

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI**

**ABDULGANÎ KARABÂĞÎ’NİN ŞERHU’L-MUHTÂR ADLI
KİTABININ EDİSYON KRİTİĞİ DEĞERLENDİRİLMESİ
(EDİSYON KRİTİK)**

CİLT I

Abdulkadir KABDAN

DOKTORA TEZİ

ADANA / 2014

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI**

**ABDULGANÎ KARABÂĞÎ'NİN ŞERHU'L-MUHTÂR ADLI
KİTABININ EDİSYON KRİTİĞİ
(EDİSYON KRİTİK)**

CİLT I

Abdulkadir KABDAN

Prof. Dr. Nasi ASLAN

Danışman

DOKTORA TEZİ

ADANA / 2014

شرح المختار

للفاضل عبد الغني القاراباغي

المجلد الأول

التحقيق والتحليل

(رسالة الدكتوراه)

إعداد

عبد القادر قابدان

إشراف

الأستاذ الدكتور ناصي آسلان

2014

آضانا

المحتويات

7	مقدمة الشارح
9	كتاب الطهارة
14	فَصْلٌ
16	فصل
18	فصل
20	فصل
21	باب التيمم
25	باب المسح على الخفين
28	باب الحيض
30	فصل
32	فصل
33	باب الأنجاس وتطهيرها
38	كتاب الصلاة
42	فصل
44	باب الأذان
46	باب ما يفعل قبل الصلاة
49	باب الأفعال في الصلاة
59	فصل
66	فصل
69	فصل

71.....	باب التوافل
73.....	فصل
74.....	فصل
75.....	فصل
76.....	باب سجود السهو
79.....	باب سجود التلاوة
81.....	باب صلاة المريض
83.....	باب المسافر
87.....	باب الجمعة
91.....	باب صلاة العيدين
95.....	باب صلاة الخوف
96.....	باب الصلاة في الكعبة
97.....	باب الجنائز
100.....	فصل
104.....	باب الشهيد
107.....	كتاب الزكاة
111.....	باب زكاة السوائم
112.....	فصل
113.....	فصل في زكاة البقر
113.....	فصل في زكاة الغنم
113.....	فصل في زكاة الخيل وغيرها

115.....	باب زكاة الذهب والفضة
118.....	باب زكاة الزروع والثمار
121.....	باب المعدن
123.....	باب مصارف الزكاة
126.....	باب صدقة الفطر
129	كتاب الصوم
133.....	فصل فيما يفسد الصوم وفيما لا يفسد
137.....	فصل
140.....	باب الاعتكاف
142	كتاب الحج
150.....	فصل في صفة أفعال الحج
161.....	فصل
161.....	باب التمتع
163.....	باب القرآن
164.....	باب الجنايات
168.....	فصل
170.....	باب الإحصار
172.....	باب الحج عن الغير
174.....	باب الهدي
177	كتاب البيوع
182.....	فصل في الإقالة

183.....	فصل في خيار الشرط
185.....	فصل في خيار الرؤية
187.....	فصل في خيار العيب
189.....	باب البيع الفاسد
194.....	باب التولية
196.....	باب الربا
199.....	باب السلم
202.....	فصل في الاستصناع
203.....	باب الصرف
206	كتاب الشفعة
211.....	فصل فيما يبطل الشفعة وما لا يبطل
214	كتاب الإجارة
217.....	فصل في ضمان الأجير وهو فعيل بمعنى مفعول
220.....	فصل في الإجارة الفاسدة
224	كتاب الرهن
230.....	فصل في التصرف في الرهن وغيره
232	كتاب القسمة
236.....	فصل في كيفية القسمة ودعوى الغلط فيها
238.....	فصل
240	كتاب أدب القاضي
246.....	فصل في الحبس

247.....	فصل
249.....	فصل في التحكيم
249	كتاب الحجر
253	كتاب المأذون
256	كتاب الإكراه
259	كتاب الدعوى
266.....	فصل في بيان ما يدعيه الرجلان
270.....	فصل في التحالف
274.....	فصل في دعوى النسب
275	كتاب الإقرار
279.....	فصل في الاستثناء وما في معناه الاستثناء هو التكلم بالباقي بعد الثُّبُتِ
281.....	فصل
283	كتاب الشهادة
294.....	فصل في الشهادة على الشهادة
296.....	باب الرجوع عن الشهادة
298	كتاب الوكالة
302.....	فصل في الوكالة بالبيع والشراء
308	كتاب الكفالة
315	كتاب الحوالة
317	كتاب الصلح
322	كتاب الشركة

330	كتاب المضاربة
334	كتاب الوديعة
338	كتاب اللقيط
340	كتاب اللقطة
343	كتاب الآبق
344	كتاب المفقود
345	كتاب الخنثى
351	كتاب الهبة
354.....	فصل في الرجوع عن الهبة
356.....	فصل
357	كتاب العارية
360	كتاب الغَصْبِ
365.....	فصل
367	كتاب إحياء الموات
368	كتاب الشرب
370.....	فصل
372	كتاب المزارعة
375	كتاب المساقاة

مقدمة الشارح

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي أعلى معالم الدين وأظهر شعائر الشرع المتين وبعث سيد المرسلين خاتم النبيين على كافة الناس أجمعين صلى الله عليه وعلى آله الطيبين الطاهرين.

أما بعد فقد حضرت محفلاً من محافل الفضلاء الكرام ومجلساً من مجالس العلماء العظام كساهم الله تعالى جلايب الإكرام وقد كانوا يتذكرون فيما بينهم العلوم وانطماس معالمها واندراس صبواها ويتحرون في انخفاض دعائمها وانتقاص قواها وأضافوا إلى ذلك ذكر الفقه تزعزع بنيانه وتضعضع أركانه وقالوا قد أشرف على الدروس درسه وأشفى² ولم يبق من حربه إلا قوم ببلدح³ عجنى كأن لم يكن بين الحجون إلى الصفا أنيس ولم يسمن⁴ بمكة سامر فزعم بعضهم أن لي في الفقه يدا طولى أعطاني الله خير الآخرة والأولى

فقلت "إن بعض الظن إثم إذ ليس لي إلا اسم" فقال "اعتقادي فيكره لك الله أعلم ذلك كذلك همم الرجال تقلع الجبال فلو أبديت في الفقه لمعا يكون على الحق علماً"

ثم أشار إلى بكتبة الشرح لكتاب المختار والإدراج فيه لباب الاختيار وهو كتاب بديع له قدر رفيع لا يخفى مقداره ولا يشق غباره مستجمع لمسائل شريفة وزوائد لطيفة اعترف الفضلاء باعتباره واغترفوا من تيار⁵ بحاره كتاب مقبول عند العلماء مسلماً عند الفقهاء مخاطب من ازدراه وعاب بقول من قال وأصاب "أراك شفا خطر مهول بما أودعت راسك من فضول طلبت على مكارمه دليلاً متى احتاج النهار إلى دليل وليس له شرح يبين صور مسائله ويكشف القناع عن وجوه دلائله. نعم قد بين المصنف طيب الله مهجعه ونور مضجعه في شرحه "الاختيار" معانيه وصرح فيه مبانيه إلا أنه لم يكن حسب المرام في الترتيب والانتظام وهذا لأنه وقع فيه التقديم في بعض

¹ أي أعلامها

² أشرف

³ اسم موضع

⁴ والصواب "يسمر"

⁵ كدواب

المسائل والتأخير في بعضها والإيجاز في بعض الدلائل والتطويل في بعضها فأجبتة إلى ملتسمه لوجوب حقه ورجوت الحياء عند وميض برقه فشرعت فيه بعد الاستخارة والاستشارة راجيا من الله الكريم الغفران وآملا من الناظرين فيه إصلاح مواقع السهو والنسيان والإمداد بدعاء ينفع يوم عرض الأعمال على الرحمن والله سبحانه وتعالى هو المتحقق للراغبين الآمال والمتكفل بإحسان خواتيم الأعمال

والكاتب المفتقر إلى الله المغني العبد **عبد الغني** ثبته الله تعالى على طريقته المثلى ورزقه في الدارين الفوز بالدرجة الزلفى مقر بأن بضاعته مزجاة ولا قابلية له بالذات فأنى يكون بمقام التأليف وأنى يترع في مكان التصنيف إلا أنه غرس تارة في حدائق المصنفين و بساتينهم ووضع تينة واحدة بين تينهم وما غرضه منه إلا تكثير السواد ومن كثر سواد قوم فهو منهم وهو يرجو من علماء الزمان وفقهاء الأوان حرس الله أيامهم وأجرى بالخير أقلامهم أن ينظروا فيه بعين الإنصاف ولا يقوموا على ساق الاعتساف ويصلحوا ما فيه من الخلل ويصححوا ما فيه من الزلل ويلتمس ممن يلحظه من الأحرار ويطالعه من الأبرار تمهيد الأعذار وحوارة العوار فهناك،

إن تر ما يشين قواره كرما وإن تر ما يزين فأفته

والله الميسر لكل عسير نعم المولى ونعم النصير

اعلم أن العبادات أنواع منها ما يجب في العمر مرة كالحج ومنها ما يجب في السنة مرة كالزكاة ومنها ما يجب في السنة شهرا كالصوم ومنها ما يجب في كل يوم وليلة خمس مرات كالصلاة ولما كانت الصلاة أهم العبادات لكونها ناصية الأيمان قدمها على سائرهما ثم لها أركان تقوم بها وشروط تتقدمها وألزم تلك الشروط الطهارة لما أنها لا يسقط بعذر من الأعذار ولان الله تعالى استقصى في بيانها ما لم يستقص في بيان غيرها من الشروط فلذلك خصها المصنف رحمه الله بالبداية فقال مستعينا بولي الإرشاد والهداية

كتاب الطهارة

وهي في اللغة مطلق النظافة وفي الشرع النظافة عن النجاسات، الأصل فيه قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة﴾⁷ الآية والمعنى إذا أردتم القيام إلى الصلاة كقوله تعالى ﴿فإذا قرأت القرآن﴾⁸ أي إذا أردت أن تقرأ القرآن فعبر عن إرادة الفعل بالفعل لأن الفعل مسبب عن الإرادة فأقيم المسبب مقام السبب لملازمة بينهما طلباً للإيجاز تقديره إذا أردتم القيام إلى الصلاة وأنتم محدثون كذا روي عن ابن عباس رضي الله عنه أو من النوم لأنه دليل الحدث فلذا قال رحمه الله

(من أراد الصلاة وهو محدث فليتوضأ) وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء يتوضؤون لكل صلاة أول ما فرض ثم نسخ⁹ **(فرض الوضوء غسل الوجه واليدين مع المرفقين و مسح ربع الرأس و غسل الرجلين مع الكعبين)** بهذا النص والفرض في اللغة التقدير والقطع قال الله ﴿سورة أنزلناها وفرضناها﴾¹⁰ أي قدرناها و قطعنا الأحكام فيها وفي الشرع عبارة عن حكم مقدر لا يحتمل زيادة ولا نقصاناً ثبت بدليل لا شبهة فيه والوضوء بالضم المصدر وبالفتح ما يتوضأ به مأخوذ من الوضأة وهو الحسن وفي الشرع هو الغسل والمسح في الأعضاء المخصوصة والغسل الإسالة والمسح الإصابة والوجه ما يواجه به الإنسان وهو من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن طولاً وإلى شحمتي الأذن عرضاً والمرفقان والكعبان تدخلان في الغسل عندنا وذلك لأن كلمة "إلى" تفيد معنى الغاية فأما دخولها في الحكم وخروجها منه فأمر يدور على الدليل فمما فيه دليل على الخروج قوله تعالى ﴿أتموا الصيام إلى الليل﴾¹¹ فإنه لو دخل الليل يوجب الوصال ومما فيه دليل على الدخول قولك: "حفظت القرآن من أوله إلى آخره" لأن الكلام مسوق لحفظ القرآن كله وقوله ﴿إلى المرافق﴾ و﴿إلى الكعبين﴾ لا دليل فيه على أحد الأمرين فأخذ الجمهور بالاحتياط فحكموا بدخولها في الغسل وأخذ زفر رحمه الله بالمتيقن فلم يدخلها فيه

⁷ سورة المائدة، الآية: 6.

⁸ سورة النحل، الآية: 98.

⁹ الترمذي، بلفظ: "كان النبي صلى الله عليه يتوضأ لكل صلاة فلما كان عام الفتح صلى الصلوات كلها بوضوء واحد ومسح على خفيه وقال

عمر: إنك فعلت شيئاً لم تكن فعلته؟ قال: عمداً فعلته" "الطهارة" 45؛ مسلم "الطهارة" 86.

¹⁰ سورة النور، الآية: 1.

¹¹ سورة البقرة، الآية: 187.

و عن رسول الله صلى الله عليه و سلم: "أنه كان يدير الماء على مرفقيه"¹² ورأى رجلا توضأ ولم يوصل الماء إلى كعبيه فقال: "ويل للأعقاب من النار"¹³ ثم الآية مجملة في مسح الرأس يحتمل إرادة الجميع كما قال مالك رحمه الله و يحتمل إرادة ما تناوله اسم المسح كما قال الشافعي رحمه الله و يحتمل إرادة بعضه كما ذهب إليه أصحابنا وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه و سلم توضأ ومسح على ناصيته¹⁴ فكان بيانا للآية وحجة لهما والمختار في مقدار الناصية ما ذكر في المختار و هو الربع **(وستته)** أي سنة الوضوء وحد السنة ما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم على سبيل المواظبة ويوجز بإتيانها ويلازم على تركها وهو يتناول القول والفعل **(تسمية الله تعالى في ابتدائه)** أي في ابتداء الوضوء لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا وضوء لمن لم يسم الله"¹⁵. والمراد نفى الفضيلة لا نفى الجواز لئلا يلزم الزيادة على النص إذ نص الوضوء مطلق **(والسواك)** أي استعمال السواك وهو اسم للخشب المر وإنما كان سنة لأنه صلى الله عليه وسلم واظب عليه والمواظبة مع الترك مرة تدل على السنة وها هنا قد ترك **(والمضمضة والاستنشاق ثلاثا)** يأخذ لكل مرة منها ماء جديدا لمواظبته صلى الله عليه وسلم على ذلك كذلك **(ومسح جميع الرأس)** لما روي أنه صلى الله عليه وسلم توضأ ومسح بجميع رأسه¹⁶ وقد تقدم أنه مسح بناصرته فيكون مسح الناصية فرضا ومسح الجميع سنة **(والأذنين بهاء واحد)** قال الشافعي رحمه الله يأخذ لهما ماء جديدا لأنهما ليسا من الرأس حتى لا يتأدى بهما وظيفة الرأس ولنا قوله صلى الله عليه وسلم: "الأذنان من الرأس"¹⁷ والمراد بيان الحكم لأنه صلى الله عليه وسلم لم يُبْعَثَ لبيان الحقيقة فثبت أنها من أجزاء الرأس حكما ولو كانا من أجزائه حقيقة لسن إقامة وظيفتهما بهاء واحد كذا هذا وإنما لم يُتأدَّ وظيفة الرأس لأن فرضية المسح بالرأس ثبتت بالكتاب وكونهما من الرأس ثبت بخبر الواحد وما ثبت بالكتاب لا يتأدى بما ثبت بخبر الواحد كفرضية التوجه إلى الكعبة لا يتأدى بالتوجه إلى الحطيم

¹² الدارقطني، السنن، 1/ 215، 271

¹³ مسلم، "الطهارة" 26.

¹⁴ أبو داود، "الطهارة" 60؛ أحمد بن حنبل، 6/ 358.

¹⁵ الدارقطني، السنن، 1/ 189.

¹⁶ أحمد بن حنبل، 6/ 359.

¹⁷ الترمذي، "الطهارة" 29؛ الدارقطني، السنن، 1/ 245.

(وتخليل اللحية) لما روي أنه صلى الله عليه وسلم: "كان إذا توضأ شَبَّكَ أصابعه في لحيته كأنها أسنانُ المُشْطِ"¹⁸

(والأصابع) أي وتخليل الأصابع لقوله صلى الله عليه وسلم: "خلَّلُوا أصابعكم قبل أن تتخلَّلها نارُ جهنَّمَ"¹⁹

وينبغي أن يكون واجبا نظرا إلى الأمر إلا أنه نقاعد عنه لما أنه من الأحاد ولأنه لا مدخل للوجوب في الوضوء لأنه شرط الصلاة فيكون تبعا لها فلو قلنا بالوجوب هنا في الصلاة لساوى التبُّع الأصل **(وتثليث الغسل)** لأنه صلى الله عليه وسلم لما توضأ ثلاثا ثلاثا قال: "هذا وضوئي ووضوءُ الأنبياء من قبلي"²⁰ **(ومستحبه)** أي مستحبُّ الوضوء وهو أن يكون مدعوًّا إليه على طريق الاستحباب دون الحثِّ والإيجاب **(النية)** وقال الشافعي رحمه الله النية في الوضوء فرضٌ لأنه عبادةٌ والعبادة لا يجوز إلا بالنية ولنا أن نصَّ الوضوء مطلق عن قيد النية فلا يكون فرضا ولكنها يستحب ليخرج عن عهدة الفرض بالإجماع وقيل إن النية سنة وهو الأصح لمواظبته عليه السلام عليها **(والترتيب)** أي والترتيب المذكور في النص مستحب وقيل سنة وهو الأصح وقال الشافعي رحمه الله فرض لأن الفاء في قوله تعالى ﴿فاغسلوا وجوهكم﴾²¹ للوصل والتعقيب فيقتضي وصل غسل الوجه بالقيام إلى الصلاة ويمنع تخلل عضو آخر بينهما تحقيقا للاتصال ولنا أن المأمور به غسل هذه الأعضاء لأنه عطف بعضها على بعض بالواو وهو لمطلق الجمع بلا تعرض مقارنة وترتيب والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فيقتضي تعقيب الجملة كأنه قال فاغسلوا هذه الأعضاء وذا لا يوجب الترتيب كذا هذا **(والتيامن)** أي البداية بالتيامن مستحب لقوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله تعالى يحب التيامن في كل شيء"²² ومسح الرقبة لأنه عليه السلام مسح عليها²³ وقيل إنه سنة **(ويُنْقَضُ كُلُّ ما خرج من السبيلين ومن غير السبيلين إن كان نجسا وسال عن رأس الجرح)** أي وينقض الوضوء خروج كل ما خرج من السبيلين معتادا أو غير معتاد وماخرج من غير السبيلين إن كان ذلك الخارج نجسا وسال عن رأس الجرح والنقض إبطال التأليف في الأجسام وفي غيرها إخراجها عما هو المطلوب

¹⁸ ابن ماجه، "الطهارة" 50

¹⁹ الترمذي، "الطهارة" 30؛ الدارقطني، السنن، 1/ 240.

²⁰ ابن ماجه، "الطهارة" 47؛ الدارقطني، السنن، 1/ 210.

²¹ سورة المائدة، الآية: 6.

²² البخاري، "الصلاة" 47؛ مسلم، "الطهارة" 67.

²³ لم أجد في المصادر الصحيحة.

منه وأراد بالسبيل سبيل النجاسة فالسبيلان القبل والدبر والأصل فيه قوله ﴿إِذَا جَاء أَحَدُكُمْ مِنَ الْغَائِطِ﴾²⁴ وهو الْمُطْمَئِنُّ من الأرض وليست حقيقته مرادةً فيجعل مجازاً عن الأمر المحوج إلى المكان المطمئن وهذه الأشياء يحوج إليه ليُفعل فيه سترا عن الناس على ما عليه العادة فالله تعالى أمر بالتييم عند عدم الماء للجائي من الغائط فيكون ناقضاً للوضوء ضرورة أن التيمم لا يجب على المتوضئ لأن الأمر بالتييم عند عدم الماء أمر بالتوضي عند وجود الماء دلالة ووجوبه دليل على الانتقاض ضرورة وقال عليه السلام "لا وضوء إلا من حدث فليل وما الحدّ؟ فقال: ما يخرج من السبيلين"²⁵ وقيد بقوله "إن كان نجساً" لأن ما خرج من غير السبيلين إن لم يكن نجساً كالعرق والدمع والمخاط²⁶ لا ينقض الوضوء وإنما قال: وسال عن رأس الجرح لأنه لو لم يسيل عن رأسه لا ينقض الوضوء عندنا خلافاً لزفر رحمه الله **(والقيء ملأ الفم)** أي وينقض الوضوء القيء ملأ الفم وحده أن لا يمكنه الإمساك إلا بمشقة وقال الشافعي رحمه الله الخارج من غير السبيلين لا ينقض قليلاً كان أو كثيراً وقال زفر رحمه الله ينقض قليلاً كان أو كثيراً للشافعي رحمه الله ما روي أنه عليه السلام قاء ولم يتوضأ²⁷ ولأنه لو كان حدثاً لاستوى فيه القليل والكثير كالخارج من السبيلين ولزفر رحمه الله إطلاق قوله عليه السلام: "القلس حدث"²⁸ ولأن الخارج من غير السبيلين لما كان حدثاً يجب أن يستوي فيه القليل والكثير كالحكم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم: "الوضوء من كل دم سائل" أي الوضوء يجب من كل دم سائل لاقتضاء الجار والمجرور الفعل وتعيين الوجوب لأنه إخبار وهو أكد من الأمر المعترض للإيجاب فيجب ولا وجوب إلا بعد الانتقاض وقوله صلى الله عليه وسلم: "من قاء أو رعف في صلاته فليتنصرف وليتوضأ وليبني على صلاته ما لم يتكلم"²⁹ فإذا تعارضت الأخبار يحمل ما رواه الشافعي رحمه الله على القليل وما رواه زفر رحمه الله على الكثير إعمالاً للدلائل بقدر الإمكان

²⁴ سورة المائدة، الآية: 6

²⁵ البخاري، بلفظ "لا وضوء إلا من حدث"، "الوضوء"³⁴. وأما لفظ "ليل وما الحدّ؟ فقال: ما يخرج من السبيلين" فزيادة كما قال ابن حجر العسقلاني: لم أجده. الدراية، 1/30؛ وقال الزيلعي "غريب"، نصب الراية، 1/282.

²⁶ ما يخرج من الأنف

²⁷ قال الزيلعي "غريب جداً"، نصب الراية، 1/282؛ وقال ابن حجر: "لم أجده". الدراية، 1/30.

²⁸ الدارقطني، السنن، 1/366.

²⁹ الدارقطني، 1/369.

³⁰ الدارقطني، السنن، 1/366.

إذ الأصل في الأدلة الإعمال دون الإهمال **(إلا البلغم)** فإنه لا ينقض الوضوء أصلاً إن نزل من الرأس بالاتفاق وإن صعد من الجوف فكذلك عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله ينقض إن كان ملاً الفم اعتباراً لغيره من القيء ولهما أنه كزج لا يتخلله النجاسة وما يتصل به قليل وأنه في القيء غير ناقض **(وينقضه الدم والقيح وإن لم يملأ الفم)** أي وينقض الوضوء قيء الدم والقيح وإن لم يملأ الفم وقال محمد رحمه الله لا ينقض قيء الدم ما لم يملأ الفم اعتباراً لسائر أنواعه قلنا المعدة ليست بمحل الدم فيكون من قرحة في الجوف فإذا خرج فقد سال عن موضعه فينقض حتى لو قاء علماً لا ينقض ما لم يملأ الفم لأنه يكون في المعدة وما يخرج من المعدة لا يكون حدثاً ما لم يكن ملاً الفم كذا في شرح الهداية **(وإذا اختلط الدم بالبزاق³¹ فإن غلبه أو ساواه نقض)** حكماً للغالب وللاحتياط وإن غلب البزاق لا ينقض لأن القليل مستهلك في الكثير فيصير عدماً **(والإغماء والجنون والنوم مضطجعاً أو متكناً أو مستنداً ينقض)** أما النوم على هذه الأوجه فلقوله صلى الله عليه وسلم: "العين وكاء السه فإذا نامت العين انحلّ الوكاء"³² وأما الإغماء والجنون فلائهما أبلغ في إزالة المسكة من النائم لأن النائم ينتبه بالاستيقاظ والمجنون والمغمى عليه لا **(والنوم قائماً وراكعاً وساجداً وقاعداً ومسّ الذكر والمرأة لا تنقض)** أما النوم على هذه الوجوه فلقوله صلى الله عليه وسلم: "لا وضوء على من نام قائماً وراكعاً وساجداً وقاعداً إنما الوضوء على من نام مضطجعاً"³³ وأما مس الذكر فلقوله صلى الله عليه وسلم لطلّح بن علي حين سأله: - هل في مس الذكر وضوء؟ قال: هل هو إلا بضعة منك"³⁴ نفى الوضوء ونبه على العلة وما روي: "من مسّ ذكره فليتوضأ"³⁵ فقد طعن فيه أئمة الحديث وأما مس المرأة فلما روي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه السلام قبل بعض نسائه ثم صلى ولم يتوضأ³⁶ وقوله تعالى ﴿أَوْ لَا مَسْتَمُ النَّسَاءِ﴾³⁷ قال ابن عباس رضي الله عنه: "المراد

³¹ في نسخة الموصلي "البصاق"

³² ابن ماجه، "الطهارة" 62

³³ أبو داود "طهارة" 79؛ البيهقي السنن الكبرى، 1/ 212

³⁴ أبو دود، "الطهارة" 70؛ ابن ماجه، "الطهارة" 64؛ النسائي، "الطهارة" 119.

³⁵ ابن ماجه، "الطهارة" 63

³⁶ الترمذي، "الطهارة" 63؛ أبو داود، "طهارة" 68؛ ابن ماجه، "الطهارة" 69.

³⁷ سورة النساء الآية؛ 43

باللمس الجماع"³⁸ وقد تأكد بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال الشافعي رحمه الله مسُّ الذكر ببطن الكف ولمس بشرة المرأة الأجنبية ينقض الوضوء وجوابه ما مر **(والقهقهة في الصلاة ينقض)** وقال الشافعي رحمه الله لا ينقض لأنه ليس بخارج نجس ولهذا لم يكن حدثاً في صلاة الجنابة وسجدة التلاوة وخارج الصلاة ولو كان حدثاً لكان حدثاً خارج الصلاة كسائر الأحداث ولنا قوله صلى الله عليه وسلم: "ألا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلاة جميعاً"³⁹ وإنه ورد في صلاة مطلقة فيقتصر عليها لوروده على خلاف القياس ثم القهقهة أن يسمعه جاره وحكمها انتقاض الوضوء والصلاة جميعاً والضحك أن يسمعه هو لا غير وحكمها بطلان الصلاة والتبسم ما لا يسمعه ولا حكم له

فَصْلٌ

الفصل مهما وصل ينون ومهما فصل لا ينون **(فرض الغسل)** أي مفروضه **(المضمضة)** وهي إدارة الماء في الفم **(والاستنشاق)** وهو الاستنثار **(وعسل جميع البدن)** وقال الشافعي رحمه الله المضمضة والاستنشاق سستان في الغسل لقوله عليه السلام: "عشر من الفطرة"⁴⁰ أي السنة وذكر منها المضمضة والاستنشاق ولنا قوله صلى الله عليه وسلم: "إنهما فرضان في الجنابة سستان في الوضوء"⁴¹ وأما غسل جميع البدن ففرض بالاتفاق لقوله تعالى ﴿وإن كنتم جنبا فاطهروا﴾⁴² أمر بتطهير جميع البدن **(وستته أن يغسل يديه وفرجه ويزيل النجاسة عن بدنه)** لئلا يزيد بإصابة الماء **(ثم يتوضأ للصلاة)** فان قلت لا فائدة في هذا الوضوء قلت في هذا إعمال للنص الموجب للوضوء والنص الموجب للغسل **(ثم يفيض الماء على بدنه ثلثا)** هكذا حكى ميمونة زوجة رسول الله صلى الله عليه وسلم اغتساله⁴³ صلى الله عليه وسلم **(ويوجهه غيوبة الخشفة في قبْل أو دُبُرٍ على الفاعل والمفعول به)** لقوله صلى الله عليه وسلم: "إذا التقى الختانان وتوارت الخشفة وجب الغسل أنزل أو لم يُنزل"⁴⁴ وكذا الإيلاج في الدبر لأنه محل

³⁸ البيهقي، السنن الكبرى، 1/ 217؛ ابن أبي شيبة، المصنف، 1/ 153.

³⁹ الدارقطني، السنن، 1/ 383.

⁴⁰ مسلم، "الطهارة" 56؛ أبو داود، "الطهارة" 29.

⁴¹ قال الزيلعي: "غريب". نصب الراية، 1/ 123.

⁴² سورة المائدة، الآية: 6.

⁴³ مسلم، "الطهارة" 3.

⁴⁴ البخاري، "الغسل" 28؛ الترمذي، "الطهارة" 80؛ ابن ماجه، "الطهارة" 111.

مشتهى مقصود بالوطء كالقبل لاشتراكهما لنا وحرارة وشهوة ويجب على المفعول به وإن لم يكن سببا لنزول مائه احتياطا **(وإنزال المني على وجه الدفق والشهوة)** أي ويوجب الغسل إنزال المني على وجه الدفق و الشهوة عندنا وقال الشافعي رحمه الله خروج المني كيف ما كان يوجب الغسل حتى لو ضرب على ظهره أو سقط من علو فخرج منه المني يجب الغسل عنده لإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم: "الماء من الماء أي الغسل من المني واجب"⁴⁵ ولنا أن الغسل وجب على الجنب بالنص وهو في اللغة من قام به جنابة وهي حالة تحصل عند خروج المني على وجه الشهوة وهو المراد بالحديث إذ هو يتناول البول والودي والمذي والمني عن شهوة وعن غير شهوة والكل غير مراد إجماعا فهو عام لم يمكن إجرائه على العموم فيراد به أخص الخصوص لما عرف والمني بشهوة يراد إجماعا فسقط غيره **(وانقطاع الحيض والنفاس)** فلقوله تعالى ﴿حتى يطهرن﴾⁴⁶ بالتشديد منع من قربانهن ولولا وجوبه لما منع وأما النفاس فبالإجماع ولأنه أقوى من الحيض لأنه يثبت بنفس الخروج بخلاف الحيض **(ومن استيقظ فوجد في ثيابه منيا أو مذي فعليه الغسل)** أما المني فلقوله صلى الله عليه وسلم: "من ذكر حلما ولم يرَ بللا فلا غُسلَ عليه ومن رأى بللا ولم يذكر حلما فعليه الغسل"⁴⁷ وأما المذي ففيه خلاف أبو⁴⁸ يوسف رحمه الله هو يقول لا يجب عليه الغسل لأن المذي لا يوجب كما في حالة اليقظة ولنا أن الظاهر أنه مني قد رُقَّ بإصابة الهوى ومرور الزمان وحرارة البدن فتجب الغسل احتياطا ثم المني هو ماء الرجل إذا خرج ينكسر منه الذكر وخلق منه الولد والمذي هو الذي يخرج عند الملاعبة والملاسة **(وغُسل الجمعة والعديد والإحرام سنة)** لأنها أوقات اجتماع وازدحام فيُسَنُّ فيها الاغتسال لئلا يتأذى البعض برائحة البعض **(ولا يجوز للمحدث والجنب مس المصحف)** لقوله تعالى ﴿لا يمسه إلا المطهرون﴾⁴⁹ وهذا وإن قيل في تأويله لا ينزله إلا السفرة الكرام البررة فظاهره يفيد منع غير الطاهر من مسه كذا في النهاية **(إلا بغلافه)** وهو ما يكون منفصلا عنه كالخريطة وقيل هو الجلد الذي عليه والأول هو الصحيح **(ولا يجوز للجنب قراءة القرآن)** لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يقرأ الحائض والجنب

⁴⁵ مسلم، "الحيض" 80؛ الترمذي، "الطهارة" 81.

⁴⁶ سورة البقرة، الآية: 222.

⁴⁷ أبو داود، "الطهارة" 94؛ الترمذي، "الطهارة" 82؛ ابن ماجه، "الطهارة" 112.

⁴⁸ والصواب "أبي يوسف".

⁴⁹ سورة الواقعة، الآية: 79.

شيئا من القرآن"⁵⁰ وهو حجة على مالك رحمه الله في الحائض **(ويجوز له)** أي للجنب **(الذكرُ والتسبيح والدعاء)** لأن الأصل الإباحة وقد ورد المنع من قراءة القرآن فبقي الثاني على الإباحة **(ولا يدخل المسجد)** لقوله صلى الله عليه وسلم: "فإني لا أحل المسجد لجنب ولا لحائض"⁵¹ **(إلا لضرورة)** بأن كان الماء في المسجد ولم يجد من يخرج الماء إليه لأن مواضع الضرورات مستثناة عن قواعد الشرع **(والحائض والنفساء كالجنب)** أي في حق المس والقراءة فكل ما يمنعه الجنابة يمنعه الحيض والنفساء

فصل

(يجوز الطهارة بالماء الطاهر في نفسه المطهر لغيره كالمطر وماء العيون والآبار وإن تغير بطول المكث) الأصل فيه قوله تعالى ﴿أَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا﴾⁵² وقوله صلى الله عليه وسلم: "الماء طهور لا ينجسه شيء إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه"⁵³ فاسم الماء ينطلق على هذه المياه وطول المكث لا ينجسه فبقي طاهرا **(ويجوز)** الطهارة **(بماء خالطه شيء طاهر فغير أحد أوصافه)** والوصف هو اللون والطعم والريح **(كاللبن والزعفران والأشنان وماء المد)** أي السيل لأن الخلط القليل لا تعتبر⁵⁴ لعدم إمكان الاحتراز عنه كما في أجزاء الأرض وفي قوله "غير أحد أوصافه" إشارة إلى أنه لا يجوز التوضي به إذا غير الاثنين من أوصافه لكن الرواية الصحيحة بخلافه **(ولا يجوز بماء غلب عليه غيره فأزال عنه طبع الماء)** وهو الرقة والسيلان وتسكين العطش **(كالأشربة والخل وماء الورد)** لأن هذه الأشياء ليست بماء مطلق والحكم عند فقده منقول إلى التيمم بالنص **(وتعتبر الغلبة بالأجزاء)** بأن يصير كالسويق المخلوط **(والماء الراكد)** أي الساكن **(إذا وقعت فيه نجاسة لا يجوز الوضوء به)** لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ثم يتوضأ فيه ويشرب"⁵⁵ **(إلا أن يكون عشرة أذرع في عشرة وعمقه مالا ينحسر الأرض بالغرق)** الأصل فيه أن الماء القليل ينحسر بوقوع النجاسة فيه والكثير لا. لقوله عليه

⁵⁰ الترمذي، "الطهارة" 98؛ ابن ماجه، "الطهارة" 105.

⁵¹ ابن ماجه، "الطهارة" 126؛ أبو داود، "الطهارة" 92.

⁵² سورة الفرقان، الآية: 48.

⁵³ أبو داود، "الطهارة" 34؛ الترمذي، "الطهارة" 49؛ ابن ماجه، "الطهارة" 76.

⁵⁴ الصواب "لا يعتبر"

⁵⁵ البخاري، "الوضوء" 68؛ مسلم، "الطهارة" 95؛ الترمذي، "الطهارة" 51؛ أبو داود، "الطهارة" 36.

السلام في البحر: "هو الطهور مائه"⁵⁶ فاعتبرناه فوجدناه ما لا يخلص بعضه إلى بعض وكل ماء لا يخلص بعضه إلى بعض لا ينجس بوقوع النجاسة فيه وهذا معنى قول المشايخ لا يتحرك أحد طرفيه بتحريك الطرف الآخر وامتحن المشايخ الخلوص بالمساحة فوجدوها عشرا في عشر فقندروها⁵⁷ بذلك تيسيرا والمعتبر ذراع الكرباس وهو سبع قبضات والمختار في العمق ما لا ينحسر أسفله بالغرف (وإذا وقعت النجاسة في الماء الجاري) وهو ما لا يتكرر استعماله وقيل ما يذهب بتبنة (ولم ير لها أثر جاز الوضوء منه) لأن النجاسة لا يبقى مع جريان الماء

(والأثر طعم ولون وريح) وفي قوله "ولم ير لها أثر" إشارة إلى أنه لو روي أثرها لا يجوز الوضوء منه (وما كان مائي المولد من الحيوان) أي الذي يكون توالده ومثواه في الماء كالسمك والضفدع والسرطان (موته في الماء لا تفسده)⁵⁸ لأنه مات في معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال نخها دما قاله مشايخ بلخ ولأنه لا دم فيها إذ الدموي لا يسكن الماء والدم هو النجس قاله مشايخ العراق وقيد بقوله في الماء لأنه لو مات خارج الماء ثم وقع فيه قيل غير السمك يفسده وقيل لا يفسده وهو مختار المصنف رحمه الله (وكذا ما ليس له نفس سائلة) أي وكذا لا يفسد الماء موت ما ليس له دم سائل (كالذباب) والبعوض والبق لما روي أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن إناء فيه طعام أو ماء يموت فيه ما ليس له دم سائل فقال: "هذا هو الحلال أكله وشربه والوضوء منه"⁵⁹

(وما عداها يفسد الماء القليل) أي وما عدا مائي المولد والذي ليس له نفس سائلة من الحيوان إذا مات في الماء القليل يفسده لانعدام المعدن ووجود الدم والماء القليل هو الذي لم يكن عشرا في عشر (والماء المستعمل لا يطهر الأحداث) فيه إشارة إلى أنه يطهر الأنجاس

اعلم أن الماء المستعمل طاهر ومطهر عند مالك والشافعي رحمه الله لأنه ماء طاهر استعمل في عضو طاهر حقيقة فيبقى كما كان كما لو غُسل به ثوب طاهر وقال محمد رحمه الله طاهر غير مطهر وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى لأن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يتبادرون إلى وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيشربون

⁵⁶ أبو داود، "الطهارة" 41؛ الترمذي، "الطهارة" 52؛ النسائي، "المياه" 4؛ ابن ماجه، "الطهارة" 38.

⁵⁷ الصواب "فقندروه"

⁵⁸ الصواب "لا يفسد".

⁵⁹ الدارقطني، السنن، 1/107.

ويمسحون به وجوههم⁶⁰ ولم يمنعهم ولو كان نجسا لمنعهم كما منع الحجام عن شرب دمه ولأن ملاقة الطاهر الطاهر لا يوجب التنجيس إلا أنه أقيمت به قرينة فتغيرت صفته كمال الصدقة وقال أبو يوسف رحمه الله نجس نجاسة خفيفة وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لمكان الاختلاف وقال الحسن رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله أنه نجس نجاسة غليظة لأنه ماء أزيلت به النجاسة الحكيمة فيعتبر بهاء أزيلت به النجاسة الحقيقية بل أولى إذ القليل من الحقيقية عفو ومن الحكيمة لا. **(وهو ماء أزيل به حدث)** بأن توضأ محدث متبردا

(أو أستعمل على وجه القربة) بأن توضأ طاهر ناويا وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يصير مستعملا إلا بإقامة القربة وإنما يقع قربة بالنية **(ويصير مستعملا إذا انفصل من العضو)** لأن سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة ولا ضرورة بعده وروى النسفي رحمه الله أنه لا يصير مستعملا حتى يستقر في مكان لأن صون الثياب منه متعذر فتحققت الضرورة وهذا القول هو الأيسر والأول هو المختار **(وكل إهاب دبغ فقد طهر)** لقوله عليه السلام: "أيما إهاب دبغ فقد طهر"⁶¹ **(إلا جلد الأدمي لكرامته)** فيحرم الانتفاع بشيء من أجزائه لما فيه من الإهانة **(والخنزير لنجاسة عينه)** قال الله تعالى ﴿أَوْ لَحْمِ خَنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رَجَسٌ﴾⁶² وهو أقرب المذكورات فيصرف الكناية إليه والدبغ أن يخرج من حد الفساد سواء كان بالتراب أو بالشمس أو بغيرهما **(وشعر الميتة وعظمها وعصبها وحافرها وقرنها طاهر)** وقال الشافعي رحمه الله: "هذه الأشياء نجس لأنها من أجزاء الميتة" ولنا أنه لا حياة فيها فلا يحلها الموات وكذلك الخنزير والظلف والصوف والشعر والوبر والريش والسن والمنقار والمخلب لما ذكرنا ولقوله تعالى ﴿وَمِنْ أَصْوَافِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَا﴾⁶³ من الله تعالى بها علينا من غير فصل

فصل

(إذا وقعت في البئر نجاسة فأخرجت ثم نزلت طهرت) اعلم أن مسائل الآبار بيتني على اتباع الآثار إذ القياس فيها أخذ الشئيين إما ألا يطهر لأنه إن نزع ما فيها بقي الطين نجسا وإما ألا ينجس لأن مائها في حكم الجاري

⁶⁰ أخرجه البخاري، "الوضوء" 39.

⁶¹ مسلم، "الحيض" 105؛ الترمذي، "اللباس" 7.

⁶² سورة الأنعام، الآية: 145.

⁶³ سورة النحل، الآية: 80.

لأنه ينبع من جانب ويؤخذ من جانب فلا ينجس بوقوع نجس كحوض الحمام إذا صبَّ من جانب ويؤخذ من جانب فلا ينجس بإدخال يد نجسة فيه وقوله فأخرجت ثم نزحت أي فأخرجت النجاسة أولاً ثم نزحت البئر أراد ما فيها من الماء إطلاقاً لاسم المحل على الحال **(وإذا وقع في آبار الفلوات من البعر والروث والأخنة) البعر** للغنم والأبل والروث للفرس والبغل والحمار والخثي للبقرة والخرف للطيور والنجس للكلب والجعر للسباع والقدرة لبني آدم **(لا ينجسها ما لم يستكثره الناظر)** لأن آبار المفاوز ليست لها رؤوس حاجزة والدواب تبعر حولها والرياح تلقيها فيها فكان في القليل ضرورة دون الكثير وحده أن يستكثره الناظر وهو المروي عن صاحب المذهب وهو المختار عند المصنف رحمه الله وقيل حده أن يأخذ ربع وجه الماء وقيل ثلثه وقيل ألا يخلو دلو من شيء منه **(وخرء الحمام والعصفور لا يفسدها)** لأن أجمعنا على اقتنائها في المساجد وهذا دليل طهارة ما يكون منها لأننا أمرنا بتطهيرها ولو كان نجسة لما جاز اقتنائها فيها **(وإذا مات في البئر فأرة أو عصفورة أو نحوهما)** مثل الصعوة والسودانية **(نزع منها عشرون دلو إلى ثلاثين)** لحديث انس رضي الله عنه أنه قال في فأرة ماتت في البئر فأخرجت من ساعته ينزع عشرون دلو⁴⁹ والعصفورة ونحوها تعادل الفأرة في الجثة فأخذ حكمها والعشرون بطريق الإيجاب والثلاثون بطريق الاستحباب **(وفي الحمامة والدجاجة ونحوهما نزع من أربعين إلى ستين)** لحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال في الدجاجة: "إذا ماتت في البئر نزع منها أربعون دلو"⁵⁰ هذا لبيان الإيجاب والستون بطريق الاستحباب **(وفي الآدمي والشاة والكلب نزع جميع الماء)** لأن ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهما أفتيا⁵¹ بنزع الماء كله حين مات زنجي في بئر زمزم فإن قلت مسائل الآبار ثبتت بخلاف القياس والنص ورد في الفأرة والدجاجة والآدمي فلم ألحقتم بها ما يشاكلها كالعصفور والصعوة والسودانية والحمامة والكلب والشاة قلت بعد ما استحکم هذا الأصل صار كالذي ثبت على وفق القياس في حق التفريع عليه كالإجارة ونحوها من العقود التي يأبى القياس جوازها **(وإن انتفخ الحيوان أو تفسخ نزع جميع الماء)** لانتشار البلة في أجزاء الماء

⁴⁹ ابن أبي شيبة، المصنف، 1/ 49.

⁵⁰ ابن أبي شيبة، المصنف، 1/ 49.

⁵¹ ابن أبي شيبة، المصنف، 1/ 150؛ الطحاوي "شرح معاني الآثار" 1/ 17.

(ويعتبر في كل بئر دلوها) لأن السلف الحقوا⁶⁷ الدلو فينصرف إلى المعتاد كما في النقود وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه قدره بالصاع (وإذا لم يمكن إخراج جميع الماء) بأن كانت البئر معينة (نزع مئتا دلو إلى ثلاثمئة) وهو رواية عن محمد رحمه الله لأن الغالب أن الآبار لا يزيد على ذلك وهذا أيسر على الناس والأصح أن يؤخذ بقول رجلين لهما بصارة في أمر الماء فأى مقدار قال إنه في البئر ينزع ذلك القدر وهو أشبه بالفقه إذ الرجوع إلى أهل البصيرة أصل في كثير من الصور كما فالحكمين والشاهدين وتقويم المتلف قال الله تعالى ﴿فاسئلوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾⁶⁸

فصل

في الآسار جمع سؤر بالهمزة وهو بقية الماء الذي⁶⁹ يبقياها الشارب في الإناء ثم أستعير لبقية الطعام وغيره (سؤر الآدمي والفرس وما يؤكل لحمه طاهر) أي سؤر الآدمي مطلقا سواء كان جنبا أو طاهرا مسلما أو كافرا طاهر لأن المختلط به اللعاب وقد تولد من لحم طاهر وكذا سؤر ما يؤكل لحمه متولد من لحمه فيكون طاهرا وكذا سؤر الفرس لأن كراهة لحمه لاحترامه لا لنجاسته وإنما أورد الفرس بين النوعين لأنه ذو شبه منهما (وسؤر الكلب والخنزير وسباع البهائم نجس) لأن لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر في الباب وسؤر الهرة والدجاجة المخلاة وسباع الطير كالصقر والبازي والعقاب (وسواكن البيوت) كالحية والفأرة (مكروه) لأن النبي عليه السلام نفى النجاسة عن الهرة بعلة الطوف فقال "الهرة ليست بنجسة إنما هي من الطوافين عنكم"⁷⁰ والطوافات وسواكن البيوت كلها من الطوافات ومنقار الدجاجة وسباع الطير طاهر فلا يحكم بنجاستها وأما الكراهية فلأن هؤلاء لا تحتجب النجاسات فلا يؤمن أن يكون على أفواهاها نجاسة فلذلك كره وقيد الدجاجة بالمخلاة لأنها لو كانت محبوسة بحيث لا تصل منقارها إلى ما تحت قدميها لا يكره لوقوع الأمن عن المخالطة

⁶⁷ الصواب "أطلقوا"

⁶⁸ سورة النحل، الآية: 43.

⁶⁹ الصواب "التي"

⁷⁰ الصواب "عليكم". أبو داود، "الطهارة" 38؛ ابن ماجه، "الطهارة" 32.

(وسؤر البغل والحمار مشكوك) لتعارض الأدلة فإن حرمة اللبن واللحم دليل النجاسة وطهارة العرق دليل الطهارة فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان يركب الحمار معرورياً⁷¹ في حر الحجاز ويصيب العرق ثوبه وكان يصلي في ذلك الثوب ومعنى الشك التوقف فيه فلا ينجس الطاهر ولا تطهر النجس (يتوضأ به ويتيمم عند عدم الماء) أي وإذا كان مشكوكاً فيه وجب الجمع بينهما احتياطاً للخروج عن العهدة ويجوز أيهما قدم من الوضوء به والتيمم وقال زفر رحمه الله لا يجوز إلا أن تقدم الوضوء لأنه ماء واجب الاستعمال فأشبه الماء المطلق ولنا أن المطهر أحدهما فيفيد الجمع دون الترتيب

باب التيمم

ابتدأ المصنف رحمه الله بالوضوء ثم ثنى بالغسل ثم ثلث بالتيمم اقتداء بكتاب الله تعالى وهو في اللغة القصد قال الشاعر:

وما أدري إذا يممْتُ أرضاً، أريدَ الخيرَ أيهما يلين.

وفي الشرع عبارة عن القصد إلى الصعيد لأجل التطهير وثبوتها بالكتاب وهو قوله تعالى ﴿فلم تجدوا ماءً فتيمموا صعيداً طيباً﴾⁷² وبالسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم: "التراب طهور المسلم ولو إلى عشر حجج ما لم يجد الماء"⁷³ وعدم وجدان الماء إما حقيقة بأن لا يجده أصلاً وإما حكماً بأن يجده ولكن يعجز عن استعماله لمانع كمرض أو عدم آلة أو غيرهما

(ومن لم يقدر على استعمال الماء) وهو المراد من عدم وجدان الماء (لبعده) أي لبعده عنه أو لبعده عن الماء (ميلاً) وهو ثلث فرسخ ثلاثة آلاف ذراع إلى أربعة آلاف (أو لمرض) أي ومن لم يقدر على استعمال الماء لمرض به (أو برد) أي ومن لم يقدر على استعمال الماء لبرد بأن خاف إن توضأ أو اغتسل بالماء أن يقتله البرد أو يمرضه (أو خوف عدو أو عطش) على نفسه أو دابته (أو عدم آلة) كالدلو والحبل ونحوهما في موضع يحتاج إلى الآلة

⁷¹ الطبراني، المعجم الأوسط، 10 / 53.

⁷² الصواب "فلم تجدوا"

⁷³ سورة المائدة، الآية: 6.

⁷⁴ الترمذي، "الطهارة" 92؛ أبو داود، "الطهارة" 123؛ النسائي، "الطهارة" 203.

(تيمم بما كان من أجزاء الأرض كالتراب والرمل والجص والكحل) أما جواز التيمم بعد الماء فلقوله تعالى: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾⁷⁵ وأما التقدير بالميل فلأن المسافة القريبة غير مبيحة والبعيدة مبيحة ففصل بينهما بالميل لأنه يلحقه الحرج بذهابه إليه وإيابه وأما المرض فلقوله تعالى ﴿وإن كنتم مرضى﴾⁷⁶ الآية وأما خوفه من استعمال الماء البارد فلما فيه من الحرج وهذا إذا كان خارج المصر فلو كان في المصر فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالوا رحمهما الله تعالى لا يجوز التيمم فيه لأن الغالب قدرته على الماء السخن وله أن العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره وأما خوف العدو أو العطش أو عدم الآلة فلأن عدم القدرة يتحقق بكل واحد من هذه الأشياء ثم كل ما لا يلين ولا ينطبع بالنار فهو من جنس الأرض كالتراب والرمل والجص والكحل والحجر والنورة والزرنيخ والآجر ولو غير مدقوق وكل ما يلين وينطبع أو يحترق فيصير رمادا ليس من جنس الأرض كالنقدين والحديد والرصاص والزجاج والحنطة لأن من طبع الماء أن لا يلين بالنار فالتيمم يجوز بما كان من جنس الأرض ولا يجوز بما لم يكن من جنسها وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز إلا بالتراب لقوله تعالى ﴿صعيدا طيبا﴾⁷⁷ أي ترابا منبتا قاله ابن عباس رضي الله عنه وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجوز بالرمل أيضا لما روي أن قوما سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا إنا نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء شهرا وشهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال صلى الله عليه وسلم: "عليكم بأرضكم"⁷⁸ ولهما أن الصعيد اسم لما يصعد على وجه الأرض ترابا أو غيره والطيب اسم للمنتب والحلال والطاهر وألقى المعاني هنا طاهر لأنه شرع للتطهير قال الله تعالى ﴿ولكن يريد أن يطهركم﴾⁷⁹ أو هو مراد بالإجماع فلم يبق غيره مرادا لأن المشترك لا العموم⁸⁰ له لما عرف

(ولابد من الطهارة) لما تقدم **(والنية)** وهو أن ينوي رفع الحدث أو استباحة الصلاة وقال زفر رحمه الله لا يشترط النية كالوضوء لأنه خلفه فلا يخالفه في وصفه ولنا أن التراب ملوث بذاته وإنما صار مطهرا إذا نوى قربة والماء

⁷⁵ سورة المائدة الآية: 6.

⁷⁶ سورة النساء، الآية: 43.

⁷⁷ سورة المائدة، الآية: 6.

78

⁷⁹ سورة المائدة، الآية: 6.

⁸⁰ الصواب "لا عموم له" لأنها قاعدة عند الحنفية كما هو معروف.

خلف⁸¹ مطهراً فإذا استعمله في المحل النجس طهر والخلف قد يخالف الأصل حتى سنّ التكرار في الوضوء دون التيمم **(ويستوي فيه الجنب والمحدث)** لما ورينا ولقوله عليه السلام لعمار بن ياسر حين جنب فتمعك في التراب "يكفيك ضربان ضربة للوجه وضربة لليدين إلى المرفقين"⁸² والحائض والنفساء كالجنب

(وصفته) أي وصفة التيمم **(أن يضرب يديه على الصعيد فينفضهما)** بقدر ما يتناثر التراب كيلا يصير مثله **(ثم يمسح بهما وجهه ثم يضرب بهما كذلك ويمسح بكل كفّ ظهر الذراع الأخرى وباطنها مع المرفق)** لحديث عمار رضي الله عنه وفيه إشارة إلى أنّ الضربة من التيمم حتى لو ضرب يديه الأرض فأحدث قبل أن يمسح بهما بطل تيممه كما لو أحدث في خلال الوضوء وقيل الضربة ليست منه فلا يبطل تيممه في الصورة المذكورة كمن أخذ بكفه ماء للوضوء فأحدث **(وفي اشتراط الاستيعاب روايتان)** والأصح أنه شرط لقيام التيمم مقام الوضوء ولهذا قالوا تخلل الأصابع وبنزع الخاتم ليتم المسح **(ويجوز قبل الوقت)** تمكينا له من الأداء أول الوقت وكما في الوضوء ولأنه خلفه **(وقبل طلب الماء)** لأنه عادم حقيقة والظاهر عدم الماء في الفاوَز **(ولو صلى بالتيمم ثم وجد الماء لم يعد)** بناء على أن القدرة على الأصل بعد حصول المقصود بالخلف لا يبطل حكم الخلف **(وإذا وجده في خلال الصلاة يتوضأ به ويستقبل)** لأنه قدر الأصل قبل حصول المقصود بالخلف **(ويصلي بالتيمم الواحد ما شاء)** من الفرائض والنوافل **(كالوضوء)** لأنه طهور حال عدم الماء فيعمل عمله ما بقي شرطه **(ويستحب تأخير الصلاة لمن طمع في الماء)** فلعله يجد الماء فيؤديها بأكمل الطهارتين كطامع الجماعة قيّد بالطمع لأن من لم يطمعه لا يستحب تأخيره وإن أخر لا يفرط في التأخير حتى لا يقع في وقت مكروه **(ويجوز الصلاة على الجنازة بالتيمم إذا خاف فوتها لو توضأ وكذلك صلاة العيد ولا يجوز للجمعة وإن خاف الفوت ولا للفرض إذا خاف فوت الوقت)** والأصل أن كل ما يفوت لا إلى بدل يؤدّى بالتيمم مع وجود الماء وكل ما يفوت إلى بدل لا. وصلاة الجنازة والعيد يفوتان لا إلى بدل لأنها لا تقضيان فيتحقق العجز **(وينقضه نواقض الوضوء)** لأنه خلف عنه فما ينقض الأصل أولى أن ينقض الخلف لأن الأصل أقوى

⁸¹ الصواب "خلق"

⁸² البخاري، "التيمم" 8؛ مسلم، "الحيض" 112، 110؛ أبو داود، "الطهارة" 121.

(والقدرة على الماء واستعماله) أي وينقض التيمم أيضا القدرة على استعمال الماء لأنها المرادة بالوجود الذي هو غاية لطهورية التراب في قوله صلى الله عليه وسلم: "التراب طهور المسلم ما لم يجد الماء"⁸³ **(ولو صلى المسافر بالتيمم ونسي الماء في رحله لم يعد)** وقال أبو يوسف رحمه الله يعيد لأنه واجد للماء لأنه في رحله وهو في يده ومملكه وصار كما إذا صلى عريانا ونسي الثوب ولهما أنه لا تكليف بلا قدرة ولا قدرة بلا علم ولا علم مع النسيان فلا يخاطب باستعماله فصار وجوده كعدمه وأما مسألة الثوب فممنوعة على الصحيح ولئن سُلمت فالفرق أن الوضوء فات إلى خلف وستر العورة فات لا إلى خلف وفي المسئلة تفاصيل عرفت في موضعها **(ومن غلب على ظنه قرب الماء طلبه قبل التيمم)** أي طلب الماء قبل التيمم بقدر غلوة وهي ثلاثمائة ذراع إلى أربع مائة ذراع لأنه واجد الماء نظرا إلى الدليل وهذا لأن غلبة الظن دليل العمل به كما في المتحري في القبلة **(ويطلب الماء من رفيقه)** لعدم المنع غالبا **(فان منعه تيمم)** لتحقيق العجز **(ويشترى الماء بثمان المثل)** أي إذا كان قادرا عليه لأن القدرة على البدل قدرة على المبدل **(ولا يجب عليه أن يشتريه بأكثر)** من ثمن المثل لأنه ضرر به وتحمل الضرر غير واجب كقطع موضع النجاسة حال عدم الماء **(ولا يجمع بين الوضوء والتيمم)** أي إن كان له ماء يكفي لبعض الفرض فليس له أن يغسل البعض وتيمم للباقي وهذا لأن الجمع بينهما جمع بين البدل والمبدل ولا نظير له في الشرع بخلاف الجمع بين التيمم وسؤر الحمار لأن الفرض يتأدى بأحدهما لا بهما فجمعنا بينهما لمكان الشك **(فمن كان به جراحة غسل بدنه إلا موضعها ولا تيمم لها)** يعني من كان مجروحا فإن كان أكثر ما يجب غسله صحيحا يغسل الصحيح جنبا كان أو محدثا ولا تيمم للجريح ولكن يمسحه وإن كان أكثره جريحا يتيمم ولا يغسل الصحيح وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما فيغسل الصحيح ويتيمم للجريح لأن سقوط الغسل كان لضرورة الضرر في الجريح ولا ضرورة في الموضع الصحيح فيجب غسله ولنا أن للأكثر حكم الكل ولا وجه للجمع بين الأصل والخلف وهذا إذا أمكن الترجيح بالكثرة فإن استويا قيل تيمم وقيل يغسل الصحيح ويمسح على الباقي هو الصحيح لأنه هو الأحوط

⁸³ الترمذي، "الطهارة" 92؛ أبو داود، "الطهارة" 123؛ النسائي، "الطهارة" 203.

باب المسح على الخفين

هو ما ثبت بالسنة المشهورة عن رسول الله عليه السلام قولاً وفعلاً حتى قال الحسن البصري رضي الله عنه أدركت سبعين رجلاً من أصحاب رسول الله عليه السلام كلهم يرون المسح على الخفين⁸⁴ وسئل أنس بن مالك رضي الله عنه عن السنة والجماعة فقال: "أن تحب الشيخين ولا تطعن في الختنيين وتمسح على الخفين"⁸⁵

(ويجوز لمن وجب عليه الوضوء لا الغسل) لحديث صفوان بن غسان رضي الله عنه قال: "كان رسول الله عليه السلام يأمرنا إذا كنا سفراً ألا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليها لا عن جنابة ولكن عن بول أو غائط أو نوم"⁸⁶ ولأن الجنابة لا يتكرر عادة فلا حرج في النزع بخلاف الحدث فإنه يتكرر **(ويشترط لبسها على طهارة كاملة)** سواء أكملت قبل اللبس أو بعده حتى لو غسل رجله ثم لبس خفيه ثم أكمل الطهارة جاز المسح فكمال الطهارة شرط عند الحدث لأن الخف يمنع سراية الحدث ولا يرفعه فيظهر حكمه عند الحدث فتعتبر الشرط عنده

(ويمسح المقيم يوماً وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها) لقوله صلى الله عليه وسلم: "يمسح المقيم يوماً وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها"⁸⁷ أي يمسح المقيم إلى آخره إخبار بمعنى الأمر وليس المراد مجرد الإخبار وقال مالك رضي الله عنه لا يجوز للمقيم لأنه رخصة فيختص به المسافر كالقصر والفطر وهو محجوج لما روينا

(من عقيب الحدث بعد اللبس) يعني أن ابتداء مدة المسح في حق المقيم والمسافر من عقيب الحدث بعد اللبس بناء على أن الخف مانع سراية الحدث فيعتبر المدة من حين المنع **(والمسح على ظاهرهما)** حتى لو مسح باطنه أو عقبه لا يجوز لقول علي رضي الله عنه: "لو كان الدين بالرأي لكان باطن الخف أولى بالمسح لكني رأيت رسول الله عليه السلام يمسح ظاهرهما خطوطاً بالأصابع"⁸⁸ **(وفرضه مقدار ثلاثة أصابع من اليد)** اعتباراً لآلة المسح وهي اليد والثلاث أكثره وللاكثر حكم الكل وقيل من أصابع الرجل كالحرق لأنه محل المسح والأول هو الأصح

⁸⁴ انظر البخاري، "الوضوء" 48.

⁸⁵ لم أجد في المصادر الحديثية المعتبرة.

⁸⁶ الترمذي، "الطهارة" 71؛ ابن ماجه، "الطهارة" 62؛ النسائي، 98.

⁸⁷ الترمذي، "الطهارة" 71؛ ابن ماجه، "الطهارة" 62؛ النسائي، "الطهارة" 98.

⁸⁸ أبو داود، "الطهارة" 63.

والسنة أن يبدأ من أصابع الرجل إلى الساق اعتبارا بالغسل لأنه يقوم مقامه والبداية فيه من أصابع الرجل لأن الله تعالى جعل الكعبين غاية ولو بدأ من الساق إلى الأصابع جاز لحصول المقصود إلا أنه خلاف السنة

(ولا يجوز على خف فيه خرق تبين منه مقدار ثلث أصابع من أصابع الرجل الصغار) لأن الخفاف لا يخلو عن الخرق القليل عادة فيجعل عفوا للضرورة ويخلو عن الكثير فلا ضرورة فيه فبقي على أصل القياس والفاصل قدر ثلث أصابع القدم أصغرها لأن الأصابع أصل في القدم وللاكثر حكم الكل واعتبار أصابع القدم لأنه المنكشف واعتبار الأصغر للاحتياط

(وتجمع خروق كل خُفٍّ على حدته) أي يعتبر قدر المانع في كل خف كان ليس معه غيره بخلاف النجاسة فإنها تجمع في خفين كما يجمع في خف والفرق أن الخرق إنما يمنع لكونه مانعا تتابع المشي به والخرق في أحدهما لا يمنع قطع السفر بالآخر وفي النجاسة هو ممنوع من الحمل وهو حامل للكل

(ويجوز المسح على الجرموق) وهو الخف الذي يلبس فوق الخف وساقه أقصر منه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز المسح على الجرموق لأن الجرموق بدل عن الخف والخف بدل عن الرجل ولو جاز المسح على الجرموق يكون للبدل بدل والأصل عدمه ولنا أنه صلى الله عليه وسلم أنه مسح على الجرموق⁶⁰ ولأنه تبع للخف استعمالا وغرضا إذ لا يلبس إلا فوق الخف والغرض من لبسه أن يكون وقاية للخف

(ويجوز على الجوربين إذا كانا ثخينين أو مجلدين أو منعلين) لما روي أنه عليه السلام مسح على الجوربين⁶¹ ولأنهما في معنى الخف إذ يمكن تتابع المشي عليه وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا لا يجوز المسح على الخفين⁶² لأن مواظبة المشي منه غير ممكن فصار كالرقيق ثم رجع إلى ما ذكرنا وعليه الفتوى ثم الجورب الثخين الذي يقوم على الساق من غير أن يشده بشيء والمجلد هو الذي وضع الجلد على أعلاه وأسفله والمنعل الذي وضع الجلد على أسفله **(وينقضه ما ينقض الوضوء)** لأنه بعض الوضوء

⁶⁰ أبو داود، "الطهارة" 60.

⁶¹ الترمذي، "الطهارة" 74؛ أبو داود، "الطهارة" 62؛ ابن ماجه، "الطهارة" 88.

⁶² والصواب "الجرموق".

(ونزع الخف) لأن المانع من سراية الحدث إلى الرجل الخف فإذا نزع زال المانع وكذا إذا نزع أحد خفيه لأنه يجب غسلها فيجب غسل الأخرى لثلا يجمع بين الأصل والبدل **(ومضي المدة)** لأن الاستتار مانع في المدة بالنص فإذا مضت سرى الحدث إلى القدمين فعليه غسلهما اعلم أن نزع الخفين ومضي المدة غير ناقض وإنما الناقض الحدث السابق لكن الحدث إنما يظهر عمله عند وجودهما فأضيف إليهما مجازا **(فإذا مضت)** أي المدة **(نزعهما وغسل رجله)** لما بيناه فيه إشارة إلى أنه لا يجب إعادة بقية الوضوء وقال الشافعي رحمه الله في قول يعيده **(وخروج القدم إلى الساق نزع)** لأنه لا يمكنه المشي فيه كذلك وكذا يثبت حكم النزع بخروج أكثر القدم في الصحيح لأن للأكثر حكم الكل

(مسح مسافر ثم أقام بعد يوم وليلة نزع) لأنه صار مقيما فلا يمسح أكثر من يوم وليلة **(وقبل ذلك يتم يوما وليلة)** لأن هذه مدة الإقامة وهو مقيم **(مسح مقيم ثم سافر قبل يوم وليلة تم مدة المسافر)** لأنه مسافر فإن الحكم يتعلق بآخر الوقت كما في المسئلة المتقدمة بخلاف ما إذا سافر بعد يوم وليلة لأن الحدث سرى إلى الرجل فلا بد من الغسل **(ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة والبرقع)** بضم الباء والقاف هو الخمار **(والقفازين)** بضم القاف وتشديد الفاء ما تعمل لليدين يُحشَى بقطن يلبس من البرد وإنما لم يجر المسح في هذه الأشياء لأنه لا حرج في نزع هذه الأشياء والرخصة لدفع الحرج **(ويجوز على الجبائر)** وهي جمع الجبيرة العود التي يجبر بها العظم المكسور **(وإن شدها على غير وضوء)** إن للوصل لأن في اعتباره حرجا ولأن غسل ما تحتها سقط بخلاف ما تحت الخفين اعلم أن مسح الجبائر مستحب عند أبي حنيفة رحمه الله وواجب عندهما فلو تركه جاز عنده وقالوا رحمهما الله لا يجوز وهذا إذا لم يضره المسح ولو أضره لا يجب اتفاقا **(فإن سقطت عن برء بطل)** لزوال العذر بخلاف ما إذا سقطت لا عن برء لأن العذر باق **(افتصد وعصب يده يمسح على جميع العصابة مع فرجتها إن ضرَّ حلها)** لأن العصابة لا تعصب على وجه ساتره على موضع الفصد فحسب بل يدخل ما حوله تحت العصابة فكان في مسح ما تحت جميع العصابة ضرورة وقيد بقوله إن ضرَّ حلّه لأنه إن لم يضره الحلُّ يمسح على الخرقة التي عليها ويغسل حوالها **(وهكذا الجراحات والقروح)** الهاء للتنبيه والكاف للتشبيه وذا اسم إشارة إلى القريب فكأنه قال أنبئك بأن الحكم في الجراحات والقروح كالحكم في الفصد

(وضع على شقاق رجله دواء لا يصل الماء تحته تجري⁹² الماء على ظاهر الدواء) إقامة للواجب بقدر الإمكان ودفعاً للضرر

باب الحيض

الحيض في اللغة السيالان يقال حاضت الشجرة إذا سأل منها الصمغ وفي الشرع ما ذكره المصنف رحمه الله في قوله (وهو الدم الذي تصير المرأة به بالغة) وقال الفضل⁹³ رحمه الله: "الحيض هو الدم الذي ينفضه رحم امرأة سليمة عن داء وصغر" فقوله سليمة عن داء احتراز عن النفساء فإنها كالمريضة حتى يعتبر تصرفها من الثلث وقوله وصغر لأن الدم الذي تراه الصغير لا يكون حيضاً (وأقله ثلاثة أيام ولياليها وأكثره عشرة أيام ولياليها) لقوله صلى الله عليه وسلم: "أقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلاثة أيام ولياليها وأكثره عشرة أيام"⁹⁴ وعن أبي يوسف رحمه الله أقله يومان وأكثر اليوم الثالث إقامة للأكثر مقام الكل ولا اعتبار به لأنه تنقيص عن تقدير الشرع (وما نقص عن أقله أو زاد على أكثره وما تراه الحامل استحاضة) أما الأولان فلأن التقدير الشرعي يمنع أن يكون ما وراء القدر حكمه وإلا لم يكن في التقدير فائدة وأما الثاني فلأن الحامل لا تحيض لأن بالحمل يسد فم الرحم ويصير دم الحيض غداء للجنين فلا يكون حيضاً وليس بنفاس فيكون استحاضة لأن الدماء الخارجة منها مختصرة في هذه الثلاثة (لا يمنع الصوم والصلاة والوطء) لقوله صلى الله عليه وسلم: "توضئي وصلي وإن قطر الدم على الحصى"⁹⁵ ثبت حكم الصلاة به عبارة وحكم الوطء والصوم دلالة إذ الإجماع منعقد على أن دم الرحم يمنع الصوم والصلاة والوطء ودم العرق لا يمنع واحداً منها فما لم يمنع هذا الدم الصلاة علم أنه دم عرق لا دم رحم فثبت الحكمين الآخرين دلالة (وما تراه المرأة من الألوان) وهي سِنَّة الحمرة والصفرة والكدرية والخضرة والسوداء والترابية وهي كلون التراب

⁹² الصواب "يجري".

⁹³ هو الإمام أبو بكر محمد بن البخاري

⁹⁴ الدارقطني، السنن، 4/ 484.

⁹⁵ البخاري، "الوضوء" 63؛ الترمذي، "الطهارة" 93؛ أبو داود، "الطهارة" 108؛ ابن ماجه، "الطهارة" 115؛ النسائي، "الطهارة" 135.

(في مدة حيضها حيض حتى ترى البياض الخالص) لما روي أن عائشة رضي الله تعالى عنها جعلت ما سوى البياض الخالص حيضاً^{٩٦} وهذا مما لا يهتدي إليه الرأي وجلّ منصبها عن الكذب فتعيّن السماع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أبو يوسف رحمه الله لا تكون الكدرة حيضاً إلا بعد الدم لأن الكدرة ما يتكدر وأوّل الشيء لا يتكدر قلنا هذا في إناء يسيل من أعلاه فم الرحم منكوس يسيل من أسفله فخرج الكدرة أولاً كجرة تُقَبّ أسفلها فإن الكدرة تخرج أولاً ثم يخرج الصافي وكان ينبغي أن لا يكون الكدرة أيضاً إذا تأخرت عن الصافي لكن تركناه إجماعاً

(وكذا الطهر المتخلل في المدة) أي وكذا الطهر المتخلل بين الدمين في المدة المعهودة حيض لأن المدة لا يستوعب بالدم فاعتبر أولها وآخرها وفي المثل الوجود بين الدمين عدم كما أن الطهر بين الدمين دم اعلم أن المروي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنها إذا رأت في طرفي الحيض جميعاً دماً لا تجعل الطهر فاصلاً كثيراً كان الدم أو قليلاً ويكون كدم مستمر حتى إن امرأة لو رأت الدم ساعة وطهر ثلاثة أيام إلا ساعة ثم رأت الدم ساعة يجعل الكل كدم مستمر وكذا لو رأت أول العشرة ساعة دماً وآخرها كذلك يكون الكل حيضاً وفي المسئلة تفاصيل تعرف في الكتب المبسوطة **(وهو)** الحيض **(يسقط عن الحائض الصلاة أصلاً)** فلا تقضيها إذا طهرت **(يحرم عليها الصوم فتقضيه)** إذا طهرت لقول عائشة رضي الله تعالى عنها للسائل عنها: "كنا على عهد رسول الله عليه السلام نقضي الصيام ولا نقضي الصلاة"^{٩٧} ولأن في قضاء الصلوات حرجاً لتضاعفها ولا حرج في قضاء الصوم **(ويحرم وطئها)** لقوله تعالى ﴿ولا تقربوهن حتى يطهرن﴾^{٩٨}

(ويكفر مستحله) لأن حرمة ثبتت بالكتاب والإجماع وذكر الإمام السرخسي في كتاب الحيض أنه لو استحل وطئ امرأته الحائض يكفر وفي النوادر عن محمد رحمه الله أنه لا يكفر هو الصحيح وفي استحالة اللواطه بامرأته لا يكفر على الأصح **(ويستمتع بها ما فوق الإزار)** لأن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت: "كان رسول الله عليه السلام يأمرني فأترّر فيباشرني وأنا حائض"^{٩٩} وقال محمد رحمه الله يجتنب شعار الدم أي موضعه وله ما سواه لأن

^{٩٦} الموطأ، "الطهارة" 27.

^{٩٧} الترمذي، "الصوم" 68.

^{٩٨} سورة البقرة، الآية: 222.

^{٩٩} البخاري، "الاعتكاف" 4؛ الترمذي، "الطهارة" 99؛ الدارمي، "الوضوء" 107.

الأذى فيه ولهما قوله تعالى ﴿فاعتزلوا النساء في المحيض﴾¹⁰⁰ منع قربان كل بدنها إلا أن ما وراء الإزار خصَّ بحديث عائشة رضي الله تعالى عنها فيبقى الباقي على الحرمة وفيما قاله رتّع حول الحمى فيمنع منه حذرا من الوقوع فيه **(وإذا انقطع لأقل من عشرة أيام لم يجز وطئها حتى تغتسل)** لأن الدم يدُرّ مرّة وينقطع أخرى فلا بد من الاغتسال ليرتجح جانب الانقطاع **(أو يمضي عليها وقت صلاة)** بناء على أن الصلاة تصير دينا في ذمتها بمضي أدنى وقت صلاة بقدر أن يقدر على الغسل والتحريمه إلى أن انقطع في آخر الوقت لأن الشرع حكم بطهارتها لما وجبت الصلاة عليها ولو كان انقطع دون عاداتها فوق الثلث واغتسلت أو مضى عليها الوقت كره وطئها حتى يأتي عاداتها إذ العود في العادة غالب فكان الاحتياط في الاجتناب

(وإذا انقطع لعشرة جاز) الوطء **(قبل الغسل)** لأن الحيض لا مزيد له على العشرة إلا أنه لا يستحب قربانها لأن قوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد يقتضي حرمة الوطء إلى غاية الاغتسال ولكننا حملناها على ما إذا كان أيامها أقل من عشرة دفعا للتعارض بين القراءتين فظاهره يورث شبهة فلذا لا يستحب

(وأقل الطهر خمسة عشر يوما) أي أقل الطهر الذي يمكن أن يكون طرفاه حيضا لا يكون أقل من ذلك ولو طرفه عين حتى لو رأت ثلاثة أيام دما وخمسة عشر طهرا ثم ثلاثة دما فالثلاثة الأولى طهر والثانية حيض ولو انتقص الطهر المتخلل عن خمسة عشر يوما ولو طرفه عين فالثلاثة الأولى حيض دون الثانية هكذا روي عن إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى ولا يعرف ذلك عنده لأنه من المقادير والظاهر أنه سمع من صحابي وذا سمع من النبي عليه السلام لأن للطهر أثرا في إيجاب الفرض كالإقامة لها أثر في تكميل الفرض ثم ثبت بالأخبار أن أقل مدة الإقامة خمسة عشر يوما فكذا أقل مدة الطهر ولا حدًّا لأكثره يعني ما دامت ترى الطهر تصوم و تصلي إذ الطهر وإن طال طهر فلا يتقدر بتقدير

فصل

(المستحاضة ومن به سلس البول وانطلاق البطن وانفلات الرياح والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ) أي لا يسكن (يتوضؤون لوقت كل صلاة ويصلون به ما شاؤوا) من الفرائض والنوافل

¹⁰⁰ سورة البقرة، الآية: 222.

اعلم أن المعذور في الشرع وهو الذي استغرق عذر من سيلان الدم ونحوه وقت صلاة في الابتداء ولا يخلو وقت صلاة عنه في البقاء يتوضأ لوقت كل فرض عندنا ويتوضأ لكل فرض عند الشافعي رحمه الله تعالى ويتوضأ لكل نفل أيضا عند مالك رحمه الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم: "المستحاضة تتوضأ لكل صلاة"¹⁰¹ إلا أن الشافعي رحمه الله تعالى يقول النفل تبع للفرض فلا يفرد له بحكم على حدة بل له حكم المتبوع ولنا قوله صلى الله عليه وسلم: "المستحاضة يتوضأ"¹⁰² لوقت كل صلاة"¹⁰³ وهو المراد بالأول توفيقا بينهما ولأن الوقت أقيم مقام الأداء تيسيرا فيدار الحكم عليه

(إذا خرج الوقت بطل فيتوضؤون لصلاة أخرى) أي بطل وضوئهم عند خروجه بالحدث السابق إذ الوقت ليس بخارج منه فضلا من أن يكون نجسا والحدث الخارج النجس ولكنه لما كان الحدث بعمل عنده أضيف إليه مجازا الحاصل أن وضوء المعذور يبطل بخروج الوقت عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعند زفر رحمه الله تعالى بدخوله وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى بأيهما كان

وثمره الخلاف تظهر في مسئلتين إذا توضأ للصبح ثم طلعت الشمس وإذا توضأ بعد طلوع الشمس ثم دخل وقت الظهر فعندهما ينتقض في الأولى للخروج ولا ينتقض في الثانية لعدمه وعند زفر رحمه الله تعالى بالعكس وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى ينتقض بهما والحجج تعرف في الكتب المبسوطة

(والمعذور هو الذي لا يمضي عليه وقت صلاة إلا والحدث الذي ابتلي به موجود) هذا شرط البقاء أما شرط صيرورته معذورا سيلان دم ونحوه وقت صلاة كامل في الابتداء اعتبارا لطرف الثبوت بطرف السقوط فالمستحاضة إذا انقطع دمها وقت كامل خرجت من الاستحاضة وفي أقل من ذلك لا يخرج

(وإذا زاد الدم على العشرة ولها عادة معروفة فالزائد عليها) أي على العادة

(استحاضة) لأن الزيادة على العشرة علم كونها استحاضة فيزيد إلى أيام أقرائها قال صلى الله عليه وسلم للمستحاضة: "دعي الصلاة أيام أقرائك ثم توضئي وصلي"¹⁰⁴ إنما وضع المسئلة في الزائد على العشرة لأنه لو لم

¹⁰¹ البخاري، "الوضوء" 63؛ أبو داود، "الطهارة" 68؛ الترمذي، "الطهارة" 94؛ ابن ماجه، "الطهارة" 115؛ الموطأ، "الطهارة" 107.

¹⁰² الصواب "تتوضأ"

¹⁰³ قال الزيلعي: غريب جدا ثم نقل عن الطحاوي أنه قال: إن مذهبنا قوي من جهة النظر، نصب الراية، 1/ 268.

¹⁰⁴ ابن ماجه، "الطهارة" 115.

يزد عليها فالزائد على عاداتها حيض لكونه في أيام الحيض **(وإذا بلغت مستحاضة)** فالنصب حال مقدرة كقوله تعالى: ﴿فادخلوها خالدين﴾¹⁰⁵

(فحيضها عشرة من كل شهر) لأنها مدة صالحة للحيض فلا يخرج بالشك **(والباقى استحاضة)** لما تقدم

فصل

(النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة) لأنه مشتق من تنفس الرحم بالدم أو من خروج النفس وهو الولد أو الدم **(ولا حد لأقله وأكثرها أربعون يوما)** لقوله صلى الله عليه وسلم: "تقعد النساء أربعين يوما"¹⁰⁶ إلا أن ترى طهرا قبل ذلك قدر الأكثر ولم يقدر الأقل ولو كان له حدٌ لقدره ولأن خروج الولد دليل خروج الدم من الرحم فاستغني عن التقدير ولا دليل في الحيض فاحتجنا إلى التقدير ليستدل بدوامه على أنه من الرحم **(وإذا جاوز الدم الأربعين ولها عادة)** معروفة **(فالزائد عليها استحاضة)** لما بينا أن التقدير الشرعي يمنع إلحاق غيره به **(وإذا لم يكن لها عادة فنفسها أربعون)** لأنه أمكن جعله نفاسا والأربعون في النفاس كالعشرة في الحيض **(والنفاس في التوأمين)** التوأمين ولدان من بطن واحد لا يكون بين ولادتهما أقل مدة الحمل وهو ستة أشهر **(عقيب الأول)** وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد وزفر رحمهما الله تعالى من الولد الأخير لأن النفاس حكم تعلق بالولادة كانقضاء العدة والولد الأخير تعتبر¹⁰⁷ في العدة فكذا في النفاس ولأن النفاس كالحيض لأنها من الرحم والحبل ينافي الحيض فينافي النفاس ولهما أن دم الحامل لم يكن حيضا لأنها ليست من الرحم لأن العادة جرت أن فم الرحم ينسد بالحبل وقد انفتح فم رحمها بخروج الولد الأول فكان نفاسا وانقضاء العدة يتعلق بفراغ الرحم ولا فراغ مع بقاء شيء من الشغل وهذا لأن الله تعالى قال ﴿وأجلهن أن يضعن حملهن﴾¹⁰⁸ والحمل اسم للكل **(والسقط إن استبان بعض خلقه)** كالشعر والظفر

¹⁰⁵ سورة الزمر، الآية: 73.

¹⁰⁶ أبو داود، "الطهارة" 119؛ الدارقطني، السنن، 1/491.

¹⁰⁷ والصواب "يعتبر"

¹⁰⁸ سورة الطلاق، الآية: 4.

(ولد) حتى تصير نفساء وتصير الأمة به أم ولد وينزل الشرط المعلق بمجيئ الولد وتنقض العدة به أخذا بالاحتياط قيّد بقوله إن استبان لأنه لو لم يستبن من خلقه شيء فلا نفاس لها فإن أمكن جعل المرئي من الدم حيضا بأن تقدم عليه طهر تام جعل حيضا وإن لم يمكن جعله حيضا بأن لم يتقدم طهر تام فهو استحاضة

باب الأنجاس وتطهيرها

الأنجاس جمع نجس وهو يطلق على الحقيقي والحكمي والخبث يُطلق على الحقيقي فقط والحدث على الحكمي فقط والتطهير إثبات الطهارة أو إزالة النجاسة وكل منهما يستدعي ثبوت النجاسة في المحل حكما أو حقيقيا لئلا يلزم إثبات الثابت أو إزالة المزال فتأمل

(النجاسة) نوعان **(غليظة وخفيفة)** فالغليظة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ما ورد في نجاسته نص ولم يعارضه نص آخر اختلف الناس فيه أو اتفقوا والمخففة ما تعارض نصان في طهارته ونجاسته اختلف الناس فيه أو اتفقوا وعندهما الغليظة ما اتفق على نجاسته والخفيفة ما اختلف فيه قال في زوائد المنظومة:

"والأصل ما نجسه نص ورد، من غير أن عارضه نص فردّ، فإنه غلظ النعمان ألبسه مرضاته الرحمن، وما سواه فخفيف فاعلما، واعتبر فيه اختلاف العلماء".

(المانع من الغليظة¹⁰⁹ أن يزيد على قدر الدرهم) وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى قليل النجاسة كثيرة لأن النص الموجب للتطهير لم يفصل ولأن قليل الحدث مانع فكذا قليل الخبث والجامع اشتراط التطهير منهما ولنا أن القليل عفو بالإجماع كدم البعوض والبعوث والكثير معتبر بالإجماع فجعلنا حد الفاصل قدر الدرهم أخذا عن موضع الاستنجاء فإن الاستنجاء بالحجر سنة والحجر لا يستأصل النجاسة ولهذا لو جلس في ماء قليل نجّسه وذلك يبلغ قدر الدرهم والصلاة جائزة معه إجماعا فحكمنا أن قدر الدرهم عفو شرعا وقد روى أن عمر رضي الله تعالى عنه سئل عن قليل النجاسة في الثوب فقال إذا كان مثل ظفري هذا يمنع جواز الصلاة وظفره كان قريبا من كفنا ثم إن الرواية اختلفت عن محمد رحمه الله تعالى في الدرهم تارة اعتبره من حيث الوزن وهو قدر الدرهم

¹⁰⁹ أي الغليظة هي من النجاسة المانع جواز الصلاة

الكبير المثقال وتارة اعتبره من حيث المساحة قدر عرض الكفِّ فوقَّ أبو جعفر الهندواني رحمه الله تعالى بين كلاميه بما ذكر في المتن

(مساحة إن كان الخبث مائعا) أي رقيقا (ووزنا إن كان كثيفا) أي إن كان النجس مستجسدا

(والمانع من الخفيفة أن يبلغ ربع الثوب) لأن للربع حكم الكل في بعض الأحكام كحلق ربع الرأس في الإحرام وكشف ربع العورة ثم قيل ربع جميع الثوب وقيل ربع الموضع الذي أصابه كالكمِّ والذيل (وكل ما يخرج من بدن الإنسان موجبا للتطهير فنجاسته غليظة) كالغائط والبول والدم ولا خلاف فيه وكذلك المني عندنا على ما سيجيء إن شاء الله تعالى وقيد بقوله موجبا للتطهير احترازا عما لم يكن موجبا للتطهير كالبزاق والمخاط والدمع والعرق (وكذلك البول والأخشاء) أي نجاسة مغلظة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن النص الوارد في نجاسته وهو ما روى أنه عليه السلام رمى بالروث وقال: "إنه رجس"¹¹⁰ لم يعارضه غيره والأخشاء مثله وبهذا ثبت التغليظ عنده على ما مر وعندهما مخففة لاختلاف العلماء فإن مالكا رحمه الله تعالى يقول بطهارة الأرواث والأخشاء ولأن فيها ضرورة لامتلاء الطرق والخامات بها وللضرورة أثر في إسقاط النجاسة كما في سؤر الهرة فلأن يؤثر في التخفيف أولى (وبول الفأرة) أي وكذلك بول الفأرة نجاسة مغلظة لإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم: "استنزها البول"¹¹¹ وكذلك خرؤها نجاسة مغلظة (والصغير) أي وكذلك بول الصغير نجاسة مغلظة أكل أو لم يأكل وقال الشافعي رحمه الله تعالى بول الصبي قبل أن يفطم يكفي فيه رش الماء بخلاف الصبية لقوله صلى الله عليه وسلم: "يغسل الثوب من بول الجارية ويرش الماء من بول الغلام قبل أن يأكل"¹¹² ولنا قوله صلى الله عليه وسلم: "إنما يغسل الثوب من خمس من بول وغائط وقيء ودم ومني"¹¹³ من غير فصل (والمني نجس يغسل رطبه ويجزئ الفرق) وهو الحك باليد حتى يتفتت (في يابسه) وقال الشافعي رحمه الله المنى طاهر لأنه أصل بني آدم ولنا قوله عليه السلام في المنى لعائشة رضي الله عنها: "إن كان رطبا فاغسله وإن كان يابسا فافركيه"¹¹⁴ وقوله صلى الله عليه

¹¹⁰ البخاري، "الوضوء" 21؛ الترمذي، "الطهارة" 13؛ ابن ماجه، "الطهارة" 16؛ النسائي، "الطهارة" 38.

