايداع (لا) اى لا يضمن الصبي وهذا الفرق قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي وهو قول مالك واحمد يضمن الصبي في الوجهين وفي شرح الطحاوى واودع عند صبي مالا فهلك في يده لاضمان عليه بالاجماع فان استهلكه الصبي فان كان مأذونا له في التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه فان قبل الوديعة باذن وليه يضمن بالاجماع وان قبل بغير اذنه فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة ومحمد لا في الحال ولا بعد الادراك وقال ابو يوسف والشافعي يضمن في الحال واجمعوا على انه لو استهلك مالا بغير وديعة يضمن في الحال

فصل

في القسامة وهى في اللغة اسم مصدر من اقسام وقيل انها القوم الذين يتكلفون سموا باسم المصدر كما يقال رجل عدل وسببها وجود القتل في المحللة او ما في معناها وركناتها قولهم بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وشرطها ان يكون المقسم رجلا حرا عاقلا وقال مالك يدخل النساء في قسامة الخطأ دون العمد وحكمها القضاء بوجوب الدية بعد الخلف

سواء كان الدعوى في القتل العمد او الخطأ اخرج اصحاب الكتب الستة عن سهل بن ابي حنيفة ورافع بن حديج قالوا خرج عبد الله بن سهل بن زيد ومحبيصة بن مسعود بن زيد حتى اذا كانا بخيبر تفرقا في بعض ما هنالك وفي رواية تفرقا في النخل ثم ان محبيصة يجد 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 وفي رواية الكبير الكبير يريد السن وفي لفظ كبير كبير فصمت فتكلم صاحباة وتكلم معهما فنذروا لرسول الله صلى الله عليه وسلم مقتل عبد الله بن سهل واتهموا اليهود فقال لهم اقلفون خمسين يمينا فتستحقون دم صاحبكم قالوا كيف نخلف ولم نشهد وفي لفظ يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته قالوا امر لم نشهده كيف نخلف قال فتخلف لكم يهود قالوا ليسوا مسلمين وفي لفظ كيف يقبل ايمان قوم كفار فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم بمائة من ابل الصدقة قال سهل فلقد ركضتني منها ناقة حمراء وقد استدل بظاهره مالك والشافعي حيث قالوا لم يقض عليهم بالدية اذا حلفوا ولنا ما في 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 الباقيين ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى ان اليمين على المدعى عليه وما في سنن الترمذي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وما في مصنف عبد الرزاق وابن ابي شيبة والواقدي اخبرنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال كانت القسامة في الجاهلية فاقرها النبي صلى الله عليه وسلم في قتيلا من الانصار وجد في جب لليهود قال فبدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم باليهود وكلفهم قسامة خمسين فقالت اليهود لن نخلف فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للانصار افتخلفون فابت الانصار ان تخلف فاغرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لليهود دية لانه قتل بين اظهروهم وما في سنن البزار عن ابي سامة بن عبد الرحمن عن ابيه قال كانت القسامة في الدم يوم خيبر وذلك ان رجلا من الانصار من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فقد تحت الليل فجاءت الانصار فقالوا ان صاحبنا يتشخط في دمه فقال اتعرفون قاتله قالوا لا الا ان يكون يهود قتلته فقال اختاروا منهم خمسين رجلا فيخلفون بالله جهد ايمانهم ثم خدوا الدية منهم ففعلوا وما في سنن الدار قطنى عن السكبي عن ابي صالح عن ابن عباس قال وجد رجل من الانصار قتيلا في دالية ناس من اليهود فذكر ذلك

للنبي صلى الله عليه وسلم فبعث اليهم فاخذ منهم خمسين رجلا من خيارهم فاستخلف كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا ثم جعل عليهم الدية فقالوا لقد قضى بما في ناموس الا انه قال الكلبى متروك وما اخرجه البيهقى في المعرفة عن الشافعى اخبرنا سفيان عن منصور عن الشعبي ان عمر بن الخطاب كتب في قتيل وجد بين خيوان ووادعة ان يقاس ما بين القريتين فالى ايهما كان اقرب اخرج اليه منهم خمسين رجلا حتى يوافيه مكة فادخلهم الحجر فاحلفهم ثم قضى عليهم بالدية فقالوا ما وقت اموالنا ايماننا ولا ايماننا اموالنا فقال عمر كذلك الامر وفي رواية كذلك الحق قال الشافعى وقال غير سفيان عن عاصم الاحول عن الشعبي فقال عمر حقنتم دمائكم بايمانكم ولا بطل دم امرء مسلم الا انه قال البيهقى عن الشافعى انه قال سافرت الى خيوان ووادعة اربعة عشرة سفرة وسألتهم عن حكم عمر في القتل وحكيت ما روى عنه فيه فقالوا هذا شىء ما كان يبذلنا قط وهذا كما ترى لا يقدح في صحة الرواية اذ المتصدى بضبط الحوادث واحكامها ائمة الدين من اهل الدراية (ميت) هذا مبتدأ (به جرح) صفة اولى له (او اثر ضرب او) اثر (خنق او) به (خروج دم من اذنه او عينه) قيد الميت بذلك لان الخالى منه لا قسامة فيه عندنا ولادية وهو قول احمد في رواية وحماد والثورى وقال مالك والشافعى واحمد ليس الاثر بشرط بل الشرط اللوث وهو ما يوقع في القلب صدق المدعى من اثر دم على ثيابه او عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة عدول ان اهل المحلة قتلوه لانه عليه السلام لم يسأل الانصار هل كان بقتيلهم اثر اولا ولان القتل يحصل بما لا اثر له كعصر الحصىتين وضرب الفؤاد فاشبهه من به اثر ولنا ان القسامة في الدية لتعظيم الدم وصيانتها عن الهدر وذلك في القتل دون الموت حتف الانف والقتل يعرف بالاثر وقد تقدم في مسند البزار ان الانصار قالوا ان صاحبنا يتشحط في دمه (وجد في محلة) صفة ثانية لميت (او) وجد (اكثره او) وجد (نصفه مع راسه) وقوله (لا يعلم قاتله) صفة ثالثة لميت اما لو وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الرأس او يده او رأسه لاشىء عليهم لان هذا الحكم عرفناه بالنص وقد ورد في البدن كله الا ان الاكثر له حكم الكل بخلاف الاقل ولانا لو اعتبرنا الاقل لاجتمع ديات وقسامات في شخص واحد ان وجد اطرافه في قرى متفرقة وذلك غير مشروع فينتفى ما يؤدى اليه (وادعى عليه القتل) العمد او الخطأ (على اهلها) كلهم او بعضهم مبهما او معينا وعن ابى يوسف في غير رواية الاصول وهو رواية اصول ابن المبارك عن ابى حنيفة لا قسامة ولادية في المعين ويقال للمولى الك بينة فان قال لا حلف المدعى عليه

يمينا واحدة لان دعواه على المعين منهم ابراء لباقيةهم وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم ووجه الظاهر ان وجوب القسامة على اهل المحلّة دليل على ان القاتل منهم فتعيين المدعى واحدا منهم لا ينافي ذلك بخلاف تعيينه واحدا من غيرهم لانه بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرّمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قاتلين تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم ولان اهل المحلّة لا يغرّمون بمجرد ظهور القتل بين اظهرهم بل دعوى الولى فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم فسقط عنهم لفقده شرطه (حلف خمسون) خبر المبتدأ (رجلا حرامكافا) لان المرأة والعبد والصبي والمجنون اتباع لاهل النصرة واليمين على اهلها (منهم) اى من اهل المحلّة (يختار هم الولى) لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل اى يختار صالحهم لانهم يحترزون عن اليمين الكاذبة (بالله) متعلق بحلف (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 في يمينه لانه لم يقتله مع غيره ونظيره ماورد في تفسير قوله تعالى حكاية عن قوم صالح (لنبيته واهله ثم لنقولن لوليه ما شهدنا مهلك اهله وانا لصا دقون) فان قيل يجوز فيما قتلت ان يكون قتله مع غيره فيكون صادقا في يمينه اجيب بانه اذا قتله مع غيره كان في يمينه انه ما قتله كاذبا لان الجماعة متى قتلوا واحدا كان كل واحد منهم قاتلا ولهذا يجب القصاص على كل واحد منهم في العمد والكفارة في الخطأ (لا الولى) اى لا يحلف الولى ولو مع وجود الورثة عندنا (ثم قضى على اهلها) اى اهل المحلّة (بالدية) وهذا قول عمر والشعبى والنخعى والثورى وقال مالك والشافعى واحمد يبدأ بالمدعى في الايمان فان حلفوا استحقوا وان نكلوا حلف المدعى عليه خمسين يمينا فان حلفوا برؤا وهو مذهب يحيى بن سعيد وربيعة وابى الزناد والليث بن سعد لقوله عليه السلام لا ولياء عبد الله بن سهل ابتداء اختلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم وقوله فيما رواه البيهقى اقبّر يكف يهود خمسين يمينا وهذا تنصيص على ان اليمين على الولى وانه يستحق القصاص به في دعوى العمد على قول مالك وقديم الشافعى وقال فى الجديد فاذا حلف قضى له بدية فى ماله واذا انعدم اللوث اوابى 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 ابي شيبه من قضاء عمر فى القتل الذى وجد بين وادعة وارحب وسيأتى عن قريب ان شأ الله تعالى ومن ادلتنا

ايضا ما في المبسوط عن ابي ايوب مولى ابي قلابة قال كنت عند عمر بن عبدالعزيز وعند رؤس الناس فحوصم اليه في قتيل وجد في محلة وابو قلابة جالس عند السرير او خلفه فقال للناس قضي رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقود في القسامة وابو بكر وعمر والخلفاء بعدهم فنظر الى ابي قلابة وهو ساكت فقال ما تقول فقال عندك رؤساء الناس او اشرف العرب ارايتم 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 قضي رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقسامة والدية على اهل خيبر في قتيل وجد بين اظهرهم فانقاد عمر بن عبدالعزيز لذلك وهذا لان امراء بنى امية كانوا يقضون بالقود في القسامة على ما روى الزهري انه قال القود في القسامة من امور الجاهلية واول من قضى به معاوية فلهدا بالغ ابو قلابة في انكار ذلك هنالك وعن الذخيرة والخانية لو حلفوا غرموا الدية وان نككوا يحبسوا حتى يحلفوا وهذا في دعوى العمد اما في الخطأ فيقضى بالدية على عاقلتهم (وان ادعى) الولي القتل (على واحد من غيرهم) اي غير اهل المحلة (سقط القسامة عنهم) اي عن اهل المحلة وقد تقدم وجه الفرق بينه وبين ما اذا ادعى القتل على واحد منهم حيث لا تسقط (فان لم يكن فيها) اي في المحلة (خمسون) من اهل القسامة (كرر الحلف عليهم الى ان يتم) لما روى ابن ابي شيبة في مصنفه ان عمر بن الخطاب رد عليهم الايمان حتى وافوا يعني على من جاء اليه من اهل وادعة وروى ايضا عن شريح قال جاءت قسامة فلم يوافقوا خمسين فردد عليهم القسامة حتى اوفوا وروى عبد الرزاق في مصنفه عن سفيان الثوري عن ابراهيم قال اذالم تبلغ القسامة كرروا حتى يحلفوا خمسين يميناً وروى ايضا فيه عن عمر انه استخلف امرأة خمسين يميناً على مولى لها اصاب 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 يمكن شرعا كما في اللعان (ومن نكل) اي ابي ان يحلف من الذين اختارهم الولي (حبس حتى يحلف) لان اليمين فيه مستحق لذاته تعظيماً لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في 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 اعتباراً بالنكول عن اليمين في دعوى

المال (لا ان خرج الدم) اى لا قسامة ولا دية في ميت وجد في محلة وقد خرج الدم
 (من فيه) اى فمه (اودبره اودكره) لان الدم يخرج من هذه المجارى عادة بغير
 فعل احد فلا يكون دليلا على انه قتل (وفي قتييل) وجد (على دابة يسوقها رجل ضمن
 عاقلته) اى السابق دون اهل محلته (ديتته) اى القتييل لان الدابة في يد السابق فصار كما
 لو وجد في داره (والراكب والقائد كالسائق) في وجوب ضمان عاقلته الدية لا اهل
 المحلة فان اجتمعوا فعلى عاقلتهم لان القتييل في ايديهم فصار كما لو وجد في دارهم الا ان في الدابة
 لا يشترط ان يكونوا مالكيين لها وفي الدار يشترط ذلك ولو لم يكن مع الدابة احد فالدية والقسامة
 على اهل المحلة التى وجد فيها القتييل على الدابة لان وجوده على الدابة كوجوده في الموضع الذى فيه
 الدابة (و) في قتييل وجد (على دابة) او غيرها (بين قريتين) او قبيلتين تجب
 القسامة والدية (على اهل اقربها) لما روى ابو داود والطيالسى واسحاق بن راهويه
 والبخاري في مسانيدهم والبيهقى في سننه عن ابي سعيد الخدرى ان قتيلا وجد بين حيمين
 فامر النبي صلى الله تعالى عليه وسلم ان يقاس الى ايها اقرب فوجد اقرب الى احد
 الحيين بشبر قال الخدرى كفى انظر الى شبر رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم فالقى
 ديتته عليهم وروى ابن ابي شيبه في مصنفه عن وكيع عن اسرائيل عن ابي اسحاق عن الحارث
 ابن الازمع قال وجد قتييل باليمن بين وادعة وارحب فكتب عامل عمر بن الخطاب اليه
 فكتب اليه عمر ان قس ما بين الحيين والى ايها اقرب فخذهم به قال فقاسوه فوجدوه اقرب
 الى وادعة فاخذنا واغررنا واحلفنا فقلنا يا امير المؤمنين اتخلفنا وتقررنا قال نعم فاحلف
 خمسين رجلا بالله ما قتلته ولا علمت قاتلا له (وفي) قتييل وجد في (دار رجل عليه القسامة)
 فنكرر الايمان عليه لان الدار في يده وحفظها اليه (وتدى) اى يعطى الدية (عاقلته) لان
 نصرته منهم وقوته بهم وقال مالك لا قسامة ولا غرامة في قتييل وجد في دار قوم وقال
 الشافعى يكون مع اللوث وفي شرح الاقطع صاحب الدار مع اهل المحلة كما اهل المحلة
 مع اهل المصر ولا يدخل اهل المصر مع اهل المحلة (ان ثبت انها) اى الدار (له) اى للرجل
 (بالحجة) اى بشهادة الشهود لان الديدليل ظاهر والظاهر حجة للدفع للاستحقاق ونحن محتاجون
 هنا للاستحقاق فلا بد من اقامة البيينة على الملك اذا كذب العواقل انها ملك ذى اليد
 وقالوا انها ودبعة عنده (و) تدى (عاقلة ورثته) اى ورثته (ان وجد) قتييل (في دار نفسه) عند ابي
 حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد وزفر ومالك والشافعى لاشىء فيه (والقسامة) والدية (على
 اهل الحطة) ولو بقى واحد منهم وهم الذين خط لهم الامام وقسم الاراضى بخطه حين فتحها (دون
 السكان) اى وليست القسامة على السكان (والمشتريين) وهذا عند ابي حنيفة ومحمد

وقال ابو يوسف الكل مشتركون وهو قول مالك والشافعي واحمد وابن ابي ليلى لان النبي صلى الله عليه وسلم قضى على اهل خيبر وقد كانوا سكانا فيها (فان باع كل منهم) اى كل واحد من اهل الحطة وفي بعض النسخ فان باع كلهم (فعلى المشترين) القسامة والدية لان الولاية انتقلت اليهم عند ابي حنيفة ومحمد لزال من يتقدمهم وحصلت لهم عند ابي يوسف لزال من يزاحهم (و) ان وجد قتيل (في دار مشتركة) على التفاوت بان كان نصفها لرجل وعشرها لرجل وباقيها لآخر فالقسامة (على عدد الرؤس) لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير (و) ان وجد قتيل (في الفلك) فالقسامة على من فيه (اى فى الفلك سواء كان ما شيا او راكبا او ملاما) (و) ان وجد (فى مسجد محلة) فالقسامة (على اهلها) لان تدبيره اليهم والقتيل فيه كالقتيل فيها (و) ان وجد (فى سوق مملوك) فالقسامة (على المالك) عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف على السكان (و) ان وجد (فى سوق غير مملوك) فى (الشارع) العام (و) فى (الجسر) العام (و) فى (السجن) فى (الجامع لاقسامة) على احد (والدية على بيت المال) لانه لجماعة المسلمين وقال ابو يوسف القسامة فى السجن على اهلها وهو قول مالك والشافعي واحمد لانهم سكانه وولاية تدبيره اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم ولا بى حنيفة ومحمد ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون ولا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة (و) ان وجد (فى بركة) اى غير مملوكة اذ لو كانت مملوكة تكون القسامة على مالكيها (لا عمارة بقر بها) اما لو كان بقر بها عمارة تكون القسامة على اهلها وحد القرب سماع الصوت (او ماء) اى او وجد فى ماء (يهربه) اى بالقتيل بان وجد فى نهر عظيم يجرى فيه الماء (هدر) اى لا شىء فيه لانه ليس فى يد احد ولا فى ملكه بخلاف النهر الصغير فان ضمان القتل على اصحابه لقيام يدهم عليه ولو وجد قتيل فى ارض موقوفة او فى 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 (ومستحلفى) بفتح اللام مبتدأ اى من يطلب منه الحلف (قال قتله زيد) صفته والخبر (حلف بالله ما قتلته ولا عرفت 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 ابي يوسف يحلف ما قتلته فقط لانه عرف القاتل واعترف به ولمحمد انه يحتمل ان له قاتلا آخر معه او يكون فى اقراره كاذبا (وبطل شهادة بعض اهل المحلة بقتل غيرهم) متعلق بشهادة وصورة المسئلة وجد قتيل فى محلة وادعى الولى قتله على غيرهم فشهد اثنان من اهل المحلة لم تقبل شهادتهما عند ابي حنيفة وتقبل عندهما والكلام فيه

يرجع الى اصل متفق عليه وهو ان كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من ان يكون
 خصما لا تقبل شهادته وان كل من كان له عرضية ان يصير خصما ثم بطلت هذه العرضية
 فشهد في تلك الحادثة تقبل شهادته فيها فهما قالا الثابت في اهل المحملة عرضية ان يصيروا
 خصما لو ادعى الولي عليهم وقد بطلت هذه العرضية بالدعوى على غيرهم فتقبل شهادتهم
 كالوكيل بالخصومة اذا عزله قبل ان يخاصم وشهد في تلك الحادثة ولا يحنيفة ان اهل
 المحملة صاروا خصما في هذه الحادثة لوجود القتل بين اظهروهم ومن صار خصما في حادثة
 لا تقبل شهادته فيها وان خرج عن الخصومة كالوكيل اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل
 فشهد (او واحد) بالجر عطف على غيرهم اى وبطل شهادة بعض اهل المحملة بقتل واحد
 (منهم) اذا ادعى الولي عليه بعينه لان الخصومة قائمة مع الكل والشاهد يقطعها عن نفسه فكان
 متهما فيها (وفي رجلين في بيت) وليس معهما ثالث (وجد اهدهما قتيلا ضمن الآخر ديته)
 وهذا عند ابي يوسف وقال محمد لا يضمن لانه يحتمل ان يكون قتل نفسه ويحتمل ان
 يكون الآخر قتله فلا يضمنه بالشك ولا ييوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان
 ذلك الاحتمال ساقطا كما لو وجد قتيلا في محلة فان احتمال قتل نفسه ساقط هناك فكذا
 هنا (وفي قتيلا قرية امرأة) اى وان وجد قتيلا في قرية امرأة (كرر الحلف عليها) اى على المرأة لما
 روينا من تكرير عمر القسامة على المرأة (وتدى) اى تعطى الدية (عاقلتها) وهذا عند ابي حنيفة
 ومحمد وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة ايضا قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة
 وهو اختيار الطحاوى وهو الاصح ولو جرح انسان في قبيلة فنقل الى اهل فمات من تلك
 الجراحة فان كان صاحب فراش من حين الجرح حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة
 عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لاقسامة فيه ولادية قيل ومحمد معه وهو قول ابن ابي
 ليلى ومالك والشافعى واحمد لان الذى حصل في القبيلة والمحملة ما دون النفس ولاقسامة
 فيه وصار كما لو لم يكن صاحب فراش ولا يي حنيفة ان الجرح اذا اتصل به الموت صار
 قتلا ولهذا وجب القصاص في العمد والدية في الخطا ولو لم يكن الجرح صاحب فراش
 من حين الجرح بل كان يجمى ويذهب حين جرح ثم نقل ومات في اهل فلا شىء فيه
 كذا في المبسوط *

فصل

في المعاقلة 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 بمحض من الصحابة ولم ينكر
 عليه منكر فكان ذلك اجماعا منهم (تؤخذ) الدية (من عطاياهم) او الشاملة لارزاقهم (متى
 خرجت) العطايا سواء خرجت في ثلث سنين او اكثر او اقل وهذا اذا كانت العطايا
 الخارجة بعد القضاء بالدية للمسنين المستقبلة حتى لو خرجت بعد القضاء عن السنين الماضية
 لا تؤخذ منها ولو خرجت بعده عن ثلث سنين مستقبلة في سنة واحدة يؤخذ منها كل
 الدية اذ لا فائدة في التأخير روى ابن ابي شيبة في مصنفه عن جابر قال اول من فرض
 الفريضة ودون الدواوين وعرف العرفاء عمر بن الخطاب وفي الهداية واهل الديوان
 اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان والعطايا ما يفرض للمقاتلة
 والرزق ما يفرض لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وقال مالك والشافعي واحمد
 واكثر اهل العلم الدية على العشيرة وهم العصبان لانه كان كذلك على عهد رسول الله
 صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده لانه لا يكون الا بوحي على لسان نبي ولا نبي بعده
 ولما رواه ابن ابي شيبة في 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 يقدوا عانيهم بالمعروف والاصلاح بين المسلمين وقال حدثنا وكيع حدثنا ابن ابي
 عن الشعبي قال جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم عقل قريش على قريش وعقل الانصار
 على الانصار وما رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر عن مطر الوراق عن الحسن
 قال ارسل عمر بن الخطاب الى امرأة يطلبها في امر فقالت يا ويلها مالها ولعمر فبينما هي
 في الطريق اشتد بها الفزع فضر بها الطلق فدخلت دارا واقت ولدها فصاح الصبي صيحيتين
 ثم مات فاستشار عمر الصحابة فقال بعضهم ليس عليك شيء انما انت والى ومؤدب قال
 وصيت على فاقبل عليه عمر وقال له ماذا تقول فقال على ان قالوه برأيهم فقد اخطأوا
 وان قالوا في هراك فلم ينصحو لك ارى ان ديتك عليك فانك انت افزعتها فالت ولدها
 بسببك قال فامر عمر عليا ان يضرب ديتك على قريش فاخذ عقله من قريش لانه خطأ
 هذا واختلف في الآباء والبنين فقال الشافعي واحمد في رواية ليس آباء القاتل وان
 علوا ولا ابناؤه وان سفلوا من العاقلة وقال مالك واحمد في رواية يدخل في العاقلة
 ابو القاتل وابنه وهو قولنا عند عدم اهل الديوان ولنا ان عمر لما دون الدواوين جعل
 العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحض من الصحابة روى ابن ابي شيبة في مصنفه
 عن الحكم قال عمر اول من جعل الدية عشرة عشرة في اعطيات المقاتلة دون الناس
 والاعطية جمع العطية وروى ايضا عن الشعبي وعن ابراهيم انها قال اول من فرض

العطايا عمر بن الخطاب وفرض فيه الدية كاملة في ثلاث سنين والنصف في سنتين والثلاث
 في سنة وما دون ذلك في عامه وفي مصنف عبد الرزاق مثله وفيه أيضا أخبرنا الثوري
 عن أشعث عن الشعبي انه جعل عمر الدية في الاعطية في ثلاث سنين والنصف والثلاثين
 في سنتين والثلاث في سنة وما دون الثلاث في عامه واخرج ابن ابي شيبة عن النخعي
 والحسن انهما قالا العقل على اهل الديوان وقال الترمذي في كتابه وقد اجمع اهل العلم
 على ان الدية تؤخذ في ثلاث سنين في كل سنة ثلث الدية وروى عبد الرزاق في مصنفه
 عن عمر انه جعل الدية في الاعطية في ثلاث سنين وفي لفظ انه قضى بالدية في ثلاث سنين
 في كل سنة ثلث على اهل الديوان في اعطياتهم واما قولهم ولا نسخ بعده عليه السلام
 فمسلم الا ان هذا ليس بنسخ بل هو تقدير معنى لان العقل على اهل النصرة وكانت
 النصرة بانواع بالقرابة وبالخلفى اى العهد وبولاء العتاقة وبالعد وهو ان يعد في القوم
 ولا يكون منهم وفي عهد عمر صارت بالديوان فجعله على اهل اتباعا للمعنى ولهذا قالوا
 لو كان اليوم قوم يتناصرون بالحرف كانت عاقلتهم على اهل حرفتهم ولو كان بالحلفى
 فعاقلتهم حلفاؤهم وتوضيحه ان اجماع الصحابة لم يكن على خلاف ما قضى رسول الله صلى
 الله عليه وسلم بل على وفاق ما قضاه 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 في 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 نصرته بحيه 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 ثلاث سنين) لما روينا عن عمر (ثلاثة دراهم
 او اربعة) فلا يزداد الواحد فى كل سنة على درهم وثلث وقال مالك واحمد فى رواية
 لاتقدير فى اخذها بل يحملون ما يطبقون لان التقدير لا يثبت الا بالتوقيف منه ولانص
 فيه فيفوض الى رأى الحاكم كتقارير 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 صلتة 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 ابتداءها من وقته كولد المغرور تعتبر قيمته

من وقت القضاء لاقبله واذا كان الواجب ثلث الدية او اقل منه يجب في سنة واحدة واذا كان اكثر من الثلث الى تمام الثلثين يجب في سنتين واذا كان اكثر من الثلثين الى تمام الدية يجب في ثلث سنين لان جميع الدية في ثلاث سنين فيكون كل ثلث في سنة ولا فرق عندنا في تأجيل الدية بثلاث سنين بين الواجب على العاقلة والواجب على القاتل في ماله وقال مالك والشافعي واحمد ما وجب في مال القاتل فهو حال وذلك مثل الاب اذا قتل ابنه عمدا او انقلب القصاص بالشبهة مالا (وان لم يسع الحى) لاخذ الدية منهم في ثلث سنين كل سنة درهم او درهم وثلث (ضم اليه اقرب الاحياء نسبا) تحقيقا للتخفيف وتقاربا عن الاحجاف (الاقرب فالاقرب) على ترتيب العصابات يقدم الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم (والباقي) 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 لاجرامه ومؤاخذه غيره وقال مالك في غير المشهور والشافعي واحمد لا يجب على القاتل شىء من الدية (و) العاقلة (للمعتق حى سيده) لان نصرته بهم (و) العاقلة (لمولى الموالاة وهو مولى الخلف (مولاة وحيه) اى حى مولاة لانه ولاه يتناصر به فاشبهه ولاه العتاقة وفيه خلاف للشافعي واحمد وقد مر في الولاء (والمعتبر في العجم اهل النصره) 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 في التناصر وبه كان يفتى محمد بن سلمة وشمس الائمة الحلوانى وقال الاسيبجاني اهل صناعة القاتل عاقلة وديوانه ولكن بشرط ان يكونوا يتناصرون بها وهو تفصيل حسن واختاره كثير من المشايخ وقد شاهدت اهل العملة والعجم يتناصرون كما في مكة المشرفة حال المنازعة بين اهل المعلى واهل الشبكة وقد قالوا لا يعقل 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 والقتل والقصاص (وتحمّل العاقلة ما) اى المال الذى (يجب بنفس القتل) وهو دية شبه العمد والخطأ (لا ما يجب بصاح) اى لا تحمّل العاقلة المال الذى يجب بسبب صاح عن قتل عمد (و) الذى يجب بسبب (اقرار) من الجانى (لم تصدقه العاقلة) عليه لان الاقرار والصالح لا يلزمان العاقلة لقصور ولايته عنهم الا ان يصدقوه في الاقرار لان تصديقهم اقرار منهم