¹¹¹ مسلم، "الطهارة" 111؛ أبو داود، "الطهارة" 11؛ ابن ماجه، "الطهارة" 26؛ النسائي، "الطهارة" 27.

¹¹² أبو داود، "الطهارة" 135.

¹¹³ الدارقطني، السنن، 1/ 311.

¹¹⁴ مسلم، "الطهارة" 106؛ الدارقطني، السنن، 1/ 306.

وسلم: "إنما يغسل الثوب من خمس" وعدّها منها المنيّ على ما مرّ آنفاً وكونه أصل الآدمي لا يوجب طهارته كالعلقة على أن التخليق من النجس ثم تشريفه بأنواع الكرامات أبلغ **(وإذا أصاب الخُفَّ نجاسة لها جرم كالروث)** والقذرة والدم والمني **(فجفّ فذلكه بالأرض جاز)** وقال محمد رحمه الله لا يجوز إلا في المنيّ خاصّة لأن المتداخل في الخُفّ لا يزيلها الجفاف والدّلّك وصار كالثوب والمني خصّ بالنص ولهما قوله صلى الله عليه وسلم: "من وطئ بنعله أذى فيمسحه بالأرض له طهور"¹¹⁵ ولأن الجلد صلب فالظاهر أنه لا يتشرب فيه إلا القليل ثم يعود ذلك القليل إلى جرم النجاسة إذا يّست فإذا دلت بالأرض زالت بها فيها وما بقي قليل وهو عفو بخلاف الثوب فإنه لا يجوز فيه إلا الغسل وإن ييس لأن أجزائه متخلخلة أي في خلالها فرج فيتداخله كثير من أجزاء النجاسة **(والرطب ما لا جرم له كالخمر لا يجزئ فيه إلا الغسل)** أي إذا أصاب الخُفّ نجس رطب له جرم لا يجزئ فيه إلا الغسل وكذا إذا أصابه نجس لا جرم له رطباً كان أو يابساً كالخمر والبول لا يجزئ فيه إلا الغسل أما في الأول فلأن الرطوبة التي فيه لا يطهر إلا بالغسل لو أصابه بانفراده فكذا مع غيره والفتوى على أنه لو مسحه بالأرض بحيث لم يبق أثر النجاسة يطهر للضرورة ولإطلاق الأذى في الحديث وأمّا في الثانية فلأن البلل دخل في أجزاء الخُفّ ولا جاذب له على الخُفّ حتى لو لصق عليه طين رطب فجفّ ثم دلكه جاز كالذي له جرم يروى ذلك عن أبي يوسف رحمه الله **(والسيف والمرآة يكتفى بمسحهما فيهما)** يعني إذا أصابت النجاسة السيف والمرآة يكتفى بمسحهما لأنهما لصلاّتهما لا يتداخلهما¹¹⁶ شيء من النجاسة فيزول بالمسح وقوله فيهما أي في نجاسته لها جرم وفي نجاسته لا جرم لها ولا فصل بين الرطب واليابس فيهما **(وإذا أصابت الأرض نجاسة فذهب أثرها)** أي لونها أو ريحها **(جازت الصلوات عليها دون التيمم)** وقال زفر رحمه الله لا يجوز الصلاة عليها لأن الماء متعيّن للإزالة ولم يوجد وباليس يخفى أثر النجاسة ولا يزول ولهذا لا يجوز التيمم ولنا قوله عليه السلام: "ذكاة الأرض ييسها"¹¹⁷ والذكاة الطهارة وإنما لم يجز التيمم به لأن الطهورية زائدة على الطهارة فالدهن طاهر غير طهور وبالحديث ثبتت طهارته والتيمم يفتقر إلى الطهورية والصلاة لا **(وبول ما يؤكل لحمه وبول الفرس ودم السمك ولعاب البغل**

¹¹⁵ أبو داود، "الطهارة" 141.

¹¹⁶ والصواب "لا يتداخلهما"

¹¹⁷ البيهقي، السنن الكبرى، 3/ 443.

والحمار وخرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور نجاسته مخففة) أما بول ما يؤكل لحمه كالغنم والبقر والإبل فنجاسة مخففة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على اختلاف أصلهما عند أبي حنيفة رحمه الله لتعارض النصين أعني حديث العرينين¹¹⁸ وقوله: "استنزهوا البول"¹¹⁹ وعند أبي يوسف رحمه الله لمكان الاختلاف لأن محمداً رحمه الله قائل بطهارته وأما بول الفرس فمخفف عند أبي حنيفة رحمه الله لأن لحمه مأكول عنده وإنما كره للتنزيه تحامياً عن قطع مادة الجهاد وكذا عند أبي يوسف رحمه الله لمكان الاختلاف وعند محمد رحمه الله طاهر لأن لحمه مأكول عنده على ما عرف وأما دم السمك فعن أبي يوسف رحمه الله أنه نجس وهو المختار عند المصنف رحمه الله والأصح أنه ليس بنجس لأنه ليس بدم حقيقة لأنه يبيض بالشمس وأما لعاب البغل والحمار فلتعارض النصوص وأما خرة ما لا يؤكل لحمه من الطيور كالصقر والبازي فمخفف عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لعموم البلوى فإنه لا يمكن الاحتراز عنه لأنها تذرق من الهواء والتحامي متعذر وعند محمد رحمه الله نجاسة غليظة لأنها لا تخالط الناس فلا بلوى وجوابه ما قلنا **(وخرء ما يؤكل لحمه من الطيور)** كالعصفور والحمام

(طاهر) وقال الشافعي رحمه الله نجس لأنه استحال إلى نتن وفساد فأشبهه خرة الدجاج ولنا إجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد مع ورود الأمر بتطهيرها **(إلا الدجاج والبطة فنجاستها مغلظة)** بالإجماع وكذا نجاسة الأوز **(ويجوز إزالة النجاسة)** من الثوب والبدن **(بالماء)** ولا خلاف فيه قال صلى الله عليه وسلم: "ثم اغسله بالماء"¹²⁰ **(وبكل مائع طاهر كالخل وماء الورد)** وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله إلا بالماء لأن الماء ينبغي أن يتنجس بأول الملاقاة والنجس لا يفيد الطهارة إلا أن القياس ترك في الماء للضرورة وبالقياس على الحكمة ولهما أن هذا مائع طاهر يزيل عين النجاسة وأثره¹²¹ فوجب أن يفيد الطهارة كالماء وهذا لأن الماء طهور بالنص والإجماع وإنما كان طهوراً لأنه مزيل للنجاسة عن المحل لا أنه مبدل حكم النجاسة إلى الطهارة ولما كان التطهير في الماء بحكم الإزالة وغير الماء يشاركه في الإزالة بل أقوى إذ الخل أقلع للنجاسة من الماء لأنه يزيل اللون والدسومة لما فيه من الشدة والحموضة وكذا ماء الورد فإنه يذهب برائحة النجاسة ما لا يذهب بالماء ونجاسة

¹¹⁸ مسلم، "القسماء" 9.

¹¹⁹ الدارقطني، السنن، 1/311.

¹²⁰ أبو داود، "الطهارة" 130.

¹²¹ والصواب "أثرها".

المحل بمجاورة عين النجاسة فمتى زال عينها بقي المحل طاهرا والقياس على الحكمية لا يستقيم لأنها عبادة لا يعقل معناها ألا يرى أنه يجب غسل غير موضع النجاسة فيقتصر على مورد الشرع وهو الماء أما الحقيقية فالمقصود إزالة النجاسة وقد زالت لما بينا قلت عبارة المصنف رحمه الله قاصرة فلو قال وبكل مائع طاهر مزيل لكانت تامة فإن اللبن والعسل مائع طاهر ولا يجوز إزالة النجاسة والتمثيل بالخل وماء الورد لا يسمن ولا يغني

(فإن كان لها عين مرئية) أي فإن كان للنجاسة عين مرئية كالدم والعذرة والمني **(فطهارتها زوالها)** لأن الحكم بالنجاسة بقيام عينها فيعدم بزوالها فلو زالت بالغسلة الواحدة طهرت عند بعض المشايخ وهو مقتضى عبارة الكتاب وقيل يشترط الغسل بعدها مرتين اعتبارا بنجس غير مرئي وقيل ثلاث مرات اعتبارا بغير المرئي **(ولا يضر بقاء أثر يشق زواله)** لقوله عليه السلام في دم الحيض: "اغسله ولا يضر بقاء أثره"¹²² ولأن فيه حرجا وتفسير المشقة أن يحتاج إلى شيء آخر لقلع الأثر سوى الماء كالخرض والصابون ونحوهما **(وما ليس بمرئية كالخمر والبول فطهارتها أن يغلب على الظن)** أي ظن الغاسل **(طهارته)** لأن غلبة الظن دليل في الشرعيات كما في أمر القبلة وذا يحصل بالغسل ثلاثا في الأغلب فلذا قال **(ويقدر بالثلاث)** وفي حق الموسوس يقدر بالسبع فلذا قال **(أو بالسبع قطعاً للموسوسة وكذلك في الاستنجاء)** يعني يغسل حتى يغلب على ظنه أنه قد طهر ولا يقدر بالمرات إلا إذا كان موسوسا فيقدر في حقه بالسبع **(ولا بد من العصر في كل مرة)** أي ولا بد من العصر فيما ينعصر كالثوب في كل مرة ويبالغ في المرة الثالثة حتى لو عصر بعده لا يسيل منه الماء ويعتبر في كل شخص قوته بناء على أن العصر هو المستخرج وما لا ينعصر بالعصر كالخرف والآجر والحنطة إذا تشربت فيه النجاسة والجلد إذا دبغ بالدهن النجس والسكين إذا موّه بالماء النجس واللحم إذا طبخ بالماء النجس قال محمد رحمه الله لا يطهر أبدا لأن المستخرج إنما هو العصر ولم يوجد فقال أبو يوسف رحمه الله طهارته أن يغسل ثلاثا ويموّه السكين بالماء الطاهر ثلاثا ويطبخ الحنطة واللحم بالماء الطاهر ثلاثا ويجفف في كل مرة أي يترك حتى ينقطع التقاطر **(والاستنجاء من كل ما يخرج من السبيلين إلا الريح)** الاستنجاء غسل موضع النجس أو مسحه والنجس ما يخرج من البطن وهو سنة لمواظبة النبي عليه السلام والاستنجاء من الريح بدعة

¹²² أبو داود، "الطهارة" 130.

(ويجوز بالحجر وما يقوم مقامه بمسحه حتى ينقيه) لأن المقصود الإنقاء فبأي شيء حصل جاز ولم يسن فيه العدد وقال الشافعي رحمه الله لا بد من الثلث لقوله صلى الله عليه وسلم: "وليستنج ثلاثة أحجار"¹²³ ولنا قوله عليه السلام "من استجمر فليوتر فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج عليه"¹²⁴ والإيتار يحصل بالواحدة

(والغسل أفضل) لأنه أبلغ في الإنقاء والنظافة (فإن تعدت المخرج لم يجز إلا الغسل) أي فإذا تعدت النجاسة مخرجها قلت أو كثرت يجب الغسل وهذا عند محمد وهو الأحوط لأنه يزيد على قدر الدرهم وعندهما رحمهما الله يجب إذا تجاوز قدر الدرهم لأن ما على المخرج سقط اعتباره لجواز الاستنجاء فيه فبقي المعتبر ما ورائه الحاصل أن المخرج كالخارج عند محمد رحمه الله وكالباطن عندهما وفي القنية إذا أصاب المخرج نجاسة من خارج أكثر من قدر الدرهم فالصحيح أنه لا يطهر إلا بالغسل عندهما رحمهما الله (ولا يستنجي بيمينه) لأن النبي عليه السلام نهى عن الاستنجاء باليمين¹²⁵ (ولا بطعام) لأنه إضاعة وإسراف (ولا روث وعظم) لنهييه عليه السلام فإن استنجى بهذه الأشياء جاز ويكره لأن المنع لمعنى في غيره فلا يمنع حصول الطهارة كالأستنجاء بثوب الغير ومائه (ويكره استقبال القبلة واستدباره)¹²⁶ في الخلاء لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها ولكن شرقوا أو غربوا"¹²⁷ وعن أبي حنيفة رحمه الله في الاستدبار لا بأس به لأنه غير مقابل للقبلة وما ينحطُّ ينحطُّ نحو الأرض الخلاء بالمد بيت التغوط وبالقصر رطب الحشيش

كتاب الصلاة

اعلم أن الصلاة أهم أركان الإيمان وأقوى الذرائع إلى نيل الجنان وهي فريضة محكمة يكفر جاحدها ولا يسع تركها ثبت¹²⁸ فرضيتها بالكتاب والسنة والإجماع وأما الكتاب فقوله تعالى ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا

¹²³ البيهقي، السنن الكبرى، 1/ 179.

¹²⁴ البخاري، "الوضوء" 26.

¹²⁵ مسلم، "الطهارة" 57.

¹²⁶ "استدبارها"

¹²⁷ مسلم، "الطهارة" 59.

¹²⁸ "ثبت"

موقتاً¹²⁹ أي فرضاً موقتاً وأما كونها خمسا فلقوله تعالى ﴿حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى﴾¹³⁰ فهذا يقتضي كونها خمسا لأنه يقتضي عددا له وسطى وراء الجمع للعطف المقتضي للمغايرة وهي خمس ضرورة وأما السنة فهي غير واحد منها قوله صلى الله عليه وسلم: "بني الإسلام على خمس شهادة أن لا إله إلا الله وإقام الصلاة"¹³¹ الحديث ومنها قوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله فرض على كل مسلم ومسلمة في كل يوم وليلة خمس صلوات"¹³² وأما الإجماع فإن الأمة قد اجتمعت على فرضية الصلوات الخمس وأوقاتها وأعداد ركعاتها عرفت بالتواتر وإذا ثبتت فرضيتها يحتاج إلى بيان سبب وجوبها وتفسيرها وركناتها وشرطها وحكمها إذ الشيء لا يجب إلا بسببه ولا يعرف إلا ببيان حقيقته ولا يوجد إلا بركنه عند شرط ولا يفعل إلا لحكمه فسبب وجوبها الوقت لأنها تضاف إليه وهي تدل على السببية ويتكرر بتكرره والسبب الجزء المتصل بالأداء لا كله وهو سبب نفس الوجوب إذ سبب وجوب الأداء الخطاب وتفسيرها لغة الدعاء قال الله تعالى ﴿وصلّ عليهم﴾¹³³ أي "أدع" وشرعا عبارة عن الأركان المعلومة وشرطها سيجيئ في بابه وركناتها القيام والقراءة والركوع والسجود وحكمها سقوط الواجب عن ذمته في الدنيا والثواب في العقبى لأن حكم الشيء ما يفعل لأجله وإنما تؤدي الصلوات ليسقط الواجب ويحصل الثواب ولما ثبت أن الوقت سبب والأسباب تتقدم على المسببات طبعاً قدمت وضعا ولذا ابتداء المصنف رحمه الله فذكر الأوقات وقدم وقت الفجر لعدم الاختلاف في أوله وآخره فقال

(وقت الفجر) أي وقت صلاة الفجر **(إذا طلع الفجر الثاني المعترض)** في الأفق **(إلى طلوع الشمس)** الفجر فجران كاذب وهو الذي يبدو طويلاً ثم يعقبه الظلام فلا يخرج به وقت العشاء ولا يحرم الأكل على الصائم وصادق وهو المعترض¹³⁴ في الأفق فيحرم به السحور ويدخل به وقت الفجر لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يَغْرَنَكُمُ الفجرُ المستطيل ولكن كلوا واشربوا حتى يطلع الفجر المستطير"¹³⁵ أي المنتشر في الأفق

¹²⁹ سورة النساء، الآية: 103 .

¹³⁰ سورة البقرة، الآية: 238 .

¹³¹ مسلم، "الإيمان" 22 .

¹³² الدارمي، "الزكاة" 1 .

¹³³ سورة التوبة، الآية: 103 .

¹³⁴ البياض

¹³⁵ مسلم، "الصيام" 43 .

(وقت الظهر من زوال الشمس إلى أن يبلغ الظل) أي ظل كل شيء (مثليه سوى فيئ الزوال) ولا خلاف في أول الوقت واختلفوا في آخره فالمذكور قول أبي حنيفة رحمه الله وقالوا إذا صار الظل مثله وهو رواية الحسن رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله وعنه إذا صار الظل مثله خرج وقت الظهر ولا يدخل وقت العصر حتى يصير مثليه فيكون بينهما وقت مهمل.

لها إمامة جبريل فإنه روي عن النبي عليه السلام أنه قال: "أَمَّنِّي جبريل مرتين عند البيت فصلى في الظهر في اليوم الأول حين زالت الشمس والعصر حين صار ظل كل شيء مثله وصلى في اليوم الثاني الظهر حين صار ظل كل شيء مثليه وصلى العصر حين صار ظل كل شيء مثليه وقال: ما بين هذين وقت لأمتك" ¹³⁶ فإن قيل لما صلى الظهر في اليوم الثاني في الوقت الأول حين زاد على المثل والظهر في اليوم الثاني قبل أن يزيد لكن قرب وهو كقوله تعالى ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ﴾ ¹³⁷ أي قرب تمام انقضاء عدتهن وله قوله صلى الله عليه وسلم: "أبردوا بالظهر فإن شدة الحر من فيح جهنم" ¹³⁸ أي أدخلوا صلاة الظهر في البرد يعني: "صلوها إذا سكنت شدة الحر" وفيح جهنم شدة حرها واشتد الحر في ديارهم إذا صار ظل كل شيء مثله لا يفتر الحر إلا بعد المثلين وإذا تعارضت الآثار يبقى ما كان على ما كان ووقت الظهر ثابت بيقين فلا يزول بالشك ووقت العصر ما كان ثابتا فيدخل بالشك كذا ذكره العلامة النسفي في الكافي ثم أصبح ما قيل في معرفة الزوال أن يغرز خشبة في مكان مستوٍ ويجعل لمبلغ الظل علامة فما دام الظل ينتقص منها فهو قبل الزوال وإن زاد فهو بعد الزوال وإن لم يزد ولم ينتقص فهو وقت الزوال وهو الظل الأصلي المسمى بفيء الزوال والأيسر منه ما روي عن محمد رحمه الله أنه يقوم مستقبل القبلة فما دامت الشمس على حاجبه الأيسر فالشمس لم تزل وإذا صارت على حاجبه الأيمن فقد زالت والفيء الرجوع وإنما سمى الظل فيئا لرجوعه من جانب إلى جانب وإذا خرج وقت الظهر على اختلاف القولين دخل وقت العصر وآخر وقتها ما لم تغرب الشمس وهذا معنى قوله

¹³⁶ أبو داود، "الصلاة" 2.

¹³⁷ سورة البقرة، الآية: 231.

¹³⁸ البخاري، "مواقيت الصلاة" 9.

(فتدخل¹³⁹ وقت العصر حتى تغيب الشمس) قال عليه السلام: "من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها"¹⁴⁰ (فتدخل وقت المغرب حتى تغيب الشفق الأبيض) يعني يدخل وقت المغرب بغروب الشمس إلى غروب الشفق لقوله عليه السلام: "وقت المغرب إذا غابت الشمس ما لم يغيب الشفق"¹⁴¹ والشفق هو البياض بعد الحمرة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله هو الحمرة وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لقوله صلى الله عليه وسلم: "الشفق هو الحمرة"¹⁴² وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وله قوله صلى الله عليه وسلم: "آخر وقت المغرب إذا اسود الأفق"¹⁴³ وعن ثعلب رضي الله عنه أنه البياض وهو مذهب أبي بكر وعائشة ومعاذ رضي الله عنهم وإذا تعارضت الأخبار يبقى ما كان على ما كان لما مر

(فيدخل وقت العشاء والوتر حتى تطلع الفجر) يعني يدخل أول وقت العشاء والوتر من غروب الشفق وهو البياض عنده والحمرة عندهما إلى الصبح لقوله صلى الله عليه وسلم: "آخر وقت العشاء حين يطلع الفجر"¹⁴⁴ (ويقدم العشاء على الوتر) يعني أن وقت الوتر وقت العشاء إلا أنه مأمور بتقديم العشاء وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله أول وقت الوتر بعد العشاء وآخر وقته ما لم يطلع الفجر وهذا الاختلاف بناء على الاختلاف في صفتها فعنده هي واجبة والوقت إذا جمع بين صلاتين واجبتين فهو فيهما وإن أمر بتقديم إحديهما كالوقتية والفائتة وعندهما هي سنة شرعت بعد العشاء فتدخل¹⁴⁵ وقته بعدها

(ويستحب الإسفار بالفجر) لقوله صلى الله عليه وسلم: "أسفروا بالفجر" وفي رواية: "نوروا بالفجر فإنه أعظم للأجر"¹⁴⁶

¹³⁹ الصواب "يدخل".

¹⁴⁰ مسلم، "المساجد" 164.

¹⁴¹ قال الزيلعي: غريب بهذا اللفظ. لكن بمعناه ما رواه مسلم، "المساجد ومواضع الصلاة" 173.

¹⁴² البيهقي، السنن الكبرى، 2/ 105.

¹⁴³ قال الزيلعي غريب. وأشار إلى حديث أبي داود في سننه "الصلاة" 2. نصب الراية، 1/ 202.

¹⁴⁴ قال الزيلعي: غريب. نصب الراية 1/ 303.

¹⁴⁵ الصواب "فيدخل"

¹⁴⁶ أبو داود، "الصلاة" 8.

(والإبراد بالظهر في الصيف وتقديمها في الشتاء) لأنه عليه السلام إذا كان بالشتاء بَكَرَ بالظهر أي صلاها في أول الوقت وإذا كان بالصيف أبردها ¹⁴⁷ **(وتأخير العصر ما لم يتغير الشمس)** أي ويستحب تأخير العصر في كل زمان ما لم يتغير الشمس لأنه عليه السلام كان يأمر بتأخير العصر ¹⁴⁸ والعبرة لتغير القرص وهو أن يصير بحال لا تحار فيه الأعين لا لتغير الضوء **(وتعجيل المغرب)** أي ويستحب تعجيل المغرب في كل زمان لأن تأخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود وقال عليه الصلاة والسلام: "لا يزال أمتي بخير ما عجلوا المغرب" ¹⁴⁹ وعن أبي قلابة أنه قال: "ما اجتمع أصحاب رسول الله عليه السلام على شيء كاجتماعهم على التنوير بالفجر والتأخير بالعصر والتعجيل بالمغرب" ¹⁵⁰ **(وتأخير العشاء إلى ثلث الليل)** لقوله صلى الله عليه وسلم: "لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بتأخير العشاء إلى ثلث الليل" ¹⁵¹ **(ويستحب في الوتر آخر الليل فإن لم يثق بالانتباه أوتر أوله)** لقوله صلى الله عليه وسلم: "من خاف ألا يقوم آخر الليل فليوتر أوله ومن طمع أن يقوم آخر الليل فليوتر آخره فإن صلاة آخر الليل مشهودة" ¹⁵² وذلك أفضل **(ويستحب تأخير الفجر والظهر والمغرب وتعجيل العصر والعشاء يوم الغيم)** أما الفجر فلما روي أنها وأما الظهر والمغرب فلثلا يقع قبل الزوال والغروب وأما تعجيل العصر فلثلا تقع في الوقت المكروه وأما تعجيل العشاء فلثلا يؤدي إلى تقليل الجماعة باعتبار المطر والثلج وقوله: "يوم الغيم" متعلق بالكل

فصل

(لا يجوز ¹⁵³ الصلاة وسجدة التلاوة وصلاة الجنازة عند طلوع الشمس وزوالها وغروبها) لحديث عقبة بن عامر الجهني رضي الله عنه قال: "ثلاثة أوقات نهانا رسول الله عليه السلام أن نصلي فيها وأن نقبر فيها موتانا عند طلوع

¹⁴⁷ البيهقي، السنن الكبرى، 4 / 422.

¹⁴⁸ الدارقطني، السنن، 1 / 558.

¹⁴⁹ أبو داود، "الصلاة" 6.

¹⁵⁰ ابن أبي شيبه، المصنف، 3 / 130.

¹⁵¹ النسائي، "المواقيت" 20.

¹⁵² مسلم، "صلاة المسافرين وقصرها" 162.

¹⁵³ الصواب "لا تجوز".

الشمس حتى ترتفع وعند زوالها حتى تزول وحين تتضيف للغروب¹⁵⁴ حتى تغرب¹⁵⁵ والمراد بقوله أن نقبر صلاة الجنائز لأن الدفن غير مكروه وسجدة التلاوة في معنى الصلاة **(إلا عصر يومه عند الغروب)** فإنه يجوز لأن السبب هو الجزء القائم من الوقت لأنه لو تعلق بالكل لوجب الأداء بعده ولو تعلق بالجزء الماضي فالمؤدّي في آخر الوقت قاضٍ وإذا كان كذلك فقد أداها كما وجبت بخلاف غيرها من الصلوات لأنها وجبت كاملة فلا يتأدى بالناقص **(ولا يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس ولا بعد العصر حتى تغرب)** لحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي عليه السلام نهي عن الصلاة في هذين الوقتين¹⁵⁶ ويجوز أن يصلي في هذين الوقتين الفوائت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنائز ولا يصلي ركعتي الطواف لأن النهي لمعنى في غيره وهو شغل جميع الوقت بالفرض إذ ثواب الفرض أعظم فلا يظهر النهي في حق فرض مثله وظهر في ركعتي الطواف لأنه دونه **(ولا بعد طلوع الفجر)** أي ولا يتنفل بعد طلوعه **(بأكثر من سنة الفجر)** لأنه عليه السلام لم يزد عليها ولو جاز لفعل تعليمًا للجواز **(ولا قبل المغرب)** ولا يتنفل قبل المغرب لأن فيه تأخير المغرب وهو مكروه **(ولا إذا خرج الإمام يوم الجمعة)** أي ولا يتنفل إذا خرج الإمام **(للخطبة)** يوم الجمعة إلى أن يفرغ لقوله صلى الله عليه وسلم: "إذا خرج الإمام فلا صلاة ولا كلام"¹⁵⁷ ولما فيه من الاشتغال عن سماع الخطبة **(ولا قبل صلاة العيد)** لأنه عليه السلام لم يفعل مع حرصه على الصلاة **(ولا يجمع بين صلاتين في وقت واحد في حضر ولا سفر)** وقال الشافعي رحمه الله يجمع بين الظهر والعصر وبين المغرب والعشاء بعذر السفر والمطر فيصلي الظهر في وقت العصر أو العصر في وقت الظهر وكذا في المغرب والعشاء بالمرتبة ولنا قوله تعالى ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا﴾¹⁵⁸ أي فرضًا موقتًا وفي الجمع تغير الوقت وقوله صلى الله عليه وسلم: "من جمع بين صلاتين في وقت واحد فقد أتى بابا من الكبائر"¹⁵⁹ وتأويل ما روي أنه جمع بينهما فعلا بأن آخر الظهر إلى آخر وقته وأدّى العصر في أول وقته

¹⁵⁴ يميل للغروب ومنه الضيف لأنه يميل إلى بيت المضيف

¹⁵⁵ مسلم، "صلاة المسافرين وقصرها" 293.

¹⁵⁶ مسلم، "صلاة المسافرين وقصرها" 286.

¹⁵⁷ قال الزيلعي: غريب مرفوعاً. نصب الراية، 2/ 210.

¹⁵⁸ سورة النساء، الآية: 103.

¹⁵⁹ الترمذي، "الصلاة" 24.

(إلا بعرفة) فإنه يجمع فيها بين الظهر والعصر بالاتفاق **(والمزدلفة)** فإنه يجمع بين المغرب والعشاء بالاتفاق لما سيأتي بيانه إن شاء الله

باب الأذان

الأذان في اللغة الإعلام قال الله تعالى ﴿ وَأَذَانٌ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ﴾¹⁶⁰ وفي الشرع الإعلام بوقت الصلاة بألفاظ معلومة مأثورة على صفة مخصوصة وثبوتها بالكتاب وهو قوله تعالى ﴿ وَإِذَا نَادَيْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ اتَّخَذُوهَا هُزُوا وَلَعِبًا ﴾¹⁶¹ أي وإذا ناديتُم إلى الصلاة اتَّخذوا الصلاة أو المناداة هُزوا ولعبا والنداء إلى الصلاة ليس إلا الأذان وكان رجل بالمدينة إذا سمع المؤذن أن يقول أشهد أن محمداً رسول الله قال أحرق الله بيت الكاذب فدخل خادمه بنار ذات ليلة وهو نائم فتطايرت منها شرارة في البيت فأحرق البيت واحترق هو وأهله كذا في الكشف¹⁶² والسنة وهو حديث الملك النازل¹⁶³ من السماء وإجماع الأمة فإنهم لم يختلفوا في ثبوته وإنما اختلفوا في أنه واجب أو سنة والصحيح أنه سنة مؤكدة **(وصفته معروفة ولا ترجيع فيه)** والترجيع أن يخفض بالشهادتين ثم يرجع ويرفع صوته وقال الشافعي رحمه الله فيه ذلك لحديث أبي مخذورة مؤذن النبي عليه السلام أنه أمره بالترجيع ولنا أنه لا ترجيع في المشاهير وتأويل ما رواه¹⁶⁴ أنه أمره بالتكرار تعليماً فظن الراوي أنه أمره بالترجيع **(والإقامة مثله)** أي مثل الأذان في ذكرها مثنى مثنى هكذا ملك النازل من السماء وهو حجة على الشافعي رحمه الله أنها فرادى فرادى إلا قوله "قد قامت الصلاة" **(وهما)** أي الأذان والإقامة **(سنة للصلوات الخمس والجمعة)** لمواظبة النبي عليه السلام عليهما فيها وتخصيص الجمعة لئلا يظن أنها كالعيد للمشابهة **(ويزيد في أذان الفجر بعد الفلاح الصلاة خير من النوم مرتين)** لأن بلالا رضي الله عنه قال الصلاة خير من النوم مرتين حين وجد النبي عليه السلام نائماً فقال صلى الله عليه وسلم: "ما أحسن هذا اجعله في أذانك"¹⁶⁵ خصَّ الفجر لأنه وقتُ نَوْمٍ وغفلةٍ **(وفي الإقامة)**

¹⁶⁰ سورة التوبة، الآية: 3.

¹⁶¹ سورة المائدة، الآية: 58.

¹⁶² الزمخشري، تفسير الكشف، 1/ 636.

¹⁶³ أبو داود، "الصلاة" 28.

¹⁶⁴ الدارقطني، السنن، 1/ 516-517-518.

¹⁶⁵ الطبراني، المعجم الكبير، 1/ 355.

أي يزيد في الإقامة **(قد قامت الصلاة مرتين)** هكذا فعل الملك النازل من السماء **(وَيُرْتَلُّ الْأَذَانُ وَيُحْدَرُ الْإِقَامَةُ)** بذلك أمر رسول الله عليه السلام بلالا ومعنى الترتيل أن يفصل بين كلمات الأذان ومعنى الحدر الوصل والسرعة **(ويستقبل بها)** أي بالأذان والإقامة **(القبلة)** لأن الملك النازل من السماء أذن وأقام مستقبل القبلة ولو ترك الاستقبال جاز لحصول المقصود ويكره لمخالفته السنة **(ويجعل إصبعيه في أذنيه)** بذلك أمر النبي عليه السلام وقال: "إنه أئدى لصوتك" ¹⁶⁶ **(ويحول وجهه يمينا وشمالا بالصلاة والفلاح)** أي ويحول المؤذن وجهه يمينا إذا انتهى إلى حيٍّ على الصلاة وشمالا إذا انتهى إلى حيٍّ على الفلاح هكذا نقل من فعل بلال رضي الله عنه ولأنه خطاب الناس فيواجههم وما عدا ذلك تكبير وتهليل ومعنى حيٍّ على الصلاة حيٍّ على الفلاح أسرعوا إلى الصلاة وإلى ما فيه نجاتكم **(ويجلس بين الأذان والإقامة إلا في المغرب)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يجلس في المغرب جلسة خفيفة أي مقدار ما يجلس الخطيب بين الخطبتين لأن الفصل بينهما سنة كسائر الصلوات إلا أنه يكتفي في المغرب بالجلسة الخفيفة تحرزا عن التأخير وله أن التأخير مكروه فيكتفي بأدنى الفصل احترازا عنه والمكان في مسئلتنا مختلف وكذا النغمة فيقع الفصل بالسكته **(ويكره التلحين في الأذان)** وهو تغيير الكلمة لتحسين الصوت لما روي أن رجلا جاء إلى ابن عمر رضي الله عنه فقال: "إني أُحِبُّكَ" فقال: "إني أبغضك فقال: لم؟ قال: لأنه بلغني أنك تُغَنِّي في أذانك" ¹⁶⁷

(وإذا قال حيٍّ على الصلاة قام الإمام والجماعة) إجابة للدعاء **(وإذا قال قد قامت الصلاة كبر الإمام)** تصديقا له إذ هو أمين الشرع وعن أبي يوسف رحمه الله لا يكبر حتى يفرغ ليدرك تكبيرة الإمام **(وإذا كان الإمام غائبا أو هو المؤذن لا يقوموا حتى يحضر)** لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا تقوموا حتى تروني قمت مقامي" ¹⁶⁸ ولأنه لا فائدة في القيام قبل رؤية الإمام **(ويؤذن للفائتة ويقيم)** هكذا فعل رسول الله عليه السلام حين قضى صلاة الصبح غداة ليلة التعريس وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اكتفائه بالإقامة **(ولا يؤذن لصلاة قبل وقتها)** لأن الأذان للإعلام بدخول الوقت وقبل الوقت يكون تجهيلا لا إعلاما وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله يجوز للفجر

¹⁶⁶ أبو داود، "الصلاة" 28.

¹⁶⁷ عبد الرزاق، المصنف، 1/ 481.

¹⁶⁸ البخاري، "الأذان" 23.

في النصف الأخير من الليل لتوارث أهل الحرمين ولنا قوله عليه السلام لبلال: "لا تُؤذّن حتى تستين لك الفجرُ هكذا"¹⁶⁹ ومدّ يده عرضاً **(ولا يتكلم في الأذان والإقامة)** لأن التنحنح فيها مكروه فما ظنك بالكلام

(ويؤذن ويقيم على طهارة) لأنه ذكر فيستحب فيه الطهارة ولئلا يصير داعياً لما لا يجب بنفسه ولئلا يفصل بين الإقامة والصلاة **(ويكره أذان الجنب وإقامة المحدث)** أما الإقامة فلما فيها من الفصل بينهما وبين الصلاة وأما الأذان فلأن له شبهاً بالصلاة من حيث أنه يشترط فيهما الوقت وكذا يشترط في الأذان استقبال القبلة لإقامة السنة كما يشترط في الصلاة لإقامة الفرض والمفارقة بين الأذان والإقامة ظاهرة فشرطنا الطهارة عن أغلظ الحديث اعتباراً للمشابهة ولم يشترط عن أخفها اعتباراً للمفارقة

الحاصل أن أذان الجنب وإقامته يكره رواية واحدة لما تقدم وإقامة المحدث يكره في رواية لما قلنا من الفصل بينهما وبين الصلاة ولا يكره في رواية لأنه أحد الأذنين وأذان المحدث يكره في رواية لأنه لم يصّر داعياً إلى ما لا يجب بنفسه ولا يكره في رواية لأنه ذكر وليس بصلاة فكان الوضوء فيه مستحباً كالقراءة

باب ما يفعل قبل الصلاة

(وهي ست فرائض طهارة البدن من النجاستين) أي الحدث والخبث لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يقبل الله تعالى صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه"¹⁷⁰ وإنه يوجب الطهارة عن النجاسة الحكمية ولقوله صلى الله عليه وسلم: "اغسل عنك الدم وصلي"¹⁷¹ وهو يوجب الطهارة عن النجاسة الحقيقية **(وطهارة الثوب)** لقوله تعالى ﴿وإيابك فطهر﴾¹⁷² **(وطهارة المكان)** لقوله تعالى ﴿وطهر بيتي للطائفين والعاكفين والركع السجود﴾¹⁷³ **(وستر العورة)** لقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا خذوا زينتكم عند كل مسجد﴾¹⁷⁴ أي "خذوا ما يوارى عوراتكم عند كل صلاة" لأن أخذ عين الزينة لا يتصور فأريد محلها وهو الثوب ولا يجب أخذ الزينة لغير المسجد فدل أنه

¹⁶⁹ أبو داود، "الصلاة" 40.

¹⁷⁰ أبو داود، "الطهارة" 31؛ ابن ماجه، "الطهارة" 2.

¹⁷¹ البيهقي، السنن الكبرى، 2/ 55.

¹⁷² سورة المدثر، الآية: 4.

¹⁷³ سورة البقرة، الآية: 125.

¹⁷⁴ سورة الأعراف، الآية: 31.

للصلاة لكن كني عن الصلاة بالمسجد فالأول إطلاق اسم الحال على المحل والثاني على العكس **(واستقبال القبلة)** لقوله تعالى ﴿فولوا وجوهكم شطره﴾¹⁷⁵ أي جهته ونحوه **(والنية)** لقوله صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات"¹⁷⁶ ولأن ابتداء الصلاة بالقيام وهو متردد بين العبادة والعادة فلا بد من النية ليتحقق التميز بينهما **(وعورة الرجل ما تحت سترته إلى تحت ركبته)** لقوله صلى الله عليه وسلم: "عورة الرجل ما دون سترته حتى تجاوز ركبته"¹⁷⁷ فتبين بهذا أن السرة ليست من العورة والركبة منها خلافاً للشافعي رحمه الله فيها **(وكذلك الأمة)** أي وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الأمة لأنها محل الشهوة بخلاف الرجل فما هو عورة في حقه كان عورة في حقها بالطريق الأولى **(وظهرها وبطنها عورة)** لأن النظر إليهما سبب الفتنة وما سوى ذلك من بدنهما فليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه: "ألقي عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر؟"¹⁷⁸ فلأنها تخرج في حاجة مولاهما في ثياب مهنتها عادة فاعتبر حالها بذوات المحارم في جميع الرجال دفعا للحرص **(وجميع الحرة عورة)** أي جميع بدن الحرة عورة لقوله صلى الله عليه وسلم: "الحرة عورة مستورة"¹⁷⁹ أي تجب سترها وهي اسم للمجموعة فيتناول كلها وهذا لأن الصيغة وإن كانت إخباراً حقيقة لكنها غير مرادة لأننا نشاهدها غير مستورة فلو حملنا على حقيقته لزم الخلف في الكلام الشارع¹⁸⁰ فحملنا على وجوب الستر إذا الوجود ملازم للإخبار والوجوب مفضى إليه **(إلا وجهها وكفيها)** لقوله تعالى ﴿ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها﴾¹⁸¹ قال ابن عباس رضي الله عنه: "الكحل والخاتم"¹⁸² ومن ضرورة إبداء الزينة إبداء مواضعها والكحل زينة الوجه والخاتم زينة الكف ولأنها تحتاج إلى كشف ذلك في المعاملات فكان فيه ضرورة **(وفي قدميها روايتان)** عن أبي حنيفة رحمه الله في رواية أنه عورة وفي

¹⁷⁵ سورة البقرة، الآية: 144.

¹⁷⁶ البخاري، "بدء الوحي" 1؛ أبو داود، "الطلاق" 11.

¹⁷⁷ البيهقي، السنن الكبرى، 3/ 86.

¹⁷⁸ عبد الرزاق، المصنف، 3/ 136.

¹⁷⁹ الترمذي، "الرضاع" 18.

¹⁸⁰ الصواب "في كلام الشارع".

¹⁸¹ سورة النور، الآية: 31.

¹⁸² البيهقي، السنن الكبرى، 3/ 80.

رواية الحسن رحمه الله أنه ليس بعورة وهي أصح لأن المرأة مبتلاة بإبداء قدميها في مشيها إذ ربما لا يجد¹⁸³ الخُفَّ (ومن كان بمكة ففرضه إصابة عين الكعبة) حتى لو صلى مكِّي في بيته يشترط أن يصلي بحيث لو أزيلت الجدران أن يقع استقباله على عين الكعبة لأن إصابة عينها ممكن (ومن كان نائياً عنها فإصابة جهتها) أي ومن كان بعيداً عن مكة ففرضه إصابة جهتها لأن إصابة العين متعذرة عليه والتكليف بقدر الوسع (ومن كان خائفاً من عدوٍّ أو سبع يصلي على أي جهة قدر) لقوله تعالى ﴿فأينما تولوا فثم وجه الله﴾¹⁸⁴ وكذلك من كان مريضاً لا يجد من يحوله إلى القبلة أو كان على خشب في البحر يصلي إلى أي جهة قدر للضرورة (وإن اشتبهت عليه القبلة) بانطماس الأعلام وتراكم الظلام وتضامه الغمام (وليس عنده من يسأله اجتهد) أي طلب جهة القبلة (وصلى ولا يعيد وإن أخطأ) لما روي "أن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم اشتبهت عليهم القبلة في ليلة مظلمة فصلى كل منهم إلى جهة وخط بين يديه خطاً فلما أصبحوا وجدوا الخطوط إلى غير القبلة فأخبروا بذلك النبي عليه السلام فقال تمت صلاتكم"¹⁸⁵ وفي رواية "لا إعادة عليكم" ولأن الواجب عليهم التوجه إلى جهة التحري إذ التكليف بقدر الوسع وقيل قوله تعالى ﴿فأينما تولوا فثم وجه الله﴾¹⁸⁶ أي قبله الله نزلت في الصلاة حالة الاشتباه وقيد بقوله "وليس عنده من يسأله" لأنه لو كان بحضرته من يسأله عنها لم يتحرر لإمكان الوصول إلى القبلة بالاستخبار بناء على أن العمل بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه والاستخبار فوق التحري (فإن علم بالخطأ وهو في الصلاة استدار وبني) لأن أهل قباء لما سمعوا بتحول القبلة استداروا كهيتهم واستحسنه رسول الله عليه السلام ولم يأمرهم بالإعادة¹⁸⁷ (وإن صلى بغير اجتهد فأخطأ أعاد) لتركه واجب الاستدلال بالتحري (وإلا فلا) أي وإن لم يخطئ فلا يعيد لوجود التوجه إلى القبلة هذا هو المفهوم من عبارة الكتاب ولكنه غير سديد وصواب لأنه لو شرع بالتحري لم يجوز وإن أصاب لأن قبلته جهة تحريه ولم يوجد فيه اللهم إلا أن يقال إنه قول أبو يوسف رحمه الله فإنه

¹⁸³ الصواب "لا تجد".

¹⁸⁴ سورة البقرة، الآية: 115.

¹⁸⁵ البيهقي، السنن الكبرى، 2/ 283.

¹⁸⁶ سورة البقرة، الآية: 115.

¹⁸⁷ البخاري، "الصلاة" 32.

¹⁸⁸ الصواب "أبي يوسف".

روي عنه أنه إذا لم يخطئ لا يعيد لأنه أتى بما هو الواجب عليه وهو استقبال القبلة **(وينوي¹⁸⁹ الصلاة التي يدخل فيها بنية متصلة بالتحريمة)** لأن الأصل في العبادات أن يكون النية متصلة بها تحقيقاً لمعنى الإخلاص إلا أن في الصوم سقط وصف الاتصال للحرص ولا حرج في الصلاة فوجب اتصالها بها وشرط الابتداء ليقع الكل مسنونا ولم يشترط في حالة البقاء للحرص **(وهي) النية (أن يعلم) المصلي (بقلبه أى صلاة هي)** وأدناها أنه لو سئل لأمكنه أن يجيب على البديهة وإن لم يقدر أن يجيب إلا بتأمل لم تجز صلاته **(ولا معتبر باللسان)** أي وحده لأنه كلام لا نية فإن فعله ليجتمع عزيمة قلبه فهو حسن قال محمد بن الحسن رحمهما الله النية بالقلب فرض وباللسان سنة **(وإن كان مأموماً¹⁹⁰ ينوي الصلاة والمتابعة¹⁹¹)** لأنه يلزمه فساد الصلاة من جهته فلا بد من التزامه **(ومن لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى معها ولم يعد)** لأن التكليف بقدر الوسع فإن كان الطاهر ربع الثوب أو أكثر صلى فيه ولا يصلي عريانا لأن الربع قائم مقام الكل شرعا على ما عرف وإن كان الطاهر أقل من الربع فكذلك عند محمد رحمه الله وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله وقالوا رحمهما الله يتخير بين أن يصلي عريانا وبين أن يصلي فيه والصلاة فيه أفضل **(ومن لم يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا موميا وهو أفضل من القيام)** لأنه أُبْتُلِيَ ببليتين فيختار أيهما شاء إلا أن القعود أولى لأن الإيلاء خلف عن الأركان ولا خلف عن ستر العورة وقد روي أن الصحابة صلّوا كذلك

باب الأفعال في الصلاة

(ينبغي للمصلي أن يخشع في صلاته) لقوله تعالى ﴿قد أفلح المؤمنون الذين هم في صلاتهم خاشعون﴾¹⁹² وكان لجوف رسول الله عليه السلام إذا صلى أزيز كأزيز المزجل¹⁹³ **(ويكون نظره) في قيامه (إلى موضع سجوده)** لما روي أنه عليه السلام كان لا يجاوز بصره في صلاته موضع سجوده¹⁹⁴ تخشعا لله تعالى وهو أقرب إلى التعظيم من إرسال

¹⁸⁹ يفترض أن ينوي المصلي صلاته لقوله تعالى ﴿وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين﴾ والإخلاص إنما يكون بالنية

¹⁹⁰ أي مقتديا بقول اللهم أريد أن أصلي فرض الوقت متابعا بهذا الإمام فيسره لي وتقبله مني

¹⁹¹ يعني يضيف المقتدي إلى نية الصلاة نية المتابعة أي متابعة الإمام لأنه يبني صلاته على صلاة الإمام فلا بد من التزامه حتى لو لحقه ضرر

الفساد من جهة إمامه كان ضررا ملتما

¹⁹² سورة المؤمنون، الآية: 2-1.

¹⁹³ أبو داود، "الصلاة" 157.

¹⁹⁴ البيهقي، السنن الكبرى، 3/ 192-193.

الطرف يمينا وشمالا وقيدنا بقولنا في قيامه لأنه لو كان في ركوعه ينبغي أن يكون نظره إلى أصابع رجله ولو كان في سجوده إلى أرنبة انفه وفي قعوده إلى حجره

(ومن أراد الدخول في الصلاة كبر) لقوله تعالى ﴿وَرَبِّكَ فَكَبِّرْ﴾¹⁹⁵ والمراد تكبيرة الافتتاح لأن سائر التكريرات ليس¹⁹⁶ بفرض فتعين¹⁹⁷ هذه لثلا يؤدي إلى تعطيل النص (ورفع يديه ليحاذي إبهاماه شحمتي أذنيه) لقوله صلى الله لوائل بن حجر رضي الله عنه: "إذا افتتحت الصلاة فارفع يديك حذاء أذنيك"¹⁹⁸ والشافعي رحمه الله في قوله يرفع يديه إلى منكبيه محجوج به ولا يفرج أصابعه كل التفريج ولا يضمها كل الضم وإنما يفرجها كل التفريج في الركوع ويضمها كل الضم في السجود (ولا يرفعها في تكبيرة سواها) أي ولا يرفع يديه في تكبيرة سوى تكبيرة الافتتاح وقال الشافعي رحمه الله يرفع يديه عند الركوع وعند رفع الرأس من الركوع وفي المسئلة حكاية يصلح دليلا للفريقين ذكرها العلامة النسفي في الكافي الأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم: "لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن"¹⁹⁹ وذكر منها تكبير الافتتاح (ثم يعتمد بيمينه على راسه يساره تحت سرتة) لقوله صلى الله عليه وسلم: "إن من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة"²⁰⁰ وهو حجة على مالك رحمه الله في الإرسال وعلى الشافعي رحمه الله في الوضع على الصدر (ويقول سبحانك اللهم وبحمدك إلى آخره) لما روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم أنه عليه السلام كان يقول عند افتتاح الصلاة²⁰¹ وسبحان في الأصل مصدر ثم صار علما للتسبيح وهو منصوب بفعل مضمر أي أعتقد نزاهتك عن كل نقيصة وبحمدك فيه مضمر أيضا أي وبحمدك أسبِّحك وأنه في موضع الحال أي أصبح حامدا لك لأنه لولا إنعامك بالتوفيق لم أتمكن من عبادتك والبركة الخير الكثير الدائم أي دام خيرك وتزايد

¹⁹⁵ سورة المدثر، الآية: 3.

¹⁹⁶ الصواب "ليست".

¹⁹⁷ الصواب "فتعينت".

¹⁹⁸ مسلم، "الصلاة" 54.

¹⁹⁹ ابن أبي شيبة، المصنف، 3/ 421.

²⁰⁰ مسلم، "صلاة المسافرين وقصرها" 197.

²⁰¹ الدارقطني، السنن، 1/ 626.

(وتعوذ)²⁰² لقوله تعالى ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ﴾²⁰³ أي إذا أردت قرائه القرآن فأطلق اسم المسبب على

السبب وكان ينبغي أن يكون واجبا لظاهر الآية إلا أن السلف رضي الله عنهم أجمعوا على سنّيته

(ويقرأ باسم الله الرحمن الرحيم) هكذا نقل في المشاهير **(ويخفيه)** أي ويخفي كل واحد من التسييح والتعوذ

والتسمية أما التسييح فلأنه دعاء والأصح فيه الإخفاء وأما التعوذ والتسمية فلقول ابن مسعود رضي الله عنه:

"أربع يخفين الإمام" وذكر منها التعوذ والتسمية²⁰⁴ وقال الشافعي رحمه الله يجهر بالتسمية عند الجهر بالقراءة لما

روي أنه عليه السلام يجهر بالتسمية ولما صلى معاوية بالمدينة ولم يجهر بالتسمية أنكروا عليه فقالوا سرقت من

الصلاة أي التسمية فدل أن الجهر بها كان معروفا عندهم ولنا ما روى ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال ما جهر

رسول الله عليه السلام بالتسمية في صلاة مكتوبة²⁰⁵ وعن عبد الله بن مغفل رضي الله عنه أنه سمع ابنه يجهر

بالتسمية فقال: يا بُنَيَّ إياك والحدث في الإسلام فإني صليت خلف رسول الله عليه السلام وخلف أبي بكر وعمر

رضي الله عنهم وكانوا لا يجهرون بالتسمية²⁰⁶ **(ثم إن كان المصلي إماما جهر بالقراءة في الفجر وأوليين من المغرب**

والعشاء وفي الجمعة والعيدين)²⁰⁷ هذا هو المأثور عن رسول الله عليه السلام والمتوارث من لدن رسول الله عليه

السلام إلى يومنا هذا من غير نكير الأصل فيه أن النبي عليه السلام كان يجهر بالقراءة في الصلوات كلها في الابتداء

والمشركون يؤذونه ويسبون من أنزل ومن أنزل عليه²⁰⁸ فأنزل الله تعالى ﴿وَلَا تَجْهَرُ بِصَلَاتِكَ وَلَا تُخَافُهَا﴾²⁰⁹

ولا تجهر بصلواتك كلها ولا تخافت بها كلها وابتغ بين ذلك سبيلا بأن يجهر بصلاة الليل وتخافت بصلاة النهار

²⁰² إن كان إماما أو منفردا وإن كان مأموما لا يتعوذ وقال أبو يوسف رحمه الله يتعوذ لأن التعوذ تبع للثناء وهو للصلاة عنده فإن التعوذ ورد

للنص صيانة للعبادة عن الخلل الواقع فيها بسبب وسوسة الشيطان الصلاة يشمل على القراءة والأركان والأفعال فكانت أولى وعندهما

لافتتاح القراءة بالنص ولا قراءة على المأموم.

²⁰³ سورة النحل، الآية: 98.

²⁰⁴ عبد الرزاق، المصنف، 2/ 87.

²⁰⁵ عبد الرزاق، المصنف، 2/ 87.

²⁰⁶ أبو داود، "الصلاة" 66.

²⁰⁷ والوتر في رمضان

²⁰⁸ النسائي، "الافتتاح" 80.

²⁰⁹ سورة الإسراء، الآية: 110.

فكان يخافت بعد ذلك في صلاة الظهر والعصر لأنهم كانوا مستعدين للأداء في هذين الوقتين وكان يجهر في صلاة المغرب لأنهم كانوا مشغولون بالأكل والشرب وفي صلاة العشاء والفجر كانوا ينامون وكذا يجهر في العيدين والجمعة لأنه عليه السلام أقامها في المدينة وما كان للكفار في المدينة قوة الأذى وهذا العذر وإن زال بغلبة المسلمين فالحكم باقي **(وإن كان منفرداً إن شاء جهر)** لأنه إمام نفسه **(وإن شاء خافت)** لأنه ليس خلفه من يسمعه والجهر أفضل لقوله صلى الله عليه وسلم: "من صلى وحده على هيئة الجماعة صلى خلفه صفوف من الملائكة"²¹⁰

(وإن كان مأموماً لا يقرأ) وقال الشافعي رحمه الله يقرأ الفاتحة في السرية والجهرية لأن القراءة ركن في الصلاة فيشتركان فيها ولا يسقط بالاعتداء كالركوع والسجود ولنا قوله تعالى ﴿وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾²¹¹ وأكثر أهل التفسير على أن هذا خطاب للمقتدين فهم بالاستماع أمروا وبالإنصات ندبوا وبالرحمة وعدوا ومنهم من حمل على حال الخطبة ولا تنافي بينهما وإنما أمروا بهما لما فيها من قراءة لا يقال الإمام سكت ليقرأ المقتدي لأننا نقول السكوت حرام حتى لو سكت طويلاً ساهياً لزمه سجود السهو وقوله صلى الله عليه وسلم: "من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة"²¹² وقوله صلى الله عليه وسلم: "إنما جعل الإمام إماماً ليؤتم به فإذا كبر فكبروا وإذا قرأ فأنصتوا"²¹³ الحديث يبين كيفية الإتيان فأمر في البعض بالمشاركة وفي البعض بالسكوت فثبت أن الإتيان على ما علمه لا على نمط واحد ومنع المقتدي عن القراءة مأثور عن ثمانين نفراً من كبار الصحابة رضي الله عنهم منهم المرتضى والعبادلة وقد دَوَّن أهل الحديث أساميهم وهو ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدي الاستماع والإنصات لأن المراد من القراءة التدبر وصار كالخطبة يوم الجمعة لما شرعت وعظاً وتذكيراً وجب الاستماع لها لتحصل فائدها بخلاف سائر الأركان لأنها شرعت للخشوع ولا يحصل لهم الخشوع إلا بالسجود معه والركوع كذلك ولأن المقتدي إن خاف فوته جازت صلاته وإن لم يقرأ بالإجماع ولو كانت من

²¹⁰ عبد الرزاق، المصنف، 1 / 510.

²¹¹ سورة الأعراف، الآية: 204.

²¹² الدارقطني، السنن، 1 / 669.

²¹³ مسلم، "الصلاة" 77.

الأركان في حقه لما سقطت بهذا العذر كالركوع والسجود وأما قوله صلى الله عليه وسلم: "لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب"²¹⁴ فمحمول على ابتداء الإسلام فعن أبي بن كعب لما نزلت هذه الآية تركوا القراءة خلف الإمام²¹⁵ حكي أن رجلاً من أصحاب الحديث جاءوا إلى الإمام الأعظم أبي حنيفة الكوفي رضي الله عنه فقالوا: أنت تقول قراءة الإمام قراءة المأموم فلا يقرأ خلفه فقال: بلى فقالوا: لم تقول ذلك؟ فإننا قد جئناك للمباحثة معك فقال الإمام فكيف أباح معكم والواحد لا يباحث إلا مع واحد؟ فقالوا له: تكلم مع أحدنا هذا وأشاروا إلى الأعمى عندهم فإن غلبته في البحث وألزمته فقد غلبت علينا وألزمنا وذلك لأن هذا أعلمنا وكلامه كالمنا فقال أبو حنيفة رحمه الله فإذا كان مسلماً عندهم أن كلامه كلامكم وإلزامه إلزامكم فلم لا يكون مسلماً عندهم إن قراءة الإمام قراءة المأموم فافهمهم الإمام وألزمهم فتحيروا من فطنته وذهنه فله الصمد المستعان در الإمام النعمان رضي الله تعالى عنا به فانه كشجرة طيبة أصلها ثابت وفرعها في السماء **(ويخفي الإمام والمأموم آمين)** يعني إذا قال الإمام ولا الضالين قال آمين ويقولها المؤتم لقوله صلى الله عليه وسلم: "إذا أمن الإمام فأمنوا"²¹⁶ والإخفاء لما روينا ولأنه دعاء فيكون مبناه على الإخفاء والمد فيه اختيار الفقهاء والقصر اختيار أهل اللغة ومعناه فليكن كذلك وقيل إنه اسم من أسماء الله تعالى **(وإذا أراد) المصلي (الركوع كبر)** لأنه عليه السلام كان يكبر عند كل خفض ورفع²¹⁷ **(وركع)** لقوله تعالى: "واركعوا" ولقوله عليه السلام لأعرابي حين علمه الصلاة: "ثم اقرأ ما تيسر من القرآن ثم اركع"²¹⁸ والركوع يتحقق بما يطلق عليه اسم الركوع وهو الانحناء وقيل إن كان إلى حال القيام أقرب لا يجوز وإن كان إلى حال الركوع أقرب جاز **(ووضع يديه على ركبتيه وفرج بين أصابعه)** لقوله عليه السلام لأنس بن مالك رضي الله عنه: "إذا ركعت فضع يديك على ركبتيك وفرج بين أصابعك"²¹⁹ ولأنه أمكن في أخذ الركبة

²¹⁴ أبو داود، "الصلاة" 132.

²¹⁵ الدارقطني، السنن، 1/669.

²¹⁶ النسائي، "الافتتاح" 33؛ عبد الرزاق، المصنف، 2/97.

²¹⁷ مسلم، "الصلاة" 27.

²¹⁸ مسلم، "الصلاة" 45.

²¹⁹ الترمذي، "الصلاة" 78.

(وبسط ظهره) أي سَوَّى رأسه بعجزه لأنه عليه السلام كان إذا ركع بسط ظهره حتى لو وضع على ظهره قدح ماء لاسْتَقَرَّ²²⁰ **(ولا يرفع رأسه ولا ينكسه)** لأنه عليه السلام كان إذا ركع لا يصوّب رأسه ولا يقنعه²²¹ أي لا يخفض رأسه ولا يرفعه **(ويقول سبحان ربي العظيم ثلاثاً)**²²² لقوله صلى الله عليه وسلم: "إذا ركع أحدكم وقال سبحان ربي العظيم ثلاثاً فقد تم ركوعه"²²³ وذلك أدناه ولم يرد به أدنى الجواز وإنما أراد به أدنى الكمال لجواز الركوع والسجود بدون الذكر وإن زاد على الثلاث فهو أفضل إلا أنه يكره للإمام التطويل لما فيه من تنفير الجماعة **(ثم يرفع رأسه ويقول سمع الله لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك الحمد)** أو يقول ربنا ولك الحمد أو اللهم ربنا لك الحمد أو اللهم ربنا ولك الحمد بكل ذلك ورد الأثر ولا يجمع بينهما الإمام عند الإمام رحمه الله وقالوا رحمهما الله وهو رواية الحسن عنه رضي الله عنه لثلاث يكون تاركاً ما حَصَّ عليه غيره وله قوله عليه السلام إذا قال الإمام سمع الله لمن حمده قولوا ربنا لك الحمد هذه قسمة وهي تنافي الشركة ولأن الإمام لو أتى بالتحميد يتأخر عن قول المأموم وهو خلاف موضوع الإمامة والإمام بالدلالة آتٍ به معنى والمنفرد يجمع بينهما في الأصح وإن كان يروى الاكتفاء بالتسميع ويروى الاكتفاء بالتحميد وعليه أكثر المشايخ ثم قوله سمع الله لمن حمده مجاز عن الإجابة يقال سمع الأمير كلام فلان إذا تلقاه ولم يسمع أي لم يُحِبَّ ومنه يقال سمع القاضي بينة فلان إذا تلقاها بالقبول واللام لعود المنفعة والهاء للكناية لا للاستراحة ومعناه قبل ثناء من أثنى عليه وأجاب كذا في المستصفي وذكر في الفوائد الحميدية إن الهاء للسكينة والاستراحة **(ثم يكبر)** لما رويناه أنه عليه السلام كان يكبر في كل خفض ورفع **(ويسجد على أنفه وجبهته)**²²⁴ لأنه عليه السلام واظب عليه فإن اقتصر على الأنف جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقد أساء وقالوا رحمهما الله لا يجوز إلا من عذر وهو رواية عنه وإن اقتصر على الجبهة جاز بالإجماع لها قوله صلى الله عليه وسلم: "أمرت أن أسجد على سبعة أربابٍ الجبهة والكفين والركبتين والقدمين"²²⁵ فالسجود على الجبهة

²²⁰ الطبراني، المعجم الكبير، 12/ 129.

²²¹ الترمذي، "الصلاة" 110.

²²² ويسبح ثلاثاً وهو أدناه أي أدنى التسبيح المسنون من الخمس والسبع والتسع ولا يرد الإشكال على أصل الفعل بالنسبة إلى التسع لأنه على التقليل على أفراد المضاف إليه المفرق لاسم التفضيل لكونه كناية عن الجمع

²²³ الترمذي، "الصلاة" 79.

²²⁴ مسلم، "الصلاة" 27.

²²⁵ الترمذي، "الصلاة" 87؛ أبو داود "الصلاة" 101.

فرض فإن قلت لا يتم الاستدلال فهما بهذا الحديث لأنه يدل على أن وضع الكل واجب مع أن وضع اليدين والركبتين سنة قلت لا يمتنع أن يؤمر بأشياء ويكون بعضها فرضا وبعضها سنة والحديث مخصوص بالدلائل الخارجية وله أن الأنف محل السجود بدليل جواز السجود عليه عند العذر ولو لم يكن محلا لما جاز كالحذو والذقن فإن سجد على الأنف يكون ساجدا فيخرج عن عهدة السجود في قوله تعالى واسجدوا ولأن الجبهة والأنف عظم واحد ثم السجود على أحد طرفيه يجوز فكذا الآخر **(ويضع يديه حذاء أذنيه)** لما روي أنه عليه السلام جعل كذلك **(وييدي ضبعيه)** أي يظهر عضديه لقوله صلى الله عليه وسلم: "وأبْدِ ضَبْعَيْكَ"²²⁶ والضبع بالسكون لا غير وهو من المرفق إلى الكتف **(ويجافي بطنه عن فخذه)** لما روي أنه عليه السلام: "كان يجافي بطنه في سجوده حتى إن هممة لو أرادت أن تمر لمرت"²²⁷ **(ولا يفترش ذراعيه)** لقول أبي ذر رضي الله عنه: "نهاني خليل الله تعالى عن ثلث: أن أنقر نقر الديك وأقعي إقعاء الكلب وأفترش افتراش الثعلب"²²⁸ **(ويقول سبحان ربي الأعلى ثلاثا)** لقوله عليه السلام: "إذا سجد أحدكم فليقل في سجوده سبحان ربي الأعلى ثلاثا"²²⁹ وذلك أدناه وندب أن يزيد على الثلاث في السجود كما في الركوع بعد أن يختم بالوتر لأنه عليه السلام كان يختم بالوتر **(ثم يكبر)** لما روينا **(ويرفع رأسه ويجلس)** والواجب من الرفع ما يتناوله الاسم لأن الواجب الفصل بين السجودتين وأنه يتحقق بما ذكرنا وقيل إن كان إلى القعود أقرب جاز وإلا فلا **(ثم يكبر ويسجد)** لقوله عليه السلام: "ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ثم اجلس حتى تستوي جالسا"²³⁰ **(ثم يكبر وينهض قائما)** لما روي أنه عليه السلام كان ينهض على صدور قدميه²³¹ والنهوض القيام بسرعة ففي قوله وينهض إشارة إلى أنه لا يقعد ولا يعتمد بيديه على الأرض وقال الشافعي رحمه الله يجلس جلسة خفيفة ثم يقوم معتمدا على الأرض لما روي أنه عليه السلام فعل كذلك ولنا حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي عليه السلام كان ينهض على صدور قدميه²³²

²²⁶ البخاري، "الصلاة" 27. انظر نصب الراية للزيلعي، 1/ 465.

²²⁷ مسلم، "الصلاة" 237.

²²⁸ مسلم، "الصلاة" 240.

²²⁹ الترمذي، "الصلاة" 79.

²³⁰ مسلم، "الصلاة" 45.

²³¹ الترمذي، "الصلاة" 98.

²³² الترمذي، "الصلاة" 98.

وما رواه محمود على حالة الكبر ولأن هذه القعدة للاستراحة والصلاة ما وضعت لها **(ويفعل كذلك في)** الركعة **(الثانية)** لقوله عليه السلام لرفاعة: "ثم افعل ذلك في كل ركعة" ²³³ **(سوى الافتتاح والتعوذ)** لأنها لم يشرع إلا مرة واحدة ثم إن تعديل الأركان ليس بفرض عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله والشافعي رحمه الله فرض وهي الطمأنينة في الركوع والسجود وإتمام القيام من الركوع والقعدة بين السجدين لقوله عليه السلام لأعرابي أخفّ صلاته: "أعدّ صلاتك فإنك لم تصل" ²³⁴ ولهما أنه أتى بما ينطلق عليه اسم الركوع والسجود وهو انحناء الظهر ووضع الجبهة فدخل تحت قوله ﴿واركعوا واسجدوا﴾ ²³⁵ والطمأنينة دوام عليه والأمر بالفعل لا يقتضي الدوام ولا يجوز الزيادة على الكتاب بخبر الواحد وما رواه يقتضي الوجوب وهي واجبة عندنا حتى يجب سجود السهو بتركها ساهيا وقيل هي سنة **(فإذا رفع رأسه فيها)** أي في الركعة الثانية **(من السجدة الثانية افترش رجله اليسرى فجلس عليها ونصب اليمنى)** هكذا حكى وائل بن حجر وعائشة رضي الله عنهما قعود النبي عليه السلام في التشهد ²³⁶ **(وتشهد)** أي قرأ تشهد ابن مسعود رضي الله عنه **(وهو)** أي التشهد **(التحيات لله)** أي الأتنية القولية لله تعالى **(والصلوات)** العبادات البدنية لله تعالى **(والطيبات)** أي العبادات المالية لله تعالى وهذا على مثال من يدخل على عظماء الملوك فإنه يثنيه أولا ثم يخدم ثم يبذل المال **(السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله)** وقال الشافعي رحمه الله السنة تشهد ابن عباس رضي الله عنه التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا إلى آخره لأن ابن عباس رضي الله عنه من شبان الصحابة وإنما اختار ما استقر عليه الأمر وابن مسعود رضي الله عنه من الشيوخ ينقل ما كان في الابتداء وإنما رجحنا تشهد ابن مسعود رضي الله عنه لأن فيه الأمر فإنه قال: أخذ رسول الله عليه السلام بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة القرآن وقال: قل التحيات لله" إلى آخره ²³⁷ ومطلقه للإيجاب وأقله الاستحباب والألف واللام أي في

²³³ الترمذي، "الصلاة" 110.

²³⁴ ابن ماجه، "إقامة الصلاة" 72؛ الترمذي، "الصلاة" 110.

²³⁵ سورة الحج، الآية: 77.

²³⁶ ابن أبي شيبة، المصنف، 1/ 254.

²³⁷ مسلم، "الصلاة" 59-60.

السلام وهو أبلغ لأنه يستغرق الجنس وسلام نكرة يتناول الواحد وزيادة واو عطف وهي لتجديد الكلام لأن المعطوف غير المعطوف عليه فيصير كل كلام ثناء على حدة وبغير واو يصير الكل ثناء واحدا كما في القسم فإن من قال والله والرحمن والرحيم لا أفعل كذا ففعل لزمته ثلاث كفارات وبدون واو العطف لزمته كفارة واحدة وفيه تأكيد التعليم وترجيحه بعيد لأنه يؤدي إلى تقديم رواية الأحداث على رواية المهاجرين الأولين وأحد لا يقول به **(ويقرأ فيما بعد الأولين فاتحة الكتاب)** وهي سنة وبه ورد الأثر وإن شاء سبج لأنها ليست بواجبة ورى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن القراءة في الآخرين واجبة ولو تركها ساهيا يجب عليه سجود السهو في ظاهر الرواية ولو سكت فيها عامدا كان مسيئا وإن كان ساهيا لا سهو عليه كذا في شرح المصنف رحمه الله

(ويجلس في آخر الصلاة) كما بينا أي افترش رجله اليسرى فجلس عليها ونصب اليمنى لما روينا وقال مالك رحمه الله يتورك في القعدتين وقال الشافعي رحمه الله يفترش في الأولى ويتورك في الثانية وما قلنا أشق على البدن فيكون أفضل ثم الجلوس في آخر الصلاة فرض لقوله عليه السلام في حديث الأعرابي: "إذا ورفعت رأسك من آخر سجدة الركعة الثانية وقعدت قدر التشهد فقد تمت صلاتكم"²³⁸ علّق التمام بالقعدة دون القراءة ومقدار الفرض في القعدة مقدار التشهد **(ويتشهد)** كما بينا وهو واجب عندنا **(ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم)** وهو سنة عندنا وقال الشافعي رحمه الله هما فرضان أما التشهد فلقول ابن مسعود رضي الله عنه كنا نقول قبل يفترض علينا التشهد: "السلام على الله السلام على جبرائيل وميكائيل"²³⁹ وأما الصلاة على النبي عليه السلام فبالآية ولقوله صلى الله عليه وسلم: "لا صلاة لمن لم يصل عليّ في صلاته"²⁴⁰ وأقل الصلاة عنده "اللهم صلّ على محمد" ولنا قوله عليه السلام لابن مسعود رضي الله عنه حين علّمه التشهد: "إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك إن شئت أن يقوم فقم"²⁴¹ علّق التمام بالفعل دون القول لأن قوله إذا قلت هذا أي قرأت التشهد وأنت قاعد لأن قراءة التشهد لم يشرع إلا في القعود وقوله أو فعلت هذا أي قعدت ولم يقرأ شيئا فصار التخيير في القول دون الفعل إذ الفعل ثابت في الحالين ولو كان فرضا لما خير وإنما قلنا بالوجوب لمواظبة النبي عليه السلام والصلاة

²³⁸ الطحاوي، شرح معاني الآثار، 1/ 356.

²³⁹ ابن حبان، الصحيح، 5/ 275.

²⁴⁰ الدارقطني، السنن، 2/ 14.

²⁴¹ الدارقطني، السنن، 2/ 10.

على النبي عليه السلام خارج الصلاة واجبة إما مرة كما قال الكرخي رحمه الله إذ الأمر لا يقتضي التكرار أو كلما ذكر النبي أو سمع ذكره عليه السلام لا، لأن الأمر يقتضي التكرار بل لأنه تعلق وجوبه بسبب متكرر وهو الذكر فيتكرر بتكراره فإما أن يكون واجبة في الصلاة فلا دلالة في لفظ الآية عليه والفرض المروي في التشهد هو التقدير **(ويدعو بها شاء مما يشبه ألفاظ القرآن)** نحو قوله ﴿رَبِّ اغْفِرْ لِي وَلِوَالِدَيَّ وَلِمَن دَخَلَ بَيْتِي﴾²⁴² إلى آخره ﴿رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ﴾²⁴³ إلى آخره ﴿رَبَّنَا ظَلَمْنَا أَنْفُسَنَا﴾²⁴⁴ إلى آخره وذلك لأن القرآن كلام الله تعالى فيكون الأدعية الواردة فيه أولى **(والأدعية المأثورة)** أي ويدعو بها شاء من الأدعية المنقولة بالأثر لقوله صلى الله عليه وسلم: "ثم اختر من الدعاء أطيبه وأعجبه إليك"²⁴⁵ فمن الأدعية المأثورة ما روت عائشة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه كان يدعو في الصلاة "اللهم إني أعوذ بك من عذاب القبر وأعوذ بك من فتنة المسيح الدجال وأعوذ بك من فتنة المحيا والممات" ومنها "اللهم إني ظلمت نفسي ظلما كثيرا فاغفر لي فإنه لا يغفر الذنوب إلا أنت" ومنها "اللهم إني أسألك من الخير كله ما علمت منه وما لم أعلم وأعوذ بك من الشر كله ما علمت منه وما لم أعلم"²⁴⁶ **(ثم سلم عن يمينه السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره)** كذلك لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أنه عليه السلام كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الأيمن وعن شماله حتى يرى بياض خده الأيسر²⁴⁷ والخروج بلفظ السلام واجب عندنا وعند الشافعي رحمه الله فرض لقوله صلى الله عليه وسلم: "تحريمها التكبير وتحليلها التسليم"²⁴⁸ فالتحريم فرض فكذا التحليل ولنا ما مر من حديث ابن مسعود رضي الله عنه وأنه ينافي الفرضية لما فيه من التخيير إلا أنا أثبتنا الوجوب بما رواه احتياطا

²⁴² سورة نوح، الآية: 28.

²⁴³ سورة الحشر، الآية: 10.

²⁴⁴ سورة الأعراف، الآية: 23.

²⁴⁵ ابن حبان، 5/ 281.

²⁴⁶ مسلم، "المساجد ومواضع الصلاة" 129.

²⁴⁷ النسائي، "السهو" 71.

²⁴⁸ الحاكم، المستدرک، 1/ 235.

فصل

(الوتر واجب) عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله سنة لظهور آثار السنن فيه حيث لا يكفر جاحده ولا أذان ولا إقامة ولا جماعة في عامة السنة وله قوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله زادكم صلاة على صلاتكم الخمس ألا وهي الوتر فحافظوا عليها"²⁴⁹ والمزيد يكون من جنس المزيد عليه وقضيته الفرضية إلا أنه ليس مقطوعاً به فقلنا بالوجوب وإنما لم يكفر جاحده لأن وجوبه ثبت بالسنة ثم هو يؤدي في وقت العشاء فاكتفى بأذانه وإقامته

(وهي ثلاث ركعات كالمغرب) لا يفضل بينهما بسلام لما روى ابن مسعود رضي الله عنه وابن عباس وأبي بن كعب وعائشة وأم سلمة رضي الله عنهم أن النبي عليه السلام كان يوتر بثلاث ركعات لا يسلم إلا في آخرهن²⁵⁰ وحكى الحسن رحمه الله إجماع المسلمين على الثلاث وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله وفي قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك رحمه الله والجواب ما روينا **(ويقرأ في جميعها)** لقول ابن عباس رضي الله عنهما: "أن النبي عليه السلام قرأ في الركعة الأولى من الوتر سبح اسم ربك الأعلى وفي الثانية قل يا أيها الكافرون وفي الثالثة قل هو الله أحد"²⁵¹ ولأنه لما اختلف في وجوبها وجبت القراءة في جميعها احتياطاً أشار المصنف رحمه الله بقوله كالمغرب إلى ما بينهما من المشاركة واحتراز عن قول من يصلي الوتر بتسليمتين بقوله ويقرأ في جميعها إلى ما بينهما من الممايزة والاحتياط في أمر العبادة **(ويقت في الثالثة قبل الركوع)** وقال الشافعي رحمه الله يقت بعده لما روي أنه عليه السلام قنت في آخر الوتر²⁵² وهو بعد الركوع ولنا ما روي أنه عليه السلام قنت قبل الركوع²⁵³ وما زاد على نصف الشيء آخره وذا قد يكون قبل الركوع وقد يكون بعده فيكون مجملاً وما روينا محكم فيحمل هو عليه

(يرفع يديه ويكبر ثم يقت) أما رفع اليدين لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن"²⁵⁴ وعد منها تكبيرة القنوت وأما التكبير فلأن المصلي يكبر عند اختلاف الأحوال كما كان يكبر عند الانتقال من

²⁴⁹ عبد الرزاق، المصنف، 7/3.

²⁵⁰ البيهقي، السنن الكبرى، 4/142.

²⁵¹ البيهقي، السنن الكبرى، 4/143.

²⁵² الدارقطني، السنن، 2/153.

²⁵³ البيهقي، السنن الكبرى، 4/142.

²⁵⁴ ابن أبي شيبة، المصنف، 3/421.

القيام إلى الركوع ومن القومة إلى السجود والحالة هذه اختلفت من القراءة إلى القنوت فيكبر وأما القنوت فلا أنه عليه السلام علّم الحسن رضي الله عنه دعاء القنوت وقال: "اجعله في وترٍ"²⁵⁵ ومن لا يعرف القنوت يقول يا رب ثلاث مرات **(ولا قنوت في غيرها)** أي في غير الوتر وقال الشافعي رحمه الله يقنت في الفجر في الركعة الثانية بعد الركوع لحديث انس رضي الله عنه كان النبي عليه السلام قنت في صلاة الفجر إلى أن فارق الدنيا²⁵⁶ ولنا حديث ابن مسعود رضي الله عنه أنه قنت في صلاة الفجر شهرا يدعو على حي من أحياء العرب ثم تركه²⁵⁷ والترك دليل النسخ إذ لو كان مشروعا لما جاز تركه والترجيح بفقهاء الراوي وابن مسعود رضي الله عنه من فقهاء الصحابة المشهورين ألا ترى إلى ما رواه البخاري ومسلم رحمه الله عليهما في الصحيحين مسندا إلى مسروق قال قال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: ما أنزلت سورة إلا وأنا أعلم أين أنزلت ولا أنزلت آية إلا وأنا أعلم فيم أنزلت ولو أعلم أحدا أعلم مني بكتاب الله تبلغه الإبل لركبت إليه²⁵⁸ **(والقراءة فرض في الركعتين)** وقال الشافعي رحمه الله في الركعات كلها لقوله عليه السلام: "لا صلاة إلا بقراءة" وكل ركعة صلاة وقال مالك رحمه الله في ثلاث ركعات إقامة للأكثر مقام الكل تيسيرا ولنا أن الأمر بالفعل لا يقتضي التكرار وإنما أوجبنا في الثانية بدلالة النص لاستوائهما ثبوتا وسقوطا وقدرًا²⁵⁹ ووصفا²⁶⁰ والشفع الثاني لا يشاكل الأول في هذه الأحكام فلا يلحقان بها والصلاة فيما روي مذكورة صريحا فانصرف إلى الكاملة وهي الركعتان عرفا كما في الحلف

(سنة في الآخرين) لمواظبة النبي عليه السلام على ذلك **(وإن سبح فيها أجزاءه)** وقد بيناه فيما تقدم

(ومقدار فرض آية في كل ركعة) عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله ثلاث آيات قصار أو آية طويلة تعدلها كآية الكرسي وآية المداينة لأن القرآن اسم للمعجز وما دون ذلك ليس بمعجز وله قوله تعالى ﴿فاقرؤا ما تيسر من القرآن﴾²⁶¹ من غير تقييد وما دون الآية خارج فبقي ما ورائه ولا يفترض قراءة الفاتحة في الصلاة لإطلاق ما

²⁵⁵ أبو داود، "الوتر" 5.

²⁵⁶ عبد الرزاق، المصنف، 3/ 110.

²⁵⁷ مسلم، "المساجد والمواضع الصلاة" 299.

²⁵⁸ البخاري، "فضائل القرآن" 8.

²⁵⁹ قوله قدرنا حيث لا يضم السورة بالفاتحة في الآخرين

²⁶⁰ وقوله وصفا أي يخاف بالقراءة في الآخرين على كل حال

²⁶¹ سورة المزمل، الآية: 20.

تلونا وأما قوله عليه السلام: "لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب"²⁶² وغيره من الأحاديث فأخبار آحاد لا يجوز إطلاق نسخ الكتاب بها فيحمل على الوجوب دون الفرضية **(والواجب الفاتحة وسورة أو ثلاث آيات)** لأن النبي عليه السلام واطب على ذلك من غير ترك ولذلك وجب سجود السهو بتركها ساهيا **(والسنة أن يقرأ في الفجر والظهر طوال المفصل وفي العصر والعشاء أو ساطه وفي المغرب قصاره)** هكذا كتب عمر بن الخطاب إلى موسى الأشعري رضي الله عنهما²⁶³ والمقادير لا تعرف إلا سماعاً فالمنقول عنه كالمروي عن النبي عليه السلام والمفصل السبع السابع من القرآن سمي به لكثرة فصوله وهذا من سورة محمد عليه السلام وقيل من الفتح وقيل من الحجرات وقيل من ق إلى آخر القرآن فطواله إلى البروج وأوساطه منها إلى لم يكن وقصاره إلى الآخر **(وفي حالة الضرورة والسفر يقرأ بقدر الحال)** أي والمصلي في الحضر في حالة الضرورة والمسافر في السفر يقرأ بقدر ما لا يفوته الوقت دفعا للحرَج ولما روي أنه عليه السلام قرأ في سفره في الفجر بالمعوذتين²⁶⁴ **(ولا يتعين شيء من القرآن شيء من الصلاة)** لإطلاق قوله تعالى ﴿فاقرؤوا ما تيسر من القرآن﴾²⁶⁵ **(ويكره تعينه)** لما فيه من هجران الباقي وليس في القرآن شيء مهجور إلا أن يكون أيسر عليه أو تبركا بقراءة النبي عليه السلام مع علمه أن الكل سواء **(الجماعة سنة مؤكدة)** أي سنة تشبه الواجب في القوة وقيل فريضة لقوله تعالى ﴿واركعوا مع الراكعين﴾²⁶⁶ وقوله صلى الله عليه وسلم: "لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد"²⁶⁷ قلنا إن الله تعالى أمر بالصلاة دون الجماعة فمن شرطها فقد زاد والزيادة نسخ قال صلى الله عليه وسلم: "الجماعة سنة من سنن الهدى لا يتخلف عنها إلا المنافق"²⁶⁸ نص على السنة وقال صلى الله عليه وسلم: "لقد هممت أن أمر رجلا يصلي بالناس فانظر إلى قوم يتخلفون عن الجماعة فأحرق عليهم بيوتهم"²⁶⁹ وهذا أمانة التأكيد وقد واطب عليه السلام عليها

²⁶² أبو داود، "الصلاة" 132؛ الترمذي، "الصلاة" 116.

²⁶³ الترمذي، "الصلاة" 111-112-113؛ عبد الرزاق، المصنف، 2/ 104.

²⁶⁴ النسائي، "الافتتاح" 45؛ ابن أبي شيبة، المصنف، 1/ 322.

²⁶⁵ سورة المزمل، الآية: 20.

²⁶⁶ سورة البقرة، الآية: 43.

²⁶⁷ البيهقي، السنن الكبرى، 4/ 172؛ الدارقطني، السنن، 2/ 96-97.

²⁶⁸ مسلم، "المساجد" 144؛ ابن ماجه، "المساجد" 14.

²⁶⁹ البخاري، "الأذان" 29؛ مسلم، "المساجد" 42؛ أبو داود، "الصلاة" 46.

(وأولى الناس بالإمامة أعلمهم بالسنة) أي أعلم الناس بأحكام الصلاة صحة وفسادا إذا كان يحسن من القراءة مقدار ما يجوز به الصلاة ويجتنب الفواحش الظاهرة لأن الحاجة إلى العلم أشد حتى إذا عرض له عارض أمكنه إصلاح صلاته **(ثم أقرأهم)** أي فإن تساوا في العلم يؤمهم أعلمهم بعلم القراءة بحيث يقف في موضع الوقف ويصل في موضع الوصل ونحو ذلك من التشديد والتخفيف وغيرهما وذلك لأن القرآن ركن في الصلاة والحاجة إليه أمس **(ثم أوعهم)** أي فإن تساوا في القراءة يؤمهم أشدهم اجتنابا عن الشبهات لقوله صلى الله عليه وسلم: "من صلى خلف عالم تقي فكأنما صلى خلف نبي" ²⁷⁰ **(ثم أسنهم)** أي فإن تساوا في الورع وهو الاحتراز عن شبهة الحرام يؤمهم أكبرهم سنا لقوله عليه السلام لابني أبي مليكة "وليؤمكما أكبركما سنا" ²⁷¹ **(ثم أحسنهم خلقا)** أي فإن تساوا في السن يؤمهم أحسنهم ألفة بالناس كذا في الحديث **(فإن استوا فيه فأحسنهم وجها)** أي أكثرهم صلاة بالليل وإن استوا فأشرفهم نسبا وإن استوا فأنظفهم ثوبا وإن استوا يقرع الحاصل إن مكان الإمامة ميراث من النبي عليه السلام فتختار لها من يكون أشبه به خلقا وخلقا ومن يكون وصفه يحرض الناس على الاقتداء ويدعوهم إلى الجماعة وذلك لأن الجماعة كلما كثرت كان أفضل وهو على الترتيب المذكور كذا في الحديث المشهور **(ولا يطول)** الإمام بهم **(الصلاة)** لقوله صلى الله عليه وسلم: "من أمّ قوما فليصل بهم صلاة أضعفهم فإن فيهم الصغير والكبير وذا الحاجة" ²⁷² **(ويكره إمامة العبد)** لأنه لا يتفرغ للتعلم **(والأعرابي)** وهو البدوي لأن الجاهل على الأعرابي غالب قال الله تعالى ﴿وأجدر ألا يعلموا حدود ما أنزل الله على رسوله﴾ ²⁷³ وحكي أن أعرابيا اقتدى بإمام فقرأ قوله تعالى ﴿الأعراب أشد كفرا ونفاقا﴾ ²⁷⁴ الآية فضربه بالعصا ثم اقتدى مرة أخرى فقرأ قوله تعالى ﴿ومن الأعراب من يؤمن بالله واليوم الآخر﴾ ²⁷⁵ الآية فقال قد نفعتك العصا

²⁷⁰ قال الزيلعي: غريب، نصب الراية، 2/ 28.

²⁷¹ البخاري، "الجهاد" 42؛ مسلم، "المساجد" 53؛ ابن ماجه، "إقامة الصلاة" 46.

²⁷² البخاري، "الأذان" 62؛ مسلم، "الصلاة" 37.

²⁷³ سورة التوبة، الآية: 97.

²⁷⁴ سورة التوبة، الآية: 97.

²⁷⁵ سورة التوبة، الآية: 99.