والامتناع كان لحقهم وقد زال او ان تقوم البينة لانها مثبتة وتقبل هنا مع الاقرار وان كانت
لاعتبر مع لانها تثبت ما ليس بثابت باقرار المدعى عليه وهو الوجوب على العاقلة ولو
اقر بقتل خطأ ولم يرتفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين
من يوم يقضى وقال مالك والشافعي واحمد حالاً لنا ان التأجيل من وقت القضاء في الثابت
بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى لانه اضعف (او) الذي يجب بسبب قتل (عمد سقط
قوده بشبهة) وكذا اذا عفا بعض الاولياء (او) الذي يجب بسبب (قتله ابنه عمداً ولا)
تتحمل العاقلة (جناية عبد او عمد او ما دون ارش موضحة بل) تتحملها (الجاني) اخرج
البيهقي عن الشعبي عن عمر قال العمد والعبد والصاح والاعتراف لا يعقله العاقل وروى
ابن ابي شيبة في مصنفه عن النخعي انه قال لاتعقل العاقلة مادون الموضحة لاتعقل العمد
ولا الصاح ولا الاعتراف واخرج عبد الرزاق في مصنفه عن الشعبي انه قال اربعة ليس
فيهن عقل على العاقلة وانما هي في ماله خاصة العمد والاعتراف والصاح والمملوك وروى
البيهقي عن الشعبي انه قال لاتعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صاحاً ولا اعترافاً ورواه ابو
عبيد القاسم بن سلام في آخر كتابه غريب الحديث كذلك من قول الشعبي ثم قال واختلفوا
في تأويل العمد فقال محمد بن الحسن معناه ان يقتل العبد حراً فليس على عاقلة مولاة شيء
من جنايته وانما هي في رقبته واحتج لذلك محمد بن الحسن فقال حدثني عبد الرحمن بن
ابي الزناد عن ابيه عن عبيد الله بن عبد الله عن ابن عباس قال لاتعقل العاقلة عمداً ولا صاحاً
ولا اعترافاً ولا ماجنى المملوك الا يرى انه جعل الجناية للمملوك قال وهذا قول ابي حنيفة
وقال ابن ابي ليلى انما معناه ان يكون العبد يجنى عليه يقتله حر او يجرحه فليس على
عاقلة الجاني شيء انما ثمنه في ماله خاصة قال ابو عبيد فذا كرت الاصمعي فيه فقال القول
عندي ما قال ابن ابي ليلى وعليه كلام العرب ولو كان المعنى على ما قال ابو حنيفة لكان
لاتعقل العاقلة عن عبد ولم يكن لاتعقل عبداً انتهى وقد اجبنا عنه فيما سبق بما هو احق
وقال الشارح هنا على سبيل التنزل ان كون القول عند الاصمعي ما قال ابن ابي ليلى
نظراً الى مجرد لفظ هذا الحديث لا ينافي ان يكون القول ما قال ابو حنيفة نظراً
الى ما رواه محمد عن ابن عباس جمعا بين الاحاديث والله تعالى اعلم بالصواب *

كتاب الاكراه

(هو) لغة مصدر اكرهه اذا حمله على امر يكرهه طبعاً وشرعاً (فعل) من تهديد
وتخويف بضرب ونحوه (يوقعه) المرء (بغيره) على ايجاد ما يكرهه طبعاً او شرعاً

(فيفوت) به (رضاه او يفسد اختياره مع بقاء اهليته) للتكليف وعدم سقوط الخطاب عنه لان المكره مبتلى والابتلاء يحقق الخطاب الا ترى انه متردد بين فرض وحظر ورخصة وبين اثم واجر وذلك آية الخطاب (وشرط) في 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 هجة وبرهان لان زمان ابي 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 اكراه به بان يغلب على ظنه ان يوقعه به عليه في الحال (و) منها (كون المكره به متلقا نفسا) سواء كان قتيلا او ضربا (او) متلقا (عضوا) قطعا كان او غيره (وهو) اى متلقى النفس او العضو الاكراه (المألجى او موجبا) عطف على متلقا اى وكون المكره به محصلا (لما يعدم الرضا) وفي شرح الوقاية ان هذا يختلف باختلاف الناس فان الاراذل ربما لا يهتمون بالضرب والحبس فالضرب اللين لا يكون اكراها في حقهم بل الضرب المبرح وكذا الحبس الا ان يكون حبسا مؤبدا يتخجر منه والاشراف يهتمون بكلام فيه خشونة فمثل هذا يكون اكراها لهم (و) منها كون (الفاعل ممتنعا مما اكراه عليه) من الفعل (قبله) اى قبل الاكراه (لحقه) اى حق الفاعل كاكراهه 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 اكراه بالمألجى او غيره على بيع) لما له (ونحوه) من الشراء بماله والاجارة لداره (او) على (اقرار) مثل ان يقر لرجل بالف ففعل ما اكراه عليه فهو بالخيار (ان شاء ففسخ او) شاء (امضى) اما البيع ونحوه فلفوات شرط صحته وهو الرضا واما الاقرار فلانه خبر يحتمل الصدق والكذب ودليل انه كذب موجود هنا وهو الاكراه والاصل عندنا ان تصرفات المكره كلها منقذة قولا الا ان ما يحتمل الفسخ منها كالبيع والاجارة له ان يفسخه ومالا يحتمله كالطلاق والنكاح والاعتاق والتدبير والاستيلاء والنذر يلزمه وعند مالك والشافعى واحمد لا يلزمه (و) اذا كان البيع والتسليم كرها (يملكه) اى المبيع (المشتري ان قبض) المشتري المبيع لان بيع الكره فاسد وذلك ان ما هو ركن العقد لم ينعدم بالاكراه وهو الايجاب والقبول في محله وانما انعدم ما هو شرط الجواز وهو الرضاء لقوله تعالى (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) وتأثير انعدام شرط الجواز في افساد العقد كما في الربا فان المساواة في الاموال الربوية شرط جواز العقد فاذا انعدمت كان العقد فاسدا وعندنا في البيع

الفاسد يملك المشتري المبيع بالقبض وعند مالك والشافعي واحمد لا يملك (فيصح)
 للمشتري بعد قبضه (اعتاقه) وتدييره واستيلاذ الامة (ولزمه) اى المشتري (قيمته)
 كما في سائر البيوع الفاسدة (فان قبض) المكره على البيع (ثمه) طوعا (او سلم)
 المبيع للمشتري (طوعا) بان اكره على البيع لا على التسليم (نفذ) البيع في المسألتين
 لان قبض الثمن طوعا دليل الاجازة كما في البيع الموقوف اذا قبض المالك الثمن وكذا
 تسليم المبيع من غير كره دليل الاجازة قيد بالطوع وهو للمسألتين لان البايع لو قبض
 الثمن كرها لم يكن قبضه اجازة وعليه رده ان كان فايما في يده لفساد العقد بالا كراه
 وان كان هالكا لا يأخذ المشتري منه شيئا لانه كان امانة عنده لانه اخذه باذن المشتري
 والقبض متى كان بأذن المالك لا يجب ضمانه الا اذا قبضه للمتملك وهنا لم يقبضه لذلك
 بل للاكراه (وحل بالمجى) 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 (لا ما
 اضطررتم اليه) وفي الاكراه المجى ضرورة فصارت هذه الاشياء المحرمة كباقي
 الاطعمة المباحة (حتى ان) لم يفعل (وصبر) على القتل او قطع العضو (اثم) وعن ابي
 يوسف وهو قول للشافعي ورواية عن احمد لا يأثم وكذا من اصابته مخمصة فلم يتناول
 من الميتة حتى مات اثم في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف لا يأثم والاصل عنده ان الاثم
 ينتفى بالضرورة والحرم لا ينتفى بها اما الارلى فلقوله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد
 فلا اثم عليه) وقوله (فمن اضطر في 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 اثمها واما لو
 فعل ما ذكر من غير مجى بان يكون بضرب او حبس او قيد فلم يحل (ورخص به)
 اى بالمجى (اظهار الكفر) مطمئنا (بالايمان قلبه) اى قلب المظهر لقوله تعالى
 (من كفر بالله من بعد ايمانه الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان) الآية ولما روى
 الحاكم في المستدرک عند تفسير سورة النحل عن ابي عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر
 وقال صحيح على شرط الشيخين ان المشركين اخذوا عمار بن ياسر فلم يتركوه حتى سب
 النبى صلى الله عليه وسلم وذكر الهتهم بخير ثم تركوه فلما اتى النبى صلى الله عليه وسلم

قال له ما وراءك قال شر يارسول الله ماتر كت حتى قلت منك وذكرت آلهتهم بخير قال فكيف تجد قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد ورواه ابو نعيم في الحلية وعبد الرزاق في مصنفه وفيه نزل قوله تعالى (الامن اكره وقلبه مطمئن بالايمان) الآية (وبالصبر اجر) اى وان لم يظهر الكفر وصبر على ما اكره به من قتل او قطع ائيب لان الحرمة لما كانت باقية كان باذ لانفسه لاعزاز الدين تمسكا بالعزيمة فكان شهيدا ولما روى ان مسيلمة الكذاب اخذ رجلين فقال لاحدهما ما تقول في محمد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فما تقول في قال انت ايضا فخلاه وقال للاخر ما تقول في محمد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فما تقول في 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 فهنيا له وما فى صحيح البخارى من صبر خبيب على القتل وقوله حين عزوا على قتله * ولسمت ابالى حين اقتل مسلما . على اى شق كان لله مصرعى * وذلك فى ذات الاله وان يشأ . يبارك على اوصال شلو ممزوع * اى اعضاء جسد مقطوع وهو خبيب بن عدى الانصارى حضر بدر و اسر فى غزوة الرجيع سنة ثلاث فانطلق به الى مكة فاشتره بنو الحارث ابن عامر وكان خبيب قد قتل الحارث يوم بدر كافرا فاشتره بنوه فاقام عندهم اسيرا ثم صلبوه بالتنعيم وهو اول من صلب من اهل الاسلام ولما خر جوابه من الحرم ليقتلوه قال دعونى اصلى ركعتين ثم انشأ البيتين (و) رخص بالمأجى (ائلاف مال مسلم) لان مال الغير يستباح للضرورة كما فى حال المحمصة وقد تحقق الضرورة هنا ولو صبر حتى قتل كان شهيدا لانه بذل نفسه لاعزاز الدين لان الحرمة باقية فلا تمتنع عزيمة (وضمن الحامل) لصاحب المال لان المكروه آله للحامل فيما يصاح آله وهو الائلاف فكان الحامل هو المتلف لهذا المال (لا قتله) اى لا يرخص قتل المسلم بالاكره المأجى على قتله لان قتل المسلم لا يباح للضرورة فكذا للاكره ولان دليل الرخصة خوف التلف والمكروه والمكروه عليه فى ذلك سواء فسقط الكره للتعارض ولو قال لتقطع يد نفسك او لاقطعنها انالم يسعه قطعها لانه فى الجانبين عليه ضرر قطع اليد واذا امتنع صارت يده مقطوعة بفعل المكروه واذا اقدم عليه صارت مقطوعة بفعل نفسه وهو يتيقن بما يفعل بنفسه ولا يتيقن بماهده به المكروه اذر بما يخوفه بما لا يحققه فلهذا لا يسعه قطعها ولو قطعها لم يكن على النى اكرهه شىء وكذا لو قال له لتقتلن نفسك بهذا السيف اولا تقتلنك بالسياط او ذكر نوعا من القتل هو اشد عليه مما امره ان يفعل بنفسه فقتل نفسه قتل به النى 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 حنيفة 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 ابي 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 لا يقاد واحد منهما لان الفاعل قاتل حقيقة لاعتكافا والحامل بالعكس فتمكنت
 الشبهة من الجانبين ولو اكره على ترد من جبل عال او على افتتاح نار مضطربة لا يرجو
 النجاة منها او على طرح نفسه فى ماء مهلك بقتل له الصبر والافتحام عند ابي حنيفة لان من
 الناس من يختار الم النار على الم السيف وصبره محمد ومنعه عن فعل ما امر به واضطرب
 قول ابي يوسف بين الصبر والافتحام 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 المكروه عند ابي حنيفة وعين محمد قتل الحامل على التردى والالقاء
 فى الماء كما يقتل الحامل على افتتاح النار بالقتل ويوافق ابو يوسف محمدا فى وجوب القود
 فى الصور الثلث فى الصحيح عنه لانه لما ابيع له الاقدام صار آلة للمكروه 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 تجوز 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 يالبيكة يالبيكة
 فبعث الى الامير فنزعه وقال لولان يكون سنة لاقدته منك ثم غرمه الدية وقال لانعمل لى
 عملا ابدا فقال انما امره الامير بهذا على غير ارادة قتله بل ليدخل الماء فينظر لهم
 مخاضة فضمنه عمر دية فكيف بمن امره وهو يريد قتله بذلك وفيه دليل على انه يجب
 القود على المكروه وانه يجب بغير سلاح ومعنى قوله لولان يكون سنة يعنى فى حق من
 لايقصد القتل ويكون مخطئا فى ذلك فهو تنصيص على انه اذا كان قاصدا قتله بما لا يلبسه
 فانه يستوجب القود واو 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 الحمل له (بقيمة العبد) سواء كان الحمل له موسرا او معسرا
(ونصف المسمى) اى ورجع المطلق على الحمل بنصف المسمى (ان لم يطاق) فيدبه
لانه لا يرجع في الموطوعة بشىء لان ما عليه في غير الموطوعة كان على شرف السقوط بان
جاءت الفرقة من جانب المرأة وانما تقرر بالطلاق فكان الاكراه عليه اتلافا
للمال من هذا الوجه فانضاف الى الحمل 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 شىء لان النذر واليمين لا يباحقهما الفسخ وكل ما لا يباحقه الفسخ لا يؤثر
فيه الاكراه (و) صح (ظهاره) اى ظهار من اكره على ان يظاهر من امرته حتى لا يجوز له
قربانها حتى يكفر لان الظهار من اسباب التحريم كالطلاق فيستوى فيه الجذ والهزل
فكذا الكره والطوع (و) صح (رجعه) اى رجعة من رجع امرأة كرها لان الرجعة
استدامة النكاح فكانت مباحة به (و) صح (ايلائه) اى ايلاء من اكره على ايلائه لان ايلاء
يمين في الحال وطلاق في المآل والاكراه لا يمنع واحدا منهما (و) صح (فيؤه) اى فيء من
اكره على الفىء (فيه) اى في ايلائه لان الفىء يصح مع الهزل فكذا مع الكره ولانه
كالرجعة في الاستدامة (و) صح (اسلامه) اى اسلام من اسلم كرها (بلاقتل) اى ولا يقتل
لو رجع عن الاسلام بل يحبس لان الشبهة لما تمكنت في اسلامه رجحناه لان الاسلام
يعلو ولا يعلى عليه ودرأنا عنه القتل في رجوعه لاحتمال عدم رده (لا ابرائه) اى لا يصح
ابراء من اكره على ابراء شخص من دين او كفاله (و) لا تصح (رده) 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 ابي حنيفة وعندهما
لا يحد وقد سبق التحقيق والله تعالى اعلم

كتاب الحجر

(هو) بالفتح لغة المنع مطلقا ومنه سمي العقل حجرا بالكسر كقوله تعالى (اهل في ذلك
قسم لدى حجر) وسمى به لانه يمنع صاحبه عن القبائح وسمى الحطيم حجرا لانه منع من
بناء السكعة وشرعا (منع نفاذ القول) لا الفعل لان الحجر في الامور الحكيمة دون الحسية
ونفاذ القول حكيم لانه يرد ويقبل بخلاف نفاذ الفعل فانه حسي لا يرد اذا وقع فلا يتصور
الحجر فيه فلو ائلف صبي او مجنون مال الغير يجب الضمان وسيجيء (وسببه) اى الحجر