(والأعمى والفاسق) أي ويكره إمامة الأعمى والفاسق أما إمامة الأعمى فلأنه لا يجتنب عن النجاسة وأما الفاسق فلفسقه **(وولد الزنا)** لأنه ليس له أب يُثَقِّفه فيغلب عليه الجهل **(والمبتدع)** لأن في تقديمه تقليل الجماعة والمبتدع هو المنشئ من عند نفسه شيئاً لم يُسَبِّق إليه على غير مثال ولا مشورة وإنما قيل لمن خالف السنة مبتدع لأنه أتى بشيء لم يسبق إليه الصحابة والتابعون رضوان الله عليهم أجمعين اعلم أن الكراهة في حقهم لما ذكرنا من النقائص ولو عدت بأن كان العبد أفضل من الحر والأعرابي من الحضري والأعمى من البصير وولد الزنا من ولد الرشدة فالحكم بالضد **(ولا يجوز إمامة النساء والصبيان للرجال)** أما النساء فلقوله صلى الله عليه وسلم: "أخروهن من حيث أخرهن الله"²⁷⁶ فلا يجوز تقديمها وأما الصبيان فلأن صلاتهم نافلة فلا يجوز اقتداء المفترض به وفي التراويح جَوَّزه مشايخ بلخ وقيد بقوله للرجال لأن إمامة النساء للنساء جائزة مع الكراهة وإمامة الصبيان للصبيان جائزة بلا كراهة **(ومن صلى بواحد أقامه عن يمينه)** لحديث ابن عباس رضي الله عنه أنه عليه السلام صلى به وأقامه²⁷⁷ عن يمينه وإن صلى خلفه أو في يساره جاز وهو مسيء لأنه خالف السنة **(فإن صلى باثنين أو أكثر يتقدم عليهم)** وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا صلى باثنين يتوسطهما نقل ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه ولنا أنه عليه السلام تقدم على أنس وقيم حين صلى بهما وهذا للأفضلية والأثر دليل الإباحة وإذا كانت الجماعة أكثر من اثنين يتقدم عليهم بالإجماع واعلم أن في قوله أقامه عن يمينه إشارة إلى أن الإمام أمر والمأمور يجب أن يكون منقاداً له وفي قوله يتقدم عليهم إشارة إلى أن القوم إذا كثر فالأولى أن يتقدم الإمام لا أن يأمرهم الإمام بالتأخير عنه فإن ذلك أيسر من هذا **(ويصف الرجال ثم الصبيان ثم الخنثى)** بفتح الخاء جمع الخنثى كالحبالى جمع الحبلى قدّم الصبيان لأصالتهم في الذكورة **(ثم النساء)** الأصل فيه قوله عليه السلام: "لِيَلْنِي منكم أولوا الأحلام والنهي"²⁷⁸ أي "ليقرب مني أولوا العقول" والأحلام جمع الحلم والنهي جمع نهية وهما العقل وقوله عليه السلام: "خير صفوف الرجال أولها وشرتها آخرها وخير صفوف النساء آخرها وشرها أولها"²⁷⁹ والخنثى يؤخرن من الرجال لاحتمال أنه امرأة ويقدمن على النساء لاحتمال أنه رجل

²⁷⁶ عبد الرزاق، المصنف، 3/ 149.

²⁷⁷ البخاري، "اللباس" 71.

²⁷⁸ أبو داود، "الصلاة" 95.

²⁷⁹ مسلم، "الصلاة" 132.

(ولا تدخل المرأة في صلاة الرجل إلا أن ينوبها) وقال زفر رحمه الله يدخل بغير نية كالرجل ولنا أنه يلحقه من

جهتها ضرر على سبيل الاحتمال بأن تقف في جنبه فتفسد صلاته فكان له أن يتحرز عن ذلك بترك النية

(وإذا قامت إلى جنب رجل في صلاة مشتركة فسدت صلاته) والقياس ألا تفسد وهو قول الشافعي رحمه الله

اعتباراً بصلاتها حيث لا تفسد ولنا الحديث المشهور الذي روينا وهو المخاطب به دونها فيكون هو التارك لفرض

المقام فتفسد صلاته دون صلاتها كالمأموم إذا تقدم على الإمام قيد بقوله مشتركة لأنه لو كانت المحاذاة في صلاة

غير مشتركة بينهما لا تفسد صلاته وفي المحاذاة شرائط أخر عرفت في موضعها **(ويكره للنساء حضور الجماعات)**

لقوله عليه السلام: "صلاة المرأة في قعر بيتها أفضل من صلاتها في صحن دارها وصلاتها في صحن دارها أفضل

من صلاتها في مسجدتها ويوتهن خير لهن"²⁸⁰ ولأن في خروجهن فتنة وهذا في الشواب بالإجماع وأما العجائز

فيخرجن في الفجر والمغرب والعشاء عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يخرجن في الصلوات كلها لوقوع

الأمن من الفتنة في حقهن وله أن احتمال الفتنة قائم لأن المتنقبة لا تعرف أنها عجوز غير مرغوب فيها مع أن لكل

ساقطة لاقطة والفساق انتشارهم في الظهر والعصر أما في الفجر والعشاء فهم نائمون وفي المغرب بالطعام

مشغولون والفتوى اليوم على الكراهة في كل الصلوات لظهور الفساد **(وأن يصلين بجماعة)** أي ويكره أن يصلين

بجماعة لأنها لا يخلو عن نقص واجب أو مندوب فإنه يكره لهن الأذان والإقامة ويقدم الإمام عليهن

(فإن فعلمن تقف الإمام وسطهن) هكذا روي عن عائشة²⁸¹ رضي الله عنها وهو محمول على الابتداء ولفظ الإمام

يستوي فيه الذكر والأنثى فلذا لم يدخل تاء التأنيث فيه **(ولا يقتدي الطاهر لصاحب عذر ولا القاري بالأُمِّي ولا**

المكتسي بالعرين ولا من يركع ويسجد بالمومئ ولا المفترض بالمتنفل) الأصل أن صلاة المقتدي ييتني على صلاة

الإمام صحة وفسادا لقوله عليه السلام: "الإمام ضامن"²⁸² أي ضامن بصلاته وصلاة المؤتم وبناء الناقص على

الكامل يجوز والكامل على الناقص لا يجوز لأن الضعيف لا يصلح أساساً للقوى لأنه بقدر النقصان يكون بناء

على المعدوم وأنه مح (محال) إذا عرف هذا فنقول حال الطاهر أقوى من صاحب العذر وحال القاري أقوى من

²⁸⁰ أبو داود، "الصلاة" 52-53.

²⁸¹ عبد الرزاق، المصنف، 3/ 141.

²⁸² ابن حبان، الصحيح، 4/ 560.

الأمي وحال المكتسي أقوى من حال العريان وحال الراكع والساجد أقوى من المومئ وحال المفترض أقوى من المتنفل فلا يجوز صلاتهم خلفهم **(ولا بمن يصلي فرضاً آخر)** أي ولا يقتدي المفترض بمن يصلي فرضاً آخر لأن الاقتداء شركة وموافقة فلا بد من الاتحاد وعند الشافعي رحمه الله يصح في جميع ذلك **(ويجوز اقتداء المتوضئ بالمتيمم)** وقال محمد رحمه الله لا يجوز لأن التيمم طهارة ضرورية كطهارة صاحب العذر ولهما أنه طهارة مطلقة ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة **(والغاسل بالماسح)** لأن الخف مانع من سراية الحدث إلى القدم فاستوى حالهما والقائم بالقاعد وقال محمد رحمه الله لا يجوز وهو القياس لقوة حال القائم ولنا ما روي أنه عليه السلام صلى آخر صلاته والقوم خلفه قوام²⁸³ **(والمتنفل بالمفترض)** لأنه أضعف من المفترض وبناء الأضعف على الأقوى جائز **(ومن علم أن إمامه على غير طهارة أعاد)** لقوله عليه السلام: "من أمّ قوما ثم ظهر أنه كان محدثاً أو جنباً أعاد صلاته وأعادوا"²⁸⁴ ولأن صلاة المأموم متعلقة بصلاة الإمام صحة وفساداً ولهذا المعنى يلزم المأموم سهو الإمام فإذا كانت متعلقة بصلاته تفسد بفسادها وفيه خلاف الشافعي رحمه الله **(ويجوز أن يفتح على إمامه)** إذا عجز إمامه عن القراءة لقوله عليه السلام: "إذا استطعمك الإمام فأطعمه"²⁸⁵ أي إذا استفتحك فافتح عليه ولأن الصلاة لما كانت مشتركة بين الفاتح والمستفتح احتاج كل منهما إلى إصلاح صلاته فجعل من إعمال صلاته حكماً وإن كان منافياً لصلاته حقيقة والأصح أن الفتح على الإمام جائز مطلقاً سواء قرأ مقدار ما يجوز به الصلاة أو لم يقرأ **(وإن فتح على غيره)** غير إمامه **(فسدت صلاته)** لأنه تعليم وتعلم فكان كلام الناس وهو القياس في إمامه إلا أنا تركناه لما روينا وفيه إصلاح صلاته فافتقرا وإنما قلنا إنه تعليم وتعلم لأن المستفتح كأنه يقول: "إذا انتهيت إلى هذا فبعده ماذا" والفتاح عليه كأنه يقول: "إذا انتهيت إلى هذا فبعده هذا" **(ومن حصر عن القراءة أصلاً)** أي عجز عنها فلم يستطع أن يقرأ شيئاً من باب علم وضَمَّ الحاء خطأ **(فقدم غيره جاز)** وقالوا رحمهما الله لا يجوز لأنه نادر وجوده فلا يقاس على مورد النص ولأبي حنيفة رحمه الله أن الاستخلاف بعله العجز وقد وجد والعجز عن القراءة غير نادر ولو قرأ مقدار ما يجوز به الصلاة لا يجوز إجماعاً

²⁸³ ابن حبان، الصحيح، 14 / 568.

²⁸⁴ قال الزيلعي: غريب. نصب الراية، 2 / 57.

²⁸⁵ الدارقطني، السنن، 2 / 74.

لعدم الاحتياج إلى الاستخلاف **(ولو قنت إمامه في الفجر)** بأن اقتدي رجلا شافعي المذهب في صلاة الفجر فقنت إمامه فيه **(يسكت)** المؤتم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يتبعه لأنه تبع لإمامه والقنوت مجتهد فيه وعليه متابعة الإمام في المجتهديات كما في تكبيرات العيد وكما لو اقتدى بمن يسجد سجدي السهو قبل السلام ولهما أنه منسوخ بما روينا ولا متابعة في المنسوخ وإذا لم يتابعه قيل يقف قائما ليتابعه فيما تجب متابعته وهو القيام وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لأن الساكت شريك الداعي والأول أظهر ودلت المسئلة على جواز الاقتداء بالشافعي رحمه الله وإذا علم المقتدي من إمامه ما تفسد به صلاته كالفصد ونحوه لم يجز الاقتداء به

فصل

(ويكره للمصلي أن يعثر بثوبه) لقوله عليه السلام: "إن الله تعالى كره لكم العبث في الصلاة"²⁸⁶ ولأنه يخل بالخشوع ورأى رسول الله عليه السلام رجلا يعثر في صلاته فقال: "أما هذا لو خشع قلبه لخشعت جوارحه"²⁸⁷ العبث الفعل الذي ليس فيه غرض صحيح والسفه ما لا غرض فيه أصلا **(أو يفرقع أصابعه)** لقوله عليه السلام: "لا تفرقع أصابعك وأنت تصلي"²⁸⁸ وفرقة الأصابع غمزها ثم مداها حتى تصوت **(أو يتخصر)** أي يضع يده على خاصرته لنهييه عليه السلام عن ذلك ولأن فيه ترك الوضع المسنون **(أو يعقص شعره)** وهو أن يجمعه على هامته ويشده بخيط أو بصمغ ليتلبد لأنه عليه السلام نهى أن يصلي الرجل ورأسه معقوص **(أو يسدل ثوبه)** لنهييه عليه السلام عن السدل²⁹⁰ وهو أن يجعل ثوبه على رأسه وكتفه ثم يرسل أطرافه من جوانبه **(أو يقعي)** لحديث أبي ذر رضي الله عنه: "نهاني خليل الله عن ثلث عن أن أنقر نقر الديك وأقعي إقعاء الكلب وأفترش افتراش الثعلب"²⁹¹ والإقعاء أن يضع أليتيه على الأرض وينصب ركبتيه نصبا

²⁸⁶ قال الزيلعي: قال عليه السلام: "إن الله كره لكم ثلاثا" وذكر منها العبث في الصلاة، قلت: رواه القضاعي في "مسند الشهاب" من طريق ابن المبارك عن إسماعيل بن عياش عن عبد الله بن دينار عن يحيى بن أبي كثير، مرسلًا، قال قال رسول الله عليه السلام: "إن الله كره لكم ثلاثا: العبث في الصلاة، والرفث في الصيام، والضحك في المقابر" نصب الراية، 2/ 84.

²⁸⁷ عبد الرزاق، المصنف، 2/ 266.

²⁸⁸ ابن ماجه، "إقامة الصلاة والسنة" 42.

²⁸⁹ الترمذي، "الصلاة" 165.

²⁹⁰ ابن حبان، الصحيح، 6/ 67.

²⁹¹ مسلم، "الصلاة" 240.

(أو يلتفت) لأنه عليه السلام نهى عن الالتفات وقال: "تلك جلسة يختلسها الشيطان من صلاتكم"²⁹²

(أو يتربع بغير عذر) لأنه يخالف سنة القعود **(أو يقلب الحصى)** لأنه نوع عبث إلا لضرورة بأن كان الحصى لا يمكنه من السجود فيسويه مرة ولا يزيد عليها لقوله عليه السلام لأبي ذر رضي الله عنه: "مرة يا أبا ذر وإلا فذر"²⁹³ ولأن فيه إصلاح صلاته **(أو يرد السلام بلسانه)** لأنه من كلام الناس **(أو بيده)** لأنه سلام معنى حتى لو صافح بنية التسليم تفسد صلاته **(أو يتمطى أو يتناوب)** فإنهما مكروهان خارج الصلاة فما ظنك فيها

(أو يغمض عينيه) لأنه عليه السلام نهى عنه²⁹⁴ **(أو يعد التسبيح أو الآيات)** لأنه ليس من أعمال الصلاة وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه لا بأس به في الفرائض والنوافل جميعا مراعاة له القراءة والعمل بها جاءت به السنة وله أنه إن عدّه بيده يخل بالوضع المسنون فأشبهه العبث وقد قال صلى الله عليه وسلم: "كُفُّوا أيديكم في الصلاة"²⁹⁵ وإن عدّه بقلبه شغله عن الخشوع فأشبهه التفكير في أمور الدنيا ويمكن أن يعد الآي قبل الشروع ويقرأ فيها فلا حاجة إلى العدّ فيها **(ولا بأس بقتل الحية والعقرب في الصلاة)** لقوله صلى الله عليه وسلم: "اقتلوا الأسودين ولو كنتم في الصلاة"²⁹⁶ وأراد بهما الحية والعقرب والأمر ليس للوجوب بل للحاجة والترخيص كالأمر بدرء المارّ وقيل إنما يباح قتلها إذا مرّ بين يديه وخاف الأذى منهما فإن لم يخف يكره **(وإن أكل أو شرب)** عامدا أو ناسيا خاطئا **(أو تكلم)** عامدا أو ناسيا أو خاطئا **(أو قرأ من المصحف فسدت صلاته)** أما الأكل والشرب فلائنه عمل كثير وحالة الصلاة مذكورة وأما الكلام فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لا تفسد صلاته في لخطاء والنسيان مفزعه الحديث المعروف: "رفع عن أمتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه"²⁹⁷ والمراد رفع الحكم إذ هما يوجدان حسا والخلف في خبره مح (محال) والحكم نوعان حكم الدنيا وهو الفساد وحكم العقبي وهو الإثم ومسمى

²⁹² النسائي، السنن الكبرى، 37 / 2.

²⁹³ عبد الرزاق، المصنف، 39 / 2.

²⁹⁴ الطبراني، المعجم الكبير، 29 / 11.

²⁹⁵ لم نقف بهذا اللفظ. قال الشيخ شعيب الأرناؤوط: "لعله يشير إلى حديث جابر بن سمرة قال: خرج علينا رسول الله عليه السلام فقال: ما لي أراكم رافعي أيديكم كأنها أذناب خيل شمس اسكنوا في الصلاة..." مسلم، "كتاب الصلاة" 119. الاختيار لتعليل المختار، م. شعيب

الأرناؤوط، 214 / 1.

²⁹⁶ ابن ماجه، "الصلاة" 146.

²⁹⁷ ابن ماجه، "الطلاق" 16.

الحكم يتناولهما ولنا قوله عليه السلام: "إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس"²⁹⁸ وما لا يصلح فيها فمباشرة يفسدها كالأكل والشرب ومرويه محمول على رفع الإثم إذ الحكم يثبت اقتضاء ولا عموم له وحكم الآخرة مراد إجماعاً فلم يبق حكم الدنيا مرداً وأما القراءة من المصحف فمذهب أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا تفسد لأن النظر في المصحف عبادة فلا يفسدها إلا أنه يكره لأنه تشبه بأهل الكتاب وله إن كان يحمله فهو عمل كثير وإن كان على الأرض فإنه تعلم وهو عمل كثير فيفسدها كما لو تعلم من الغير

(وكذلك) تفسد صلاته **(إذا أن)** أي قال آه **(أو تأوه)** أي قال أوه **(أو بكى بصوت)** لأنه من كلام الناس **(إلا أن يكون)** الأئين والبكاء **(من ذكر الجنة أو النار)** لأنه من زيادة الخشوع سئلت عائشة رضي الله عنها عن الأئين في الصلاة فقالت: "إن كان من خشية الله تعالى لا تفسد صلاته وإن كان لا لم تفسد"²⁹⁹ وهذا لأن الأئين ونحوه متى كان من ذكر الجنة أو النار صار كأنه يقول: اللهم إني أسئلك الجنة وأعوذ بك من النار ولو صرح به لا تفسد صلاته وإن كان من وجع أو مصيبة صار كأنه قال أنا مصاب فعزوني ولو أفصح به تفسد **(وإن سبقه الحدث توضأ وبني)** والقياس أن تفسد وهو قول الشافعي رحمه الله لأن الحدث ينافي الطهارة فينافي الصلاة ضرورة إذ لا صحة للصلاة بلا طهارة والمشي والانحراف تفسدناها فأشبهه الحدث العمدة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم: "من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبئن على صلاته ما لم يتكلم"³⁰⁰ والبلوى فيما يسبق لا فيما يتعمد **(والاستئناف أفضل)** تحرزا عن شبهة الاختلاف **(وإن كان إماما استخلف)** لقوله صلى الله عليه وسلم: "أيما إمام سبقه الحدث في الصلاة فلينصرف ولينظر رجلا لم يسبق بشيء من صلاته فليقدم ليصلي بالناس"³⁰¹ وتفسير الاستخلاف أن يأخذ بثوب آخر ويجره إلى المحراب **(وإن جُن أو نام فاحتلم أو أغمي عليه استقبل)** لأن وجود هذه الأشياء نادر فلم تكن في معنى ما ورد به النص **(وإن سبقه الحدث بعد التشهد توضأ وسلم)** لأن التسليم واجب عليه فلا بد من التوضي ليأتي به

²⁹⁸ النسائي، "السهو" 20.

²⁹⁹ لم أجد هذا اللفظ. لكن يدل قول عائشة رضي الله تعالى عنها في الحديث: "...إن أبا بكر إذا قام في مقامك لم يُسمع الناس من البكاء..."

البخاري، "الأذان" 46.

³⁰⁰ ابن ماجه، "الصلاة" 137.

³⁰¹ الدارقطني، السنن، 1/367.

(وإن تعمد الحدث) بعد ما قعد قدر التشهد (تمت صلاته) لأنه لم يبق عليه شيء من أركان الصلاة وقد تعذر البناء لمكان التعمد

فصل

في قضاء الفوائت اعلم أن المأمور به نوعان أداء وهو تسليم عين الواجب وقضاء وهو تسليم مثل الواجب فلما فرغ من الأداء شرع في القضاء وقد يسمى القضاء أداء والأداء قضاء فالأداء بنية القضاء جائز اتفاقا كالقضاء بنية الأداء هو الصحيح (ويقضي الفائتة إذا ذكرها) لقوله عليه السلام: "من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها فإن ذلك وقتها" ³⁰² (كما فاتت سفرا أو حضرا) لأن القضاء يحكي الفوات فيعتبر وقت الفوات دون القضاء (ويقدمها على الوقتية) لحديث ابن عمر رضي الله عنه: "من نسي صلاة فلم يذكرها إلا وهو مع الإمام فليصل مع الإمام ثم ليُصل التي نسيها ثم ليُعيد التي صلاها مع الإمام" ³⁰³ (إلا أن يخاف فوت الوقتية بأن ضاق الوقت ولم يسع فيه الوقتية والفائتة جميعا فإنه حينئذ يسقط الترتيب فيقدم الوقتية ثم يقضي الفائتة وهذا عندنا وقال مالك رحمه الله لا يسقط الترتيب وقيدنا الخوف بضيق الوقت لأن تضيق نفس الصلاة الوقتية غير مفسد اتفاقا كمصلي الجمعة إذا تذكّر الفجر وكان بحيث لو اشتغل به تفوته الجمعة دون الوقت يصلي الفجر لا الجمعة له قوله صلى الله عليه وسلم: "من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها" ³⁰⁴ الحديث ولنا أن الوقتية فريضة بالنص فلا يجوز تفويتها برعاية الترتيب الواجب بخبر الواحد (ويرتب الفوائت في القضاء) فالترتيب بين الفائتة والوقتية وبين الفوائت شرط عندنا وعند الشافعي رحمه الله مندوب لأن كل فرض أصل بنفسه فلا يقف جوازه على تقديم غيره كالصيامات والزكوات وهذا لأن كونه شرطا يقتضي كونه تبعا وكونه أصلا ينافي التبعية فاستحال الجمع بينهما ولو كان شرطا لما يسقط بالنسيان وكثرة الفوائت وضيق الوقت لأن شرائط الصلاة لا تسقط بها كالطهارة وغيرها قلنا قوله عليه السلام: "من نسي صلاة فلم يذكرها إلا وهو مع الإمام" ³⁰⁵ الحديث أمر بالإعادة وهو للوجوب وقوله عليه السلام من نام عن صلاته أو نسيها فليصلها إذا ذكرها

³⁰² الترمذي، "الصلاة" 16.

³⁰³ البيهقي، السنن الكبرى، 72 / 3.

³⁰⁴ الترمذي، "الصلاة" 16.

³⁰⁵ الدارقطني، السنن، 99 / 2.

فإن ذلك وقتها جعل وقت التذكرة وقتاً للفائتة إذ الوقت الواحد لا يسع فرضين أداء فإن قلت الكتاب يقتضي جواز الوقتية قبل الفائتة والخبر يأباه فكان الثابت موجب الكتاب كما في ضيق الوقت أو كل الخبر على الاستحباب توفيقاً بينهما قلت أنه خبر مشهور موجب للعلم الاستدلالي حتى نضلّ جاحده وذا فيما يثبت قطعاً فجاز أن يعارض الكتاب ولئن كان خبر واحد لكناً ثبت لجواز الوقتية شرطاً بالخبر الواحد فيجوز لأنه ورد بيانا بمجمل الكتاب وهو قوله تعالى أقيموا الصلاة ولأن الخطاب إنما يتوجه في آخر الوقت والكلام في سعة الوقت ولا يمكن حمل الخبر على الاستحباب لأن الأمر بالإعادة ينفيه **(ويسقط الترتيب بالنسيان وخوف فوت الوقتية وأن يزيد على خمس)** أما النسيان فلقوله عليه السلام: "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان" ³⁰⁶ الحديث و لأنه لو لم يسقط به لفات الوقتية أيضاً بجواز أن يذكر بعد أيام فلو وجب الترتيب لفات الوقتيات المؤديات وقد صحت في الوقت بالكتاب وأنه لا يجوز وأما خوف الوقتية فلا أن الحكمة لا يقتضي إضاعة الموجود في طلب المفقود ولأن وجوب الوقتية ثبت بالكتاب والترتيب بخبر الواحد فإن اتسع الوقت عمل بهما وإن ضاق فالعمل بالكتاب أولى وأما كثرة الفوائت فلا أنه لو اشتغل بها مع لا بد له من الأوطار لفوات الوقتية وتفويت الوقتية عن الوقت حرام بالإجماع وحدّها دخول وقت السابعة لأن الكثرة بالتكرار والتكرار بوجوب السادسة ووجوبها بآخر الوقت فإنما يتحقق التكرار بدخول وقت السابعة وهذا معنى قوله وأن تزيد على خمس لأنه متى زادت الفوائت على خمس يكون ستاً ومتى صارت ستاً دخل وقت السابعة وقال محمد رحمه الله إذا دخل وقت السادسة يسقط الترتيب لأن الجنس كثير وجنس الصلوات خمس هذا في الفوائت الحديثة أما القديمة فالصحيح أنها لا تضم إليها لما فيه من الحرج وقيل تضم عقوبة له كذا في شرح المصنف **(وإذا سقط لا يعود)** أي وإذا سقط الترتيب في الفوائت بالكثرة لا يعود إذا قلت لأنه لما سقط باعتبارها في غيرها فلا أن يسقط في نفسها أولى فلو فاتت صلوات شهر فقتضى جميعها إلا صلاة يوم ثم صلى الوقتية وهو ذاكر لها جاز لما بينا **(وإنما تقضي الصلوات الخمس)** لقوله صلى الله عليه وسلم: "فليصلها إذا ذكرها" ³⁰⁷ أمر وهو للوجوب **(والوتر)** لما بينا أنه واجب **(وسنة الفجر إذا فاتت معها)** لحديث ليلة

³⁰⁶ ابن ماجه، "الطلاق" 16.

³⁰⁷ الترمذي، "الصلاة" 17.

التغريس³⁰⁸ اعلم أن الأصل في السنن ألا تقضى باختصاص القضاء بالواجب وسنة الفجر إنما تقضى تبعاً للفرض إلى وقت الزوال وفيما بعده اختلاف المشايخ وأما سائر السنن فلا تقضى بعد الوقت وحدها بالاتفاق واختلف المشايخ في قضائها تبعاً للفرض **(والأربع قبل الظهر يقضيها بعدها)** يعني من ترك الأربع قبل الظهر ليؤدّي الظهر بالجماعة يقضيها بعد الظهر لأن الوقت وقت الظهر والسنة سنة الظهر وهذا بالاتفاق لكن عند أبي يوسف رحمه الله يقضيها قبل الركعتين لأنها فائتة والركعتان وقتية فيبدأ بالفائتة كما في الفرائض وقال محمد رحمه الله يؤخرها لأن السنة الأولى فائتة عن محلها فلا يجوز تفويت الثانية عن محلها لأنها شرعت متصلة بالفرض

باب النوافل

اعلم أن المشروعات على نوعين عزيمة ورخصة فالعزيمة هي الأصل وهو أربعة أنواع فريضة وواجب وسنة ونفل وقد مضى القسمان وهذا باب السنة والنفل وقدّم السنة لما أنها أقوى من النفل فكان أقرب إلى الفرض والواجب ثم النفل في اللغة عبارة عن الزيادة وفي الشرع هو الزيادة على الفرائض والواجبات وهو شرع لنقصان تمكن في الفرض **(قال رسول الله عليه السلام من ثابر أي واطب على ثنتي عشر ركعة في اليوم والليلة بنى الله له بيتاً في الجنة)**³⁰⁹ ثم فسره عليه السلام بقوله **(ركعتين قبل الفجر وأربعاً قبل الظهر وركعتين بعدها وركعتين بعد المغرب وركعتين بعد العشاء)** رواه أبو هريرة وأبو موسى الأشعري وأُمّ حبيبة وعائشة رضوان الله عليهم أجمعين فهذه سنن مؤكّدة إنما ذكر المصنف رحمه الله الحديث أولاً لأنه الأصل في الباب وبدأ بسنة الفجر لأنها أقوى حتى لو أنكرها يخشى عليه الكفر ويكره أن يصلي قاعداً مع القدرة على القيام فأكد السنن سنة الفجر قال عليه السلام صلّوها ولو طردتكم الخيل³¹⁰ وقال عليه السلام: "هما خير من الدنيا وما فيها"³¹¹ ثم سنة المغرب ثم بعد الظهر ثم بعد العشاء ثم قبل الظهر **(ويستحب أن يتطوع قبل العصر أربعاً)** وعن أبي حنيفة رحمه الله ركعتين بكل واحد منهما جاء الأثر ولم تذكر في حديث المثابرة فلذا قال ويستحب لعدم المواظبة **(وبعد المغرب ستاً)** يعني غير الركعتين عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله عليه السلام: "من صلى بعد المغرب ست ركعات لم

³⁰⁸ مسلم، "المساجد ومواضع الصلاة" 312.

³⁰⁹ الترمذي، "الصلاة" 189؛ ابن ماجه، "إقامة الصلاة" 100؛ ابن أبي شيبة، المصنف، 19/2.

³¹⁰ أبو داود، "التطوع" 3.

³¹¹ مسلم، "صلاة المسافرين" 14؛ الترمذي، "الصلاة" 190.

يتكلم بينهم بسوء عدلن له بعبادة ثنتي عشرة سنة"³¹² وقد ورد في القيام بعد المغرب فضل كثير **(وقبل العشاء أربعاً وبعدها أربعاً)** أي ويستحب أن يتطوع قبل العشاء أربعاً وبعد العشاء أربعاً وقبل العشاء ركعتين وبعدها ركعتين وبكل ذلك ورد الأثر ولم يذكر في حديث المثابرة فلماذا كان مستحباً لعدم المواظبة **(ويصلي قبل الجمعة أربعاً وبعدها أربعاً)** لقوله عليه السلام: "من كان منكم مصلياً يوم الجمعة فليصل قبلها أربعاً وبعدها أربعاً"³¹³ وقيل بعدها ستاً وهو قول أبي يوسف رحمه الله **(ويلزم التطوع بالشروع)** صوماً كان أو صلاة **(مضياً وقضاء)** أي يجب الإتمام بعد الشروع فلو أفسد بعد الشروع يلزمه القضاء وقال الشافعي رحمه الله: "لا قضاء لأنه تبرع فيه ولا لزم على المتبرع قال الله تعالى ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾"³¹⁴ ولنا أن ما أؤدي وقع قربة فلزمه الإتمام ضرورة صيانتة عن البطالان لأن إبطال العمل حرام بالنص وصيانة ما مضى لا يتصور إلا بالإتمام فيجب عليه ضرورة وهو كالنذر صار الله تعالى تسمية لا فعلاً ثم وجب لصيانة قوله ابتداء الفعل فلاً يجب لصيانة ابتداء الفعل بقاء الفعل أولى إذ الفعل أقوى والبقاء أسهل فلما وجب عليه الإتمام وجب عليه القضاء كذا ذكره العلامة النسفي رحمه الله **(وإن افتتحه قائماً ثم قعد بغير عذر جاز)** عند أبي حنيفة رحمه الله عليه وقالوا رحمهما الله لا يجوز وهو القياس اعتباراً للشروع بالنذر وله أن فوات القيام لا يبطل التطوع ابتداءً فكذا بقاء وهذا لأن القيام صفة زائدة فلا يلزمه إلا بالتزامه صريحاً كالتتابع في الصلاة وهذا خالف النذر **(ويكره)** لمكان الاختلاف المؤيد بالقياس **(وصلاة الليل ركعتان بتسليمة أو أربع أو ست أو ثمان)** كل ذلك نقل في تهجئده عليه السلام **(ولا يزيد على ذلك)** لأنه لم ينقل فلو زاد يكره وقيل لا يكره كالثمان **(وفي النهار ركعتان أو أربع)** كذلك ورد السنة فيكره الزيادة لعدم ورود السنة ولولا الكراهة ل زاد تعليلها للجواز **(والأفضل فيهما الأربع)** أي الأفضل في تطوع الليل والنهار أربع ركعات بتسليمة واحدة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله الأفضل في النهار أربع وفي الليل مثني مثني وعند الشافعي رحمه الله الأفضل فيهما مثني مثني لقوله عليه السلام صلاة الليل والنهار مثني مثني³¹⁵ ولهما الاعتبار بالتراويح ولأن فيه زيادة تحريمة وتسليمة ودعاء وله ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "كان عليه

³¹² الترمذي، "الصلاة" 204.

³¹³ الترمذي، "الجمعة" 24.

³¹⁴ سورة التوبة، الآية: 91.

³¹⁵ أبو داود، "التطوع" 19؛ الترمذي، "الجمعة" 65؛ النسائي، "قيام الليل" 26؛ الدارمي، "الصلاة" 154.

السلام يصلي بعد العشاء أربعاً لا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم أربعاً لا تسأل عن حسنهن وطولهن" ³¹⁶ وكان عليه السلام يواظب على الأربع في الضحى وعلى الأربع قبل الظهر وما كان يواظب إلا على الأفضل ولأنها أدوم تحريمة فكان أكثر مشقة وأزيد فضيلة قال صلى الله عليه وسلم: "أفضل الأعمال أحزمها أي أشقها" ³¹⁷

(وأما التراويح) فيؤدى بجماعة فكان مبناهما على التخفيف دفعا للحرص عنهم وأما قوله مثني مثني فمعناه والله تعالى أعلم أنه يتشهد على كل ركعتين فسماه مثني لوقوع الفصل بين كل ركعتين بتشهد ويؤيده ما روي أنه عليه السلام كان يصلي أربعاً قبل العصر بفصل بينهما بالصلاة على الملائكة المقربين ومن تابعهم من المؤمنين والمسلمين ³¹⁸ قال الترمذي رحمه الله: "معناه الفصل بينهما بالتشهد" **(وطول القيام أفضل من كثرة السجود)** لأنه عليه السلام لما سئل: أي الصلاة أفضل قال عليه السلام: "طول القيام" ³¹⁹ ولأن فيه قراءة القرآن وهو أفضل من التسبيح **(والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل)** لأن كل شفع من النفل صلاة على حدة فإنه لا يجب بالتحريمة سوى شفع والقيام إلى الثالثة كتحرمة مبتدئة حتى قالوا يستحب الاستفتاح في الثالثة وقال صلى الله عليه وسلم: "لا صلاة إلا بالقراءة" ³²⁰

فصل

في التراويح وهي جمع ترويجة وأصلها المصدر يقال: رَوَّحت بالناس أي صليت بهم التراويح وسميت الترويجة لاستراحة القوم بعد كل أربع ركعات والترويجة ههنا اسم لكل أربع ركعات **(التراويح سنة مؤكدة)** لأن النبي عليه السلام أقامها ويُن العذر في ترك المواظبة وهو خشية أن يكتب علينا وواظب عليها الخلفاء الراشدون وجميع المسلمين من زمن عمر بن الخطاب إلى يومنا هذا قال صلى الله عليه وسلم: "ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن" ³²¹

³¹⁶ البخاري، "التراويح" 1؛ مسلم، "المسافرين" 125؛ الترمذي، "الصلاة" 208.

³¹⁷ قال ابن القيم الجوزي في شرح المنازل: لا أصل له؛ وقال المزي: هو غرائب الأحاديث ولم يرد فيه شيء من الكتب السنة، العجلوني، كشف الخفاء، 141/1.

³¹⁸ ابن ماجه، "إقامة الصلاة" 109؛ الترمذي، "الجمعة" 66؛ النسائي، "الإمامة" 65.

³¹⁹ أبو داود، "التطوع" 23؛ الترمذي، "الصلاة" 135.

³²⁰ مسلم، "الصلاة" 42.

³²¹ أحمد بن حنبل، 379/1.

(فينبغي أن يجتمع الناس في كل ليلة شهر رمضان بعد العشاء فيصلي بهم إمامهم خمس ترويجات كل ترويجة أربع ركعات بتسليمتين بجلسة بين كل ترويحتين مقدار ترويجة وكذا بعد الخامسة) هكذا صلى أبي رضي الله عنه بالصحابة رضي الله عنهم وهو عادة أهل الحرمين غير أن أهل مكة يطوفون بين كل ترويحتين مقدار ترويجة أسبوعاً وأهل المدينة يصلون بدل ذلك أربع ركعات وأهل كل بلدة بالخيار يسبحون أو يهللون أو ينتظرون سكوتاً ثم يوتر بهم فيه إشارة إلى أن وقتها بعد العشاء قبل الوتر وبه قال عامة المشايخ رحمهم الله والأصح أن وقتها بعد العشاء إلى آخر الليل قبل الوتر وبعده لأنه نوافل سنة بعد العشاء فأشبهت التطوع المسنون بعد العشاء

(ويكره قاعداً مع القدرة على القيام ولا يصلي الوتر جماعة إلا في رمضان) عليه إجماع المسلمين (والسنة ختم القرآن في التراويح مرة واحدة) فلا يترك لكسل القوم بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات حيث يتركها إذا ثقلت على القوم لأنها ليست بسنة ولكن ينبغي أن يأتي بالصلاة على النبي عليه السلام لأنها فرض عند الشافعي رحمه الله فيحتاج في الإتيان بها وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقرأ في كل ركعة عشر آيات ليقع له الختم والأفضل في زماننا أن يقرأ مقدار ما لا يؤدي إلى تنفير الجماعة (والأفضل في السنن المنزل) لقول عائشة رضي الله عنها: "أفضل صلاة الرجل في بيته إلا المكتوبة"³²² (إلا التراويح) فإنها شرعت في جماعة وقد بينا السنة وإقامتها بجماعة لكن على الكفاية فلو تركها أهل مسجد أساءوا وإن تخلف عن الجماعة أفراد وصلوا في منازلهم لم يكونوا مسيئين

فصل

في صلاة الكسوف وقيل الكسوف ذهاب ضوء الشمس والخسوف ذهاب ضوء القمر وقيل الخسوف ذهاب الدائرة والكسوف ذهاب الضوء دون الدائرة وعن الغوري رحمه الله يقال كسف الشمس والقمر جميعاً الأصل فيه حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال انكسفت الشمس يوم مات إبراهيم بن النبي عليه السلام فقال الناس إنما انكسفت الشمس لموته فقال صلى الله عليه وسلم: "إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله تعالى لا ينكسفان لموت أحد ولا لحياته فإذا رأيتم من هذه الأفراع فافزعوا إلى الصلاة"³²³ ثم قيل صلاة الكسوف سنة لمواظبة النبي عليه السلام وقيل واجبة للأمر وسببها الكسوف لأنها تضاف إليه ويتكرر بتكرره

³²² النسائي، "قيام الليل وتطوع النهار" 1.

³²³ أبو داود، "صلاة الاستسقاء" 3؛ ابن ماجه، "إقامة الصلاة" 152.

(صلاة كسوف الشمس ركعتان كهيئة النافلة) أي بلا أذان ولا إقامة **(ويصلي بهم إمام الجمعة)** لأنها يقام بجمع عظيم فيشترط نائب الإمام تحرزا عن الفتنة كالجمعة والعيد **(بلا جهر)** وقالوا رحمهما الله بجهر لما روت عائشة رضي الله عنها أنه عليه السلام جهر فيها³²⁴ ولأبي حنيفة رحمه الله رواية ابن عباس وسمرة رضي الله عنهما أنه لم يسمع حرف من قراءته عليه السلام في صلاة الكسوف والترجيح لنا لأن الحال أكشف على الرجال من النساء لقرههم **(ولا خطبة)** لأنها لم تنقل ولو كانت لنقلت **(فإن لم يكن)** إمام الجمعة **(صلى الناس فرادى)** تحرزا عن الفتنة **(ركعتين أو أربعاً)** كل ركعة بركوع واحد وقال الشافعي رحمه الله بركوعين لرواية عائشة وابن عباس رضي الله عنهما ولنا رواية ابن عمر والنعمان بن بشير وسمرة رضي الله عنهم وما قلنا أقيس لأنها إما أن نعتبر بالنوافل أو الفرائض أو الواجبات **(ويدعون بعدها حتى تنجلي الشمس)**³²⁵ غيًّا الدعاء إلى وقت الانجلاء لقوله عليه السلام: "إذا رأيتم من هذه الأفراع" الحديث فما دام الفرع باقيا يشتغل به **(وفي خسوف القمر يصلي كل واحد وحده)** لتعذر الاجتماع بالليل ولخوف الفتنة **(وكذا)** يصلي كل واحد **(في الظلمة والريح وخوف العدو)** لعموم قوله عليه السلام: "إذا رأيتم شيئاً من هذه الأفراع فافزعوا إلى الصلاة"³²⁶

فصل

(لا صلاة في الاستسقاء) وهو طلب المطر عند طول انقطاعه من الله تعالى بالثناء والتضرع والاستغفار **(لكن الدعاء والاستغفار وإن صلّوا فرادى فحسن)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يصلي الإمام ركعتين بلا أذان ولا إقامة يجهر فيهما بالقراءة ثم يخطب متكئاً قوساً أو سيفاً لما روى أنه عليه السلام صلى فيه ركعتين كصلاة العيد وخطب³²⁷ كما قلنا وله قوله تعالى ﴿استغفروا ربكم إنه كان غفاراً يرسل السماء عليكم مدراراً﴾³²⁸ أمر بالاستغفار في الاستسقاء لا بالصلاة وفي حديث أنس رضي الله عنه أن الناس شكوا إلى رسول

³²⁴ ابن حبان، الصحيح، 94 / 7.

³²⁵ أي بعد الصلاة

³²⁶ أبو داود، "صلاة الاستسقاء" 3؛ ابن ماجه، "إقامة الصلاة" 152.

³²⁷ أبو داود، "صلاة الاستسقاء" 1.

³²⁸ سورة نوح، الآية: 11.

الله عليه السلام الجذب وهو على المنبر فدعا ولم يزد على الدعاء فمطروا³²⁹ ولأنه عليه السلام صلاها مرة وتركها أخرى فلا يكون سنة فلو صلوا فرادى يكون حسنا لأن فعله عليه السلام يدل على جوازه وحسنه

(ويخرجون ثلاثة أيام) متتابعات بناء على أن مدة النظر في الأمور مقدرة بثلاثة أيام والتتابع لطلب الرحمة عاجلا

(ولا يخرج معهم أهل الذمة) لأن عمر رضي الله عنه نهى عنه ولأن المقصود من الخروج استئزال الرحمة واجتماع الكفار مظنة نزول اللعنة قال الله تعالى ﴿وما دعاء الكافرين إلا في ضلال﴾³³⁰

باب سجود السهو

(ويسجد له) أي للسهو فهو سبب السجود إذ الشيء إذا أضيف إلى شيء يكون المضاف إليه سببا للمضاف إلا إذا دل الدليل على خلافه كصدقة الفطر وحجة الإسلام **(بعد السلام سجدتين ثم يتشهد ويسلم)** وقال الشافعي رحمه الله قبل السلام لأنه عليه السلام سجد للسهو قبل السلام³³¹ فلأنه جبر للفائت فيقوم مقامه والفائت قبل السلام فكذا ما يجزئه ولنا حديث ابن مسعود رضي الله عنه أنه عليه السلام سجد للسهو بعد السلام³³² ولما اختلف فعله يُرجع إلى قوله صلى الله عليه وسلم: "لكل سهو سجدتان بعد السلام"³³³ وقال مالك رحمه الله إن كان سهوه عن نقصان فقبل السلام وإن كان عن زيادة فبعد السلام إلا إن أبا يوسف رحمه الله قال له أرأيت لو زاد ونقص فتحير مالك رحمه الله فقال الشيخ مرة يخطئ ومرة لا يصيب فظن أنه قال مرة يصيب فقال هكذا أدركنا مشايخنا رحمهم الله ثم اعلم أن سجود السهو سنة عند البعض والصحيح أنه واجب لأنه يجب لجبر نقصان تمكن في الصلاة فكان واجبا كدماء الجبر في الحج فلذا قال رحمه الله **(ويجب)** أي السجود **(إذا زاد في صلاته فعلا من جنسها)** كزيادة ركوع أو سجود لأنه لا يخلو عن ترك واجب أو تأخيره عن محله وذلك موجب للسهو لأنه عليه السلام قام إلى الخامسة فسُبح به فعاد وسجد للسهو³³⁴ وقيد بقوله من جنسها لأن ما ليس من جنسها إما مفسد كالتكلم

³²⁹ النسائي، "الاستسقاء" 1.

³³⁰ سورة الرعد، الآية: 14.

³³¹ مسلم، "المساجد ومواضع الصلاة" 85؛ ابن ماجه، "إقامة الصلاة" 135.

³³² مسلم، "المساجد ومواضع الصلاة" 95؛ ابن ماجه، "إقامة الصلاة" 136.

³³³ ابن ماجه، "إقامة الصلاة" 136؛ أبو داود، "الصلاة" 195.

³³⁴ مسلم، بلفظ: "أن النبي عليه السلام صلى الظهر خمسا فلما سلم قيل له: أزيد في الصلاة؟ قال: وما ذاك؟ قالوا: صليت خمسا فسجد

سجدتين" كتاب المساجد ومواضع الصلاة" 91.

والأكل والشرب أو غير موجب للسهو كالحركة والخطوة والالتفات من غير أن يلوي عنقه **(أو جهر الإمام فيما يخافت به أو عكس)** لأن الجهر في موضعه والمخافة في موضعها واجب في حق الإمام والمعتبر في ذلك مقدار ما يجوز به الصلاة على الاختلاف لأن ما دون ذلك قليل لا يمكن الاحتراز عنه **(ولا يلزم)** سجود السهو **(لترك ذكر)** كالثناء والتعوذ وتسبيح الركوع والسجود وتكبيرات التي في خلال الصلاة لأنه يجب لجبر نقصان تمكن في الصلاة على ما مر وإنما يتصف الصلاة بالنقصان مطلقا بترك الواجب **(إلا القراءة)** فإنه يجب سجود السهو بتركها أراد بها ترك الفاتحة أو ضمّ السورة في الأوليين لأنه لو ترك الفاتحة في الآخرين لا سهو عليه إلا في رواية الحسن رحمه الله **(والتشهدين)** أي ويلزم سجود السهو بترك التشهد في القعدة الأولى والثانية لأن قراءة التشهد فيهما واجبة لأن قوله عليه السلام لابن مسعود رضي الله عنه: "قل التحيات لله" ³³⁵ لا يوجب الفرق بينهما بل يوجه في كليهما وهذا هو مختار المصنف رحمه الله وقيل قراءة التشهد في الأولى سنة وفي الثانية واجبة وهذا هو المشهور بين الفقهاء **(والقنوت وتكبيرات العيدين)** إنها وجبت السجدة بترك هذه المذكورات لأنها واجبات **(وإن قرأ في الركوع أو القعود سجدا للسهو وإن تشهد في القيام أو الركوع لا يسجد)** لأن الركوع والقعود ليس محل القراءة فكان تغييرا محلها فيجب سجود السهو كتغيير وصف القراءة بأن خافت الإمام فيما يجهر أو عكس والقيام والركوع محل الثناء فلا تغيير فلا يجب سجود السهو **(ومن سها مرارا ³³⁶ يكفيه سجدة)** لقوله عليه السلام: "سجدتان بعد السلام تجزيان عن كل زيادة ونقصان" ³³⁷ **(وإن سها الإمام فسجد سجدة المأموم معه)** لتقرر السبب الموجب في حق الأصل ولهذا يلزمه حكم الإقامة بنية الإمام **(وإلا فلا)** أي وإن لم يسجد الإمام لم يسجد المأموم لأنه لو سجد يصير مخالفا وما التزم الأداء إلا متابعا **(وإن سهى المؤتم لا يسجدان)** لأنه لو سجد المؤتم وحده كان مخالفا لإمامه ولو تابعه الإمام يؤدي إلى قلب الموضوع وهو تبعية الإمام المأموم **(والمسبوق يسجد مع الإمام)** للموافقة **(ثم يقضي)** ما عليه ولو سهى في القضاء يسجد لأنه منفرد **(ولو سهى)** اللاحق في القضاء لا يسجد لأنه مؤتم كأنه خلف الإمام ولو سجد مع الإمام لا تعتد به لأنه يقضي أول صلاته ويسجد إذا

³³⁵ البخاري، "العمل في الصلاة" 4؛ ابن ماجه، "إقامة الصلاة" 24.

³³⁶ أي مرتين أو أكثر

³³⁷ الموطأ، "السهو" 1.

فرغ لأن محله آخر الصلاة كما مر والمقيم خلف المسافر حكمه حكم المسبوق في سجدي السهو كذا في شرح المصنف رحمه الله **(وإن سهى عن القعدة الأولى ثم تذكر وهو إلى القعود أقرب عاد وتشهد)** لأن ما قرب إلى الشيء له حكم ذلك الشيء قال عليه السلام: "لَقِّنُوا مَوْتَاكُمْ"³³⁸ فصار كأنه قاعد حقيقة ولا يسجد للسهو هو الصحيح كأنه لم يقم **(وإن كان إلى القيام أقرب لم يعد)** لأنه كالقيام باعتبار ما قرب إلى الشيء له حكمه ولو قام حقيقة لا يعود كذا ههنا وتعتبر ذلك بالنصف الأسفل من الإنسان إن كان الأسفل مستويا كان إلى القيام أقرب وإلا فلا وقيل العبرة للركبتين فما دامت على الأرض فهو إلى القعود أقرب وإن رفعتا فهو إلى القيام أقرب

(ويسجد للسهو) لترك الواجب **(وإن سهى عن الآخرة فقام)** إلى الخامسة **(عاد مالم يسجد)** لأن فيه إصلاح صلاته وأمكنه ذلك لأن الصلاة لا تتم بلا ركوع وسجود فيقبل الرفض ويسجد للسهو لأنه آخر فرضا **(فإن سجد ضم إليها سادسة وصارت نفلا)** أي فإن سجد في الخامسة بطل فرضه لأنه استحکم شروعه في النفل قبل إكمال أركان الفرض ومن ضرورته خروجه عن الفرض فقد خرج وقد بقي عليه ركن فبطل فرضه ثم عند أبي يوسف رحمه الله بطل بوضع الجبهة لأن السجود عبارة عن الانخفاض وقد حصل لمجرد الوضع وعند محمد رحمه الله إنما تبطل برفع الجبهة وهو المختار للفتوى لأن تمام كل شيء بآخره وآخر السجدة الرفع إذ الشيء إنما ينتهي بضده وثمره الخلاف تظهر فيما إذا سبقه الحدث في السجود بنى عند محمد رحمه الله خلافا لأبي يوسف رحمه الله قيل إن أبا يوسف رحمه الله سئل عنها فقال: بطلت ولا يعود إليها فأخبر بجواب محمد رحمه الله فقال: زه صلاة فسدت يصلحها الحدث وزه كلمة استعجاب عند أهل العراق وإنما قالها أبو يوسف رحمه الله تهكما انظر إلى دقة إشاراتهم في مسائل الدين ومثانة سلوكهم في مسالك الشرع المبين أين الفضلاء الكاملون وأين العلماء الفاضلون أينهم فأينهم فرق الموت بيننا وبينهم كأن لم يكن بين الحجون إلى الصفا أنيس ولم يسمر بمكة سامد ثم انظر إلى الدنيا كيف أخلفتهم أقواما همهم بطونهم وشئونهم عونهم³³⁹ وأشغالهم فيما لا يعينهم وقوله ضم إليها سادسة لأن التنفل بالخمسة غير مشروع وقوله وصارت نفلا مذهبها وقال محمد رحمه الله تبطل أصلا وهذا بناء على أصل وهو أنه متى بطلت الفرضية بطل أصل الصلاة عند محمد رحمه الله وعندهما رحمه الله لا يبطل أصلها

³³⁸ مسلم، "الجنائز" 1؛ أبو داود، "الجنائز" 16؛ ابن ماجه، "الجنائز" 3.

³³⁹ العون جمع العانة.

(وإن قعد مقدار التشهد ثم قام عاد وسلم) أي وإن قعد في الرابعة ثم قام إلى الخامسة ولم يسلم عاد إلى القعدة مالم يسجد للخامسة وسلم لأن التسليم في حال القيام غير مشروع وأمكنه الإقامة على وجهه بالقعود لأن ما دون الركعة بمحل الرفض **(وإن سجد في الخامسة تم فرضه)** لأن الباقي إصابة لفظة السلام وهي واجبة **(فيضم إليها ركعة سادسة)** لتصير الركعتان نفلا إذ الركعة الواحدة لا تجزئ لنهييه عليه السلام عن البتراء **(ويسجد للسهو)** لتمكن النقصان في الفرض بالخروج لا على الوجه المسنون وفي النفل بالدخول لا على الوجه المسنون **(ومن شك فلم يدر كم صلى وهو أول ما عرض له استقبل)** لقوله عليه السلام: "إذا شك أحدكم أنه كم صلى فليستقبل الصلاة"³⁴⁰ ومعنى قوله: "أول ما عرض له" أن السهو ليس بعادة له لا أنه لم ينس في عمره قط **(فإن كان يعرض له شك كثير بنى على غالب ظنه)** لقوله عليه السلام: "من شك في صلاته فليتحرر الصواب"³⁴¹ وهو محمول على من يعرض له الشك كثيرا والحديث الأول محمول على من عرض الشك عليه أول مرة توفيقا بينهما **(فإن لم يكن له ظن بنى على الأقل)** لقوله عليه السلام: "من شك في صلاته فليأخذ بالأقل"³⁴² مثلا إذا شك في صلاة الفجر أنه صلى ركعة أو ركعتين بنى على ركعة ويقعد قدر التشهد لاحتمال أنه صلى ركعة الحاصل أنه إذا بنى على الأقل يقعد في كل موضع يحتمل أنه آخر الصلاة تحرزا عن ترك فرض القعدة

باب سجود التلاوة

وهذا من قبيل إضافة الشيء إلى سببه كصلاة الظهر وحج البيت وهو الأصل في الإضافة **(وهو واجب على التالي والسامع)** لقوله صلى الله عليه وسلم: "السجدة على من تلاها السجدة على من سمعها"³⁴³ وعلى للإيجاب ولأن بعض السجودات أمر فيقتضي الوجوب وبعضها ذم على ترك السجود وهو في معنى الوجوب ثم سجود التلاوة في أربعة عشر موضعا عدها المصنف رحمه الله فقال **(في الأعراف والرعد والنحل وبني إسرائيل)**

³⁴⁰ قال الزيلعي: غريب. نصب الراية، 2/ 175؛ ابن أبي شيبة، عن ابن عمر رضي الله عنه قال في الذي لا يدري كم صلى أثلاثا أو أربعاً قال يعيد حتى يحفظ. المصنف، 1/ 385.

³⁴¹ مسلم، "المساجد ومواضع الصلاة" 89

³⁴² مسلم، "المساجد ومواضع الصلاة" 88

³⁴³ مسلم، بلفظ: "أن النبي عليه السلام كان يقرأ القرآن فيقرأ سورة فيها سجدة فيسجد ونسجد معه..." "كتاب المساجد ومواضع الصلاة"

ومريم والأولى في الحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص و حم السجدة والنجم والانشقاق والعلق هكذا في مصحف عثمان رضي الله عنه وهو المعتمد وقال مالك رحمه الله لا سجدة في السبع الأخير لأنه عليه السلام لم يسجد فيها بعد ما هاجر إلى المدينة قلنا يحتمل أنه لم يسجد فوراً ثم سجد بعده وإنما قال المصنف والأولى في الحج لأن السجدة الثانية في الحج للصلاة عندنا وقال الشافعي رحمه الله فيه سجدتان لقوله صلى الله عليه وسلم: "في الحج سجدتان"³⁴⁴ وبه نقول لكن الثانية للصلاة وموضع السجدة في حم السجدة عند قوله ﴿وهم لا يسأمون﴾³⁴⁵ وعند الشافعي رحمه الله عند قوله ﴿إن كنتم إياه تعبدون﴾³⁴⁶ والاحتياط فيما قلنا ليخرج عن عهدة الواجب بيقين **(وشرائطها³⁴⁷ كشرائط الصلاة)** من الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة وذلك لأنها³⁴⁸ جزء منها³⁴⁹ ويقضي لمكان الوجوب **(فإن تلاها الإمام سجدها المأموم)** لالتزامه متابعتها فلو لم يسجد أدى إلى المخالفة **(وإن تلاها المأموم لم يسجدها)** أي لم يسجد الإمام والمأموم في الصلاة ولا بعدها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يسجدونها إذا فرغوا لتحقيق السبب وهو السماع وقد زال المانع بخلاف حالة الصلاة لأنه يؤدي إلى خلاف موضوع الإمامة أو التلاوة ولهما أن المأموم محجور عن القراءة لنفاذ تصرف الإمام عليه ولا حكم لتصرفه بخلاف الجنب والحائض لأنهما منهيان عن القراءة إلا أنه لا يجب على الحائض تلاوتها كما لا تجب سماعها لانعدام أهلية الصلاة بخلاف الجنب **(وإن سمعها)** أي وإن سمع تلاوة المأموم المحجور **(من ليس في الصلاة سجدها)** لأن السبب قد تحقق في حقه والحجر لا يعدوهم **(وإن سمعها المصلي ممن ليس معه في الصلاة سجدها بعد الصلاة)** لتحقيق السبب وهو السماع وزوال المانع وهو كونه في الصلاة وقيد بقوله بعد الصلاة لأنه لو سجد فيها لم تجزئ لأنها صارت نافلة للنهي فلا يتأدى بها الحاصل ولا تفسد صلاته لأنها لا تنافي إحرام الصلاة وقيل تفسد صلاته لأنه زاد فيها ما ليس منها ويعيدها لما بينا ولا سهو عليه لأنه تعمدها

³⁴⁴ أبو داود، "سجود القرآن" 1.

³⁴⁵ سورة فصلت، الآية: 38.

³⁴⁶ سورة فصلت، الآية: 37.

³⁴⁷ التلاوة

³⁴⁸ أي التلاوة

³⁴⁹ أي الصلاة

(ومن تلاها في الصلاة فلم يسجد فيها سقطت) أي لم تقض خارج الصلاة لأنها صلاتية وهي أقوى من الخارجية فلا يتأدى بها (ومن كرر آية سجدة في مكان واحد يكفيه سجدة واحدة) أي ومن كرر تلاوة آية واحدة في مجلس واحد أجزأته سجدة واحدة فإن قرأها في مجلسه فسجدتها ثم ذهب ورجع فقرأها سجدة ثانية وإن لم يكن سجد للأولى فعليه سجدتان وإن قرأ آيات السجدة كلها في مجلس واحد فعليه لكل سجدة الأصل فيه أن مبنى السجدة على التداخل دفعا للحرص فإن الحاجة داعية إلى التكرار للمعلمين والمتعلمين في تكرار الوجوب حرج وإمكان التداخل عند اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات وإذا اختلف عاد الحكم إلى الأصل (وإذا أراد السجود كبر) ندبا بلارفع يد (وسجد ثم كبر ورفع رأسه) اعتبار بسجدة الصلاة وهو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه ولا تشهد عليه ولا سلام لأن ذلك للتحليل عن التحريم ولا تحريم ويقول في هذه السجدة ما يقول في سجدة الصلاة في الصحيح

باب صلاة المريض

(إذا عجز عن القيام صلى قاعدا يركع ويسجد) لقوله عليه السلام لعمران بن الحصين: "صل قائما فإن لم تستطع فقاعدا فإن لم تستطع فعلى الجنب يومئ إيماء"³⁵⁰ ولأن الطاعة بحسب الطاقة قال الله تعالى ﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾³⁵¹ والعجز قد يكون حقيقة بحيث لو قام لسقط وقد يكون حكما بأن خاف زيادة المرض أو يجد وجعا بذلك فإن لحقه نوع مشقة لم يجز ترك القيام فإن قدر على بعض القيام يقوم بقدر ما يقدر (أو موميا إن عجز عنهما) أي عن الركوع والسجود لما روينا ولأنه وسع مثله وجعل سجوده أخفض من ركوعه لأنه قائم مقامهما فأخذ حكمهما (فإن رفع إلى رأسه شيء يسجد عليه إن خفض رأسه جاز) لوجود الإيماء (وإلا فلا) وإن لم يخفض رأسه لم يجز لعدم الإيماء (وإن عجز عن القعود أومى مستلقيا) على قفاه وقدماه نحو القبلة وينبغي أن توضع تحت رأسه وسادة حتى يكون شبه القاعد ليتمكن من الإيماء بالركوع والسجود إذ حقيقة

³⁵⁰ أبو داود، "الصلاة" 174.

³⁵¹ سورة البقرة، الآية: 286.

الاستلقاء يمنع الإيحاء للصحيح فكيف للمريض الأصل فيه قوله عليه السلام: "يصلي المريض قائماً فإن لم يستطع فقاعداً فإن لم يستطع فعلى قفاه يومئ إيحاء فإن لم يستطع فالله أحق بقبول العذر منه"³⁵²

(أو على جنبه) أي مستلقياً على جنبه ووجهه إلى القبلة لما روينا من حديث عمران إلا أن الأولى عندنا هو الأولى خلافاً للشافعي رحمه الله فإنه يتمسك بحديث عمران ولنا قوله عليه السلام: "إن لم يستطع فعلى قفاه يومئ إيحاء"³⁵³ الحديث وحديث عمران محمول على أنه لا يقدر أن يستلقي على قفاه ولأن إشارة المستلقي يقع على هواء الكعبة وإشارة المضطجع على جنبه إلى جانب قدميه وبوقوع الإشارة إلى هواء الكعبة يتأدى الصلاة

(وإن عجز عن الركوع والسجود وقدر على القيام أو مائلاً قاعداً) لأن ركنية القيام للتوسل به إلى السجدة لما فيها من نهاية التعظيم ولهذا شرع السجود بدون القيام كسجدة التلاوة والسهو ولم يشرع القيام وحده وإذا سقط ما هو الأصل في شرعية القيام سقط القيام ولو صلى قائماً مومياً بالركوع والسجود جاز ولكن القعود أفضل لأن الإيحاء قاعداً أقرب إلى السجود **(وإن عجز عن الإيحاء أخر الصلاة)** أي وإن عجز عن الإيحاء برأسه أخرت الصلاة عنه لما روينا فإن مات على تلك الحالة لا شيء عليه وإن برئ فالصحيح أنه يلزمه قضاء يوم وليلة لا غير نفياً للخرج كما في الجنون والإغماء بخلاف النوم حيث يقضيها وإن كثرت لأنه لا يمتد أكثر من يوم وليلة غالباً كذا في شرح المصنف رحمه الله قال صاحب الهداية رحمه الله في قوله أخر الصلاة إشارة إلى أنه لا يسقط الصلاة وإن كان العجز أكثر من يوم وليلة إذا كان مفيقاً هو الصحيح لأنه يفهم مضمون الخطاب بخلاف المغمى عليه

(ولا يومئ بعينه ولا بقلبه ولا بحاجبيه) لأن فرض السجود لا يتأدى بهذه الأشياء فلا يجوز الإيحاء كما لو أومى بيده أو رجليه بخلاف الرأس فإنه يتأدى به فرض السجود وقال زفر رحمه الله يومئ بعينه فإن عجز عنه بقلبه لأنه وسع مثله ولنا أن نصب الأبدال بالرأي نصب الشرع به وإذا فاسد لإفضائه إلى الشبهة في وضع المشروعات **(ولو صلى بعض صلاته قائماً ثم عجز فهو كالعجز قبل الشروع)** يعني لو صلى الصحيح بعض صلاته قائماً ثم حدث به مرض تمها قاعداً يركع ويسجد وأومأ إيحاء إن لم يقدر أو مستلقياً إن لم يقدر لأنه بناء الأدنى على الأعلى فصار كاقتران المومئ بالصحيح

³⁵² أبو داود، "الصلاة" 174-175.

³⁵³ أبو داود، "الصلاة" 174-175.

(ولو شرع قاعدا) يركع ويسجد (ثم قدر على القيام بنى على صلاته) عندهما وقال محمد رحمه الله يستقبل وهذا بناء على ما تقدم من أن صلاة القائم خلف القاعد يجوز عندهما خلافا له (ولو شرع موميا ثم قدر على الركوع والسجود استقبل) لأن بناء القوي على الضعيف لا يجوز (ومن أغمي عليه أو جن خمس صلوات قضاها ولا يقضي أكثر من ذلك) وقال الشافعي رحمه الله لا يقضي إذا أغمي عليه وقت صلاة كامل لأنه عجز مانع عن فهم الخطاب فينافي الوجوب إذا استوعب وقت صلاة كالجنون ولنا ما روى أن عليا رضي الله عنه أغمي عليه أربع صلوات فقضاهن³⁵⁴ وروي أن ابن عمر رضي الله عنه أغمي عليه ثلاثة أيام فلم يقض³⁵⁵ ولأن الإغماء إذا قصر يعتبر بما يقصر عادة كالنوم فلا يسقط القضاء وإن طال اعتبر بما يطول عادة كالصيام والطويل أن يزيد على يوم وليلة ليدخل في حد التكرار (ومن خاف زيادة مرضه لقيامه صلى قاعدا) أصله أن الطاعة بحسب الطاقة والشرع رفع عنا ما هو متعذر والتعذر قد يكون حقيقيا وقد يكون حكيميا إلى آخر ما ذكر في أول الباب

باب المسافر

اعلم أن المشروع نوعين عزيمة وهي تقرر على الأمر الأول ورخصة وهي ما يتغير من عسر إلى يسر بواسطة عذر (وفرضه) أي فرض المسافر (في كل رباعية ركعتان) وقال الشافعي رحمه الله فرضه الأربع والقصر رخصة قياسا على الصوم إذ الوقت سبب الأربع والسفر سبب القصر كما أن الشهر سبب الصوم والسفر سبب الفطر ثم لو صام في السفر يقع فرضا فكذا لو أتم هنا ولنا أن الشفع الثاني لا يقضى إجماعا ولا يأتى على تركه وهذا آية النافلة بخلاف الصوم لأنه يقضى يؤيده حديث عمر رضي الله عنه: "صلاة المسافر ركعتان تام غير قصر على لسان نبيكم³⁵⁶ فلو صلى المسافر أربعاً وقعد في الثانية قدر التشهد أجزأته وأخريان نافلة اعتبارا بالفجر ويصير مسيئا لتأخير السلام وإن لم يقعد في الثانية قدر التشهد بطلت لاختلاط النافلة بها قبل إكمال أركانها وقيد الرباعية يؤذن بأنه لا قصر في الفجر والمغرب (وبصير مسافرا إذا فارق بيوت المصر) بناء على أن الإقامة يتعلق بدخولها فيتعلق السفر بالخروج عنها وفيه الأثر لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا (قاصدا) حال (مسيرة ثلاثة أيام ولياليها) من أقصر

³⁵⁴ الموطأ برواية محمد بن حسن الشيباني، 40/2 بلفظ: بلغني عن عمار بن ياسر أنه ...

³⁵⁵ الدارقطني، السنن، 2/238.

³⁵⁶ النسائي، "صلاة العيد" 11.

أيام الشتاء الأيام للمشي والليالي للاستراحة (**سير الإبل ومشى الأقدام**) أما القصد وهو الإرادة فلا أنه لو طاف جميع الدنيا بلا إرادة السفر لا يصير مسافرا فالقصد وحده غير معتبر والفعل وحده كذلك وإنما العبرة للجموع وأما التقدير بثلاثة أيام ولياليها فمذهبنا وعند الشافعي رحمه الله بيومين وهي ستة عشر فرسخا وفي قول بيوم وليلة وعند مالك رحمه الله بأربعة برد وكل يريد اثني عشر ميلا وعند أبي يوسف رحمه الله بيومين وأكثر اليوم الثالث لنا قوله عليه السلام: "يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها"³⁵⁷ ذكر المسافر محلي باللام فاستغرق الجنس لعدم المعهود فاقتضى تمكن كل مسافر من مسح ثلاثة أيام ولياليها ولا يتصور أن يمسخ كل مسافر ثلاثة أيام إلا وأن يكون أقل مدة السفر ثلاثة أيام إذ لو كان أقل من ذلك لخرج بعض المسافرين عن استيفاء هذه الرخصة والزيادة عليها منتفية إجماعا فكان الاحتياط إلى إثبات أن الثلاثة أقل مدة السفر وقد دل عليه الحديث على ما بينا كذا في الكافي وأما تقدير السير بسير الإبل ومشى الأقدام فلأن أعجل السير سير البريد وأبطأ سير العجلة وخير الأمور أوساطها (**ويعتبر في الجبل ما يليق به**) يعني يعتبر في السير في الجبل ثلاثة أيام ولياليها وإن كانت تلك المسافة في السهل يقطع بها دونها (**وفي البحر اعتدال الرياح**) معناه أنه نظر أن السفينة كم تسير في ثلاثة أيام ولياليها عند استواء الرياح بحيث لم تكن عاصفة ولا ساكنة فيجعل ذلك أصلا فيقتصر أن قصد مسيرة ثلاثة أيام ولياليها على هذا التفسير في البحر وإلا فلا (**ولا يزال**) المسافر (**على حكم السفر**) لأن السفر إذا صح لا يتغير حكمه إلا بالإقامة وهي بالنية أو بدخول وطنه ولذا قال المصنف رحمه الله مشيرا إليها (**حتى يدخل مصره**) فإنه ح (حينئذ) يكون مقيما وإن لم ينو الإقامة لأنه عليه السلام كان يخرج مسافرا إلى الغزوات ثم يعود إلى المدينة ولا يجدد نية الإقامة ولأن المرء في مصره لا يكون إلا مقيما فما له مغنية عن نية (**أو ينوي إقامة خمسة عشر يوما في مصر أو قرية وإن نوى أقل من ذلك فهو مسافر**) لأنه لا بد من اعتبار مدة إذ المسافر لا يجدد بدا من اللبث في المنازل أياما لاستراحة نفسه أو دابته أو لطلب رفيقه أو من غير ذلك ولا يتأتى له ذلك في مدة قليلة فقدر ذلك بمدة الطهر لتشاكلهما من حيث أنهما يوجبان ما سقط من الصوم والصلاة ألا ترى أنا قدرنا أدنى مدة السفر بثلاثة أيام اعتبارا بأدنى مدة الحيض لأنهما نظيران فإنه يسقط بهما الصوم والصلاة وروي عن ابن عباس وابن

³⁵⁷ مسلم، "الطهارة" 85.

عمر رضي الله عنهما أنهما قالوا: "أقل مدة الإقامة خمسة عشر يوماً"³⁵⁸ والأثر فيما لا تعقل كالخبر لأنه من المقادير ولا يهتدي إليه الرأي فلم يجز أن يقولوا رأياً وانتفي الكذب والجفاف فتعين السماع من صاحب الشرع والتقيد بالمصر والقرية يؤذن بأنه لا يصح منه الإقامة في المفازة قالوا هذا إذا سار ثلاثة أيام ثم نوى الإقامة في غير موضعها فإذا لم يسر ثلاثة صح لأن السفر إذا لم يتم عليه كانت منه الإقامة نقضا للعارض لا ابتداء عليه بخلاف ما لو سار ثلثا لأن ذا ابتداء إيجاب فلم يصح في غير محله **(وإن طال مقامه)** إن للوصول يعني وإن دخل مصرا ونوى أقل من خمسة عشر يوماً فهو مسافر وإن طال لبثه فيه لما روي أنه عليه السلام أقام بتبوك عشرين ليلة يقصر الصلاة³⁵⁹ وأقام أنس رضي الله عنه بنيسابور شهرا يقصر الصلاة³⁶⁰ وعلقمة بن قيس رضي الله عنه أقام بخوارزم ستين يقصر الصلاة³⁶¹ فلأن الإقامة ضد السفر ثم المقيم لا يصير³⁶² مسافرا بلانية وإن طاف كل الدنيا فكذا المسافر لا يصير³⁶³ مقيما بلانية وإن وُجد منه حقيقة الإقامة **(ومن لزمه طاعة غيره كالعسكر)** والعبد والزوجة **(يصير³⁶⁴ مسافرا بسفره)** أي بسفر ذلك الغير **(ومقيما بإقامته)** لأنه لا يمكنه مخالفته فلو نوى الأصل الإقامة ولم يعلم المتبع وقصر أياما ثم علم قضى تلك الصلوات والأصح أنه لا يقضي **(والمسافر يصير مقيما بالنية)** إذا كان في موضع الإقامة لما بينا **(إلا العسكر إذا دخل دار الحرب)** ونوى الإقامة بها فإنه لا يصير مقيما لأن الداخل في دار الحرب بين أن يهزم فيقرّ وبين أن يهزم فيفر فلم تكن دار إقامة **(أو حاصر موضعا)** أي حاصر العسكر موضعا ونوى الإقامة فيه لا يصير مقيما سواء حاصر مدينة في دار الحرب أو في دار البغي أو في دار الإسلام في غير مصر لأن حاله تبطل عزيمته لأنه بين الفرار والقرار ولدلالة الحال من القوة ما ليس للمقال فقد قيل لسان الحال أنطق من لسان المقال **(ونية الإقامة من أهل الأخبية)** والخيام في الصحراء كالأكراد والتركمان والأعراب والتراكمية **(صحيحة)** لأنه موضع إقامتهم عادة فهو في حقهم كالأمصار والقرى في حقها وقيل لا يصح والأول

³⁵⁸ ابن أبي شيبة، المصنف، 2/ 210.

³⁵⁹ أبو داود، "صلاة السفر" 11.

³⁶⁰ الهيثمي، مجمع الزوائد، 2/ 363.

³⁶¹ عبد الرزاق، المصنف، 2/ 536.

³⁶² الصواب "لا يصير"

³⁶³ "لا يصير"

³⁶⁴ "يصير"

أصح (وإذا نوى أن يقيم بموضعين لا يصح) إذ لو صح فيهما لصح في أكثر منهما وأنه ممتنع لأن السفر لا يعرى عنه (إلا أن يبيت بأحدهما) أي إلا أن ينوى أن يقيم بالليل في أحدهما فيصير مقيماً بدخوله فيه لأن إقامة المراء مضاف إلى مبيته ألا ترى أن السوقي يكون في النهار في حانوته ويُعد ساكناً في محلة فيها بيته (والمعتبر في تغيير الفرض قصرًا وإتمامًا) أي في السفر والإقامة وكذا في الحيض والطهر والبلوغ والإسلام (آخر الوقت) وإذا بقدر التحريم لأن الوجوب يتعلق بآخر الوقت حتى لو سافر آخر الوقت قصر وإن أقام المسافر آخر الوقت تم لما بينا (ولا يجوز اقتداء المسافر بالمقيم خارج الوقت) لأن فرض المسافر لا يتغير بعد خروج الوقت بنية الإقامة قصدا لانقضاء السبب فلاَّ أن لا يتغير تبعا بالاقتداء أولى فإذا لم يتغير فرض المسافر بالاقتداء بالمقيم لا يصح اقتدائه لأنه يؤدي إلى اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة أن اقتدائه في الشفع الأول وفي حق القراءة أن اقتدائه في الشفع الثاني (فإن اقتدى به) أي فإن اقتدى المسافر بالمقيم (في الوقت أتم الصلاة) لأنه يتغير فرضه إلى أربع للتبعية كما يتغير بنية الإقامة لاتصال المغير وهو الاقتداء بالسبب وهو الوقت (وإن أمه) أي إن أمَّ المسافر المقيم (سلم على ركعتين) لأنه تم فرضه وأتم المقيم صلاته أربعاً لأنه بقي عليه تمام صلاته ويستحب أن يقول: أتموا صلاتكم فإننا سفر هكذا نقل عن رسول الله عليه السلام

وحكي أن أبا يوسف رحمه الله فعل كذلك لما حج مع هارون الرشيد فقال بعضهم: نحن أعلم بذلك منك فقال أبو يوسف رحمه الله: لو علمت ما تكلمت في الصلاة فقال هارون: ما يسرني جوابك هذا ملكي الذي آتاني الله تعالى (والعاصي والمطيع سواء في الرخص) وقال الشافعي رحمه الله سفر المعصية لا تفيد الرخصة لأنها ثبتت تخفيفاً فلا يتعلق بها يوجب التغليظ ولنا إطلاق النصوص مثل قوله تعالى ﴿فمن كان منكم مريضاً أو على سفر﴾³⁶⁵ الآية وقوله عليه السلام: "صلاة المسافر ركعتان"³⁶⁶ الحديث وقوله عليه السلام: "يمسح المقيم يوماً وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها"³⁶⁷ فقد تعلقت الرخصة فيها بنفس السفر فزيادة قيد أن لا يكون باغياً أو سارقاً

³⁶⁵ سورة البقرة، الآية: 185 .

³⁶⁶ مسلم، "صلاة المسافر وقصرها" 16 .

³⁶⁷ مسلم، "الطهارة" 85 .

أو آبقا أو قاطع طريق يجري مجرى النسخ ولأن هذه الرخصة في السفر للسفر وهو ليس بمعصية لأنه خروج مديد وإنما المعصية ما يكون بعده أو يجاوره فصلح متعلّق³⁶⁸ الرخصة

باب الجمعة

اعلم أن الجمعة فريضة محكمة لا يجوز تركها إلا بعذر لقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع﴾³⁶⁹ الآية والأمر للوجوب وقوله عليه السلام في حديث طويل من رواية جابر رضي الله عنه: "واعلموا أن الله فرض عليكم الجمعة في يومي هذا في شهري هذا في عامي هذا في مقامي هذا إلى يوم القيامة"³⁷⁰ ثم لوجوبها شرائط في المصلي وهى الحرية والذكورة والإقامة والصحة وسلامة الرجلين وسلامة العينين ولأدائها شرائط في غير المصلي وهى المصر والإقامة والخطبة والوقت والجماعة والإذن العام ويقتبس الكل بما تلونا عبارة وإشارة واقتضاء ودلالة كما عرف في موضعه **(ولا تجب الجمعة إلا على الأحرار)** لأن العبيد مشغولون بخدمة المولى وإنما قال بلفظ الجمع إخراجا للكلام مخرج العادة فإن الجمعة تؤدى بالجماعة **(الأصحاء المقيمين)** فلا تجب على المريض والمسافر لأنه يخرج في الحضور واختلف في الأعمى قال أبو حنيفة رحمه الله لا تجب عليه وقالوا رحمهما الله تجب إذا وجد قائدا لأنه يصير به قادرا على السعي وله أنه عاجز بنفسه كالمريض فلا يصير قادرا بغيره فإن القائد قد يتركه في الطريق **(بالأمصار)** فلا يجوز إقامتها في القرى لقوله عليه السلام: "لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى إلا في مصر جامع"³⁷¹ **(ولا يقام) الجمعة (إلا في مصر)** لما بينا ولا تجب على من هو خارج المصر في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه تجب على من يُجى خراجه إلى إخراج البلد وعن محمد رحمه الله على من سمع النداء وعن أبي يوسف رحمه الله إن كان بينه وبين المصر فرسخان تجب وإلا لا وجه الظاهر أن الحرج منتف وفي الوجوب على هذا الوجه حرج فلا تجب **(أو مصلاه)** لأنه في حكمه والحكم غير متصور على المصلي بل تجوز في جميع أفنية المصر لأنها بمنزلته في حوائج أهله **(وهو)** أي المصر

³⁶⁸ بفتح اللام أي موضع تعلق الرخصة

³⁶⁹ سورة الجمعة، الآية: 9.

³⁷⁰ ابن ماجه، "إقامة الصلاة والسنة" 78.

³⁷¹ ابن أبي شيبة، المصنف، 439 / 1.

(ما اجتمع أهله في أكبر مساجدهم لم يسعهم) روي ذلك عن أبي يوسف رحمه الله وقال الثلجي رحمه الله هذا أحسن ما قيل فيه وقيل: أن يعيش كل صانع بحرفته وقال الكرخي رحمه الله ما أقيمت فيه الحدود ونفذت فيه الأحكام وعن محمد رحمه الله كل موضع مضره الإمام فهو مصر فلو بعث إلى قرية نائبا لإقامة الحدود والقصاص صار مصرا فلو عزله ودعاه التحق بالقرى (ولا بد من السلطان أو نائبه) خلافا للشافعي رحمه الله هو اعتبرها بسائر الصلوات ولنا قوله عليه السلام أربع إلى الولاية³⁷² وعدّها منها الجمعة ولأنها مقام بجمع عظيم وقد يقع المنازعة في التقدم والتقديم فلا بد منه تكميلا لأمر هذا الجمع (ووقتها وقت الظهر) لحديث أنس رضي الله عنه: "كنا نصلي الجمعة مع النبي عليه السلام إذا مالت الشمس"³⁷³ ولو خرج الوقت وهو فيها استقبل الظهر ولا يبينه على الجمعة لأنها غير الظهر اسما وقدرها وشروطا فلا يجوز أداء فرض بتحريمه فرض آخر وقال الشافعي رحمه الله يتمها أربعا لأن الجمعة ظهر مقصور لأجل الخطبة قال عمر رضي الله عنه إنما قصرت الصلاة لمكان الخطبة لكن قصرها كان مشروطا بالوقت فإذا فات عادت أربعا (ولا تجوز) الجمعة (إلا بالخطبة) ولو صلوا بلا خطبة لم يجز لأنه عليه السلام ما صلاها بدون الخطبة³⁷⁴ ولو جاز لفعله عليه السلام مرة تعليما للجواز كما ترك الوضوء لكل صلاة مرة حتى صلى أربع صلوات بوضوء واحد (يخطب الإمام قبل الصلاة) به وردت السنة وعليه إجماع الأمة (خطبتين يفصل بينهما بقعدة) هو المأثور من فعله عليه السلام³⁷⁵ والأئمة بعده ومقدار القعدة أن يستقر كل عضو منه في موضعه (وإن اقتصر على ذكر الله تعالى جاز) عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة وأقله مقدار التشهد من قوله التحيات لله إلى قوله عبده ورسوله لأن الخطبة من الواجبة والتسييعة والتهليلة لا تسمى خطبة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا للمتعارف وله قوله تعالى ﴿فاسعوا إلى ذكر الله﴾³⁷⁶ من غير فصل وعن عثمان رضي الله عنه أنه قال: "الحمد لله فأرتج عليه ونزل

³⁷² ابن أبي شيبة، المصنف، 5/ 502.

³⁷³ أبو داود، "الصلاة" 218.

³⁷⁴ قال قاسم بن قطلوبوغا: لم نجد. هذا حكم مأخوذ من استقراء السنة. التعريف والإخبار، 1/ 325.

³⁷⁵ الطبراني، المعجم الكبير، 11/ 167.

³⁷⁶ سورة الجمعة، الآية: 9.

وصلى الجمعة³⁷⁷ ولم ينكر عليه أحد من الصحابة رضي الله عنهم فدل أنه يكفي هذا المقدار **(والأولى أن يخطب قائماً طاهراً)** لأن القيام متوارث والطهارة شرط الصلاة فيستحب فيها كالأذان والإقامة **(فإن خطب قاعداً أو على غير وضوء جاز)** لحصول المقصود ويكره لمخالفته التوارث **(ولا بد من الجماعة لأن الجمعة)** مشتقة منها ولا خلاف في ذلك **(وأقلهم ثلاثة والإمام)** أي وأقل الجماعة ثلاثة سوى الإمام عند الإمام رحمه الله وقالوا رحمهما الله اثنان سواء والأصح أن محمداً مع أبي حنيفة رحمه الله لأبي يوسف رحمه الله أن في المثنى معنى الاجتماع وهي منبئة عنه ولهما أن جمع الصحيح إنما هي الثلاث والجماعة شرط على حدة وكذا الإمام فلا يعتبر منهم ولأن آية الجمعة تقتضي منادياً وذاكراً وهما المؤذن والإمام والساعين فيكون ثلاثة سوى الإمام والمثنى وإن كان جمعاً معنى فليس بجمع تسمية إذ أهل اللغة فصلوا بين التثنية والجمع **(ومن لا يجب عليه الجمعة)** كالمسافر والعبد والمريض **(إذا صلاها أجزأته عن الظهر)** لأن السقوط عنهم للتخفيف والترفيه فلو وجب غيرها بتقدير إقامتها لعاد الأمر على موضعه بالنقض والإبطال وصار كالمسافر إذا صام **(وإن أم)** من لا يجب عليه الجمعة **(فيها جاز)** وقال زفر رحمه الله لا يجوز لأنه لا فرض عليه فأشبهه الصبي والمرأة ولنا أنهم صلحوا للإمامة في غير الجمعة فكذا للجمعة وعدم الفرضية لا لعدم الأهلية بل لعذر رخص الشرع الترك لأجله فإذا حضروا وأدّوا تبع فرضاً فكان اقتداء بمفترض بمفترض وقد صح أنه عليه السلام أقام الجمعة بمكة وهو مسافر³⁷⁸ **(ومن صلى الظهر يوم الجمعة بغير عذر جاز ويكره)** وقال زفر رحمه الله لا يجوز ويلزمه الإعادة بعد فراغ الإمام عن الجمعة لأن الفرض في حقه الجمعة والظهر بدل عنها لأنه مأمور بأداء الجمعة ومعاقب بتركها ومنهي عن أداء الظهر ومأمور بالإعراض عنه مالم يقع اليأس عن الجمعة وهذا صورة الأصل مع البديل ولا يجوز أداء البديل مع القدرة على الأصل ولنا أن أصل الفرض هو الظهر في حق الكافة وهذا هو الظاهر إلا أنه مأمور بإسقاط الجمعة وهذا لأنه متمكن يدور التكليف وإنما كره لإخلاله بالجمعة **(فإن شاء أن يصلي الجمعة)** بعد **(ما أدى)** الظهر في منزله **(بطل ظهره بالسعي)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يبطل مالم يدخل مع الإمام لأن السعي إلى الجمعة دون الظهر فلا ينقضه

³⁷⁷ قال الزيلعي: قلت غريب. نصب الراية، 2/ 205.

³⁷⁸ قال قطلوبوغا: لم أره مصرّحاً، واستخرجته مما رواه أبو داود بلفظ: عن ابن عمر أنه كان إذا كان بمكة فصلى الجمعة تقدم فصلى ركعتين ثم تقدم فصلى أربعاً وإذا كان بالمدينة صلى الجمعة ثم رجع فصلى ركعتين ولم يصل في المسجد فقليل له فقال كان رسول الله عليه السلام يفعل ذلك. أبو داود "الصلاة" 236 / 238.

بعد تمامه وله أن السعي إليها من خصائصها للأمر والاشتغال بفرائضها المختصة بها يبطل الظهر كالتحرية وقوله بالسعي معناه بالسعي إلى الجمعة والإمام فيها حتى لو كان الإمام قد فرغ منها لا يبطل بالإجماع لأنه ليس بسعي إليها **(ويكره لأصحاب الأعذار)** وأهل السجن **(أن يصلوا الظهر يوم الجمعة جماعة في المصر)** سواء قبل فراغ الإمام أو بعده لأن فيه إخلالا بالجمعة فربما يقتدي بهم غيرهم وجرى التوارث في جميع الأمصار والإعصار بغلاق أبواب المساجد وقت الجمعة مع أنها لا تخلو عن أصحاب الأعذار ولولا الكراهة لما غلقوها ولو صلوا جاز لوجود شرائط الجواز وقيد بقوله في المصر لأن في القرى يجوز بلا كراهة أيضا لأنه لا جمعة عليهم

(وإذا خرج الإمام يوم الجمعة) أي وإذا قام الإمام يوم الجمعة لصعود المنبر وعبارة الخروج واردة على عادة العرب من أنهم متخذون للإمام حجرة خالية في الجامع تعظيما لشانه فيخرج منه حين أراد الصعود **(استقبله الناس)** به جرى التوارث **(واستمعوا وأنصتوا)** لقوله تعالى ﴿فاستمعوا له وأنصتوا﴾³⁷⁹ قالوا نزلت في الخطبة **(وإذا أذن الأذان الأول توجهوا إلى الجمعة)** وتركوا البيع لقوله تعالى ﴿فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع﴾³⁸⁰ **(وإذا صعد الإمام المنبر جلس وأذن المؤذنون)** إنما قال بلفظ الجمع إخراجا للكلام مخرج العادة **(بين يديه الأذان الثاني)** بذلك جرى التوارث ولم يكن في عهد رسول الله عليه السلام ولا في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنهم إلا هذا الأذان فلما كان زمن عثمان رضي الله عنه وكثر الناس وتباعدت المنازل زادوا مؤذنا آخر يؤذن قبل جلوسه على المنبر³⁸¹ والمعتبر في وجوب السعي وحرمة البيع هو الأذان الثاني وقيل الأصح أن المعتبر هو الأذان الأول إذا كان بعد الزوال لإطلاق قوله تعالى ﴿إذا نودي للصلاة﴾³⁸² **(وإذا أتم الخطبة أقاموا)** هكذا روي عن رسول الله عليه السلام والأئمة بعده

³⁷⁹ سورة الأعراف، الآية: 204.

³⁸⁰ سورة الجمعة، الآية: 9.

³⁸¹ البخاري، "الجمعة" 25.

³⁸² سورة الجمعة، الآية: 9.

باب صلاة العيدين

سمي العيد به لعود الناس إليه في كل سنة أو لأن الله تعالى يعود إلى العباد بالمغفرة فيه الأصل فيه قوله تعالى ﴿ولتكبروا الله على ما هديكم﴾³⁸³ قالوا المراد صلاة العيد وتواتر عن رسول الله عليه السلام أنه كان يصلي صلاة العيد وروى أنس رضي الله عنه أنه عليه السلام قدم المدينة ولهم يومان يلعبون فيهما فقال: "قد أبدلكم الله تعالى بهما خيرا منهما الفطر والأضحى"³⁸⁴ واجتمعت الأمة على إقامتها من لدن رسول الله عليه السلام إلى يومنا هذا بلا نكير منكر **(وتجب)** صلاة العيدين **(على من تجب عليه الجمعة)** أما الوجوب فلما تلونا ولمواظبته عليه السلام ولقضاءه إياها³⁸⁵ وكل ذلك دليل الوجوب وقيل إنها سنة لأنه عليه السلام حين علّم الواجبات للأعرابي قال هل على غيرهن قال لا إلا أن تتطوع³⁸⁶ والأول أصح وأما قوله على من تجب عليه الجمعة حتى لا تجب على المسافر والمريض والعبد كما لا تجب الجمعة فلما ذكرنا في باب الجمعة **(وشرائطها كشرائطها)** أي وشرائط صلاة العيد كشرائط الجمعة من السلطان والجماعة والوقت والمصر وغير ذلك **(إلا الخطبة)** فإنها ليست من شرائط العيد الأصل فيه قوله عليه السلام: "لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى إلا في مصر جامع"³⁸⁷ ولما كان المصر الجامع شرط في العيد بهذا الحديث كان سائر شروط الجمعة شرطا في العيد لعدم القائل بالفصل والخطبة في الجمعة لما كانت متقدمة اعتبرت شرطا وهنا الخطبة متأخرة فلم يكن شرطا لأن الشرط ما يسبقه وإنما اعتبرت سنة للوعظ وتعليم الأحكام المشروعة في الوقت والسنة وردت مستفيضة في الخطبة بعد الصلاة الحاصل أن الخطبة في صلاة العيد يخالف الخطبة في الجمعة من وجهين أحدهما أن الجمعة لا يجوز بدون الخطبة وصلاة العيد يجوز بدونها والثاني أن في الجمعة يقدم الخطبة على الصلاة وفي العيد يؤخر عنها فإن قدم الخطبة في صلاة العيد جاز أيضا ولا يعاد الخطبة بعد الصلاة **(ويستحب يوم الفطر للإنسان أن يغتسل)** لأنه يوم ازدحام فيسن فيه الغسل والطيب كما في الجمعة

³⁸³ سورة البقرة، الآية: 185 .

³⁸⁴ أبو داود، "الصلاة" 239 .

³⁸⁵ الطحاوي، شرح معاني الآثار، 1 / 500 .

³⁸⁶ مسلم، "الإيمان" 8 .

³⁸⁷ البيهقي، السنن الكبرى، 4 / 400 .

(ويستاك) لأنه مندوب إليه في سائر الصلوات **(ويلبس أحسن ثيابه)** لأنه عليه السلام كان له جبة فنك أو صوف يلبسها في الأعياد³⁸⁸ **(ويتطيب)** لأنه عليه السلام كان يتطيب يوم العيد³⁸⁹ **(ويخرج صدقة الفطر)** فيضعها في مصرفها كذا فعل رسول الله صلى الله عليه وفيه تفريغ بال الفقير قال صلى الله عليه وسلم: "أغنوهم عن المسئلة في هذا اليوم"³⁹⁰ **(ويأكل شيئاً)** حلوا تمرأ أو زيبيا هكذا نقل عن رسول الله عليه السلام³⁹¹ **(ثم يتوجه إلى المصلى)** ويستحب أن يمشي راجلا هكذا روي عن رسول الله عليه السلام³⁹² **(ووقت الصلاة من ارتفاع الشمس إلى زوالها)** لأنه عليه السلام كان يصلي العيد والشمس على قدر رمح أو رمحين ولما شهد عنده بالهلال بعد الزوال صلى العيد من الغد³⁹³ ولو بقي وقتها لما أخرها **(ويصلي الإمام بالناس ركعتين يكبر تكبيرة الإحرام وثلاثا بعدها)** ويسكت بين كل تكبيرتين بقدر ثلث تسيحات لأن صلاة العيد تقام بجمع عظيم فلو والى بين التكبيرات تشبه على من كان نائبا عن الإمام والاشتباه يزول بهذا القدر من المكث ثم هذا القدر ليس بلازم بل يختلف ذلك بكثرة الزحام وقلته **(ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة ثم يكبر ويركع ويبدأ في الثانية بالقراءة ثم يكبر ثلاثا وأخرى للركوع)** وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وهو قولنا وقال ابن عباس رضي الله عنه: "يكبر في الأولى للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية يكبر خمسا ثم يقرأ"³⁹⁴ وفي رواية يكبر أربعاً في الثانية والناس يعملون اليوم بمذهب ابن عباس رضي الله عنه لأمر بنيه الخلفاء فانهم كتبوا في مناشرهم أن يصلوا صلاة العيد بمذهب جدهم وإنما رجحنا قول ابن مسعود رضي الله عنه لأنه عليه السلام لما صلى العيد كبر أربعاً ثم أقبل بوجهه وقال: "أربع كأربع الجنائز"³⁹⁵

³⁸⁸ قال الزيلعي: غريب بهذا اللفظ. رواه البيهقي بلفظ: "أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يلبس بُردَ جَبَّةٍ في كل عيد" السنن الكبرى،

56 / 5.

³⁸⁹ الطبراني، المعجم الكبير، 90 / 3.

³⁹⁰ الدارقطني، السنن، 348 / 2.

³⁹¹ البخاري، "العيدين" 4.

³⁹² ابن ماجه، "إقامة الصلاة والسنة فيها" 161.

³⁹³ قال الزيلعي: حديث غريب. والمصنف استدلل به وبالحديث الذي بعده على أن وقت العيد من حين ارتفاع الشمس إلى زوال الشمس.

نصب الراية، 220 / 2.

³⁹⁴ انظر للروايات في تكبيرات صلاة العيد نصب الراية، 223-224؛ وابن أبي شيبة، المصنف، 495 / 1.

³⁹⁵ الطحاوي، بلفظ: "صلى بنا النبي عليه السلام يوم عيد فكبر أربعاً وأربعاً ثم أقبل علينا بوجهه حين انصرف قال: "لا تنسوا كتكبير الجنائز" وأشار بأصابعه وقبض إبهامه. معاني الآثار، 173 / 4.

فلا يشتبه عليكم وأشار بأصابعه وخنس إبهامه ففيه قول وفعل وإشارة وتشبيه وتأکید فان قلت ظاهره متروك لأنه إن أريد الكل فهو خمسة وإن أريد به الزوائد فهي ثلاثة عندكم قلت أريد به التكبيرات المتوالية في حالة واحدة وإذا أربع أو أريد به غير تكبيرة الافتتاح ولأن الجهر بالتكبير ورفع الأيدي خلاف المعهود فالأخذ بما اتفقت عليه الأقاويل وهو متيقن أولى **(ويرفع يديه في الزوائد)** لقوله عليه السلام: "لا ترفع الأيدي إلا سبع مواطن"³⁹⁶ وعدّ منها تكبيرات الأعياد **(ويخطب بعد الصلاة خطبتين)** بذلك ورد النقل المستفيض **(ويعلم الناس فيها صدقة الفطر)** أي ويعلم الناس في الخطبة صدقة الفطر وأحكامها بأنها نصف صاع من بُرٍّ أو صاع من شعير أو تمر وعلى من يجب وشرط الوجوب ما هو والسبب ما هو لأن الخطبة شرعت لأجله **(وإن لم يخطب أساء)** لمخالفته السنة المشهورة **(وجازت الصلاة)** لأن الخطبة ليست بشرط من شرائطها لما بيناه **(فإن شهدوا برؤية الهلال بعد الزوال صلوا من الغد)** لأن هذا تأخير بعذر وقد ورد فيه الحديث **(ولا يصلها بعده)** أي لو وجد عذر منع الناس في الصلاة في اليوم الثاني لم يصلها بعده لأن الأصل فيها ألا يقضي كالخطبة إلا أنا تركناه لما روينا أنه قضاه من الغد فبقي ما ورائه على الأصل **(ويستحب يوم الأضحى ما يستحب يوم الفطر)** من الغسل والتطيب والسواك واللبس لما روينا **(إلا أنه يؤخر الأكل إلى ما بعد الصلاة)** لما روي أنه عليه السلام كان لا يطعم يوم النحر حتى يرجع فيأكل من أضحيته³⁹⁷ **(ويكبر في طريق المصلّي جهرا)** هكذا فعل رسول الله عليه السلام³⁹⁸ قيد بقوله في طريق المصلّي لأنه إذا وصل إلى المصلّي قطع وقيل إذا شرع الإمام في الصلاة قطع **(ويصلها كصلاة الفطر)** كذا النقل **(ثم يخطب ويعلم الناس الأضحى وتكبير التشريق)** لأنه مشروع الوقت والخطبة ما شرعت إلا لتعليمه **(فإن لم يصل أول يوم صلوا من الغد وبعده والعذر وعدمه سواء)** لأنها صلاة الأضحى فيتقدر بأيامها وهي ثلاثة أيام وفي الكافي ولو أخر بلا عذر أساء لأنه خالف المنقول **(وتكبير التشريق الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله والله أكبر الله أكبر والله الحمد)** هذا هو المأثور عن الخليل عليه السلام وذلك أن جبريل عليه السلام لما جاء بالقرآن خاف العجلة على إبراهيم عليه السلام فقال الله أكبر الله

³⁹⁶ ابن أبي شيبة، المصنف، 421 / 3.

³⁹⁷ ابن ماجه، الصيام" 49.

³⁹⁸ ابن أبي شيبة، المصنف، 487 / 1.

أكبر فلما رآه إبراهيم عليه السلام وعلم أنه جاء بالفداء قال لا إله إلا الله والله أكبر فعلم الذبيح بالفداء فقال الله أكبر والله الحمد³⁹⁹ فصار ذلك ميراثاً منهم في أيام الذبح (واجب) وقيل سنة (عقيب الصلوات المفروضات في جماعات الرجال المقيمين بالأمصار) فلا يجب على المنفرد والمسافر والقرويّ أما الوجوب فلقوله تعالى ﴿فاذكروا الله في أيام معدودات﴾⁴⁰⁰ قيل المراد تكبير التشريق وقوله عليه السلام لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحي إلا في مصر جامع⁴⁰¹ والتشريق هو التكبير نقلاً عن الخليل والنضر بن شهيل رضي الله عنه ومثله عن علي رضي الله عنه نفاه ثم أوجبه ومثله نقيض الوجوب كالفطر والأضحي وأما بقية الشروط فمذهب أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يجب على كل من صلى المكتوبة ولو قروياً أو مسافراً أو منفرداً وهو مروي عن عمر رضي الله عنه ولأنه تبع للمكتوبة فتجب على من تجب عليه المكتوبة وله ما رويناه "لا جمعة ولا تشريق"⁴⁰² الحديث وإذا ثبت اشتراط المصر ثبت باقي الشروط إجماعاً ولأن الجهر بالتكبير خلاف الأصل إذ الإخفاء أولى قال الله تعالى ﴿ادعوا ربكم تضرعاً وخفية﴾⁴⁰³ وقال عليه السلام خير الذكر الخفي⁴⁰⁴ ولأنه أبعد عن الريا والسنة وردت بالجهر عقيب الصلوات بهذه الأوصاف فيبقى ما ورائها على الأصل (عقيب صلاة الفجر يوم عرفة إلى عقيب صلاة العصر أول يوم النحر) وهي ثمان صلوات وقالوا رحمهما الله إلى آخر أيام التشريق وهي ثلاثة وعشرون صلاة وهو مذهب علي⁴⁰⁵ رضي الله عنه ومذهب أبي حنيفة رحمه الله مذهب ابن مسعود رضي الله عنه له أن الأصل الإخفاء كما تقدم فالمصير إلى الأقل جهراً أولى ولهما أنها عبادة والأخذ بأكثرها هو الاحتياط والفتوى على قولهما اعلم أن الإضافة في قوله تكبير التشريق إنما يستقيم على قولهما لأن بعض التكبيرات يقع في أيام التشريق وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقع شيء من التكبير فيها لكنه باعتبار القرب أضيف إليه

³⁹⁹ قال الزيلعي: قلت لم أجد مأثوراً عن الخليل. وانظر حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر في صلاة الفجر يوم عرفة إلى صلاة العصر من آخر أيام التشريق حين يسلم من المكتوبات. الدارقطني، السنن، 2/ 182.

⁴⁰⁰ سورة البقرة، الآية: 203.

⁴⁰¹ البيهقي، السنن الكبرى، 4/ 400.

⁴⁰² ابن أبي شبة، المصنف، 1/ 439.

⁴⁰³ سورة الأعراف، الآية: 55.

⁴⁰⁴ ابن حبان، الصحيح، 3/ 91.

⁴⁰⁵ ابن أبي شبة، المصنف، 1/ 488.

باب صلاة الخوف

الأصل أن اللاحق لا يقرأ والمسبوق يقرأ والمشي مباح لإحراز فضيلة الجماعة ثم اعلم أن صلاة الخوف مشروعة في زماننا خلافاً لأبي يوسف رحمه الله له أن القياس يأبى جوازها لما فيه من استدبار القبلة وإنما جَوَزَناها بالنص وهو قوله تعالى ﴿وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ﴾⁴⁰⁶ والنص شرط كونه عليه السلام فيهم فلم يجوز بعده ولأن الناس كانوا يرغبون في صلاة خلفه عليه السلام فشرعت بصفة المشي والانحراف لِيَنَالَ كل فريق فضيلة الصلاة خلفه عليه السلام وقد ارتفع هذا المعنى بعده ويتمكن كل طائفة من أداء الصلاة بإمامه على حدة فلم يجوز مع الذهاب والمجيئ ولنا أن الصحابة رضي الله عنهم صلوا بطبرستان وهم متوافرون من غير نكير من أحدهم⁴⁰⁷ فكان إجماعاً ولأن سببه الخوف وهو يتحقق بعده كما كان في حياته وقوله ﴿وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ﴾⁴⁰⁸ أي أنت ومن يقوم مقامك في الإمامة كما في قوله تعالى ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾⁴⁰⁹ وقد يكون الخطاب مع رسول الله عليه السلام ولا يختص هو به إذ الأصل في الشرائع العموم وكيفيتها عندنا ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله **(وهو أن يجعل الإمام الناس طائفتين طائفة أمام العدو وطائفة يصلي بهم ركعة إن كان مسافراً)** لأنه شطر صلاته وكذلك في الفجر **(وركعتين إن كان مقيماً)** لأنها الشطر وكذلك في المغرب لأنها لا تقبل التنصيف فجعلها في الأولى بحكم السبق أولى **(وتمضي)** هذه الطائفة **(إلى وجه العدو ونجى تلك الطائفة)** لقوله تعالى ﴿وَلِيَّاتِ طَائِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يَصِلُوا فليصلوا معك﴾⁴¹⁰ **(فيصلي)** الإمام **(بهم باقي الصلاة ويسلم وحده)** لأنه قد أتم صلاته **(ويذهبون إلى وجه العدو وتأتي الأولى فيتمون صلاتهم بغير قراءة)** لأنهم لاحقون ويتحرون أن يقفوا مقدار ما وقف الإمام كأنهم خلفه ويسلمون **(ويذهبون وتأتي الأخرى فيتمون صلاتهم بقراءة)** لأنهم مسبوقون **(ويسلمون)** هكذا رواها عبد الله بن مسعود⁴¹¹ رضي الله عنه **(وفي المغرب يصلي بالأولى ركعتين وبالثانية ركعة)**

⁴⁰⁶ سورة النساء، الآية: 102.

⁴⁰⁷ النسائي، "صلاة الخوف" 18.

⁴⁰⁸ سورة النساء، الآية: 102.

⁴⁰⁹ سورة التوبة، الآية: 103.

⁴¹⁰ سورة النساء، الآية: 102.

⁴¹¹ أبو داود، "صلاة المسافر" 17.

لما مر فإن أخطأ الإمام فصلى بالأولى ركعة وبالثانية ركعتين فسدت صلاة الطائفتين كذا في **(ومن قاتل أو ركب فسدت صلاته)** لأنه عليه السلام شغل عن أربع صلوات يوم الأحزاب حتى قضاها ليلاً وقال: "ملا الله بيوتهم وقلوبهم ناراً"⁴¹² ولو جازت الصلاة مع القتال لما أخرها لأن الخندق كان بعد شرعية صلاة الخوف فإن النبي عليه السلام صلى صلاة الخوف في غزاة ذات الرقاع⁴¹³ وهي قبل الخندق هكذا ذكره الواقدي رحمه الله وابن اسحق رحمه الله كذا في شرح المصنف رحمه الله **(وإذا اشتد الخوف)** بأن لا يدعهم العدو بأن يصلُّوا نازلين بل يهجمونهم بالمحاربة **(صلُّوا ركبانا وُحدانا يؤمُّون إلى أي جهة قدرُوا)** لقوله تعالى ﴿فإن خفتم فرجالاً أو ركبانا﴾⁴¹⁴ وسقط التوجه للضرورة ولأن التكليف بقدر الوسع **(ولا يجوز الصلاة ماشياً)** لأن المشي عمل كثير فيفسدها **(وخوف السبع كالعدو)** ولأن السبب هو الخوف وقد يتحقق من السبع

باب الصلاة في الكعبة

(يجوز فرض الصلاة ونفلها في الكعبة) خلافاً للشافعي رحمه الله فيها لما لك رحمه الله في الفرض لأنه عليه السلام صلى في جوف الكعبة يوم الفتح⁴¹⁵ ولأنها صلاة استجمعت شرائطها لوجود استقبال القبلة والاستيعاب في التوجه ليس بشرط وعليه الناس من لدن الصدر الأول إلى يومنا هذا **(وفوقها)** خلافاً للشافعي رحمه الله لأن الكعبة هي العرصة والهواء إلى عنان السماء عندنا دون البناء لأنه ينقل ألا يرى أنه لو صلى على أبي قبيس جاز ولا بناء بين يديه إلا أنه يكره لما فيه من ترك التعظيم وقد ورد النهي عنه عن النبي عليه السلام **(فإن قام الإمام في الكعبة ويخلق الناس حولها جاز)** إذا كان الباب مفتوحاً لأنه كقيامه في المحراب من سائر المساجد **(وإن كانوا معه جاز)** أي وإن كان القوم مع الإمام في الكعبة جاز وإن جعل بعضهم ظهره إلى ظهر الإمام لأنه متوجه إليها ولا يعتقد إمامه على الخطأ بخلاف مسألة التحري **(إلا من جعل ظهره إلى وجه الإمام)** فإن صلاته لا يجوز لتقدمه على إمامه

⁴¹² مسلم، "المساجد ومواضع الصلاة" 202؛ أبو داود، "الصلاة" 5.

⁴¹³ الطحاوي، معاني الآثار، 1/ 406.

⁴¹⁴ سورة البقرة، الآية: 239.

⁴¹⁵ البخاري، "الصلاة" 30.

(وإذا صلى الإمام في المسجد الحرام تحلق الناس حول الكعبة وصلّوا بصلاته فمن كان منهم أقرب إلى الكعبة منه)

أي من الإمام (جازت صلاته إن لم يكن في جانبه) لأن التقدم والتأخر إنما يظهر عند اتحاد الجانب

الحاصل أن للكعبة أربعة جوانب جدرانها الأربعة فالواقف في الجانب الذي يكون الإمام فيه إذا كان أقرب إليها من الإمام يكون متقدما على الإمام بخلاف الواقف في الجوانب الثلاثة الأخر فإن من هو أقرب إلى الكعبة لا يكون متقدما على الإمام

ثم اعلم أن قوله تحلق الناس حال والتقدير قد يحلق الناس وجواب المسئلة قوله فمن كان منهم أقرب بالفاء وهو المذكور في بعض النسخ وهو موافق لما في الهداية والنافع وفي أكثر النسخ ومن كان بالواو فعلى هذا يكون قوله يحلق الناس جواب المسئلة وهو المذكور في شرح المصنف رحمه الله

باب الجنائز

الجنائز بالفتح الميت وبالكسر السرير (ومن احتضر) أي قرب إلى الموت (وجه إلى القبلة على شقه الأيمن) اعتبارا بحال الوضع في القبر لقربه منه وما قرب إلى الشيء يأخذ حكمه واختار المتأخرون الاستلقاء لأنه أيسر لخروج الروح وإن كان الأول سنة (ولقن الشهادة) لقوله عليه السلام: "لقنوا موتاكم شهادة أن لا إله إلا الله" ⁴¹⁶ وأريد به من قرب إلى الموت وهو من قبيل تسمية الشيء باسم ما يؤل إليه كقوله تعالى ﴿إني أراني أعصر خمرا﴾ ⁴¹⁷ أي عبا وقوله عليه السلام عَشْ ما شئتَ فإنك ميتٌ ⁴¹⁸ وقوله عليه السلام: "من قتل قتيلا فله سلبه" ⁴¹⁹ وقيل إنه مجرى على حقيقته وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه يقال يحييه ولأنه عليه السلام أمر بتلقين الميت بعد دفنه قلنا لا فائدة في التلقين بعد الموت لأنه إن مات مؤمنا فلا حاجة إليه وإن مات كافرا فلا يفيد التلقين وصورة التلقين أن يقول يا فلان بن فلان اذكر دينك الذي كنت عليه رضيت بالله ربا وبالإسلام دينا وبمحمد عليه السلام نبيا قال قاضيخان رحمه الله إن كان التلقين لا ينفع لا يضر أيضا فيجوز وذكر الإمام الزاهد الصفار رحمه الله أن تلقين الميت مشروع لأنه يعاد إليه روحه وعقله ويفهم ما يلقي

⁴¹⁶ مسلم، "الجنائز" 1؛ أبو داود، "الجنائز" 16؛ ابن ماجه، "الجنائز" 3.

⁴¹⁷ سورة يوسف، الآية: 36.

⁴¹⁸ الحاكم، المستدرک، 5/ 243.

⁴¹⁹ مسلم، "الجهاد والسير" 41.

(فإذا مات شُدُّوا لَحْيَيْهِ وَغَمَضُوا عَيْنَيْهِ) بذلك جرى التوارث ثم فيه تحسينه (فيستحب تعجيل دفنه) لقوله عليه السلام: "عجلوا موتاكم فإن كان خيرا قدمتموه إليه وإن كان شرا فبُعْدًا لأهل النار"⁴²⁰ (ويجب غسله وجوب كفاية) لقوله عليه السلام: "للمسلم على المسلم ست حقوق"⁴²¹ وعَدَّ منها أن يغسله بعد موته حتى لو تركوا غسله أثموا جميعا ولو تعين واحد لغسله لا يحل له أخذ الأجرة عليه والأصل فيه ما روي أن آدم عليه السلام لما قُبِض نزل جبريل عليه السلام بالملائكة وغسلوه وقالوا لولده: "هذه سنة موتاكم"⁴²² ثم قيل إنها وجب غسله لأجل الحدث لا لنجاسة ثبتت بالموت وقيل لنجاسة الموت لا سبب الحدث (ويجوز للغسل) ليتمكن من تنظيفه ووصول الماء إلى بدنه وما روي أنه عليه السلام غسل في ثيابه⁴²³ فذلك مخصوص به تعظيما له (ويوضع على تحت) لينصب عنه (مجمّر) تعظيما للميت ودفعًا للرائحة الكريهة (وترا) لقوله عليه السلام: "إن الله وتر يحب الوتر"⁴²⁴ وكيفية التجمير وترا أن يدار السرير بالمجمر مرة أو ثلاثا أو خمسا ولا يزداد عليها ويفعله عند إرادة غسله إخفاء للرائحة (ويستر عورته) إقامة لواجب الستر ويكتفى بستر العورة الغليظ هو الصحيح تيسرا (ويتوضأ للصلاة إلا المضمضة والاستنشاق) لأن الوضوء سنة الاغتسال غير أن إخراج الماء منه متعذر فيتركان (ويغلى الماء) من الإغلاء لا من الغليان وهو لازم (بالسدر أو بالخرض إن وجد) مبالغة في التنظيف (ويغسل رأسه ولحيته بالخطمي) تنظيفا لهما (من غير تسريح) إذ لا حاجة إليه وعن عائشة رضي الله عنها أنها قالت حين رأت ميتا يسرّح علام تنصون ميتكم⁴²⁵ ولم يُرَوَّ عن غيرها خلافاه فحل محل الإجماع (ولا يؤخذ من شعره وظفره) لأن هذه الأشياء للزينة وقد أُسْتُغْنِيَ الميت عنها ولا يختن لأن السنة دفنه على ما مات عليه (ويضجع على شقه الأيسر ويغسل حتى يعلم وصول الماء تحتته ثم يضجع على شقه الأيمن فيغسل كذلك) لأن السنة هي البداءة بالميامن (ثم يجلسه

⁴²⁰ أبو داود، "الجنائز" 45-46.

⁴²¹ الطبراني، المعجم الأوسط، 10/159.

⁴²² الدارقطني، السنن، 2/218-219.

⁴²³ ابن أبي شيبة، 2/448.

⁴²⁴ أبو داود، "الوتر" 1.

⁴²⁵ البيهقي، السنن الكبرى، 5/247.

ويمسح بطنه) مسحاً رفيقاً فلعله بقي في بطنه شيء فيخرج فيتلوث به الكفن روي أن علياً رضي الله عنه لما غسل رسول الله عليه السلام أسنده إلى صدره ومسح بطنه فلم يخرج منه شيئاً فقال: "طُبِّتَ حياً وميتاً يا رسول الله" ⁴²⁶

(فإن خرج منه شيء غسله) إزالة للنجاسة **(ولا يعيد غسله)** لأن الغسل عرفناه بالنص وقد حصل مرة

(ثم ينشفه) أي يأخذ مائه بخرفة لثلاً يبتل أكفانه فيصير مثله **(ويجعل الحنوط)** وهو عطر مركب من أشياء طيبة

(على رأسه ولحيته والكافور على مساجده) لأن التطيب سنة والمساجد أولى بزيادة الكرامة والمساجد جمع المسجد

بفتح الجيم موضع السجود يعني بها جبهته وأنفه وركبته وقدميه **(ثم يكفنه في ثلاثة أثواب بيض بجمرة قميص وإزار ولفافة)** لأنه عليه السلام كفن في ثلاثة أثواب بيض سحولية أي منسوبة إلى سحول بفتح السين هو المشهور قرية باليمن ولأنه أكثر ما يلبسه عادة في حياته فكذا بعد مماته والتجدير لتعظيم الميت وكيفيته قد مر وهذا كفن السنة **(يقمص)** الميت **(أولاً وهو)** أي القميص **(من المنكب إلى القدم ويوضع عليه الإزار وهو من القرن إلى القدم ويعطف عليه من قبل اليسار ثم من قبل اليمين)** اعتباراً بحال الحياة **(ثم اللفافة كذلك)** أي يعطف من قبل اليسار ثم من قبل اليمين **(وهي)** أي اللفافة **(من القرن إلى القدم فإن اقتصر على إزار ولفافة جاز)** وهو الكفن الكفاية لقول أبي بكر رضي الله عنه: "اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني فيها" ⁴²⁷ **(ولا يقتصر على واد إلا عند الضرورة)** لأن مصعب بن عمير رضي الله عنه حين استشهد كُفِّن في ثوب واحد ⁴²⁸ وهذا كفن الضرورة **(ويعقد الكفن إن خاف انتشاره)** صيانة عن الكشف **(ولا يكفن إلا فيما يجوز لبسه له)** لأن كل ما حرم لبسه حرم الإلباس كالخمر لما حرم شربها حرم إشرابها **(وكفن المرأة كذلك)** أي كفن المرأة ككفن الرجل إزار ولفافة وقميص **(ويزاد خمار وخرقة)** تربط فوق ثديها لحديث أم عطية رضي الله عنها أن النبي عليه السلام أعطى اللواتي غسلن ابنته خمسة أثواب ⁴²⁹ ولأنها تخرج فيها حالة الحياة فكذا بعد الممات والخرقة ثوب يؤخذ بين ركبتيها إلى صدرها ويكون فوق الأكفان حتى لا ينتشر وهذا بيان كفن السنة **(فإن فتصروا)** للمرأة **(على ثوبين)** وهما الإزار واللفافة كذا في الكنز

⁴²⁶ ابن ماجه، "الجنائز" 10.

⁴²⁷ عبد الرزاق، المصنف، 3/ 423.

⁴²⁸ مسلم، الجنائز، 44.

⁴²⁹ أبو داود، "الجنائز" 31-32.

(وخارج جاز) اعتبارا بجواز الصلاة حال الحياة وهذا كفن الكفاية (ويجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق

القميص تحت اللقافة) اعتبارا بحال الحياة عند المصيبة

فصل

في الصلاة على الميت وهي مشروعة لقوله تعالى ﴿وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ﴾⁴³⁰ وقوله عليه السلام: "صَلُّوا عَلَى كُلِّ بَرٍّ وَفَاجِرٍ"⁴³¹ ولأن الملائكة صَلُّوا على آدم وقالوا هذه سنة موتاكم وسبب وجوبها الميت للإضافة فيقال صلاة الجنائز وتكرر بتكرره وشرط جوازها إسلام الميت للنهي عن الصلاة على الكافر قال الله تعالى ﴿وَلَا تَصَلُّ عَلَى أَحَدٍ مِنْهُمْ مَاتَ أَبَدًا﴾⁴³² وطهارته معتبرة في حقه للصلاة عليه كما هي معتبرة في حق من يصلي عليه (الصلاة عليه) أي على الميت (فرض كفاية) لأنها تقام حقا للميت فإذا قام بها البعض صار حقه مؤدى فيسقط عن الباقيين كالتكفين لا يقال ما مر من أن الملائكة صَلُّوا على آدم وقالوا هذا سنة موتاكم يقتضي أن الصلاة على الميت سنة لا فرض لأننا نقول أراد بالسنة الطريقة المسلوكة في الدين لا أن يريد بالسنة خلاف الواجب

(وأولى الناس بالإمامة فيها) أي في صلاة الميت (السلطان) إن حضر لأن في التقدم عليه ازدراء به ولما روي أن الحسين بن علي حين تُوفِّي أخوه الحسن رضي الله عنهم قدَّم سعيد بن العاص رضي الله عنه وكان أميراً بالمدينة وقال لولا السنة لما قدمتك (ثم القاضي) لأنه صاحب ولاية (ثم إمام الحى) أي الجماعة لأنه رضي بإمامته حال حياته فهو أحق بالصلاة عليه بعد وفاته (ثم الأولياء الأقرب فالأقرب) منهم إلى الميت على ترتيب العصبات أعني البنوة ثم الأبوة ثم الأخوة ثم العمومة وقال الشافعي رحمه الله يقدم الولي على الوالي وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله فإن تساوا في القرب فأكبرهم سناً وللأقرب أن يقدم من شاء لأن الحق له

(إلا الأب فإنه يقدم على الابن) لحرمة الأبوة (وللولي أن يصلي إن صلى غير السلطان والقاضي) لما ذكرنا أن الحق

للأولياء

⁴³⁰ سورة التوبة، الآية: 103 .

⁴³¹ الدارقطني، السنن، 2 / 196 .

⁴³² سورة التوبة، الآية: 84 .

(فإن صلى الولي فليس لغيره أن يصلي بعده) لأن الفرض يتأدى بالأولى والتنفل بها غير مشروع ولهذا رأينا الناس تركوا من آخرهم الصلاة على قبر النبي عليه السلام وهو اليوم كما وضع ولقوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه: "الصلاة على الميت لا تعاد"⁴³³ **(وإن دفن من غير صلاة صلى على قبره مالم يغلب على الظن تنفسه)** لأنه عليه السلام صلى على قبر امرأة من الأنصار⁴³⁴ والمعتبر في معرفة التنفس أكثر الرأي هو الصحيح لاختلاف الحال والزمان والمكان **(ويقوم الإمام حذاء الصدر للرجل والمرأة)** لأنه موضع القلب ومعدن الحكمة وفيه نور الإيمان فيكون القيام عنده إشارة إلى الشفاعة إلى إيمانه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقوم بهما حذاء الوسط لأن أنسا رضي الله عنه فعل كذلك وقال هكذا كان يفعل النبي عليه السلام والأول هو الصحيح **(والصلاة أربع تكبيرات)** لقوله عليه السلام في صلاة العيد: "أربع كأربع الجنائز"⁴³⁵ وعليه عمل العمرين رضي الله عنهما **(لا يرفع يديه فيها)** أي في تكبيراتها سوى التحريمة الإمام والقوم فيه سواء وقال الشافعي رحمه الله يرفع يديه فيها واختاره كثير من أئمة بلخ وجه الظاهر قوله عليه السلام: "لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن"⁴³⁶ ولم يذكرها منها **(يحمد الله بعد الأولى)** بأن يقول سبحانك اللهم وبحمدك إلى آخره بعد التكبيرة الأولى كما في سائر الصلوات **(ويصلي على النبي عليه السلام بعد الثانية)** لأن الثناء على الله تعالى يعقبه الصلاة على النبي عليه السلام قال الله تعالى ﴿ورفعنا لك ذكرك﴾⁴³⁷ أي "لا أذكر إلا وتذكر معي"

(ويدعو لنفسه وللميت والمؤمنين بعد الثالثة) أي ويدعو بالدعاء المعروف وهو اللهم اغفر لحينا وميتنا الخ لما روي أنه عليه السلام دعا به وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال إن دعوت ببعض ما جاءت به السنة فحسن وإن دعوت بما يحضرك فحسن

⁴³³ قال الشيخ شعيب الأرناؤوط: لم نقف عليه. الاختيار لتعليل المختار، 1/ 312.

⁴³⁴ الموطأ، "الجنائز" 15.

⁴³⁵ ابن أبي شيبة، المصنف، 1/ 494.

⁴³⁶ ابن أبي شيبة، المصنف، 3/ 421.

⁴³⁷ سورة الانشراح، الآية: 4.

(ويسلم بعد الرابعة) أي ويسلم بتسليمتين بعد التكبيرة الرابعة لأنه جاء أوان التحلل وذا بالسلام وهكذا كان آخر صلاة صلاها رسول الله عليه السلام وهو فعل السلف والخلف إلى زماننا هذا وليس بعد التكبيرة الرابعة دعاء سوى السلام وقيل يقول ربنا آتانا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا برحمتك عذاب القبر وعذاب النار **(ويقول في الصبي بعد الثالثة اللهم اجعله لنا فرطاً)** أي أجراً يتقدمنا **(وذخراً)** أي أجراً باقياً **(شافعاً مشفعاً)** أي مقبولاً شفاعته ولا يستغفر له لأنه لا ذنب له ليستغفر له فإن قلت فلم استغفر له النبي عليه السلام في الدعاء المعروف حيث قال وصغيرنا قلت إن رسول الله عليه السلام سأل ربه أن يغفر له ذنوباً قُضتْ له أن يصيها بعد الانتهاء إلى حال الكبر فيكون مغفرة له مغفرة قد تقدمتها منها كذا ذكره شهاب الدين التوربشتي رحمه الله

(ولا قراءة فيها) وقال الشافعي رحمه الله يقرأ الفاتحة بعد التكبيرة الأولى لأنها صلاة من وجه ولا صلاة إلا بالفاتحة قلنا إن ما هو ركن مفرد ولم يشرع فيه قراءة كسجدة التلاوة ولو قرأ الفاتحة بنية الدعاء لا بأس به أما بنية التلاوة فمكروه **(ولا تشهد)** لأنه لم يشرع إلا في القعدة فلا قعدة هنا **(ومن استهل وهو أن يسمع له صوت)** عند الولادة **(سمي وغسل وصُلي عليه)** لقوله عليه السلام: "إذا استهل المولود صلي عليه وإن لم يستهل لم يصل عليه"⁴³⁸ ولأن الاستهلال دلالة الحياة فيتحقق في حقه سنة الموتى **(وإلا)** إن لم يستهل **(أدرج في خرقة)** كرامة لبني آدم **(ولم يصل عليه)** لما روينا وهل يغسل فيه روايتان والمختار أن يغسل لأنه نفس من وجه **(وإذا حملوه على سريره أخذوا بقوائمه الأربع)** لقول ابن مسعود رضي الله عنه: "من السنة أن يحمل الجنازة من جوانبها الأربع"⁴³⁹ وفيه تعظيم الميت وصيانتة عن السقوط وتخفيف على العاملين وقال الشافعي رحمه الله السنة أن يحملها رجلان يضعها السابق على أصل عنقه والثاني على أعلى صدره لأن جنازة سعد بن معاذ رضي الله عنه حملت كذلك قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة **(وأسرعوا به دون الخب)** وهو ضرب من العدو لأنه عليه السلام سئل عن المشي بالجنازة فقال: "ما دون الخب"⁴⁴⁰ **(فإذا وصلوا إلى قبره كره لهم أن يقعدوا قبل أن يوضع على الأرض)** لقوله عليه السلام: "من تبع الجنازة لم يقعد حتى يوضع"⁴⁴¹ ولأنه قد يقع الحاجة إلى التعاون والقيام أمكن منه **(والمشي خلف الجنازة أولى)**

⁴³⁸ أبو داود، "الجنائز" 43.

⁴³⁹ عبد الرزاق، المصنف، 5/3 12.

⁴⁴⁰ أبو داود، الجنائز، 45-46.

⁴⁴¹ البخاري، الجنائز، 47.

خلافًا للشافعي رحمه الله لأنه عليه السلام مشى خلف جنازة سعد بن معاذ رضي الله عنه ولأنه أبلغ في الاعتاظ والمشي أمامها أفضل إن كان تتبعها النساء **(ويحفر القبر ويلحد)** لقوله عليه السلام: "اللحد لنا والشق لغيرنا"⁴⁴² وعادة أهل الحرمين الشق لضعف أراضيهم فينهار اللحد وكذا في بخارا لتعذر اللحد ثم اللحد أن يحفر في جانب القبلة حفيرة فيوضع فيها الميت والشق أن يحفر حفرة في وسط القبر فيوضع فيها الميت **(ويُدخل الميت من جهة القبلة)** وقال الشافعي رحمه الله السنة أن يوضع رأس الميت بإزاء قدميه من القبر فيؤخذ رأسه ثم يسَلُّ إلى القبر أي يُجَرُّ لما روي أنه عليه السلام سَلَّ إلى قبره ولنا أن جانب القبلة معظم فيستحب الإدخال منه واضطربت الرواية في إدخال النبي عليه السلام **(ويقول واضعه بسم الله)** وضعناك **(وعلى ملة رسول الله)** سلمناك كذا قاله رسول الله عليه السلام حين وضع أبا دجاجة في القبر **(ويوجهه إلى القبلة على شقه الأيمن)** بذلك أمر رسول الله عليه السلام **(ويسجى قبر المرأة)** أي يُغَطَّى قبرها بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد ولا يُسَجَّى قبر الرجل لأن مبنى حاله على الستر ومبنى حاله على الانكشاف ولذا استحسنا التابوت لمن **(ويسوي اللبن على اللحد)** كذا فعل بقبر النبي عليه السلام **(ثم يهال)** أي يُصَبُّ **(التراب عليه)** وهو المأثور المتوارث **(ويسنم القبر)** ولا يربع ولا يسطح لأن من شاهد قبر النبي عليه السلام أخبر أنه مسنم والمراد من تسنيم القبر رفعه من الأرض مقدار شبر أو أكثر قليلا **(ويكره بنائه بالجص والآجر والخشب)** لقوله عليه السلام: "لا تحصصوا القبور ولا تبثوا ولا تقعدوا عليها ولا تمشوا عليها ولا تصلوا إليها"⁴⁴³ وقال عليه السلام خبرا عن الله تعالى: "أنا عند المندسة قبورهم"⁴⁴⁴ ولأنها للبقاء والزينة والقبر ليس بمحل لها قيل هذا إذا كان حول الميت وإن كان فوقه لا يكره لأنه يكون عصمة من السبع

وحكي أن سيد الإمام الزاهد الأستاذ أبا شجاع رحمه الله كان يدرس في المدرسة الخاقانية بسمرقند ويمكن في الحجرة التي فيها فقال لواحد من تلاميذه يوما بعد الفراغ من الدرس إن بي وحشة فأخرج فأنطلق إلى داري فاستتبعتني فخرجنا فإذا نحن بجنازة فسألنا عن صاحبها فإذا عثمان البنفسجي السمرقندي مريد السيد الأجل

⁴⁴² أبو داود، "الجنائز" 59-61.

⁴⁴³ مسلم "الجنائز" 94، 98.

⁴⁴⁴ لا أصل له. العجلوني، كشف الخفاء، 2/ 325.

ومريد الأئمة والفقهاء والمعتني بشأنهم والمهدي إلى جميع الأمة غائبهم وحاضرهم دهن البنفسج وغيره فاغتنمنا الصلاة عليها وشهدنا دفنها فإذا نحن بآجرات كبار تحمل لتوضع على لحده فقال السيد الإمام الأجل رحمه الله يكره ذلك فلا ينبغي أن تفعل فقالوا إن هذه آجرات اتخذها عثمان بنفسه وقرأ على كل واحدة أكثر من عشرة آلاف سورة الإخلاص وأوصى أن يوضع على لحده راجيا بركة ما قرأ عليها فقال السيد الإمام الأجل رحمه الله أما إذا كان كذلك فضعوه على لحده اللبن واجعلوا عليه شيئا من التراب حتى يتم القبر ولا يحصل شيء من المكروه ثم اجعلوا فوقه الآجرات تنفيذا لوحيته وتحقيقا لأمنيته ثم قال لي لم تكن وحشتي في حجرتي وميلي إلى الخروج منها إلا لهذه الحادثة حتى صلينا عليها ومنعنا هؤلاء عما كان لا يحل في الشرع وخلصنا عن ارتكاب المكروه هذا الشيخ المحسن إلى أهل العلم وذلك ببركة اعتقاده فيهم وإحسانه إليهم واعتناؤه بهم والله لا يضيع أجر المحسنين كذا في فتاوى نجم الدين رحمه الله **(ولا يدفن اثنان في قبر واحد)** حتى لو دفن اثنان في قبر يكره إلا لضرورة بناء على أن مواضع الضرورات مستثناة عن قواعد الشرع ويجعل بينهما تراب ليصير كقبرين **(ويكره وطء القبر والجلوس والنوم عليه)** لما روينا وفيه إهانة له **(وإذا مات للمسلم قريب كافر غسله غسل الثوب النجس ويلفه في ثوب)** وفي بعض النسخ ويكفنه في ثوب **(ويلقيه في حفرة)** من غير مراعاة سنة الكفن واللحد لأنه مأمور بصلته وهذا منها ولا يصل على لأنها شفاعة وهذا ليس من أهلها **(وإلا دفع إلى أهل دينه)** أي وإن لم يغسله ولم يلقه في ثوب دفعه إلى أهل دينه ليفعلوا به ما يفعلون بموتاهم والأصل فيه أنه لما مات أبو طالب عمّ رسول الله عليه السلام أتى علي رضي الله عنه رسول الله عليه السلام فقال: "إن عمك الضال قد مات فقال عليه السلام اغسله وكفنه وادفنه ولا تصل عليه"⁴⁴⁵

باب الشهيد

سمي به لأنه مشهود له بالجنة بالنص ولأن الملائكة يشهدون موته ولأنه حي عند الله حاضر قال الله تعالى ﴿ولا تحسبن الذين قتلوا في سبيل الله أمواتا بل أحياء عند ربهم﴾⁴⁴⁶ الأصل في أحكام الشهيد شهداء أحد قال عليه السلام فيهم: "زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم فإنهم مبعوثون يوم القيامة وأوداجهم تشخب دما

⁴⁴⁵ البيهقي، السنن الكبرى، 1/ 511.

⁴⁴⁶ سورة آل عمران، الآية: 169.

اللون لون الدم والريح ريح المسك⁴⁴⁷ فكل من كان بمثل حالهم أو كان في معانهم بأن قتل ظلماً وهو طاهر بالغ ولم يجب بقتله عوض مالي فهو ملحق بهم والشهيد في الشرع ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله

(وهو) أي الشهيد (من قتله المشركون) أراد بهم الحربيين مطلقاً سواء كان بالة القتل أو غيرها وبمباشرة أو تسبب كما إذا دابة الحربي فقتله لأن هذا نوع حرب والأصل فيه شهداء أحد ولم يكن كلهم قتل السيف والسلاح **(أو وجد في المعركة)** وهي موضع الحرب جريحا أي حال كونه جريحا أراد من الجريح من به أثر يكون علامة القتل كالجرح وصعود الدم الصافي من جوفه إلى فمه وخروجه من عينه أو إذنه لأنه لا يكون إلا من شدة الضرب حتى لو خرج الدم من أنفه أو ذكره أو دبره أو خرج من جوفه جامدا لا يكون علامة القتل لأن الجامد يحتمل أن يكون سوداء محترقة والإنسان يعرف والجبان يبول دماً وصاحب الباسور يخرج من دبره دم من غير ضرب **(أو قتله المسلمون)** أو من هو في حكم المسلمين كالذمي **(ظلماً)** لأنه في معنى قُتِلَ أُحْدُ فَأُلْحِقَ بهم واحتراز بقوله ظلماً عمن قُتِلَ بحدٍّ أو قصاص فإنه ليس من شهيد ويدخل في قوله أو قتله المسلمون ظلماً البغاة وقطاع الطريق لأن علياً رضي الله عنه لم يغسل أصحابه الذين قتلوا بصفين⁴⁴⁸ وقال عليه السلام: "من قتل دون ماله فهو شهيد"⁴⁴⁹ كذا في شرح المصنف رحمه الله وفي شرح الهداية أهل البغي كأهل الحرب قال الله تعالى ﴿فقاتلوا التي تبغي حتى تفيئ إلى أمر الله﴾⁴⁵⁰ وكذا قطاع الطريق لأنهم محاربون قال الله تعالى ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله﴾⁴⁵¹ فبأي شيء قتلوا لا يغسل والمكابرون في المصر ليلاً بمنزلة قطاع الطريق **(ولم يجب فيه مال ابتداء)** أي حالة القتل قيدنا به ليدخل فيه قتل الأب ابنه وقتل يوجب القصاص ثم انقلب مالا بالصلح فإن القتل فيها شهيد لأن كلا منهما لا يوجب دية بنفسه بل يوجب قصاصاً وإنما وجبت الدية بعارض وهو حرمة الأبوة في الأول والصلح في الثاني

⁴⁴⁷ النسائي، "الجنائز" 82.

⁴⁴⁸ قال الزيلعي: غريب. نصب الراية، 2 / 323.

⁴⁴⁹ الطبراني، المعجم الأوسط، 7 / 471.

⁴⁵⁰ سورة الحجرات، الآية: 9.

⁴⁵¹ سورة المائدة، الآية: 33.

(فإنه لا يغسل) لما روينا وقال الحسن البصري رحمه الله يغسل لأنه سنة الموتى فأما شهداء أُخذ فإنها لا يغسلون لأن الصحابة كانوا في ذلك اليوم جرحى معذورون في ترك الغسل قلنا هذا لا يصلح لأنهم حفروا ودفنوا وذلك أشد من الغسل لا يقال إن إصابة الماء بأبدانهم يضر بالجراحات لأننا نقول لو كان ترك الغسل لذلك لأقاموا التيمم مقام الغسل كما في ميت لا يمكن غسله بعذر **(إن كان عاقلاً بالغاً طاهراً)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله فيغسل الصبي والمجنون والجنب والحائض والنفساء إذا استشهدوا وقالوا رحمهما الله لا يغسل أما الصبي فبالقياس على البالغ والمجنون في معنى الصبي وأما الجنب فلأن ما وجب بالجنابة سقط بالموت وما تجب بالموت معدوم في حقه والحائض والنفساء في معنى الجنب وله في الصبي أن الأصل في بني آدم الغسل إلا أنا تركناه بشهادة تكفر الذنب ليبقى أثرها على ما روينا وهذا المعنى معدوم في الصبي فالقتل في حقه والموت سواء فيغسل والمجنون في معنى الصبي أما الجنب فلأن الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة وقد صح أن الحنظلة لما استشهد جنباً غسلته الملائكة⁴⁵² والحائض والنفساء في معنى الجنب **(ويصلى عليه)** وقال الشافعي رحمه الله لا يصلى عليه لأن السيف محمّاء للذنوب فاغني عن الشفاعة ولنا أنه عليه السلام صلى على شهداء أحد حتى مروى أنه صلى على حمزة سبعين صلاة⁴⁵³ ومعناه أنه كان موضعاً بين يديه ويؤتى بواحد واحد يصلى عليه فظن الراوي أن الصلاة على حمزة في كل مرة **(ويكفن في ثيابه)** للحديث الذي روينا ولما روي أن حمزة لما استشهد كان عليه نمرة إن غُطي رأسه بدت قدماه وإن غُطت قدماه بدا رأسه فأمر رسول الله عليه السلام أن يغطي بها رأسه وأن يوضع على قدمه الإذخر⁴⁵⁴ **(وينقص ويزاد مراعاة لكفن السنة وينزع عنه الفرو والحشو)** لأنه ليس من جنس الكفن وكذا الخف والقلنسوة لأن النبي عليه السلام أمر بنزعهما **(فإن أكل أو شرب وتداوى أو أوصى بأموال الدنيا أو باع أو اشترى أو صلى أو حمل من المعركة حياً أو آواه خيمة أو عاش أكثر من يوم وهو يعقل غسل)** أما في الأكل والشرب والتداوي فلأنه نال بعض مرافق الحياة فخفف أثر الظلم فلم يكن في معنى شهداء أحد فانهم ماتوا عطاشاً والكاس يدار عليهم ولم يشربوا خوفاً من نقصان الشهادة وأما في الوصية بأموال الدنيا فلأنه ارتفاق إذ هو من

⁴⁵² ابن حبان، الصحيح، 495 / 15.

⁴⁵³ الدارقطني، السنن، 233 / 2.

⁴⁵⁴ أبو داود، "الوصايا" 11.

عمل الأحياء حتى لو أوصى بأمور الآخرة لا يغسل لما روي أن سعد بن الربيع رضي الله عنه أصيب يوم أحد فأوصى الأنصار فقال: "لا عذر لكم إن قُتل رسول الله عليه السلام وفيكم عَيْنٌ تطرف" فمات ولم يغسل⁴⁵⁵ وأما في البيع والشراء فلائنها عمل يعمل الأحياء وأما في الصلاة فلائنه ارتفاق بالحياة قبل الممات وأما الحمل من المعركة حيا فلائنه إذا حرك الجريح عن موضعه اضطرب أو صاله وازداد ألمه وهذه زيادة تمكنت الشبهة في الشهادة وهذا إذا لم يكن الحمل عن مصرعه كيلا يطأه الخيول أما إذا كان الحمل لذلك فلا يغسل لأنه لم ينل مرافق الحياة وأما في إيواء الخيمة فلائنه نال مرافق الحياة أيضا وأما في المسئلة العاشرة فلائنه ليس في معنى شهداء أحد إذ لم يبق أحد منهم حيا بعد الجرح يوما وأكثر اليوم يقوم مقام كله **(والمقتول حدا أو قصاصا يغسل ويصلى عليه)** لما بينا أنه لم يقتل ظلما فلم يكن في معنى شهداء أحد **(والبغاة وقطاع الطريق لا يصلى عليهم)** وقال الشافعي رحمه الله يغسل وصلى عليهم لأنه مسلم قتل بحق فصار كالمرجوم ولنا أنهم سارعون في الأرض بالفساد قال الله تعالى في حقهم ﴿ذلك لهم خزي في الدنيا﴾⁴⁵⁶ والصلاة شفاعة فلا يستحقونها وعلى رضي الله عنه ما صلى على البغاة فقبل إنهم كفار فقال لا لكنهم إخواننا بَعَوْا علينا⁴⁵⁷ أشار إلى أن ترك الغسل والصلاة عليهم عقوبة لهم زجرا لغيرهم وهو القوة في الباب وكان ذلك بمشهد من الصحابة من غير نكير فكان إجماعا وهل يغسل الباغي فيه روايتان

كتاب الزكاة

هي في اللغة الزيادة يقال زكا المال إذا نما وازداد ويستعمل بمعنى الطهارة قال الله تعالى ﴿وحنانا من لدنا وزكاة﴾⁴⁵⁸ أي طهارة وفي الشرع عبارة عن إيتاء جزء من النصاب الحولي إلى الفقير وفيها معنى اللغة لأنها وجبت طهارة عن الآثام قال الله تعالى ﴿خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها﴾⁴⁵⁹ وسميت صدقة لدلالاتها على صدق العبد في العبودية وسبب وجوبها المال الموصوف لأنها تضاف إليه وهي فريضة محكمة لا يسع تركها ويكفر

⁴⁵⁵ الحاكم، المستدرک، 3/ 410.

⁴⁵⁶ سورة المائدة، الآية: 33.

⁴⁵⁷ ابن أبي شيبة، المصنف، 7/ 535.

⁴⁵⁸ سورة مريم، الآية: 13.

⁴⁵⁹ سورة التوبة، الآية: 103.

جاحدها ثبتت فرضيتها بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى ﴿وَاتُوا الزَّكَاةَ﴾⁴⁶⁰ وأما السنة فلقوله عليه السلام: "بني الإسلام على خمس شهادة أن لا إله إلا الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة"⁴⁶¹ وعليه الإجماع ثم قيل تجب على التراخي ولهذا لا يجب الضمان بالتأخير إذا هلك وقيل على الفور وعن محمد رحمه الله ما يدل عليه فإنه قال لا يقبل شهادة من لم يؤدّ زكاته (ولا تجب) أي ولاجب الزكاة وصف بالوجوب مع أنها فريضة لأنه أريد به الثبوت فيكون واجبا قطعيا (إلا على الحر) فلا تجب على العبد لأنه لا ملك له (المسلم) فلا تجب على الكافر لأنه غير مخاطب بالفروع لما عرف في الأصول (البالغ العاقل) فلا تجب على الصبي والمجنون وقال الشافعي رحمه الله تجب عليهما لأنها غرامة مالية فيعتبر بسائر المؤن كنفقة الزوجات وصار كالعشر والخراج ولنا قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفريق وعن النائم حتى يتنبه⁴⁶² وإيجاب الزكاة عليهما إجراء القلم (إذا ملك نصابا) لأنه عليه السلام قدر السبب به فقال: "ليس في أقل من مائتي درهم صدقة"⁴⁶³ وكذا ورد في سائر النصب (خاليا عن الدين) فلا تجب على المديون وقال الشافعي رحمه الله تجب عليه لتحقيق السبب وهو ملك نصاب تام إذ لا خلل في ملكه لأن الدين يتعلق بالذمة لا بالمال ولنا أن نصاب المديون مشغول بحاجته الأصلية لأن فراغ ذمته من الدين الحائل بينه وبين الجنة أهمّ الحوائج فصار كالطعام والكسوة ولأن الله تعالى جعله مصرفا للزكاة بقوله تعالى ﴿وَالْغَارِمِينَ﴾⁴⁶⁴ ويبيّن وجوبها عليه وجواز أخذها له تنافيا وإن كان له مال أكثر من دينه زكّي الفاضل إذا بلغ نصابا لفراغه عن الحاجة والمراد دين له مطالب من جهة العباد وما لا مطالب له من جهتهم لا يمنع كالكفارات والنذور (فاضلا عن الحوائج الأصلية) فلا تجب في دور السكنى وثياب البدن وأثاث المنازل ودواب الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال لأنها مشغولة بالحوائج الأصلية وكذا كتب العلم لأهلها وآلة المحترفين وغير ذلك مما لا بد منه في معاشه (ملكا تاما) فلا يجب على المكاتب لأن ماله ملك

⁴⁶⁰ سورة البقرة، الآية: 43.

⁴⁶¹ مسلم، "الإيمان" 22.

⁴⁶² الطبراني، المعجم الأوسط، 4/ 242.

⁴⁶³ الدارقطني، السنن، 2/ 256.

⁴⁶⁴ سورة التوبة، الآية: 60.

المولى رقبة وملكه يدا قال عليه السلام: "ليس في مال المكاتب زكاة حتى يعتق"⁴⁶⁵ ولا يجب على المشتري مما اشتراه للتجارة قبل القبض ولا على المولى من عبده المعد للتجارة إذا أبق لأنه غير مملوك له يدا **(في طرفي الحول)** فالحول لا بد منه قال عليه السلام: "لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول"⁴⁶⁶ ولأنه لا بد من التمكن من التصرف في النصاب مدة يحصل منه النماء فقدرناه بالحول لاشتتاله على الفصول الأربعة التي تتغير فيه الأسعار غالباً ثم لا بد من اعتبار كمال النصاب في أول الحول للانعقاد وفي آخره لوجوب الأداء وما بينهما حال البقاء فلا حاجة لها لأن في اعتبارها حرجاً عظيماً **(ولا يجوز أدائها إلا بنية مقارنة لعزل الواجب أو للأداء)** لأن النية لا بد منها لأداء العبادات على ما مر في الصلاة والزكاة تؤدي متفرقا فربما يخرج في النية عند أداء كل دفعة فاعتدنا بالنية عند العزل تسهيلاً وتيسراً

(ومن تصدق بجميع ماله سقطت وإن لم ينوها) والقياس ألا يسقط وهو قول زفر رحمه الله لعدم النية وجه الاستحسان أن الواجب جزء من النصاب فإذا تصدق بالكل فقد أدى الواجب فإن قلت نية الزكاة واجبة ولم توجد قلت الواجب نية أصل العبادة ليمتاز عن العادة وقد وجدت إذ الكلام فيما إذا تصدق على الفقير فصار كما إذا نوى الصوم مطلقاً في رمضان ولو تصدق ببعض سقطت زكاة ذلك البعض عند محمد رحمه الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله **(ولا زكاة في المال الضمار)** وهو مال تعذر الوصول إليه مع قيام الملك مثل الدين المجحود والمغصوب إذا لم يكن بينة والساقط في البحر والمدفون في الصحراء إذا نسي مكانه والذي أخذه السلطان مصادرة وقال زفر والشافعي رحمهما الله تجب الزكاة في المال الضمار إذا وصلت يده إليه لإطلاق النصوص ولأن السبب متحقق وفوات اليد غير محل للوجوب كمال ابن السبيل ولنا قول على رضي الله عنه: "لا زكاة في المال الضمار"⁴⁶⁷ ولأن السبب هو المال النامي ولا نماء إلا بالقدرة على التصرف ولا قدرة عليه وابن السبيل له قدرة بنائيه

(وتجب) الزكاة (في المستفاد المجانس ويزكيه مع الأصل) يعني من كان له نصاب فاستفاد بالهبة أو الإرث أو الوصية في أثناء الحول من جنسه ضمّه إليه وزكى الكل بحول الأول وقال الشافعي رحمه الله لا يضم لأن المستفاد

⁴⁶⁵ الدارقطني، السنن، 2 / 277.

⁴⁶⁶ أبو داود، "الزكاة" 5.

⁴⁶⁷ الموطأ، "الزكاة" 18.

أصل في الملك لأنه سبب مقصود غير السبب الذي ملك به النصاب الأول فكذا في الزكاة التي هي وظيفة الملك وصار كالمستفاد من خلاف جنس النصاب بخلاف الأولاد والأرباح لأنها تابعة للملك حتى ملكت بملك الأصل فجاز أن يكون تبعا للأصل في وظيفته ولنا أن هذا مستفاد من جنس النصاب فيضم إلى ما عنده في حكم الحول كالأولاد والأرباح وهذا لأن المجانسة هي العلة في الأولاد والأرباح لأن عند ذلك يعسر الميز فيعسر اعتبار الحول لكل مستفاد والحول ما شرط إلا للتيسير **(وتجب)** الزكاة **(في النصاب دون العفو)** وقال محمد وزفر رحمهما الله تجب فيهما حتى لو كان له ثمانون من الغنم فهلك أربعون فعليه شاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد وزفر رحمهما الله نصف شاة ولو كان له تسع من الإبل وهلك منها أربع فعليه شاة وعند محمد وزفر رحمهما الله خمسة أسباع شاة لمحمد وزفر رحمهما الله أن الشاة وجبت شكرا لنعمة المال والكل نعمة ولنا قوله عليه السلام: "خمس من الإبل السائمة شاة"⁴⁶⁸ وليس في الزيادة شيء حتى تبلغ عشرة وهكذا قال في كل نصاب ونفى الوجوب عن العفو ولأن العفو تبع للنصاب فيصرف الهلاك أولا إلى التبع كالربح في مال المضاربة

(وتسقط) الزكاة **(بهلاك النصاب بعد الحول)** وقال الشافعي رحمه الله لا تسقط إذا هلك بعد التمكن من الأداء لأن الواجب في الذمة فصار كصدقة الفطر وكالاستهلاك ولنا أن الواجب جزء من النصاب تحقيقا للتيسير فسقط بهلاك محله كدفع العبد بالجناية يسقط بهلاكه **(وإن هلك بعضه سقط حصته)** اعتبارا للبعض بالكل **(ويجوز فيها)** أي في الزكاة **(دفع القيمة)** وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف الكفارات والندور وصدقات الفطر والعشور هو اتباع النصوص كما في الهدايا والضحايا ولنا ما روي أن رسول الله عليه السلام رأى في الإبل الصدقات ناقة كرماء فغضب وقال: "ألم أنهكم عن أخذ كرائم أموال الناس فقال المصدق إني أخذتها ببيعيرين"⁴⁶⁹ فسكت وأنه صريح في الباب وأما قوله: "خذ من الإبل الأبل"⁴⁷⁰ الحديث فهو محمول على التيسير لأن أداء الأجناس على أصحابها أسهل وأيسر من غيرها من الأجناس والفقهاء فيه أن المقصود إيصال الرزق الموعود إلى

⁴⁶⁸ البخاري، "الزكاة" 38؛ الدارقطني، السنن، 2/ 285.

⁴⁶⁹ البيهقي، السنن الكبرى، 5/ 538.

⁴⁷⁰ أبو داود، "الزكاة" 12.

الفقير وقد حصل قال عليه السلام: "إن الله تعالى فرض على الأغنياء قوت الفقراء"⁴⁷¹ وسماه زكاة وصار كالجزية بخلاف الهدايا والضحايا لأن إراقة الدم غير معقول المعنى كذا في شرح المصنف رحمه الله

(يأخذ المصدق) وهو أخذ الصدقة **(وسط المال)** لقوله عليه السلام: "لا تأخذوا من جزرات أموال الناس أي كرائمها وخذوا من حواشي أموالهم"⁴⁷² أي أوسطها ولأن فيه نظرا من الجانبين **(ومن ملك نصابا فعجل الزكاة قبل الحول لسنة أو أكثر أو لنصب جاز)** لما روي أنه عليه السلام استسلف العباس زكاة عامين⁴⁷³ ولأنه أدى بعد السبب وهو المال والحول الأول وما بعده سواء بخلاف ما قبل تمام النصاب لأنه أدى قبل التسبب فلا يجوز كغيره من العبادات وقوله أو لنصب أي لو عجل ذو نصاب زكاة نصب جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز لأن كل نصاب أصل بنفسه في حق الزكاة فيكون أداء قبل وجوب السبب ولنا أن النصاب الأول هو الأصل في السببية وما بعده تابع ألا ترى أنه يضم إليه ويؤكّد بحول الأصل فمتى ضمّ اتصف الكل بكونه حوليا من الابتداء فيكون تعجيلا بعد السبب

باب زكاة السوائم

(السائمة التي تكتفي بالرعي في أكثر الحول) الرعي بالفتح المصدر وبالكسر الكلاً قال الأصمعي رحمه الله السائمة كل إبل يرسل يرعى ولا يعلف وإنما اعتبر الأكثر لأن أصحاب السوائم لا يجدون بدّا من أن يعلفوها أيام البرد والثلج فجعلنا الأقل تابعا للأكثر حتى لو أعلفها أكثر الحول كانت علوفة وكذا إذا علفها نصف الحول لأنه وجب الشكر في ثبوت سبب الإيجاب فلا تجب ولا يرجح جهة الوجوب بجهة العبادة لما أن الترجيح إنما يكون بعد ثبوت السبب كذا في شرح الهداية **(والإبل يتناول البخت والعراب)** لأن الاسم ينتظمهما البخت جمع بختي كالروم جمع روميّ والبختيّ ما يتولد من العربي والفالج وهو ماله سنامان وأصله أن بخت نصّر جمع بين العربي والفالج فتولد منهما فسمى الولد بختيا **(والبقرة يتناول الجوامس)** لأنها نوع منه **(والغنم)** أي ويتناول الغنم **(للضأن والمعز)** لأن الشرع ورد باسم الغنم فيها والاسم ينتظمهما لغة

⁴⁷¹ الطبراني، المعجم الأوسط "4 / 353.

⁴⁷² البيهقي، السنن الصغير، 1 / 337.

⁴⁷³ الدارقطني، السنن، 2 / 302.

فصل

(في زكاة الإبل ليس في أقل من خمس من الإبل) السائمة زكاة (وفي الخمس) السائمة (شاة) لقوله عليه السلام:

"في خمس من الإبل السائمة صدقة"⁴⁷⁴ وعليه يحمل المطلق لأن الحادثة واحدة والصفة إذا قرنت باسم العلم صار كالعلة (وفي العشر شاتان وفي خمسة عشر ثلاث شياه وفي عشرين أربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض وهي التي طعنت)⁴⁷⁵ أي ذهبت (في السنة الثانية) سميت بها لأن أمها صارت ذات مخاض⁴⁷⁶ بأخرى (وفي ست وثلاثين بنت لبون وهي التي طعنت في السنة الثالثة) سميت بها لأن أمها ذات لبون أخرى (وفي ست وأربعين حقة وهي التي طعنت في الرابعة) سميت بها لأنها حق لها أن يركب ويحمل عليها (وفي إحدى وستين جذعة وهي التي طعنت في الخامسة) سميت بها لأنه لا يستوفي ما يطلب منها إلا بضرب تكلف وحبس مأخوذ من قولك جذعه الدابة إذا حبستها من غير علف (وفي ست وسبعين بنتا لبون وفي إحدى وتسعين حقتان إلى مائة وعشرين) بهذا اشتهرت كتب الصدقات عن رسول الله عليه السلام (ثم في الخمس شاة كأول إلى مائة وخمس وأربعين ففيها حقتان وبنت مخاض إلى مائة وخمسين ففيها ثلاث حقاق) وقال الشافعي رحمه الله إذا زادت على مائة وعشرين ففي كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة لقوله عليه السلام إذا زادت الإبل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل أربعين بنت لبون بلا شرط الاستيناف فمن استأنف فقد زاد على النص ولنا ما روي أنه عليه السلام كتب: "إذا زادت الإبل على مائة وعشرين فإنها تعاد إلى أول الفريضة"⁴⁷⁷ فما كان منه دون خمس وعشرين يجب منها الغنم ففي كل خمس ذود شاة فيعمل بالزيادة يعني يستأنف الفريضة كما قال في ابتدائه (ثم في الخمس شاة كأول إلى مائة وخمس وسبعين ففيها ثلاث حقاق وبنت مخاض وفي مائة وست وثمانين ثلاث حقاق وبنت لبون وفي مائة وست وتسعين أربع حقاق إلى مأتين ثم تستأنف أبدا كما تستأنف بعد المائة والخمسين) كذا ورد البيان في كتب الصدقات

⁴⁷⁴ البخاري، "الزكاة" 38؛ الدارقطني، السنن، 2/ 285.

⁴⁷⁵ مخضت الإبل مخاضا إذا أخذها وجع الولادة ومنه قوله تعالى فإذا جاءها المخاض إلى جذع النخلة

⁴⁷⁶ أي ذات حمل

⁴⁷⁷ أبو داود، "الزكاة" 5.

فصل في زكاة البقر

(ليس في أقل من ثلاثين من البقر شيء وفي ثلاثين تباع أو تبعة وهي التي طعنت في الثانية وفي أربعين مسن أو

مسنه وهي التي طعنت في الثالثة) بذلك أمر رسول الله عليه السلام معاذًا وعليه إجماع الأمة

(وما زاد بحسابه إلى ستين) يعني لو زاد على أربعين وجب في الزيادة بقدر ذلك إلى ستين عند أبي حنيفة رحمه الله

ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفي الثنتين نصف عشر مسنة وفي الثلاثة ثلاثة أرباع عشر مسنة وعلى هذا

لأن العفو ثبت نصا بخلاف القياس ولا نص هنا وقالوا رحمهما الله لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين لقوله عليه

السلام لمعاذ لا تأخذ من أوقاص البقر شيئًا وفسروه بما بين أربعين إلى ستين قلنا قد قيل إن المراد منها الصغار

(ففيها) أي في ستين (تبيعان أو تبيعتان وفي سبعين مسنة وتبيع وفي ثمانين مستنان وعلى هذا ينتقل الفرض في كل

عشرة من تباع إلى مسنة) ومن مسنة إلى تباع هكذا وردت الآثار وعليه انعقد الإجماع

فصل في زكاة الغنم

(ليس في أقل من أربعين شاة صدقة وفي أربعين شاة إلى مائة وإحدى وعشرين ففيه شاتان إلى مأتين وواحدة ففيها

ثلاث شياه إلى أربع مائة ثم في كل مائة شاة) هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله عليه السلام وأبي بكر رضي الله

عنه وعليه انعقد الإجماع (وأدنى ما يتعلق به الزكاة ويؤخذ في الصدقة الشني) وهو ما تمت سنة وقال أبو يوسف

ومحمد رحمهما الله يؤخذ الجزع وهي التي أتى عليها أكثر السنة لقوله عليه السلام: "إنما حقنا الجزع والشني"⁴⁷⁸ ولأنه

يتأدى به الأضحية فكذا الزكاة وله قوله عليه السلام: "لا يؤخذ في الزكاة إلا الشني فصاعدا"⁴⁷⁹. وجواز التضحية

عرف نصا والمراد بما روي الجزع من الإبل

فصل في زكاة الخيل وغيرها

(من كان له خيل سائمة ذكور وإناث أو إناث فإن شاء أعطى من كل فرس دينارًا وإن شاء قومها وأعطى من كل

مأتي درهم خمسة دراهم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا زكاة في الخيل

⁴⁷⁸ قال الزيلعي: قلت غريب بهذا اللفظ. نصب الراية، 2/ 360. وبمعناه "أن الجزع يوفى مما يوفى منه الشني" أبو داود، "الضحيا" 4-5.

⁴⁷⁹ قال الزيلعي غريب. وأخرجه إبراهيم الحري في كتابه "غريب الحديث" عن ابن عمر قال: لا يجزئ في الضحايا إلا الشني فصاعدا. نصب

وهو قول الشافعي رحمه الله والفتوى عليه لقوله عليه السلام: "ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة"⁴⁸⁰ وله قوله عليه السلام: "في كل فرس سائمة دينار أو عشرة دراهم"⁴⁸¹ وتأويل ما روياه فرس الغازي وهو المنقول من زيد بن ثابت رضي الله عنه والتخيير بين الدينار والتقويم مأثور عن عمر رضي الله عنه وإنما قال ذكور وإناث أو إناث لأن في ذكورها منفردة لا تجب الزكاة لأنها لا يتناسل ولحمها غير مأكول بخلاف الإناث المنفردات لأنها تناسل بالفحل المستعار **(ولا زكاة في البغال والحمير)** لقوله عليه السلام: "لم ينزل عليه فيهما شيء"⁴⁸² والمقادير تثبت سماعاً **(ولا في العوامل والعلوفة)** خلافاً لما لك رحمه الله فيهما له ظاهر النصوص بلا قيد الإسماء ولنا قوله عليه السلام: "ليس في العوامل"⁴⁸³ أي المعدة للحمل والعمل والبقرة المثيرة أي التي يثار بها الأرض أي يحرث صدقة فينسخ الإطلاق بهذا ولأن في العلوفة تراكم المؤونة فينعدم النماء معنى **(ولا في الفصلان)** جمع فصيل وهو ولد الناقة **(والحملان)** جمع حمل بفتح الميم وهو ولد الغنم **(والعجاجيل)** جمع عجول بكسر العين وتشديد الجيم وهو ولد البقرة أي ولا زكاة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله وهو آخر أقواله وهو قول محمد رحمه الله وكان يقول أولاً تجب فيها ما تجب في المसान وهو قول زفر ومالك رحمهما الله ثم رجع وقال فيها واحدة منها وهو قول أبو يوسف والشافعي رحمهما الله وجه قوله الأول أن الاسم المذكور في النص ينتظم الصغار والكبار ووجه الثاني تحقيق النظر من الجانبين كما في المهازيل ووجه الآخر أن المقادير لا يدخلها القياس فإذا امتنع إيجاب ما ورد به الشرع امتنع أصلاً وصورة المسئلة رجل له نصاب سائمة فمضى عليها ستة أشهر فتولدت بمثل عددها ثم هلكت الأمهات وبقيت الأولاد **(إلا أن يكون معها كبار)** فحيثئذ يجعل الكل تبعاً للكبار في انعقادها نصاباً دون تأدية الزكاة **(ولا في السائمة المشتركة إلا أن تبلغ نصيب كل شريك نصاباً)** يعني إذا كانت سائمة الرجلين مختلطة اختلاط شركة أو اختلاط مجاورة لم تجب على كل واحد منهما في نصيبه زكاة إلا أن يبلغ نصيب كل شريك منهما نصاباً حتى لا تجب عليهما في سبعين شاة وخمسين بقرة وتسعة إبل شيء وقال الشافعي رحمه الله تجب في خلطة الشركة وخلطة المجاورة إذا اتحد المسرح والمراح والمشرع والمرعى والراعي والفحل والمحلب والكلب والحجج

⁴⁸⁰ مسلم، "الزكاة" 8.

⁴⁸¹ الدارقطني، السنن، 2/ 305.

⁴⁸² هو ضمن حديث مسلم "الزكاة" 24.

⁴⁸³ الدارقطني، السنن، 2/ 271.

من الجانبين عرفت في موضعها **(ومن وجب عليه سن)** أي ذات سن **(لم يوجد عنده أخذ منه أعلى منها ورد الفضل)** أي فضل القيمة **(أو أدنى منها وأخذ الفضل)** صورة المسئلة رجل وجب عليه في إبله بنت لبون ولم يوجد يأخذ الحقة ويرد الفضل ولو وجبت الحقة ولم توجد يأخذ بنت لبون ويأخذ الفضل وهذا بناء على جواز أخذ القيمة ثم اعلم أن المفهوم من عبارة المتن أن الخيار للمصدق والصحيح أن الخيار لرب المال لأنه شرع عليه رفقا عليه والرفق إنما يتحقق بتخيره ويجبر المصدق على القبول إلا إذا دفع المالك أعلى من الواجب وطلب الفضل لأنه شراء بالزيادة ولا إجبار فيه وللمصدق أن يطلب الواجب أو قيمته اعلم أن قوله ولم يوجد قيد اتفاقي لأنه لو دفع القيمة أو الأعلى أو الأدنى مع وجود السن الواجب جاز

باب زكاة الذهب والفضة

(وتجب في مضر وبها وتبرهما) أي غير مضر وبها **(وحليهما)** الحلي جمع حلي كثندي جمع ثدي وهو ما يتحلى به من ذهب وفضة **(وآنيتهما)** جمع إناء كأسورة وسوار **(نوى التجارة أو لم ينو إذا كان نصابا)** لقوله تعالى ﴿والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم﴾⁴⁸⁴ علق الوجوب باسم الذهب والفضة وإنه موجود في جميع ما ذكرنا لأن المراد بالكنز ما لم يخرج زكاته لحديث جابر وابن عمر رضي الله عنه: "كل مال لم تؤد زكاته فهو كنز"⁴⁸⁵ وإن كان ظاهرا وما أدت زكاته فليس بكنز وإن كان مدفونا وعن أم سلمة رضي الله عنها قالت: كنت ألبس أوضاحا من ذهب فقلت: يا رسول الله أكنز هي؟ قال: إن أدت زكاته فليس بكنز"⁴⁸⁶ فيصير تقدير الآية والله تعالى اعلم والذين لا يؤدون زكاة الذهب والفضة فبشرهم بعذاب أليم ورأى رسول الله عليه السلام امرأتين تطوفان بالبيت وعليهما سواران من ذهب فقال عليه السلام أتؤديان زكاتهما؟ فقالتا لا فقال عليه السلام أتحبان أن يسوركما الله بسوارين من نار قالتا لا فقال عليه السلام: "أدّيا زكاتهما"⁴⁸⁷ كذا في شرح المصنف رحمه الله ولا فرق بين أن ينوي التجارة أو لم ينوها لكونها معدين للتجارة خلقة فأغنانا الوضع عن النية والشافعي في قوله لا تجب الزكاة في حلي النساء وخاتم الرجال محجوج بما ذكرنا

⁴⁸⁴ سورة التوبة، الآية: 34.

⁴⁸⁵ الطبراني، المعجم الأوسط، 9/ 130.

⁴⁸⁶ أبو داود، "الزكاة" 4.

⁴⁸⁷ أبو داود، "الزكاة" 4.

(ويضم أحدهما إلى الآخر بالقيمة) أي ويضم الذهب إلى الفضة وقال الشافعي رحمه الله لا يضم لأنها جنسان مختلفان حتى لا يجري الربا بينهما مع أنه بني على الشبهات فلا يضم أحدهما إلى الآخر لتكميل النصاب كالإبل والغنم ولنا أن الاتحاد ثبت بينهما في الوصف الذي صار به سببا للزكاة وهو التنمية فلا يعتبر الاختلاف في الصورة كعروض التجارة بخلاف الإبل والغنم لأن الزكاة فيها باعتبار العين والأعيان مختلفة حقيقة ثم إن عند أبي حنيفة رحمه الله يضم بالقيمة وعندهما بالأجزاء حتى لو ملك مائة درهم وخمسة دنانير قيمتها مائة درهم تجب الزكاة عنده خلافا لهما ولو ملك مائة درهم وعشرة دنانير أو مائة وخمسين درهما وخمسة دنانير أو خمسة عشر دينارا وخمسين درهما يضم إجماعا ولا يظهر الاختلاف عند تكامل الأجزاء لهما أن القيمة ساقطة العبرة في النقود وإنما العبرة فيها للوزن كما عرف وله أن الضم للمجانسة وهي باعتبار المعنى وهو القيمة لا باعتبار الصورة فيضم بالقيمة كالعروض واعتبار الوزن اعتبار الصورة **(ونصاب الذهب عشرون مثقالا)**⁴⁸⁸ والمثقال عشرون قراطا والقراط خمس شعيرات **(وفيه نصف مثقال)** لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه: "يا علي ليس عليك في الذهب شيء حتى يبلغ عشرين مثقالا فإذا بلغ ففيه نصف مثقال"⁴⁸⁹ **(ثم في كل أربعة مثاقيل قيراطان)** يعني إذا زاد على عشرين مثقالا من الذهب لا زكاة فيه حتى يبلغ أربعة مثاقيل فيكون فيها قيراطان ثم في كل أربعة مثاقيل كذلك **(ونصاب الفضة مائة درهم وفيها خمسة دراهم)** لقوله عليه السلام: "ليس في الورق صدقة حتى يبلغ مائة درهم فإذا بلغت مائة ففيها خمسة دراهم"⁴⁹⁰ **(ثم في كل أربعين درهما درهم)** يعني إذا زاد على المائتين لا زكاة فيه حتى يبلغ أربعين درهما ففيها درهم ثم في كل أربعين درهما درهم وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله ما زاد على نصاب الذهب والفضة فالزكاة بحسابه وهو قول الشافعي رحمه الله مثلا إذا زاد على المائتين درهم يجب فيها خمسة دراهم وجزء من أربعين جزءا من الدرهم وإذا زاد درهما ففيها جزءان منها وإن زاد ثلاثة فثلاثة وعلى هذا

⁴⁸⁸ المثلث عشرون قراطا والقيراط مقدار خمسة شعيرات فالمثلث الواحد مائة شعير

⁴⁸⁹ أبو داود، "الزكاة" 5.

⁴⁹⁰ البيهقي، السنن الكبرى، 6 / 37.

لقوله عليه السلام: "ما زاد على النصاب فبحسابه"⁴⁹¹ وله قوله عليه السلام: "لا تأخذ من الكسور شيئاً"⁴⁹² وما روياه فمحمول على أن يكون الزائد على المأتين إلا ربعينيات توفيقاً ولأن في إيجاب الزكاة في الكسور حرجاً بينا **(ويعتبر فيها)** أي في الفضة **(الغلبة فإن كانت)** الغلبة **(للغش)** بحيث لو احترقت لا يتخلص منها فضة كالموهة **(فهي عروض وإن كانت)** الغلبة **(للفضة)** بحيث لو أحرقت لا يتخلص الغش من الفضة بل يحترق **(فهي فضة وكذلك الذهب)** يعتبر فيه الغلبة وذلك لأن الدراهم والدنانير لا يخلو عن قليل غش لأنها لا ينطبع إلا به وتخلو عن كثير فجعلنا الغلبة فاصلاً وهي أن تزيد على النصف اعتباراً للحقيقة فتجب في الزيوف والنبهجة لأن الغالب عليهما الفضة ولا تجب في الستوقة لأن الغالب عليهما الغش إلا أن يبلغ ما فيها من الفضة نصاباً أو يكون للتجارة ويبلغ قيمتها مأتي درهم فتجب ح (حينئذ) وإن تساوى لا تجب لأن الأصل عدم الوجوب وقد وقع الشك في السبب وهو السبب فلا تجب بخلاف البيع على ما يأتي في باب الصرف إن شاء الله تعالى كذا في شرح المصنف رحمه الله **(والمعتبر في الدراهم كل عشرة وزن سبعة مثاقيل)** يعني أن الدراهم المعتبرة في النصاب هو أن يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل وأصله أن الدراهم كانت مختلفة في عهد عمر رضي الله عنه فمنها عشرة دراهم على وزن عشرة مثاقيل ومنها عشرة على ستة مثاقيل ومنها عشرة على خمسة مثاقيل فأخذ من كل نوع ثلاثاً كيلاً يظهر الخصومة في الأخذ والإعطاء فثلث عشرة ثلاثة وثلث درهم وثلث ستة اثنان وثلث خمسة درهم وثلثان فالمجموع سبعة وتعلق الأحكام به كالزكاة والخراج ونصاب السرقة والديات والمهور **(ولا زكاة في العروض)** جمع عرض بفتحيتين وهو المتاع سمي به لسرعة فناؤه ومنه قوله تعالى ﴿تبتغون عرض الحياة الدنيا﴾⁴⁹³ ويقال الدنيا عرض حاضر يأكل منه البر والفاجر كذا في المدارك **(إلا أن تكون للتجارة وتبلغ قيمتها نصاباً من أحدهما)** أي إلا أن يكون العروض للتجارة وأن يبلغ قيمتها نصاباً من الذهب أو الفضة حينئذ تجب فيها الزكاة اعلم أن الزكاة لا تجب إلا في مال نام زائد عن الحوائج الأصلية والنماء إنما يكون بإعداد الله كالذهب والفضة فإنه تعالى أعدهما للنماء حيث خلقهما ثمن الأشياء فلا يحتاج في التصرف فيهما والمعاملة بهما إلى التقويم والاستبدال

⁴⁹¹ أبو داود، "الزكاة" 5.

⁴⁹² الدارقطني، السنن، 2/ 257.