(الصغر) لان معه عدم العقل ان كان خاليا عن التمييز ونقصانه ان كان مميزا الا ان هذا التمييز ينحصر 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 لفقده اهلية التصرف منه واما مع نقصان العقل وذلك فيمن يجن مرة ويفيق مرة اخرى وحكمه ان يصح في حال الافاقة كالعاقل واما المعتوه وفسر بالقليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير الا انه لا يضرب ولا يشتم فحكمه كالصبي العاقل في تصرفاته ورفع التكليف عنه (والرق) لان العبد وما في يده لهولاه فلا ينفذ تصرفه القولى لاجل حقه فلمولى ان يرفعه بنفسه ولكن اذا رضى بتصرفه جاز لكونه رضى بفوات حقه والحكمة في ذلك ان الله خلق الورى وميز بينهم في الحجر فجعل بينهم ذوى النهى ومنهم اعلام الهدى ومصايح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض اسباب الردى (وضمنوا) اى الصغير والجنون والعبد (بالفعل) اى باتلاف مال الغير لان في ضمانهم احياء لحق المتلف عليه في الحمل المعصوم وهذا بالاتفاق فاذا قتل انسانا او قطع يده او اراف شيئا لا يمكن جعل ما ذكر كالعدم لانه يؤدى الى ابطال العصمة وهو قول باطل عند جمهور الائمة بخلاف الاقوال فان اعتبارها بالشرع في جميع الاحوال فامكن ان لا يعتبر شرعا بالنسبة الى بعض دون بعض لعارض (واخر) العبد (الى العتق في الاقرار بمال) لان اقرار العبد نافذ في حق نفسه لقيام اهليته لكونه مكلفا غير نافذ في حق سيده لان نفاذه في حقه لا يخلو عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكلاهما لسيدته فلا يستحق شىء منهما باقراره لان اقرار الانسان لا يقبل على غيره فان اقر العبد بمال لم يلزمه في الحال لقيام المانع ولزمه بعد الحرية لانتفائه (وعجل) في الاقرار (بحد وقود) لان العبد فيهما مبقى على اصل الحرية لانهما من خواص الادمية وهو ليس بمملوك من حيث انه آدمى بل من حيث انه مال واذا كان فيهما مبقى على اصل الحرية نفذ اقراره بهما في الحال لانه اقربما هو حقه وبطل حق المولى ضمنا وفيه خلاف زفر (ولا يجبر) عند ابي حنيفة على الحر العاقل البالغ (بفسه) وهو الاسراف في النفقة والتبذير لا لغرض او لغرض لا يعتبره العقلاء من اهل الديانة مثل دفع المال الى المغنين واللعايبين وشراء الحمام الطيارة بالثمن الغالى (وفسق) اذا كان الفاسق مصاحبا لها له وحجر عليه الشافعى (ودين) بفتح الدال لانه حر مخاطب فكان مطلق التصرف في ماله كالرشيد كتنزوجه وطلاقه اتفاقا (وحجر) عنده (مفت ما جن) وفسر بالذى يعلم الناس الخيل (وطبيب جاهل ومكار مفلس) وهو الذى يكارى على دابة للسفر ويأخذ الكراء ولادابته له وانما رأى ابو حنيفة الحجر على هؤلاء دفعا لضرره عن الناس ولا يجبر

القاضي على المديون الذي خيف منه اتلاف ماله بطريق الاقرار عند ابي حنيفة وان طلب غرماؤه الحجر عليه لان فيه اهدار اقواله والحاقه بالبهائم فلا يجوز لدفع ضرر خاص بل يحبسها كما سيأتي ويجوز عند ابي يوسف ومحمد ومالك والشافعي واحمد بالدين اذا طلب الغرماء من القاضي الحجر عليه فيمنعه من البيع والتصرف والاقرار نظرا للغرماء كيلا يضر بهم ولما روى الدار فظني عن كعب بن مالك عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ ماله في دين كان عليه وعن عبد الرحمن بن كعب قال كان معاذ شابا سخيا وكان لا يمسك شيئا فلم يزل يداين حتى اغرق ماله في الدين فاتى غرماؤه النبي صلى الله عليه وسلم فكلموه فباع صلى الله عليه وسلم ماله حتى قام معاذ بغير شيء 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 بالخصص فمن كان له عليه دين فليغد فلم ينكر عليه احد من الصحابة وكان هذا اتفاقا منهم على انه يباع على المديون ماله وقوله فادان مقرضاى استدان مقرضا وهو الذي يقرض الناس فيستدين ما وجد من وجدما امكنه ولا يبالي 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) و ابو حنيفة استدلل بقوله تعالى (لانا كلوا 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 يجل مال امرء مسلم الا بطيبة نفسه منه ونفسه لانتطيب ببيع القاضي ماله عليه فلا ينبغي له ان يفعل لهذا الظاهر والدليل عليه انه يحبس بالانفاق ولو جاز له بيع ماله لم يشتغل بحبسه لما فيه من الاضرار به وبالغرماء من تأخير وصول حقهم اليهم وتأول حديث معاذ ان النبي صلى الله عليه وسلم باع ماله بسوء له لانه لم يكن في ماله وفاء بينه كقصة جابر في غرمائه وهذا لانه عندهم يامر القاضى اولا ببيع ماله فاذا امتنع منه يبيعه ولا يظن انه كان يابى امر رسول الله صلى الله عليه وسلم اياه ببيع ماله حتى يحتاج ان يبيعه عليه بغير رضاه والمشهور في حديث اسيفع ان عمر قال انى قاسم ماله بين غرمائه فيحمل على انه كان من جنس الدين وان ثبت بالبيع فانما كان ذلك برضاه الا ترى ان القاضى لا يبيعه عندهم الا عند طلب الغرماء ولم ينقل انهم طالبوه بذلك وانما المنقول انه ابتدأهم بذلك وامرهم ان يقدوا اليه فدل ان ذلك كان برضاه ويجوز عندهم ايضا بالسفه لان النظر للسفيه واجب حقا لاسلامه ولو حجر عليه القاضي فرفع ذلك الى قاض آخر فرفع الحجر

عنه جاز لان الحجر من الاول ليس بقضاء بل فتوى لان القضاء لقطع الخصومة بين المتخاصمين
 بالقضاء لا أحدهما على الآخر ولم يوجد ذلك وحجر محمد على السفينة بمجرد حدوث سفهه اعتبارا
 بالصبا بلا توقف على حجر القاضي وأفقه أبو يوسف عليه وأعتبره بالمديون فلو باع شيئا قبل
 حجر القاضي نفذ عنده والا صل لهما قوله تعالى (فان كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا
 اولا يستطيع ان يمد هو فليمدل وليه بالعدل) فهذا تنصيص على اثبات الولاية
 على السفينة ولا يكون ذلك الا بعد الحجر عليه وقال الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء اموالكم)
 الى ان قال (واكسوهم) وهذا تنصيص على اثبات الحجر عليه بطريق النظر له وقصة حبان
 ابن منقذ الانصاري وغبنه في البياعات وسؤال اهل النبي صلى الله عليه وسلم ان يحجر
 فلو لم يكن الحجر بسبب التبذير في المال مشروعا لما سأل اهل النبي 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 والتجأوه 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 في التجارة فاستدل برغبته في الشركة
 على انه لاغبين في تصرفه فهذا اتفاق منهم على جواز الحجر بسبب التبذير والمعنى فيه
 انه مبذر في ماله فيكون محجورا عليه في افعاله كالصبي بل اولى لانه انما حجر عليه لتوهم
 التبذير منه وقد تحقق هنا فلان يكون محجورا عليه اولى وانما جاز تزوجه وطلاقه واعتاقه
 بدون اجازة القاضي لان كل كلام لا يؤثر الهزل فيه لا يؤثر السفه فيه لكن يبطل ما
 زاد على مهر المثل هذا ويدفع القاضي اليه زكوة ماله ويصرفها هو بحضرة امينه لئلا
 يصرفها في غير مصارفها وينفق عليه القاضي 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 كالمصالح في الفرائض ولا من عمرة واحدة استحسانا لانه
 قيل بفرضيتها فلا يمنع عنها احتياطا وينفذ وصاياه في القرب من الثلث (واذا بلغ) الصبي
 (غير رشيد لم يسلم اليه ماله) عند أبي حنيفة (حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة وصح)
 عنده (تصرفه) أي الذي يبلغ غير رشيد (قبله) أي قبل خمس وعشرين سنة (وبعد)
 أي بعد الخمس والعشرين 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 السفهاء اموالكم) وقوله تعالى (فان أنستم 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 ولا ي حنيقة قوله تعالى (وآتوا اليتامى اموالهم) والمراد بعد البلوغ وسموا يتامى لقر بهم من اليتيم فهو تنصيب 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 فقد رناه بخمس وعشرين سنة لانه وقت يتصور ان يصير فيه جدا بان يبلغ اثنى عشر سنة ويولد له لسته اشهر ويبلغ ولده لاثنى عشر سنة ويولد له لسته اشهر والمراد من الآية الاولى اموال الا اموالهم والآية الثانية مشتملة على التعليق بالشرط وهو لا يوجب 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 لا محالة لانه حال لبه فقد روى عن عمر انه قال ينتهى لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين سنة (وحبس القاضى المديون) عند ابي حنيقة كغيره (لدينه) اى ليقضى المديون ما عليه من الدين ببيع ماله او بغيره وانما يجسه دفعا لظلمه بطله ولا يكون هذا الحبس اكراها على بيعه لان المقصود منه حمل المديون على قضاء دينه باى طريق شاء في حقه (وقضى) اى وفي القاضى بلا امر المديون (دراهم دينه من دراهمه) اى دراهم المديون (و) قضى (دنانيره) اى دنائير دين المديون (من دنائيره) اى دنائير المديون لان الدائين لما كان له ان يأخذ دينه اذا ظفر بجنس حقه من غير رضاه المديون كان للقاضى ان يعينه على ذلك وصار هذا الفعل منه اعانة للدائين على اخذ حقه (وباع) القاضى (كلا) من الدراهم والدنائير (لقضاء الآخر) فيبيع الدراهم لقضاء الدنائير وبالعكس وهذا استحسان والقياس ان لا يبيع كالعروض ووجه الاستحسان ان الدراهم والدنائير متحدان في الثمنية والمالية ولذا يضم احدهما الى الآخر في الزكوة مختلفان في الصورة حقيقة وهو ظاهر وهكها لان رباة الفضل لا يجرى بينهما فيالنظر الى الاتحاد ثبت للقاضى ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف لم يثبت للدائين الاخذ عند الظفر باحدهما عملا بالشبهين ويقسم ثمنه بين الغرماء بالخصص وينفق عليه وعلى من يلزمه نفقته من زوجته واولاده الصغار وذوى الارحام مما في يده لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ويترك له من ثياب بدنه دست ويباع الباقي لوقوع الكفاية بالواحد وهو مختار الحلوانى وقيل يترك له دستان لئلا يقعد في بيته ملوما محسورا اذا غسل ثيابه وفي الفتاوى الصغرى اذا كان له ثياب حسنة يمكنه الاكتفاء بما دونها تباع ويكتفى بالدون (لاعرضه) بسكون الرء (ولا عقاره) اى لا يبيع القاضى عرض المديون ولا عقاره لقضاء دينه لان

البيع لابد فيه من الرضاء من الجانبين ولارضا هنا من جانب المالك (ومن افلس ومعه
 عرض شراءه فبايعه اسوة للمغماء) اراد من كون العرض معه انه قبضه باذن بايعه واحترز
 به عن افلس قبل قبض عرض شراءه فان بايعه لا يكون اسوة للمغماء بل له ان يحبس
 العرض حتى يقبض الثمن وعن افلس بعد قبض العرض بغير اذن بايعه فان لباعه
 ان يسترده بحبسه بالثمن وقال مالك والشافعي واحمد بايع العرض احق به في حياة
 المشتري وبعد مماته هو احق به عند الشافعي فقط لما في الصحيحين عن ابي هريرة ان
 النبي صلى الله عليه وسلم قال من ادرك ما له بعينه عند رجل قد افلس فهو احق به من
 غيره ولنا قوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) وذلك ان المشتري اذا افلس
 استحق بهذا النص النظرة الى الميسرة فليس للبائع ان يطالبه قبلها ولا يفسخ بدون المطالبة
 بالثمن والحديث محمول على المصوبات والودائع والرهن والعارى والاجارات (وبلوغ
 الغلام بالاحتلام والاهبال والانزال و) بلوغ (الجارية بالاحتلام والحيض والانزال والحبل)
 والاصل هو الانزال لقوله تعالى (واذا بلغ الاطفال منكم الحلم) ولكون الحبل والاهبال
 لا يكونان الامع الانزال وكذا الحيض لا يكون عادة الا في وقت الحبل والحبل لا يكون 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 ابي
 حنيفة لانه بلوغ اشد الصبى عند ابن عباس والقبتي وقد قال الله تعالى (ولاتقربوا مال
 اليتيم الا بالتى هى احسن حتى يبلغ اشده) وقيل اثنان وعشرون سنة وقيل خمس
 وعشرون سنة واقل ما قالوا ثمانى عشرة سنة فوجب تعليق الحلم عليه للاحتياط ولانه متفق
 عليه غير ان الجارية اسرع ادراكا من الغلام فنقصنا في حقها سنة لاشتمالها على الفصول
 الاربعة فربما يوافق فصل مزاجها واما عند ابي يوسف ومحمد ومالك والشافعي واحمد
 (فحين يتم لهما خمس عشر سنة) وهو رواية عن ابي حنيفة (وبه يفتى) لان ابن عمر
 عرض على النبي 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 لا يتأخر عن الخمس عشرة
 عادة والعادة احدى هيج 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 لا يعرف الا بسماع او تتبع وفي شرح مسلم ومن ظرف
 احوال عبد الله بن عمرو بن العاص انه ليس بينه وبين ابيه في الولادة الا احدى عشرة
 سنة وقيل اثنتى عشرة سنة (فصدقا حينئذ ان اقرا به) اى صدق الغلام ان اقر بالبلوغ

باحتملام او نحوه في اثنتى عشرة سنة وصدقت الجارية ان اقرت بذلك في تسع لان ما اقر به لا يعرف الا من جهتهما فيقبل فيه قولهما كما يقبل قول المرأة فيما لا يطلع عليه غيرها كالحيض

كتاب المأذون

(الاذن) لغة الاعلام وشروعا عندنا (فك الحجر واسقاط الحق) الثابت بالرق ورفع المانع من التصرف حكما واثبات اليد للمعبد في كسبه (ثم يتصرف العبد لنفسه باهليته) وعند الشافعى واحمد وزفر توكيل وانابة للمعبد في 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 في حالة الرق لان تصرفه حينئذ لم يعهد الاموجبا لتعلق الدين برقبته او كسبه وذلك ملك المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه بغير رضاه (فلم يرجع بالعهد على سيده) اى ولكونه يتصرف باهليته الاصلية لنفسه لا يرجع بما لحقه من العهدة على مولاه (ولو اذن) له سيده (يوما فهو مأذون الى ان يحجر) سيده عليه (ولو اذن) له (في نوع) او وقت (عم اذنه) لان المانع حق المولى وقد اسقطه والاسقاط لايقبل التقييد كالطلاق والعتاق فيد بالنوع لانه لو اذن له في شراء شىء بعينه او ببيع لا يكون 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 او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا كذا في الهداية وغيرها وقال مالك والشافعى واحمد وزفر لا يثبت الاذن بسكوت المولى اذا رأى عبده يبيع ويشترى لان السكوت يحتمل الرضا وغيره فلا يثبت رضاه بالشك ولنا ان العادة جرت بان من لا يرضى بتصرف عبده بينها عنه بل يؤدبه عليه فاذا لم ينهه وسكت كان ذلك اذنا له دلالة ودفعنا للضرر عن الناس في المعاملة فانهم يعتقدون ذلك اطلاقا منه فيبايعونه وحملنا لفعله على مما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبى صلى الله عليه وسلم عند امر يعاينه عن التغيير والنكير وسكوت البكر والشفيع (فيبيع) اى فيجوز ان يبيع المأذون (ويشترى ولو بغبن فاحش) وقال لايجوز بالغبن الفاحش لانه تجرى مجرى التبرع ولا يى حنيفة انه تجارة لاتبرع (ويوكل بهما) اى بالبيع والشراء لانه من نواع التجارة وربما عجز عن مباشرته بنفسه فيحتاج الى الاعانة (وبرهن وبرهنون) لان فيهما ايفاء واستيفاء (ويستقبل الارض) اى يأخذها

قبالة بالاستيجار والمساقاة (ويأخذها من اربعة ويشترى بذرا يزرعه) في ارضه لانه يحصل الربح (او يشارك عنانا) قيد به لانه لا يشارك مفاوضة لانه تتضمن الكفالة وهو لا يملكها لكونها تبرعا (ويدفع المال ويأخذه مضاربة) اي اخذا مضاربة وهو مفعول مطلق للفعلين من باب التنازع (ويستأجر) البيوت والحوانيت والاجراء لان ذلك كله من صنيع التجار (ويؤجر) نفسه وعند مالك والشافعي واحمد لا يوجرها لان الاذن له بالتجارة لا يتناول نفسه فلا يتناول منافعتها لانها تابعة لها ولهذا لم يكن له ان يبيع نفسه ولا ان يرهنها ولنا ان الاجارة من باب التجارة اذ هي بيع المنافع ولا يلزم من امتناع بيع النفس امتناع اجارتها الا ترى ان الحر لا يملك بيع نفسه ويملك اجارتها (ويقر بوديعة) لان التاجر قد لا يجد بدا من ذلك فكان من توابع التجارة (وغصب) لان ضمان الغصب عندنا ضمان معاوضة فكان من باب التجارة (ودين) سواء كان دين معاملة او غيرها لان الاقرار به من توابع التجارة وعند مالك والشافعي واحمد يقر بدين المعاملة فقط (ولو) كان اقراره (بعد الحجر) وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول مالك والشافعي واحمد لا يصح بعد الحجر (ويهدى) المأذون (طعاما يسيرا) وعند مالك والشافعي لا يهديه الا باذنه (ويضيف من يطعمه) لانه عوض عن طعام (ومن يعامله) ولو لم يطعمه لان التجار قد يحتاجون الى ذلك (ويحط) المأذون (من الثمن بعيب قدره عهد) من التجار حظه واما الحط بدون العيب بعد تمام العقد فلا يجوز لانه تبرع محض (ولا يزوج) المأذون عبده او امته لان التزويج ليس من باب التجارة بل ربما يترتب عليه نوع من الخسارة وقال ابو يوسف يزوج الامة لان في تزويجها تحصيل المهر وسقوط النفقة فكان كاجارتها واما المكاتب والاب والوصى فيملكون الكسب في مال الصغير فلمهم تزويجها وذلك لا يختص بالتجارة وجعل صاحب الهداية الاب والوصى على هذا الخلاف وهو سهو فانه ذكر المسألة في كتاب المكاتب ولم يذكر فيهما خلافا بل جعلهما كالمكاتب وكذا في عامة كتب اصحابنا كالمبسوط ومختصر الكافي والتممة كذا في شرح الكنز (ولا يكاتب) عبده لان التجارة مبادلة المال بالمال والكتابة مبادلة المال بفك الحجر في الحال (ولا يعتق) عبده لان العتق فوق الكتابة (وكل دين) مبتدأ مضاف صفته (وجب بتجارة) كبيع وشراء واجارة واستيجار (او بها هو في معناها) اي التجارة (كفرم وديعة وغصب وامانة جمها وعقر وجب بوطن مشرية) اي جارية مشتراة (بعد الاستحقاق) لانه لاستناده الى الشراء التحق به (يتعلق برقبته) خبر المبتدأ المقدم ومعنى يتعلق الدين برقبته انه (يباع فيه) الا ان يفديه المولى (ويقسم ثمنه) بين الغرماء (بالحصص) لتعلق

حق الغرماء برقبته فصار كمتعلقه بما له تركه ويشترط لبيع العبد نفسه ان يكون مولاه حاضرا لان المولى هو الخصم في رقبة العبد كما اذا ادعى رقبته انسان ولا يشترط ذلك لبيع العبد كسبه بل يشترط حضور العبد لان العبد هو الخصم في كسبه وقال مالك والشافعي وزفر يتعلق بكسبه لارقبته 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 في حق المولى بسبب العبد فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجة (وبكسبه) اى ويتعلق الدين المذكور بكسب (حصل) من العبد (قبل الدين اوبعده وبما اتى) له قبله (لا) اى لا يتعلق الدين المذكور (بما اخذه سيده منه قبل الدين) لانه اخذه حين كان فارغاً عن الحاجة فخلص له بهجر القبض (وطولب) العبد (بما بقى) من ديونه التى عليه لا فى الحال بل (بعد عتقه) لانه ثابت فى ذمته يستوفيه عنه اهل اذا قدر على ايفائه ولا يقدر على ذلك الا بعد عتقه اذ لا يمكن بيعه ثانياً ولا استسعاؤه لان المشتري يتضرر بذلك (وللسيد اخذ غلة مثله) اى مثل العبد (مع وجود دين) على العبد اذ لو لم يكن له ذلك ليجر عليه فلا يحصل الكسب (والباقى) بعد ما اخذ السيد (للمرء) لعدم الضرورة فيه وتقدم حقهم (ويشجر) العبد المأذون (ان ابقى) وعند مالك والشافعي واهمى وزفر لا يشجر الا باق لانه لا ينفى ابتداء الاذن حتى لو اذن لعبد المحجور عليه الا بقرع وجاز للعبد ان يشجر اذا بلغه الاذن فلا ينفى دوامه ولنا ان العادة جرت بان المولى لا يرضى بتصريف عبده الخارج عن طاعته فكان حجر اعليه دلالة مع ان الاقاييم منع الاذن ابتداء عندنا على ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه ولو سلم فان الدلالة لا تعتبر مع التصريح بخلافها (او) ان (مات سيده او) ان (جن مطبقا او لحق بدار الحرب مرتدا) وان لم يعلم به لان الاذن غير لازم وما يكون من التصرف غير لازم يعطى لدوامه حكم ابتداءه فلا بد من قيام اهلية الاذن فى حال البقاء وهى تنعدم بالموت والجنون وكذا بالحقوق لانه موت حكمى حتى قسم ماله بين ورثته (او حجر) سيده (عليه بشرط ان يعلم هو) اى المأذون (واكثر اهل سوقه) اى سوق العبد لان اعلام الكل قد يعسر فيقام الاكثر مقام الكل كما فى تبليغ الرسالة من الرسل وقال مالك والشافعي واهمى وبلا علمهم ايضا لان المولى تصرف فى خالص حقه فينفذ ولا يتوقف على علم غيره ولنا ان الحجر لوصح بدون علمهم للحق الضرر بهم بتأخير حقهم الى ما بعد عتقه لان دينه حين حجره لا يتعلق برقبته وكسبه وقد باعوا منه على رجاء التعلق بهما وقيد بالاكثر لان المولى لو حجر عليه بحضرة الاقل من اهل سوقه لم يصح محجورا عليه (والامة) اى وتشجر الامة (ان استولدها) سيدها وقال زفر لانصير المأذون لها بالاستيلاء محجورا عليها وهو القياس لان الاستيلاء لا يمنع الاذن ابتداء فان المولى اذا اذن لام ولده جاز

فكذا بقاء ووجه الاستحسان ان في استيلاء المولى لها دلالة على حجرة عليها لان العادة جارية بتحصين امهات الاولاد وعدم رضا مواليهن باختلاطهن بالرجال في المعاملة والتجارة ودلالة الحجر كصريحه وانما صرح الاذن لام الولد لان الدلالة لا اعتبار لها مع التصريح بخلافها قيد بالاستيلاء لان المأذون لها لاتصير محجورا عليها بالتدبير اذ لا عادة بتحصين المدبرة فلم توجد دلالة الحجر فتبقى على ما كانت (وضمن) سيدها (قيمتها للغريم) لانه اتلف محلا تعلق به حق الغريم لانها باستيلائها امتنع بيعها وبيعها يوفى حق غريمها (ولو شمل دينه) اى العبد (ما له ورقبته لم يملك سيده ما معه) عند ابي حنيفة (فلم يعتق) اى لم ينفذ عتق ما مع المأذون من العبيد (باعثاقه) اى باعثاق سيد المأذون اذ لا عتق فيما لا يملكه المعتق وعندهما وهو قول مالك والشافعى واحمد يملك مامعه فينفذ عتاقه لعبيده ويغرم قيمة ما اعتقه للغريم لانه يملك المأذون فيملك كسبه لان ملك الرقبة سبب لملك كسبها واستغرافها بالدين لا يوجب خروج المأذون عن ملكه ولا يى حنيفة ان ملك المولى انما يثبت في كسب العبد المأذون خلافة عند فراغه عن حاجته كملك الوارث والمأذون المشغول بالدين مشغول كسبه بحاجته فلا يخلفه المولى فيه بخلاف رقبته لان المولى لا يخلفه في ملكها لانه كان مالكا لها قبل الاذن فاستمر بقى ملكه بعد الدين على ما كان قبله (ويبيع) المأذون المديون (من سيده بالقيمة) لا باقل منها لما فيه من التهمة بخلاف ما اذا باع من الاجنبى باقل حيث يجوز عند ابي حنيفة اذ لانه 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 في تنفيذه بدون ذلك ابطال حق الغرماء في المالية بخلاف البيع من الاجنبى بالغبن اليسير حيث يجوز عندهما ولا يؤمر المشتري بازالته (و) يبيع (سيده منه) اى من المأذون المديون (بها) بالقيمة (او باقل) لان المولى اجنبى من كسبه عند ابي حنيفة فيصح كما في الاجنبى وعندهما جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت (فان باع) سيده منه (باكثر) من القيمة (نقض) البيع (او حط 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 انفاقا (وله) اى للمولى (حبس مبيعه بثمنه) اى لاجل ثمن مبيعه حتى يستوفيه من المأذون (وصح اعثاقه) اى اعثاق السيد عبده المأذون حال كونه (مديونا) لقيام ملكه فيه (وضمن سيده) للغرماء (الاقل من قيمته ومن دينه) وما بقى من الدين يطالب المأذون به بعد عتقه (ولو اشترى)

العبد (وباع ساكتا من اذنه وحجره فهو مأذون) وهذا استحسان والقياس ان لا يكون مأذونا لان سكوته يمتثل الاذن وغيره ووجه الاستحسان ان الظاهر انه مأذون لوجوب حمل حال المسلمين على الصلاح ما امكن والظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا للضرر عن العباد وعند مالك والشافعي واحمد لا يصدق اخباره بكونه مأذونا الا عند الشافعي في الاظهر (ولا يباع) هذا الذي اشترى وباع ساكتا (لدينه) اى لاجل ما عليه من الدين (الا اذا اقر سيده باذنه) لظهور الدين حينئذ في 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 الصبي) والمعنوه (ان نفع كالا سلام والانتهاج) اى قبول الهبة (صح بلا اذن) من وليه اكتفاء باهليته القاصرة (وان ضر) تصرفه (كالطلاق والعنق لا) يصح (وان اذن) وليه لاشتراط الاهلية الكاملة واما ما في الهداية من قوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق فقير 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 والشافعي واحمد لا ينفذ تصرفه باذن وليه لقوله تعالى (ولا تؤتوا السفهَاء اموالكم) آية وقوله تعالى (حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم) حيث شرط البلوغ والرشد للدفع اليهم في هذه الآية ونهى عن الدفع الى السفهَاء في الاولى والصبي سفیه وليس ببالغ والبالغ المعنوه ليس برشيد ولنا قوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح) امر بالاتباع وهو الامتحان والاختبار وذلك بالاذن في التجارة (وولي) اى ولى الصبي وكذا المعنوه (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

(هى) اى الوصية (انجاب) اى تمليك شىء (بعد الموت) لكن بطريق التبرع عينا كان ذلك الشىء او منفعة وهى اذا كان على الموصى حق الله كالزكاة والصيام والحج والصلوة واجبة والافمستحبة والقياس ان لا يجوز 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 مفرور بامله فى طول اجله وتقصير