⁴⁹³ سورة النساء، الآية: 94

ويتعلق الزكاة بعينه كيف ما كان أو بإعداد العبد وهو الإسامة أو نية التجارة فيتحقق النماء ظاهراً أو غالباً وليس في العروض نصاب مقدر لأنه لم يرد الشرع به فيرجع إلى القيمة وإذا قومت بأحد النقيدين صار المعبر القيمة فيضم إلى النقيدين لما مر فيتقوم بأيّ النقيدين شاء لأن الوجوب باعتبار المالية والتقويم يعرفها والنقدان في ذلك سواء فيتخير وعن أبي حنيفة رحمه الله يقومها بما هو أنفع للفقراء وهو أن يبلغ به نصاباً وعن محمد رحمه الله بما هو غالب نقد البلد لأنه أسهل **(ويضم قيمتها إليهما)** أي ويضم قيمة العروض إلى الذهب والفضة لأن الوجوب في الكل باعتبار التجارة وإن افرقت جهة الإعداد فهما للتجارة وصفا والعروض لها جعلاً

باب زكاة الزروع والثمار

الأصل فيه قوله تعالى ﴿وآتوا حقه يوم حصاده﴾⁴⁹⁴ أراد به العشر وقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم وما أخرجنا لكم من الأرض﴾⁴⁹⁵ أراد بالأول الزكاة وبالثاني العشر **(ما سقته السماء أو سقى سيحاً)** أي ماء جارياً وانتصابه على أنه مفعول ثانٍ لسقى لقوله تعالى ﴿وسقوا ماء حميمًا﴾⁴⁹⁶ ففيه العشر قلّ أو كثر ويستوي فيه ما يبقى وما لا يبقى وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله تعالى لا عشر إلا فيما له ثمرة باقية إذا بلغ خمسة أوسق والوسق ستون صاعاً فلا تجب في البقول والرياحين فالخلاف في موضعين في اشتراط النصاب واشتراط البقاء **(لهما)** في الأول قوله عليه السلام: "ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة"⁴⁹⁷ لم ترد به الزكاة لأنها تجب فيما دون خمسة أوسق إذا بلغت قيمته مأتى درهم فتعين العشر وفي الثاني قوله عليه السلام: "ليس في الخضروات صدقة"⁴⁹⁸ والزكاة غير منفية فتعين العشر وله ما تلونا وقوله عليه السلام ما أخرجته الأرض ففيه العشر بلا فصل بين القليل والكثير وبين ما يبقى وما لا يبقى فيتناول الكل وتأويل ما روياه زكاة التجارة فإن الصدقة عند الإطلاق ينصرف إليها والمراد بالحديث الثاني صدقة يأخذها العاشر وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله

⁴⁹⁴ سورة الأنعام، الآية: 141.

⁴⁹⁵ سورة البقرة، الآية: 267.

⁴⁹⁶ سورة محمد، الآية: 15.

⁴⁹⁷ البخاري، "الزكاة" 56؛ الدارقطني، السنن، 2/ 260.

⁴⁹⁸ الدارقطني، السنن، 2/ 261.

(إلا القصب الفارسي والخطب والحشيش) فإنه لا يجب العشر فيها لأن سبب العشر الأرض النامية والأراضي لا تمنى بهذه الأشياء حتى لو اتخذها مقصبة أو محطبة أو منبتا للحشيش تجب العشر وقيد القصب بالفارسي وهو ما يُتخذ منه الأقلام لأن قصب السكر وقصب الذريرة فيهما العشر لأنه يقصد بهما استغلال الأرض

(وما سقي بالدولاب والدالية) وهي جذع طويل يركب تركيب مدقّ الأرض وفي رأسه مفرقة كبيرة يستقي بها (ففيه نصف العشر) لقوله عليه السلام: "ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب أو دالية ففيه نصف العشر"⁴⁹⁹ ولأن المؤونة تكثر فيه وتقل فيما سقي بالسماء أو سيحا وإن سقي بسيح وبدالية فالمعتبر أكثر السنة كما مر في السائمة وإن استويا يجب نصف العشر كذا ذكره المصنف رحمه الله (ولا شيء في التبن والسعف)⁵⁰⁰ لأن المقصود الحب والتمر دونهما (ولا يحتسب مؤونته) أي مؤونة الخارج (والخراج عليه) هذا عطف لبيان معنى المؤونة كأجرة العمال ونفقة البقر وكري الأنهار وأجرة الحافظ ونحوها لإطلاق قوله عليه السلام: "فيما سقته السماء العشر وفيما سقي بالثانية نصف العشر"⁵⁰¹ ولأنه عليه السلام خفف الواجب مرة باعتبار المؤونة من العشر إلى نصفه ولا يخفف ثانيا (وفي العسل العشر قل أو كثر إذا أخذ من أرض العشر) وقال الشافعي رحمه الله لا عشر فيه لأنه متولد من الحيوان فأشبهه الإبرسيم ولنا ما روي أنه عليه السلام كتب إلى أهل اليمن أن في العسل العشر⁵⁰² ولأن النحل يأكل من أنوار الأشجار والثمار قال الله تعالى ثم كُلِّي من كل الثمرات فيكون متولدا من الثمار وفيها العشر إذا كانت في أرض العشر فكذا فيما يتولد منها وقيد بقوله في أرض العشر لأنه إذا كان في أرض الخراج لا يؤخذ منه لثلا يجتمع العشر والخراج في أرض واحدة (والأرض العشرية إذا اشتراها ذمي) غير تغلبي (صارت خراجية) عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على أن الأليق بحال الكافر هو الخراج وعند أبي يوسف رحمه الله عليه العشر⁵⁰³ مضاعفا اعتبارا بالتغليبي وعند محمد رحمه الله عشرية بحالها بناء على أن وظيفة الأرض لا تتبدل بتبديل المالك عنده وقيدنا بالذمي بقولنا غير تغلبي لأنه لو اشتراها تغلبي فعليه العشران بالإجماع لأنهم صولحوا على أن

⁴⁹⁹ البخاري، "الزكاة" 55؛ مسلم "الزكاة" 7.

⁵⁰⁰ ورق النخل

⁵⁰¹ تقدم تخرجه.

⁵⁰² ابن ماجه، "الزكاة" 20.

⁵⁰³ ويصرف إلى مصارف الخراج

يضاعف عليهم جميع ما على المسلمين والتغليبي بكسر اللام وفتحها قوم من نصارى العرب منسوب إلى بني تغلب روي أنهم قالوا لعمر رضي الله عنه: "نحن قوم لنا شركة نأنف أن تأخذ منا الجزية فخذ منا ضعف ما تأخذ من المسلمين وإلا نلحق بأعدائك في أرض الروم" فصالح عمر رضي الله عنه على الصدقة المضاعف فقال: "هذه جزية سموها ما شئتم" ولم ينكر عليه أحد³⁰⁴ فحلَّ محل الإجماع (والخراجية) أي والأرض الخراجية (لا تصير عشرية أصلاً) فلو اشتراها المسلم من ذمي بقيت كذلك لأنها وظيفة الأرض والكل أهل الخراج المسلم والذمي فلا حاجة إلى التغيير (ولا شيء فيما يستخرج من البحر) كاللؤلؤ والعنبر وقال أبو يوسف رحمه الله فيهما الخمس لأن عمر رضي الله عنه كان يأخذ العشر من العنبر واللؤلؤ ولأنهما أشرف ما يوجد في البحر فيعتبر بأشرف ما يوجد في البر وهو الذهب والفضة ولهما أن قعر البحر لم يرد عليه القهر فلا يكون المأخوذ منه غنيمة ولهذا لو استخرج منه الذهب والفضة لا شيء فيهما (ولا ما يوجد في الجبال) كالجص والنورة والياقوت والفيروزج والزمرة ولأنه من الأرض كالتراب والأحجار

باب العاشر سمي عاشراً لأخذ العشر من الحربي (وهو من نصبه الإمام) على الطريق (ليأخذ الصدقات من التجار) الذين يمرون بالمال عليه ويأمنون بمقامه من شر اللصوص وهذا بناء على أن الأموال في الصحراء محفوظة بحماية الإمام فيثبت له حق الأخذ لتحمله على الحماية (فيأخذ) العاشر (من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر) هكذا أمر عمر رضي الله عنه سَعَاتَه ولأن الأخذ بطريق الحماية والمسلم يحتاج إلى الحماية والذمي أحوج منه لأن طمع الشرار في مال الذمي أكثر والحربي أحوج إلى الحماية من الذمي فكان الوجوب بهذا الترتيب مناسبا (فمن أنكر تمام الحول أو الفراغ من الدين أو قال أدبت إلى عاشر آخر أو إلى الفقراء في المصر وحلف صدق) أما في الأولين فلأنه أنكر الوجوب فيكون القول قوله مع اليمين فإن قلت اليمين لا يتوجه في العبادات الخالصة كمن قال صمت أو صليت يصدق بلا يمين وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله قلت إنما لا يحلف ثمة لعدم من يكذبه والساعي يكذبه فيما نحن فيه وأما في الثالث فلأنه ادَّعى وضع الأمانة في موضعها كالمودع ومعناه إذا كان في تلك السنة عاشر آخر أما لو لم يكن فلا يصدق لظهور كذبه وأما في الرابع فلأن الأداء كان مفوضاً إليه في المصر

³⁰⁴ ابن أبي شيبة، المصنف، 2/ 417؛ عبد الرزاق، المصنف، 10/ 367.

(وكذا الجواب في السوائيم في ثلاثة فصول) وإليه أشار بقوله وكذلك في السوائيم إلا في دفعه إلى الفقراء فإنه إذا قال أديت بنفسي إلى الفقراء لا يصدق وإن حلف وقال الشافعي رحمه الله يصدق لأنه أوصل الحق إلى المستحق ولنا أن حق الأخذ للسلطان لقوله تعالى ﴿ خذ من أموالهم صدقة ﴾⁵⁰⁵ ولقوله عليه السلام: "خذ من الإبل الإبل"⁵⁰⁶ الحديث فلا يملك إبطاله كمن عليه الجزية إذا صرف بنفسه إلى المقاتلة **(والمسلم والذمي سواء)** أي فيما يصدق فيه المسلم يصدق فيه الذمي لأن ما يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم فيراعى تلك الشرائط تحقيقاً للتضعيف قيل هذا ليس بمجرى على عمومه فإن الذمي لو قال أديتها إلى الفقراء في المصر لا يصدق كما يصدق المسلم لأن ما يؤخذ منه جزية ومصرفها مصالح المسلمين وليس له ولاية التصرف إلى الفقراء **(والحربي لا يصدق إلا في أمهات الأولاد)** لأن الأخذ منه بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج إلى الحماية غير أن إقراره بنسب من في يده منه صحيح فكذا بأمية الولد لأنه يُبْتَنَى عليه فانعدمت صفة المالية والأخذ لا تجب إلا من المال قليل وإجراء قوله ولا يصدق على عمومه مشكل لأنه لو قال أديت إلى عاشر آخر ينبغي أن يصدق لأنه لو لم يصدق يؤدي إلى استئصال المال وذا لا يجوز **(ويعشر قيمة الخمر دون الخنزير)** أي لو مر ذمي بخمر وخنزير على العاشر يعشر قيمة الخمر دون الخنزير سواء مر بهما أو بأحدهما وقال الشافعي رحمه الله لا يعشرهما لأنه لا قيمة لهما وقال زفر رحمه الله يعشرهما لاستوائيهما في المالية عند أهل الذمة وقال أبو يوسف رحمه الله يعشرهما إذا مر بهما جملة كأنه جعل الخنزير تبعاً للخمر وإن مر بكل واحد على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير ووجه الفرق على الظاهر أن القيمة في ذوات القيم لها حكم العين والخنزير منها وفي ذوات الأمثال ليس لها هذا الحكم والخمر منها

باب المعدن

هو اسم خاص لما في الأرض بأصل الخلقة والكنز اسم خاص لما كان مدفوناً من جهة العباد والركاز يشملها **(مسلم أو ذمي وجد معدن ذهب أو فضة أو حديد أو نحاس أو رصاص في أرض عشر أو خراج فخمسه فيء والباقي له)** أي للواجد وقال الشافعي رحمه الله لا يخمس لأن الخمس إنما تجب في المغنم وهذا ليس بغنيمة

⁵⁰⁵ سورة التوبة، الآية: 103 .

⁵⁰⁶ ابن ماجه، "الزكاة" 11 .

لأنه لم يكن في أيدي الكفار ولكن تجب الزكاة فيما صلح نصابا ولنا قوله عليه السلام: "وفي الركاز الخمس"⁵⁰⁷ وهو من الركز فانطلق على المعدن ولأنها كانت في أيدي الكفرة وحوته أيدينا غلبة فكان غنيمة وفي الغنائم الخمس وإنما وضع المسئلة في أرض العشر والخراج احترازا عما وجده في الدار والأرض وهذا قوله

(وإن وجده في داره فلا شيء فيه) وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فيه الخمس لإطلاق ما روينا وله أنه من أجزاء الأرض مركب فيها ولا مؤونة في سائر الأجزاء فكذا في هذه الجزء لأن الجزء لا يخالف الجملة

(وفي أرضه روايتان) أي عن أبي حنيفة رحمه الله في رواية لا تجب كما في الدار وفي رواية تجب لأن صاحب الدار والأرض تملكهما على أن لا مؤونة في الدار وفي الأرض مؤنة فكذا في أجزائهما **(وإن وجده حربي في دار الإسلام فهو فيء)** لأنه ليس من أهل الغنائم **(ومن وجد كنزا فيه علامة المسلمين)** بأن كان فيه مصحف أو كان عليه كلمة الشهادة أو اسم ملك من ملوك الإسلام **(فهو لقطة)** لعلمنا أنه وضع المسلمين فلا يكون غنيمة فيكون لقطة وقد عرف حكمها في موضعها **(وإلا فخمسه فيء)** أي وإن لم يكن فيه علامة المسلمين سواء كان فيه علامة أهل الشرك كالصنم ونحوه أو لم يكن فيه علامة أصلا فهو من مال المشركين فيكون غنيمة ففيه الخمس أما إذا كان فيه علامة الكفار فظاهر وأما إذا لم يكن فيه علامة فلأن الكنوز غالبا من الكفرة وقيل هي لقطة لتقادم العهد فالظاهر أنه لم يبق شيء مما دفنه الكفار **(والباقي له)** أي والباقي من الخمس وهو أربعة الأخماس للواجد لأنه تم الإحراز منه إذ لا علم به للغانمين فيختص هو به وهذا كله إذا وجده في أرض غير مملوكة وإليه أشار المصنف رحمه الله بقوله

(إن لم يكن للأرض مالك) فإن وجده في أرض مملوكة فالباقي لأقصى مالها فلذلك قال **(فإن كان)** للأرض مالك **(فالباقي لأقصى مالك يعرف لها)** في الإسلام وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله الباقي للواجد لأن الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه ولها أنه سبقت إليه يد الخصوص وهي يد أقصى المالك فتملك به ما في البطن وإن كانت على الظاهر كمن اصطاد سمكة في بطنها درة ملك الدر ثم بالبيع لم يخرج عن ملكه لأنه مودع فيها بخلاف المعدن لأنه من أجزائها فينتقل إلى المشتري

⁵⁰⁷ البخاري، "الزكاة" 66.

باب مصارف الزكاة

الأصل فيه قوله تعالى ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾⁵⁰⁸ الآية فهذه ثمانية أصناف إلا أنه سقط منها المؤلفة قلوبهم لأن الله تعالى أعز الإسلام وأغنى عنهم ومنعهم عمر رضي الله عنه في زمن أبي بكر رضي الله عنه وقال: "لا نعطي الدنية في ديننا وذلك شيء كان يعطيكم رسول الله عليه السلام تألفا لكم إن اليوم فقد أعز الله الدين فإن ثبتتم على الإسلام وإلا فبيننا وبينكم السيف"⁵⁰⁹ ووافقه على ذلك أبو بكر رضي الله عنه والصحابه رضي الله عنهم فكان إجماعا **(وهم)** أي المصارف ثمانية أصناف أحدهم **(الفقير وهو الذي له أدنى شيء والمسكين الذي لا شيء له)** وهذا رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وروى الحسن عنه رضي الله عنه عكس هذا ولكل وجه والأول هو الأصح وفائدة الاختلاف إنما تظهر في الأوقاف عليهم والوصايا لهم دون الزكاة **(والعامل على الصدقة)** وهو الذي نصبه الإمام لاستيفاء الصدقات والعشور **(يعطى بقدر عمله)** فيعطيه ما يسعه وأعوانه غير مقدر بالثمن خلافا للشافعي رحمه الله لأنه فرغ نفسه للعمل للفقراء فيكون كفاية في مالهم كالمقاتلة والقاضي ولو استغرقت كفايته الزكاة لا يزداد على نصفها لأن التنصيف غير الإنصاف **(ومنقطع الغزاة)** يعني فقرائهم وهو المراد في قوله تعالى ﴿وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ عند أبي يوسف رحمه الله لأنه المتفاهم عند الإطلاق **(والحاج)** أي ومنقطع الحاج يعني فقرائهم وهو المراد بقوله تعالى ﴿وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ عند محمد رحمه الله لما روي أن رجلا جعل بعيرا له في سبيل الله فأمره رسول الله عليه السلام أن يحمل عليه الحاج⁵¹⁰ ولأنه سبيل الله لما فيه من امتثال أوامره وطاعته ومجاهدة النفس التي هي عدو الله تعالى **(والمكاتب يُعان في فك رقبته)** وهو المراد بقوله وفي الرقاب هكذا ذكره المفسرون **(والمديون الفقير)** وهو المراد بقوله تعالى ﴿وَالْغَارِمِينَ﴾⁵¹¹ وإطلاق الآية يقتضي جواز الصرف إلى مطلق المديون إلا أنه قام الدليل وهو قوله عليه السلام: "لا تحل الصدقة لغني"⁵¹² على أنه لا يجوز صرفها إلى من يملك نصابا فاضلا عما عليه وقال الشافعي رحمه الله الغارم من تحمّل غرامة في إصلاح ذات البين وإطفاء نائرة بين القبيلتين

⁵⁰⁸ سورة التوبة، الآية: 60.

⁵⁰⁹ البيهقي، السنن الكبرى، 10 / 113.

⁵¹⁰ أبو داود، "الزكاة" 79.

⁵¹¹ سورة التوبة، الآية: 60.

⁵¹² الترمذي، "الزكاة" 23.

(والمنقطع عن ماله) وهو المراد من قوله وابن السبيل وهو من كان له مال في وطنه ولكنه في مكان لا شيء له فيه ومن هو غائب عن ماله ملحق به وإن كان في بلده وإنما سمي المسافر ابن السبيل لملازمته له فصار كأنه ولده ومنه قولهم الصوفي ابن الوقت **(وللمالك أن يعطي جميعهم وله أن يقتصر على أحدهم)** وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز إلا أن يصرف إلى ثلاثة من كل صنف لأن الإضافة بلام الملك وإن لم يوجب حقيقة الملك فلا أقل من أن يوجب الاستحقاق ولنا أن الزكاة حق الله تعالى وهؤلاء مصارف بعة الحاجة وهذه الأسماء أسباب الحاجة وهم بجملتهم للزكاة كالكعبة للصلاة وكل صنف كجزء من الكعبة واستقبال جزء منها جائز كاستقبال كلها كذا هنا واللام للعاقبة كقوله عليه السلام: "لِدُوا لِلْمَوْتِ"⁵¹³ وقوله تعالى ﴿لِيَكُونَ لَهُمْ عَدَاوَةٌ وَحُزْنًا﴾⁵¹⁴ وكنت⁵¹⁵ يكون للاستحقاق والمجهول لا يصلح مستحقا بل المستحق هو الله تعالى وهم مصارف ألا ترى أنه قال الله تعالى في آية أخرى ﴿وَتَوَاتَوْهَا الْفُقَرَاءُ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ﴾⁵¹⁶ وقال عليه السلام: "ورُدُّهَا فِي فَقَرَائِهِمْ"⁵¹⁷ واسم الجمع مستعار عن الجنس إذ لا معهود هنا فيتناول الواحد لأنه أدنى ما ينطلق عليه اسم الجنس **(ولا يدفعها إلى ذمي)** لقوله عليه السلام لمعاذ: "خذها من أغنيائهم وردها في فقرائهم" والمأخوذ من أغنياء المسلمين فكذا المدفوع إلى فقرائهم **(ولا غني)** لقوله عليه السلام: "لا تحل الصدقة لغني"⁵¹⁸ وهو بإطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله في غني الغزاة **(ولا ولد غني صغير)** لأنه يعد غنيا بغنى أبيه وقيد الولد بالصغير لأنه لو كان كبيرا فقيرا يجوز دفعها إليه لأنه لا يعد غنيا بغنى أبيه **(ولا مملوكه)** أي لا يدفع زكاته إلى مملوك غني لأن الملك تبع لمولاه **(ولا إلى من بينها قرابة ولاد أعلى وأسفل)** أي ولا يدفع المزكي زكاته إلى أبيه وجده وإن علا ولا إلى أمه وجدته وإن علت ولا إلى ولده وولد ولده وإن سفل لأن منافع الأملاك بينهم متصلة فلا يتحقق التملك على الكمال

⁵¹³ البيهقي، شعب الإيمان، 7/ 396.

⁵¹⁴ سورة القصص، الآية: 8.

⁵¹⁵ هذا اللفظ سهو بل الصواب (وكيف) كما في شرح المختار لقره حصارى في باب مصارف الزكاة.

⁵¹⁶ سورة البقرة، الآية: 271.

⁵¹⁷ البخاري، "الزكاة" 63.

⁵¹⁸ الترمذي، "الزكاة" 23.

(أو زوجته) أي ولا يدفع إلى من بينهما زوجية فلا يدفع الزوج زكاته إلى زوجته للاشتراك في المنافع عادة ولا الزوجة إلى زوجها عند أبي حنيفة رحمه الله لما ذكرنا وقالوا رحمهما الله تدفع إليه لقوله عليه السلام: "لك أجران أجر الصدقة وأجر الصلة"⁵¹⁹ قاله لابن مسعود رضي الله عنه وقد سألته عن التصديق عليه قلنا هو محمول على النافلة **(ولا إلى مكاتبه)** لفقدان التملك **(ولا إلى هاشمي)** لقوله عليه السلام: "يا بني هاشم إن الله تعالى حرم عليكم غسالة أيدي الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس"⁵²⁰ وهم آل عباس وآل علي وآل عقيل وآل جعفر وآل حارث بن عبد المطلب لأنهم ينسبون إلى هاشم بن عبد مناف وفي شرح الآثار وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الصدقات كلها فرضها ونفلها جائزة على بني هاشم والحرمة كانت في عهد النبي عليه السلام لوصول خمس الخمس إليه فلما سقط ذلك بموته عليه السلام حلت لهم الصدقة قال الطحاوي رحمه الله وبالجواز نأخذ **(وإن أعطى فقيرا واحدا نصابا أو أكثر جاز ويكره)** وقال زفر رحمه الله لا يجوز لأن الغني قارن الأداء فحصل الأداء إلى الغني ولنا أن الغني حكم الأداء فيتعقبه لكنه يكره لقرب الغني منه كمن صلى وبقربه نجاسة **(ويجوز دفعها إلى من يملك دون النصاب وإن كان صحيحا مكتسبا)** لأنه فقير وهو من المصارف ولأن حقيقة الحاجة لا يوقف عليها فأدير الحكم على دليلها وهو فقد النصاب **(ولو دفعها إلى من ظنه فقيرا وكان غنيا أو هاشميا أو دفعها في ظلمة فظهر أنه أبوه أو ابنه أجزأه)** وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجوز لظهور خطأه بيقين وإمكان الوقوف على هذه الأشياء فصار كالماء إذا ظهر أنه نجس بعد استعماله ولهما حديث معن بن يزيد رضي الله عنه فإنه عليه السلام قال فيه: "يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما أخذت"⁵²¹ وقد دفع إليه وكيل أبيه صدقته ولأن الواجب عليه الصرف إلى من هو مصرف عنده وقد فعل فيجوز كما إذا صلى إلى جهة بالتحري ثم تبين خطأه **(وإن كان)** من ظنه فقيرا **(عبده أو مكاتبه لم يجز)** لانعدام التملك وهو الركن **(ويكره نقلها إلى بلد آخر)** لما روينا من حديث معاذ وفيه رعاية حق الجوار **(إلا إلى قريبه أو من أحوج من أهل بلده)** لأن فيه رعاية حق القرابة أو زيادة دفع الحاجة

⁵¹⁹ البيهقي، السنن الكبرى، 10 / 130.

⁵²⁰ مسلم، "الزكاة" 167.

⁵²¹ البخاري، "الزكاة" 15.

باب صدقة الفطر

(وهي واجبة) لقوله عليه السلام: "أدوا عن كل حرٍّ وعبد صغير أو كبير نصف صاع من بر أو صاعاً من تمر أو شعير"⁵²² أمر وهو للوجوب وقال الشافعي رحمه الله فريضة لحديث ابن عمر رضي الله عنه أنه قال فرض رسول الله عليه السلام زكاة الفطر على كل حر وعبد⁵²³ الحديث قلنا إنه خبر الواحد فلا يوجب اليقين فلا يثبت به الفرضية (على الحر) فلا تجب على العبد لأنه غير مخاطب بها لعدم ملكه (المسلم) فلا تجب على الكافر لأنها عبادة قال عليه السلام فيها: "إنها طهرة للصائم من الرث"⁵²⁴ وأنه مختص بالمسلم (المالك بمقدار النصاب) لقوله عليه السلام: "لا صدقة إلا عن ظهر غنى"⁵²⁵ وفي رواية إنما الصدقة عن ظهر غنى وقدر الغنى بالنصاب ليقدر الغنى في الشرع به وقال الشافعي رحمه الله تجب على من يملك زيادة على قوت يومه لأنها وجبت طهرة للصائم فاستوى فيه الغني والفقير وهو محجوج بما روينا وفي قوله بمقدار النصاب إشارة إلى أنه لا يشترط فيه النمو واتحاد الجنس حتى لو كان له بعير وبقرة وشاة وعروض فاضل تبلغ قيمة الكل مائتي درهم فعليه صدقة الفطر

(فاضلاً عن حوائجه الأصلية) أي فاضلاً عن مسكنه وثيابه وأثاثه وفرسه وسلاحه وعبده لأن هذه الأشياء مستحقة بالحاجة الأصلية والمستحق بها كالمعدوم (عن نفسه) أي يخرجها عن نفسه (وأولاده الصغار) لأن سبب وجوبها رأس يمونه ويلى عليه لأنها تضاف إليه يقال زكاة الرأس وهي أمانة السببية وكذا يتكرر بتكرر الرأس مع اتحاد الوقت والأصل في الوجوب رأسه وهو يمونه ويلى عليه فيلحق به ما في معناه كأولاده الصغار لأنه يمونه ويلى عليهم فإن قلت كما توجد الإضافة إلى الرأس توجد إلى الفطر فيقال صدقة الفطر بل الإضافة إلى الفطر أكثر فجعل الفطر سبباً أولى وكذا يتكرر بتكرر الفطر مع اتحاد الرأس قلت الصدقة تجب شكراً للنعمة والرأس فوق نعمة الوقت فكان جعله سبباً أولى والإضافة إلى الفطر مجاز لأنه شرطها وتكرر الوجوب بتكرر الفطر مع اتحاد الرأس كتكرر وجوب الزكاة بتكرر الحول لأن الوصف الذي به كان سبباً يتجدد بتجدد الحول وإنما قيد الأولاد بالصغار لأنه لا يخرجها عن أولاده الكبار وسيجيئ قريباً

⁵²² أبو داود، "الزكاة" 21.

⁵²³ ابن ماجه، "الزكاة" 21.

⁵²⁴ ابن ماجه، "الزكاة" 21.

⁵²⁵ ابن حبان، الصحيح، 54/10.

وهذا إذا لم يكن مال لأولاده الصغار فأما إذا كان لهم مال ففي وجوب الأداء عنهم خلاف وسيجيئ في آخر الباب إن شاء الله الملك الوهاب **(وعبيده للخدمة ومدبره وأم ولده وإن كانوا كفارا)** لقيام الولاية والمؤونة وإنما قيد العبد بقوله للخدمة لأنه لا يخرجها للتجارة وسيجيئ إن شاء الله وإنما قال وإن كانوا كفارا بأن الوصلية وهي للتأكيد والمبالغة احترازا عن مذهب الشافعي رحمه الله فإن عنده إذا كان العبد كفارا لا يخرجها عنهم بناء على أن الوجوب عندنا على المولى عن عبيده فيعتبر أهلية المولى وعنده على العبد ثم يتحمل عنه المولى فيعتبر كون العبد أهلا للوجوب عليه لأنها طهرة للصائم والصوم يجب على العبد ولنا قوله عليه السلام: "أدوا عمن تمونون"⁵²⁶ وإنما يجب على من خوطب بالأداء ولو كان على العكس لا يجب اتفاقا أما عندنا فظاهر وأما عنده فلأن الوجوب على العبد باعتبار تحمل المولى الأداء عنه فإذا عدم ذلك لم يجب أصلا لا غير أي لا يخرج صدقة الفطر من غير هؤلاء فلا يخرجها عن أبويه وأولاده الكبار ومكاتبه وعبيده للتجارة وزوجته أما عن أبويه وأولاده الكبار ومكاتبه فلانعدام الولاية وأما عن عبيده للتجارة فمذهبنا خلافا للشافعي رحمه الله فإن عنده تجب الفطرة على العبد والزكاة على المولى فلا يؤدي إلى الثناء وعندنا تجب على المولى فسببه كالزكاة فيؤدي إلى الثناء لا تنافي الصدقة وأما عن زوجته فمذهبنا أيضا وقال الشافعي رحمه الله تجب على الزوج صدقة الفطر عن زوجته لأنه يمونها وقد قال عليه السلام: "أدوا عمن تمونون"⁵²⁷ ولنا أن المراد منه تمونون بالولاية عليه بدليل أن صدقة الفطر لا تلزم من أخيه وذوي الأرحام إذا مانهم لعدم ولايته عليهم والزوج لا بل على زوجته ولهذا لا يملك بيع ماها ولا يمونها أيضا على الكمال لأنه لا يلزم عليها المؤون العارضة كالأدوية المحتاجة إليها زوجته وإن أدى عنها بغير إذنها يجزي لثبوت الإذن عادة

(وهي) صدقة فطر (نصف صاع من بُر أو دقيقه أو صاع من شعير أو دقيقه أو المراد زبيب) أما البر والشعير والتمر فلما رويانا وأما الدقيق فلأنه مثل الحب بل أجود وأما الزبيب فبمنزلة البر عند أبي حنيفة رحمه الله وبمنزلة التمر عندهما وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الأصح ولهذا اختاره المصنف رحمه الله لأنه والتمر يتقاربان في المقصود وله أن الزبيب والبر يتقاربان في المعنى لأنه يؤكل كل واحد ويلقى من التمر النواة ومن الشعير النخالة

⁵²⁶ الدارقطني، السنن، 2 / 330.

⁵²⁷ تقدم تخريجه.

وبهذا ظهر التفاوت بين التمر والبر وقال الشافعي رحمه الله من جميع ذلك صاع لحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال: "كنا نخرج ذلك على عهد رسول الله عليه السلام"⁵²⁸ ولنا ما روينا وهو مذهب جماعة من الصحابة رضي الله عنهم منهم الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم وما روينا راجح لأن فيه الأمر وهو محكم وما رواه يحوط التطوع وهو الظاهر لأنه ما قال أمرنا رسول الله عليه السلام بإخراج الصاع بل قال كنا نخرج (أو قيمة ذلك) وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد مر بيانه (والصاع ثمانية أرطال بالعراقي) وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله خمسة أرطال وثلث رطل وهو صاع أهل المدينة لقوله عليه السلام: "صاعنا أصغر الصيعان"⁵²⁹ ولنا ما روي عن أنس رضي الله عنه أنه قال: "كان رسول الله عليه السلام يتوضأ بالمُدِّ رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية أرطال"⁵³⁰ وعمر رضي الله عنه قدّر الصاع لإخراج الكفارة ثمانية أرطال بحضرة الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين وأنه أصغر من الهاشمي وكانوا يستعملون الهاشمي (وتجب) صدقة الفطر (بطلوع الفجر من يوم الفطر) وقال الشافعي رحمه الله بغروب الشمس في اليوم الآخر من رمضان لأنه يختص بالفطر وهذا وقته ولنا أن الإضافة للاختصاص والاختصاص للفطر باليوم دون الليل وثمره الخلاف تظهر فيمن أسلم أو ولد ليلة الفطر فإنه تجب فطرته عندنا لا عنده وعلى عكسه من مات فيها من مملكه أو ولده (وإن قدمها جاز) أي وإن قدم صدقة الفطر على وقت وجوبها جاز لأنه أدى بعد تقرر السبب فأشبهه التعجيل في الزكاة ولا فرق بين مدة ومدة هو الصحيح وعند خلف بن أيوب رحمه الله تعجيلها بعد دخول رمضان لا قبله وقيل يجوز تعجيلها في النصف الأخير من رمضان وقيل فالعشر الأخير وعند الحسن بن زياد رحمه الله لا يجوز تعجيلها أصلاً (وإن أخرها فعليه أن يخرجها) لأن الواجب إذا تقرر في الذمة لا تسقط إلا بمسقط ولم يوجد وهي قرينة مالية معقولة المعنى بخلاف الأضحية فإن الإراقة غير معقولة المعنى (وإن كان للصغير مال أخرج منه) أي أدى وليه عنه عندهما لأنها مؤونة كالجناية ونفقة الزوجة وقال محمد رحمه الله لا تجب في ماله كالزكاة (والمجنون كالصبي) فإذا كان له مال أخرج منه عندهما خلافاً لمحمد رحمه الله

⁵²⁸ ابن ماجه، "الزكاة" 21.

⁵²⁹ ابن حبان، الصحيح، 8 / 79.

⁵³⁰ البيهقي، السنن الكبرى، 1 / 330.

كتاب الصوم

وهو في اللغة الإمساك مطلقا يقال صامت الشمس إذا وقفت في كبد السماء وأمسكت عن السير ساعة وفي الشرع هو الإمساك عن الأكل والشرب والجماع نهارا مع النية من أهله بأن يكون مسلما بالغا طاهرا من حيض ونفاس وإنما اختص بالنهار لأن الوصال لما كان متعذرا للحر والنعيم كان تعيين النهار أولى لكن على خلاف العادة وعليه معنى العبادة وسبب وجوبه الشهر لأنه يضاف إليه ويتكرر بتكرره وكل يوم سبب لوجوب صومه وأما شرطه فأنواع شرط نفس الوجوب وهو الإسلام والعقل والبلوغ وشرط وجوب الأداء وهو الصحة والإقامة وشرط صحة الأداء وهو الوقت القابل له اليوم والنية أيضا شرط صحة الأداء وركنه هو الكف عن المفطرات وحكمه الثواب وسقوط الواجب عن الذمة صوم **(رمضان فريضة محكمة)** يكفر جاحدا ويفسق تاركها ثبتت فرضيتها بالكتاب والسنة أما الكتاب قوله تعالى ﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾⁵³¹ وقوله تعالى ﴿كتب عليكم الصيام﴾⁵³² وأما السنة فما مر من الحديث في كتاب الصلاة وقوله عليه السلام: "وصوموا شهركم"⁵³³ وعليه الإجماع **(على كل مسلم عاقل بالغ)** أما الإسلام فلأن الكافر ليس أهلا للعبادة وأما العقل والبلوغ فلأن الصبي والمجنون غير مخاطبين **(أداء)** لقوله تعالى ﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾⁵³⁴

(وقضاء) لقوله تعالى ﴿فعدة من أيام أخر﴾⁵³⁵ **(وصوم النذور والكفارات واجب)** أما النذور فللقوله تعالى ﴿وليوفوا نذورهم﴾⁵³⁶ وقد خص منه ما ليس بواجب من جنسه شرعا كعبادة المريض ونحو ذلك فلم يبق قطعا وصار كخبر الواحد والآية المؤولة وبمثله يثبت الوجوب لا الفرض وأما الكفارات فلما يأتي إن شاء الله تعالى

(وما سواه نفل) أي ما سوى صوم رمضان والنذور والكفارات نفل وهو في اللغة الزيادة وفي الشرع الزيادة على الفرائض والواجبات **(وصوم العيدين وأيام التشريق حرام)** لقوله عليه السلام: "ألا لا تصوموا في هذه الأيام

⁵³¹ سورة البقرة، الآية: 185.

⁵³² سورة البقرة، الآية: 183.

⁵³³ الترمذي، "الجمعة" 80.

⁵³⁴ سورة البقرة، الآية: 185.

⁵³⁵ سورة البقرة، الآية: 185.

⁵³⁶ سورة الحج، الآية: 29.

فإنها أيام أكل وشرب وبعال"⁵³⁷ وعلى ذلك الإجماع (وصوم رمضان والنذر المعين يجوز بنية من الليل إلى نصف النهار) وفي أكثر النسخ وإلى نصف النهار فعلى هذا يكون معطوفاً على مقدر والتقدير يجوز بنية من الليل إلى طلوع الفجر وإلى نصف النهار والمراد بالنهار النهار الشرعي أعني اليوم وهو من طلوع الفجر إلى غروب الشمس لأنه لا بد من وجود النية في أكثر النهار ونصفه من وقت طلوع الفجر إلى وقت الضحوة الكبرى فيشترط النية قبلها ليتحقق في الأكثر فلو نوى عند الضحوة الكبرى لا يجوز صومه لأنه خلى أكثر اليوم عن النية ويفهم من عبارة القدوري أن يجوز وهو ليس بصحيح وقال الشافعي رحمه الله يشترط التبييت في الصوم الفرض لقوله عليه السلام: "لا صيام لمن لم ينع الصيام من الليل"⁵³⁸ ولأن أول أجزائه مفتقر إلى النية لأنه قرينة فإذا خلا عن النية بطل ذلك الجزء وبطل الثاني ضرورة أنه لا يتجزأ بخلاف النفل لأنه متجزئ عنده ولنا قوله تعالى وكلوا واشربوا إلى أن قال ثم أتموا الصيام إلى الليل فقد أباح الأكل إلى طلوع الفجر ثم أمر بالصيام بعده ثم للتراخي فيكون العزيمة بعد الفجر لا محالة وقوله عليه السلام بعد ما شهد الأعرابي برؤية الهلال: "ألا من أكل فلا يأكلن بقية يومه ومن لم يأكل فليصم"⁵³⁹ وما رواه محمود على نفي الكمال أو معناه لم ينو أنه صوم من الليل بل نوى أن يصوم من وقت النية فكلمة من مرتبطة بالصوم للقرب أو المراد منه النهي عن تقديم النية على الليل فإنه لو نوى قبل غروب الشمس أن يصوم غدا لا يصح وإنما يصح إذا نوى بعد غروب الشمس على أنه عامٌ خُصَّ منه النفل اتفاقاً والعام متى خص منه شيء صح تخصيصه بالقياس فنحمله على صوم القضاء والنذر الغير المعين ويختص هذا الصوم بالقياس وهو أن اقتران النية بجميع أجزاء اليوم ساقط بالإجماع لعدم إمكانه وإذا جاز لهذه العلة تقديم النية على الصوم مع انفصالها منه حقيقة واتصالها به تقديراً فجواز تأخيرها مع اتصالها بالصوم حقيقة يكون أولى واتصالها بأكثر اليوم أقيم مقام اتصالها بأكمله (وبمطلق النية) أي ويجوز صوم رمضان والنذر المعين بمطلق النية

⁵³⁷ الطبراني، المعجم الكبير، 11/185.

⁵³⁸ أبو داود، "الصيام" 71.

⁵³⁹ أخرجه النسائي بلفظ: جاء أعرابي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال رأيت الهلال فقال أتشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله

قال نعم فنأدى النبي صلى الله عليه وسلم أن صوموا. "الصيام" 8.

(ونية النفل) وقال الشافعي رحمه الله إن نوى النفل لم يكن صائماً وإن أطلق النية فله فيه قولان لأن بنية النفل معرض عن الفرض فلا يكون له الفرض ولنا أن هذا الوقت متعين لهذا الصوم فانتفيت شرعية غيره فيه فأجيب⁵⁴⁰ بمطلق الاسم كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه كما يصاب باسمه **(والنفل يجوز بنية من النهار)** لحديث عائشة رضي الله عنها قالت: "كان رسول الله عليه السلام إذا أصبح دخل على نسائه وقال: هل عندكن شيء فإن قلن: لا قال: "إني إذا لصائم"⁵⁴¹ **(ويجوز صوم رمضان بنية واجب آخر)** أي لو نوى في رمضان واجبا آخر كالقضاء والكفارة يقع عن رمضان وفي نذر المعين لو نوى واجبا آخر يقع عما نوى والفرق أن تعيين رمضان قوى لحصوله بتعيين الشارع فأبطل كل ما عداه وتعيين النذر ضعيف لحصوله من النادر فأبطل صلاحية اليوم المنذور لما له وهو النفل لا لما عليه وهو القضاء ونحوه كذا في شرح المجمع البحرين **(وباقى الصوم)** أي القضاء والكفارات والنذر المطلق **(لا يجوز إلا بنية معينة من الليل)** لأن الوقت يصلح له ولغيره فيحتاج إلى التعيين والتثبيت قطعاً للمزاحمة **(والمريض والمسافر في رمضان إن نوى واجبا آخر وقع عنه)** أي عن واجب آخر وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يقع عن رمضان لأن الرخصة لاحتمال تضرره وعجزه فإذا صام انتفي ذلك فصار كالصحيح المقيم وله أنه شغل الوقت بالأهم لتحتمله للحال وتخيره في صوم رمضان إلى إدراك العدة **(وإلا يقع عن رمضان)** أي وإن لم ينو المريض والمسافر واجبا آخر بل نوى عن النفل فإن فيه روايتين عن أبي حنيفة رحمه الله قال صاحب النظم:

"ولو نوى النفل عن الصدر الأجل" روايتان فاحفظوا بلا كسل "

في رواية يقع عن رمضان وهو مختار المصنف رحمه الله بناء على أن الفرض أهم من النفل للاحتياج إلى القضاء وفي رواية أخرى يقع عن النفل بناء على أن هذا الوقت في حقه كشعبان بدليل تخيره بين الأداء والترك وفي بعض النسخ ولا يقع موضع "وإلا يقع" وهذا ظاهر أي وقع عن واجب آخر ولا يقع عن رمضان وإنما وضع المسئلة في الواجب لأنه إذا نوى النفل يقع عن رمضان

⁵⁴⁰ هذا اللفظ يحتمل أن يكون (فأصيب) كما في شرح المختار لقره حصارى في كتاب الصوم

⁵⁴¹ مسلم، "الصيام" 170.

(وقت الصوم من طلوع الفجر الثاني إلى غروب الشمس) لقوله تعالى ﴿كلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر﴾⁵⁴² ثم أتموا الصيام إلى الليل فالخيط الأبيض هو أول ما يبدو من الفجر المعترض في الأفق كالخيط الممدود والخيط الأسود هو ما يمتد من سواد الليل شبها بخيطين أسود وأبيض لامتدادهما وقوله من الفجر بيان الخيط الأبيض من الفجر لا من غيره واكتفي به عن بيان الخيط الأسود لأن بيان أحدهما بيان للآخر كذا في المدارك **(وهو الإمساك عن الأكل والشرب والجماع)** أي الصوم هو الإمساك عن هذه المفطرات الثلاث في وقته وهو من طلوع الفجر الثاني إلى غروب الشمس على ما مر آنفا مع النية قد مر أن الصوم هو الإمساك لغة فزنا عليه النية ليقع قربة **(بشرط الطهارة عن الحيض والنفاس)** وإنما شرطت الطهارة عنهما ليتحقق الأداء في حق النساء لأنه أخرجها عن أهلية الأداء وقد مر بيانه في باب الحيض **(والنية أن يعلم بقلبه أنه يصوم)** وقد مر **(ويجب أن يلتزم الناس الهلال في التاسع والعشرين من شعبان وقت الغروب)** هو المأثور عنه عليه السلام وعن السلف رضي الله عنهم **(فإن رأوه صاموا وإن غم عليهم أكملوا)** ثلاثين يوما لقوله عليه السلام: "صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غم عليكم الهلال فأكملوا شعبان ثلاثين يوما"⁵⁴³ ولأن الأصل بقاء الشهر فلا ينقل عنه إلا بدليل ولم يوجد **(وإن كان بالسوء غيم أو غبار)** ونحوهما مما يمنع الرؤية **(قبل شهادة الواحد العدل الحر والعبد والمرأة في ذلك سواء)** لأنه أمر ديني فأشبهه رواية الأخبار ولهذا لا يختص بلفظ الشهادة وشرط العدالة لأن قول الفاسق في الديانات غير مقبول **(وإذا رد القاضي شهادته صام)** عملا برؤيته إذ هي سبب وجوب الصوم لقوله عليه السلام: "صوموا لرؤيته"⁵⁴⁴ **(فإن أفطر قضى)** لوجوب الأداء **(ولا كفارة)** عليه وقال الشافعي رحمه الله عليه الكفارة إن أفطر بالوقاع لأنه أفطر في رمضان حقيقة لتيقنه وحكما لوجوب الصوم عليه ولنا أن القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فأورث شبهة وكفارة الفطر عقوبة تسقط بالشبهات ولهذا لا تجب على المخطئ **(ولا يفطر إلا مع الناس)** أي ولا يفطر في آخر الشهر إلا مع الناس احتياطا ولو أفطر لا كفارة عليه عملا باعتقاده **(وإن لم يكن بالسوء علة لم يقبل إلا بشهادة جمع يقع العلم بخبرهم)** وقال الشافعي

⁵⁴² سورة البقرة، الآية: 187.

⁵⁴³ مسلم، "الصيام" 4.

⁵⁴⁴ تقدم تخريجه.

رحمه الله يقبل شهادة الواحد احتياطا للعبادة كما إذا كان بالسوء علة ولنا أن التفرد بدعوى رؤية الهلال في مثل هذه الحالة يوهم الغلط لدقة المرئي وبعد المسافة ومساواة الناس إياه في النظر والمنظر وحدة البصر فيتوقف فيه حتى يكون جمع كثير يقع العلم بخبرهم وهو مفوض إلى رأي الإمام من غير تقدير هو الصحيح وقيل حده أهل المحلة وقيل خمسون رجلا **(وفي رواية اثنين)** أي وفي رواية الحسن رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله يكتفي شهادة الاثنين بناء على أنه حجة تامة **(وإذا ثبت في البلد لزم جميع الناس)** ولا اعتبار باختلاف المطالع هكذا ذكرها قاضي خان رحمه الله وقال وهو ظاهر الرواية وعليه فتوى الفقيه أبي الليث رحمه الله حتى لو صام أهل مصر ثلاثين يوما وأهل مصر آخر تسعة وعشرين يوما برؤيته فعليهم قضاء يوم في ظاهر الرواية لا قضاء عليهم وإليه أشار المصنف رحمه الله بقوله **(وقيل يختلف باختلاف المطالع)** عن ابن عباس رضي الله عنه في مثله لهم ما لهم ولنا ما لنا **(ولا يصام يوم الشك)** وهو اليوم الآخر من شعبان المحتمل أن يكون رمضان **(إلا تطوعا)** لقوله عليه السلام: "لا يصام اليوم الذي يشك فيه أنه رمضان إلا تطوعا"⁵⁴⁵ والمسئلة ذات وجوه وحقها الكتب المبسوطة **(ويلتمس هلال شوال في التاسع والعشرين من رمضان)** لإمكان الرؤية **(فمن رآه وحده لا يفطر)** احتياطا وفي الصوم الاحتياط في الإيجاب فإن أفطر قضى ولا كفارة عليه لما بينا **(وإن كان بالسوء علة قبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين)** لأنه تعلق به نفع العبد فأشبهه سائر الحقوق **(وإن لم يكن بها علة فجمع كثير)** لما بينا وعن أبي حنيفة رحمه الله قبل شهادة رجلين كما في سائر الحقوق **(وذو الحجة كشوال)** لأنه تعلق به نفع العباد من الأصاحي وغيرها

فصل فيما يفسد الصوم وفيما لا يفسد

(ومن جامع أو جومع في أحد السبيلين) أي القبل أو الدبر مطلقا سواء أنزل أم لم ينزل حال كونه **(عامدا)** قيد به لأنه لو كان ناسيا لا شيء عليه على ما سيجيء **(أو أكل أو شرب غداء أو دواء)** قيد به لأنه لو أكل أو شرب ما لا يتغدى وما لا يتداوى به كالتراب ونحوه لا كفارة عليه وهذا إذا أكل أو شرب عامدا إذ لو كان ناسيا لا شيء عليه على ما سيجيء فلو أخر المصنف رحمه الله لفظة عامدا عن قوله أو أكل أو شرب ليكون متعلقا بالجماع والأكل

⁵⁴⁵ لم أجد بهذا اللفظ. أخرجه مسلم بلفظ: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله عليه السلام: لا تقدّموا رمضان بصوم يوم ولا يومين إلا رجل كان يصوم صوما فليصمه. "الصيام" 21.

والشرب لكان أصوب **(وهو صائم)** في أداء **(رمضان)** قيد به لأنه لا كفارة عليه في غيره **(فعليه القضاء والكفارة مثل المظاهر)** أما القضاء في الصور كلها فلتحصيل المصلحة الفاتئة إذ في صوم هذا اليوم مصلحة لأنه مأمور به والحكيم لا يأمر إلا بما فيه مصلحة وقد فوته فيقضيه لتحصيلها وأما الكفارة في الصور كلها فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة في الإفساد بالأكل والشرب لأنها شرعت في الوقاع بخلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة فلا يقاس عليه غيره ولنا أن الكفارة تعلقت بجناية الإفطار في رمضان على وجه الكمال وقد تحققت بالإفطار في الأكل والشرب فتجب الكفارة وفي إيجاب الأعناق⁵⁴⁶ تكفيرا عرف أن التوبة غير مكفرة لهذه الجناية هي مثل كفارة الظهار لقوله عليه السلام من أفطر في نهار رمضان فعليه ما على المظاهر⁵⁴⁷ ثم أنها كما تجب بالجماع على الرجل تجب على المرأة وإليه أشار بقوله أو جومع وقال الشافعي رحمه الله لا تجب على المرأة لأن الكفارة بالجماع وهو فعله وإنما هي محل الفعل ولنا قوله عليه السلام من أفطر في نهار رمضان⁵⁴⁸ الحديث وكلمة ما يتنظم الإناث أيضا ولأن السبب جنابة الإفطار لا نفس الوقاع وقد شاركتها فيها ولا يشترط الإنزال في السيلين اعتبارا بالاغتسال وهذا لأن قضاء الشهوة متحقق بدون الإنزال وإنما ذلك شبع **(وإن جامع فيما دون السيلين)** كالتفخيز والتبطين **(أو بهيمة)** أي جامع بهيمة **(أو قبل أو لمس فأنزل)** متعلق بالكل **(أو احتقن)** بفتح التاء أي صبَّ دواء مائعا في مؤخره **(أو استعط)** بفتح التاء أي أصب السعوط وهو الدواء في الأنف **(أو أقطر في أذنه)** دهنا قيدنا به لأنه لو أقطر في أذنه ماء لا قضاء عليه لأن الماء لا يصلح الدماغ بل يفسده **(أو داوى جائفة)** وهي اسم لجراحة وصلت إلى الجوف **(أو آمة)** وهي اسم لجراحة وصلت إلى الدماغ **(فوصل)** أي إلى جوفه ودماغه **(أو ابتلع الحديد أو استقاء)** أي تكلف في القيء حتى لو قاء لا قضاء عليه لما سيجيء وقيد بقوله **(ملأ فيه)** لأن فيما دونه لا قضاء عليه لأنه تتبع للريق وعند محمد وزفر رحمها الله عليه القضاء وإن لم يملأ الفم **(أو تسحر يظنه)** أي يظن وقت تسحره **(ليلا والفجر طالع)** وكذا إذا شك في الطلوع فأفطر وقد كان طالعا **(أو أفطر يظنه)** أي يظن وقت إفطاره

⁵⁴⁶ في الكتب الفقهية هذا اللفظ "الإعتاق"

⁵⁴⁷ الدارقطني، السنن، 2/ 411.

⁵⁴⁸ ابن ماجه، "الصيام" 14.

(ليلا والشمس طالعة) أي والشمس لم تغرب بعد **(فعليه القضاء)** في المسائل كلها **(لا غير)** أي لا كفارة عليه فيها أما القضاء في المسئلة الأولى فلوجود الجماع معنى وهو الإنزال بالمباشرة وأما عدم الكفارة فلانعدامه صورة وهو الإيلاج في الفرج وأما القضاء في الثانية فلقضاء إحدى الشهوتين وأنه ينافي الصوم وأما عدم الكفارة فلتتمكن النقصان في قضاء الشهوة وأما القضاء والكفارة في الثالثة والرابعة فلما قلنا في الأولى وأما القضاء في الخامسة والسادسة والسابعة فلقوله عليه السلام الفطر مما دخل⁵⁴⁹ وعدم الكفارة لانعدام الصورة وهو الابتلاع وأما الثامنة والتاسعة فalcضاء فيها قول أبي حنيفة رحمه الله لما ذكرنا أن الفطر مما دخل وقالوا رحمهما الله لا قضاء عليه لأن الفطر إنما يكون من المنافذ المعهودة وعدم الكفارة لما ذكرنا وأما العاشرة فalcضاء لوجود الصورة وعدم الكفارة لعدم المعنى وأما الحادية عشر فalcضاء لقوله عليه السلام من استقاء عمدا فعليه القضاء وعدم الكفارة لعدم الصورة وأما الثانية عشر والثالثة عشر فalcضاء لفوات الركن وهو الإمساك وعدم الكفارة لقيام العذر وهو عدم التعمد والكفارة على الجاني وفيه قال عمر رضي الله عنه ما تجانفنا لاثم قضاء يوم علينا يسير

(وإن أكل أو شرب) أي غداء أو دواء **(أو جامع ناسيا)** لصومه **(أو نام فاحتلم أو نظر إلى امرأة فأنزل أو ادهن أو اكتحل أو قبل أو اغتاب أو غلبه القيء أو أقطر في إحليله)** وهو مخرج البول من الذكر **(أو دخل حلقه غبار أو ذباب أو أصبح جنباً لم يفطر)** المسائل كلها أما الأكل والشرب والجماع ناسيا فالقياس أن يفطر وهو قول مالك رحمه الله لوجود المنافي وجه الاستحسان قوله عليه السلام: "للذي أكل وشرب ناسيا وهو صائم تمّ على صومك فإنما أطعمك الله وسقاك"⁵⁵⁰ وأما إذا نام فاحتلم فلقوله عليه السلام: "ثلاث لا يفطرن الصيام القيء والحجامة والاحتلام"⁵⁵¹ ولأنه لا صنع له في ذلك فكان أبلغ من الناسي وأما الإنزال بالنظر فكالاحتلام من حيث عدم المباشرة وأما الدهن فلعدم المنافي فإنه يستعمله ظاهر البدن كالاغتسال وأما الاكتحال فلما روي أبو رافع رضي الله عنه أنه عليه السلام دعا بمكحلة أثمد في نهار رمضان فاكتحل وهو صائم⁵⁵² ولأنه ليس بين العين والدماغ

⁵⁴⁹ ابن أبي شيبة، المصنف، 2 / 308.

⁵⁵⁰ ابن حبان، الصحيح، 8 / 288.

⁵⁵¹ الترمذي، "الصوم" 24.

⁵⁵² الطبراني، المعجم الكبير، 1 / 318.

منفذ والدمع يترشح كالعرق وأما القبلة فلما روت عائشة رضي الله عنها أنه عليه السلام كان يقبلها وهو صائم⁵⁵³ وأما الغيبة فلعدم وجود المفطر صورة ومعنى وأما غلبة القيء فلقوله عليه السلام: "من قاء فلا قضاء عليه"⁵⁵⁴ وأما الإفطار في الإحليل فمذهبهما رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يفطر بناء على أن بينه وبين الجوف منفذا بدليل خروج البول ولهما رحمهما الله أن المثانة بينهما حائل والبول يترشح إلى المثانة ثم يخرج وما يخرج على سبيل الترشح لا يدخل فيه كذلك فإنه لو سُدَّ رأس الكوز وأُلقي في الماء لا يدخل الماء فيه سبيل الترشح ولو مليء ماء يخرج مترشحا وهذا الاختلاف فيما إذا وصل إلى المثانة وأما إذا لم يصل بأن كان في قبضة الذكر بعد لا يفطر اتفاقا وأما دخول الغبار والذباب فلائنه لا يمكن الاحتراز عنه بخلاف المطر والثلج حيث يمكن الاحتراز عنه وأما في المسئلة الثالثة عشر فلما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه السلام كان يصبح جنباً وهو صائم⁵⁵⁵ ولأن الله تعالى أباح المباشرة جميع الليل بقوله الآن باشروهن ومن ضرورة وقوع الغسل بعد الصبح **(وإن ابتلع طعاماً بين أسنانه الحمصة أفطر وإلا فلا)** وقال زفر رحمه الله لا يفطر في الوجهين لأن الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد الصوم بالمضمضة ولنا أن القليل تابع لأسنانه بمنزلة ريقه بخلاف الكثير لأنه لا يبقى بين أسنانه والفاصل مقدار الحمصة **(ويكره للصائم مضغ العلك)** لما فيه من التعريض على الفساد ولأنه يتهم بالإفطار قال عليه السلام: "إياك وما سبق إلى القلوب إنكاره وإن كان عندك اعتذاره"⁵⁵⁶ **(والذوق)** أي ويكره الذوق لأنه لا يأمن أن يدخل إلى جوفه والصائمة تذوق طعاماً لتعرف طعمها هل يكره قال في الفتاوى لا يضرها ذلك وإن كان زوجها سيئ الخلق يضايقها بملوحة الطعام أو قلة ملحها فلتعمل وإن كان حسن الخلق متساهلاً فلتدعه وحكي عن إبراهيم النخعي أن أمه صنعت له مرقّة دُبّاء بلبن فقدمته إليه فجعل يأكل إذ جاءه مُسْتَفْتٍ فخرج إليه حتى وقع مثل هذا مراراً وبرد الطعام فجاءت الأم وحملت الطعام لتسخنه فذاقت منه فوجدته مُراً فقالت: "يا ولداه لم لم تخبرني بمرارته وكنت تأكل منه أكل مستطيب فقال: "يا أماه أكلت من يدك الطيب اللذيذ فلم أنشر شكر ذلك أفيحسن أن أظهر الكراهة بأكل طعام أصابته المرارة مرة قال: وكان إبراهيم النخعي رحمه الله يفتي

⁵⁵³ ابن ماجه، "الصيام" 19.

⁵⁵⁴ ابن ماجه، "الصيام" 16.

⁵⁵⁵ أبو داود، "الصوم" 37.

⁵⁵⁶ لم أجد في المصادر الصحيحة.

وهو ابن ستة عشر سنة والعصر عصر بقية التابعين وجاء مستفتٍ يوما وهو في المتوضى فقال أمه للمستفتي أمكث ساعة فإن ابني هذا كثير الاختلاف إلى المتوضى وهو الآن فيه وأنا أسأل الله تعالى أن يتوب عليه ويجعل خيرا من هذا فقال المستفتي في شهرٍ كم يختلف قالت في الشهر مرتين فتعجب المستفتي فقال أو كثير هذا فقالت نعم فإني ما اختلف إليه في الشهر إلا مرة كذا ذكره نجم الدين في فتاواه **(والقبلة)** لما روي أن شابا سأل رسول الله عليه السلام عن القبلة للصائم فمنعه وسأل شيخ فأذن له وقال شاب: إن دينه وديني واحد فقال: نعم ولكن الشيخ يملك نفسه ⁵⁵⁷ **(إن لم يأمن على نفسه)** من الجماع لأنه إذا لم يأمن على نفسه ربما يقع في الجماع فيفسد صومه

فصل

(ومن خاف المرض أو زيادته أفطر وقضى) الأصل فيه قوله تعالى: "فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة" ⁵⁵⁸ من أيام آخر" ⁵⁵⁹ معناه فأفطر فعدة من أيام آخر لأن المرض والسفر لا يوجبان القضاء وقال الشافعي لا يفطر هو يعتبر خوف الهلاك أو فوات العضو كما يعتبر في التيمم ونحن نقول أن زيادة المرض وامتداده قد يفضي إلى الهلاك فيجب الاحتراز عنه إذ المضي إلى الشيء له حكم ذلك الشيء ثم معرفة ازدياد المرض إما بغلبة ظنه أو بقول طبيب حاذق ولو برأ من المرض ولكنه ضعيف لا يفطر لأن المبيح هو ازدياد المرض وكذا لو خاف من المرض لا يفطر إذا عرفت هذا فاعلم أن في عبارة المصنف رحمه الله نظرا والعبارة الحسنة له أن يقول ومن خاف زيادة المرض إن صام أفطر وقضى هذا وأنت خير أنجنب لو خاف بالمرض إن اغتسله بالماء جاز له التيمم بالصعيد فلم لا يجوز الإفطار لمن خاف من المرض **(والمسافر صومه أفضل)** إذا لم يضره الصوم **(وإن أفطر جاز)** وقال الشافعي رحمه الله الفطر أفضل لقوله عليه السلام: "ليس من البر الصيام في السفر" ⁵⁶⁰ ولنا أن رمضان أفضل الوقتين فكان الأداء فيه أولى قال عليه السلام: "من فاته صوم يوم من رمضان لم يقضه صيام الدهر كله" ⁵⁶¹ أي من حيث الثواب

⁵⁵⁷ الموطأ بلفظ: عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار: أن عبد الله بن عباس سئل عن القبلة للصائم، فأرخص فيها للشيخ وكرهها للشباب. "كتاب الصيام" 19.

⁵⁵⁸ أي فعليه صيام عدد أيام فطر والعدة بمعنى المعداد أي آخر أن يصوم أياما معدودة مكانها.

⁵⁵⁹ سورة البقرة، الآية: 184.

⁵⁶⁰ البخاري، "الصوم" 36.

⁵⁶¹ الترمذي، "الصوم" 27.

وما رواه محمول على ما إذا كان يضعفه الصوم حتى يخاف عليه الهلاك **(وإن ماتا على حالهما لا شيء عليهما)** أي وإن مات المريض والمسافر وهما على حالهما يلزمهما القضاء لأنه تعالى أوجب عليهما صيام عدة من أيام آخر ولم يدركا ولأن المرض والسفر لما كان عذرا في إسقاط الأداء دفعا للحرَج فلأن يكون الموت عذرا في إسقاط القضاء أولى **(وإن صح)** المريض **(أو أقام)** المسافر ثم ماتا **(لزمهما القضاء بقدره)** أي بقدر الصحة والإقامة لوجود الإدراك بهذا المقدار وفائدة لزوم القضاء وجوب الوصية بالطعام ولهذا قال **(ويوصيان بالإطعام عنهما لكل يوم مسكينا كالفطرة)** نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير لأن طعام المسكين عهد في الشرع بهذا وإن لم يوصيا لا يجب على الورثة الإطعام لأنها عبادة فلا يؤدي إلا بأمره وإن فعلوا جاز ويكون له ثواب ذلك **(والحامل)** وهي التي لها حمل وهي بفتح الحاء الولد في البطن **(والمرضع)** في الصحاح يقال امرأة مرضع بلا تاء إذا كان لها ولد ترضعه فإن وصفته بإرضاع الولد قلت مرضعة والرضيع الذي يمص اللبن **(إذا خافتا على ولديهما أو أنفسهما أفطرتا)** دفعا للحرَج **(وقضتا)** استدراكا للمصلحة الفاتئة **(لا غير)** أي لا كفارة ولا فدية عليهما لأنه إفطار بعذر فقال الشافعي رحمه الله فيما إذا خافت على الولد تجب الفدية اعتبارا بالشيخ الفاني ولنا أن الفدية بخلاف القياس في الشيخ الفاني لأنها لا مماثلة بين الصوم والفدية لا صورة ولا معنى والفطر سبب الولد ليس في معناه حتى يلحق به دلالة لأنه عاجز بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه أصلا **(والشيخ الذي لا يقدر على الصوم)** وهو الشيخ الفاني سُمي به لقربه إلى الفناء أو لأنه فنيت قوّته **(ويفطر ويطعم)** لكل يوم مسكينا كما يطعم في الكفارات لأنه عاجز ولا يرجى له القضاء فانتقل فرضه إلى الإطعام كالميت وقد قيل في قوله تعالى ﴿وعلى الذين يطيقونه فدية﴾⁵⁶² أي "لا يطيقونه" فأضمر "لا" لقراءة حفص رحمه الله كذلك **(ومن جنّ الشهر كله فلا قضاء عليه)** لأنه لم يشهد الشهر وهو السبب لأنه غير مخاطب ولهذا يصير موليا عليه وقال مالك رحمه الله عليه القضاء اعتبارا بالإغماء ولنا أن المسقط هو الحرَج والإغماء لا يستوعب الشهر غالبا فلا حرَج والجنون يستوعبه فيتحقق الحرَج **(وإن أفاق)** المجنون بعضه **(قضى ما فاتته)** وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يقضي ما فاتته لأن الجنون إذا استوعب الشهر منع وجوب الكل فإذا استوعب البعض يمنع بقدره ولنا أن سبب الوجوب وجد في حقه قال الله تعالى ﴿

⁵⁶² سورة البقرة، الآية: 184 .

فمن شهد منكم الشهر فليصمه⁵⁶³ والمراد به بعض الشهر إذ لو كان السبب شهود جميع الشهر لوقع الصوم في شوال فإن قلت فلو كان السبب بعض الشهر لزم أن يجب البعض الذي شهدته وليس كذلك قلت ضمير فليصمه عائد إلى الشهر لقربه إلى البعض مع أنه غير مذكور **(وإن أغمي عليه رمضان كله قضاء)** لأنه نوع مرض يضعف القوي ولا يزيل الحجي ولهذا لا يصير موليا عليه فكان مخاطبا فيقضيه كالمريض ألا يرى أنه عليه السلام كان معصوما عن الجنون قال الله تعالى ﴿وما أنت بنعمة ربك بمجنون﴾⁵⁶⁴ وقد أغمي عليه في مرضه **(ويلزم صوم النفل بالشروع أداء وقضاء)** وقد مر وجهه في باب النوافل من كتاب الصلاة **(وإذا طهر الحائض أو قدم المسافر أو بلغ الصبي أو أسلم الكافر في بعض النهار)** من رمضان **(أمسك بقيته)** أي وجب عليه إمساك بقية يومه لئلا يتهم الناس والتحرز عن مواضع التهم واجب قال عليه السلام: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقفن مواقف التهم"⁵⁶⁵ وقال الشافعي رحمه الله لا يجب الإمساك لأن التشبه خلف فلا يجب إلا على من يتحقق الأصل في حقه ولنا أنه وجب قضاء لحق الوقت أصلا لا خلفا لأنه وقت معظّم **(وقضاء رمضان إن شاء تابع وإن شاء فَرَّق)** لإطلاق النص لكن المستحب المتابعة مسارعة إلى إسقاط الواجب **(فإن جاء رمضان آخر صامه)** أي صام الثاني لأنه وقته **(ثم قضى الأول)** لأن جميع السنة وقت القضاء إلا الأيام المنهية **(لا غير)** أي لا يجب عليه غير القضاء لأن النص لم يوجب شيئا آخر **(ومن نذر صوم يومي العيد)** بأن قال الله على صوم يوم الفطر أو الأضحى **(وأيام التشريق لزمه صومه)** وقال زفر والشافعي لا يلزمه صومه فهذا النذر صحيح عندنا خلافا لهما هما يقولان إنه نذر بما هو معصية لورود النهي عن صوم هذه الأيام ولنا أنه نذر بصوم مشروع والنهي لغيره وهو ترك إجابة دعوة الله تعالى فيصح نذره **(ويفطر)** احترازا عن المعصية المجاورة **(ويقضي)** إسقاطا للواجب **(وإن صامها أجزأه)** لأنه أدّاه كما التزمه

⁵⁶³ سورة البقرة، الآية: 185.

⁵⁶⁴ سورة القلم، الآية: 2.

⁵⁶⁵ ذكر العجلوني بلفظ: "اتقوا مواقع التهم" وقال ذكره في الإحياء. كشف الخفاء، 1/ 37.

باب الاعتكاف

وهو في اللغة الاحتباس قال الله تعالى ﴿سواء العاكف فيه والباد﴾⁵⁶⁶ وفي الشرع الاعتكاف عبارة عن الاحتباس

في مكان مخصوص بأوصاف مخصوصة على ما سيأتي إن شاء الله تعالى

(وهو سنة مؤكدة) لأنه عليه السلام كان يواظب عليه في العشر الأخير من رمضان منذ قدم المدينة إلى أن يتوفاه

الله تعالى وعن الزهري رضي الله عنه أنه عليه السلام ما ترك الاعتكاف حتى قبض⁵⁶⁷ وهو من أشرف الأعمال إذا

كان عن إخلاص ثم هو تفرغ القلب عن أمور الدنيا وتسليم النفس إلى المولى والتحصن بحصن حصين وملازمة

بيت رب كريم فهو كمن احتاج إلى عظيم فيلازمه حتى قضى مأربه فهو يلزم بيت ربه ليغفر له

(ولا يجوز أقل من يوم) وهذا في الواجب وهو المنذور باتفاق أصحابنا رضي الله عنهم لأن الصوم من شرطه فلا

صوم أقل من يوم فلا اعتكاف أقل من يوم وكذلك النفل عند أبي حنيفة رحمه الله لقوله عليه السلام: "لا اعتكاف

إلا بالصوم"⁵⁶⁸ وعن أبي يوسف رحمه الله يجوز أكثر النهار اعتبارا للأكثر بالكل وعن محمد رحمه الله ساعة لأن

مبنى النفل على المسامحة ألا يرى أنه يجوز التطوع قاعدا مع القدرة على القيام ولا كذلك الواجب

(وهو اللبث في مسجد جماعة مع الصوم والنية) أما اللبث فركنه لأنه ينبئ عنه وأما كونه في مسجد جماعة فلقوله

تعالى ﴿وأنتم عاكفون في المساجد﴾⁵⁶⁹ ولقول حذيفة رضي الله عنه: "لا اعتكاف إلا في مسجد جماعة"⁵⁷⁰ ولأن

المعتكف ينتظر الصلاة فيختص بمكان تؤدى فيه الصلاة بالجماعة وأما الصوم فهو شرطه عندنا خلافا للشافعي

رحمه الله هو يقول أن الصوم أحد أركان الدين والاعتكاف سنة والشرط تابع للمشروط فاستحال أن يكون

الصوم الأقوى تبعا للاعتكاف الأدنى ولنا قوله عليه السلام لا اعتكاف إلا بصوم⁵⁷¹ والمعقول في مقابلة النص

المنقول غير معقول وأما النية فلأنها شرط كل عبادة

⁵⁶⁶ سورة الحج، الآية: 25.

⁵⁶⁷ مسلم، "الاعتكاف" 5.

⁵⁶⁸ أبو داود، "الصوم" 80.

⁵⁶⁹ سورة البقرة، الآية: 187.

⁵⁷⁰ ابن أبي شيبة، 2 / 338.

⁵⁷¹ أبو داود، "الصوم" 80.

(والمرأة تعتكف في بيتها) لأنه موضع صلاتها فيتحقق انتظارها فيه ولو اعتكفت في مسجد جماعة جاز ويكره

(ولا يخرج) المعتكف من معتكفه **(إلا لحاجة الإنسان والجمعة)** أما الحاجة فلحديث عائشة رضي الله عنها كان النبي عليه السلام لا يخرج من معتكفه إلا لحاجة الإنسان⁵⁷² وهو البول والغائط وغسل الجنابة ولأنه لا بد من وقوعها ولا يمكن قضائها في المسجد فكان مستثنى ضرورة وأما الجمعة فلأنها من أهم الحوائج ولا بد من وقوعها **(فإذا خرج)** من معتكفه **(لغير عذر ساعة فسد)** اعتكافه عند أبي حنيفة رحمه الله لوجود المنافي وهو القياس وقالوا رحمهما الله لا يفسد حتى يكون أكثر من نصف يوم وهو الاستحسان لأن في القليل ضرورة وقوله أقبل وقولهما أوسع هذا كله في الاعتكاف الواجب بأن أوجب الاعتكاف على نفسه أما في الاعتكاف النفل وهو أن يشرع فيه من غير أن يوجبه على نفسه لا بأس بأن يخرج بعذر وبغير عذر في ظاهر الرواية

(ويكره له) أي للمعتكف **(الصمت)** إذا كان يعتقد قربة لأن صوم الصمت ليس بقربة في شريعتنا ولا يتكلم المعتكف في معتكفه **(إلا بخير)** لأن المتكلم بالشكر يكره لغير المعتكف فللمعتكف في المسجد أولى **(ويحرم عليها الوطء ودواعيه)** أي ويحرم على المعتكف الوطء ودواعي الوطء كاللمس والقبلة والمباشرة لقوله تعالى ولا تبشروهن وأنتم عاكفون في المساجد فالوطء محظور فيه قصدا بصريح النهي فالتحقت الدواعي إليه كما في الحج بخلاف الصوم لأن الإمساك ركنه لا محظوره فلا يتعدى إلى الدواعي **(وإن جامع ليلا أو نهارا عامدا أو ناسيا بطل)** اعتكافه لأن الليل محل الاعتكاف بخلاف الصوم وحال المعتكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان كالحج وكذا إذا أنزل بقبلة أو لمس لوجود معنى الجماع **(ومن أوجب على نفسه اعتكاف أيام لزمه)** اعتكافها **(بلياليها)** لأن ذكر الأيام على سبيل الجمع يتناول ما بإزائها من الليالي إلى يقال ما رأيتك مذ أيام والمراد بلياليها كما في قصة زكريا عليه السلام قال يقال ثلاثة أيام إلا رمزا وقال ثلاث ليال سويا ولولا ما قلنا لصار خلفا إذ القصة واحدة **(مبتابعة)** أي لزمه اعتكافها متتابعة وإن لم يشترط التتابع لأن الاعتكاف يصح ليلا ونهارا فكان الأصل فيه التتابع بخلاف الصوم إذا التزم أياما حيث لا يلزمه التتابع لأن الأصل فيه التفريق إذ الليل ليس محلا للصوم فلا يلزمه إلا أن يشترطه

⁵⁷² مسلم، "الحيض" 6.

(وإن نوى الأيام خاصة صدق) لأنه نوى حقيقة كلامه ويلزم بالشروع أي ويلزم الاعتكاف بالشروع عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما بناء على أنه لا يجوز إلا بالصوم فلا يجوز أقل من يوم وعندهما رحمه الله يجوز وقد بينا

كتاب الحج

اعلم أن الحج من أعظم أركان الدين خطرا وشأنا وأبينها حجة وبرهانا وهو في اللغة القصد قال يحجون سب⁵⁷³ الزبرقان المزعفرا وفي الشريعة عبارة عن القصد إلى البقاع الميمونة على الوجه المشروع ثم له سبب وهو البيت لأنه يضاف إليه ولهذا لا يتكرر لأن البيت لا يتكرر وركن وهو الطواف والوقوف بعرفة والإحرام وواجب وهو خمسة الوقوف بمزدلفة والسعي والرمي والحلق وطواف الصدر للآفاقي ومحظور في نفس المحرم كالجماع والحلق وقلم الأظفار والتطيب وتغطية الرأس والوجه ولبس المخيط وفي غيره كالتعريض للصيد وقطع الشجر ونحوه في الحرم وشرط وهو نوعان شرط الوجوب نحو الحرية والبلوغ والعقل والإسلام والاستطاعة وشرط الأداء نحو أمن الطريق في الأصح والمحرم أو الزوج في حق المرأة

(وهو فريضة العمر) أي الحج لا تجب في العمر إلا مرة واحدة أما أنه فرض فلقوله تعالى ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ عَلَيْهِ سَبِيلًا وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ﴾⁵⁷⁴ ففي هذه الآية أنواع من التأكيد والتشديد منها اللام وعلى أي أنه واجب لله في رقاب الناس ومنها الإبدال ففيه تشية للمراد وتكرير له ولأن الإيضاح بعد الإبهام والتفصيل بعد الإجمال إيراد له في صورتين مختلفتين ومنها قوله ومن كفر مكان ومن لم يحج تغليظا على تارك الحج ومنها ذكر الاستغناء وذلك دليل على المقت والسخط ومنها قوله عن العالمين وإن لم يقل عنه وما فيه من الدلالة عن الاستغناء عنه ببرهان لأنه إذا استغنى عن العالمين تناوله الاستغناء لا محالة ولأنه يدل على الاستغناء الكامل فكان أدل على عظم السخط الذي وقع عبارة عنه كذا في المدارك وأما أنه لا يجب إلا مرة فلأنه لما نزلت الآية قال أقرع بن حابس رضي الله عنه: يا رسول الله أفي كل عام أم مرة فقال: "بل مرة"⁵⁷⁵ ولأن سببه البيت وهو لا يتعدد فلا يتعدد الوجوب وعلى ذلك انعقد الإجماع

⁵⁷³ أراد بالسبب العمامة ههنا وكانت سادات العرب تصبغ العمامة بالزعفران

⁵⁷⁴ سورة آل عمران، الآية: 97.

⁵⁷⁵ ابن ماجه، "المناسك" 2.

(على كل مسلم) فلا يجب على الكافر لأنه ليس أهلاً لأداء العبادات **(حر)** فلا يجب على العبد لقوله عليه السلام: "أبيا عبد حج عشر حجج ثم أعتق فعليه حجة الإسلام"⁵⁷⁶ **(عاقل بالغ)** فلا يجب على الصبي والمجنون لأن العقل والبلوغ شرط صحة التكليف **(صحيح)** لأن العجز دون الصحة لازم والأعمى إذا وجد قائدا يقوده إلى الحج ووجد مؤونة القائد لا يجب عليه الحج عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما **(قادر على الزاد والراحلة ونفقة ذهابه وإيابه)** لأنه لا استطاعة دونها وسئل عليه السلام فقال: "الزاد والراحلة"⁵⁷⁷ **(والراحلة)** أن يكثر شق محارة أو رأس زاملة وإن أمكنه أن يكثر عتبة فلا شيء عليه لأنها إذا كانا يتعاقبان لم يوجد الراحلة في جميع السفر **(فاضلا عن حوائجه الأصلية)** أي حال كونه فاضلا عن المسكن وعملا لا بد منه كالخادم وأثاث البيت وثيابه لأن هذه الأشياء مشغولة بالحاجة الأصلية **(ونفقة عياله إلى حين يعود)** لأنها مستحقة لهم وحقوقهم مقدمة على حقوق الله تعالى لفقرهم وغناه **(ويكون الطريق أمنا)** لأنه لا يقدر على الوصول دونه ثم قيل سقط الحج في زماننا عن الرجال وقال الصفار لا أشك في سقوطه عن النساء وإنما أشك في السقوط عن الرجال لما يؤخذ من الأموال العظام من القافلة في الطرق فعلم أنه لا يتوصل إلا بالرشوة والطاعة متى صارت سببا للمعصية سقطت والإمام الكرخي رحمه الله وبعض فقهاءنا لم يرضوا به والمختار عدم السقوط لأن البداية والطريق ما خلت عن آفة ومانع ما وأنى يوجد رضى الله وزيادة الأماكن الشريفة بلا مخاطرة وقد قيل ما نيلت فضيلة قط إلا بتعب وما وصلت محبوبة إلا بنصب وكان نجار يبيع الخشب وكانت عنده قطعة أبُنُوس ملقاة تحت الخشب فاشترت منه فدخل النجار دار الملك بعد مدة فإذا هي قد جعلت في سرير الملك فقال سبحان الله لقد كنت لا أعبأ بها فكيف وصلت إلى ههنا فهتف هاتف لسان الحال كم صبرت هذه القطعة على ضرب الفؤوس ونشر المناشر حتى وصلت إلى هذا المكان

(ولا تحج المرأة إلا بزواج أو محرم) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لها الحج إذا خرجت في رفقة ومعها نساء تقات لحصول الأمن بالمرافقة ولنا قوله عليه السلام: "لا تُحْجَنَّ امرأة إلا ومعها زوج أو محرم"⁵⁷⁸ والمحرم كل من لا

⁵⁷⁶ البيهقي، السنن الكبرى، 7/ 390.

⁵⁷⁷ ابن ماجه، "المناسك" 6.

⁵⁷⁸ الدارقطني، السنن، 2/ 454.

يجل نكاحها على التأييد لقراءة أو رضاع أو صهرية **(إذا كان)** ما بينها وبين مكة **(سفرا)** قيد به لأنه يباح لها الخروج إلى ما دون السفر بغير المحرم **(ونفقة المحرم عليها)** لأنها لا يتوسل إلى الحج إلا به **(وتحج معه حجة الإسلام)** أي وتحج المرأة مع المحرم حج الفرض **(بغير إذن زوجها)** لأن حق الزوج لا يظهر في الفرائض كالصوم والصلاة والكلام فيه حتى لو كان تطوعاً له منعها والشافعي رحمه الله وإن قال للزوج منعها عن الحج الفرض إذا وجدت محرماً لأن في الخروج تفويت حقه إلا أنه محجوج بما ذكرنا **(ووقته)** أي وقت الحج **(شوال وذو القعدة وعشر ذي الحجة)** لقوله تعالى ﴿الحج أشهر معلومات﴾⁵⁷⁹ أي وقت الحج وفسروا كما ذكرنا وفائدة توقيت الحج بهذه الأشهر أن شيئاً من أفعال الحج لا يصح إلا فيها وكذا الإحرام لا يجوز عند الشافعي رحمه الله إلا فيها لأن الإحرام ركن عنده وعندنا وإن جاز تقديمه عليها لأنه شرط عندنا فأشبهه الطهارة في جواز التقديم على الوقت لكنه مكروه لما فيه من تعرض الإحرام للفساد بطول المدة وإلى هذا أشار بقوله **(ويكره تقديم الإحرام عليها ويجوز)** وقال مالك رحمه الله: "جميع ذي الحجة من أشهر الحج لظاهر قوله تعالى ﴿الحج أشهر معلومات﴾⁵⁸⁰ ومذهبنا مروى عن رسول الله عليه السلام وعن العبادلة الثلاثة⁵⁸¹ وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم وإنما جمعت الأشهر لبعض الثالث أو لأن اسم الحج يشترك فيه ما وراء الواحد بدليل قوله تعالى ﴿فقد صغت قلوبكما﴾⁵⁸² وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا لم يصم المتمتع ثلاثة أيام في الحج حتى أتى يوم النحر يجوز له أن يصومه ثلاثة أيام إلى آخر ذي الحجة عنده ولا يجوز عندنا **(والمواقيت)** جمع الميقات وهو الوقت المحدود فاستعير للمكان **(للعراقيين ذات عرق وللشاميين الجحفة وللمدنيين ذو الحليفة وللنجديين قرن)** بسكون الراء وفي الصحاح بتحريك الراء وفيه نظر **(وللميمنين يلملم)** ويقال الملم لأنه عليه السلام وقَّت هذه المواقيت وقال: "هن لأهلن ولمن مرَّ بهن من غير أهلن ممن أراد الحج أو العمرة" رواه ابن عباس رضي الله عنهما وفائدة التوقيت المنع عن تأخير الإحرام عنها لأنه يجوز التقديم عليها بالاتفاق **(ولا يجوز للأفاقي)** وهو من كان خارج المواقيت

⁵⁷⁹ سورة البقرة، الآية: 197.

⁵⁸⁰ سورة البقرة، الآية: 197.

⁵⁸¹ وهو عبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم

⁵⁸² سورة التحريم، الآية: 4.

(أن يجاوزها إلا محرماً أو أراد دخول مكة) يعني أن الآفاقي إذا انتهى إلى الميقات على قصد دخول مكة عليه أن يحرم قصد الحج أو العمرة أو التجارة أو لم يقصد فقوله عليه السلام: "لا يجاوز أحد الميقات إلا محرماً"³⁸³ ولأن وجوب الإحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه التاجر والمُعتمر وغيرهما وإنما وضع المسئلة في الآفاقي لأنه يجوز للمكي ولمن كان داخل الميقات أن يدخل مكة بلا إحرام إلا إذا قصد الحج أو العمرة وإنما قيد بقوله إذا أراد دخول مكة لأن الآفاقي إذا قصد موضعاً من الحل يجوز له أن يجاوز الميقات غير محرّم

(فإن جاوز بغير إحرام فعليه شاة) لأن الآفاقي كان ممنوعاً عن المجاوزة من الميقات بلا إحرام فإن جاوز لزمه دم جبراً لجنأيته **(فإن أحرم)** بعد ما جاوز عن ميقاته بغير إحرام **(بحجة أو عمرة ثم عاد إليه)** أي إلى الوقت وهو الميقات **(ملبياً)** حال **(أو عاد)** إلى الميقات **(فأحرم منه)** أي من الميقات **(سقط الدم)** عنه في الصورتين

أما في الصورة الأولى وهي كون التلبية مع العود شرطاً في سقوط الدم فمذهب أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله إذا رجع إليه يسقط لبيّ أو لم يُلبّ وقال زفر رحمه الله لا يسقط لبيّ أو لم يلبّ لأن جنأيته لم ترتفع بالعود وصار كما إذا أفاض من عرفات ثم عاد إليه بعد الغروب ولنا أنه تدارك المتروك في أوانه وذلك قبل الشروع في الأفعال فيسقط الدم بخلاف الإفاضة لأنه لم يتدارك إذ الواجب عليه استدامة الوقوف إلى الغروب وبالعود بعد الغروب لا يتحقق تلك الاستدامة غير أن التدارك عندهما بعوده محرماً لأن التلبية ليست بشرط في الابتداء حتى لو مر به محرماً ساكتاً جاز وعنده بعوده محرماً ملبياً لأن العزيمة في الإحرام من دويرة أهله فإذا ترخص بالتأخير إلى الميقات وجب عليه قضاء حقه بإنشاء التلبية فكان التلافي بعوده ملبياً وأما في الصورة الثانية فسقوط الدم بالاتفاق وهو الصحيح لأنه تلافي المتروك في وقته وذكر في المصنف والحقائق أن خلاف زفر رحمه الله فيما إذا أحرم داخل الميقات إذ لو لم يحرم وعاد إليه قبل دخول مكة وأنشأ الإحرام منه يسقط الدم اتفاقاً **(ولو عاد بعد ما استلم الحجر وشرع في الطواف لم يسقط)** الدم عنه بالاتفاق لأنه لا يمكنه التدارك بعد الشروع في أفعال الحج فتقررت الجنابة ولزم الدم عليه **(وإن قدم الإحرام عليها)** أي على المواقيت **(فهو أفضل)** لأن المشقة فيه أكثر لأن الأجر بقدر التعب للحديث وقال عليه السلام: "من أحرم من المسجد الأقصى إلى المسجد الحرام غفرت له ذنوبه ووجبت له

³⁸³ ابن أبي شيبة، المصنف، 3/ 394.