في 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 في قدر التجهيز والدين وقد نطق بها الكتاب والسنة وانعقد عليها اجماع الامة ثم
 هي واجبة على المديون بما عليه سواء كان حقا لله كالزكاة والحج او حقا للعباد كالديون والا
 عيان العسوية (وندبت) الوصية (باقل من الثلث عند غنى ورثته او استغنائهم بخصتهم)
 لان فعلها حينئذ صدقة على الاجنبي وتركها هبة من القريب والصدقة اولى لانها يبتغى بها
 رضى الخالق وبالهبة رضى المخلوق وقيل بالتخير لاشتمال كل منهما على فضيلة هي الصدقة
 او الصلة (كتركها بلا احدهما) اى كما ندب ترك الوصية عند عدم كل من غنى الورثة واستغنا
 ئهم بما يرثون لما فيه من الصدقة على القريب ولان فيه رعاية لحق الفقراء والقراية جميعا
 (وصحت) الوصية (للحمل) لانه يصاح خليفة عن الميت في الوراثة فكذا في الوصية لانها
 اختها غير انها ترد بالرد لما فيها من معنى التحميل (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 وصحت اى وصحت الوصية (والاستثناء فى وصيته بامة الاحملها) يعنى ان من
 اوصى بامة واستثنى حملها وصيته واستثناءه لان الحمل يجوز افراده بالوصية فيجوز
 استثناءه فيها لان كل ما جاز ايراد عقد عليه جاز اخراجه منه (ومن المسلم) عطف على
 الحمل اى وصحت الوصية من المسلم (للذمى وبعبكسه) وهو الوصية عن الذمى للمسلم
 لانه يعقد الذمة التحق بالمسلمين فى المعاملات ولهذا جاز التبرع المنجز من الجانيين فى
 حال الحيوة فكذا المضاف الى ما بعد المات وكذا المستأمن فى حكم الذمى بخلاف
 الحربى على ان فيه خلافا ايضا والمعتمد عدم صحة الوصية له ففى الجامع الصغير ان
 الوصية باطله لاهل الحرب لقوله تعالى (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم
 يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين انما ينهاكم الله
 عن الذين قاتلوكم فى الدين واخرجوكم من دياركم 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 ابي رباح عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله تصدق عليكم

عند وفاتكم بثلاث اموالكم زيادة لكم في اعمالكم وكذا رواه البزار في مسنده ورواه
الدارقطني عن معاذ بن جبل عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله تصدق عليكم بثلاث
اموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجمعها لكم زيادة في اعمالكم وعليه اجماع الامة
(لا في اكثر منه) اى ولا تصح الوصية للاجنبى باكثر من الثلث لقوله عليه السلام في
حديث سعد بن ابي وقاص انه قال مرضت عام الفتح مرضا اشفقت على الموت فاتانى
رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى فقلت يارسول الله ان لى مالا كثيرا وانما يرثنى ابنتى
اوصى بمالى كله قال لا قلت فبا الثلثين قال لا قلت فبالنصف قال لا قلت فبالثلث قال الثلث والثلث كثير
رواه اصحاب الكتب الستة (ولا لو ارثه) لما اخرجه ابو داود والترمذى وابن ماجه عن
اسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم عن ابي امامة ان النبي صلى الله تعالى عليه
وسلم خطب فقال ان الله قد اعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لو ارث قال الترمذى حديث
حسن صحيح واخرجه ايضا الترمذى والنسائى وابن ماجه عن قتادة عن شهر بن حوشب
عن عبد الرحمن بن غنم عن عمرو بن خارجة عن النبي صلى الله تعالى عليه وسلم
وقال الترمذى حديث حسن صحيح ويروى عن ابن عباس عن النبي صلى الله تعالى عليه
وسلم قال لا وصية لو ارث الا ان يشاء الورثة ويعتبر كونه وارثا وقت الموت لا وقت
الوصية (وقالنه) اى ولا يصح وصية الشخص لقاتله (مباشرة) عمدا كان القتل او خطأ كما
يحرم القاتل الوارث الميراث قيد بالمباشرة لان التسبب في القتل لا يمنع الوصية ولا
الارث لانه ليس بقتل حقيقة (الا باجازة ورثته) استثناء من المنفيات الثلاث لان امتناع
الوصية فيها انها هو لحق الورثة (ولا) تصح الوصية (من صبي) وعند مالك والشافعى
واحمد تصح منه في وجوه الخير اذا كان مميزا لما في الموطاء انه قيل لعمر بن الخطاب
ان ههنا غلاما لم يحتلم من عنان ووارثه بالشام وهو ذومال وليس ههنا الا ابنة عمه فقال
فليوص لها بماء يقال لها بئر جشم قال فبعت بثلاثين الف درهم ولنا انها تبرع فلا تصح
منه كالهبة والصدقة وهذا لان اعتبار عقله فيما ينفعه دون ما يضره والتمليك بطريق التبرع
فيه ضرر باعتبار اصل الوضع والحال وان اتفق نافعا باعتبار المال والا استقبال (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 او زكاة
او صوم او حج وحق الله تعالى وان كان واجبا لکن حق العبد لفقير هم احق بالوفاء من حق الله تعالى
لغناه (وتقبل الوصية بعد موته) اى موت الموصى (وبطل قبولها وردھا في حياته) لان
ثبوت حكم الوصية بعد موت الموصى فلا يعتبر قبولها ولا ردھا قبله كما لا يعتبر ان

قبلها (وبه) اى بالقبول (يملك) الوصية وان لم يقبضه وقال زفر يملك بدون
القبول كاليراث (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) لانها تبرع فجاز الرجوع كما فى الهبة قبل القبض
(بقول صريح) كان يقول رجعت عن الوصية (او فعل) عطف على قول اى للموصى ان
يرجع عن الوصية بفعل (يقطع حق المالك عنه كما مر) 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
لا يمكن تمييزه (او يزيد) عطف على يقطع اى او بفعل يزيد فى الموصى به (ما يمنع تسليمه)
اى الموصى به (الا به) اى بما يمنع (كالتسويق) الموصى به (بسمن والبناء فى الدار)
الموصى بها (او تصرف) عطف على فعل (يزيل ملكه) اى ملك الموصى به (كالبيع) بان
باع العين الموصى به (والهبة) بان وهبها لان الوصية لا تنفذ الا فى ملك الموصى فاذا
ازاله كان رجوعا (لا يغسل ثوب) اى لا يرجع الموصى بغسله ثوب الوصية عن وصيته
لان العادة جرت بان من اراد ان يعطى ثوبه لغيره يغسل قبل ان يعطيه له (ولا يجودها)
اى ولا يرجع الموصى بجمود الوصية كذا ذكره محمد فى الجامع الكبير وذكر فى
المبسوط انه يرجع فمنهم من قال ما فى المبسوط 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 المناهب وبه يفتى
وهو قول مالك والشافعى واحمد (وتبطل هبة المريض) للمرأة نكحها بعد الهبة (ووصيته)
اى المريض (لومن) اى لامرأة (نكحها) المريض (بعدها) اى بعد الوصية لان كلا منهما
وصية المريض لو ارثته وعكم الهبة المنجزة الصادرة من المريض حكم الوصية لانها
وصية حكما الا ترى انها تنفذ من الثلث وتبطل بالدين المستغرق وحكم الوصية انها
تثبت بعد الموت لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت (كأقراره) اى كبطلان أقرار
المريض (و) (بطلان (وصيته) وهبته (لابنه) حال كون الابن (كافرا او) حال كونه
(عبدا ان اسلم) الابن الكافر (او اعتق) الابن العبد (بعد ذلك) الاقرار والوصية والهبة
(وهبة مقعد ومفلوج واشل ومسلول) بالسبب المهملة وهو الذى به مرض السل وهو
بالكسر والضم قرحة تحدث فى الرية اما بعقب ذات الجنب اوركام ونوازل اوسعال طويل

ويلزمها حتى هاوية (من كل ماله ان طال مدته ولم يخف موته) من هذه الاشياء لانها حينئذ تصير طبعاً له ولهذا لا يشتغل بتداويها (والا) اى وان لم تطل مدته وخيف موته منها ومات (فمن ثلثه) لانها في ابتدائها يخاف الموت ولهذا يتداوى منها فيكون مرض الموت ولو صار المبتلى بها صاحب فراش بعد التطاول فهو كمرض حادث حتى يعتبر تبرعته 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 هو اهم 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 في القبض بها فكان ممتازاً بالحقيقتين وعن ابي يوسف وهو قول محمد يقدم الحج عليها لانه يقام بالمال والبدن وهى بالمال فقط وتقدم الزكاة والحج على الكفارة لانه جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت فيها قال الله تعالى (ومن كفر فان الله غنى عن العالمين) . (وقال والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في 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 تغليظاً منها الا ترى ان الاسلام شرط في التحرير عنها دونهما وتقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار لانها لهتك حرمة اسم الله تعالى وكفارة الظهار لانجاب العبد حرمة على نفسه والنذر يقدم على الاضحية لان النذر ثابت بالكتاب دونها (وان اوصى) المريض (بج) اى فرض (الحج) الوصى (عنه) راكبا من بلده ان بلغ نفقته ذلك) اى الاحجاج من بلده راكبا لان الواجب على الموصى ان يحج من بلده راكبا اذ لا يلزمه 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 يريد الحج (في 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 في الاول لم يحصلوا بمقصود الموصى بصفة الكمال واطلاقه يقتضى ذلك وفى الثانى حصلوا بمقصوده وزيادة وهذا عند ابي حنيفة وقالوا يحج عنه من حيث مات وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره فى الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قرينة فسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله

فيبتدىء من مكان الموت كأنه من أهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قرينة فيخرج عنه
 من بلده اتفاقا ولا بى 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 (بثلث) 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 في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما فصار الثلث ثلاثة اسهم سهم
 لصاحبه وسهمان لصاحب الاكثر (وبثلثه) عطف على بثلث ماله اى وفى وصية الموصى
 بثلث ماله لزيد (وكله) لآخر (ينصف) اى يجعل الثلث نصفين (وقالا يربع) اى يجعل
 الثلث اربعة ويعطى صاحب الثلث ربعا منه وصاحب السدس الثلثة الارباع (ولا يضرب
 الموصى له باكثر من الثلث عند ابى حنيفة) وفضلا مطلقا كما لك والشافعى وفى شرح
 الوقاية المراد بالضرب المضرب المصطاح بين الحساب فاذا اوصى بالثلث والسدس 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 السدس الثلثة 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 العلماء (الا فى المحاباة) فان الموصى له يضرب فيها باكثر من الثلث (و) كذا
 فى (السعاية والدرهم المرسله) اى غير المقيدة بانها ثلث او نصف او نحوهما 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 عبدتين قيمتهما
 ما ذكر ولا مال 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 الدرهم المرسله

أوصى لزيد بثلاثين درهما والآخ بسنتين درهما وماله تسعون يضرب كل بقدر وصيته فيضرب الاول الثلث في ثلث المال والثاني الثلثين في ثلث المال ولو أوصى لرجل بجزء من ماله بينه الورثة لانهم قائمون مقام الموصى فاليهم البيان وجهالة الموصى به لا يمنع صحة الوصية ولو أوصى بسهم استحق اقل بسهام الورثة وذلك الاقل لايزاد على السدس في رواية الاصل عن ابي 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 اخس 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 الآخر لانه متيقن الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لان الوصية باكثر من الثلث لاتصح عند عدم الاجازة وله ما روى البزار في مسنده والطبراني في معجمه الاوسط عن محمد بن عبيدالله العز روى عن ابي فيس عن هذيل بن شرحبيل عن ابن مسعود ان رجلا أوصى لرجل بسهم من ماله فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم السدس قال البزار هذا حديث لانعله روى عن النبي صلى الله عليه وسلم الامن هذا الوجه وابو فيس ليس بالقوى وذكره عبد الحق في احكامه من جهة البزار وقال العزمرى متروك وابو فيس له احاديث يخالف فيها وقال اياس بن معاوية السهم في كلام العرب السدس قلت اذا كان السهم في اللقمة السدس وقد ورد الحديث به ولو كان ضعيفا فهو مقدم على الراى والله تعالى اعلم (و) وصيته (بمثل نصيب ابنه صحت) ووصيته (بنصيبه) اى نصيب ابنه (لا) اى لاتصح وقال زفر تصح (والعبارة بحال العقد في التصرف المنجز) وهو ما اوجب حكمه في الحال (فان كان) واقعا (في الصحة فمن كل ماله والا) اى وان لم يكن واقعا في الصحة بل كان واقعا في مرض الموت (فبين ثلثه) اى ثلث ماله وفي شرح الوقاية والمراد التصرف الذى هو انشاء ويكون فيه معنى التبرع حتى ان الاقرار بالدين في المرض يهمل المثل ينفذ من كل المال (و) التصرف (المضاف الى موته) اى موت المتصرف (من الثلث) وان كان التصرف واقعا (في الصحة ومرض) هنا مبتدأ (صح) الموصى (منه) صفته وخبره (كالصحة) حتى ان تصرفاته المنجزة فيه تكون من كل ماله لانه ببرئه يتبين انه لاحق لاحد في ماله (واعتاقه) مبتدأ اى اعتاق المريض مرض الموت عبداله (ومحاباته) اى بيعه بنقصان كثير او شراؤه بزيادة كثيرة (وهبته وضمانه وصية) خبر اى كالوصية في 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 بهاله فصار محجورا عليه في الزايد على الثلث وهذا في غير الضمان ظاهر واما في الضمان فلان المريض تبرع ابتداء بايجابه على نفسه فيتهم فيه كما في الهبة

فصل

(جاره من لصق به) اي اذا اوصى لجاره صرف الى الملاصق لداره فانه هو المستعمل عرفا وشرعا وهذا عند ابي حنيفة وزفر وهو القياس وعندهما الى من يسكن محلته ويجتمع معه في مسجدها لانه جار شرعا قال النبي صلى الله عليه وسلم لاصلوة لجار المسجد الا في المسجد رواه الدار قطنى عن جابر وابي هريرة والحاكم في مستدرکه وسكت عنه وقال ابن حزم هو الصحيح عن علي والمعنى لاصلوة كاملة وقال احمد لاصلوة صحيحة وفسر الجار بكل من سمع النداء ثم يدخل فيه الجار الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي ويدخل فيها الارملة لان سكنها مضافة اليها ولا يدخل فيها التى لها زوج لان سكنها مضافة الى زوجها وهى تبع له فلم تكن جارا حقيقة (وصوره كل ذى رحم محرم من عرسه) اي امرأته وهذا التفسير للظهر اختيار محمد وابي 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 في مسند احمد والبخارى 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 في 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 في كتابتها فقالت يا رسول الله انما امرأة مسلمة اشهد ان لا اله الا الله وانك رسول الله وانا جويرية بنت الحارث سيد قومه اصابنى من الامر ما قد علمت فوقعت في سهم ثابت بن قيس فكاتبنى على مسالا طافقلى به وما اكرهنى على ذلك الا انى رجوتك عليك فاعنى فى فكاكى فقال اوخير من ذلك فقالت ما هو قال اؤدى عندك كتابتك وانتزوجك 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 مائة اهل بيت قالت عايشة فلا اعلم امرأة كانت على قومها اعظم بركة منها واما كونها صفيية فهو