الجنة"⁵⁸⁴ وعن أبي حنيفة رحمه الله إنها يكون أفضل إذا ملك نفسه ألا يقع في محذور **(ومن كان داخل الميقات فميقاته الحل)** معناه الحل الذي بين الميقات وبين الحرم لأنه يجوز إحرامه من دويرة أهله وما وراء الميقات إلى الحرم مكان واحد **(ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي العمرة الحل)** لأنه عليه السلام أمر كذلك ولأن أداء الحج في عرفة وهي في الحل فيكفي الإحرام من الحرم ليتحقق نوع سفر وأداء العمرة في الحرم فيكون الإحرام من الحل لهذا **(وإذا أراد أن يحرم يستحب له أن يقلم أظافره ويقص شاربه ويحلق عانته)** هو المتوارث ولأنه أنظف للدرن فكان أحسن **(ثم يتوضأ أو يغتسل وهو أفضل)** لأنه عليه السلام اغتسل⁵⁸⁵ ولكون النظافة فيه أكمل ولو اكتفي بالوضوء جاز كما في الجمعة **(ويلبس إزارا ورداء جديدين أبيضين)** لأنه لا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك فيما عيناه والنبي عليه السلام اتزر وارْتدي عند إحرامه⁵⁸⁶ وقال عليه السلام: "خير ثيابكم البيض"⁵⁸⁷ **(وهو أفضل)** أي والجديد أفضل من الغسيل لأنه أقرب إلى الطهارة **(ولو لبس ثوبا واحدا يستر عورته جاز)** لحصول المقصود **(ويتطيب إن وجد)** لقول عائشة رضي الله عنها كنت أُطِيبُ رسول الله عليه السلام لإحرامه قبل أن يُحْرِمَ⁵⁸⁸ وقال محمد رحمه الله لا يتطيب بما يبقى عينه بعد الإحرام وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله لأنه كالمستعمل له بعد الإحرام والجواب عنه ما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت "فكأنني أنظر إلى وبيض الطيب في مفرق رسول الله عليه السلام بعد التلبية"⁵⁸⁹ والممنوع التطيب قصدا وهذا تابع لا حكم له فصار كما إذا حلق أو قلم أظافره ثم أحرم **(ويصلي ركعتين)** لأنه عليه السلام يصلي ركعتين بذى الحليفة عند إحرامه⁵⁹⁰ **(ويقول اللهم إني أريد الحج فيسره لي وتقبله مني)** لأن أدائها في أزمنة متفرقة وأماكن متباينة فلا يُعْرَى عن المشقة عادة فسأل التيسير وفي الصلاة لم يذكر مثل هذا الدعاء لأن مدتها يسيرة وأدائها عادة ميسر

⁵⁸⁴ أبو داود، "المناسك" 8.

⁵⁸⁵ الترمذي، "الحج" 16.

⁵⁸⁶ البخاري، "الحج" 23.

⁵⁸⁷ أبو داود، "الطب" 14.

⁵⁸⁸ الموطأ، "الحج" 17.

⁵⁸⁹ ابن ماجه، "المناسك" 18.

⁵⁹⁰ الموطأ، "الحج" 29.

(وإن نوى بقلبه أجزأه) لأن النية عمل القلب وقد وجد ولا اعتبار باللسان وكان القياس أن لا يتأذى الحج الفرض إلا بنية الفرض ليمتاز عن النفل كما في الصلاة إلا أنهم استحسنوا وجعلوا إطلاق النية فيه تعيينا بدلالة العرف إذ الظاهر من حال الإنسان ألا ينوي النفل وعليه حج فرض (ثم يقول لييك اللهم لييك لا شريك لك لييك إن الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك لييك) هكذا روى ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما تليته عليه السلام⁵⁹¹ ومعنى لييك أجبت لطاعتك إجابة بعد إجابة روي عن إبراهيم خليل صلوات الله عليه لما بنى البيت شرفه الله تعالى قال الله ﴿وَأَذِّنْ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالًا وَعَلَى كُلِّ ضَامِرٍ⁵⁹²﴾ أي ناقة هزال فصعد أبا قبيس فنادى: يا عباد الله حُجُّوا بيت الله وأجيبوا داعي الله فبلغ الله صوته إلى الناس في أصلاب آبائهم فأجابوا بقولهم لييك⁵⁹³ وكان ذلك أول تلبية فمنهم من أجاب مرة ومنهم من أجاب مرتين أو أكثر وعلى حسب جوابهم يحجون وأما قوله إن الحمد فروي بكسر الهمزة وفتحها لكن الكسرة أولى لأنه بفتحها يكون بناء على ما تقدم لكونه علة لهم فلا يكون فيه كثرة مدح مقصود وعلى تقدير كثرتها يكون للابتداء لا يقال بكثرتها يكون تعليلا أيضا كما جاء كذا في قوله عليه السلام أنها من الطوافين لأننا نقول استعملها في الابتداء أكثر (فإذا نوى ولبي فقد أحرم) أي صار محرما لأنه أتى بالتلبية والذكر فإن اقتصر على النية ولم يلب لا يصير شارعا في الإحرام خلافا للشافعي رحمه الله لأنه عقد على الأداء فلا بد من ذكر كما في تحريم الصلاة (فليتنق الرفث) أي "فليتنجب الجماع" وقيل الرفث ذكر الجماع في حضرة النساء لما روي أن ابن عباس رضي الله عنه أنشد في إحرامه شعرا:

"وهن يمشين بنا هميسا إن تصدق الطير نيك لميسا"

فقليل له أترفت وأنت محرم فقال إنما الرفث بحضرة النساء⁵⁹⁴

(والفسوق) أي المعاصي (والجدال) أي المخاصمة مع الرفيق والجَمال وغيرهما والأصل فيه قوله تعالى ﴿فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال﴾⁵⁹⁵ وإنما أمر باجتناب ذلك وهو واجب الاجتناب في كل حال

⁵⁹¹ مسلم، "الحج" 19.

⁵⁹² سورة الحج، الآية: 27.

⁵⁹³ الحاكم، المستدرک، 21/2.

⁵⁹⁴ البيهقي، السنن الكبرى، 7/144.

⁵⁹⁵ سورة البقرة، الآية: 197.

لأنه مع الحج أَسْمَحَ كلبس الحرير في الصلاة والتطريب في قراءة القرآن والمراد بالنفي وجوب انتفائها وإنها حقيقة بأن لا يكون كذا في المدارك **(ولا يلبس قميصا ولا سراويل ولا عمامة ولا قلنسوة ولا قباء ولا خفين)** لأنه عليه السلام نهى أن يلبس المحرم هذه الأشياء⁵⁹⁶ **(ولا يخلق شيئا من شعر رأسه وجسده)** لقوله تعالى ﴿ولا تخلقوا رؤوسكم﴾⁵⁹⁷ نهى عن خلق شعر الرأس بمعنى الارتفاق وهو حاصل في شعر البدن **(ثوبا معصفرا)** أي مصبوغا بعصفر **(ونحوه)** كالثوب المصبوغ بزغفران وورس وهو نبت أصفر طيب الرائحة لأنه طيب حتى لو كان غسिला بحيث لا تفوح رائحته يجوز للمحرم لبسه حينئذ لأن المنع لطيبه لا للونه **(ولا يُغَطِّي)** المحرم **(رأسه ولا وجهه)** وقال الشافعي رحمه الله يجوز للرجل تغطية الوجه لقوله عليه السلام: "إحرام الرجل في رأسه وإحرام المرأة في وجهها"⁵⁹⁸ ولو لم يجز للرجل تغطية الوجه لما خصص ذكر المرأة ولنا قوله عليه السلام: "لا تخمروا وجهه ولا رأسه فإنه يبعث يوم القيامة ملبيا" قاله عليه السلام في محرم تَوَفِّي⁵⁹⁹ ولأن تغطية الوجه إذا لم يجز للمرأة مع أن في كشفها فتنة فبالحري ألا يجوز للرجل والغرض مما رواه أن تغطية الرأس لا يجوز للرجل ويجوز للمرأة ولا يتطيب **(ولا يغسل رأسه ولا لحيته بالخطمي ولا يدهن)** لأن في ذلك كله إزالة الشعث وقضاء التفت قال عليه الصلاة والسلام: "الحاج الشعث التفل"⁶⁰⁰ الشعث بكسر العين البعيد العهد بالدهن والمشط وبفتحها المصدر والتفل بكسر الفاء نعت من التفل بفتحها وهو أن يترك حتى يوجد منه رائحة كريهة وامرأة تفل غير متطيبة والتفت الوسخ وقضاء التفت إزالته بقص الشارب والأظافر ونتف الإبط والاستحداد كذا في شرح الهداية **(ولا يقتل صيد البر)** لقوله تعالى ﴿ولا تقتلوا الصيد وأنتم حرم﴾⁶⁰¹ ولقوله تعالى ﴿وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما﴾⁶⁰² وقيد بالبر لأن صيد البحر حلال للمحرم سواء كان مأكولا أو غير مأكول لقوله تعالى وأحل لكم صيد البحر **(ولا يشير إليه)** أي ولا يشير المحرم إلى الصيد الحاضر بيده **(ولا يدل عليه)** أي على الصيد

⁵⁹⁶ مسلم، "الحج" 1.

⁵⁹⁷ سورة البقرة، الآية: 196.

⁵⁹⁸ الدارقطني، السنن، "الحج" 2/554.

⁵⁹⁹ الطبراني، المعجم الكبير، 12/64.

⁶⁰⁰ ابن ماجه، "المناسك" 6.

⁶⁰¹ سورة المائدة، الآية: 1.

⁶⁰² سورة المائدة، الآية: 96.

الغائب بقوله: "هو في مكان" كذا المروي أن أبا قتادة أصاب حمار وحش وهو حلال وأصابه محرمون فسألوا رسول الله عليه السلام عن أكله فقال: "هل أشرتم هل دلتهم" قالوا: لا فقال عليه السلام: "فكلوا إذاً"⁶⁰³ ولأن الإشارة والدلالة في معنى القتل لما فيه من إزالة الأمن عن الصيد فيتناوله النص كالردء والمعين في قتل بني آدم **(ولا القمل)** لأنه إزالة الشعث **(ويجوز قتل البراغيث والبق والذباب)** لأنها ليست بصيود ولا متولدة من البدن ثم هي مؤذية بطبعها **(والحية والعقرب والفأرة والذئب والغراب والحدأة)** لقوله عليه السلام: "خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحدأة والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور"⁶⁰⁴ وفي بعض الروايات زاد الغراب وذكر في رواية الذئب قالوا وهو المراد بالكلب العقور وهو في معناه والمراد بالغراب الأبقع الذي يأكل الجيف ويقع على دبر الدواب فيفسده وعادته الاختطاف **(وسائر السباع)** أي ويجوز للمحرم أن يقتل جميع السباع **(إذا صالت)** أي حملت **(عليه)** لأنه لما أذن الشرع في قتل الخمس الفواسق لاحتمال الأذى فلأن يأذن في قتل ما تحقق منه الأذى كان أولى **(ولا يكسر بيض الصيد)** لأنه أصل الصيد وله عرضية أن يصير صيدا فينزل منزلة الصيد احتياطا ما لم يفسد **(ولا يقطع شجر الحرم)** لقوله عليه السلام: "لا يختلى"⁶⁰⁵ خلاها ولا يعضد شوكةا"⁶⁰⁶ ولأنه محظور على الحلال فعلى المحرم أولى **(ويجوز له)** أي للمحرم **(صيد السمك)** لقوله تعالى ﴿وأحل لكم صيد البحر﴾⁶⁰⁷ وقد مر **(وزبح الإبل والبقر والغنم والدجاجة والبط الأهلي)** لأن هذه الأشياء ليست بصيود لعدم التوحش **(ويجوز له أن يغتسل ويدخل الحمام)** لأنه يحتاج إلى الاغتسال للجنابة وغيرها وقد اغتسل عمر رضي الله عنه وهو محرم **(ويستظل بالمحمل)** بفتح الميم الأول وكسر الثاني وعلى العكس الهودج الكبير **(والفسطاط)** وهو الخيمة الكبيرة وقال مالك رحمه الله يكره أن يستظل بالفسطاط وما يشبه ذلك لأنه يشبه تغطية الراس ولنا أن عثمان رضي الله عنه كان يضرب له فسطاط في إحرامه⁶⁰⁸ ولأنه لا يمس بدنه فأشبه البيت **(ويشد في وسطه)**

⁶⁰³ مسلم، "الحج" 56-60.

⁶⁰⁴ مسلم، "الحج" 67.

⁶⁰⁵ يقال اختلاه إذا قطعه

⁶⁰⁶ النسائي "مناسك الحج" 110.

⁶⁰⁷ سورة المائدة، الآية: 96.

⁶⁰⁸ ابن أبي شيبة، المصنف، 3/ 287.

الهميان) وهو بكسر الهاء ما يوضع فيه الدراهم مطلقا سواء كان فيه نفقة نفسه ونفقة غيره وقال مالك رحمه الله يكره إذا كان فيه نفقة غيره لأن فيه تشبيه اللبس إلا أن في نفقته ضرورة فلم يكره ولا ضرورة في نفقة غيره ولنا هذا كاشتغال الإزار وليس بلبس فلا يكره ويقال عدوه لأن فيه دفع الشر عن نفسه وهو واجب

(ويكثر من التلبية عقيب الصلوات وكلما علا شرفا) بفتحين أي وكلما صعد مكانا مرتفعًا وقيل شرفا بضم الشين جمع شرفة وهي أعلى القصر وأراد هنا المكان المرتفع **(وهبط واديا أو لقي ركبا)** جمع راكب **(وبالأسحار)** عطف على قوله عقيب الصلوات لأن أصحاب رسول الله عليه السلام ورضي الله عنهم كانوا يلبّون في هذه الأحوال والتلبية في الإحرام على مثال التكبير في الصلاة فيؤتى بها عند الانتقال من حال إلى حال

فصل في صفة أفعال الحج

(وإذا دخل مكة ابتداءً بالمسجد الحرام) لأنه عليه السلام كلما دخل مكة دخل المسجد⁶⁰⁹ ولأن المقصود زيارة البيت وهو فيه فيدخل من باب بني شيبه اقتداءً بفعله عليه السلام **(فإذا عاين الكعبة كبر)** أي يقول الله أكبر **(وهلل)** أي يقول لا إله إلا الله وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول: "إذا لقي البيت بسم الله والله أكبر"⁶¹⁰ اعلم أن المشايخ والعلماء رحمهم الله عَيَّنوا لمشاهد الحج دعوات حتى صَنَّفُوا فيها كتباً فصنّف صاحب الهداية كتاباً سماه كتاب عدّة الناسك في عدة من المناسك والشيخ الكرمانى رحمه الله صنّف في هذا الباب أجمع كتاباً وسماه كتاب الإيضاح هذا ولكن الأستاذ المطلق في العلوم العقلية ورئيس الحذقة في العلوم النقلية وأول مستنبطي القواعد الفقهية وبدى واضعي القوانين العلمية أعني محمد بن الحسن رضي الله عنه ما إن مدحت محمداً بمقالاتي لكن مدحت مقالتي بمحمد لم يعين رحمه الله شيئاً من الدعوات لمشاهد الحج إذا قالت حذام فصدقوها فإن القول ما قالت حذام وذلك لأن التعيين يذهب بدقة القلب فإن تبرك بالمنقول منها فحسن

(وابتداءً بالحجر) الأسود **(فاستقبله وكبر ورفع يديه)** حذاء منكبيه **(كالصلاة)** أي كما يرفع يديه فيها ولكن يجعل باطن كفيه إلى الحجر لا إلى السماء لما روي أنه عليه السلام دخل المسجد فابتداءً بالحجر فاستقبله وكبر وهلل وقال:

⁶⁰⁹ الترمذي، "الحج" 33.

⁶¹⁰ أحمد بن حنبل، 2/ 14.

"لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن"⁶¹¹ وعدَّ منها استلام الحجر (ويقبل إن استطاع من غير أن يؤذي مسلماً أو يستلمه) إن لم يقدر أن يقبله والاستلام أن يلمسه بكفه أو يلمسه شيئاً بيده ثم يقبله كذا في شرح المصنف رحمه الله (أو يشير إليه) إن لم يقدر على الاستلام لما روي أن رسول الله عليه السلام قبَّل الحجر ووضع شفّتيه عليه وقال لعمر: "إنك رجل أيدٌ تؤذي الضعيف فلا تراحم الناس على الحجر ولكن إن وجدت فرجة فاستلمه وإلا فاستقبله وهلل وكبر"⁶¹² ولأن التحرز عن أذى المسلم واجب والتقبيل والاستلام سنة والإتيان بالواجب أولى وروي أنه عليه السلام طاف على راحلته واستلم الأركان بمحجنه⁶¹³ (ثم يطوف طواف القدوم) ويسمى طواف التحية وطواف اللقاء وطواف أول العهد فله أربعة آسام (وهو سنة للأفاقي) لا للمكي وليس بواجب خلافاً لما لك رحمه الله وهو وأن يتمسك بقوله عليه السلام: "من أتى البيت فليحيه بالطواف"⁶¹⁴ ولكن لفظة التحية ينافي الوجوب لأن التحية اسم لإحسان يبتدأ الإنسان متطوعاً كالسلام فإنه سنة لا واجب فكذا الطواف فإن قلت الأمر في قوله تعالى ﴿فإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها﴾⁶¹⁵ وارد بلفظ التحية مع أن رد السلام واجب قلت المأمور به أحسن التحية وهو ليس بواجب ولأن لفظة التحية هنا مذكورة على طريق المشاكلة فلا يدل على عدم الوجوب (فيبدأ من الحجر إلى جهة باب الكعبة فيطوف سبعة أشواط وراء الحطيم) هو اسم لموضع فيه الميزاب سمي به لأنه حُطم من البيت أي كسر وسمي حجراً لأنه حُجر منه أي منع وهو من البيت لقوله عليه السلام: "الحطيم من البيت"⁶¹⁶ فالطواف يجب أن يكون وراءه حتى لو دخل الفرجة التي بينه وبين البيت لا يجوز فإن قلت فلم لم يجز الصلاة باستقباله وحده قلت لأن فرضية الاستقبال تثبت بنص الكتاب ولم يكتف فيه لما ثبت بالخبر أخذاً بالاحتياط (يرمل في الثلاث الأولى) من الأشواط من الحجر إلى الحجر هو المنقول من رمل رسول الله عليه السلام⁶¹⁷ (ثم يمشي على هينته) بكسر الهاء أي سكينته هكذا نقل عنه عليه السلام والرمل أن يهزَّ في مشيه

⁶¹¹ مسلم، "الحج" 147؛ ابن أبي شيبة، المصنف، 421 / 3.

⁶¹² أحمد بن حنبل، 28 / 1.

⁶¹³ ابن ماجه، "المناسك" 28.

⁶¹⁴ قال الزيلعي: غريب جداً. نصب الراية: 3 / 56.

⁶¹⁵ سورة النساء، الآية: 86.

⁶¹⁶ أبو داود، "المناسك" 93.

⁶¹⁷ أحمد بن حنبل، 14 / 2.

الكتفين كالمبارز المتبخر بين الصنفين وسببه إظهار الجلادة للمشرّكين حيث قالوا للصحابّة أوهنتهم حمى يشرب ثم زال السبب وبقي الحكم إلى يومنا هذا **(ويستلم الحجر كلما مر به)** إن استطاع لأن أشواط الطواف ركعات الصلاة فكما يفتح كل ركعة بالتكبير يفتح كل شوط باستلام الحجر وقيدنا بقولنا إن استطاع لأنه لو لم يستطع استقبل وكبر وهلل على ما ذكرنا **(ويختتم الطواف بالاستلام)** أي باستلام الحجر لأنه عليه السلام فعل كذا **(ثم يصلي ركعتين في مقام إبراهيم عليه السلام)** المقام بفتح الميم موضع القيام وهو الحجر الذي فيه أثر قدميه عليه السلام وأما بالضم فموضع الإقامة **(أو حيث تيسر له)** من المسجد وهو واجب عندنا وقال الشافعي رحمه الله سنة لانعدام دليل الوجوب ولنا قوله عليه السلام: "وليصّل الطائفُ لكل أسبوع ركعتين"⁶¹⁸ ثم تلا قوله تعالى ﴿واخذوا من مقام إبراهيم مصلًى﴾⁶¹⁹ **(ثم يستلم الحجر)** لأنه عليه السلام استلمه بعد الركعتين⁶²⁰ ويخرج إلى الصفا من أي باب شاء والأولى أن يخرج من باب بني مخزوم اتباعاً للنبي عليه السلام⁶²¹ **(فيصعد عليه)** قدر ما عاين البيت لأنه هو المقصود من الصعود **(ويستقبل البيت ويكبر ويرفع يديه ويهلل ويصلي على النبي عليه السلام ويدعو لحاجته)** هكذا فعل رسول الله عليه السلام⁶²² ولأن الثناء والصلاة يقدم على الدعاء تقريباً إلى الإجابة كما غيره من الدعوات والرفع سنة الدعاء **(ثم ينحط)** أي ينزل من الصفا **(نحو المروة)** أي قاصداً جهتها **(على هينته فإذا بلغ الميل الأخضر سعى)** أي هرول **(حتى يجاوز الميل الآخر)** يقال للإعلام المبنية في طرق مكة أميال والميل هنا شيء منحوت من نفس جدار المسجد الحرام علامة لموضع الهرولة في ممر بطن الوادي من الصفا والمروة ولم يبق اليوم بطن الوادي لأن السيول كبسته وقولهم الميلان الأخضران على طريق التغليب لأن أحد الميلين أخضر والآخر أحمر **(ثم يمشي إلى المروة فيفعل كالصفا)** أي يفعل في المروة كما فعل على الصفا من الصعود واستقبال القبلة والتكبير والصلاة على النبي عليه السلام وغيرها هو المنقول عن رسول الله عليه السلام⁶²³

⁶¹⁸ عبد الرزاق، المصنف، 5/ 60.

⁶¹⁹ سورة البقرة، الآية: 125.

⁶²⁰ أحمد بن حنبل، 2/ 14.

⁶²¹ البيهقي، السنن الكبرى، / 157.

⁶²² مسلم، "الحج" 147.

⁶²³ تقدم تخريجه.

(وهذا شوط) يعني ذهابه من الصفا إلى المروة شوط وفيه نفى لقول الطحاوي رحمه الله من أن الشوط الواحد هو الذهاب من الصفا إلى المروة مع رجوعه إلى الصفا وهو غير صحيح لأن رواية نسكه عليه السلام اتفقوا على أنه طاف بينهما سبعة أشواط وعلى ما قاله الطحاوي رحمه الله يصير أربعة عشر شوطا **(يطوف سبعة أشواط يبدأ بالصفا ويختم بالمروة)** أي يبدأ الشوط الأول من الصفا ويختم الشوط السابع بالمروة ويسعى في كل شوط بين الميادين وإنما يبدأ بالصفا لقوله عليه السلام: "ابدؤوا بما بدأ الله" ⁶²⁴ ثم السعي من الصفا والمروة واجب وقال الشافعي رحمه الله ركن لقوله عليه السلام إن الله تعالى كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا أنه خبر واحد فلا يوجب الركنية وقوله تعالى ﴿فلا جناح⁶²⁵ عليه أن يطوف بهما﴾ ⁶²⁶ ينفي الركنية لأنه يستعمل في مباح يسع تركه كقوله تعالى ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء﴾ ⁶²⁷ وأول الآية وهو قوله تعالى ﴿إن الصفا والمروة من شعائر الله﴾ ⁶²⁸ يقتضي أن يكون السعي بينهما علما من أعلام الدين وذا بالركنية فجعلناه بين الركن والمباح وهو الواجب وقوله عليه السلام: "كتب" لا يقتضي الفرضية كما في قوله تعالى ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت﴾ ⁶²⁹ الآية قال العلامة النسفي رحمه الله في تفسير المسمى بمدارك التنزيل وحقائق التأويل: وكان على الصفا أساف وعلى المروة نائلة وهما صنمان يروى أنهما كانا رجلا وامرأة زنيا في الكعبة نُسِخا حجرتين فوضعا عليهما علمهما ليعتبر بهما فلما طالت المدة عُبد من دون الله وكان أهل الجاهلية إذا سعوا مسحوهما فلما جاء الإسلام وكُسرت الأوثان كره المسلمون الطواف بينهما لأجل فعل الجاهلية فرفع الجناح بقوله ﴿فلا جناح﴾ ⁶³⁰ وهو دليل على أنه ليس بركن كما قال مالك والشافعي رحمهما الله **(ثم يقيم بمكة حراما)** أي يمكث بمكة محرما لأنه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الإتيان بأفعاله **(يطوف بالبيت ما شاء)** لأنه يشبه الصلاة قال عليه السلام: "الطواف بالبيت صلاة والصلاة خير

⁶²⁴ البيهقي، السنن الكبرى، 1/ 137.

⁶²⁵ أي فلا إثم عليه أن يطوف بهما فأدغم التاء في الطاء وأصل الطواف المشي حول الشيء والمراد هنا السعي بين الصفا والمروة

⁶²⁶ سورة البقرة، الآية: 158.

⁶²⁷ سورة البقرة، الآية: 236.

⁶²⁸ سورة البقرة، الآية: 158.

⁶²⁹ سورة البقرة، الآية: 180.

⁶³⁰ سورة البقرة، الآية: 158.

موضوع"⁶³¹ فكذا الطواف **(ثم يخرج غداة التروية)** وهو ثامن ذي الحجة روي أن إبراهيم عليه السلام رأى ليلة التروية قائلاً يقول له إن الله يأمرك بذبح ابنك فلما أصبح روى أنه من الله أم لا ثم رأى مثله في الليلة الثانية فعرف أنه من الله ثم رأى مثله في الليلة الثالثة فهم بنحره سميت الأيام الثلاثة بالتروية وعرفة والنحر **(إلى منى)** فينزل بقرب مسجد الحيف **(فبييت بها حتى يصلي الفجر يوم عرفة)** هكذا فعل رسول الله عليه السلام⁶³² **(ثم يتوجه إلى عرفات)** اقتداء بفعله عليه السلام⁶³³ ولأنه يحتاج إلى أداء فرض الوقوف في هذا اليوم **(فإذا زالت الشمس)** من يوم عرفة **(توضاً أو اغتسل)** لأنه يوم جمع فندب فيه الاغتسال وقيل إنه سنة كما في الجمعة والعديد **(فإن صلى مع الإمام)** الأكبر وهو السلطان **(صلى الظهر والعصر بأذان وإقامتين في وقت الظهر)** لورود النقل المستفيض عن النبي عليه السلام بالجمع بينهما وفيما روى جابر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام صلى بأذان وإقامتين⁶³⁴ وقيد بقوله مع الإمام لأنه لو صلى منفرداً صلى كل واحد منهما بأذان وإقامة في وقتها وهو قوله **(فإن صلى وحده صلى كل واحدة في وقتها)** وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يجمع بينهما المنفرد لأن جواز الجمع للحاجة إلى امتداد الوقوف والمنفرد يحتاج إليه ولأبي حنيفة رحمه الله أن المحافظة على الوقت فرض بالنصوص فلا يجوز تركه إلا فيما ورد به الشرع وهو الجمع بالجماعة مع الإمام **(ثم يقف راكباً رافعا يديه بسطاً)** هكذا فعل رسول الله عليه السلام⁶³⁵ **(يحمد الله تعالى ويثنى عليه ويصلي على النبي عليه السلام ويسأل حوائجه)** لأن الثناء والصلاة يقدمان على الدعاء تقريباً إلى الإجابة كما في غيره من الدعوات والنبي عليه السلام وقف في هذا الموقف يدعو حتى روي أنه استجيب له دعائه لأتمته إلا في الدماء والمظالم⁶³⁶ **(وعرفات كلها موقف إلا بطن عرنة)** وهو وادي في عرفة لقوله عليه السلام: "عرفات كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة"⁶³⁷ والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر **(ووقت**

⁶³¹النسائي، "مناسك الحج" 136.

⁶³²البيهقي، شعب الإيمان، 3/ 463-464.

⁶³³الترمذي، "الحج" 50.

⁶³⁴النسائي، "المناسك" 136.

⁶³⁵البيهقي، السنن الكبرى، 7/ 254.

⁶³⁶ابن ماجه، "المناسك" 56.

⁶³⁷ابن ماجه، "المناسك" 55.

الوقوف من زوال الشمس إلى طلوع الفجر الثاني من الغد لما روي أنه عليه السلام وقف بعد الزوال⁶³⁸ وهذا بيان أول الوقت فعلا وقال عليه السلام: "ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج"⁶³⁹ وهو بيان آخر الوقت قولاً ولذا قال رحمه الله **(فمن فاته الوقوف فيه) أي في وقت الوقوف (فقد فاته الحج فيطوف ويسعى ويتحلل ويقضي الحج)** كذا في الحديث⁶⁴⁰ **(وإذا غربت الشمس أفاض مع الإمام)** أي أفاض الحاج من عرفة مع الإمام متوجهين **(إلى المزدلفة)** لأن النبي عليه السلام دفع بعد غروب الشمس⁶⁴¹ ولأن فيه إظهار مخالفة المشركين فإنهم يدفعون منها قبل الغروب ثم أنها سميت بالمزدلفة بفعل أهلها لأن الحجاج فيها يزدفون إلى الله تعالى ويتقربون وقيل لأن آدم عليه السلام ازدلف إلى حواء رضي الله عنها⁶⁴² أي دنا منها **(ويأخذ الجمار)** جمع الجمرة وهي الحصاة **(من الطريق سبعين حصاة كالباقلاء)** ويغسلها بالماء هكذا روي ولو كانت أكبر من الباقلاء جاز ولكن لا ينبغي أن يكون كباراً من الأحجار وقوله من الطريق بيان الأولى فيأخذها من أي موضع شاء إلا أنه لا يأخذها من عند الجمرة فإن ذلك يكره لأن ما عندها من الحصى مردود هكذا جاء في الأثر فيتشائم به ومع هذا لو فعل أجزأ ولهذه المسئلة تفاريع وتفاصيل في الهداية فعليك بمطالعتها قلت هذه المسئلة ليست بموضعها فالأنسب أن تذكر بعد قوله ثم يتوجه إلى منى قبل طلوع الشمس وقبل قوله فيبدأ بجمرة العقبة **(ولا يصلي المغرب حتى يأتي المزدلفة فيصلبها مع العشاء بأذان وإقامة)** أما تأخير المغرب فلحديث أسامة بن زيد رضي الله عنه قال: كنت رديف رسول الله عليه السلام من عرفات إلى المزدلفة فنزل بالشعب فقضى حاجته ولم يسبغ الوضوء فقلت يا رسول الله الصلاة فقال: الصلاة أمامك⁶⁴³ أي وقت الصلاة وأما الجمع بينهما بأذان وإقامة فمذهبنا وقال زفر رحمه الله بأذان وإقامتين اعتباراً بالجمع بعرفة ولنا ما رواه جابر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام جمع بينهما بأذان وإقامة⁶⁴⁴ ولأن العشاء في وقتها فلا حاجة إلى الإعلام به بخلاف العصر يوم عرفة **(ويبيت بها)** أي بالمزدلفة لأنه عليه السلام بات بها

⁶³⁸ أبو داود، "المناسك" 59.

⁶³⁹ الموطأ، "الحج" 169-170.

⁶⁴⁰ الدارقطني، السنن، 2/ 479.

⁶⁴¹ البيهقي، السنن الكبرى، 7/ 274.

⁶⁴² ابن جرير الطبري، تاريخ الطبري، 1/ 85.

⁶⁴³ الطبراني، المعجم الأوسط، 8/ 129.

⁶⁴⁴ أبو داود، "المناسك" 56.

(ثم يصلي الفجر بغلس) كذا روى ابن مسعود رضي الله عنه عن النبي عليه السلام⁶⁴⁵ والغلس ظلمة آخر الليل لكن المراد هنا الظلمة الباقية من ظلمات الليل بعد طلوع الفجر **(ثم يقف بالمشعر الحرام)** وهو جبل بمزدلفة واسمه قُزَحْ بضم القاف وفتح الزاء المعجمة وبالحاء المهملة وعليه الميمنة⁶⁴⁶ كان أهل الجاهلية يوقدون عليه النار وقيل أنها كانون (أي موقد) آدم عليه السلام وهو غير منصرف للعلمية والعدل من قازح ويقف بالمشعر الحرام ويدعو ويجهد في الدعاء لأنه عليه السلام وقف عند المشعر الحرام يدعو حتى روي في حديث بن عباس رضي الله عنه انه استجيب له دعائه لأتمته حتى الدماء والمظالم⁶⁴⁷ ثم هذا الوقوف واجب عندنا وقال الشافعي رحمه الله ركن لقوله تعالى ﴿فاذكروا الله عند المشعر الحرام﴾⁶⁴⁸ وبمثله تثبت الركنية ولنا أنه عليه السلام قدم ضعفة أهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل ذلك والوجوب يثبت بقوله عليه السلام: "من وقف معنا هذا الموقف وقد كان أفاض قبل ذلك من عرفات فقد تم حجه"⁶⁴⁹ وهذا أمانة الوجوب غير أنه إذا تركه بعذر كالضعف والعلة لا شيء عليه لما رويناه والمذكور في الآية هو الذكر وأنه ليس بركن فما تضمنه أولى أن لا يكون ركنا **(والمزدلفة كلها موقف إلا وادي محسر)** لما رويناه من قبل ومحسر بكسر السين وفتح الحاء المهملة وإد معروف على يسار المزدلفة **(ثم يتوجه إلى منى قبل طلوع الشمس)** كذا روي عن رسول الله عليه السلام⁶⁵⁰ **(فيبدأ بجمرة العقبة)** وقوله **(بسبع حصيات)** بدل بإعادة الجار من قوله بجمرة العقبة على تقدير المضاف أي فيبدأ برمي جمرة العقبة سبع حصيات وفي بعض النسخ ويرمي سبع حصيات وهذا ظاهر **(من بطن الوادي)** لأنه عليه السلام لما أتى منى لم يعرج على شيء حتى يرمي جمرة العقبة⁶⁵¹ **(يكبر مع كل حصيات)** كذا روى ابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم ولو سبَّح مكان التكبير أجزاءه لحصول الذكر **(ولا يقف عندها)** لأنه عليه السلام لم يقف عندها **(ويقطع التلبية مع أول حصاة)** لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قطع التلبية عند أول حصاة رمى بها جمرة

⁶⁴⁵ ابن أبي شيبة، المصنف، 1/ 282.

⁶⁴⁶ موضع يوقد فيه

⁶⁴⁷ ابن ماجه، "المناسك" 56.

⁶⁴⁸ سورة البقرة، الآية: 198.

⁶⁴⁹ الترمذي، "الحج" 57.

⁶⁵⁰ مسلم، "الحج" 147.

⁶⁵¹ مسلم، "الحج" 147.

العقبة⁶⁵² ثم كيفية الرمي أن يضع الحصاة على ظهر إبهامه اليسرى ويستعين بالمسبحة ومقدار الرمي أن يكون بين الرمي وبين السقوط خمسة أذرع كذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لأن ما دون ذلك يكون طرحا ولو طرحها طرحا أجزأه إلا أنه مسيء ولو وضعها وضعا لم يجزئه **(ثم يذبح إن شاء ثم يقصر أو يحلق)** لقوله عليه السلام: "إن أول نسكنا هذا أن يرمي ثم يذبح ثم يحلق"⁶⁵³ وضابطه **ردح** وفي قوله "إن شاء" تنبيه على أن الدم على المفرد مستحب ولا أضحية عليه لأنه مسافر وهو (أي الخلق) أفضل من التقصير لقوله عليه السلام: "رحم الله المحلقين"⁶⁵⁴ فليل والمقصرين فقال رحم الله المحلقين حتى قال في الرابعة والمقصرين وتكراره عليه السلام الدعاء للمحلقين ثلاث مرات يدل على أن الحلق أفضل ولأن الحلق أكمل في قضاء التفث وهو المقصود وفي التقصير بعض التقصير فأشبهه الاغتسال مع الوضوء والتقصير أن يأخذ من رؤوس شعره مقدار أنملة **(وحل له كل شيء إلا النساء)** وقال مالك رحمه الله إلا الطيب أيضا لأن من دواعي الجماع ولنا قوله عليه السلام فيه: "حل له كل شيء إلا النساء"⁶⁵⁵ وهو مقدم على القياس **(ثم يمشي إلى مكة فيطوف طواف الزيارة)** ويسمى طواف الإفاضة وطواف يوم النحر **(من يومه أو من غده أو بعده)** لما روي أنه عليه السلام لما حلق أفاض إلى مكة فطاف بالبيت ثم عاد إلى منى وصلى الظهر بمني⁶⁵⁶ ووقته أيام النحر لأن الله تعالى عطف الطواف على الذبح وقال ﴿فكُلُوا مِنْهَا﴾⁶⁵⁷ ثم قال ﴿وَلِيَطُوفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾⁶⁵⁸ وكان وقتها واحدا **(فإن آخر)** الطواف **(عنها)** عن هذه الأيام **(لزمه شاة وكذا إن آخر الحلق عنها)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا شيء عليه وكذا الخلاف في تأخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك لهما أن ما فات مستدرك بالقضاء فلا يجب مع القضاء شيء آخر وله حديث ابن مسعود رضي الله عنه: "من قدّم نسكا على نسك فعليه دم"⁶⁵⁹ ولأن ما هو موقت بالمكان

⁶⁵² مسلم، "الحج" 147.

⁶⁵³ مسلم، "الحج" 323.

⁶⁵⁴ البخاري، "الحج" 128.

⁶⁵⁵ ابن ماجه، "المناسك" 70.

⁶⁵⁶ مسلم، "الحج" 147.

⁶⁵⁷ سورة الحج، الآية: 36.

⁶⁵⁸ سورة الحج، الآية: 29.

⁶⁵⁹ الترمذي، "الحج" 76.

وهو الإحرام يجب بتأخيرته عنه دم فكذا ما هو موقّت بالزمان **(وهو ركن)** لقوله تعالى ﴿وليطوفوا بالبيت العتيق﴾⁶⁶⁰ لا يقال الأمر بالطواف وهو الدوران حول البيت مطلق والأمر المطلق لا يقتضي التكرار لأننا نقول التكرار عرف بالسنة وفي المقدرات تنتهي إلى ما أنهاننا إليه الشرع **(إن تركه أول أربعة أشواط منه بقي محرماً حتى يطوفها)** أما إذا تركه فلائنه ركن وأما إذا ترك أربعة أشواط منه فلائنه الأكثر وللاكثر حكم الكل فكأنه لم يطف أصلاً حتى لو ترك ثلاثة أشواط فما دونها لا يبقى محرماً ولكن يجب عليه شاة وسيأتي في باب الجنائيات إن شاء الله **(وصفته أن يطوف بالبيت سبعة أشواط لا رمل فيها ولا سعي)** إن كان قد أتى بهما في طواف القدوم بدليل قوله **(وإن لم يكن طاف للقدوم رمل)** فيها **(وسعي)** لأن السعي لم يشرع إلا مرة والرمل ما شرع إلا مرة في طواف بعده سعيّ قلت في أداء المصنف رحمه الله فتور وفي عبارته قصور فلو قال فان لم يرمل في طواف القدوم ولم يسع بين الصفا والمروة بعده يرمل فيها ويسعى بعدها لكان أصوب **(وحل له النساء)** معناه بالخلق السابق لا بالطواف لأن المحلل هو الخلق لكن عمله في حق النساء كان متأخراً وهذا كالطلاق الرجعي أخر عمله إلى انقضاء العدة فإذا انقضت بانّت **(فإذا كان اليوم الثاني من أيام النحر)** وهو اليوم الحادي عشر **(رمي الجمار الثلاث بعد الزوال)** الجمار الأحجار الصغار في الأصل ولكن المراد هنا مواضعها **(كل جمرة سبع حصيات يقف عند)** الجمرة **(الأولى)** وهي التي تلي عند مسجد الخيف **(والثانية)** أي يقف عند الجمرة الثانية وهي الجمرة الوسطى **(رفع يديه)** حذاء منكبيه يذكر الله تعالى ويثني عليه ويهلل ويكبر ويصلي على النبي عليه السلام **(ويدعو)** الله تعالى لحاجته ثم يأتي جمرة العقبة فيرميها ولا يقف عندها ولو لم يقف عند الجمرتين الأوليين لا شيء عليه لأنه للدعاء **(وكذا يرمي)** الجمار الثلاث على الترتيب **(في اليوم الثالث)** من أيام النحر والرابع أي وكذا يرمي في اليوم الرابع وهو آخر أيام التشريق وجميع ما ذكرنا من صفة الرمي والوقوف والدعاء مروى في حديث جابر⁶⁶¹ رضي الله عنه وفي قوله **(إن أقام)** إشارة إلى أنه لو نفر قبل طلوع فجر اليوم الرابع جاز وهو قوله **(وإن نفر إلى مكة سقط عنه رمي اليوم الرابع)** لقوله تعالى ﴿فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه﴾⁶⁶² معناه من تعجل في النفر إلى مكة في اليوم

⁶⁶⁰ سورة الحج، الآية: 29.

⁶⁶¹ مسلم، "الحج" 147.

⁶⁶² سورة البقرة، الآية: 203.

الثالث بعد الرمي لأن التعجيل في اليوم الثاني غير جائز والأفضل أن يقف حتى يرمي في اليوم الرابع لأنه أتمّ لنسكه فلو رماها في اليوم الرابع قبل الزوال جاز عنده رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يجوز لأن وقته بعد الزوال كما في اليومين الأولين وهو مروي عن عمر رضي الله عنه وله أنه لما جاز ترك الرمي فيه أصلاً فلأن يجوز تقديمه أولى وهو مروي عن بن عباس رضي الله عنه **(ويبيت ليالي الرمي بمني)** لأنه عليه السلام بات بها⁶⁶³ وعمر رضي الله عنه كان يودر على ترك المقام بها فإذا نفر إلى مكة نزل⁶⁶⁴ **(بالإبطح ولو ساعة)** أي ولو كان النزول ساعة والإبطح هو المحصب بتشديد الصاد المهملة بعد الحاء اسم موضع بين مكة ومنى يقال له الخيف وكان الكفار اجتمعوا فيه وتحالفوا على إضرار رسول الله عليه السلام فنزل عليه السلام فيه إراءة لهم لطيف صنع الله تعالى به وتكريمه بنصرته فصار ذلك سنة كالرمل في الطواف **(ثم يدخل مكة ويقيم بها)** ويكثر فيها من أفعال الخير كالطواف والصلاة والصدقة والتلاوة وذكر الله تعالى والدعاء ويجتنب إنشاد الشعر وحديث الفحش وما لا يعنيه ففي الحديث النبوي أن الحسنة فيه يضاعف إلى مائة ألف وكذلك السيئة⁶⁶⁵ وهكذا كره أبو حنيفة رحمه الله أن المجاورة خوفاً من الوقوع فيما لا يجوز فيضاعف عليه العقاب بتضاعف السيئات كذا في شرح المصنف رحمه الله **(فإذا أراد العود إلى أهله طاف طواف الصدر)** ويسمى طواف الوداع وطواف آخر العهد بالبيت لأنه يودع البيت ويصدر عنه أي يرجع **(سبعة أشواط لا رمل فيها ولا سعي بعده)** لما بينا أنه شرع مرة واحدة **(وهو واجب على الآفاقي)** أي طواف الصدر واجب على الحاج الآفاقي عندنا وقال الشافعي رحمه الله غير واجب قيد بقوله على الآفاقي احترازاً عن المكّي إذ لا يجب طواف الصدر عليه اتفاقاً وقيدنا بالحاج لأنه لو كان معتمراً لا يجب عليه اتفاقاً له أنه لو كان واجباً لما سقط عن المكّي إذ الآفاقي والمكّي في واجبات الحج سواء ولنا قوله عليه السلام: "من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف"⁶⁶⁶ **(ثم يأتي زمزم)** أي بئره **(يستقي)** نفسه إن قدر

⁶⁶³ أبو داود، "الحج" 77.

⁶⁶⁴ مسلم، "الحج" 337.

⁶⁶⁵ البيهقي، السنن الكبرى، 6 / 447.

⁶⁶⁶ الترمذي، "الحج" 101.

(ويشرب) لما روي أنه عليه السلام استسقى دلوًا بنفسه فشرب منه ثم أفرغ باقي الدلو في البئر⁶⁶⁷ (ثم يأتي أمام الكعبة ويقبل العتبة) لما فيه من زيادة التضرع (ويأتي الملتزم) وهو ما بين الباب والحجر (يلصق بطنه بالبيت ويضع خده الأيمن عليه ويتشبث) أي يتعلق (بأستار الكعبة ويجتهد في الدعاء ويبيكي) كالمعلق بثوب مولاه يستغيثه في أمر عظيم (ويرجع القهقري) أي وينصرف ويمشي ورائه (حتى يخرج من المسجد) ليكون نظره إلى الكعبة هكذا روي عن رسول الله عليه السلام فهذا بيان تمام الحج الذي أراده رسول الله عليه السلام بقوله: "من حج هذا البيت فلم يرفث ولم يفسق خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه"⁶⁶⁸ (وإذا لم يدخل المحرم مكة ويوجهه إلى عرفة ووقف بها) على الوجه الذي بيناه (سقط عنه طواف القدوم) لأنه شرع في ابتداء الحج على وجه يترتب عليه سائر الأفعال فلا يكون الإتيان به على غير ذلك الوجه سنة ولا شيء عليه بتركه لأنه سنة وترك السنة لا يوجب الجابر (ومن اجتاز بعرفة) ومن مر بها يقال جازه جوازًا واجتازه وجاوزه وتجاوزه كلها بمعنى (نائما أو مغمى عليه أو لا يعلم بها أجزاءه عن الوقوف) لأن ما هو الركن فقد وجد وهو الوقوف ولا يمنع النوم والإغماء وعدم العلم كركن الصوم ولإطلاق قوله عليه السلام: "من وقف بعرفة ساعة فقد تم حجه"⁶⁶⁹ (والمرأة كالرجل) في أفعال الحج لأن النص يعمها (إلا أنها تكشف وجهها دون رأسها) لقوله عليه السلام: "إحرام المرأة في وجهها"⁶⁷⁰ ولأن رأسها عورة (ولا ترفع صوتها بالتلبية) لما فيه من الفتنة ولا ترمل (ولا تسعى) بين الميادين لأنه لإظهار الجلالة على ما مر والمرأة ليست من أهل القتال (وتقصر ولا تحلق) لما روي أنه عليه السلام نهى النساء عن الحلق وأمرهن بالتقصير⁶⁷¹ (وتلبس المخيط) لأن في تركه خوف كشف العورة ولا يستلم الحجر إذا كان ثمة رجال لأنها ممنوعة عما يشبه الرجال (ولو حاضت عند الإحرام اغتسلت وأحرمت كالرجل إلا أنها لا تطوف) بالبيت لقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف (اسم موضع): "اصنعي جميع ما يصنع الحاج غير أن لا

⁶⁶⁷ الطبراني، المعجم الكبير، 11/80.

⁶⁶⁸ ابن أبي شيبة، المصنف، 3/118.

⁶⁶⁹ أبو داود، "المناسك" 68.

⁶⁷⁰ الدارقطني، السنن، 2/554.

⁶⁷¹ أبو داود، "المناسك" 78.

تطوفي بالبيت" ⁶⁷² (وإن حاضت بعد الوقوف) بعرفة (وطواف الزيارة عادت ولا شيء عليها لطواف الصدر) أي لترك طواف الصدر لأنه عليه السلام رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر ⁶⁷³

فصل

(العمرة سنة) وقال الشافعي رحمه الله فريضة لقوله عليه السلام: "العمرة فريضة كفريضة الحج" ⁶⁷⁴ ولنا قوله عليه السلام: "الحج فريضة والعمرة سنة" ⁶⁷⁵ ولأنها غير موقت بوقت ويتأدى بنية غيرها وهذا أمانة النفلية وتأويل ما رواه أنها مقدرة بأعمال الحج إذ لا يثبت الفرضية مع التعارض في الآثار (وهي الإحرام والطواف والسعي) وسيأتي في باب التمتع إن شاء الله تعالى (وهي جائزة في جميع السنة) لأنها غير موقوتة بوقت (ويكره يوم عرفة والنحر وأيام التشريق) كذا نقل عن عائشة رضي الله عنها ⁶⁷⁶ والظاهر أنه سماع من النبي عليه السلام ولأن هذه أيام الحج فكانت متعينة له (ويقطع التلبية في أول الطواف) لما روي أنه عليه السلام قطع التلبية في عمرة القضاء حين استلم الحجر

باب التمتع

وهو الجمع بين أفعال العمرة والحج في أشهر الحج في سنة واحدة بإحرامين بتقديم أفعال العمرة من غير أن يلزم بأهله بين النسكين إماما صحيحا وذا بأن يرجع إلى أهله حالاً عندهما رحمهما الله وعند محمد رحمه الله ليس من ضرورة صحة الإمام كونه حالاً (وهو أفضل من الأفراد) لأن في التمتع جمعا بين العبادتين وفيه زيادة نسك وهو إراقة الدم (وصفته أن يحرم لعمرة في أشهر الحج ويطوف ويسعى ويحلق أو يقصر وقد حل) لأنه أتى جميع أفعاله وهذا تفسير العمرة هكذا فعل رسول الله عليه السلام في قضاء العمرة ⁶⁷⁷ ثم يحرم بالحج يوم التروية أي من الحرم لأنه في معنى المكى وميقات المكى في الحج الحرم (وقبله أفضل) لما فيه من المسارعة وزيادة المشقة

⁶⁷² البخاري، "الحيض" 1.

⁶⁷³ الدارقطني، السنن، 2/ 528.

⁶⁷⁴ الدارقطني، السنن، 2/ 539.

⁶⁷⁵ ابن ماجه، "العمرة" 44.

⁶⁷⁶ البيهقي، السنن الكبرى، 6/ 477.

⁶⁷⁷ البخاري، "الحج" 104.

(ويفعل كالمفرد) أي ويفعل ما يفعل الحاج المفرد لأنه مؤدٍ للحج **(ويرمل ويسعى في طواف الزيارة)** لأن هذا أول طوافه في الحج بخلاف المفرد لأنه قد طاف للقدوم هناك ويسعى بعده ولهذا لا يرمل في طواف يوم النحر ولا يسعى بعده **(وعليه دم المتمتع)** لقوله تعالى ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي﴾⁶⁷⁸ **(فلم يجد صام ثلاثة أيام)** لأنه تعالى قال ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام﴾⁶⁷⁹ **(آخرها عرفة)** لأن الصوم بدل عن الهدي فيستحب تأخيرها إلى آخر الوقت رجاء على أن يقدر على الأصل **(وإن صامها قبل ذلك وهو محرم)** بالعمرة **(جاز)** أي إن صام المتمتع الذي لم يجد الهدي ثلاثة أيام قبل الإحرام بالحج وهو محرم بالعمرة جاز عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز إلا بعد ما أحرم بالحج قيد بقوله قبل الإحرام بالحج لأنه لو صام بعد الإحرام به يجوز اتفاقاً وقيد بقوله وهو محرم بالعمرة لأنه لو صامها قبل الإحرام بها لا يجوز اتفاقاً لأن أشهر الحج وإن كان وقتاً لصوم الثلاثة لكن بعد تحقق السبب وهو الإحرام له أن الصوم خلف عن الهدي والهدي لم يكن جابراً قبل إحرامه فكذا خلفه ولنا أنه أداه بعد انعقاد سببه والمراد بالحج المذكور في النص وقته على ما بينا **(وسبعة إذا فرغ من أفعال الحج)** أي وصام سبعة أيام بعد أيام التشريق سواء صام بمكة أو بعد ما رجع منها وقال الشافعي رحمه الله لا يصوم قبل الرجوع من مكة لأنه متعلق بالرجوع إلا أن ينوي المقام فيه فحينئذ يجوز لتعذر الرجوع ولنا أن معنى قوله تعالى ﴿إذا رجعتم﴾⁶⁸⁰ إذا فرغتم إذ الفراغ سبب الرجوع إلى أهله فذكر السبب وأراد المسبب فيكون الأداء بعد السبب فيجوز **(وإن لم يصم الثلاثة)** إلى يوم النحر **(لم يحزه إلا الدم)** وقال الشافعي رحمه الله يصوم بعد هذه الأيام لأنه صوم موقت فيقضي بعد فوات وقته كصوم رمضان وقال مالك رحمه الله يصوم في هذه الأيام لقوله تعالى ﴿في الحج﴾⁶⁸¹ وهذا وقته ولنا قوله عليه السلام: "ألا لا تصوموا في هذه الأيام"⁶⁸² فيتقيد به النص أو يدخله النقص فلا يتأدى به ما وجب كاملاً ولا يؤدي بعدها لأن الصوم بدل والأبدال لا تنصب إلا شرعاً والنص خصه بوقت الحج وجواز الدم على الأصل وعن عمر رضي الله عنه أنه أمر في مثله بذبح الشاة كذا في الهداية

⁶⁷⁸ سورة البقرة، الآية: 196.

⁶⁷⁹ سورة البقرة، الآية: 196.

⁶⁸⁰ سورة البقرة، الآية: 196.

⁶⁸¹ سورة البقرة، الآية: 196.

⁶⁸² الدارقطني، السنن، 2/ 404.

(وإن شاء أن يسوق الهدي وهو أفضل وأحرم وساق وفعل ما ذكرنا) لأن النبي عليه السلام ساق الهدايا⁶⁸³ مع نفسه ولأن فيه استعدادا ومسارة (إلا أنه لا يتحلل من عمرته) لأن سوق الهدي بمتعة من استحل قال عليه السلام: "من ساق الهدي فليس له أن يتحلل"⁶⁸⁴ ولأن في سوق الهدي تأثيرا في إثبات الإحرام فلأن يؤثر في إبقائها أولى بخلاف ما لم يسق الهدي لأنه لا مانع له من التحلل (ويحرم بالحج كما بينا) في تمتع لا يسوق الهدي (فإذا حلق يوم النحر حل من الإحرامين) أي من إحرام العمرة والحج جميعا لأن الحلق محلل في الحج كالسلام في الصلاة فتحلل به عنهما (وذبح دم التمتع) لما تلونا من النص (وليس لأهل مكة من كان داخل الميقات تمتع ولا قرآن) وإنما لهم الأفراد خاصة خلافا للشافعي رحمه الله لنا قوله تعالى ﴿ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام﴾⁶⁸⁵ ولأن شرعها للترفيه بإسقاط إحدى السفرتين وهذا في حق الآفاقي ومن كان داخل الميقات فهو بمنزلة المكي (وإذا عاد التمتع إلى أهله بعد العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه) خلافا للشافعي رحمه الله لأنه ألم بأهله الإماما صحيحا وبه بطل التمتع وقيد بقوله ولم يكن ساق الهدي لأنه لو ساقه لم يبطل وهو قوله (وإن ساق لم يبطل) وقال محمد رحمه الله يبطل لأنه ألم بأهله بين النسكين فقد أداهما في سفرتين ولهما أن العود مستحق عليه مادام على نية التمتع لأن السوق يمنعه من التحلل فلم يصح الإمام

باب القرآن

وهو مصدر قرن من باب نصر وفعال يجيء مصدرا من الثلاثي كلباس والقران في الشريعة هو الجمع بين العمرة والحج بإحرام واحد في سفرة واحدة

(وهو أفضل من التمتع) وقال الشافعي رحمه الله الأفراد أفضل وقال مالك رحمه الله التمتع أفضل من القران لأن له ذكرا في القران ولا ذكر للقران فيه وللشافعي رحمه الله قوله عليه السلام القران رخصة والأفراد عزيمة التمسك بالعزيمة أولى من التمسك بالرخصة ولنا قوله عليه السلام: "يا آل محمد أهلوا بحجة وعمرة معا"⁶⁸⁶ ولأن فيه جمعا بين العبادتين فأشبه الصوم مع الاعتكاف والحراسة في سبيل الله مع صلاة الليل

⁶⁸³ النسائي، "مناسك الحج" 73.

⁶⁸⁴ الموطأ، "الحج" 145.

⁶⁸⁵ سورة البقرة، الآية: 196.

⁶⁸⁶ ابن أبي شيبة، المصنف، 277 / 3.

(وصفته أن يُهَلَّ بالعمرة والحج معا من الميقات فيقول اللهم إني أريد العمرة والحج فيسرهما لي وتقبلهما مني) لأن القران هو الجمع بين العمرة والحج على ما قدمنا من قولك قرنت الشيء بالشيء إذا جمعت بينهما (فإذا دخل) القارن (مكة طاف للعمرة وسعى) أي طاف بالبيت سبعة أشواط يرمل في ثلاث الأول منها وسعى بعدها بين الصفا والمروة (ثم للقدوم) أي ثم يشرع في أفعال الحج فيطوف للقدوم سبعة أشواط ويسعى كما بينا في المفرد لقوله تعالى ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج﴾⁶⁸⁷ جعل الحج نهاية للعمرة فينبغي أن يكون العمرة مقدمة والآية وإن وردت في التمتع لكن القران في معناه لأن كل واحد منهما ترفق بالنسكين (فإذا رمى جمره العقبة يوم النحر ذبح دم القران) لما ذكرنا أن القران في معنى المتعة والهدي منصوص عليه فيها (فإن لم يجد) القارن ما يذبح (صام) ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع (كالمتمتع) أي في الحكم والدليل وقد بيناه (وإذا لم يدخل القارن مكة وتوجه إلى عرفات ووقف بها بطل قرانه) لأنه تعذر عليه أدائها لأنه يصير بانيا أفعال العمرة على أفعال الحج وذلك خلاف المشروع ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب أبي حنيفة رحمه الله أيضا والفرق له بينه وبين مصلي الظهر يوم الجمعة إذا توجه إليها أن الأمر هناك بالتوجه وهو متوجه بعد أداء الظهر يوم الجمعة والتوجه في القران والتمتع منهيه عنه قبل أداء العمرة فافترقا (وعليه قضاء العمرة) لصحة الشروع فيها (ودم لرفضها) أي وعليه دم جنابة لرفض العمرة

باب الجنایات

على الإحرام والمراد منه ما يحرم من الفعل في إحرامه اعلم أن المحرم ممنوع عن استعمال الطيب والدهن لقوله عليه السلام: "الحاج الشعث التفل"⁶⁸⁸ واستعمال الطيب والدهن يزيل هذا الوصف فيتمكن النقصان في إحرامه ونقائص الحج يجبر بالدم كنقائص الصلاة تجبر بالسجدة (إذا طيب المحرم عضوا) كاملا مثل الرأس والساق والفخذ فعليه شاة لأن الجنابة يتكامل الارتفاق في العضو الكامل وفيما دونه الجنابة قاصرة فيجب صدقة

⁶⁸⁷ سورة البقرة، الآية: 196.

⁶⁸⁸ ابن ماجه، "المناسك" 6.

(أو لبس المخيط أو يغطي رأسه يوما) وقال الشافعي رحمه الله يجب بها دم وإن وجد في ساعة لارتكابه المحظور فلا يشترط امتداده كسائر المحظورات ولنا أن معنى الترفق هو المقصود فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال فقدر باليوم لأنه يلبس فيه ثم ينزع عادة ويتقاصر دونه الجنابة فيجب الصدقة غير أن أبا يوسف رحمه الله أقام الأكثر مقام الكل **(أو حلق ربع رأسه)** وقال مالك رحمه الله لا يجب الدم إلا بحلق الكل وقال الشافعي رحمه الله يجب الدم بحلق القليل وإن حلق ثلث شعرات لأن الشعر نبات استفاد الأمان كنبات الحرم فاستوى قليله وكثيره في وجوب الضمان ولنا أن بعض الرأس ارتفاع كامل لأنه يعتاده بعض الناس فيتكامل به الجنابة ويتقاصر فيما دونه فتجب الصدقة **(أو موضع المحاجم)** جمع المحجم وهو بكسر الميم قارورة الحجام يعني إذا حلق المحرم شعر محجمه فعليه دم وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله عليه صدقة لأنه إنما يحلق لأجل الحجام وهي ليست من محظورات الإحرام فكذا ما يكون وسيلة إليها إلا أن فيه إزالة شيء من التفت فتجب الصدقة وله أن حلقه مقصود لأنه لا يتوسل إلى المقصود إلا به وقد وجد إزالة التفت عن عضو كامل فيجب الدم

(أو الإبطين أو أحدهما أو العانة أو الرقبة) أي إذا حلق المحرم الإبطين أو أحدهما أو حلق العانة أو الرقبة فعليه دم لأن كل واحد منها ارتفاع كامل مقصود بالحلق لدفع الأذى ونيل الراحة اعلم أن السنة في الإبطين التفت وفي العانة الحلق **(أو قص أظافر يديه أو رجليه)** في مجلس واحد **(أو واحدة منها)** أي من هذه الأربعة أعني اليدين والرجلين أما الجمع فلأنه ارتفاع تام مقصود وفيه إزالة التفت فكان محظور إحرامه فيجب دم ولا يزداد على دم لأن الجنابة في نوع واحد وقيدنا بقولنا في مجلس واحد لأنه لو قصها في مجالس متعددة يجب لكل عضو دم عندهما وقال محمد رحمه الله يجب في الكل دم واحد وأما الربع فلأنه قام مقام الكل كما في الحلق

(أو طاف للقدوم أو للصدر جنبا) أي لو طاف البيت للقدوم جنبا أو طاف للصدر جنبا فعليه دم لأن النقصان فاحش فغلظ في جابره حتى لو طاف لهما محدثا يجب صدقة **(أو للزيارة محدثا)** أي لو طاف للزيارة محدثا فعليه دم لأنه أدخل النقص في الركن وقيد بقوله "محدثا" لأنه لو طاف لها جنبا فعليه بدنة على ما سيجيء وقال الشافعي رحمه الله طواف المحدث لا يعتد به لقوله عليه السلام: "الطواف بالبيت صلاة إلا أنه تعالى أباح المنطق فيه"⁶⁸⁹

⁶⁸⁹ الدارمي، "المناسك" 32.

فيكون الطهارة من شرطه ولنا قوله تعالى ﴿وَلِيَطُوفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾⁶⁹⁰ من غير قيد الطهارة فلم تكن الطهارة فرضاً بل واجبا لأن الخبر يوجب العمل **(أو أفاض من عرفة قبل الإمام)** وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه لأن الركن أصل الوقوف فلا يلزم بترك الإطالة شيء ولنا أن الاستدامة إلى غروب الشمس واجب لقوله عليه السلام: "فادفعوا بعد غروب الشمس فيجب بتركه دم"⁶⁹¹ **(أو ترك من طواف الزيارة ثلاثة أشواط فما دونها)** يعني يجب الدم لأن النقصان بترك الأقل يسير فأشبهه النقصان بسبب الحدث فيلزم شاة حتى لو ترك أربعة أشواط منها بقي محرماً لأن للأكثر فصار كأنه لم يطف أصلاً **(أو طواف الصدر أو أربعة منه)** أي لو ترك طواف الصدر كله يجب دم وكذا إذا ترك أكثره لأنه ترك الواجب أو الأكثر منه حتى لو ترك أقله يجب صدقة **(أو السعي أو الوقوف بالزدلفة)** لأنهما من واجبات الحج **(أو رمى الجمار كلها)** أي لو ترك رمي الجمار كلها يجب عليه دم لتحقيق ترك الواجب ويكفيه دم واحد لأن الجنس متحد كما في الحلق والترك إنما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمي **(أو يوم واحد)** أي لو ترك رمي يوم واحد فعليه دم لأنه نسك تام **(أو جمره العقبة يوم النحر فعليه شاة)** لأنه وظيفة هذا اليوم رميا وقوله فعليه شاة جواب قوله إذا طيب المحرم إلى آخره في أول الباب وجواب قوله **(وإن طيب)** أي المحرم **(أقل من عضو)** قوله **(تصدق بنصف صاع بر)** وإنما يجب الصدقة لقصور الجنابة **(أو غطى رأسه أو لبس أقل من يوم أو حلق أقل من ربع رأسه أو قص أقل من خمسة أظافر)** يعني عليه صدقة في هذه الصور لقصور الجنابة وفي قلم الظفر يجب لكل ظفر صدقة إلا أن يبلغ دماً فينقص ما شاء **(أو خمسة متفرقة)** وقال محمد رحمه الله يجب فيه الدم اعتباراً بما لو قصها من كفٍّ واحد ولهما أن كمال الجنابة بنيل الراحة والزينة وبالقلم على هذا الوجه يتأذى ويشينه ذلك **(أو طاف للقنطرة أو للصدر محدثاً)** يعني يجب الصدقة لأنه إذا شرع في هذا الطواف وهو سنة يصير واجبا بالشروع ويدخل النقص بترك الطهارة فتخير بالصدقة إظهاراً لدنو رتبته عن الواجب بإيجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة **(أو ترك ثلاثة أشواط من طواف الصدر)** إظهاراً لانحطاط رتبته عن طواف الزيارة **(أو إحدى الجمار الثلاث)** أي لو ترك إحدى الجمار الثلاث

⁶⁹⁰ سورة الحج، الآية: 29.

⁶⁹¹ مسلم، "الحج" 147.

(تصدق) لكل حصاة **(بنصف صاع من بر)** إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف فيجب الدم لأن للأكثر حكم

الكل وإن لم يفت أيامها فأعاد فيها ما ترك من الرمي فعليه بتأخير دم عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما
اعلم أن الواجب الدم يتأدى بالشاة في جميع المواضع إلا في موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع
بعد الوقوف فإنه لا يجوز فيها إلا البدنة على ما سيجيء وكل صدقة في الإحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من
بر إلا ما يجب بقتل القملة والجرادة فإنه يطعم ما شاء **(وإن طاف للزيارة جنبا فعليه بدنة)** لأنه لما وجب جبر
نقصان الحدث بالشاة وجب جبر نقصان الجنابة بالبدنة لأنها أعظم فتعظم العقوبة وهو المروي عن ابن عباس
رضي الله عنهما⁶⁹² **(والأولى أن يعيده)** يتأتى به على أكمل الوجوه **(ولا شيء عليه)** إن أعاده لأنه استدرك ما فاتته
في وقته **(وإن تطيب أو لبس أو حلق بعذر)** فهو بالخيار **(إن شاء ذبح شاة وإن شاء تصدق بثلاثة أصوع)** على
وزن أرجل جمع صاع **(من طعام على ستة مساكين وإن شاء صام ثلاثة أيام)** لقوله تعالى ﴿لا تحلقوا رؤوسكم
حتى يبلغ الهدي محله فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك﴾⁶⁹³ تقديره
فحلق ففدية وكلمة أو للتخيير وقد فسرهما رسول الله عليه السلام بما ذكرنا والآية نزلت في المعذور ثم الصوم
يجزئه أي موضع شاء وكذا الصدقة عندنا وأما النسك فيختص بالحرم بالاتفاق **(ومن جامع في أحد السيلين قبل
الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في حجه ويقضي)** أما فساد الحج فلوجود المنافي قال الله تعالى ﴿فلا
رفت﴾⁶⁹⁴ وهو الجماع وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: "المحرم إذا جامع قبل الوقوف بعرفة فسد حجه
وعليه شاة"⁶⁹⁵ ومثله لا يعرف إلا توفيقا وأما وجوب الشاة والمضي والقضاء فلا لأنه لما سئل رسول الله عليه السلام
عمن جامع امرأته وهما محرمان قال: "يريقان دما يمضيان في حجتهما ويجحان من قابل"⁶⁹⁶ وقال الشافعي رحمه
الله يجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف والحجة عليه إطلاق ما روينا **(ولا يفارق امرأته في القضاء)** وقال
مالك رحمه الله يفارقها إذا خرجا من بيتها

⁶⁹² قال الزيلعي: غريب. نصب الراية، 3/ 154

⁶⁹³ سورة البقرة، الآية: 196.

⁶⁹⁴ سورة البقرة، الآية: 197.

⁶⁹⁵ ابن أبي شيبة، المصنف، 3/ 160-161.

⁶⁹⁶ البيهقي، معرفة السنن والآثار، 4/ 156.

(وقال زفر) رحمه الله إذا أحرمنا **(وقال)** الشافعي رحمه الله إذا انتهيا إلى المكان الذي جامعها فيه لنا أن الجامع وهو النكاح بينهما قائم فلا معنى للافتراق أما قبل الإحرام فلاباحة الوقاع وأما بعده فلاأنهما يتذكران ما لحقهما من المشقة بسبب لذة يسيرة فيزدادان ندما وتحززا في الحديث الصحيح لا يلدغ المؤمن من جحر مرتين⁶⁹⁷

(وإن جامع بعد الوقوف فعليه بدنة ولا يفسد حجه) لقول ابن عباس رضي الله عنه: "إذا جامع المحرم قبل الوقوف بعرفة فسد نسكه وعليه دم وإذا جامع بعد الوقوف بعرفة فقد تم حجه وعليه بدنة"⁶⁹⁸ ولأنه أعلى أنواع الارتفاقات فيتغلظ موجهه وقال عليه السلام: "الحج عرفة فمن وقف بعرفة فقد تم حجه"⁶⁹⁹

(وإن جامع بعد الخلق أو قبل أو لمس بشهوة) سواء أنزل أو لم ينزل **(فعليه شاة)** لبقاء الإحرام في حق النساء ولا شيء عليه بالنظر وإن أنزل لأنه ليس في معنى الجماع **(ومن جامع في العمرة قبل طواف أربعة أشواط فسدت)** عمرته لوجود المنافي **(ويمضي فيها ويقضيها)** لأنها لزمتم **(وعليه شاة)** لوجود الجنابة والارتفاق الكامل على إحرامه **(وإن جامع فيها بعد أربعة أشواط لم تفسد)** لوجود الأكثر **(وعليه شاة)** لأنها سنة فيكون الجنابة أنقص فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج إظهارا للتفاوت وقال الشافعي رحمه الله تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج إذ هي فريضة عنده كالحج **(والعامد والناسي)** أي وجماع العامد والناسي لإحرامه في الحج والعمرة **(سواء)** لأن حالات الإحرام مذكورة كحالات الصلاة فلا يعذر بالنسيان وقال الشافعي رحمه الله جماع الناسي غير مفسد للحج وهو محجوج بما قلنا

فصل

في جزاء الصيد اعلم أن الصيد هو الحيوان الممتنع المتوحش بأصل الخلقة وهو نوعان برّي وهو ما يكون توالده ومثواه في البرّ وبحريّ وهو ما يكون توالده ومثواه في الماء فالبحري حلال للحلال والمحرم والبري محرم على المحرم إلا ما استثناه الشرع والأصل فيه قوله تعالى ﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم﴾⁷⁰⁰ وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دتم حرم الآيات

⁶⁹⁷ ابن ماجه، "الفتن" 13.

⁶⁹⁸ ابن أبي شيبة، المصنف، 3/ 160.

⁶⁹⁹ النسائي، "المناسك والحج" 203.

⁷⁰⁰ سورة المائدة، الآية: 96.

(إذا قتل المحرم صيدا أو دل عليه من قتله فعليه الجزاء) أما الجزاء على القاتل فلقوله تعالى ﴿ولا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾⁷⁰¹ أوجب الجزاء على القاتل وأما على الدال فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله والجزاء متعلق بالقتل والدلالة ليست بقتل ولنا حديث ابن قتادة رضي الله عنه وقال عطاء رضي الله عنه أجمع الناس على أنه على الدال الجزاء⁷⁰² ثم الدلالة الموجبة للجزاء ألا يكون المدلول عالما لمكان الصيد وإن لم يصدقه في الدلالة **(والمبتدئ)** وهو الذي قتل الصيد مرة **(والعائد)** وهو الذي قتل مرة بعد أخرى **(والناسي والعامد سواء)** في وجوب الضمان لوجود الجنائية منهم وهو الموجب والعائد أشد جنائية لعل الفائدة في ذكر دفع قول من قال لا جزاء على العائد لأن الله تعالى قال ﴿ومن قتل منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾⁷⁰³ ثم قال ﴿ومن عاد فينتقم الله منه﴾⁷⁰⁴ جعل كل جزاء العائد الانتقام في الآخرة فلا يجب الكفارة ويمكن أن يجاب عنه بأن وجوب الكفارة في العائد مستفاد من الآية بدلالة النص والمراد بقوله ومن عاد العود مستحلا **(والجزاء أن يقوم الصيد)** أي المصيد **(عدلان في مكان الصيد)** أي في المكان الذي قتل فيه الصيد لأن القيمة يختلف باختلاف الأماكن **(أو في أقرب المواضع منه)** إذا كان الموضع برا لا يباع الصيد فيه **(ثم إن شاء)** القاتل **(اشترى بالقيمة هديا فذبحه وإن شاء)** اشترى **(طعاما فتصدق به على كل مسكين نصف صاع من بر وإن شاء صام عن كل نصف صاع يوما)** يعني إذا وقع الاختيار على الصوم يقوم المقتول طعاما ثم يصوم مكان طعام كل مسكين يوما **(فإن فضل)** أي إن بقي من الصدقة على كل مسكين **(أقل من نصف صاع)** أو لم يبلغ قيمة الصيد نصف صاع بأن قتل عصفورا فهو مخير **(إن شاء تصدق به وإن شاء صام يوما كاملا)** الأصل فيه قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما ليدوق وبال أمره﴾⁷⁰⁵

⁷⁰¹ سورة المائدة، الآية: 95.

⁷⁰² مسلم، "الحج" 56-60.

⁷⁰³ سورة المائدة، الآية: 95.

⁷⁰⁴ سورة المائدة، الآية: 95.

⁷⁰⁵ سورة المائدة، الآية: 95.

فاعلم أن جزاء الصيد عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله قيمة الصيد بتقويم عدلين في المقتول والخيار إلى القاتل إن شاء جعل هدياً وإن شاء جعل طعاماً وإن شاء جعل صوماً وقال محمد والشافعي رحمهما الله الجزاء نظير الصيد إن كان له نظير من النعم ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي الأرنب عناق وفي يربوع جفرة وفي حمار الوحش بقرة وإن لم يكن له نظير كالعصفور فالجزاء القيمة كما قالوا رحمهما الله والخيار إلى الحكيم لا إلى القاتل فالخلاف بينهما في موضعين في تفسير المثل في قوله تعالى ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾⁷⁰⁶ وفي ثبوت الخيار بالحجج من الجانبين في المسئلتين والتفاريع فيها على وجه العناية والنهاية المذكورة في الكافي والهداية

(ومن جرح صيداً أو نتف شعره أو قطع عضواً منه ضمن ما نقصه) اعتباراً للبعض بالكل كما في حقوق العباد هذا إذا بريء وبقي أثره فإن مات بعد الجرح يضمن كله وإن لم يبق أثر بعد البرء لا شيء عليه وقال أبو يوسف رحمه الله يلزمه صدقة ولو غاب الصيد ولم يعلم أنه مات أو برأ ضمن نقصانه فقط لأن موته مشكوك وفي الإحسان يضمن قيمته احتياطاً **(وإن نتف ريش طائر أو قطع قوائم صيد أو كسر بيضه فعليه قيمته)** أما في نتف الريش وقطع القوائم فلائنه فوّت عليه الأمن بتفويت آلة الامتناع فصار كما إذا قتله وأما في كسر بيضه فلما روي أنه عليه السلام قضى كذلك⁷⁰⁷ وهذا إذا كان البيض صحيحاً وإن كان مذرة فلا شيء عليه لأنه لم يتلف أصل الصيد **(ومن قتل قملة أو جرادة تصدق بها شاء)** لأن القملة متولدة من التفث الذي على البدن والجرادة من صيد البر قال عمر رضي الله عنه: "تمرّة خير من جرادة" **(وإن ذبح المحرم صيداً فهو ميتة)** لأنه فعل حرام فلا يكون ذكاة **(وله)** أي وللمحرم **(أن يأكل ما اصطاده حلال إذا لم يعنه)** لما مر من حديث قتادة رضي الله عنه **(وكل ما على المفرد فيه دم فعلى القارن دمان)** دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي رحمه الله دم واحد بناء على أنه محرم بإحرام واحد عنده وعندنا بإحرامين

باب الإحصار

وهو في اللغة المنع والحبس والحصور الممنوع عن النساء وفي الشرع المنع عن المضي في أفعال الحج بمانع نذكر إن شاء الله تعالى

⁷⁰⁶ سورة المائدة، الآية: 95.

⁷⁰⁷ ابن ماجه، "المناسك" 90.

(للمحرم إذا أحصر بعدو أو مرض أو عدم محرم أو ضياع نفقة أن يبعث شاة يذبح عنه في الحرم ثم يتحلل) وليس المراد به بعث الشاة بعينها لأن ذلك قد يتعذر بل له أن يبعث قيمتها حتى يشتري بها شاة فيذبح في الحرم وقال الشافعي رحمه الله لا يكون الإحصار إلا بالعدو لأن قوله تعالى ﴿فَإِنْ أَحْصَرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾⁷⁰⁸ خطاب للنبي عليه السلام وأصحابه رضي الله عنهم وكانوا ممنوعين بالعدو ولنا أن الإحصار هو المنع والاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب (والقارن يبعث شاتين) لاحتياجه إلى التحلل عن إحرامين (ويجوز ذبحه قبل يوم النحر) عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يجوز للمحصر بالحج إلا في يوم النحر كدم المتعة والقران وله أنه دم كفارة حتى لا يجوز الأكل منه فيختص بالمكان دون الزمان كسائر دماء الكفارات بخلاف دم المتعة والقران لأنه دم نسك وإنما وضع المسئلة في دم الإحصار لأن دم الجزاء غير موقت بأيام النحر اتفاقا ودم المتعة والقران موقت اتفاقا وإنما وضع في الزمان لأن دم الإحصار يختص بالمكان وهو الحرم اتفاقا (فإذا تحلل المحصر بالحج فعليه حجة وعمره) هكذا نقل عن ابن عباس رضي الله عنه ولأن الحجة تجب قضاء لصحة الشروع والعمرة لما أنه في معنى فائت الحج (وعلى القارن حجة وعمرتان) حجة وعمره لما ذكرنا وعمره لصحة الشروع فيها (وعلى المعتمر عمره) وقال الشافعي رحمه الله لا يتحقق الإحصار عنها لأنها لا يتوقت ولنا أن النبي عليه السلام وأصحابه رضي الله عنهم أحصروا بالحديبية وكانوا عمارا⁷⁰⁹ (وإذا بعث) هديا وواعدتهم أن يذبحوه في يوم بعينه (ثم زال الإحصار فإن قدر على إدراك الهدي والحج لم يتحلل ولزمه المضي) لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف (وإن قدر على أحدهما دون الآخر تحلل) فإن أدرك الهدي دون الحج تحلل لعجزه عن الأصل وإن أدرك الحج دون الهدي تحلل استحسانا وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما لأن ذبح دم المحصر بالحج موقت بيوم النحر فمن أدرك الحج أدرك الهدي لا محالة وإنما يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله لأن عنده لا يتوقت ذبح دم الإحصار بيوم النحر ولو ألزمناه التوجه لضاع ماله لأن المبعوث على يديه الهدي يذبحه ولا يحصل مقصوده وحرمة المال كحرمة النفس (ومن أحصر بمكة عن الوقوف وطواف الزيارة فهو محصر) لأنه تعذر عليه الإتمام فصار كما إذا أحصر في الحل

⁷⁰⁸ سورة البقرة، الآية: 196.

⁷⁰⁹ البخاري، "الصلح" 7.

(وإن قدر على أحدهما فليس بمحصر) أما على الطواف فلأن فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل وأما على الوقوف فلقوع الأمن

باب الحج عن الغير

الأصل فيه أن الإنسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة أو صوما أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة لما روي عن رسول الله عليه السلام أنه عليه السلام ضحّى بكبشين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته⁷¹⁰ فدل على جوازه نصابا والعبادات أنواع مالية محضة كالزكاة وبدنية محضة كالصلاة ومركبة عنهما كالحج والنيابة تجري في النوع الأول في حالتي الاختيار والاضطرار لحصول المقصود بفعل النائب ولا تجري في النوع الثاني بحال وتجري في النوع الثالث في حالة العجز فقط

(ولا يجوز الحج إلا عن الميت أو عن العاجز بنفسه عجزا مستمرا إلى الموت) لحديث الخثعمية رضي الله عنها وهو ما روي أن امرأة جاءت إلى النبي عليه السلام فقالت: "يا رسول الله إن فريضة الحج أدركت أبي وهو لا يستطيع أن يستمسك على الرحلة أفيجزيني أن أحج عنه؟ فقال عليه السلام: رأيته لو كان على أبيك دين فقضيته أكان يقبل منك قالت: نعم فقال: دين الله أحق أن يقبل⁷¹¹ فدل ذلك على جواز الحج عن الغير عند العجز وأنه يقع عن المحجوج عنه وإنما شرط دوام العجز إلى الموت لأنه متى قدر وجب عليه بنفسه وعن محمد رحمه الله أن الحج يقع عن الحاج لأنه عبادة بدنية وللأمر ثواب النفقة

وقال في المحيط يسقط عن الأمر حجه ويقع عن المأمور تطوعا والمذهب المعتمد عليه وقوعه عن المحجوج عنه لما روينا كذا قرره المصنف رحمه الله في شرحه هذا في الحج الفرض وأما في النفل فالنيابة جائزة مع القدرة لأن في النفل سعة (ومن حج عن غيره ينوي الحج عنه ويقول لبيك بحجة عن فلان) لأن الأعمال بالنيات والأصل أن كل عامل تعمل⁷¹² كان لنفسه فلا بد من النية لامتنال الأمر ولو لم يقل عن فلان جاز لأنه تعالى مطلع على السرائر

⁷¹⁰ ابن ماجه، "الأضاحي" 1.

⁷¹¹ النسائي، "مناسك الحج" 12.

⁷¹² هذا سهو يجب أن يكون يعمل

(ويجوز حج الصرورة) بفتح الصاد المهملة هو الذي لم يحج عن نفسه **(والمرأة والعبد)** لوجود أفعال الحج والنية على الأداء عن الأمر كغيرهم والنبي عليه السلام جوز حج الخثعمية رضي الله عنها عن أبيها من غير أن يسألها هل حججت عن نفسك أم لا؟ والأولى أن يختار رجلا حرا عاقلا بالغاً قد حج عالماً بطريق الحج وأفعاله ليقع حجه على أكمل الوجوه ولذا قال **(وغيرهم أولى)** أي وغير الصرورة والمرأة والعبد أولى منهم لأنه أبعد عن شبهة الاختلاف وأقدر على الأداء بدون انضمام إذن أو محرم ⁷¹³ **(ودم المتعة والقران والجنايات على المأمور)** أما دم المتعة والقران فلائنه وجب شكراً لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين وهو الذي حصلت له هذه النعمة وأما دم الجنايات فلائنه هو الجاني عن اختيار **(ودم الإحصار على الأمر)** لأن الأمر هو الذي ورّطه فيه فيجب عليه خلاصه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب على المأمور وهو الحاج لأن ضرر امتداد الإحرام مختص به فيكون خلاصه بالدم عليه وجوابه ما مر **(فإن جامع المأمور قبل الوقوف بعرفة ضمن النفقة)** لأنه مأمور بالحج الصحيح وهذا فاسد فقد خالف الأمر عليه الدم لأن الجماع فعله **(وما فضل من النفقة يُردُّ إلى الوصيِّ والورثة)** لأنه لم يملكه ذلك وإنما أعطاه لقصد الحج فما فضل يُردُّ إلى مالكة **(ومن مات وأوصى أن يحج عنه فهو على الوسط وهو ركوب الزمالة)** لأنه أعدل الأمور والزمالة البعير الذي يحمل المسافر عليه متاعه وطعامه ومن مات وعليه حجة الإسلام ولم يوص به لا يجب على الوارث أن يحج عنه لأن الحج عبادة فلا يتأدى إلا بنفسه حقيقة أو حكماً وقضية هذا أنه لا يسقط عنه لو حج عنه غيره بغير أمره إلا أنا قلنا لو حج الوارث عنه أو أحج سقط عنه استحساناً لحديث الخثعمية رضي الله عنها ولما روي أن رجلاً قال: يا رسول الله إن أُمِّي ماتت ولم تحج ⁷¹⁴ أفأحج عنها؟ قال: نعم كذا في شرح المصنف رحمه الله **(ويُحج)** أي الورثة يجعلون رجلاً حاجاً عن الميت الذي أوصى بأن يحج عنه وقوله **(من منزله)** متعلق بقوله يحج لأن الحج كان واجباً على الموصي من منزله فكذا يفعل من ينوب عنه وهذا إذا كفته النفقة من الإحجاج عن منزله وإن لم يكفه فمن مكان يكفيه وهذا معنى قوله **(فإن لم تبلغ النفقة)** أي الإحجاج من منزله **(فمن حيث تبلغ)** النفقة لأن تنفيذ وصيته واجب ما أمكن **(وكذلك)** يحج من منزله **(إن مات)** الحاج لنفسه **(في الطريق فأوصى)** بأن يحج عنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله من حيث مات الموصي

⁷¹³ وقال الشافعي رحمه الله يقع حج الصرورة عنه لا عمن نواه

⁷¹⁴ ابن ماجه، "المناسك" 9.

وعلى هذا الخلاف إذا مات المأمور بالحج في الطريق لهما أن خروجه من بلده معتد به غير ساقط الاعتبار قال الله تعالى ﴿ومن يخرج من بيته مهاجرا إلى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله﴾⁷¹⁵ وقال عليه السلام: "من مات في طريق الحج كتب له حجة مبرورة في كل سنة"⁷¹⁶ وله قوله عليه السلام: "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلث"⁷¹⁷ الحديث ولأن ما مضى من السفر لم يقع معتداً به لعدم إيصاله بالمقصود فصار كأنه لم يخرج وعدم بطلانه كان من جهة الثواب في الآخرة وأما تنفيذ الوصية فمن أحكام الدنيا فيبطل في حقها فيبدأ من وطنه

باب الهدي

وهو اسم ما ينقل للذبح من النعم إلى الحرم

(وهو من الإبل والبقر والغنم) اعتبارا بالضحايا وسئل عليه السلام عن الهدي فقال: "أدناه شاة"⁷¹⁸ فلما جعل الشاة أدنى لأبد أن يكون له أعلى والتعرف الجزور (ولا يجزئ ما دون الشاة إلا الجزع من الضأن) والشاة من الغنم والمعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الإبل ابن خمس سنين لأن الهدي قرابة تعلقت بإراقة الدم فيعتبر بالضحايا قال عليه السلام: "ضحوا بالثنايا إلا أن يعسر عليكم فاذبحوا الجزع من الضأن"⁷¹⁹ ثم الضأن جمع الضائن وهو خلاف المعز كالركب جمع الراكب والمعز جمع الماعز والجذع بفتح الذال المعجمة من الضأن ما له ستة أشهر وقيد بقوله "من الضأن" لأن الجذع من الإبل وهو ابن أربع سنين ومن البقر ابن سنة غير جائز (ولا يذبح هدي التطوع والمتعة والقران إلا في يوم النحر ويأكل منها) لقوله تعالى ﴿فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم﴾⁷²⁰ وقضاء التفث يختص بيوم النحر فكذا الذبح يختص به ليكون الكلام مردودا على نسق واحد وقد صح أنه عليه السلام أكل من لحم هديه وحسا من مرقه⁷²¹

⁷¹⁵ سورة النساء، الآية: 100

⁷¹⁶ البيهقي، شعب الايمان، 3/ 474

⁷¹⁷ أبو داود، "الوصايا" 14.