وهم والصواب ما قدمناه (وختنه كل زوج ذات رحم محرم منه) اي ازواج البنات
 والاخوات والعمات والحالات وكذا كل ذى رحم محرم من ازواجهن وقيل هذا في عرفهم
 وفي عرفنا لا يتناول الازواج المحارم ويستوى فيه الحر والعبد (واهل) عند ابي حنيفة
 (عرسه) وعندهما كل من يعوله وينفق عليه غير ممالكة اعتبارا للعرف وبؤيده قوله تعالى
 (وأتوني باهلكم اجمعين) وقوله (فتجيبناه واهله الا امرأته) فان المراد من في عياله ولاي
 حنيفة ان الاسم حقيقة في الزوجة قال الله تعالى (وسار باهله) وقال (قال لاهله امكثوا) (وآله
 اهل بيته) فاذا اوصى الرجل لآله دخل في الوصية كل من ينسب اليه من قبل آباءه الى
 اقصى اب له في الاسلام والاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر والصغير
 والكبير فيه سواء ولايدخل فيه اولاد البنات ولا اولاد الاخوات ولا احد من قرابة امه
 لانهم لا ينسبون الى ابيه وانما ينسبون الى آباؤهم لان النسب يعتبر من الآباء (واقاربه)
 وذوو قرابته واقربائه وارحامه وانسابه (وذو وانسابه) هم عند ابي حنيفة محرماه فصاعدا من ذوى
 (رحمه الاقرب فالاقرب غير الوالدين والولد) وعندهما كل من ينسب الى اقصى اب له
 في الاسلام وان لم يسلم ذلك الاقصى بعد ان ادرك الاسلام او ان اسلم على اختلاف المشايخ
 وفائدة هذا الاختلاف تظهر في مثل ابي طالب وعلى رضى الله عنه اذا وقعت الوصية لاحد
 من اقرباء على فمن اكتفى بادراك الاسلام صرفها الى اولاد ابي طالب ومن شرط الاسلام
 صرفها الى اولاد على لاغير ولايدخل اولاد عبد المطلب بالاتفاق لانه لم يدرك الاسلام
 لهما ان الاسم يتناول الكل ولاي حنيفة ان الوصية اخذ الميراث وفي الميراث يعتبر
 الاقرب فالاقرب وكذا في اخته والقصد من هذه الوصية تلافى ما فرط في اقامة واجب
 الصلة وه مختص بنى الرحم المحرم واما قرابة الولاد فلا يسمون اقرباء عادة الا ترى
 الى عطفي القريب على الوالدين في قوله تعالى (الوصية للموالدين والاقرب بين) والعطف
 يقتضى المغايرة ويدخل الجد والجدة وولد الولد في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي
 يوسف لايدخلون قيد بالمحرم لانه لو انعدم بطلت الوصية وقيد بالاثنين فصاعدا لان
 الواحد لا يأخذه عنده لان المذكور لفظ الجمع وفي الميراث يراد بالجمع المثنى فصاعدا
 فكذا في الوصية ويستوى الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والانثى
 على المنهيين (وفي ولد زيد) اي في الوصية لولد زيد (الذكر والانثى سواء) لان اسم
 الولد يشمل الكل وليس في اللفظ شىء يقتضى التفضيل (وفي ورثته) اي وفي الوصية
 لورثة زيد يأخذ (ذكر كائنين) لان الورثة مشتقة من الوراثة وبناء الحكم
 على المشتق يشعر بان مأخذ الاشتقاق عامة ذلك الحكم والوراثة بين الاولاد والاخوة

للذكر مثل حظ الانثيين فكذا الوصية (وفي بنى فلان) تأخذ (الانثى منهم) في قول ابي حنيفة
 الاول وهو قولهما لان جميع الذكور يتناول الاناث قال الله تعالى (وان كانوا اخوة رجالا
 ونساء) ثم رجع وقال يأخذ الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز
 والكلام بحقيقته وهذا بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه
 لا يراد اعيانهم بل مجرد انتسابهم كبنى آدم ولذا يدخل فيه مولى العتاقة ومولى الموالاة
 وخلفائهم (وبطلت الوصية لهواليه) مطلقا (فيمن له معتقون ومعتقون) لان لفظ المولى
 مشترك بينهما فلا ينتظمهما في موضع الاثبات ولا قرينة تدل على احدهما بخلاف ما لو حافى
 لا يكلم مولى فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه في مقام النفي ولا تنافي فيه وقيل
 يكون لهما وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف وهو قول الشافعي 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 تملكها في حالة
 الحيوة ببذل وغيره فكذا في حالة الممات كما في الاعيان ويكون كل من العبد والدار
 محبوسا على ملك الميت في حق المنفعة حتى يملكها الموصى له على ملكه كما يستوفى
 الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف (و) صحت الوصية (بغلتها) اى العبد
 والدار (فان خرجت الرقبة) اى رتبة العبد والدار (من الثلث) اى ثلث التركة (سلمت اليه)
 اى اعطيت للموصى له لان حقه في الثلث لا يزاحمه الورثة فيه (والا) اى وان لم تخرج
 الرقبة من الثلث (قسمت الدار) قسمة الاجزاء اثلاثا (وتهاياوا العبد) اى اقتسموه قسمة
 مهاياة فيخدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما
 في الوصية بالعين وانما تعين التهايو في العبد لانه لا يمكن القسمة فيه بالاجزاء لانه لا يتجزى
 فيصير الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الدار فان القسمة فيها بالاجزاء ممكنة وهو اعدل
 من قسمة التهايو لما فيها من التسوية بين المتقاسمين زمانا وذاتا وفي التهايو من تقديم
 احدهما على الآخر زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة جاز لان الحق لهم الا ان الاول اولى
 لسكونه اعدل وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثى الدار لان حق الموصى له
 ثابت في سكنى جميع الدار بان يظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا
 له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده وبيع الورثة ما في ايديهم من الثلثين
 يتضمن ابطال ذلك فيمنعون منه (وبهوته) اى الموصى له (في حيوة موصيه تبطل) الوصية
 لانها تملك الموصى بعد موته الموصى به للموصى له ولا يتصور تملك الموصى له وهو ميت (و)

بموت الموصى له (بعد موته) اى الموصى (يعود) كل من العبد الموصى بخدمته والدار
 الموصى بسكانها (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 لا يجوز (و) في الوصية (بثمره 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) في الوصية كلمة (ابدا فل هذه) اى الثمرة التى في البستان (وما يحدث فيه)
 من الثمرة فيما يستقبل مدة حيوة الموصى له (كما في غلة بستانه) فان من اوصى بغلة
 بستانه تكون للموصى له الغلة الموجودة والثى توجد مدة حيوة الموصى له وان لم يقل
 ابدا والفرق ان الثمرة في العرف اسم للموجودة فلا يتناول التى ستوجد لانها معدومة
 الابدالة زائدة مثل التنصيص على التأيد والغلة في العرف ينتظم الموجودة وما يوجد
 مرة بعد اخرى يقال فلان يأكل من غلة بستانه وغلة ارضه والمراد مما وجد ومما يوجد
 فاذا اطلقت يتناولها تناولا غير موقوف على دلالة اخرى وانما قال فيه ثمرة لان البستان
 لو لم يكن كذلك والمسئلة بحالاتناوات الثمرة ما كان موجودا وما يوجد ما عاش الموصى له
 كمسئلة الغلة وذلك لان الثمرة تنتظم الموجود حقيقة ولا تتناول المعدوم الاجازا فاذا
 كان في البستان ثمرة عند موت الموصى كان لفظ الثمرة مستعملا في حقيقته فلا يتناول المجاز
 وان لم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز ولا يجوز الجمع بينهما الا انه اذا ذكر لفظ الابد
 تناولها عملا بعموم المجاز لاجمعا بين الحقيقة والمجاز (و) في الوصية (بصوف غنمه
 وولدها ولبنها له) هذا الجار والمجرور خبر مقدم اى للموصى له (ما في 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 في الصحة)
 اى اذا صنع ذمى في صحته داره بيعة او كنيسة ومات فانها تورث عنه اما عند ابي حنيفة
 فلانه بمنزلة الوقف وهو عنده لا يلزم فيورث فكذا هذا واما عندهما فلان هذا معصية
 فلا يصح وان كان قرابة في معتقد هم فيورث واستشكل قول ابي حنيفة بان هذا عندهم
 كالمسجد عند المسلمين والمسلم ليس له ان يبيع المسجد فيكون الذمى في البيعة والكنيسة
 كذلك واجيب بان المسجد محرز عن حقوق الناس خالص لله تعالى ولا كذلك البيعة
 في 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 بها هو قرابة في الملتين كالوصية للفقراء والمساكين ولاسراج البيت المقدس ونحوه

(والوصية يجعل احدهما يصح) اى وصية الذمى ببناء داره بيعة او كنيسة صحيحة وهذا بالاتفاق ان اوصى بذلك لقوم مسمين واما ان اوصى به لقوم غير مسمين فعند ابي حنيفة تصح وعندهما لا تصح ولو اوصى بالكراع فى سبيل الله ولم يعينه لاحد فالوصية باطلة عند ابي حنيفة لان هذه الوصية فى معنى الوقف وهو غير جائز فى المنقول عنده وان اضيف الى ما بعد الموت وجعله وقفا فى يد الامام لهما مر فى كتاب الوقف من حبس خالد كراعته واعتده فى سبيل الله ولو اوصى بثلث ماله فى سبيل الله يخصه ابو يوسف بمنقطع الغزاة لسبقه الى الفهم عرفا وزاد محمد منقطع الحاج لهما روينا ان النبى صلى الله عليه وسلم جعل الحج من سبيل الله واجاز محمد الوصية للمسجد وان لم يذكر الاتفاق عليه لان المراد منها الاتفاق على مصالحه وشرطا لصحتها ذكر الاتفاق 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 الايضاء (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 الايضاء 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 سكت) الموصى اليه فلم يقبل ولم يرد (فمات موصيه فله) اى للموصى اليه (رده) اى رد الايضاء (وضده) اى ضد رد الايضاء وهو قبول الايضاء لان الموصى ليس له ولاية الزام الموصى اليه فبقى خيرا (ولزم) الايضاء هذا الساكت (ببيع شىء) بان يبيع شياً (من التركة) لان فى ذلك دلالة على الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصى (وان جهل به) اى بالايضاء 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 يقبل لا يبطل الايضاء لان في ابطاله ضررا بالميت (الا اذا نفذ قاض رده) بان حكم
 باخراجه عن الوصاية لان رده تأكيد بحكم القاضى وتقوى به (والى عبد) اى ومن
 اوصى الى عبد (او كافر او فاسق 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 صفارا) كلهم وهذا عند ابي حنيفة استحسانا وقال لا يصح وهو القياس لان الرق
 بنا في الولاية ولا يى حنيفة ان لعبده من الشفقة مالا يكون لغيره (والا) اى وان لم يكن
 كلهم صفارا سواء كان كلهم كبارا او بعضهم (لا) اى لا يصح الايضاء لان للكبير ان يمنعه
 من ان يبيع نصيبه حتى له ان يبيع نصيبه من العبد فيعجز عن الوفاء بما التزم من الوصاية
 فلا يفيد الايضاء 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 يخرج من الوصاية لان الميت اختاره وارتضاه ولانه يقدم على
 الاب مع وفور شفقتة 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 لاجل جهل الميت وصيا (و) من اوصى (الى اثنين لا ينفرد احدهما) بالتصرف في تركته عند
 ابي حنيفة ومحمد (الابشراء كفته وتجهيزه) لان في تأخير ذلك فساد الميت ولهذا يملكه
 الجيران عند ذلك في الحضر والرفقة في السفر (والخصومة في حقوقه) لان 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 بامانتها جميعا (وشراء
 حاجة الطفل) الموصى عليه من طعام وكسوة لانه يخاف موته جوعا وعريا (والانهاب له) اى
 قبول الهبة للطفل لان في تأخيرها خوف الفوت (واعتاق عبد عين) اى
 معين لانه لا يحتاج الى الرأى بخلاف اعتاق غير المعين (ورد ودبعة وتنفيذ
 وصية معينتين) لانه لا يحتاج فيهما الى الرأى ولانها من باب الاعانة دون
 الولاية الا ترى ان صاحب ذلك يملكه اذا ظفر به (وجمع اموال) للميت (ضايعة) اى
 على شرف الضياع لان في التأخير آفات (ويبيع ما يخاف تلفه) لان فيه ضرورة لا تخفى
 وقال ابو يوسف ينفرد كل من الوصيين بالتصرف في جميع الاشياء قيل الخلاف فيما اذا
 اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة واما اذا اوصى اليهما بعقد واحد فلا ينفرد

احدهما باتفاق ذكره الكسائي وقيل الخلاف فيما اذا اوصى اليهما بعقد واحد واما اذا اوصى الى كل واحد بعقد على حدة فينفرد احدهما بالتصرف اتفقا ذكره الحلواني عن الصفار قال ابو الليث وهو الاصح وبه تأخذ وقيل الخلاف في الفصلين جميعا ذكره ابو بكر الاسكافي قال في المبسوط وهو الاصح بخلاف الوكيلين اذا وكلهما متفرقا بعقد حيث ينفرد كل واحد منهما بالتصرف اتفقا ثم اذا مات احدهما عوض القاضى بدلا عنه اتفقا (ووصى الوصى وصى في ماله ومال موصيه) اى في التركتين وعند الشافعى واحمد في رواية لا يكون وصيا في تركة الاول اعتبارا بالتوكيل في حال الحبوة (ولا يبيع وصى) مال الصغير من اجنبى (ولا يشتري له منه) (الا بما يتغابن الناس) في مثله وهو ما فيه غبن يسير لقوله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن) واما لو اشترى شيئا من مال اليتيم لنفسه او باع شيئا من ماله لليتيم جاز عند ابي حنيفة وفي احدى الروايتين عن ابي يوسف اذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة بان يبيع من الصغير ما يساوى خمسة عشر بعشرة او يشتري نفسه من الصغير ما يساوى عشرة بخمسة عشر وعلى قول محمد وهو اظهر الروايتين عن ابي يوسف لا يجوز على كل حال وبه قال مالك والشافعى اذ الواحد لا يتولى طرفى البيع لامتناع كونه مطالبا ومطالباً وهذا في وصى الاب لان وصى القاضى لا يجوز بيعه لمال الصغير من نفسه بكل حال اتفقا ويجوز للاب بمثل القيمة كالاقتراض وابطله زفر لما تقدم ولنا ان الاب لكمال ولايته ووفور شفقتة وهاجة الصغير جعل كمشخصين فيتولى الطرفين وقال المتأخرون لا يجوز للوصى بيع عقار الصغير الا ان يكون على الميت دين او يرغب المشتري فيه بضعف الثمن او يكون للصغير حاجة الى الثمن قال الصدر الشهيد وبه يفتى (ويدفع) الوصى (ماله) اى الصغير (مضاربة) ويأخذ ايضا مضاربة لكن بشرط الشهادة على ذلك نفيا للثمة اذ ليس فيها تملك ماله (وشركة وبضاعة) لقيامه مقام ابيه (ويحتال) اى ويقبل الحوالة (على الاملى) اى الاغنى من الغريم (لا على الاعسر) لان في ذلك نظرا له وولاية الوصى نظرية ويأكل منه عند اشتغاله بجأته لقوله تعالى (ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف) (ولا يقرض) الوصى مال اليتيم وان اقرض ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج بخلاف القاضى والاب بمنزلة الوصى في اصح الروايتين (ويبيع) الوصى (على الكبير الغائب) كل شىء (الا العقار) ان لم يكن عليه دين واما اذا كان عليه دين فان كان مستغرا للعقار باع الوصى العقار كله بالاتفاق وان لم يكن مستغرا باع بقدر الدين عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى له بيعه كله ولو خيف هلاك العقار قيل يملك الوصى بيعه لانه تعين مفظا كالمقول والاصح انه لا يملك لانه نادر (ولا ياجر).