⁷¹⁸ قال الزيلعي: غريب ولم أجده. نصب الراية، 3/ 200.

⁷¹⁹ أبو داود، "الأضاحي" 4-5.

⁷²⁰ سورة الحج، الآية: 29.

⁷²¹ ابن ماجه، "الأضاحي" 15.

(ويذبح بقية الهدايا متى شاء) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز إلا في يوم النحر اعتباراً بالمتعة والقران إذ كل واحد دم جبر عنده ولنا أن هذه دماء كفارات فلا يختص بيوم النحر لأنها لما وجبت بجبر النقصان كان التعجيل بها أولى لارتفاع النقصان به من غير تأخير بخلاف دم المتعة والقران لأنه دم نسك **(ولا يأكل منها)** أي ولا يأكل من دماء الكفارات والنذور وهدي الإحصار لأن الواجب فيها التصديق وقد نهى النبي عليه السلام عن أكلها⁷²² **(ولا يذبح الجميع إلا في الحرم)** أي ولا يجوز ذبح الهدايا كلها إلا في الحرم لقوله تعالى في جزاء الصيد ﴿هديا بالغ الكعبة﴾⁷²³ فصار أصلاً في كل دم هو كفارة ولأن الهدي اسم لما يهدى إلى مكان ومكانه الحرم **(والأولى أن يذبح بنفسه إن كان يحسن)** الذبح أي يعلمه لما روي أن النبي عليه السلام ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر سبعة وستين بنفسه وولّى الباقيّة علياً رضي الله عنه⁷²⁴ ولأنه قرينة والتولي في القربات أولى **(ويتصدق بجلالها)** جمع جُلّ **(وخطامها)** وهو جبل يجعل في عنق البعير **(ولا يعطي أجرة القصاب منها)** لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه: "تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط أجر الجزار منها"⁷²⁵ **(ولا تجزئ العوراء)** وهي التي ذهبت إحدى عينيها **(والعرجاء التي لا تمشي إلى المنسك)** وهو الموضع الذي يذبح فيه النساء **(والعجفاء التي لا تنقي ومقطوعة الإذن والذنب)** بناء على أن الهدي ملحقة بالأضحية في الأوصاف المانعة والمجوزة قال عليه السلام: "لا تجزئ في الضحايا أربعة العوراء البيّن عورها والعرجاء البيّن عرجها والمريضة البيّن مرضها والعجفاء التي لا تنقي"⁷²⁶ أي المهزولة التي لا نقي لها وهو المخ وقال عليه السلام: "استشرفوا العين والإذن"⁷²⁷ أي تأملوا سلامتهما **(فإن ذهب البعض)** أي بعض الإذن والذنب والعين وغير ذلك من الأعضاء **(إن نقص)** الذاهب **(عن الثلث يجوز)** لأن الثلث كثير بالنص فلو كان ثلثاً فما زاد لا يجوز وفي رواية الربع كثير لقيامه مقام الكل كما في مسح الرأس وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن كان أقل من النصف يجوز لأن الحكم للغالب وفي النصف عن أبي

⁷²² مسلم، "الزكاة" 161؛ أبو داود، "الزكاة" 29؛ الدارمي، "الزكاة" 16.

⁷²³ سورة المائدة، الآية: 95.

⁷²⁴ مسلم، "الحج" 147.

⁷²⁵ مسلم، "الحج" 348.

⁷²⁶ ابن ماجه، "الأضاحي" 8.

⁷²⁷ ابن ماجه، "الأضاحي" 8.

يوسف رحمه الله روايتان ثم طريق معرفة ذهاب العين أن تشد العين المفقوثة فيقرب إليها العلف إذا كانت جائعة فينظر أنها من أي مكان رأت العلف فينظر إلى تفاوت ما بين المكانين فإن كان ثلثا فقد ذهب الثلث وهكذا

(وتجوز الجماء) بتشديد الميم وهي التي لا قرن لها لأن القرن لا يتعلق به المقصود **(والخصي)** لأنه عليه السلام ضحّي بكبشين أملحين موهوئين أي خصيين⁷²⁸ **(والثولاء)** بالثاء المثلثة هي المجنونة التي تعلف لأن المقصود اللحم والجنون غير مغل به حتى لو كانت لا تعلف لا يجوز **(والجرباء)** وهي التي لها جرب لأن الجرب يكون في الجلد أما اللحم الذي هو المقصود لا نقصان فيه حتى لو هزلت بأن وصل الجرب إلى اللحم لا يجوز

(ولا يركب الهدي) لأن في ركوبها استهانة بها وتعظيمها واجب قال الله تعالى ﴿ومن يعظم شعائر الله فإنها من تقوى القلوب﴾⁷²⁹ والتقوى واجب فيكون التعظيم واجبا **(إلا عند الضرورة)** لما روي أنه عليه السلام رأى رجلا يسوق بدنة فقال: "اركبها ويْلَكَ"⁷³⁰ وتأويله أنه كان عاجزا محتاجا إلى ركوبها **(فإن نقصت)** الهدي **(بركوبه ضمنه)** لأنه بدل جزئها وكذلك إذا نقصت من الحمل عليها لما بيناه **(فإن كان لها لبن لم يجلبها)** لأن اللبن متولد منها فلا يصرفها إلى حاجة نفسه وينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن وهذا إذا قرب من وقت الذبح فأما إذا كان بعيدا حلبها دفعا للضرر عنها **(فإن حلبه تصدق به)** أي بالحلاب وهو اللبن لما قلنا **(وإن ساق هديا فعطب)** أي هلك **(في الطريق فإن كان)** الهدي **(تطوعا فليس عليه غيره)** لأن القرية تعلقت بهذا المحل وقد فات **(وإن كان)** الهدي **(واجبا صنع به ما شاء)** لأنه لما خرج عما عينه عاد ملكا له فيصنع به ما شاء **(وعليه بدله)** لأن الواجب باق في ذمته **(ويقلد هدي التطوع والمتعة والقران)** لأنه دم نسك وفي التقليد إظهاره وتشهيره فيليق به وإظهار الطاعات للاقتداء بها حسن قال الله تعالى ﴿إن تبدوا الصدقات فنعماً هي﴾⁷³¹ ثم المراد من الهدي هنا البدن أما الغنم فلا يقلد لعدم جريان العادة به **(دون غيرها)** أي ولا يقلد دم الجنائيات والإحصار لأن الستر أليق بها

⁷²⁸ ابن ماجه، "الأضاحي" 1.

⁷²⁹ سورة الحج، الآية: 32.

⁷³⁰ مسلم، "الحج" 371.

⁷³¹ سورة البقرة، الآية: 271.

كتاب البيوع

البيع في اللغة مطلق المبادلة وكذلك الشراء سواء كانت في مال أو غيره قال الله تعالى ﴿إِنْ اللَّهُ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ﴾⁷³² وقال ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرَوُا الضَّلَالَةَ بِالْهَدَى وَالْعَذَابَ بِالْمَغْفِرَةِ﴾⁷³³ وفي الشرع مبادلة المال بالمال وإنما جمعه باعتبار أنواعه من المقايضة والسلم والمداينة والصرف ثم هو من الأضداد ويقع في الغالب على إخراج المبيع عن الملك قصدا والشراء كذلك من الأضداد ويقع في الغالب على إخراج الثمن عن الملك قصدا وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾⁷³⁴ والسنة وهي كثيرة وإجماع الأمة والمعقول وهو أن الحاجة ماسة إلى شرعيته فإن الناس يحتاجون إلى الأعواض والسلع والطعام والشراب الذي في أيدي بعضهم ولا طريق لهم إلا البيع والشراء ثم

اعلم أن البيع ينعقد بصدور ركنه من أهله في محل قابل لحكمه كسائر العقود الشرعية فأهله كل عاقل مميز ومحلّه المال لأنه ينبئ عنه شرعا وحكمه ثبوت الملك للمشتري في المبيع وللبائع في الثمن وركنه الإيجاب والقبول ولذا قال البيع **(ينعقد)** الانعقاد عبارة عن انضمام أحد الكلامين إلى الآخر **(بالإيجاب)** وهو ما ذكر أولا سواء كان من جانب البائع أو المشتري وإنما سمي إيجابا لأنه أوجب الجواب على صاحبه **(والقبول)** وهو ما ذكر ثانيا **(بلفظي الماضي كقوله بعث واشتريت)** حتى لو كان أحدهما مستقبلا لا ينعقد وإنما شرطت صيغة الماضي لأن صيغة المستقبل لا يدل على الوجود جزما فيحمل على العدة فلا يدل على الإنشاء وأما صيغة الماضي فدالة على الوجود فإذا لم يسبق المخبر به يحمل على الإنشاء ضرورة تصحيح كلامه **(وكل لفظ يدل على معناهما)** أي على معنى بعث واشتريت كقولك أعطيتك بكذا أو ملكتك بكذا فقال قبلت أو رضيت أو أمضيت لأنه يدل على معنى القبول والرضي والعبرة للمعاني

(وبالتعاطي) أي ينعقد البيع أيضا بإعطاء المبيع والثمن من الجانبين بلا إيجاب ولا قبول لوجود التراضي بينهما في التعاطي وهو المعتبر في الباب وقيل يكفي في التعاطي الإعطاء من أحد الجانبين كمن وضع فلسا وأخذ قطعة

⁷³² سورة التوبة، الآية: 111 .

⁷³³ سورة البقرة، الآية: 175 .

⁷³⁴ سورة البقرة، الآية: 275 .

حلوا مقدرة به **(وإذا أوجب أحدهما البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل وإن شاء رد)** أي في المجلس وهذا خيار القبول لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه وإذا لم يُفد الحكم بدون قبول الآخر للموجب أن يرجع لخلوه عن إبطال حق الغير ويمتد هذه الخيار إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة **(وأيهما قام)** عن المجلس **(قبل القبول بطل الإيجاب)** لأن القيام دليل الإعراض والرجوع وله ذلك على ما مر **(فإذا وجد الإيجاب والقبول لزمهما البيع بلا خيار مجلس)** وقال الشافعي رحمه الله يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام: "المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا"⁷³⁵ ولنا أن في الفسخ إبطال حق الآخر فلا يجوز والخيار فيما رواه محمول على خيار القبول وتفريقهما محمول على التفريق بالأقوال لأنه يحتمله فيحمل عليه توفيقا **(ولا بد من معرفة المبيع معرفة نافية للجهالة)** لأن جهالته يفضي إلى النزاع المانع من التسليم فيعري العقد من المقصود وكل جهالة هذه صفتها يمنع الجواز فإن كان المبيع حاضرا تكتفي بالإشارة لأنها موجبة للتعريف قاطعة للمنازعة وإن كان غائبا فإن كان مما يعرف بالأنموذج كالكيلى والوزني والعدي المتقارب ف رؤية الأنموذج ك رؤية الجميع إلا أن يختلف فيكون له خيار العيب وإن كان مما لا يعرف بالأنموذج كالثياب والحيوان فيذكر له جميع الأوصاف قطعاً للمنازعة ويكون له خيار الرؤية كذا في شرح المصنف رحمه الله

(ولا بد من معرفة مقدار الثمن وصفته) بأن قال عشرة دينار بخاري أو سمرقندي لأن جهالتها أو جهالة أحدهما يفضي إلى النزاع وأنه مانع من الجواز لما مر **(إذا كان في الذمة)** قيد به لأنه إذا كان مشاراً إليه لا يحتاج إلى معرفة مقداره **(ومن أطلق الثمن)** أي ذكر القدر دون الصفة بأن قال اشترت عشرة دراهم ولم يقل إنها بخارية أو سمرقندية **(فهو على غالب نقد البلد)** لأنه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف إليه فلو قال: اشترت هذه الدار بعشرة أو هذا الثوب بعشرة أو هذا البطيخ بعشرة وهو في بلد يتعامل الناس بالدنانير والدراهم والفلوس انصرف في الدار إلى الدنانير وفي الثوب إلى الدراهم وفي البطيخ إلى الفلوس بدلالة العرف

(ويجوز بيع الكيلى والوزني كيلا ووزنا ومجازفة) وهذا إذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام: "إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم"⁷³⁶ ولأنه لا ربا إلا عند المقابلة بالجنس لأنه لا يتحقق الزيادة إلا فيه ثم المجازفة بمعنى

⁷³⁵ النسائي، "البيع" 9.

⁷³⁶ مسلم، "المساقاة" 81.

الجزاف وهو معرب كزاف وهو البيع بالحدس بلا كيل ووزن **(ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم)** بنصب كل بدل عن صبرة **(جاز) البيع (في قفيز واحد)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يجوز في الكل لأن إزالة الجهالة بيدهما بالكيل فلا يكون مانعة من صحة العقد كما إذا باع أحد العبدین على أنه بالخيار في تعيين أحدهما وله أنه تعذر الصرف إلى الجميع لجهالة المبيع والثلث فيصرف إلى الأقل وهو الواحد لأنه معلوم إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس ومتى جاز البيع عنده في قفيز واحد تخير المشتري لتفرق الصفقة عليه ⁷³⁷ **(ومن باع قطع غنم كل شاة بدرهم لم يجز البيع في شيء منها والثياب كالغنم)** فلو باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان لم يجز في الكل وكذا كل معدود متفاوت وعندهما رحمهما الله يجوز في الكل لما مر وله أن قضية ما ذكرنا الجواز في واحد غير أن الواحد في هذه الأشياء يتفاوت فيؤدي إلى المنازعة

(فإن سمي جملة القفزان والذرعان والغنم جاز في الجميع) لانتفاء الجهالة وزوال المانع ثم لا فرق بين أن يسمى الجملة في العقد أو في المجلس كحالة العقد **(ومن باع دارا دخل مفاتيحها وبنائها في البيع)** أما المفاتيح فلأن الإغلاق تدخل في البيع لأنها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لأنه بمنزلة بعض منه إذ لا ينتفع به بدونه وأما البناء فلأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولأنه متصل به إيصال قرار فيكون تبعا له **(وكذلك الشجر)** أي وكذلك يدخل الشجر في بيع الأرض وإن لم يسمه لأنه متصل به للقرار فأشبه البناء في بيع الدار **(ولا يدخل الزرع)** في بيع الأرض **(والثمرة)** في بيع الشجر لأن اتصالهما ليس للقرار فأشبه المتاع في بيع الدار ويقال للبائع أقلع الزرع وأقطع الثمرة وسلم المبيع لأنه يجب عليه تسليم المبيع إلى المشتري عملا بمقتضى البيع ولا يمكن ذلك إلا بالتفريغ فيجب عليه ذلك **(إلا بالتسمية)** أي بتسمية المشتري أن يكون الزرع له في بيع الأرض والثمرة له في بيع الشجر لأن الاتصال وإن كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء قال عليه السلام: "من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترطها المبتاع" ⁷³⁸

(ويجوز بيع الثمرة قبل صلاحها) لأنه مال متقوم منتفع به في الحال أو في المآل ويجب قطعها للحال تفريغا لملك البائع هذا إذا باع مطلقا أو بشرط القطع فإن باع وشرط تركها على الشجر فسد البيع لأنه إعارة أو إجارة فيكون

⁷³⁷ لأنه اشترى صبرة وانعقد البيع في قفيز

⁷³⁸ البخاري، "البيع" 90؛ ابن ماجه، "التجارات" 31.

صفقتين في صفقة وأنه منهى عنه وكذا بيع الزرع بشرط الترك **(ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منها أوطالا معلومة)** لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول وقيل يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناءه من العقد ويبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناءه والحمل وأطراف الحيوان لا يجوز بيعه فكذا استثناءه

(ويجوز بيع الحنطة) حال كونها **(في سنبليها والباقي)** بتشديد اللام والقصر وإذا قلت الباقلاء خفت اللام **(في قشره)** أي حال كونه في قشره الأخضر وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وكذا اللوز والجوز والفسق وله في بيع السنبلة قولان لأن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه ولنا أنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع بينهما كونه مالا متقوما ثم إنه على البائع تخليصه بالدياس والتذرية وتسليمه إلى المشتري

(ويجوز بيع الطريق وهبته ولا يجوز ذلك في المسيل) لأن الطريق موضع الأرض معلوم الطول والعرض فيجوز والمسيل موضع سيلان الماء وهو مجهول لأنه يقل ويكثر فلا يجوز **(ومن اشترى سلعة بثمان سلمه أولا)** تحقيقا للمساواة بين المتعاقدين لأن المبيع يتعين بالتعيين والثمان لا يتعين إلا بالقبض فلذا شرط تسليمه أولا

(إلا أن يكون) الثمن (مؤجلا) لأنه أسقط حقه بالتأجيل **(وإن باع سلعة بسلعة)** وهو المقايضة **(أو ثمننا بثمان)** وهو الصرف **(سلم معا)** لاستوائهما في التعيين فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع **(ولا يجوز بيع المنقول قبل القبض)** لأنه عليه السلام نهى عن بيع مالم يقبض⁷³⁹ ولأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك **(ويجوز) البيع قبل القبض (في العقار)** وقال محمد رحمه الله لا يجوز لإطلاق ما روينا واعتبارا بالمنقول ولهما أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله ولا غرر فيه لأن الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدليل الجواز **(ويجوز الزيادة)** على القدر المذكور **(في الثمن والسلعة والخط)** ويجوز حط البائع **(من الثمن)** للمشتري بعد تعيينه فيه اعلم الزيادة والخط يلتحقان بأصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمننا لأنه يصير ملكه عوض ملكه وكذا الخط لأن كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن إخراجه فصار برا مبتدئا ولنا أنهما بالخط والزيادة تغيران العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه خاسرا أو رابحا أو عدلا ولهما

⁷³⁹ البخاري، "البيع" 55.

ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير وصار كما إذا أسقط الخيار أو شرطاه بعد العقد **(ومن باع بثمن حالّ**

ثم أجّله صح) لأنه حقه ألا يرى أنه يملك إسقاطه فيملك تأجيله **(وكل دين حالّ يصح تأجيله)** لما ذكرنا

(إلا القرض) فإن تأجيله لا يصح أي لا يلزم حتى لو أجّله عند الإقراض مدة معلومة لا يثبت الأجل وله أن

يطالبه في الحال وقال مالك رحمه الله يجوز تأجيله لأنه دين كسائر الديون فإذا أجّله لا يطالبه قبل الأجل ولنا أن

القرض إعارة في الابتداء ولهذا لا يصح الإقراض إلا من أهل التبرع ولو جاز تأجيله يلزم أن يمنع المقرض عن

المطالبة قبل الأجل ولا جبر في التبرع ومعاوضته في الانتهاء ولا يجوز التأجيل فيه لأنه يصير بيع الدرهم بالدرهم

نسيئة وهو رباً

اعلم أن القرض مال يقطعه من أمواله فيعطيه والدين يشمل على ما وجب في ذمته ديناً بعقد أو استهلاك وما

صار ديناً في ذمته باستقرضه فالدين أعم من القرض **(ويجوز التصرف في الثمن)** وهو يكون هبة أو بيع أو غيرهما

إذا كان عينا أما إذا كان ديناً فالتصرف فيه هو تملكه ممن عليه الدين بعوض أو بغير عوض لأن تملكه من غير

من عليه الدين غير جائز **(قبل قبضه)** أي ويجوز تصرف البائع في ثمن المبيع قبل قبض الثمن لقيام المطلق وهو

الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعيينها بالتعيين بخلاف المبيع **(ومن ملك جارية يحرم عليه وطئها**

ودواعيه) كالمس والقبلة والنظر إلى فرجها **(حتى يستبرئها)** أي يطلب براءة رحمها **(بحيضة أو شهر أو وضع**

الحمل) الأصل فيه قوله عليه السلام في سبايا أوطاس إلا لا توطئ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى حتى

يستبرئن بحیضة⁷⁴⁰ نهى عن وطئ النساء المملوكات بالسبي إلى غاية الاستبراء فيتعلق الحكم به عند تجدد الملك

بأي سبب كان كالشراء والهبة والوصية والميراث ونحوها وكما يحرم الوطئ تحرم دواعيه احترازاً عن الوقوع فيه

كما في العدة **(والاستبراء)** في الحامل بوضع الحمل لما روينا **(وفي)** ذوات الأشهر بالشهر لأنه أقيم في حقهن مقام

الحيض كما في المعتدة **(ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع)** سواء كان معلماً أو غير معلّم وقال الشافعي رحمه الله

لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام: "إن من السحت مهر البغي وثمان الكلب"⁷⁴¹ ولأنه نجس العين والنجاسة

تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر بإعزازه وهما متنافيان فلا يجتمعان ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الكلب

⁷⁴⁰ الترمذي، "السير" 15، أحمد بن حنبل، 4 / 127.

⁷⁴¹ الترمذي، "النكاح" 37.

إلا كلب صيد أو ماشية⁷⁴² ولأنه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع كذا في الهداية

(وأهل الذمة في البيع كالمسلمين) لقوله عليه السلام: "فإذا قبلوا الجزية فأَعْلَمَهُمْ أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولأنهم مكلفون محتاجون كالمسلمين"⁷⁴³ **(ويجوز لهم بيع الخمر والخنزير)** لأنه من أعز الأموال عندهم وقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون يؤيده قول عمر رضي الله عنه: "وَلَوْ هُمْ يَبِيعُهَا وَخَذُوا الْعَشْرَ مِنْ أَثْمَانِهَا"⁷⁴⁴ **(ويجوز بيع الأخرس وسائر عقود الإشارة المفهومة)** بناء على أن الإشارة المفهومة من الأخرس حجة في

حق هذه الأحكام للضرورة لأنها من حقوق العباد بخلاف الحدود لأنها تندري بالشبهات **(ويجوز بيع الأعمى وشرائه)** لأن الناس تعاقدوا ذلك من لدن الصدر الأول إلى يومنا هذا من غير نكير ويثبت له خيار الرؤية لأنه اشترى ما لم يره **(ويسقط خيار الرؤية)** من الأعمى إذا اشتراه **(بجس المبيع)** أي بمسه إذا كان يعرف بالجلس **(أو شمه)** إذا كان يعرف بالشم **(أو بذوقه)** إذا كان يعرف بالذوق كما في البصير وحكي أن أعمى اشترى أرضا سبخة فمسها باليد فوجدها لا نبات فيها فقال هذه الأرض لا تكسو نفسها فكيف تكسوني علم به أن بالمس يعرف الشيء **(وفي العقار بوصفه)** أي ويسقط خيار الأعمى إذا اشترى العقار بوصفه بما بلغ ما يمكن لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن أبي يوسف رحمه الله إذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه فقال قد رضيت يسقط خياره وعن الحسن رحمه الله يوكل وكيله يقبضه وهو يراه

فصل في الإقالة

وهي في اللغة الرفع والإسقاط وفي الشرع عبارة عن رفع العقد **(الإقالة جائزة)** لقوله عليه السلام: "من أقال نادما بيعته أقال الله عثراته يوم القيامة"⁷⁴⁵ ولأن للناس حاجة إليها كحاجتهم إلى البيع فيكون مشروعة

⁷⁴² الترمذي "البيع" 46.

⁷⁴³ مسلم، "الجهاد والسير" 6.

⁷⁴⁴ عبد الرزاق، المصنف، 8/ 195.

⁷⁴⁵ أحمد بن حنبل، 2/ 252.

(ويتوقف) الإقالة (على القبول في المجلس) لأنها بمنزلة البيع لما فيها من التملك (وهي فسخ في حق المتعاقدين بيع) جديد (في حق ثالث) أما كونها فسخا في حق المتعاقدين فتظهر فائدته في مسائل منها أنها لو سميا في الإقالة خلاف الثمن الأول يكون الشرط باطلا والإقالة صحيحة وهذا قوله (ويجوز) الإقالة (بمثل الثمن الأول فإن شرط أقل أو أكثر) من الثمن الأول (أو جنسا) أي شرط جنسا (آخر يلزمه) الثمن (الأول لا غير) ومنها أنها لا تفسد بالشروط الفاسدة كما يفسد البيع (ومنها) أنها إذا تقايلا جاز للبائع بيع المبيع قبل قبضه (ومنها) أن المبيع إذا كان مكيلا يجوز للبائع بيعه بلا إعادة الكيل ولو كانت الإقالة بيعا في حقها لما جاز كل منها وأما كونها بيعا جديدا في حق ثالث فتظهر فائدته في مسائل منها أن البيع لو كان عقارا فسلم الشفع الشفعة في بيعه جاز له أن يأخذها في إقالته ومنها أن المشتري إذا باع المبيع من آخر ثم تقائلا فاطلع البائع على عيب كان عند البائع الأول ليس له أن يرده عليه لأنه بيع في حقه ومنها أن الموهوب له إذا باع الموهوب من آخر ثم تقائلا ليس للواهب الرجوع من هبته لأن الموهوب له في حق الواهب بمنزلة الشرى منه والكلام هنا طويل الذيل بعيد الغور وهذا المقدار مقنع وكفاية الله ولي التوفيق والهداية (وهلاك المبيع يمنع منها) لأن الفسخ يقتضي قيام البيع وهو بقاء المبيع (وهلاك بعضه يمنع بقدره) لقيام البيع في الباقي (وهلاك الثمن لا يمنع) من الإقالة لقيام البيع بدونه ولو تقايضا فهلاك أحدهما لا يمنع الإقالة ولو تصارفا فهلاك البديلين لا يمنع منها والفرق في شرح المصنف رحمه الله

باب الخيارات

فصل في خيار الشرط

(خيار الشرط جائز للمتبايعين ولأحدهما ثلاثة أيام وما دونها) الأصل فيه قوله عليه السلام لحيان بن منقذ وكان يُجَدِّع في البياعات: "إذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام"⁷⁴⁶ ولا يجوز أكثر من ذلك وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقالوا رحمهما الله يجوز إذا ذكر مدة معلومة لأن الخيار شرع نظرا للمتعاقدين للاحتراز عن الغبن وقد لا يحصل ذلك في الثلاث فيكون مفوضا إلى رأيه وعن ابن عمر رضي الله عنه أنه أجاز البيع إلى شهرين⁷⁴⁷ وله أن البيع سبب الملك والأصل أن لا يتراخى الحكم عن سببه إلا أن الخيار ثبت بالنص على

⁷⁴⁶ البخاري، "البيع" 48.

⁷⁴⁷ قال الزيلعي: قلت غريب جدا. نصب الرأية، 4 / 16.

خلاف القياس فيقتصر على مورده فلا يجوز في الزيادة عليه عملاً بالأصل وأما جواز ما دونها فلضرورة كونها من أجزائها **(ومن له الخيار لا يفسخ إلا بحضرة صاحبه)** كني بالحضرة عن العلم فأطلق السبب وأراد المسبب إذ الحضرة سبب العلم **(ويجيز)** من له الخيار **(بحضرة غيبته)** وقال أبو يوسف رحمه الله يفسخ بغيبته أيضاً لأن الخيار أثبت له الإجازة والفسخ فكما يجوز الإجازة مع الغيبة فكذا الفسخ ولهما أنه فسخ عقد فلا يصح من أحدهما كالأقالة بخلاف الإجازة لأنه إبقاء حق الآخر فلا يحتاج إلى عمله والفسخ إسقاط حقه فاحتاج إليه فإن فسخ بغيبته فعلم به في المدة تم الفسخ وإن لم يعلم حتى مضت المدة تم العقد **(وخيار الشرط لا يورث)** وقال الشافعي رحمه الله يورث لأنه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الإرث كخيار العيب وخيار التعيين ولنا أن الخيار ليس إلا إرادة ومشية فلا يتصور انتقاله والإرث فيما يقبل الانتقال **(ومن اشترى عبداً على أنه خباز وكان بخلافه فإن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده)** لأن هذا وصف والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فيأخذه بجميع الثمن إلا أنه فاته وصف مرغوب فيه مستحق بالعقد فبفواته يثبت له الخيار لأنه ما رضي بدونه كوصف السلامة وعلى هذا اشتراط سائر الحرف **(وخيار البائع لا يخرج المبيع عن ملكه)** لأن خروجه إنما يكون برضي البائع والخيار ينفيه فيصح تصرف البائع في المبيع في مدة الخيار تصرف المالك من الهبة والوطء وغيرهما ويصير فسخاً للبيع **(وخيار المشتري يخرج به)** أي وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لأن البيع في جانب الآخر لازم وهذا لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لأنه شرع نظراً له دون الآخر **(ولا يدخله في ملكه)** أي ولا يدخله خيار المشتري في ملك المشتري فلا يملكه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يملكه لأنه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا إلى مالك وهو غير معهود في الشرع وله أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة يقتضي المساواة ولأن الخيار شرع نظراً للمشتري ليتروى⁷⁴⁸ فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بأن كان قريبه فيفوت النظر وثمره الخلاف تظهر فيما إذا اشترى زوجته بالخيار لم تفسد النكاح عنده لأنه لا يملكها ويفسد عندهما لأنه يملكها وفيما اشترى ذا رحم محرم منه لم يعتق عليه عنده ويعتق عندهما

(ومن شرط الخيار) سواء كان بائعاً أو مشترياً (لغيره جاز) فقيده المشتري في الكنز اتفاقاً

(وثبت لهما) أي وثبت له الخيار للشارط ولذلك الغير وهذا استحسان والقياس ألا يجوز ذلك وهو قول زفر رحمه الله لأن الخيار موجب العقد فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كالثمن وجه الاستحسان أنه ثبت له ابتداء ثم للغير نيابة تصحيحاً لتصرفه وأيهما أجاز جاز وأيهما فسخ انفسخ فإن أجاز أحدهما وفسخ الآخر فالحكم للأسبق وإن تكلمنا معاً فالحكم للفسخ⁷⁴⁹ في رواية ولتصرف المالك في أخرى (ويسقط الخيار بمضي المدة وبكل ما يدل على الرضي كالركوب والوطء والعنق ونحوه) اعلم أن الخيار تسقط بثلاثة أشياء أحدها الإسقاط صريحاً كقوله أسقطت الخيار أو أبطلته أو أجزت البيع أو رضيت به لأنه تصريح بالرضي فيبطل الخيار والثاني الإسقاط دلالة وهو كل فعل يوجد من له الخيار لا يحل لغير المالك لأنه رضي بالملك وذلك مثل الوطء واللمس والقبلة والنظر إلى الفرج بشهوة وكذلك الركوب لا يجوز لغير المالك فإن ركبها ليردها أو ليسقيها أو ليشتري لها علفاً فهو خياره كذا قرره المصنف رحمه الله في شرحه وهذا صريح بأن ركوب الدابة لو لم يكن لهذه الأشياء يسقط الخيار وفي الفصول ولو ركب الدابة مرة لا تبطل خيار الشرط وإن ركب مرتين تبطل ويفهم من عبارة صاحب الهداية في باب خيار العيب أن الركوب لا يسقط خيار الشرط ولكنه يسقط خيار العيب وكذلك كل فعل لا يثبت حكمه في غير الملك دليل إسقاط كالعنق والتدبير والكتابة والبيع والإجارة والرهن والهبة مع القبض والعرض على البيع لأن كل ذلك يدل على الرضي بالملك والثالث سقوط الخيار بطريق الضرورة كمضي مدة الخيار وموت من له الخيار

فصل في خيار الرؤية

(من اشترى مالم يره جاز وله خيار الرؤية) أي إن شاء أخذه وإن شاء تركه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لأن البيع مجهول ولنا قوله عليه السلام: "من اشترى مالم يره فله الخيار إذا رآه"⁷⁵⁰ ولأن الجهالة بعدم الرؤية لا يفضي إلى المنازعة لأنه لو لم يوافقه يرده وإذا جاز العقد ثبت له الخيار بالحديث وإنما يثبت الخيار عند الرؤية حتى لو أجاز البيع قبلها لا يلزم ولا يسقط خياره بصريح الإسقاط قبلها لأنه خيار ثبت شرعاً فلا يسقط بإسقاطه بخلاف

⁷⁴⁹ والصواب "للفاسخ"

⁷⁵⁰ البيهقي، السنن الكبرى، 8 / 96.

خيار الشرط والعيب لأنها ثبتا بشرطهما **(ومن باع مالم يره)** بأن ورث شيئاً فباعه قبل الرؤية **(فلا خيار له)** لأن البائع لو رده لرده باعتبار أن المبيع زائد عما ظنه فلا يجوز رده كما لا يرد إذا باع على زعم أنه معيب فظهر سلباً

(ويسقط) خيار الرؤية **(برؤية ما يوجب العلم بالمقصود كوجه الأدمي ووجه الدابة وكفلها ورؤية الثوب مطويا ونحوه)** الأصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود فالوجه من الأدمي هو المقصود ألا يرى أن الثمن يزداد وينقص بالوجه وكذلك الوجه والكفل في الدابة فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم في دواب الركوب وأما الثوب فالمراد الثوب الذي لا يخالف باطنه الظاهر أما إذا كان مخالفاً له فلا بد من رؤية الباطن وكذلك لا بد من رؤية العلم لأنه المقصود اعلم أن خيار الرؤية غير موقت بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله وهو ما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف فالمصنف رحمه الله شرع فيه وقال **(فإن تصرف فيه)** أي فإن تصرف المشتري في المبيع **(تصرفاً لازماً)** أي غير قابل للفسخ كالإعتاق والتدبير وكذا إذا تصرف تصرفاً يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق والرهن والإجارة

(أو تعيب في يده) أي تعيب المبيع في يد المشتري **(أو تعذر رد بعضه)** سبب هلاك بعضه أو مات المشتري **(بطل الخيار)** أي بطل خيار الرؤية في هذه الصور كلها أما في الأولى فلأنه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار ضرورة قلت إنما قيد التصرف باللازم احترازاً عن التصرف الغير اللازم كالبيع بشرط الخيار والعرض على البيع والهبة من غير تسليم فإنه لا يبطل الخيار قبل الرؤية وأما في الثانية فلأن في رد المعيب إضراراً بالبائع وأما في صورة هلاك البعض فلأنه لو رد بعضه الباقي لزم تفريق الصفقة قبل التمام وأما في الرابعة فلأن خيار الرؤية لا تنتقل إلى الورثة **(ولو رأى بعضه فله الخيار إذا رأى باقيه)** صورته رأى أحد الثوين فاشترهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما لأن رؤية أحدهما لا يكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلاً يكون تفريقاً للصفقة قبل التمام لأن الصفقة لا يتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضئ ويكون فسخاً من الأصل **(وما يعرض بالأنموذج)** كالملك والموزون والأنموذج بالضم والنموذج بالفتح تعريب نموده كذا في المعرب **(ورؤية بعضه كروية كله)** لأن رؤية البعض يعرف وصف البقية إلا إذا كان الباقي أزدى مما رأى فحينئذ له خيار العيب هذا إذا كان في وعاء واحد بلا خلاف وإن كان في وعاءين فرأى ما في أحد الوعاءين اختلف المشايخ فيه وإنما وضع المسئلة فيما يعرض بالأنموذج لأن فيما لا يعرض به كالثياب والدواب لا بد من رؤية الكل فلا يسقط الخيار إلا برؤية الكل وهي المسئلة المتقدمة وبهذا ظهرت مناسبة

الاتصال بين المسئلتين فافهم وتأمل مرتين **(ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار إن شاء رده وإن شاء أجازته صريحا)** بأن قال أجزت أو دلالة بأن قبض الثمن من مشتريه وقال الشافعي رحمه الله تصرفات الفضولي وهو العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه كلها باطلة قال في المنظومة والعقد لا يوقف للإجازة أو جزت أصلا فاغتنم إيجازه له أنها لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد فقدنا ولنا أن ركن التصرف صدر من أهله مضافا إلى محله ولا ضرر في انعقاده للمالك مع تخيره بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء وفيه نفع المشتري ثم الإجازة من المالك إذا كان المبيع قائما والمتعاقدان بحالهما ولذا قال **(إن كان المبيع والمتبايعان)** أي البائع الفضولي والمشتري **(بحالهم)** لأن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه

فصل في خيار العيب

العيب ما يخرج عنه أصل الفطرة وهو نوعان ظاهر كالشلل والعمى وباطن كالسعال وانقطاع الحيض عن الجارية وقولهم كلما أو جب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب بيان العيب من حيث الرسم والعادة لا الحد الحقيقي **(مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع)** لأن الأصل هو السلامة وهي وصف مرغوب عادة والمطلوب عادة كالمشروط نصا **(وكلما أو جب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب)** لأن الضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله وهذا يغني عن ذكر العيوب وتعدادها **(وإذا اطلع المشتري على عيب)** كان عند البائع ولم يشاهده ولم يرض به بعد رؤيته ولم يتعيب عنده بعيب آخر **(إن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن وإن شاء رده)** لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم مالا يرضي وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان لأنه لو أخذ نقصان العيب من البائع مع إمساك العين يخرج المبيع عن ملكه بأقل من الثمن المسمى وفيه إضرار له لأنه لم يرض بخروجه بأقل منه وأما ضرر المشتري فمدفوع بالرد **(والإباق والبول في الفراش والسرقة ليس بعيب في الصغير الذي لا يعقل)** وهو الذي لا يأكل ولا يشرب وحده لأنه لا يقدر على الامتناع من هذه الأشياء وهو ضال لا أبق **(وعيب في الذي يعقل ويرد به)** لأنه يعده التجار عيبا **(إلا أن يوجد عند المشتري بعد البلوغ)** اعلم أن جواز الرد إنما يثبت عند اتحاد الحال بأن فعل هذه الأشياء عند البائع والمشتري حالة الصغير أو حالة الكبير أما إذا فعله عند البائع حالة الصغير وعند المشتري حالة الكبير فليس له الرد لأن شرط ثبوت الرد اتحاد سبب العيب وأنه يختلف بالصغر والكبر لأن الإباق والسرقة من الصغير لقلة

مبالاته وقصور عقله ومن الكبر كخبث طبيعته والبول في الفراش من الصغير لضعف المثانة ومن الكبير لداء في باطنه فقد اختلف السببان فكان العيب الثاني غير الأول فلا يجب الرد بخلاف الجنون حيث له الرد لو جنَّ عند البائع في الصغر وعند المشتري بعد البلوغ لأن السبب متحد وهو آفة تخل الدماغ في الحالتين

(وانقطاع الحيض والاستحاضة عيب) لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء وفي الكافي لا يقبل قول الأمة فيه في ظاهر الرواية ولو أقام المشتري بينة على ثبوت الانقطاع عند البائع لا يسمع لأنه لا يعرف ولو أقامها على الاستحاضة يقبل لأنها درور الدم فيطلع عليه **(والبخر)** بفتحيتين تنن رائحة الفم **(والذفر)** بالذال المعجمة وفتح الفاء تنن الإبط **(والزنا)** بالمد والقصر **(عيب في الجارية دون الغلام)** لأن ذلك يخل بالمقصود منها وهو الاستفراش والوثوق بكون الولد منه ولا يخل بالمقصود منه وهو الاستخدام إلا أن يكون في داء فهو عيب فيه أيضا وكذا إذا كان كثير الزنا يتبع الزواني لأنه يشتغل به عن الخدمة **(والشيب والكفر والجنون عيب فيها)** أي في الغلام والجارية أما الشيب والجنون فلائهما ينقصان المالية وأما الكفر فلا أن طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر ولأنه لا يجوز عتقه في بعض الكفارات **(وإن وجد المشتري عيبا)** كان عند البائع **(وحدث عنده آخر رجوع بنقصان العيب ولا يردّه إلا برضي البائع)** لأن في الرد إضرارا بالبائع لأنه خرج عن ملكه سلبا ويعود معيبا فامتنع الرد ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان وطريق معرفته أن يقوم وبه عيب ويقوم ولا عيب به فإن كان تفاوت ما بين القيمتين العشر يرجع بعشر الثمن وإن كان نصف العشر فنصف عشر الثمن كما إذا اشترى ثوبا بعشرة وقيمتة مائة فما نقصه العيب إن كان عشره يرجع من الثمن درهما وإن كان عشرين فدرهمين

(وإن صيغ الثوب المبيع (أو خاطه أو لت السوق) أي خلط السوق المبيع (بسمن ثم اطلع على عيب) كان عند البائع (رجع بنقصانه) لامتناع الرد بسبب الزيادة لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل بدونها لأنها لا تنفك ولا وجه إليه معها لأن الزيادة ليست بمعيبة فامتنع أصلا وليس للبائع أخذه لما فيه من الضرر بالمشتري

(وإن مات) العبد (أو أعتقه) يعني ثم اطلع على عيب (رجع بنقصان العيب) أما الموت فلائنه إنهاء للملك والامتناع من جهة الشرع لا بفعله وأما العتق فهو إنهاء أيضا لأن الملك إنما يثبت في الآدمي موقتا إلى وقت العتق والمنهي متقرر فصار كالموت وهذا استحسان والقياس ألا يرجع في العتق لأن الامتناع من جهته كالقتل

(وإن قتله أو أكل الطعام لم يرجع) أما القتل فلائنه وصل إليه عوضه معنى وهو سقوط الضمان وعن أبي يوسف رحمه الله أن يرجع لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به ضمان وأما الأكل فلائنه تعذر الرد بفعل مضمون منه فصار

كالقتل وقالوا رحمهما الله يرجع استحسانا لأنه عمل بالمبيع ما هو المقصود منه بالشراء والمعتاد فيه فصار كالإعتاق قلنا لا اعتبار بكون الفعل مقصودا فإن البيع مقصود بالشراء ومع ذلك يمنع الرجوع **(ومن شرط البراءة من كل عيب)** بأن قال بعت على أني بريء من كل عيب فليس له الرد وإن لم يسم العيوب بعددها لأنه إسقاط والإسقاط لا يفضي إلى المنازعة فيجوز مع الجهالة ثم يدخل في هذه البراءة العيب الموجود عند العقد والعيب الحادث بعد العقد قبل القبض عند أبي يوسف رحمه الله وهو المختار عند المصنف رحمه الله فلذا قال **(أصلا)** وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يدخل فيه الحادث لأن البراءة إنما يكون عن العيب الموجود وقت البيع دون المعدوم ولأبي يوسف رحمه الله أن المقصود سقوط حق الفسخ بالعيب وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث هذا إذا أطلق وقال من كل عيب أما إذا قال من كل عيب به لم ينصرف إلى الحادث اتفاقا **(وإذا باع المشتري ثم رد عليه بعيب)** مطلقا سواء كان فيما يحدث مثله كالمرض وفيما لا يحدث كالإصبع الزائدة **(إن قبله بقضاء رده على بائعه)** لأنه فسخ من الأصل فجعل كأن لم يكن وهو وإن أنكر فقد صار مكذبا شرعا **(وإلا فلا)** أي وإن لم يقبله بقضاء بل قبله برضاه لا يرده على بائعه لأنه بيع جديد في حق ثالث وهو الأول لوجود حده وهو التملك والتملك **(ويسقط الرد)** أي رد المبيع المعيب **(بما يسقط به خيار الشرط)** وقد مر بيانه

باب البيع الفاسد

لما ذكر البيع الصحيح بنوعيه أعني اللازم وغير اللازم وهو البيع الذي فيه الخيار شرع في البيع الفاسد والباطل ثم أشار إلى الفرق بينهما فقال **(وأنه يفيد الملك بالقبض)** أي وإن البيع الفاسد يفيد الملك بقبض المشتري المبيع بأمر البائع صريحا أو دلالة بأن يقبض بحضرة البائع في مجلس البيع وهو لا ينهيه وقال الشافعي رحمه الله البيع الفاسد لا يفيد الملك وإن قبضه المشتري وقيد بقوله بالقبض لأنه بدون القبض لا يفيد اتفاقا وقيدنا بقولنا بأمر البائع لأن القبض لو لم يكن بأمره لا يفيد الملك اتفاقا له أنه بيع محظور فلا يكون سببا للملك الذي هو نعمة ولنا أن البيع الفاسد مشروع بأصله لأنه مبادلة مال بمال يفيد الملك بهذا الاعتبار فنفس البيع مشروع وبه ينال نعمة الملك إنما المحظور ما يجاوزه كما في البيع وقت النداء وإنما لا يثبت الملك قبل القبض لأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبض فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم كما في الهبة

(ويوجب القيمة) أي في ذوات القيم أما في ذوات الأمثال فيلزمه المثل لأنه كالغصب من حيث أنه منهي عن قبضه (ولكل واحد من المتعاقدين فسخه مطلقاً) سواء كان قبل القبض أو بعده وسواء كان الفساد في صلب العقد أو بشرط زائد هو الصحيح إزالة للخبث ورفعاً للفساد ولو قال وعلى كل من المتعاقدين فسخه لكان أظهر لأن إعدام الفساد واجب لحق الشرع (ويشترط قيام المبيع حالة الفسخ) لأن الفسخ بدونه محال ولذا قال (ما دامت العين باقية فإن باعه المشتري نفذ بيعه) لأنه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الأول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولأن الثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف (والباطل لا يفيد) وهذا شروع في حكم البيع الباطل أي والبيع الباطل لا يفيد الملك لأن الباطل هو الخالي عن الغرض والفائدة (ويكون أمانة) أي ويكون المقبوض عند المشتري أمانة حتى لو هلك لا يضمن لأن العقد غير معتبر فبقي القبض بإذن المالك وعند البعض يكون مضموناً لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء وقيل الأول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما (وبيع الميتة والدم والخمر والخنزير والحر وأم الولد والمذبر والجمع في البيع بين حر وعبد وميتة وذكية باطل) أما الميتة والدم والحر فلائها ليست بأموال والبيع تمليك مال بهال وأما الخمر والخنزير فكذلك ليسا بهال في حقنا وأما أم الولد والمذبر فلائها استحقا العتق بأمر كائن لا محالة فأشبهها الحر وأما الجمع بين حر وعبد وميتة وذكية فلائ الصفقة واحدة والحر والميتة لا تدخلان تحت العقد لعدم المالية ومتى بطل في البعض بطل في الكل لأن الصفقة غير متجزئة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن سمي لكل واحد منهما ثمناً جاز في العبد والذكية كالجمع بين أخته وأجنبية في النكاح قلنا النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع أي وضع المسئلة في الجمع بين الحر والعبد لأنه لو جمع بين عبده وعبد غيره في البيع جاز في عبده بحصته من الثمن بالاتفاق على ما سيجيى بعد إن شاء الله تعالى

(وبيع المكاتب باطل) لأنه صار حراً بدا وباليق يبطل ذلك (إلا أن يميزه فيجوز) لأنه إذا أجازته فكأنه عجز نفسه فيعود قنّاً فيجوز بيعه (وبيع السمك والطير قبل صيدهما) أي اصطيادهما (والأبق والحمل) بفتح الحاء وسكون الميم (والنتاج) الحمل ما كان في البطن والنتاج ما يحمل هذا الحمل وهو حبل الحبلية (واللبن في الضرع والصوف على الظهر واللحم في الشاة وجذعة في سقف وثوب من ثوبين) بأن قال بعت منك أحد هذين الثوبين

(والمزابنة) وهي بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا من الزبن وهو الدفع أي يدفع ذلك الشخص عن نفسه ويقول اشتر هذا التمر بالتمر الذي على رؤوس النخل واذهب لا تدخل كرمى ومنه الناقة الزبون وهي التي تذبن حالبها أي تدفع **(والمحاكلة)** وهي بيع الحنطة في سنبلها بمثلها من الحنطة كيلا حرزا

(وبيع عين على أن لا يسلمها إلى رأس الشهر وجارية إلا حملها أو على أن يستولدها المشتري أو يعتقها أو يستخدمه البائع شهرا أو بقرضه المشتري دراهم أو ثوبا على أن يخيطه البائع فاسد) قوله وبيع السمك مبتدأ وقوله فاسد خبره أما السمك والطير فلعدم الملك فيها وقيد بقوله قبل صيدهما لأنه لو أخذ السمك وألقاه في الحظيرة أو هيأ له موضعا فدخل فيه بحيث لا يمكنه الخروج يملكه ولا يفسد بيعه إذا لم يحتج في أخذه إلى تكلف وكذا إذا باع طيرا تطير في الهواء إن كان بحيث يعود إلى بيته بلا تكلف وأما الأبق فلائنه لا يقدر على تسليمه ولو باعه ممن زعم أنه عنده يجوز كبيع المغصوب من الغاصب وأما الحمل والتاج فلنهييه عليه السلام عنهما وأما اللبن في الضرع فللجهالة واختلاط المبيع بغيره وقيد بقوله في الضرع لأنه لو كان في قدح يجوز بيعه وأما الصوف على الظهر فلاختلاط المبيع بغيره ولوقوع التنازع في موضع القطع بخلاف الفصيل لأنه يمكن قلعه وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الصوف على ظهر الغنم⁷⁵¹ وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز قياسا على شجر الخلاف قلنا شجر الخلاف ينبت من أعلاه فيكون الزيادة في ملك المشتري والصوف ينبت من أسفل فيحدث على ملك البائع فيختلطان وأما اللحم في الشاة والجذع في السقف فلائنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر لا يستحق عليه وأما بيع الثوب من ثوبين فلجهالة المبيع حتى لو قال على أن يأخذ أيها شاء جاز لعدم المنازعة وهو البيع الذي فيه خيار التعيين وأما بيع المزابنة والمحاكلة فلائنه عليه السلام نهى عنهما وأما في المسئلة الثالثة عشر فلائنه تأجيل الأعيان باطل لا فائدة فيه لأن التأجيل شرع في الأثمان ترفيها عليه ليتمكن من تحصيله وأنه معدوم في الأعيان فكان شرطا فاسدا وأما بيع الجارية إلا حملها فلائنه الحمل بمنزلة طرف الحيوان لاتصاله به خلقة ألا يرى أنه يدخل في البيع من غير ذكر فلا يجوز استثناءه كسائر الأطراف وأما في المسائل الأخرى فلائنه عليه السلام نهى عن بيع وشرط⁷⁵² وههنا أصل ينسحب عليها فصول لا يستغني عنه أهل الفروع والأصول ذكره صاحب الهداية رحمه الله

⁷⁵¹ الدارقطني، السنن، 2 / 584

⁷⁵² البخاري، "الشروط" 17.

(ولا يجوز بيع النحل إلا مع الكوارات) جمع كواراة بالضم والتشديد معسل النحل إذا سوى من طين وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز إذا كان مجموعاً لأنه حيوان منتفع به مقدور التسليم فيجوز كغيره من الحيوانات ولهما أنه لا ينتفع بعينه ولا بجزء من أجزائه كالزنابير ولا اعتبار بما يتولد منه من العسل لأنه معدوم أما إذا باعها مع الكوارات وفيها عسل فيجوز تبعا والفتوي على قول محمد رحمه الله

(ولا دود القز إلا مع القز) وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يجوز والعلة فيه ما مر من الطرفين في النحل وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز بيع دود القز لأنه من الهوام وأما بيع بيضه فلا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز لمكان الضرورة وهو المأخوذ **(والبيع)** المؤجل ثمنه **(إلى النوروز)** معرب نوروز وهو أول الربيع **(والمهرجان)** معرب مهر كان وهو أول الخريف **(وصوم النصارى وفطر اليهود إذا جهلا ذلك)** فاسد لجهالة الأجل وهي مفضية إلى المنازعة في البيع وإن علما ذلك جاز كالأهله **(والبيع إلى الحصاد)** بفتح الحاء وكسرها قطع الزرع في أوانه **(والقطاف)** وهو قطع العنب من الكرم **(والدياس)** وهو أن يوطأ الطعام ليصلح التذرية **(وقدوم الحاج فاسد)** للجهالة لأنها يتقدم ويتأخر **(فإن أسقط الأجل قبله جاز البيع)** أي لو باع إلى هذه الآجال ثم أسقط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج انقلب البيع صحيحاً خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله قيد بقوله قبله لأن إبطال الأجل لو وجد بعد تأكد الفساد لا ينقلب جائزاً اتفاقاً لهما أن العقد وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل ولنا الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقررره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه بخلاف ما إذا باع درهما بدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لأن الفساد ثمة في صلب العقد وبخلاف النكاح إلى أجل لأنه متعة وهو عقد غير عقد النكاح

(ومن جمع) في البيع **(بين عبد ومدبر أو عبد الغير جاز في عبده بحصته من الثمن)** لأنها أموال ألا يرى أن الغير لو أجاز البيع في عبده جاز وكذا لو قضى القاضي بجواز البيع في المدبر فصار كما إذا باع عبيدين فهلك أحدهما قبل القبض فإنه يجوز في الباقي بحصته كذا هذا **(ويكره البيع عند أذان الجمعة)** وبعده إلى أن يتم الجمعة لقوله تعالى ﴿وذرُوا الْبَيْعَ﴾⁷⁵³ والمعتبر الأذان الأول بعد الزوال **(وبيع الحاضر للبادي)** لقوله عليه السلام: "لا يبيع حاضر

لبادٍ"⁷⁵⁴ وهو أن يجلب البادي السلعة فيأخذها الحاضر لبيعها له في وقت بأعلى من السعر الموجود وقت الجلب وكرهته لما فيه من الضرر بأهل البلد حتى لو لم يضر بأهل البلد لا بأس به لما فيه من نفع البادي من غير تضرر كذا في شرح المصنف رحمه الله **(والسوم)** أي وكره طلب المبيع بالثمن **(على سوم أخيه)** قال عليه السلام: "لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه"⁷⁵⁵ ولا فيه إيجاشا وإضراراً وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة أما إذا زاد عليه قبل التراضي فيجوز لأن هذا بيع من يزيد وهو جائز معتاد بين العباد في جميع البلاد وقد صح أن النبي عليه السلام باع حلساً ببيع من يزيد⁷⁵⁶ **(والنجش)** أي وكره النجش وهو بفتحتين أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء لقوله عليه السلام: "لا تناجشوا"⁷⁵⁷ **(وتلقي الجلب)** أي وكره تلقي المجلوب وهو ما يجاء به من بلد إلى بلد للتجارة فالمجلوب إذا قرب من بلد تعلق به حق العامة فيكره أن يستقبل ويشتره ويمنع العامة عن شرائه وقد نهى النبي عليه السلام عن تلقي الجلب⁷⁵⁸ وهذا إنما يكره إذا كان يضر بأهل البلد وإن كان لا يضر لا يكره إلا إذا لبس السعر على الواردين **(ويجوز البيع)** في هذه المسائل كلها لأن النهي ليس بمعنى في العقد ولا في شرائه بل لمعنى خارج فيجوز **(ومن ملك صغيرين أو صغيراً وكبيراً أحدهما ذو رحم محرم من الآخر كره له أن يفرق بينهما)** بالبيع قال رسول الله عليه السلام: "من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته في الجنة"⁷⁵⁹ وقال عليه السلام: "لا تجمعوا عليهم السبي والتفريق حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية"⁷⁶⁰ وذهب رسول الله عليه السلام لعلي رضي الله عنه أخوين صغيرين ثم سأله عنهما فقال بعث أحدهما فقال أدرك أدرك⁷⁶¹ ويروى اردد اردد ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد عليه وقيدنا التفريق بينهما

⁷⁵⁴ البخاري، "اليوع" 68.

⁷⁵⁵ مسلم "النكاح" 54.

⁷⁵⁶ الترمذي، "اليوع" 10.

⁷⁵⁷ أبو داود، "اليوع والإجازات" 44.

⁷⁵⁸ مسلم، "اليوع" 16.

⁷⁵⁹ الترمذي، "اليوع" 52.

⁷⁶⁰ الدارقطني، السنن، 2/ 672.

⁷⁶¹ الترمذي، "اليوع" 52.

بالبیع لأن التفريق بإعتاق أحدهما غير مكروه لأنه أنفع له وقيد بأن يكونا صغيرين أو يكون أحدهما صغيرا لأنها لو كانا كبيرين فله أن يفرق بينهما وهو قوله **(ولا بأس إن كانا كبيرين)** لأنه عليه السلام فرق بين مارية وشيرين وكانتا أمتين أختين⁷⁶² كبيرتين وقيد بأن يكون أحدهما ذا رحم محرم من الآخر لأنه لو كان قريبا غير محرم كابن العم أو محرما غير قريب كامرأة الأب لا يكره التفريق وكما يكره التفريق المذكور للبائع يكره للمشتري شرائه ثم إن باع الصغير وفرق بينهما جاز البيع خلافا لأبي يوسف رحمه الله في قرابة الولاد ولزفر رحمه الله في الأخوة وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله ووجهه ما تقدم من حديث علي رضي الله عنه حيث أمره رسول الله عليه السلام بالرد وهو دليل عدم الجواز وروي أنه عليه السلام رأى في السبايا امرأة ولها فسأل عنها فقيل بيع ولدها فأمرهم بالرد⁷⁶³ وذلك يدل على عدم الجواز وكذلك تعليقه الوعيد بالتفريق في الحديث الأول يدل على حرمة التفريق ولنا أن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله فينفذ والنهي عن التفريق إنما كان لمعنى مجاور فلا يفسد العقد كالنهي عن السوم على سوم غيره

باب التولية

(التولية بيع بالثمن) الأول بلا زيادة ربح **(والمرابحة بزيادة)** أي المرابحة بيع بالثمن الأول بزيادة ربح **(والوضيعة بنقيصة)** أي الوضيعة بيع بالناقص من الثمن الأول وهذه العقود مشروعة لوجود شرائطها وقد يتعاملها الناس من لدن الصدر الأول إلى يومنا هذا وقد صح أنه عليه السلام لما أراد الهجرة قال لأبي بكر رضي الله عنه وقد اشترى بعيرين: "ولني أحدهما"⁷⁶⁴ وللناس حاجة إلى ذلك لأن منهم من لا يعرف قيمة الأشياء فيستعين بمن يعرفها فيطيب قلبه بما اشتراه وزيادة ولهذا كان مبناه على الأمانة ورأس المال في المواضعة حقه فله أن يحط منه **(ولا يصح ذلك)** أي كل من التولية والمرابحة والوضيعة **(حتى يكون الثمن الأول مثليا)** كالمكيلات والموزونات لأنه لو لم يكن مثليا بأن كان عبدا أو ثوبا لا يعرف كون المبيع بمثل الثمن الأول أو بالزائد عنه أو بالناقص **(أو في ملك المشتري)** كما إذا اشترى عبدا بثوب فسلم الثوب وقبض العبد ثم إن باع العبد ملك الثوب

⁷⁶² الطبراني، المعجم الأوسط، 4 / 333.

⁷⁶³ ابن ماجه، "التجارات" 46.

⁷⁶⁴ البخاري، "اليوع" 57.

من آخر فمشتري العبد باع العبد من الذي ملك الثوب بذلك الثوب ويربح درهم أو قفيز حنطة جاز وهذا لأنه لو لم يكن كذلك يقع المرابحة على قيمة ذلك الثوب وهي مجهولة فيفسد **(ويجوز أن يضم إلى الثمن الأول أجرة الصبغ)** بفتح الصاد مصدر وبكسرهما ما صبغ به **(والطراز)** وهو بالكسر علم الثوب **(وحمل الطعام والسمسار)** بالكسر الدلال فارسي معرب **(وسائق الغنم)** لأن العرف جار بإلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار ولأن كل ما يزيد في المبيع أو قيمته يلحق به هذا هو الأصل وما عدناه بهذه الصفة لأن الصبغ وأخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة إذ القيمة يختلف باختلاف المكان ويقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا **(ولا يضم نفقته)** أ لا يضم ما أنفقته المشتري على نفسه من وقت شرائه المبيع قيد به لأن نفقة المبيع وكسوته يضم **(وأجرة الراعي والطبيب والمعلم)** لأنه ليس فيها عرف ظاهر بالإلحاق برأس المال **(فإن علم بخيانة)** أي فإن علم المشتري بخيانة البائع في رأس المال **(في التولية إسقاطها من الثمن وهو القياس في الوضعية)** أي إذا علم المشتري بخيانتة في الوضعية أسقطها من الثمن كالتولية **(وفي المرابحة)** أي وإن علم المشتري بخيانتة في المرابحة صح **(إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله يحط فيهما وعند محمد رحمه الله يتخير فيهما ويجمع الأقوال نظر لمحمد رحمه الله أن الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويح وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولأبي يوسف رحمه الله أن الأصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله ولئيتك بالثمن الأول أو بعتك مرابحة على الثمن الأول إذا كان معلوما فلا بد من البناء على الأول وذلك بالخط غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ⁷⁶⁵ ومن الربح ولأبي حنيفة رحمه الله أنه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لأنه يزيد على الثمن الأول فيعتبر التصرف فتعين الخط وفي المرابحة لو لم يحط يبقى مرابحة وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخير قال المصنف رحمه الله في شرحه ومعنى قوله وهو القياس في الوضعية أي إذا خان خيانة تنفي الوضعية أما إذا كانت خيانة توجد الوضعية معها فهو بالخيار وهذا على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وقياس قول أبي يوسف رحمه الله يحط فيهما ومحمد رحمه الله يخير فيهما

⁷⁶⁵ حتى إذا قال اشتريت هذا الثوب بعشرة فباعه مرابحة بخمسة عشر فظهر أن البائع كان اشتراه بثانيتين يحط قدر الخيانة من الأصل وهو

درهمان ويحط من الربح ما يفائق لها وهو درهم واحد فيأخذ الثوب باثني عشر درهما

باب الربا

وهو في اللغة الزيادة ومنه الربوة للمكان الزائد على غيره في الارتفاع وفي الشرع فضل مال لا يقابله عوض في مقابلة مال وهذا في الغالب لأن بيع الدراهم بالدراهم متساوية جنسا واحدا نسيئة يكون ربا والفضل ليس بمال وإنما هو منفعة **(وعلته)** أي علة الربا **(الكيل)** فيما يكال **(والوزن)** فيما يوزن **(مع الجنس)** لأن مدار الجواز المساواة فالكيل والوزن يسوى الذات والجنسية يسوى المعنى الأصل فيه قوله عليه السلام: "الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثلا بمثل وزنا بوزن والفضل ربا والحنطة بالحنطة مثلا بمثل كيلا بكيل والفضل ربا والشعير بالشعير مثلا بمثل كيلا بكيل والفضل ربا والتمر بالتمر مثلا بمثل كيلا بكيل والفضل ربا والملح بالملح كيلا بكيل يدا بيد والفضل ربا"⁷⁶⁶ واجتمعت الأمة على تعدّي الحكم منها إلى غيرها خلافا لأصحاب الظواهر فإنهم لا يرون القياس حجة فقصرنا حكم الربا على الأشياء الستة وقال الشافعي رحمه الله علة الربا الطعم فيما يطعم والتمنية فيما يكون ثمنا والخلاف يظهر فيما إذا باع جصا أو حديدا بجنسها متواضعا فإنه لا يجوز عندنا لوجود الكيل والوزن مع الجنس ويجوز عنده لعدم الطعم والتمنية وتحقيق المسئلة وتفريعها والتعليل من الجانبين وتدوينها مذكور في الشروح المبسوطة الله ولي التوفيق والهداية ومنه العون والعناية

(فإذا وجدا) أي القدر والجنس وعني بالقدر الكيل والوزن **(حرم التفاضل والنساء)** بالمد لا غير وهو التأخير أي حرم البيع بالتفاضل والنساء فلا يجوز بيع الحنطة بالحنطة متفاضلا لوجود العلة وكذا لا يجوز بيع الحنطة بالحنطة وأحدهما أو كلاهما نسيئة **(وإن عدما)** بكسر الدال من باب علم **(حلا)** أي وإن عدم القدر والجنس حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة **(وإن وجد أحدهما حل التفاضل)** كما إذا بيع قفيز حنطة بقفيز شعير يدا بيد **(وحرم النساء)** مثل أن يسلم هرويا في هروي أو حنطة في شعير فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النساء لأن بالنقدية وعدمها لا يثبت إلا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فالشبهة أولى ولنا أنه مال الربا من وجه نظرا إلى القدر والجنس والنقدية أوجبت فضلا في المالية فيتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة كذا في الهداية

⁷⁶⁶ مسلم، "المساقاة" 80، 83.

(وجيد مال الربا ورديته عند المقابلة بجنسه سواء) لقوله عليه السلام في الأموال الربوية "جيدها ورديتها سواء"⁷⁶⁷ (وما ورد النص بكيله فهو كيلى أبدا) وإن ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح لورود النص من النبي عليه السلام على ذلك فلو باع حنطة بحنطة وزنا لا يجوز وإن ورد العرف على وزنها لأن النص أقوى من العرف إلا إذا علم أنها متماثلان في الكيل (وما ورد بوزنه فهو وزني أبدا) وإن ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة لأن النص أقوى من العرف على ما مر لصيرورة العرف حجة بالنص وهو قوله عليه السلام: "وما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن"⁷⁶⁸ والأقوى لا يترك بالأدنى (وما لا نص عليه يعتبر فيه العرف) والعادة لأنه من الدلائل الشرعية (وعقد الصرف) وهو عقد وقع على جنس الأثمان (فيعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس) لقوله عليه السلام: "الفضة بالفضة يدا بيد"⁷⁶⁹ والمراد به القبض كني بهما عنه لأن اليد آلة القبض (وما سواء من الربويات) بكسر الراء أي مما يجري فيه الربا (يكفي فيه التعيين) أي تعيين البدلين في مجلس العقد ولا يشترط تقابضهما وقال الشافعي رحمه الله التقابض شرط في بيع الطعام بالطعام لقوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد ولأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللتقيد مزية فيتحقق بشبهة الربا ولنا أنه مبيع معين فلا يشترط فيه القبض كما لو باع ثوبا بثوبين وافترقا لا عن قبض لأن الظاهر من العقد التمكن من التصرف وإذا يترتب على التعيين بخلاف الصرف لأن القبض فيه لتعيين به ومعنى قوله يدا بيد عينا بعين وهو كذلك في رواية ابن الصامت رضي الله عنه ويجوز بيع فلس بفلسين بأعيانها أي حال كونها معينتين وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله لا يجوز لأن الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا يبطل باصطلاحهما وإذا تعينت أثمانا لا يتعين كما إذا كانا بغير أعيانها وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لا دلالة للغير عليهما فيبطل باصطلاحهما وإذا بطلت الثمنية يتعين بالتعيين بخلاف النقود لأنها للثمنية خلقت وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانها لأنه كالي بالكالي⁷⁷⁰ وقد نهي عنه وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه لأن الجنس بانفراده يحرم النساء

⁷⁶⁷ مسلم، "المساقاة" 94.

⁷⁶⁸ أحمد بن حنبل، 1/379.

⁷⁶⁹ الدارقطني، السنن، 2/601.

⁷⁷⁰ معدوم

(ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق ولا بالنحالة) سواء كان متساويا أو متفاضلا لأن المجانسة باقية من وجه لأنها من أجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل ولكن الكيل غير مسوٍ بينها وبين الحنطة لاكتناز⁷⁷¹ أحدها فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يصح وإن كان كيلا بكيل **(ولا الدقيق بالسويق)** أي ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند أبي حنيفة رحمه الله مطلقا لا متساويا ولا متفاضلا وقالوا رحمهما الله يجوز لأنهما جنسان ولهذا إذا أتلّف أحدهما لا يضمن بالآخر وله أن السويق أجزاء الحنطة المقلية والدقيق أجزاء الحنطة الغير المقلية وبيع الحنطة المقلية بالحنطة الغير المقلية لا يصح بحال لعدم السوية بينهما لاكتناز أحدهما وتخلخل الآخر فكذا أجزاءهما وأما اختلافهما في حكم الضمان فلأن الأصل فيه المماثلة من كل وجه **(ويجوز بيع الرطب بالرطب)** أي متماثلا كيلا وقال محمد رحمه الله لا يجوز لأنه يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو المآل وهما اعتبارا لمساواة في الحال لإطلاق الحديث **(وبالتمر متماثلا)** أي ويجوز بيع الرطب بالتمر متماثلا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يجوز لقوله عليه السلام⁷⁷² حين سئل عنه: "أو ينقص إذا جف؟ قالوا: نعم فقال: لا إذا"⁷⁷³ وله أن الرطب تمر لقوله عليه السلام حين أهدي رطبا: "أو كل تمر خبير؟" هكذا سماه تمر⁷⁷⁴ وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولأنه لو كان تمرا بأول الحديث وإن كان غير تمر فآخره وهو قوله عليه السلام: "إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم"⁷⁷⁵ ومدار ما رواه على زيد بن عياش رضي الله عنه وهو ضعيف عند النقلة

(واللحم بالحيوان) أي ويجوز بيع اللحم بالحيوان وقال محمد رحمه الله لا يجوز إذا باعه بجنسه إلا بطريق الاعتبار وهو أن يكون اللحم المفترز أكثر من اللحم الذي في الشاة ليكون الفاضل بالسقط تحرزا عن الربا وهو زيادة السقط وصار كالزيت بالزيتون ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون لأن الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة نقله بالوزن لأنه يخفف نفسه مرة⁷⁷⁶ ويثقل أخرى بخلاف الزيت والزيتون لأن ذلك يعرف عند أهل الخبرة فافترقا

⁷⁷¹ الاجتماع

⁷⁷² الترمذي، "البيع" 14 .

⁷⁷³ وفيه إشارة إلى أن المماثلة لا بد منها عند الجفاف

⁷⁷⁴ مسلم، "المساقاة" 94 .

⁷⁷⁵ مسلم، "المساقاة" 81 .

⁷⁷⁶ في الميزان

(والكرباس بالقطن) أي ويجوز بيع الكرباس بالقطن كيف ما كان لاختلاف الجنس باعتبار المقصود والمعيار وبيع القطن بالغزل يجوز عند محمد رحمه الله خلافا لأبي يوسف رحمه الله والفتوى على قول محمد رحمه الله

(ولا يجوز بيع الزيت بالزيتون) الزيتون ثمرة والزيت دهنه **(ولا السمسم بالشيرج إلا بطريق الاعتبار)** بأن كانت الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالشجير تحرزا عن الربا وشبهته فإن قيل الزيتون مكيل والزيت موزون فكيف يحرم التفاضل بينهما قلنا المقصود منه دهنه وهو موزون والحرمة باعتباره **(ولا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب)** خلافا لأبي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولأن ما لهم مباح في دارهم فبأي طريق أخذه المسلم أخذ مالا مباحا إذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن لأن ماله صار محظورا بالأمان ولا بين العبد وسيده أي ولا ربا بين العبد المأذون غير المديون وبين سيده لأن ما في يد العبد لسيده قيدنا العبد بالمأذون لأنه لو لم يكن مأذونا لا يمكن جريان العقد بينهما وقيدنا بغير المديون لأنه لو كان مديونا مستغرقا برقبته يتحقق الربا بينهما بالاتفاق **(ويكره السفاتج)** جمع سفتج بضم السين وفتح التاء **(وهو قرض استفاد به المقرض أمن الطريق)** وإنما كره لما روي أنه عليه السلام نهى عن قرض جرّ نفعاً⁷⁷⁷ وصورته أن يقرض ماله خوفا من ضياعه في الطريق ليرد عليه المستقرض في موضع الأمن

باب السلم

وهو في اللغة التقديم والتسليم وكذلك السلف وفي الشرع اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلا وفي المثلن عاجلا وسمي به لما فيه من وجوب تقديم الثمن وهو مشروع بالكتاب وهو قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾⁷⁷⁸ الآية والسنة وهو قوله عليه السلام: "من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"⁷⁷⁹ وروي أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان⁷⁸⁰ ورخص في السلم وعليه الإجماع وسمي بيع المفاليس لأن أغلب من يعقده من هؤلاء والقياس يأبى جوازه لأن المسلم فيه

⁷⁷⁷ ابن أبي شيبة، المصنف، 4/ 333.

⁷⁷⁸ سورة البقرة، الآية: 282.

⁷⁷⁹ البخاري، "السلم" 2؛ مسلم، "المساقيات" 127.

⁷⁸⁰ ابن ماجه، "التجارات" 20.

مبيع وهو معدوم ولكن تركنا القياس بما ذكرنا ثم إن المصنف رحمه الله ذكر قاعدة يبتني عليها أكثر مسائل السلم فقال **(كل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره)** كالملك والموزون والمذروع والمعدود المتقارب كالجوز والبيض **(جاز السلم فيه)** لأنه يكون معلوما فلا يؤدي إلى المنازعة **(وما لا فلا)** أي وما لا يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره كالحيوان والجواهر والمعدود المتفاوت كالبطيخ والرمال لا يجوز السلم فيه لأنه يكون مجهولا فيؤدي إلى المنازعة **(وشرائطه)** أي وشرائط جواز السلم **(تسمية الجنس)** أي جنس المسلم فيه كبر وشعر **(والنوع)** كسقي وبري **(والوصف)** كجيد وردي **(والقدر)** مثل كذا كيل بمكيال معروف أو كذا وزنا لأنه إذا لم يبين هذه الأشياء يقع المنازعة المانعة من التسليم والتسلم لأن المسلم فيه يختلف باختلاف الجنس والنوع والصفة والقدر فربما يعطى المسلم إليه جنسا أو نوعا أو قدرا غير ما يطالبه رب السلم فيؤدي إلى النزاع فلا بد من بيان هذه الأشياء ليقطع النزاع **(والأجل)** كشهرا مثلا وقال الشافعي رحمه الله يصح السلم حالا ومؤجلا لأنه عليه السلام نهي عن بيع ما ليس عند إنسان⁷⁸¹ ورخص في السلم مطلقا فاشتراط التأجيل فيه زيادة على النص ولنا قوله عليه السلام إلى أجل معلوم ولأنه شرع لحاجة المفاليس فلا بد من التأجيل ليقدروا على التحصيل وتقديره إلى المتعاقدين فقبل ثلاثة أيام وقيل نصف يوم وقيل شهر وهو الأصح لأنه أدنى الأجل وأقصى العاجل **(ومكان الإيفاء)** أي إيفاء المسلم فيه **(إن كان له حمل)** بفتح الحاء **(ومؤونة)** كالبر والشعير وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يشترط تسمية مكان الإيفاء ويوفيه في مكان العقد لأن مكان العقد متعين لعدم المراحة كما في البيع وكما فيما لا حمل له ولا مؤونة كالمسك والكافور وله أن التسليم غير واجب في الحال وإنما يجب إذا حل الأجل ولا يُدْرَى أين يكون عند حلوله فيحتاج إلى بيان موضع الإيفاء قطعا للمنازعة ولأن القيمة يختلف باختلاف المكان بخلاف البيع لأنه يوجب التسليم في الحال وأما ما ليس له حمل ومؤونة فلا يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع لأنه لا يختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه في رواية ويوفيه في أي مكان شاء في رواية أخرى وهو الأصح ولو عيّن مكانا هل يتعين قيل وقيل⁷⁸² **(وقدر رأس المال في المكيل)** أي كائنا في المكيل

⁷⁸¹ ابن ماجه، "التجارات" 20.

⁷⁸² أي قيل لا يتعين لأنه لا يفيد وقيل يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق

(والموزون والمعدود) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يشترط معرفة القدر بعد التعيين بالإشارة حتى لو قال لغيره أسلمت إليك هذا الدراهم في كَرَبْرٍ ولم يدر وزن الدراهم لا يصح عنده خلافا لهما وأجمعوا أنه لو كان رأس المال ثوبا أو حيوانا يصير معلوما بالإشارة لهما أن المقصود يحصل بالإشارة فأشبه الثمن والأجرة وصار كالثوب وله أنه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس ولو لم يُعلم قدره لا يُدْرَى في كم بقي أو ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالمحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبا لأن الذرع وصف فيه فلا يتعلق العقد على مقداره **(وقبض رأس المال قبل المفارقة)** أما إذا كان من النقود فلائنه يكون افتراقا عن دين بدين وأنه لا يجوز أما إذا كان عينا فلائنه السلم أخذ عاجل بأجل فلا يتحقق ذلك **(ولا يصح في المنقطع)** أي ولا يصح السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد إلى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو على العكس أو منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز إذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوده ولنا قوله عليه السلام: "لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها"⁷⁸³ ولأن القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل والانتقطاع ألا يوجد في الأسواق وإن وجد في البيوت **(ولا في الجواهر)** أي ولا يصح السلم في الجواهر لتفاوت أحادها تفاوتاً فاحشاً حتى لو لم يتفاوت كصغار اللؤلؤ الذي يباع وزناً قالوا يجوز لأنه وزني **(ولا في الحيوان)** وقال الشافعي رحمه الله يجوز لأنه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فأشبه الثياب ولنا أن بعد ذكر ما ذكر يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي إلى المنازعة بخلاف الثياب لأنه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا بمنوال واحد **(ولحمه)** أي ولا يجوز السلم في لحم الحيوان عند أبي حنيفة رحمه الله لتفاوت اعتبار كِبَرِ العظم وصِغَرِهِ وباعتبار السمن والهزال وفي منزوع العظم روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يجوز السلم في اللحم إذا بيّن وصفه وموضعه لأن اللحم موزون مضبوط وعليه الفتوى **(ولا) في (أطرافه)** أي ولا يجوز السلم في أطراف الحيوان عددا كالرؤوس والأكارع للتفاوت إذ هو عددي متفاوت فالتفاوت بين رأس ورأس وكراع وكراع معتبر عند الناس ويماكسون لأجله فلا يصح السلم فيها

⁷⁸³ أبو داود، "البيوع والإيجارات" 56؛ ابن ماجه، "التجارات" 61.

(وجلوده) أي ولا يجوز السلم في جلود الحيوان عددا للتفاوت إلا إذا بيّن الطول والعرض والصفة **(ويصح)** السلم **(في السمك المالح)** وزنا معلوما وضربا معلوما لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم إذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت وقيد السمك بالمالح لأنه لا يجوز السلم في السمك الطري إلا في حينه لأنه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وإنما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا **(ولا يصح)** السلم **(بمكيال رجل بعينه)** لا يعرف مقداره لأنه ربما هلك المكيال قبل حلول الأجل فتعجز عن التسليم وكذا لا يجوز السلم بذراع رجل بعينه أو وزن حجر بعينه لا يعرف مقداره وقيدنا بقولنا لا يعرف مقداره لأنه لو عرف مقداره يجوز وإنما وضع في السلم لأن في البيع يجوز بمكيال رجل بعينه لا يعرف مقداره لأن الجهالة فيه لا يفضي إلى المنازعة لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم **(ولا في طعام قرية بعينها)** أي ولا يجوز السلم في طعام قرية بعينها ولا في ثمرة نخلة بعينها لأنه يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم وإليه أشار رسول الله عليه السلام حيث قال "أرأيت لو أذهب الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه المسلم" ⁷⁸⁴ **(ويجوز)** السلم **(في الثياب إذا سمي طولاً وعرضاً ورقعة)** الرقعة الغلظة والثخانة لأنها صارت معلومة بذكر هذه الأشياء والتفاوت اليسير بعدها غير معتبر لعدم إفضائه إلى النزاع **(وفي اللبن)** وهو بفتح اللام وكسرها يسكون الباء فيهما **(إذا عين الملبن)** أي ويجوز السلم في اللبن إذا عين الملبن وكذا في الآجر لأنه عددي متقارب لا سيما إذا سمى الملبن **(ولا يجوز التصرف في المسلم فيه ولا في رأس المال قبل القبض)** أما عدم جواز التصرف في المسلم فيه فلا أنه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض غير جائز أما رأس المال فلا أنه يجب قبضه في الحال لما بينا وإذا تصرف فيه فات القبض

فصل في الاستصناع

وهو صحيح فيما فيه التعامل كالحفاف جمع خف والقلانس ⁷⁸⁵ والأسلحة ⁷⁸⁶ وغير صحيح فيما لا يتعامل فيه كالثياب فقوله

⁷⁸⁴ ابن ماجه، "التجارات" 61.

⁷⁸⁵ جمع قلنسوة

⁷⁸⁶ جمع سلاح

(إذا استصنع شيئاً جاز استحساناً) يفهم منه أنه يجوز الاستصناع فيما فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه وليس كذلك والقياس يأبى جواز الاستصناع وهو قول زفر رحمه الله لأنه يبيع المعدوم ولكننا استحساناً جوازاً للتعامل بين الناس من غير تكبر فحل محل الإجماع وهذا كدخول الحمام بأجر فإنه جاز استحساناً للتعامل الناس وإن أبى القياس جوازاً لأن مقدار المكث فيه وما يصب عليه من الماء مجهول وصورته أن يقول للخفاف اضرب لي من أديمك ما يوافق رجلي ويريه رجله بكذا ثم قيل هي مواعدة وإنما ينعقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغا عنه ولهذا يثبت الخيار لكل واحد منهما والأصح أنها معاودة لأن فيه قياساً واستحساناً وفرقاً بين ما فيه تعامل وبين ما لا تعامل فيه وذلك من خصائص العقود والمعدوم اعتبر موجوداً حكماً للحاجة كطهارة المذخور وقد تحققت الحاجة هنا إذ لا يجد خفاً يوافق رجله ثم قيل المعقود عليه العمل دون العين لتسمية العقد باسم العمل وهو الاستصناع والعين فيه بمنزلة آلة العمل وهو المروي عن أبي سعيد البردعي رحمه الله وقيل العين المستصنع فيه دون العمل وهو الأصح حتى لو جاء بعين من غير عمله أو من عمله قبل العقد وأخذ جاز **(ويثبت فيه خيار الرؤية)** أي ويثبت في الاستصناع خيار الرؤية للمستصنع وهو المشتري لأنه اشترى ما لم يره **(وللصانع بيعه قبل الرؤية)** لأنه ملكه والعقد لم يقع على هذا بعينه وقيد بقوله قبل الرؤية لأنه إذا رآه المستصنع ورضي به صار متعيناً ولم يبق فيه للصانع حق البيع **(وإن ضرب له أجلاً صار سليماً)** أي وإن ضرب لهذا الشيء الذي فيه تعامل أجلاً معلوماً صار سليماً فيشترط له شرائط السلم وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يصير سليماً فلو ضرب الأجل فيما لا يتعامل فيه يصير سليماً بالاتفاق لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الأجل على التعجيل بخلاف ما لا يتعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح وله أنه دين يحتمل السلم وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة لأن عند زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز فكان الحمل على السلم أولى

باب الصرف

وهو في اللغة الدفع والرد ومنه الدعاء اصرف عنا كيد الكائدين وصرف الله عنك السوء وفي الشريعة ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله **(وهو بيع جنس الأثمان ببعضه ببعض)** أي بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة أو أحدهما بالآخر سمي به لوجوب دفع ما في يد كل واحد من المتعاقدين إلى صاحبه في المجلس اعلم بأن الأموال أنواع نوع ثمن بكل حال كالنقدين صحبه الباء أولاً قبل بجنسه أو بغيره ونوع مبيع بكل حال كالثياب والدواب

والمالِك ونوع ثمن من وجه مبيع من وجه كالمكيل والموزون فإنه إذا صحبه الباء وقابله مبيع فهو ثمن وإن لم يصحبه الباء وقابله ثمن فهو مبيع ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الأصل كالفلس فإن كان ربحا كان ثمنا وإن كان كاسدا كان سلعة **(فإن باع فضة بفضة أو ذهبا بذهب لم يجز إلا مثلا بمثل يدا بيد)** لقوله عليه السلام: "الذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا" ⁷⁸⁷ لأنه لا بد من قبض أحدهما لئلا يكون كالثا بكالي وليس أحدهما أولى من الآخر فيقبضان **(ولا اعتبار بالصياغة والجودة)** لقوله عليه السلام في آخر الحديث "جيدها ورديها سواء" ⁷⁸⁸

(فإن باعهما) أي فإن باع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة **(مجازفة ثم عرف التساوي في المجلس جاز)** لما عرف أن ساعات المجلس كساعة واحدة تحقيقا لليسر ودفعاً للعسر فيكون العلم في آخره كالعلم في أوله **(وإلا فلا)** أي وإن لم يعرف التساوي في المجلس لا يجوز لاحتمال الربا ولا يُعني بالمجلس موضع الجلوس بل الاعتبار وجود القبض قبل أن يفترقا بالأبدان حتى لو قاما ومشيا فرسخا أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما ثم تقبضا قبل الافتراق صح العقد لقول ابن عمر رضي الله عنه: "وإن وثب من سطح فثب معه" ⁷⁸⁹ وهذا هو الاعتبار في قبض مال السلم أيضا **(ويعتبر في الدراهم والدنانير الغلبة كما في الزكاة)** بناء على أن النقود لا يخلو عن قليل غش عادة لأنها لا ينطبع إلا مع الغش وقد يكون خلقيها كما في الردي منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والرديء سواء فإن كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم وإن كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب وتعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد وإن كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب **(فن تساويا)** أي الغش والفضة **(فهي كالجياد في الصرف)** فإذا بيع متساوي الغش والفضة بالفضة الخالصة لا يجوز إلا وزنا بوزن يدا بيد احتياطا للحرمة وكذا متساوي الغش والذهب هذا هو المفهوم من المتن ومن شرحه للمصنف رحمه الله في وفي كنز الدقائق والكافي والمتساوي كغالب الفضة في التبائع والاستقراض والصرف كغالب الغش **(ويجوز بيع أحدهما)** أي بيع الذهب بالفضة **(متفاضلا ومجازفة مقابضة)** لقوله عليه

⁷⁸⁷ مسلم، "المساقاة" 14.

⁷⁸⁸ مسلم، "المساقاة" 94.