الوصى (في ماله) اى الصغير لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة ويقدم وصى الاب على الجد فان لم يوص الاب قام الجد مقامه ولا يلى على مال الطفل احد غيرهما والله اعلم

كتاب الخنثى

(وهو) مولود (ذو فرج وذكر فان بال من ذكره فنذكر وان بال من فرجه فانثى) لان البول من احدهما دليل على انه العضو الاصلى الصحيح والآخر بمنزلة العيب (وان بال منهما حكم بالاسبق) لان السابق دليل على ان محله هو العضو الاصلى ولانه كما خرج البول حكم بهوجهه 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 (ولا يعتبر) عنده (الكثرة) وقال يعتبر لان كثرة البول من احدهما علامة قوة ذلك العضو وكونه اصليا ولان للاكثر حكم الكل فى اصول الشرع فيترجع ذلك العضو بكثرة البول منه ولا يى 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 او وصل الى النساء او احتمل كما يحتلم الرجال فهو رجل وان ظهر له علامة النساء بان خرج له ثدى كثنى المرأة او نزل له ابن فى ثديه او حاض او حمل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة (و) ان (لم يظهر) له (علامة احدهما) او تعارضت العلامات (فمشكل) فيؤخذ فيه بالاحوط والاثق فى امر الدين وهو ان لا يحكم فيه بحكم وقع الشك فى ثبوته (فان قام فى صفهن) اى صف النساء (اعاد) صلوته استحبابا ان كان مراهقا وحتما ان كان بالغاً لاحتمال انه رجل فتفسد صلوته (و) ان قام (فى صفهم) اى فى صف الرجال (بعيد من بجنبيه ومن خلفه جذائمه) لاحتمال انه امرأة (وصلى بقناع) لاحتمال انه امرأة فان كان حرا وجب عليه ذلك والا استحباب له (ولا يلبس حريرا و) لا (حليا ولا يكشف عند رجل و) لا عند (امرأة ولا يخلو به غير محرم رجل او امرأة ولا يسافر بلا محرم) من الرجال كل ذلك احترازا عن ارتكاب المحرم (وكره للرجل والمرأة ختنه) اما الرجل فلا احتمال ان الخنثى انثى واما المرأة فلا احتمال انه ذكر (ويشترى) من ماله (امة فتختنه ان ملك مالا) لانه يباح لمملوكه النظر اليه (والا) اى وان لم يملك ما لا (فمن بيت المال) يشترى له الامام امة تختنه لان بيت المال اعد لنوائب المسلمين فاذا اشترىها له تدخل فى ملكه بقدر حاجة الختان (ثم تباع) اذا ختنته ويرد ثمنها الى بيت المال لحصول

الاستغناء عنها (فإن مات) الخنثى (قبل ظهور حاله لم يغسل) لان الفاسل امارجل او امرأة
وحل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيترك لاحتمال حرمة (ويتيمم) لتعذر
الغسل (ولا يحضر) الخنثى حال كونه (مراهما غسل ميت) لاحتمال انه ذكر او انثى
(ونذب نسجية قبره) اى تغطيته لانه ان كان انثى اقيم واجب وان كان ذكرا لا نضر
التسجية (ويوضع الرجل بقرب الامام ثم) يوضع (هو) اى الخنثى خلف الرجل (ثم) توضع
(المرأة) خلف الخنثى (اذا صلى عليهم) جميعا (فان تركه ابوه وابنا فله) اى الخنثى عند ابي
حنيفة (سهم وللابن سهمان) لان له عنده اقل النصيبين اى ينظر الى نصيبه ان كان ذكرا
والى نصيبه ان كان انثى فإى 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 ابي 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 والابن كل المال فيجعل كل ربع سهمها 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 الآخر فنصف صار ربعا فالنصف والرابع
ثلاثة ارباع (وخمسة) اى ونصف النصيبين خمسة (من اثني عشر عند محمد) لان الخنثى
يستحق النصف مع الابن ان كان ذكرا والثالث ان كان انثى والنصف والثالث خمسة من
سنة فله نصف ذلك وهو اثنان ونصف من ستة وقع الكسر بالنصف ف ضرب الستة فى
اثنين صار خمسة من اثني عشر هو نصيب الخنثى والباقي 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 اثني عشر *

مسائل ثنثى

(كتابة الاخرس وايماءه) اى اشارته (بما يعرف به نكاحه وطلاقه وبيعه وشرائه ووصيته
وفوده كالبيان) اى كما يعرف ذلك بالنطق باللسان لان الكتابة من نأى بمنزلة الخطاب
ممن دنا الاثرى ان النبى صلى الله عليه وسلم كما ادى ماوجب عليه تبليغه بالعبارة ادى

ايضا بالاشارة كقوله الشهر هكذا وهكذا وادى بالكتابة ككتابه له رفل وغيره ثم الكتابة منقسمة الى ثلاثة اقسام منها مستبين مرسوم وهو ان يكتب من فلان الى فلان ان الامر كذا وكذا من الطلاق والعناق ونحوهما فهذا كالنطق ومنها مستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار وعلى الكاغد لا على وجه رسم الديار 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 في حق هذه الاحكام لانها من حقوق العباد وهي تثبت مع الشبهة (ولا يجد) اذا اقر بما يوجب الحد ولا فادفه بطريق الاشارة او الكتابة اما ان كان مقدوفا فلان الحدود تندريء بالشبهات ولعله مصدق لقاذفه فلا يجد قاذفه للشبهة ولعدم ثبوت علة الحد واما اذا كان قاذفا فلا يجد لانعدام القذف صريحا بالزنا وهو شرط فيه والفرق بين الحد والقود حيث يثبت القود بالكتابة والاشارة بخلاف الحد ان القود حق العبد وحق العبد لا يختص بلفظ دون لفظ وقد يثبت بدون اللفظ كالتعاطى بخلاف الحد فانه لا يثبت ببيان فيه شبهة (وقالوا في معتقل اللسان) وهو الذي 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 اشاراته) اي المعتقل (فكندا) اي فحكمه حكم الاخرس بخلاف الذي صمت يوما او يومين لعارض (وفي غنم مذبوحة فيها ميتة) ولا علامة تتميز به الميتة من المذبوحة ان كان الميتة اكثر او كانتا مستويتين لم يؤكل الغنم في حالة الاختيار وان كانت (هي) اي الميتة (اقل تحرى واكل) ذلك الغنم (في) حالة (الاختيار) فيد به لان الميتة المتعينة يحل اكلها في حالة الاضطرار فالمشكوك فيها اولى وعند مالك والشافعي واحمد لا يؤكل بالتحري في حالة الاختيار وان كان المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصر اليه من غير ضرورة ولا ضرورة في حالة الاختيار ولئان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين لا تتلوا عن المحرم من مسروق ومغضوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الظاهر وهذا لان القليل منه لا يمكن التحرز عنه فيسقط اعتباره دفعا للمحرج وقد قال تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) وقال عليه السلام بعثت بالحنيفية السمحة ومن خالف سنتي فليس مني رواه الخطيب عن جابر رضي 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

صورة « خاتمة الطبع » في الطبع الاول

الحمد لله وسلام على عباده الذين اصطفى اما بعد فقد نجز طبع «فتح باب العزاية في شرح النقاية» للعلامة المحدث على بن سلطان القارى الهروى رحمهما الله والشارح رحمه الله جمع فيه بين الرواية والدراية وسلك فيه مسلك الامام المحقق ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيوى اسى في شرح الهداية ولم يأل جهدا في نقل ما ذكره الامام المحدث الفقيه تقى الدين ابو العباس احمد بن محمد الشمنى في «كمال الدراية في شرح النقاية» بل اقتبس فيه من انوارهما اقتباسا لطيفا واستضاء بضوءهما استبضاء ظريفا ورفع اعلام النقاية رفعا يناسبها ورتقى معالمها مرتقى يوافقها حيث شرحها بالكتاب والسنة وبما ثبت بالقياس واجماع الامم ولم يذهب فيه منهج حاطب ليل بل جهد في تحقيق الحق كيلا يكيل . جزاه الله عن طالبى الهداية وارباب النقاية جزاء جميلا واثابه ثوابا جميلا



وكانت النسخ المكتوبة من هذا الشرح في بلادنا سقيمة جدا وقد اجتمع عندنا عدة نسخ كلها متوافقة في مواقع الخطأ والصواب ويظن ان اول نسخة نسخت في بلادنا لم يقابل باصلها ثم انتشرت النسخ منه من غير تصحيح ولا مقابلة كما هو العادة في نساخ بلادنا يكتبون ولا يقابلون وينسخون ولا يصححون ولذلك صعب علينا امر التصحيح واعتيج الى المراجعة غالبا الى الكتب الستة والمسانيد الاربعة والمعاجم والشروح من كتب الحديث في تصحيح احاديثه وشروح الهداية والكنز والتنوير والوقاية وكتب الفتاوى والواقعات كخلاصة الخانية والبرزازية والهندية وسائر المتداولات حتى افضى الى التأخر واقتضى الامر كثرة التفكير والتدبر فجاء والحمد لله كتابا جميلا صحيحا (الا ماشاء) بحيث يفتنمه كل عالم خبير ويشكرنا عليه كل ناظر بصير . هذا والحمد كله لله ولا نعبد الا اياه وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه اجمعين كتبه العبد الفقير الى الله الدبير خادم العلم النبوى ببلدة قزان عالمجان بن محمد جان البارودى عفى الله عنهما *

واختتم هذا الطبع الثانى عند ثمان من شهر شوال من سنة ١٢٢٥ هـ خمسة وعشرين

وثلاثمائة و الف

فهرست الجلد الثاني من شرح مختصر الوقاية للمحقق
على القارى المتوفى سنة ١١٤٠

صحيفه	صحيفه
١٢٧	٢ كتاب البيع
١٣٢	١٠ فصل في خيار الشرط
١٤١	١٤ فصل في خيار الرؤية
١٤٤	١٧ فصل في خيار العيب
١٤٧	٢٥ فصل في البيع الفاسد
شهادته له	٣٠ فصل في الاقالة
١٥٠	٣١ فصل في التولية
١٥٢	٣٣ فصل في الربأ
١٥٨	٥١ ولايجوز بيع مشتري
١٦٣	٥٦ فصل يصح السلم
١٦٨	٦٣ مسائل شتى في البيع
١٦٩	٦٤ بيع الصرف
١٧٢	٦٥ كتاب الشفعة
١٧٥	٧٣ كتاب القسمة
١٧٩	٧٩ كتاب الهبة
٢٠٤	٨٧ كتاب الاجارة
٢١٠	٩٢ فصل يفسدها شروط تفسد البيع
٢٢٢	٩٨ فصل في الاجير المشترك
٢٢٧	١٠٠ فصل تفسح الاجارة بعيب
٢٣٢	١٠٤ كتاب العارية
٢٤٢	١٠٩ كتاب الوديعة
٢٤٣	١١٢ كتاب العصب
٢٥٨	١٢٠ كتاب الرهن
٢٦٣	٥٢١ لا يصح رهن المشاع
	فصل وتقبل الشهادة من اهل الاهواء

صحيفه		صحيفه
٢٧٢	لايجوز الرجوع عن الشهادة	٢٧٢
٢٧٤	كتاب الافرار	٢٧٤
٢٨١	كتاب الدعوى	٢٨١
٢٨٧	فصل في التحالف في قدر الثمن	٢٨٧
٢٩٤	فصل في دعوى النسب	٢٩٤
٢٩٦	كتاب الصلح	٢٩٦
٣٠٢	كتاب الحدود	٣٠٢
٣١٩	فصل في حد القذف	٣١٩
٣٢٣	فصل في حد الشرب	٣٢٣
٣٢٨	فصل في التعزير	٣٢٨
٣٣٠	كتاب السرقة	٣٣٠
٣٤٥	كتاب الجهاد	٣٤٥
٣٥٥	فصل في المغنم والقسمة	٣٥٥
٣٦٦	فصل في استيلاء الكفار	٣٦٦
٣٨٢	كتاب الجنایات	٣٨٢
٤٠٢	كتاب الديات	٤٠٢
٤١٨	فصل في ما احدث في طريق العامة	٤١٨
٤٢٣	فصل ضمن الراكب ما اتلفه دابته	٤٢٣
٤٢٧	فصل ان جنى عبد خطأ دفعه سيده	٤٢٧
٤٣٠	فصل في القسامة	٤٣٠
٤٣٧	فصل في المعافل	٤٣٧
٤٤١	كتاب الاكراه	٤٤١
٤٤٦	كتاب الحجر	٤٤٦
٤٥٢	كتاب المأذون	٤٥٢
٤٥٦	كتاب الوصايا	٤٥٦
٤٦٣	فصل جاره من لصق به	٤٦٣
٤٦٧	فصل في رد الوصية	٤٦٧
٤٧٠	كتاب الخنثى	٤٧٠
٤٧١	مسائل شتى	٤٧١



حقوق الطبع محفوظة بناء على نظام الطبع الطبع

„ادر یسف، علییف وشر یکلری“

تجار تخانه سینک مغازه لر نده موجود فقه کتابلاری :

ابن العابدین	مصری	۶ جلد	
ترجمه موقوفات	استانبولی	۱ جلد	
جامع الرموز	قزانی	۲ جلد	
جوهره کناری	استانبولی	۱ جلد	
علی القاری للمختصر الوقایه	قزانی	۲ جلد	(اوز طبعمز)
فتح القدير	مصری	۹ جلد	
مجمع الانهر لعبد الرحمن بن محمد	استانبولی	۲ جلد	
مختصر الوقایه	قزانی		(اوز طبعمز)
مختصر الوقایه ترجمه سی	»		(اوز طبعمز)
مختصر القدوری	»		(اوز طبعمز)
نور الايضاح	»		(اوز طبعمز)

ابتدائیه، رشديه و عالیه صنفلری ایچون هر تورلی کتابلر و یازو اسبابلری .