⁷⁸⁹ قال الزيلعي: قلت غريب جدا. نصب الراية، 4 / 110

السلام: "إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتُم بعد أن يكون يدا"⁷⁹⁰ بيد ولقوله عليه السلام: "الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء"⁷⁹¹ ولو افترقا قبل القبض بطل العقد لفوات الشرط

(ويجوز بيع درهمين ودينار بدينارين ودرهم وبيع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) الأصل في ذلك أن عندنا يصرف كل واحد من الجنسين إلى خلافه حملا لتصرفه على الصحة وفيه خلاف زفر والشافعي رحمهما الله فإنها يصرفان الجنس إلى الجنس لأنه أسهل عند المقابلة ولنا أنها قصدا الصحة ظاهرا فيحمل عليه تحقيقا لقصدتهما ودفعاً لحاجتهما (ومن باع سيفاً محلياً بثمان) متعلق ببيع (أكثر من قدر الحلية جاز) البيع إذا كان الثمن جنس الحلية لتكون الحلية بمثلها والزيادة بالنصل والحمائل قيد بقوله أكثر لأنه إن كان الثمن مثل الحلية أو أقل لا يجوز لأنه ربا وإنما قلنا إذا كان الثمن من جنس الحلية لأنه إذا كان من خلاف جنسها جاز كيف كان لجواز التفاضل على ما بينا (ولا بد من قبض قدر الحلية قبل الافتراق) لأنه صرف فلو اشتراه بعشرين درهما والحلية عشرة دراهم فقبض عشرة فهي حصة الحلية وإن لم يعينها حملا لتصرفه على الصحة وكذا إذا قال خذ من ثمنها لأن قصده الصحة وقد يراد بالإثنين أحدهما كقوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر حاله وكذلك لو اشتراه بعشرين عشرة نقدا وعشرة نسيئة فالنقد حصة الحلية لما تقدم فإن افترقا لا عن قبض بطل البيع فيهما إن كانت الحلية لا تتخلص إلا بضرر كجذع في سقف وإن كانت تتخلص بغير ضرر جاز في السيف وبطل في الحلية كالطوق في عنق الجارية (وإن باع إناء فضة أو قطعة نقرة) وهي قطعة فضة غير مضمونة

(فقبض بعض الثمن ثم افترقا صار شركة) أي صار الإناء والنقرة مشتركا بينهما لأنه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد ولم يسر هذا الفساد لأنه طارئ حصل بالتفرق بلا قبض فإن قلت فيه تفريق الصفقة فينبغي ألا يجوز قلت التفريق جاء من جهة الشرع لا لشرائطه القبض لا من العاقد فصار كهلاك أحد العبدین (فإن استحق بعض الإناء فإن شاء المشتري أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده) لأن الشركة كانت في يد البائع وهو عيب في الإناء لانتقاصه بالتبعض بخلاف ما مر لأن الشركة إنما تثبت بصنعه وهو الافتراق

⁷⁹⁰ مسلم، "المساقاة" 81.

⁷⁹¹ مسلم، "المساقاة" 79.

(وفي القطعة يأخذ الباقي بحصته لا غير) أي لو استحق في قطعة نقرة يأخذ الباقي بحصته من الثمن ولا خيار له لأن التنقيص لا يضر القطعة فلم يكن الشركة فيها عيباً (ويجوز البيع بالفلوس) لأنها مال معلوم (فإن كانت كاسدة) أي فإن كانت الفلوس غير رائجة (عينها) لأنها سلع فلا بد من تعيينها (وإن كانت نافقة) أي رائجة (لم يعينها) لأنها أثمان بالاصطلاح (فإن باع بها) أي بالفلوس النافقة (ثم كسدت بطل البيع) فيرد المبيع إن كان قائماً وإلا يرد قيمته وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يبطل لأن البيع صح فلا يفسد لتعذر التسليم بالكساد كما إذا اشترى بشيء من الفواكه وانقطع وإذا بقي العقد وجبت القيمة غير أن عند أبي يوسف رحمه الله تجب قيمته يوم البيع لأن الثمن مضمون به وعند محمد رحمه الله يوم الكساد لأنه أوان الانقطاع إلى القيمة ولأبي حنيفة رحمه الله أن ثمنية الفلوس بالاصطلاح فهلك بالكساد فيبقى المبيع بلا ثمن فيرد المبيع أو قيمته إن كان هالكا (ومن أعطى صيرفيا) أي صرافاً (درهما فقال أعطني به) أي بذلك الدرهم (فلوساً ونصفاً إلا حبة جاز) الصرف ويصرف النصف إلا حبة إلى مثله من الدراهم والباقي إلى الفلوس تصحيحاً لتصرفه

كتاب الشفعة

هي مشتقة من الشفع وهو الضم ومنه الشفع الذي هو ضد الفرد والشفاعة لأنه يضم الجاني إلى غيره من الفائزين وفي الشرع تملك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه وسببها الاتصال بالشركة أو الجوار وشرطها عقد المعاوضة وركانها أخذ الشفيع أما من البائع أو المشتري وحكمها ثبوت حق التملك (ولا شفعة إلا في العقار) لقوله عليه السلام: "لا شفعة إلا في ربع أو حائط"⁷⁹² ولأن الشفعة وجبت في العقار لدفع ضرر الدخيل فيما هو متصل على الدوام والمتقول ليس كذلك لأنه لا يدوم دوام العقار فلا يلحق به ثم إنها تجب في العقار سواء كان مما يقسم كالدار والحوانيت أو مما لا يقسم كالبر والرحى لأن النصوص الموجبة للشفعة لا يفصل وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة فيما لا يقسم وهو محجوج بما قلنا (إذا ملك العقار بعوض هو مال) حتى إذا ملكه بلا عوض كالهبة بغير عوض والصدقة لا تجب الشفعة بالإجماع وكذا إذا ملكه بعوض ليس بهال كالنكاح والخلع والإجارة وقال الشافعي رحمه الله تثبت الشفعة فيها لأن هذه

⁷⁹² مسلم، "المساقاة" 135.

الأشياء متقومة في الشرع فيكون العقار قيمة المتقوم ولنا أن قيمة الشيء ما يقوم مقامه لاتحادهما في المقصود ولا اتحاد بين المال وبين هذه الأشياء فيه فلا يكون المال قيمة لها إلا أن الشارع جعل للبضع قيمة في النكاح لضرورة تعظيم قدره وللمنافع قيمة في الإجارة لضرورة حاجة الناس إليها وما ثبت بالضرورة لا يتعدى عن موضعها فلا يكون متقومة في حق الشفعة **(وتجب بعد البيع)** المراد من الوجوب الثبوت لا الوجوب الشرعي الذي يعاقب بتركه فإنه لو ترك الشفعة لا يعاقب أي ويثبت الشفعة بعد البيع لأن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا لو أخر المالك بالبيع أخذه الشفيع وإن كذبه المشتري **(وتستقر)** الشفعة

(بالأشهاد) لأن الأشهاد يعلم طلبه إذ لا بد من طلب الموائبة على ما يأتي فيحتاج إلى إثباته عند القاضي وذلك بالأشهاد فإذا شهد الشهود استقرت كذا في شرح المصنف رحمه الله **(وتملك)** العقار المشفوع **(بالأخذ)** أي يأخذ الشفيع إذا سلمه المشتري إليه أو حكم لربها حاكم لأن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي كالرجوع في الهبة **(والمسلم والذمي سواء)** وكذا المأذون والمكاتب لعموم النصوص فلأن السبب موجود وهو الاتصال والمعنى يشملهم وهو دفع الضرر **(وتجب للخليط)** أي وتثبت الشفعة للشريك **(في نفس المبيع ثم في حق المبيع)** يعني إذا سلم الخليط في نفس المبيع يثبت الشفعة للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق خاصين حتى لو كانا عامين لم يستحق بهما الشفعة فالشرب الخاص نهر لا يجري فيه السفن والطريق الخاص ما يكون غير نافذ هو الصحيح **(ثم للجار)** يعني إذا سلم الخليط في حق المبيع يثبت الشفعة للجار والمراد الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة أخرى اعلم أن لفظ المصنف رحمه الله أفاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء أفاد الترتيب أما الثبوت فلقوله عليه السلام: "الشفعة لشريك لم يقاسم"⁷⁹³ ولقوله عليه السلام: "جار الدار أحق بالدار"⁷⁹⁴ والأرض ينتظر له إن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً والمراد به جار هو شريك في الطريق والشرب كالطريق لأن الشفعة إنما يثبت بالشركة في الطريق باعتبار الخلط وقد وجدت في الشرب ولقوله عليه السلام: "الجار أحق بصقبه قيل يا رسول الله ما صقبه قال شفيعته"⁷⁹⁵ ولأنها يثبت لدفع

⁷⁹³ مسلم، "المساقاة" 135.

⁷⁹⁴ الطبراني، المعجم الكبير، 7/ 196-198.

⁷⁹⁵ أحمد بن حنبل، 6/ 390.

ضرر الجار من حيث إيقاد النار وإثارة الغبار وإعلاء الجدار ومنع ضوء النهار وأما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حق المبيع والشفيع هو الجار ولأن الاتصال بالشركة في المبيع أقوى لأنه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لأنه شركة في مرافق الملك وقوة السبب موجبة للترجيح وصورته منزل مشترك بين إثنين في دار هي لقوم في سكة غير نافذة إذا باع أحد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريك في المنزل أحق بالشفعة فإن سلمه فالشركاء في الدار أحق بالشفعة من الشركاء في السكة لأنهم أمسُّ قرباً للشركة بينهم في صحن الدار فإن سلموا فأهل السكة أحق بالشفعة للشركة في الطريق فإن سلموا فالجار الملاصق

(ويقسم على عدد الرؤوس) أي ويقسم العقار المشفوع على عدد الرؤوس وقال الشافعي رحمه الله على قدر سهامهم حتى لو كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الآخران الشفعة قضي بينهما أثلاثا عنده بقدر ملكهما وإن باع صاحب السدس قضي بينهما أخماسا وإن باع صاحب الثلث قضي بينهما أرباعا وعندنا قضي بينهما بنصفين في الكل له إن الشفعة من مرافق الملك فيكون على قدر الملك كالربح والكسب ولنا أن سببها اتصال الملك وقليل الملك ككثيره ولهذا لو تفرد صاحب القليل فله كل الشفعة بخلاف الربح والكسب لأنهما من نتائج الملك فيكونان بقدره

(وإذا علم الشفيع بالبيع ينبغي أن يشهد في مجلس علمه على الطلب) وهذا طلب الموائبة وهو أن يطلبها كما علم البيع حتى لو بلغه ولم يطلب بطلت شفيعته لقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها أي لمن طلبها على سبيل البادرة وهذا رواية عن محمد رحمه الله وعليه عامة المشايخ وعنه أن له مجلس العلم فعلى هذا لا يبطل بالتأخير إلى آخر المجلس وهو الذي اختاره المصنف رحمه الله لأنه تملك فلا بد فيه من التأمل ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة أو أطلبها أو أنا طالبها لأن الاعتبار للمعنى

(فإن لم يشهد بعد التمكن منه بطلت الشفعة) لأنه دليل الإعراض قال المصنف رحمه الله في شرحه والمعتبر الطلب أي طلب الموائبة دون الأشهاد فيه وإنما الأشهاد للإثبات حتى لو صدقه المشتري على الطلب لا يحتاج إلى الإشهاد ولكن يفهم من عبارة المتن وهي قوله فإن لم يشهد بعد التمكن منه بطلت الشفعة لأن الأشهاد فيه شرط لازم **(ثم على البائع)** أي ثم يشهد على البائع **(إن كان المبيع في يده)** ولم يسلمه إلى المشتري **(أو على المشتري)** لأن كل واحد منهما خصم فيه لأن للأول اليد وللثاني الملك

(أو عند العقار) أي أو أشهد عند العقار المبيع لأن الحق متعلق به وصورة هذا الطلب وهو طلب التقرير والإشهاد أن يقول إن فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك الحاصل أن الطلب ثلاثة الأول طلب المواثبة والثاني طلب التقرير وقد مر بيانها والثالث طلب الخصومة والتمليك وهو قوله **(ثم لا تسقط بالتأخير)** أي ثم لا تسقط الشفعة بعد الطلبتين بتأخير طلب الخصومة مطلقا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله إن تركها شهرا بعد الإشهاد بطلت شفيعته وهو قول زفر رحمه الله معناه إذا تركها من غير عذر حتى لو كان بعذر كمرض وسفر وعدم قاض لا تسقط اتفاقا لمحمد رحمه الله أنه لو لم يسقط أبدا يتضرر به المشتري لأنه لا يمكنه التصرف حذاء نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لأنه أجل وما دونه عاجل ولأبي حنيفة رحمه الله أن الحق متي ثبت واستقر لا يسقط إلا بإسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق وضرر المشتري يمكن دفعه بالمرافعة إلى القاضي حتى يأمره بالأخذ أو بالترك فمتى لم يفعل فهو الذي أخر بنفسه قال صاحب الهداية والفتوى على قول أبي حنيفة رحمه الله وقال صاحب المحيط والفتوى على قول محمد رحمه الله دفعا للضرر عن المشتري لأنه قد يختفي الشفيع فلا يقدر على إحضاره إلى القاضي فيه فيدفع الضرر بقول محمد رحمه الله أقول إن كان الشفيع فتانا ذا حيلة والمشتري نفاعا ذا أمانة يفتى بقول أبي حنيفة رحمه الله إلا فيفتى بقول محمد رحمه الله **(إذا طلب الشفيع الشفعة عند الحاكم سأل الحاكم المدعى عليه)** أي سأل القاضي المشتري بأن يقول الدار التي يشفع بها الشفيع هل هي ملكه وإنما احتيج إلى هذا السؤال لأنه بمجرد كونها في يده لا يستحق الشفعة **(فإن اعترف)** المدعى عليه **(بملكه الذي يُشفع به أو قامت به)** أي بملك الشفيع **(بينة أو نكل المدعى عليه عن اليمين أنه ما يعلم به)** يعني بعد ما سأل القاضي المدعى عليه أن الدار التي يشفع بها الشفيع هل هي ملكه إن اعترف المدعى عليه بأنه مالك لما يشفع به لا يحتاج إلى البينة وإن لم يعترف كلّف القاضي الشفيع بإقامة البينة على أنه مالك لما يشفع به لأن اليد لا يكفي للاستحقاق كما مر فإن أقامها يثبت وإلا استحلف المدعى عليه بالله ما يعلم أنه مالك الدار التي ذكرها يشفع بها لأنه لو أقر بذلك لزمه فإذا أنكر حلف على العلم لأنه فعل الغير فإذا نكل ثبت الملك سأل القاضي أيضا عن الشراء أي سأل القاضي المدعى عليه عن الشراء بأن يقول هل ابتعت أم لا كما سأل عن ملك الشفيع الدار المشفوع بها **(فإن اعترف)** المدعى عليه **(به)** أي بالشراء **(أو قامت عليه بينة)** أي برهن الشفيع بالشراء عليه **(أو نكل)** المدعى عليه **(عن اليمين أنه ما ابتاع)** أي يقول في حلفه بالله ما اشتريت الدار المشفوعة وهذا يمين على السبب

(أو ما يستحق عليه هذه الشفعة) أي يقول في حلفه بالله ما يستحق الشفيع هذه الشفعة وهذا يمين على الحاصل

(قضى بالشفعة) أي قضى القاضي للشفيع بالشفعة وهذا لأنه لا بد من كون الشفيع مالكا للدار التي يشفع بها ولا بد أن يكون الدار التي يدعى الشفعة فيها مبيعة ولا يظهر ذلك إلا بالبينة أو النكول أو الإقرار وإنما يستحلف على الثبات لأنه فعله اعلم أن ثبوت الشفعة إن كان متفقا عليه يحلف على الحاصل بالله ما استحق هذا الشفيع الشفعة على وإن كان مختلفا فيه كشفعة الجوار يحلف على السبب بالله ما اشترت هذه الدار لأنه ربما يحلف على الحاصل بمذهب الشافعي رحمه الله (وللشفيع أن يخاصم البائع إن كان المبيع في يده) لأن اليد له وهي يد مستحقة

(ولا يسمع القاضي البينة إلا بحضور المشتري ثم يفسخ البيع) بمشهد منه (ويجعل العهدة) أي ضمان الثمن عند استحقاق الدار (على البائع) لأن الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فيشترط حضورهما بخلاف ما بعد القبض حيث لا يعتبر حضور البائع لأن العقد قد انتهى بالتسليم إلى المشتري فصار البائع أجنبيا فإذا أخذها من البائع يتحول الصفقة إليه ويصير كأن الشفيع اشتراها من البائع فلهذا يكون العهدة عليه ولو أخذها من المشتري بعد القبض فالعهدة عليه لأنه تم ملكه بالقبض (وللشفيع خيار الرؤية والعيب) أي إذا قضى للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وإن وجد بها عيبا فله أن يردها لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء ألا يرى أنه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء أي (وللشفيع أن يخاصم وإن لم يحضر الثمن) إلى مجلس القاضي (فإذا قضى له لزمه إحضاره) لأن الثمن إنما يجب بانتقال الملك إليه ولا ينتقل إلا بالقضاء فلا يجب الإحضار قبله كما لا يجب على المشتري قبل القبض وعن محمد رحمه الله أنه لا يقضي ما لم يحضر الثمن لأنه قد يكون مفلسا فيتضرر المشتري (والوكيل بالشراء خصم في الشفعة حتى يسلمه إلى المشتري) لأنه هو العاقد والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه إليه فإذا سلمه إلى الموكل لم يبق له يد ولا ملك فيصير الخصم هو الموكل (وعلى الشفيع مثل الثمن إن كان مثليا وإلا قيمته) أي وإن لم يكن مثليا فعليه قيمته يوم قبضه لأن القاضي يحكم بالملك له بالعقد الأول فيجب عليه ما وجب بالعقد الأول (وإن حطَّ البائع عن المشتري بعض الثمن سقط عن الشفيع) لما تقدم أن الحط يلتحق بأصل العقد (فإن حط النصف ثم النصف أخذها بالنصف الآخر) لأنه لما حط النصف الأول التحق بأصل العقد فوجب عليه نصف الثمن فلما حط النصف كان حطا بجميع الثمن والحط لجميع عن المشتري لا يسقط شيء عن الشفيع وهذا قوله (وإن حط الكل لا يسقط) لأنه لا يلتحق بأصل العقد بل يكون إبراء عن الدين فلا يسقط عن الشفيع

(وإن زاد المشتري في الثمن لا يلزم الشفيع) لاحتمال أنها تواضعا على ذلك إضرارا بالشفيع بخلاف الخط لأنه نفع (وإن اختلفا) أي الشفيع والمشتري في الثمن (فالقول قول المشتري مع يمينه) لأنه ينكر ثبوت حق التملك للشفيع إلا بهذا القدر (والبينة بينة الشفيع) أي فإن أقاما البينة فالبينة بينة الشفيع عندهما وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله البينة بينة المشتري لأنه أكثر إثباتا كبينة البائع مع المشتري ولهما أنه لا تنافي فيجعل كأن الموجود يبعان وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لأنه لا يتصور بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول وهاهنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع ولأن بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبيانات للإلزام

فصل فيما يبطل الشفعة وما لا يبطل

(وتبطل الشفعة بموت الشفيع) لأن ملكه زال بالموت وانتقل إلى الوارث وبعد ثبوته للوارث لم يوجد البيع وقال الشافعي رحمه الله يورث عنه وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع والمراد إذا مات بعد البيع قبل القضاء بشفعة أما إذا مات بعد القضاء لزم وانتقلت إلى ورثته ولزمهم الثمن (وتسليمه الكل والبعض) أي وتبطل الشفعة بتسليمه الكل أو البعض أما تسليمه الكل فلا أنه صريح في الإسقاط وأما تسليمه البعض فلا أن حق الشفعة لا يتجزأ فيكون إسقاط بعضه كإسقاط كله (وبصلحه عن الشفعة بعوض) يعني إذا صالح من شفيعته على عوض تبطل الشفعة لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه كالعنين إذا قال لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاخترت سقط الفسخ ولا شيء لها يجب رد العوض لأنه لم يقابله شيء فلا يكون تجارة عن تراضٍ فلا يحل (وببيع المشفوع به) لزوال سبب الاستحقاق قبل القضاء بها وهو نظير الموت وقوله (قبل القضاء بالشفعة) متعلق بالمسائل كلها ولو آخر عن المسئلتين الآتيتين لكان أولى وأحسن (وبضمان الدرك عن البائع) أي وتبطل الشفعة بضمان الشفيع الدرك عن البائع بأن يقول للمشتري أنا ضامن للثمن استحق المبيع أحد وإنما تبطل به لأنه قد ضمن للمشتري بقاءه على ملكه وسلامته له وذلك يتضمن تسليم الشفعة (وبمساومته المشتري بيعا وإجارة) أي وتبطل الشفعة بمساومة الشفيع المشتري بأن قال الشفيع له بعني هذه الدار أو آجرني بعد ما اشتريت فالمصدر مضاف إلى فاعله وإنما تبطل بها لأنه دليل الرضي بثبوت الملك للمشتري وتصرفه فيه بيعا وإجارة وذلك لا يكون إلا بعد إسقاط الشفعة (ولا تبطل) الشفعة

(بموت المشتري) لأن المستحق وهو الشفيع قائم **(ولا شفعة لوكيل البائع)** لأن البائع لو كان شفيعا لم يكن له الأخذ بالشفعة لأن البيع تمليك والأخذ بالشفعة تملك وبينهما منافاة وكذا وكيله القائم مقامه والأصل أن سعي الإنسان في نقص ما تم من جهته مردود **(ولوكيل المشتري الشفعة)** لأن المشتري لو كان شفيعا لم تبطل شفيعته وكان له أن يشارك سائر الشفعاء إن لم يتقدموا عليه لأن الأخذ بالشفعة تملك كالشراء فيكون مقررا له فكذا وكيله القائم مقامه **(وإذا قيل للشفيع أن المشتري فلان فسلم شفيعته ثم تبين أنه غيره)** أي ثم ظهر أن المشتري غير فلان **(فله الشفعة)** لتفاوت الناس في الجوار والرضي بجوار هذا لا يكون رضي بجوار ذا

(وإذا قيل له) أي للشفيع (بيعت الدار بألف فسلم ثم تبين أنها بيعت بأقل أو بمكيل أو موزون فهو على شفيعته) لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن في الأول ولتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع له في الثاني إذ الجنس مختلف **(ولا يكره الحيلة)** اسم من الاحتيال وهي ما يتلطف به في جلب مجلوب أو دفع مكروه **(في إسقاط الشفعة قبل وجوبها)** عند أبي يوسف رحمه الله لأنه منع من وجوب الحق ويكره عند محمد رحمه الله لأنها شرعت لدفع الضرر والحيلة ينافيها والحيلة في إسقاط الزكاة على هذا وقيل يفتى في الشفعة بقول أبي يوسف رحمه الله وفي الزكاة بقول محمد رحمه الله وقيد بقوله قبل وجوبها لأن بعد وجوبها يكره اتفاقا وذلك نحو أن يقول المبتاع للشفيع: أنا أبيعها منك بما اشتريت فلا فائدة لك في الأخذ فيقول الشفيع: نعم أو يقول: له إني وهبت منك هذه الدار فاقبل مني فلما قال: قبلت تبطل شفيعته⁷⁹⁶ ثم يمنع من التسليم فلا يتم الهبة وإن سلم إليه يرجع في هبته

(ومن باع سهما ثم باع الباقي فالشفعة للجار في السهم الأول لا غير)⁷⁹⁷ لأن الشفيع جار فيها إلا أن المشتري في الثاني شريك في المبيع فيتقدم عليه فإن أراد الحيلة يبيع الأول بثمن كثير⁷⁹⁸ والباقي بثمن قليل **(وإن اشتراها بثمن ودفع عنه ثوبا)** أي ودفع حال كونه عوضا عنه ثوبا **(أخذها بالثمن الأول)** لا بالثوب لأنه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار وهذا حيلة أخرى تعم الجوار والشركة فيباع بأضعاف قيمته ويعطى بها ثوبا بقدر قيمته

⁷⁹⁶ يقع أن الشفيع لما ترك طلب الشفعة في السهم الأول فتقدر ملك المشتري بزيادة ثمنه فيه ثم إذا ابتاعه الباقي فهو خليط في نفس المبيع

فالخليط مقدم على الجار

⁷⁹⁷ دون الثاني لأن مشتري سهم صار شريكا

⁷⁹⁸ حيث لا يرغب إليه الجار

(وإن اشتراها بثمان مؤجل فالشفيع إن شاء أدّاه حالاً وإن شاء بعد الأجل ثم أخذ الدار) وليس له أن يأخذها في

الحال بثمان مؤجل وقال زفر والشافعي رحمهما الله له ذلك لأن كونه مؤجلاً وصف في الثمن كالزيادة والأخذ بالشفعة به فيأخذ به بأصله ووصفه كما في الزيوف ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع وليس الرضي به في حق المشتري رضي به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملائة والإعسار والوفاء والمطل وليس الأجل وصف الثمن لأنه حق المشتري ولو كان وصفاً له لتبعه فيكون حقاً للبائع كالثمان

(وإذا قضي للشفيع وقد بنى المشتري فإن شاء أخذها) الشفيع (بقيمة البناء وإن شاء كلف المشتري قلعه) وعن

أبي يوسف رحمه الله أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذها بالثمان بقيمة البناء وبين أن يترك والغرس كالبناء وذلك لأنه بنى في ملك نفسه وتصرفه فيه صحيح حتى لو أجره طاب له الأجر والقلع من أحكام العدوان فلا يكلفه كالزرع والموهوب له ولنا أنه تعدى من حيث أنه بنى في ملك تعلق به حق الغير من غير تسليط من ذلك فينقض صيانة لحقه وضرر النقض بفعله فلا يعتبر بخلاف الموهوب له لأن صاحب الحق سلطه وأما الزرع فالقياس أن يقعله لكنهم استحسنوا أن يبقى في الأرض بالأجرة لأن له نهاية فلا ضرر فيه كالبناء

(ولو بنى الشفيع) بعد ما أخذها بالشفعة (ثم استحققت الدار رجع بالثمان) لأنه تبين أنه أخذها بغير حق ولا يرجع

بقيمة البناء لا على البائع إن أخذ منه ولا على المشتري إن أخذ منه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع كالمشتري إذا بنى فاستحققت فإنه يرجع بقيمة البناء على البائع والفرق على ما هو المشهور أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لأنه مجبور عليه **(وإذا خربت الدار أو جف الشجر**

فالشفيع إن شاء أخذها بجميع الثمن) لأن البناء تابع حتى يدخل في البيع من غير ذكر فلا يقابله شيء من الثمن

مالم يصّر مقصوداً ولهذا يبيعها مربحة بكل الثمن **(وإن شاء ترك)** لأن له أن يمتنع عن تلك الدار بهاله

(وإن نقض المشتري البناء فالشفيع إن شاء أخذ العرصة بحصتها وإن شاء ترك) لأنه صار مقصوداً بالإتلاف

فيقابلة شيء من الثمن بخلاف الأول لأن الهلاك بأفة سماوية **(وإن اشترى نخلاً عليه ثمر فهو للشفيع)** أي ومن

اشترى أرضاً وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها معناه إذا ذكر الثمر في البيع لأنه لا يدخل من غير ذكر على

ما مر في البيوع فإذا شرطه دخل في البيع واستحق بالشفعة لأنه باعتبار الاتصال صار كالنخل وهذا استحسان

والقياس أن لا شفعة فيه لعدم التبعية حتى لا يدخل في البيع بدون الشرط **(فإن جده المشتري)** الجد بالبدال المهمة

القطع **(نقص حصته من الثمن)** يعني إذا دخل في الشفعة فإن قطعه المشتري نقص حصته من الثمن لأنه صار مقصودا فيقابلة شيء من الثمن وليس له أن يأخذ الثمرة لأنها نقلية

كتاب الإجارة

اعلم أن التملك نوعان تملك عين وتمليك منفعة وتمليك العين نوعان بعوض وهو البيع وبغير عوض وهو الهبة وتمليك المنفعة نوعان بغير عوض وهو العارية وبعوض وهو الإجارة

(وهي بيع المنافع) والقياس ألا يجوز لأن المنافع معدومة وبيع المعدوم لا يجوز إلا أنها

(جوزت على خلاف القياس) لحاجة الناس إليها فالفقير يحتاج إلى المال والغني يحتاج إلى عمل الفقير وقد شهدت

بصحتها الآثار وهو قوله عليه السلام: "أَعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ"⁷⁹⁹ والأمر بإعطاء الأجر دليل

صحتها وقوله عليه السلام: "من استأجر أجيرا فليعلمه أجره"⁸⁰⁰ وبُعث رسول الله عليه السلام والناس

يتعاملونها فأقرهم على ذلك وعليه الإجماع **(ولا بد من كون المنافع والأجرة معلومة)** قطعا للمنازعة ولما روينا

(وما صلح) بفتح اللام من باب نصر **(ثمنا)** في البيع كالتقود والمكيل والموزون **(صلح أجرة)** في الإجارة لأن

الأجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وهذا لا ينعكس فإن الثياب والدواب والعبيد والإماء وغيره من الأعيان

لا يصلح ثمننا ويصلح أجرة **(وتفسد)** الإجارة **(بالشروط)** كالبيع **(ويثبت فيها)** أي في الإجارة **(خيار الرؤية)**

بناء على أن الإجارة أخت البيع فيكون النص الوارد فيه وارد فيها **(والشرط)** أي ويثبت في الإجارة خيار الشرط

عندنا ويعتبر أول المدة من وقت سقوط الخيار وعند الشافعي رحمه الله لا يصح لأن شرط الخيار في البيع ثبت

بالنص بخلاف القياس وليست الإجارة في معناه لأن المستأجر لا يقدر على رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار

له لفوات بعضه ولو كان للموَجِر لا يمكنه التسليم أيضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا أنه عقد معاوضة

لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه

والإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا خيار الشرط بخلاف البيع وهذا لأن رد الكل ممكن في البيع دون

الإجارة فيشترط فيه دونها

⁷⁹⁹ ابن ماجه، "الرهن" 4.

⁸⁰⁰ عبد الرزاق المصنف، 8 / 235.

(والعيب) أي ويثبت في الإجارة خيار العيب فلو استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله ولاية الفسخ كما في البيع **(وتقال)** أي وتجوز الإقالة في الإجارة كما تجوز في البيع **(وتفسخ)** الإجارة **(بالعذر)** وقال الشافعي رحمه الله لا تفسخ وسيجيئ بيانه إن شاء الله **(والمنافع تعلم)** بطرق ثلاثة **(بذكر المدة)** أي مدة الاستئجار **(كسكنى الدور وزرع الأرضين)** لأن المدة إذا علمت تصير المنافع معلومة **(أو بالتسمية كصبغ الثوب)** وخياطته وإجارة الدابة لحمل شيء معلوم أو للركوب مسافة معلومة لأنه إذا تبين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة

(أو بالإشارة كحمل هذا الطعام) إلى مكان معلوم لأنه إذا أراه ما يحمله والموضع الذي يحمل إليه تصير المنفعة معلومة **(وإن استأجر دارا أو حانوتا فله أن يسكنها من شاء ويعمل فيها ما شاء)** مما لا يضر بالبناء نحو الوضوء وغسل الثياب ووضع المتاع وكسر الحطب وربط الحيوان وغيره وإن لم يسم ذلك لأن المقصود المتعارف من الدار ذلك ومنافع السكنى غير متفاوتة فصح العقد وله أن يعمل كل شيء للإطلاق **(إلا القسارة والحدادة والطحن)** لأنها توهن البناء وفيه ضرر فلا ينقضه العقد إلا بالتسمية **(ومن استأجر أرضا للزراعة بين ما يزرع فيها أو يقول على أن يزرعها ما شاء)** أي ويجوز استئجار الأرض للزراعة لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها ولا يصح العقد حتى يبين ما يزرع فيها لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فكم من زرع يسمن الأرض وكم من زرع يعجفه فلا بد من التعيين كيلا يقع المنازعة أو يقول على أن يزرع ما شاء لأنه لما فوّض الخيرة إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة فإن قيل ينبغي في الزراعة أن يصح مطلقا ثم يستثنى ما يضر كما في السكنى قلنا إن المضر معلوم معدود في السكنى والتضرر في البيت ظاهر إذا وجد المضر وغير معلوم في الزراعة فرب مضر في أرض غير مضر في أرض أخرى فإذا كان كذلك لا بد من البيان **(وهكذا ركوب الدابة ولبس الثوب)** أي ويجوز استئجار الدابة للركوب والثوب للبس لأنه منفعة معلومة ولا يصح حتى يبين من يركب الدابة ويلبس الثوب لأن الناس يختلفون في الركوب واللبس فيفضي إلى المنازعة أو يطلق بأن يقول على أن يركب ويلبس من شاء فإذا أطلق له أن يركب ويلبس من شاء عملا بالإطلاق **(إلا أنه إذا ركب أو لبس واحد)** هو أو غيره **(يتعين)** فليس له أن يركب أو يلبس غير ذلك الواحد لأنه تعين مرادا من الأصل فصار كأنه نص على ركوبه

(وإن استأجر أرضاً للبناء والغرس) إنما جاز استئجار الأرض لبني عليها أو ليغرس فيها شجراً لأنه منفعة يقصد بالأراضي (فانقضت المدة) أي مدة الإجارة (تجب عليها تسليمها) أي تسليم الأرض حال كونها (فارغة) أي خالية عن البناء والغرس لأنه لا نهاية لهما ففي إثباتهما إضرار لصاحب الأرض (فإن كانت الأرض تنقص) أي فإن عرف أن الأرض تنقص (بالقلع يغرم له الأجر) وهو على وزن فاعل بمعنى المجرى وفي الأساس لا يقال هو أجر على وزن فاعل فإنه خطأ بل يقال هو ماجر (قيمة ذلك) أي قيمة البناء والغرس (مقلوعاً) يعني يضمن له الماجر قيمة البناء والغرس حال كونه مقلوعاً ويتملكه بلا رضي صاحب البناء والغرس ترجيحاً لجانب الأرض لأنها الأصل والبناء والغرس تبع وإنما يضمن قيمته مقلوعاً لأنه مستحق القلع فيقوم الأرض بدون البناء والشجر ويقوم وبها بناء أو شجر لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما كذا في شرح المصنف رحمه الله وفي الكفاية معنى قوله مقلوعاً أي مأموراً بقلعه ومعرفة قيمته كذلك أن يقوم الأرض مع الشجر المأمور ماله بالقلع ويقوم وليس فيها هذا الشجر ففضل ما بينهما هو قيمة الشجر وإنما فسرناه بكذا لأن قيمة المقلوع أزيد من قيمة المأمور بقلعه لكون المؤونة مصروفة للقلع (وإن كانت) الأرض (لا تنقص بالقلع يتوقف) تملكه (على رضاه) أي على رضي صاحب البناء والغرس كيلا يلزم تملك مال الغير بغير موجب اعتبره الشرع (أو يتراضيان) أي الماجر وهو صاحب الأرض والمستأجر وهو صاحب البناء أو الغرس (فيكون الأرض لهذا والبناء) أو الغرس (لهذا) لأن الحق له فله ألا يستوفيه والرطوبة كالشجر في حكم القلع والترك على حالهما يعني إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض رطوبة قلعت لأنه ليس لها نهاية معلومة فأشبهه الشجر (والزراع يترك بأجر المثل إلى نهايته) يعني إذا انقضت المدة والزراع بقل يترك بأجر المثل إلى زمان الإدراك لأن له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين (وإن سمي ما يحمله على الدابة كقفيز حنطة) جاز (فله) أي للمستأجر (أن يحمل ما هو مثله) في الضرر كما إذا استأجر ليحمل عليها عشرة أقفزة من الحنطة الحمراء فيحمل عليها حنطة أخرى (أو أخف كالشعير) والسهمسم لأنه دخل تحت الإذن ظاهراً لعدم التفاوت أو لكونه خيراً من المسمى (وليس له أن يحمل أثقل كالملاح) والحديد أي وليس له أن يحمل ما هو أضر مما سماه لانعدام الرضي به (وإن سمي قدراً من القطن فليس له أن يحمل مثل وزنه حديداً) لأن القطن ينبسط على ظهر الدابة والحديد يجتمع في مكان واحد فيؤذيها فلا يرضي صاحبها (وإن زاد على المسمى) أي على ما سماه من مقدار معلوم في الحمل (فعطبت) الدابة

(ضمن بقدر الزيادة) مثلاً إذا زاد عُشر المسمى يضمن عُشر الدابة لأنها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليها إلا إذا كان حملاً لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة **(وإن استأجرها ليركبها فأردف آخر)** فعطبت الدابة **(ضمن النصف)** أي ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقل لعلمه بالفروسية ولأن الأدمي غير موزون فاعتبر فيه العدد كعدد الجثاة في الجناية وهذا إذا كانت الدابة تطيق حمل الإثنين فإن علم أنها لا تطيق ذلك ضمن كل قيمتها **(وإن ضربها فعطبت ضمنها)** أي ضمن كل قيمتها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهم الله لا يضمن إذا فعل فعلاً متعارفاً وعلى هذا الخلاف كبج الدابة وهو جذبها بلجامها لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصله بإذنه فلا يضمنه وله أن الإذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونه وإنما هما للمبالغة فيتقيد بالسلامة كالمروور في الطريق

فصل في ضمان الأجير وهو فاعل بمعنى مفعول

(الأجراء) جمع الأجير على ضربين الأول أجير **(مشارك)** وهو الذي يعمل للعمالة ولذا سمي مشتركاً الثاني أجير خاص وهو الذي يعمل للواحد ولذا سمي به ويسمى أجيراً لواحد أيضاً **(كالصباغ والقصار لا يستحق الأجرة حتى يعمل)** لأن المعقود عليه العمل أو الوصف الذي يحدث في العين بعمله **(والمال أمانة في يده لا يضمن)** إذا هلك سواء كان بأمر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب أو بأمر لا يمكن التحرز عنه كالتحريق والغالب والغارة الغالبة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقالوا رحمهم الله إن هلك بأمر لا يمكن الاحتراز عنه فلا ضمان وإن هلك بأمر يمكن التحرز عنه فعليه الضمان لأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل إلا به فإذا هلك بسبب يمكن التحرز عنه كان التقصير من جهته فيضمنه وله أن العين أمانة في يده لأن القبض حصل بإذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لا يضمنه ولو كان مضموناً لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعاً لا مقصوداً ولهذا لا يقابله الأجر **(إلا أن يتلف بعمله كتحريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل)** الذي يشد به الحمل من شدة ونحوه كغرق السفينة من مده وقال زفر والشافعي رحمهم الله لا يضمن ما تلف بعمله لأنه مأذون فيه فلا يكون مضموناً عليه كأجير الواحد ولنا أن الداخل تحت الإذن ما هو داخل تحت العقد وهو العمل المصلح لأنه هو الوسيلة إلى الأثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المفسد مأذوناً بخلاف الأجير الواحد على ما نذكره إن شاء الله تعالى

(ولا يضمن بني آدم من سقط) بدل من بني آدم (من الدابة) بسوقه وقوده (أو غرق في السفينة بانقطاع جبلها) لأن الآدمي لا يضمن بالعقد وإنما يضمن بالجناية (ولا ضمان على الفصاد) من فصد العرق إذا شقه (والبزاع) من بزغ البيطار الدابة إذا شقها بالمزغ وهو مثل نشط الحجام وإنما لا يضمنان إذا هلك المفصود والمبزوغ لأنه لا يمكن التحرز عن السراية لأنه لا يبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمّل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه لأن قوة الثوب ورقته يعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد بالمصلح فإذا أفسده يضمنه (إلا أن يتجاوز) الفصاد والبزاع (الموضع المعتاد) في الفصد والبزغ لأنه إذا ظهر منه التقصير فيضمن على هذا التقدير (وخاص) عطف على قوله مشترك (كالمستأجر) بفتح الجيم (للخدمة ورعي الغنم) لأن منافعه صارت مستحقة للمستأجر طول المدة فلا يمكنه صرفها إلى غيره فلهذا كان خاصا (ويستحق) الأجير الخاص (الأجرة بتسليم نفسه) في المدة (وإن لم يعمل) لأنها مقابلة بالمنافع وذكر العمل وذكر العمل تصرف المنفعة المستحقة إلى تلك الجهة ومنافعه صارت مستوفاة بالتسليم تقديرا حيث فوتها عليه فاستحق الأجرة هذا إذا تمكن من العمل أما إذا منع عذر من العمل لا يستحق الأجرة كمن استأجر أجيرا يوما للعمل في الصحراء لاتخاذ الطين ونحوه فمطر ذلك اليوم بعد ما خرج الأجير إلى الصحراء لا أجر له (ولا يضمن) الأجير الخاص (ما تلف في يده ولا من عمله) لأن يده يد أمانة ومنافعه مملوكة فصار هو نائبا منابه في الفعل فلا يضمنه إلا إذا تعمد الفساد (ومن استأجر عبدا) للخدمة (فليس له أن يسافر به) لأن خدمة السفر أشق فلا ينتظمها العقد فلا بد من اشتراطه كإسكان القصار والحداد في الدار وهذا قوله (إلا أن يشترطه) يعني إنما يجوز السفر به إذا شرط خدمته للسفر في عقد الإجارة (والأجرة يستحق باستيفاء المعقود عليه أو باشتراط التعجيل) من طرف المستأجر من غير شرط (أو بتعجيلها) أي بتعجيل الأجرة من غير شرط وقال الشافعي رحمه الله الأجرة تملك بنفس العقد لأنه جعل المنفعة كالعين فيكون الأجرة كالثمن ولنا أن العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البذل الآخر فإذا استوفي المعقود عليه استحق الأجرة عملا بالمساوات وإذا اشترط التعجيل أو عجلها فقد رضي بإسقاط حقه في التأجيل فيسقط (وإذا سلم العين المستأجر) يقال سلمت إليه الشيء فتسلمه أي قبضه (فعليه الأجر) وإن لم ينتفع بها لأن تسليم المنفعة غير ممكن فأقيم تسليم العين مقامه ليتمكن من الانتفاع (فإن غصبت) العين المستأجر

(منه سقط الأجر) لأنه زال التمكن فبطلت لما بينا أنها ينعقد شيئاً فشيئاً ولو غصبها في بعض المدة سقط حصته لما بينا (ولرب الدار أن يطالب بأجرة كل يوم) لأنه استوفي منفعة مقصودة فيجب أن يكون العوض الآخر كذلك تحقيقاً للمساواة وقضية ما ذكرنا أن له المطالبة ساعة فساعة إلا أن فيه حرجاً عظيماً وضرراً ظاهراً فقد رناه باليوم تيسراً (والجمال بأجرة كل مرحلة) أي ومن استأجر بعيراً إلى مكة فللجمال أن يطالب بأجرة كل مرحلة لما مر وعن أبي حنيفة رحمه الله إذا انقضت المدة وانتهى السفر وهو قول زفر رحمه الله لأن المعقود عليه شيء واحد وهو قطع هذه المسافة فلا ينقسم الأجر على أجزائها كالعمل وجوابه ما قلنا (ولا يطالب القصار والخياط حتى يفرغ من عمله) لأن العمل في البعض غير متتبع به فلا يستوجب الأجر وتمام الخبز إخراجاً من التنور) أي من استأجر خبازاً ليخبز له في بيته قفيزاً من دقيق بدرهم لم يستحق الأجرة حتى يخرج الخبز من التنور لأنه لا ينتفع به قبل ذلك فلو احترق أو سقط من يده قبل ذلك فلا أجر له لهلاكه قبل التسليم وإن هلك بعد الإخراج بغير فعله فلا ضمان له وله الأجر لأنه سلمه إليه حيث وضعه في بيته ولم يهلك بفعله (وتمام الطبخ غرفه) الغرف بفتح الغين المعجمة إخراج الطعام من القدور إلى القصاع يعني ومن استأجر طباًخاً ليطبخ له طعام الوليمة وهو طعام العروس فعليه الغرف اعتباراً للعرف وإنما وضعنا المسئلة في الوليمة لأنه لو استأجر لطبخ قدر خاص فليس عليه الغرف للعرف (وضرب اللبن) أي تمام ضرب اللبن (إقامته) اللبن بفتح اللام وكسرها وسكون الباء فيهما يعني إذا استأجر إنساناً ليضرب له لبناً في ملكه استحق الأجرة إذا أقامه عن محله حتى لو فسد بالمطر قبلها فلا أجر له عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يستحق الأجر حتى يشربه أي ينقله من مكانه حتى لو فسد بعد الإقامة قبل النقل فلا أجر له وهذا إذا ضرب اللبن في ملك المستأجر وإن ضربه في ملك نفسه لا تجب الأجرة عنده إلا بالعدّ عليه بعد إقامته وعندهما بالعدّ عليه بعد التشريع لهما أن بالتشريع يؤمن عليه الفساد وهو من عمله عرفاً فيلزمه وله أن العمل تم بالإقامة لأنه يمكنه الانتفاع به من غير خلل فلا يلزمه شيء آخر والتشريع فعل آخر فلا يلزمه إلا بالشرط (ومن لعمله أثر) قائم (في العين كالصباغ) والخياط (يحبسها حتى يستوفي الأجرة) لأن المعقود عليه وصف قائم في الغير فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع (فإن حبسها فضاعت لا شيء عليه) عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه أمانة في يده ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعندهما العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده ثم هو بالخيار إن شاء ضمّن قيمتها معمولة فله الأجر وإن شاء ضمّن قيمتها غير معمولة فلا أجر له (ومن لا أثر لعمله) في العين (كالجمال) والملاح والغسال (ليس له ذلك) أي حبس العين للأجرة لأن

المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فإن حبسها فهو غاصب بخلاف ردّ الآبق حيث له حبسه على الجعل وإن لم يكن لعمله أثر لأنه عُرف نصا ولأنه كان على شرف الهلاك وقد أحياء بالرد فكأنه باعه منه وهذا الذي ذكرنا مذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله ليس له حق الحبس في الوجهين والمسئلة عرفت في موضعها **(وإذا شرط على الصانع العمل بنفسه)** بأن قال: استأجرتك لتخيطه بنفسك أو بيدك **(ليس له أن يستعمل غيره)** لأن العمل يختلف باختلاف الصّناع جودة ورداءة فكان الشرط مفيدا فيتعين كما يتعين المنفعة في محل بعينه وإن أطلق العقد ولم يقيد بعمله بأن قال: استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب بدرهم وهذا من قبيل إطلاق العمل عرفا وإن كان المذكور خياطة لفظا فله أن يعمل بنفسه أو غيره لأن المستحق مطلق العمل ويمكنه إيفائه بنفسه وبغيره **(وإن قال إن سكنت هذا الخانوت عطارا)** حال إن قرئ سكنت بتخفيف الكاف ومفعول إن قرئ بثقله **(بدرهم وحدادا بدرهمين أيّ العاملين عمل استحق المسمى له)** يعني جاز العقد وأيّ العاملين عمل في الخانوت استحق المسمى لهذا العمل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لأن سكناه فيها حدادا غير سكناه عطارا فصار بخيرا بين عقدين مختلفين فصح اعتبارا بالرومية والفارسية وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الإجارة فاسدة لأن المعقود عليه وهو السكنى شيء واحد وقد ذكر في مقابلته بدلان فيفسد العقد بخلاف الرومية والفارسية لأن كلا منهما عمل مخالف للأجر

فصل في الإجارة الفاسدة

اعلم أن الإجارة تفسد بالشروط كما يفسد البيع لأنها بمنزلة وقد مر وكل جهالة تفسده تفسدها من جهالة المعقود عليه أو الأجرة لما عرف أن الجهالة مفضية إلى المنازعة وإذا فسدت الإجارة يجب أجر المثل لأن التسمية إنما تجب بالعقود الصحيحة أما الفاسدة فيجب فيها قيمة المعقود عليه كما في البيع وقوله عليه السلام في النكاح بغير مهر فإن دخل بها فلها مهر مثلها لا وكس ولا شطط دليل على وجوب القيمة في العقد الفاسد فلذا قال **(يجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل ولا يزداد على المسمى)** أي ولا يزداد أجر المثل على الأجر المسمى في العقد وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الأعيان ولنا أن المنافع غير متقومة لكونها غير محرزة وإنما اعتبرت قيمتها في العقد بما سمياه لضرورة تجويزه فإذا فسد اعتبر قيمتها في قدر المسمى كالصحيح وفيما وراءه كأنها تلفت بغير عقد ويقوم الأعيان أصلي لا ضروري فلا يقاس عليه

(ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم صح في شهر واحد) أي فسد في بقية الشهور لأن كلمة كل إذا دخلت فيها لا نهاية له ينصرف إلى الواحد لتعذر العمل بعمومها إذ الشهور لا نهاية لها والواحد متعين فيصح العقد فيه (إلا أن يسمى شهوراً معلومة) لأن المدة صارت معلومة (فإذا تم الشهر فلكل واحد منهما نقض الإجارة) لانتفاء المدة (فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح) العقد في ذلك الشهر ولم يكن للموَجَر أن يخرج به إلى أن تنقضي المدة (وكذلك كل شهر سكن أوله) لأنه تم العقد بتراضيها بالسكنى وقيل يبقى الخيار في أول ليلة من الشهر ويومها دفعا للخرج عنهما لما فيه من اللزوم بغير التزامهما (ومن استأجر جملاً ليحمل له) ولو قال عليه لكان أظهر (محملاً) بفتح الميم الأول وكسر الثاني أو بالعكس الهودج الكبير (إلى مكة جاز وله المعتاد من ذلك) والقياس ألا يجوز لأنه مجهول إلا أنا جَوَّزنا استحساناً لأن المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة قد يرتفع بالصرف إلى المتعارف فلا يفضي إلى المنازعة وإن شاهد الجمال المحمل فهو أولى لأنه أنفي للجهالة وأقرب إلى تحقق الرضي (وإن استأجره لحمل زاد) معلوم مقداره (فأكل منه) في الطريق (فله أن يرُدَّ عوضه) أي عَوَضَ ما أكل لأن عليه أن يحمل ذلك المقدار في جميع الطريق (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) لقوله تعالى ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتَوَهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾⁸⁰¹ ولأن التعامل بذلك جارٍ بين الناس فاشٍ بين العام والخاص (وبطعامها وكسوتها) أي ويجوز استئجارها بطعامها وكسوتها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يجوز للجهالة وهو القياس فإن طعامها وكسوتها مجهول حتى لو شرط قدراً من الطعام كل يوم وكسوة ثوب موصوف بالجنس والطول والعرض كل ستة أشهر جاز بالإجماع وله أن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لأن العادة جرت بالتوسعة على الآظار وعدم المماكسة معهن وإعطائهن شهواتهن شفقة على الأولاد (ولا يمنع الزوج) أي زوج الظئر (من وطئها) لأن الوطء حق الزوج فلا يتمكن من إبطال حقه (فإن حبلى فله فسخ الإجارة) لأن لبن الحامل يفسد الصبي وكذلك إذا مرضت (وعليها إصلاح طعام الصبي) لأنه مشروط عليها عرفاً وكذا غسل ثوبه عن البول والغائط لا عن الوسخ وإنما قال إصلاح طعام الصبي لأن طعامه على الأب وإصلاح طعامه عليها

⁸⁰¹ سورة الطلاق، الآية: 6.

(ولا يجوز الإجارة على الطاعات كالحج والأذان والإمامة وتعليم القرآن والفقه) لما روي عن رسول الله عليه السلام أنه قال: "اقرأوا القرآن ولا تأكلوا به"⁸⁰² ولأن القربة يقع عن العامل قال الله تعالى ﴿وأن ليس للإنسان إلا ما سعى﴾⁸⁰³ فلا يجوز له أخذ الأجرة من غيره كالصوم والصلاة وصور المسائل أن يقول استأجرتك بكذا على أن تحج عني أو تؤذن أو تُعَلِّم لي أما إذا أمره بالحج أو الأذان من غير ذكر الإجارة فتجوز وفي الخلاصة ولا تحل للمؤذن ولا للإمام أن يأخذ على الأذان والإمامة أجرا فإن لم يشارطهم على شيء لكنهم عرفوا حاجته فجمعوا له في كل وقت شيئا كان حسنا يطيب له ولا يكون أجرا **(وقيل تجوز الإجارة على التعليم)** أي تعليم القرآن والفقه **(والإمامة في زماننا وعليه الفتوى)** لحاجة الناس إليه وظهور التواني في الأمور الدينية وكسل الناس في الاحتساب فلو لم يجز يضيع حفظ القرآن **(ولا يجوز على المعاصي كالغناء)** بالغين المعجمة والمد سرود كفتن وبالقصر توانكرى⁸⁰⁴ **(والنوح)** لأنه استيجار على المعصية وهي لا يستحق بالعقد **(ولا على عصب التيس)** وهو أن يؤاجر فحلا لينزو على الإناث لقوله عليه السلام: "إن من السحت عصب التيس"⁸⁰⁵ أي أخذ الأجرة عليه وهذا من قبيل ذكر الجزء وإرادة الكل يعني المراد في التيس الفحل مطلقا سواء كان حمارا أو فرسا والعصب الضراب يقال عصب الفحل الناقة عسبا إذا ضربها **(ويجوز أجرة الحجام والحمام)** أما الحمام فلتعارف الناس فلم يعتبر الجهالة لإجماع المسلمين قال عليه السلام: "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"⁸⁰⁶ وأما الحجام فلما روي عن رسول الله عليه السلام احتجم وأعطى الحجام أجرة⁸⁰⁷ والنهي الوارد فيه للإشفاق لما فيه من الدناءة **(ومن استأجر دابة ليحمل عليها طعاما)** إلى موضع كذا **(بقفيز منه فهو فاسد)** لأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله فصار كقفيز الطحان وقد نهى رسول الله عليه السلام عنه وهو أن يستأجر ثورا أو راحا ليطحن حنطة بقفيز منها وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض

⁸⁰² الطبراني، المعجم الأوسط، 3/ 273.

⁸⁰³ سورة النجم، الآية: 39.

⁸⁰⁴ بالفارسية

⁸⁰⁵ الطحاوي، مشكل الآثار، 2/ 186.

⁸⁰⁶ أحمد بن حنبل، 1/ 379.

⁸⁰⁷ البخاري، "الإجارة" 18.

المحمول أو المطحون أو حصوله بفعل الأجير فلا يعد هو قادرا بقدره غيره **(ولو قال أمرتك لتخيطه قباء وقال الخياط) أمرتني أن أخيطه لك بل (قميصا فالقول لصاحب الثوب)** لأن الأذن يستفاد من جهته ألا يرى أنه لو أنكر أصل الأذن كان القول قوله فكذا إذا أنكر وصفه لكن يخلّف لأنه أنكر شيئا لو أقرّ به يلزمه **(فإذا حلف ضمن الخياط)** لرب الثوب لأنه إذا حلف كان الخياط متصرفا بغير إذنه فيلزمه الضمان إن شاء ضمّنه وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله **(قال)** صاحب الثوب **(خطّته بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول لصاحب الثوب)** لأنه ينكر تقوم عمله إذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال أبو يوسف رحمه الله إن كان الرجل حريفا له أي خليطا له بأن كان بينهما أخذ وإعطاء فله الأجر وإلا لا لأن عاداته إذا سبقت بالعمل له بأجر يكون كالمنطوق وقال محمد رحمه الله إن كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالأجر فالقول قوله لأنه لما فتح الدكان لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتبارا بالظاهر **(وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة)** الشرب بالكسر نصيب الماء والضيعة العقار **(أو ماء الرحي أو مات أحدهما)** أي أحد المتعاقدين **(وقد عقدها)** أي والحال أنه عقد الإجارة **(لنفسه انفسخت)** الإجارة أما في الأول فلأن المعقود عليه قد فات وهو المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه موت المبيع قبل القبض وأما في الأخير فلأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد لأنه يتنقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز وقيد بقوله وقد عقدها لنفسه لأنه لو عقدها لغيره كالوكيل والأب والوصي والمتولي في الوقف لا تنفسخ لانعدام ما أشرنا إليه من المعنى **(وتنفسخ الإجارة بالعذر)** وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وقال الشافعي رحمه الله لا تنفسخ الإجارة إلا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان فكان العقد عليها كالعقد على العين حكما لا يفسخ البيع إلا بالعيب فكذا الإجارة ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فيفسخ به إذ المعنى يجمعها وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا على ما بينا آنفا وهو **(كمن استأجر حانوتا ليتجر فيه فأفلس)** أي افتقر فهذا عذر وله أن ينقض الإجارة لأنه استأجر للانتفاع به وهو يتضرر بإبقاء العقد بعد ما أفلس فيلزمه ضرر لم يلزمه بالعقد **(أو أجر شيئا)** دكانا أو دارا **(ثم لزمه دين)**⁸⁰⁸ لا يقدر على أدائه إلا بضمن

⁸⁰⁸ جواب عن قول ينبغي ألا يجسه القاضي إذا تعلق بما له حق المستأجر بل يتأخر الحبس إلى أن تنقضي مدة

ما أجر **(ولا مال له سواء)** أي سوى ما أجر وهذا أيضا عذر فله أن ينقض الإجارة لأن في إبقاء العقد ضررا لم يلزمه بالعقد وهو الحبس وقد لا يصدق على عدم مال آخر **(أو استأجر دابة للسفر فبدا له)** أي ظهر للمستأجر رأى ترك السفر وهذا عذر لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لأنه ربما يذهب للحج فذهب وقته أو في طلب غريمه فحضر **(وإن بدا للمكاري)** أي وإن ظهر للموَجِر رأى ترك السفر **(فليس بعذر)** لأنه يمكنه أن يبعث دابته على يد تلميذه أو أجيره وقوله تفسخ الإجارة بالعذر إشارة إلى أنه لا يحتاج في نقضها إلى قضاء القاضي وهذه رواية وفي رواية يحتاج في نقضها إلى القضاء

كتاب الرهن

وهو في اللغة مطلق الحبس قال الله تعالى ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾⁸⁰⁹ وفي الشرع الحبس بمال مخصوص بصفة مخصوصة وقد يطلق على المرهون لتسميته للمفعول باسم المصدر ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة وإجماع الأمة أما الكتاب فقوله تعالى ﴿فرهان مقبوضة﴾⁸¹⁰ أي وإن كنتم مسافرين ولم تجدوا كاتباً فارتهنوا رهانا مقبوضة وثيقة بأموالكم والسنة وهو ما روي أنه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهن به درعه⁸¹¹ وبعث والناس يتعاملونه فأقرهم عليه وعليه الإجماع ولأنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فصار كالوثيقة في جانب الوجوب وهي الكفالة **(وهي عقد وثيقة)** لا بد فيه من الإيجاب والقبول كسائر العقود **(بمال مضمون بنفسه)** أي بمثله أو قيمته وقوله **(يمكن استيفائه منه)** أي استيفاء المال المضمون من المرهون صفة لقوله مال مضمون فالرهن لا يصح إلا بالدين لأن حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء إنما يتحقق في الواجب في الذمة أو فيما هو بمنزلته كالدين الموعود وسيجيئ بيانه إن شاء الله تعالى وبالأعيان المضمونة بنفسها وهي ما يجب مثلها إذا أهلكت إن كانت مثلية أو قيمتها إن كانت قيمة مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد لأن الضمان متقرر فإنه إن كان قائما وجب تسليمه وإن كان هالكا وجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح وقيد بقوله مضمون بنفسه لأن الرهن بمال غير مضمون كالودائع والعواري والمضاربات ومال الشركة وبمال مضمون بغيره كالبيع في يد

⁸⁰⁹ سورة المدثر، الآية: 38.

⁸¹⁰ سورة البقرة، الآية: 283.

⁸¹¹ ابن ماجه، "الرهن" 1.

البائع لا يجوز أما الأول فلأن القبض في مال الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه وأما الثاني فلأن الضمان ليس بواجب فإنه إذا هلك لم يضمن البائع شيئاً لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح⁸¹² الحاصل أن الأعيان ثلاثة العين المضمونة بنفسها⁸¹³ والعين المضمونة بغيرها⁸¹⁴ والعين الغير المضمونة⁸¹⁵ والرهن يصح بالأولى⁸¹⁶ لا بالأخرين وقيد بقوله يمكن استيفاءه منه لأن الرهن فيما لا يمكن استيفاءه منه لا يجوز كالحرق والمدبر وأم الولد والمكاتب والميتة والدم **(ولا يتم)** الرهن بمعنى العقد **(إلا بالقبض)** قال الله تعالى ﴿فرهان مقبوضة﴾⁸¹⁷ وصفها بكونها مقبوضة فلا يكون إلا بهذه الصفة ولأنه عقد تبرع ألا يرى أنه لا يجبر عليه فيكون تمامه بالقبض كما في الهبة **(أو بالتخلية)** أي برفع الموانع من قبض المرتهن في زمان يمكنه القبض لقيام التخلية مقام القبض كما في البيع والهبة **(وقبل ذلك)** أي قبل القبض **(إن شاء)** الراهن **(سلم)** الرهن بمعنى المرهون **(وإن شاء لا)** يسلم لما بينا أنه عقد تبرع **(ولا يصح الرهن إلا محوزاً)** أي مقسوماً غير شائع فلا يصح رهن المشاع **(مفرغاً)** أي غير مشغول بحق الراهن فلا يصح رهن الأرض بدون النخل أو الشجر بدون الثمر ودار فيها متاع الراهن بدون المتاع **(مميزاً)** أي إن كان متصلاً بحق الراهن خلقة كالثمر على الشجر يجب أن يميز ويفصل عنه فالمفرغ متعلق بالمحل فيجب فراغه عما حل فيه وهو ليس بمرهون سواء كان اتصاله به خلقة أو مجاورة والمميز متعلق بالحال في المحل فيجب انفصاله عن محل غير مرهون إذا كان اتصاله به خلقة حتى لو كان اتصاله بالمجاورة لا يضر كرهن المتاع الذي في بيت الراهن كذا في شرح الوقاية لصدر الشريعة رحمه الله وإنما شرطنا أن يكون الرهن بهذه الأوصاف لأن مقصود الرهن وهو الاستيثاق لا يحصل إلا بالحبس الدائم والحبس لا يتصور بدون القبض والقبض لا يكون بدون هذه الأوصاف فلا يصح الرهن بدونها **(فإذا قبضه المرتهن)** كما ذكرنا تم العقد لوجود القبض بكماله وحينئذ

⁸¹² الرهن

⁸¹³ مثل المغصوب وبدل الخلع

⁸¹⁴ كالبيع في يد البائع فلا يجوز رهنه منه لأنه لا يجب بهلاكه شيء حتى يستوفي من الرهن لأنه إذا هلك المبيع يبطل البيع ويسقط الثمن فصار

كما ليس بمضمون

⁸¹⁵ وهي الأمانة كالوديعة والعارية لا يجوز الرهن لعدم وجوبها في الذمة بالقبض

⁸¹⁶ يعني المضمونة بنفسها

⁸¹⁷ سورة البقرة، الآية: 283.

(دخل في ضمانه) وقال الشافعي رحمه الله هو أمانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام: "لا يغلق الرهن"⁸¹⁸ قاله ثلاثا لصاحبه غُثمه وعليه غُرمه وزعم أن معنى قوله: "لا يغلق الرهن" لا يصير مضمونا بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين بهلاكه لا يسقط الدين كما لا يسقط بهلاك الصك⁸¹⁹ وموت الشهود ولنا قوله عليه السلام لرجل: "ارتهن فرسا بحق له على آخر فهلك عنده ذهب حقك"⁸²⁰ ولا يجوز أن يزداد ذهب حقك في الحبس لأنه محبوس لا يحتاج إلى البيان ولأنه ذكر معرفا بالإضافة فيراد به المنكر الذي سبق ذكره وقوله عليه السلام: "إذا عمي الرهن فهو بما فيه"⁸²¹ أي إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك بأن قال الراهن لا أدري كم كانت قيمته فقال المرتهن كذلك فهو بما فيه وإجماع الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم أجمعين على أن الرهن مضمون وإن اختلفوا في كفيته فالقول بالأمانة خرق الإجماع والمراد بقوله لا يغلق الرهن الاحتباس الكلي بأن يصير مملوكا وكانت عاداتهم كذلك في الجاهلية فقال عليه السلام ذلك قلعا لهم عن عاداتهم لما فيه من تملك مال الغير بغير أمره وقوله عليه السلام لصاحبه غُثمه وعليه غُرمه أي إذا بيع ففضل من الثمن شيء فهو له وإن نقص فعليه أو لصاحبه غُثمه لسقوط الدين عنه بهلاكه وعليه غُرمه وهو قضاء لما بقي من الدين إن لم يف به كذا روي عن علي رضي الله عنه **(ويهلك)** الرهن **(على ملك الراهن)** لأنه ملكه حقيقة فيكون نفقته على الراهن حال حياته وكفنه عليه بعد مماته ولذا قال **(حتى يكفنه)** أي إذا مات العبد الرهن يكون كفنه على الراهن **(وبصير المرتهن مستوفيا من ماليته قدر دينه حكما والفاضل)** من الدين **(أمانة)** في يد المرتهن لا يضمن ما لم يتعد في هلاكه **(وإن كان)** الرهن **(أقل)** من الدين **(سقط من الدين بقدره)** أي بقدر الرهن ويرجع المرتهن على الراهن بالفضل وذلك لأن المضمون بقدر ما يستوفيه من الدين فعند زيادة قيمته تكون الزيادة أمانة لأنها فاضلة عن الدين وقد قبضها بإذن المالك وعند النقصان قد استوفي قيمته فيبقى الباقي عليه كما كان **(ويعتبر القيمة يوم القبض)** لأنه يومئذ دخل في ضمانه وفيه يثبت الاستيفاء إذا ثم يقرر بالهلاك إنها اختلفا في القيمة فالقول للمرتهن لأنه ينكر الزيادة **(وإن أودعه)** أي وإن أودع المرتهن الرهن **(أو تصرف فيه بيع)** أو إجارة أو إعارة أو رهن أو نحوه

⁸¹⁸ ابن ماجه، "الرهون" 3.

⁸¹⁹ وثيقة بال

⁸²⁰ البيهقي، السنن الكبرى، 8 / 378.

⁸²¹ الدارقطني، السنن، 2 / 616.

(ضمنه بجميع قيمته) أي ضمن المرتهن الرهن بجميع قيمته لأنه متعدي في ذلك إذ هو غير مأمور به من جهة المالك والزائد على قدر الدين أمانة والأمانات تضمن بالتعدي ولا ينفسخ عقد الرهن بالتعدي **(ونفقة الرهن وأجرة**

الراعي على الراهن) لأنه باقٍ على ملكه والنفقة من مؤونة المالك وأجرة الراعي من النفقة لأنه علف الحيوان

(ونائه له) أي وناء الرهن للراهن لأن ناء العين يكون للمالك العين **(ويصير) النماء (رهنًا مع الأصل)** لأن الرهن

حق لازم فيسري إلى التبع وهذا إذا كان متولداً من الرهن كالولد والثمر واللبن والصوف أما إذا لم يكن متولداً

منه كأجرة الرهن وغلة الأرض لا يكون رهنًا مع الأصل ثم أنه **(إن هلك) النماء (يهلك بغير شيء)** أي لا يسقط

شيء من الدين بمقابلته سواء هلك مع الأصل أو بدونه لأنه لم يدخل تحت العقد مقصوداً فلا يكون له قسط من

الدين **(وإن بقي) النماء (وهلك الأصل افتكّه)** أي خلّص **(الراهن) النماء (بحصته)** لأن الرهن مضمون بالقبض

والزيادة مقصود بالفكاك ومتى صار التبع مقصوداً قابله شيء من البدل كولد المبيع **(يقسم الدين على قيمته)** أي

قيمة النماء **(يوم الفكاك)** في الصحاح الفكاك بالفتح ما يفكّه به والكسر لغة **(وقيمة الأصل)** أي وعلى قيمة الأصل

(يوم القبض) أي يوم العقد لأن عقد الرهن لا يصح بدون القبض فيكون يوم القبض يوم العقد

(ويسقط حصة الأصل) ويفك النماء بحصته لأن الأصل والنماء داخل في ضمانه بالقبض فيعتبر قيمتها يومئذ

والنماء إنما صار له حصة من الضمان بالفكاك فإنه لو هلك قبله هلك بغير شيء فيعتبر قيمتهما حينئذ فما أصاب

الأصل سقط من الدين وما أصاب النماء افتكه الراهن بحصته وصور المسائل تخرج على هذا الأصل منها إذا كان

الدين عشرة دراهم وقيمة الأصل يوم القبض عشرة دراهم أيضاً وقيمة النماء يوم الفكاك خمسة فثلثا العشرة وهو

سبعة دراهم وثلثا درهم حصة الأصل فيسقط وثلث العشرة وهو ثلاثة دراهم وثلث درهم حصة النماء فيفك به

ومنها إذا كان الدين عشرة وقيمة الزيادة عشرون وقيمة الأصل عشرة فهلك الأصل يفتك الزيادة بثلثي العشرة

وهي ستة وثلثان ومنها إذا كان الدين عشرة وقيمة الأصل عشرة وقيمة النماء عشرة أيضاً يفتك النماء بنصف

العشرة **(ويجوز الزيادة في الرهن)** بأن رهن ثوبا بعشرة قيمته عشرة ثم زاد الراهن ثوبا آخر ليكون مرهونا مع

الأول بعشرة **(ولا تجوز) الزيادة (في الدين)** ولا يصير الرهن رهنًا به وقال أبو يوسف رحمه الله تجوز الزيادة في

الدين أيضاً وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز فيهما كما لا يجوز في المبيع والضمن عندهما وقد مر في البيوع

وصورته رهن عبداً بألف وقيمته ألفان ثم أخذ من المرتهن ألفاً آخر وجعل العبد رهنًا بألفين فإنه لا يصير العبد

رهنًا بالدين الحادث حتى إذا مات العبد سقط الدين الأول ويبقى الدين الثاني بلا رهن لأبي يوسف رحمه الله أن

الدين والرهن كالثمن والمبيع فيجوز الزيادة فيهما والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة والإمكان ولهما أن الزيادة في الرهن توجب شيوع الدين وذلك غير مانع من صحة الرهن والزيادة في الدين توجب شيوع الرهن لأنه لا بد أن يقابله شيء من الرهن وشيوع الرهن مانع من صحته على ما بيناه **(وأجرة مكان الحفظ)** أي وأجرة بيت يحفظ فيه الرهن **(على المرتهن)** لأنه مؤونة الحفظ وهو عليه **(وله أن يحفظه)** أي وللمرتهن أن يحفظ الرهن **(بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله)** معناه أن يكون الولد في عياله أيضا ولا يشترط أن يكون الزوجة في عياله والعيال بكسر العين جمع عيّل كالحياد وجمع جيّد وتفسير العيال المساكنة معه وحدها وقيل مع النفقة وإنما جاز للمرتهن في الحفظ الدفع إلى هؤلاء لأن عينه أمانة عنده والحفظ يكون هؤلاء فيملك الدفع إليهم كما في الوديعة فإن حفظ بغير من في عياله أو أودعه يضمن المرتهن لأن المالك ما أذن في ذلك **(وليس له)** أي للمرتهن **(أن ينتفع بالرهن)** لأنه غير مأذون في ذلك وإنما له ولاية الحبس لا غير **(فإن أذن له الراهن)** بالانتفاع **(فهلك)** الرهن **(حالة الاستعمال هلك أمانة)** لأنه عارية على ما يأتي في بابها وقيد بقوله حالة الاستعمال لأنه لو هلك قبل الاستعمال هلك مضمونا لبقاء يد الراهن وكذا بعد الاستعمال لزوال يد العارية وعود يد الراهن **(ويصح رهن الدراهم والدنانير)** لأنه يتحقق الاستيفاء منها فكان محلا للرهن **(فإن رهنّت)** الدراهم والدنانير **(بجنسها فهلك سقط مثلها من الدين)** وإن اختلفا في الجودة والرداءة إذ لا عبرة للجودة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها وهذا عند أبي حنيفة⁸²² رحمه الله وعندهما رحمهما الله يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه والدليل من الجانبين في المسئلة وتفريعها حقهما الكتب المبسوطة **(وكذلك كل مكيل وموزون)** أي يصح رهن المكيل والموزون لأنه محل الاستيفاء فإن رهن بجنسه فهلك سقط مثله من الدين ولا عبرة بالجودة لما قلنا **(ويصح)** الرهن بمعنى العقد **(برأس مال السلم وبدل الصرف)** وقال زفر رحمه الله لا يجوز لأنه لو صح صار مستوفيا بهلاكه في مجلس العقد وهو استبدال لعدم المجانسة وهو غير جائز ولنا أنه إنما يصير مستوفيا باعتبار ماليته والمجانسة ثابتة بهذا الاعتبار فلا يكون استبدالاً فيجوز الرهن بها كسائر الديون **(فإن هلك الرهن)**⁸²³ بمعنى المرهون **(تم الصرف والسلم وصار)** المرتهن **(مستوفيا)** ثمن الصرف ورأس مال السلم لتحقيق القبض

⁸²² لأن عنده يصير مستوفيا لحقه باعتبار الوزن دون الجودة

⁸²³ قبل الافتراق

حكماً **(وإن افترقا والرهن قائم)** أي والحال أن المرهون قائم غير مالك **(بطلا)** أي الصرف والسلم لفوات شرط صحتها وهو القبض في المجلس **(ويصح)** الرهن **(بالدين الموعود فإن هلك)** الرهن **(هلك با سمي)** من الدين لأنه مقبوض على جهة الرهن فيكون كالمقبوض على سوم الشراء وصورته أن يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم فقبض الرهن فإن هلك في يد المرتهن قبل أن يقرضه ألفاً فإنه يهلك مضمونا على المرتهن حتى يجب عليه تسليم الألف إلى الراهن إذا كان الموعود مساويا لقيمة الرهن أو أقل منه أما إذا كان الدين الموعود أكثر من قيمته يجب على المرتهن الدفع بمقدار قيمة الرهن كذا في الكفاية **(ومن اشترى شيئا)** عبداً أو داراً **(على أن يرهن)** المشتري **(بالثمن شيئا)** معينا **(فامتنع)** المشتري عن تسليم الرهن **(لم يجبر)** عليه وقال زفر رحمه الله يجبر لأن الرهن إذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزم بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن ولا جبر على التبرعات **(والبائع)** بالخيار **(إن شاء ترك الرهن وإن شاء رد البيع)** لأنه وصف مرغوب فيه وما رضي إلا به فيتخير بفواته **(إلا أن يعطيه)** المشتري **(الثمن حالا)** لحصول المقصود **(أو يعطيه رهنا مثل الأول)** لأن يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة والقياس ألا يجوز هذا البيع لأنه صفقة في صفقة وهو منهى عنه ولأنه شرط يلائم العقد لأن الرهن للاستيثاق وهو ملائم للوجوب فلا يفسده وإنما قيدنا قوله شيئا بقولنا معينا لأن الرهن لو كان مجهولا لا يجوز البيع قياسا واستحسانا **(وإن رهن عبيدين بدين فقضى حصّة أحدهما فليس له أخذه حتى يقضي باقي الدين)** لأن الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من أجزاء الدين مبالغة في حمله على قضاء الدين فصار كالمبيع في يد البائع وكذلك إن سمي لكل واحد منهما شيئا من الدين وفي رواية أخرى له قبضه إذا أدى ما سمي له **(وإن رهن عينا عند رجلين)** بدين لكل واحد منهما **(جاز)** الرهن وجميعها رهن عند كل واحد منهما لأنه أضاف الرهن إلى جميعها صفقة واحدة فيكون محتسبا بها رهنها به وهو مما لا يقبل التجزي فيكون محبوسا لكل واحد منهما **(والمضمون على كل واحد منهما حصّة دينه)** لأنه يصير مستوفيا حصته بالهلاك إذ الاستيفاء مما لا يتجزى **(فإن أوفي أحدهما دينه)** أي فإن أعطى الراهن دين أحدهما كاملا **(فجميعها رهن عند الآخر)** لأن جميعها رهن عند كل واحد منهما من غير تفرق لما بينا وصار كحبس المبيع إذا أدى أحد المشتريين حصته **(وللمرتهن مطالبة الراهن وحسبه بدينه وإن كان الرهن في يده)** لبقاء حقه في الدين والرهن للاستيثاق فلا يمنع المطالبة فإذا طالبه ومطله فقد ظلمه فيحبسه القاضي جزاء على الظلم **(وليس)** بواجب **(على المرتهن أن يمكنه)** أي يمكن الراهن

(من بيعه لقضاء الدين) لأن حقه ثابت في الحبس حتى يستوفي دينه فلا يجب عليه إبطاله بالبيع

فصل في التصرف في الرهن وغيره

(فإذا باع الراهن الرهن فهو موقوف على إجازة المرتهن أو قضاء دينه) لتعلق حق المرتهن به فيتوقف على إجازته

وإن كان الراهن يتصرف في ملكه كمن أوصى بجميع ماله يتوقف على إجازة الورثة فيما إذا زاد على الثلث لتعلق

حقهم به فإذا أجاز المرتهن جاز لأن التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وإذا قضاه الراهن دينه جاز أيضا لأنه زال

المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الأهل في المحل فإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل

حقه إلى بدله وهو الصحيح لأن له حكم المبدل كالعبد المديون إذا بيع برضي الغرماء انتقل حقهم إلى بدله

(وإن أعتق) الراهن (العبد الرهن نفذ عتقه) سواء كان موسرا أو معسرا الصدور ركن الإعتاق من الأهل مضافا

إلى المحل عن ولاية⁸²⁴ فيعتق فإن قيل في تنفيذه إبطال حق المرتهن فلا ينفذ كالبيع قلنا الثابت للراهن حقيقة الملك

وللمرتهن حقه فقضية الحقيقة يستدعي النفاذ وقضية الحق يستدعي عدم النفاذ فرجحنا جانب الحقيقة على جانب

الحق لأنه أقوى وعدم نفاذ البيع والهبة لعدم القدرة على التسليم ثم بعد ذلك إن كان الراهن موسرا والدين حالا

طولب بأداء الدين وهذا قوله (وطولب) أي الراهن (بأداء الدين إن كان حالا) إذ هو الواجب في الديون الحالة

ولا فائدة في طلب القيمة فإنه متى قبضها والدين حال وقعت المقاصة (وإلا رهن قيمة العبد) أي وإن لم يكن

الدين حالا بل كان مؤجلا رهن قيمة العبد مكانه لقيامها مقام العبد فإذا حل الدين وهو من جنس حقه قبض

منه بقدره ورد الفضل (وإن كان) الراهن المعتق (معسرا سعى العبد للمرتهن في الأقل من قيمته ومن الدين) لأنه

لما تعذر الوصول إلى حقه من جهة المعتق وجب الرجوع إلى من ينتفع بالمعتق وهو العبد لأن الخراج بالضمان وإنما

يسعى في الأقل منهما لأن الدين إن كان أقل فالحاجة تندفع به وإن كانت القيمة أقل فإنها حصل له هذا القدر فلا

تجب عليه الزيادة (ويرجع به على المولى) أي يرجع العبد بما يسعى على مولاه إذا أيسر لأنه قضى دينه وهو مضطر

فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعي لأنه سعى لتحصيل العتق عند أبي حنيفة رحمه الله

ولتكميله عندهما وهاتنا تم عتقه وإنما سعى في ضمان على غيره فيرجع كمعير الرهن (وإن استهلك أجنبي الرهن

فالمرتهن يضمنه) أي يضمن الأجنبي (قيمه) يوم هلك (فيكون) تلك القيمة (رهنًا مكانه) لأنها قائمة مقام العين

⁸²⁴ وهو ملك الرقبة

اعلم أن الواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فإن كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمس مائة **(وليس للراهن أن ينتفع بالرهن)** لما فيه من تفويت حق المرتهن وهو الحبس الدائم الذي يقتضيه العقد كما بينا **(فإن أعاره المرتهن)** أي فإن أعار المرتهن الرهن **(للراهن)** ليخدمه أو ليعمل عملا فقبضه الراهن **(خرج)** الرهن **(من ضمانه)** أي من ضمان المرتهن ولمنافاة بين يد العارية وبين يد الرهن فلو هلك بعد الإعارة في يد الراهن يهلك مجانا لفوات القبض المضمون

(وله أن يسترجعه) أي وللمرتهن أن يسترجع الرهن إلى يده لبقاء عقد الرهن فإذا أخذه عاد الضمان لأنه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته **(وإن وضعاه على يد عدل جاز)** أي إن اتفق الراهن والمرتهن على أن يضعا الرهن عند عدل جاز لأنه نائب عن الراهن في الحفظ وعن المرتهن في الحبس ويجوز أن تجعل اليد الواحدة في حكم يدين والشخص الواحد بمنزلة شخصين كمن عجل الزكاة كان الساعي كالمالك حتى لو هلك النصاب قبل الحول أخذه من يده وكالفقير حتى لو هلك في يده سقطت كما لو دفعها إلى فقير **(فليس لأحدهما أخذه)** أي فليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذ الرهن من يد العدل لتعلق حقهما به الراهن في الحفظ والمرتهن في الاستيفاء ولا يملك أحدهما إبطال حق الآخر **(ويهلك)** الرهن في يد العدل **(من ضمان المرتهن)** لأن يده يد المرتهن وهي مضمونة في حق المالية **(ويجوز أن يوكل)** الراهن **(المرتهن)** والعدل **(وغيره ببيع الرهن)** لأنه وكله ببيع ماله فيجوز وهذا لأن الرهن شرع وثيقة لجانب الاستيفاء وبالتوكيل يصير جانب الاستيفاء أوثق فكان بالجواز أحق **(فإن شرطها)** أي الوكالة **(في عقد الرهن لم ينعزل)** الوكيل **(بموت الراهن ولا بعزله)** لأنها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه إلا يرى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله وقيد بقوله في عقد الرهن لأنها لو وجدت بعده ينعزل بعزله الراهن وبموته وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا ينعزل كالمشروطة في العقد وهو المختار عند بعض المشايخ رحمهم الله والأول هو المختار عند المصنف رحمه الله

الحاصل أن التوكيل متى صار لازما تبعا للرهن لم ينعزل الوكيل بعزل الراهن ولا بعزل المرتهن وكذا بموت الراهن ولا بموت المرتهن ولا بموتهما لما قلنا وتبطل بموت الوكيل فلا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لأن الموكل لم يَرْضَ بِرَأْيٍ غَيْرِهِ **(وإذا مات الراهن)** وكان له وصي **(بإعائه وصيته الرهن وقضى الدين)** لأن الدين حل بموته والوصي قائم مقامه ولو كان الراهن حيا كان له بيعه لإيفاء الدين بأمر المرتهن فكذا هذا **(فإن لم يكن له)** أي للراهن وصي **(نصب القاضي من يفعل ذلك)** لأنه نُصِبَ لمصالح المسلمين والنظر إليهم عند عجزهم والنظر فيما

ذكرنا لأنه محتاج إلى قضاء ما عليه من الديون الحائلة بينه وبين الجثة **(ومن استعار شيئاً ليرهنه جاز)** وإن لم يسم ما يرهنه به لأن الإطلاق في العارية يعتبر لأنه لا يفضي إلى المنازعة وله أن يرهنه بأي قدر شاء وأي نوع شاء عملاً بالإطلاق **(فإن عين ما يرهنه به فليس له أن يزيد عليه ولا ينقص)** أما الزيادة فلائنه ربما احتاج المعير إلى فكك الرهن فيؤدي قدر الدين وما رضى بأداء القدر الزائد على ما عينه أو لأنه يتعسر عليه ذلك فيتضرر به وأما النقصان فلائنه الزائد على قدر الدين يكون أمانة وما رضى إلا أن يكون مضمونا كله فكان التعيين مقيدا فيتقيد به وإن رهنه بجنس آخر ضمن لأنه لم يرض به وكذا لو عين رجلا فرهن عند غيره وكذا لو قيده ببلدة فرهنه بأخرى وفي المسئلة زيادة تفريع وبسط فعليك بالمباسيط

كتاب القسمة

وهي في اللغة اسم للاقتسام وفي الشريعة جمع نصيب شائع في نصيب معين وهي مشروعة في الأعيان المشتركة لأنه عليه السلام باشرها في المغنم وفي الموارث وجرى التوارث بها من لدن زمنه عليه السلام إلى يومنا هذا من غير نكير

اعلم أن القسمة تشتمل على الإفراز والمبادلة لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما في يد صاحبه فكان مبادلة وإفرازا ولكن **(معنى الإفراز فيما لا يتفاوت كالمكيل والموزون فيها أظهر)** معنى الإفراز كائنا فيما لا يتفاوت فيه كالمكيل والموزون وسائر المثليات أظهر في القسمة لعدم التفاوت حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه **(ومعنى المبادلة فيما يتفاوت كالحیوان والعقار)** والعروض **(فيها أظهر)** للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر **(ويثبت فيها)** أي في القسمة **(من الخيارات ما يثبت في البيع)** اعتبارا لمعنى المبادلة **(وإذا طلب أحد الشريكين القسمة والجنس)** أي والحال أن جنس المال **(متحد أجبر القاضي)** الشريك **(الآخر على القسمة)** تنميما للمنفعة وتكميلا لثمره الملك فإن الطالب يسأل القاضي أن يخصه بنصيبه ويمنع غيره من الانتفاع به فيجيبه القاضي إلى ذلك لأنه نصب للمصالح ودفع المظالم والإجبار على المبادلة جائز إذا تعلق بها حق الغير كالمديون يجبر على بيع ملكه لإيفاء الدين **(ولا يجبره عند اختلافه)** أي ولا يجبر القاضي الشريك الآخر عند اختلاف جنس المال كالحیوان مع العقار أو البقر مع الخيل لتعذر المعادلة فيه للتفاوت الفاحش بينهما في المقصود

(ولو اقتسموا بأنفسهم جاز) اقتسامهم لأن الحق لهم **(ويقسم على الصبي وصيه أو وليه)** لأن لها ولاية عليه فإن

لم يكن نصب القاضي من يقسم **(وينبغي للقاضي أن ينصب قاسماً عدلاً)** أي عادلاً بينه وبين الله تعالى

(مأموناً) أي **(أميناً)** بين الناس **(عالمًا بالقسمة)** لأنه لا قدرة على القسمة إلا بالعلم بها ولا اعتماد على قوله إلا

بالعدالة ولا وثوق إلى فعله إلا بالأمانة **(يرزقه من بيت المال)** لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث أنه

يتم به قطع المنازعة فأشبهه رزق القاضي ولأن منفعة نصب القاسم تعم العامة فيكون كفايته في ما لهم غرماً بالغنم

(أو يقدر له) أي أو يقدر القاضي للقاسم **(أجراً يأخذه من المتقاسمين)** بكسر الميم وفتح النون على صيغة الجمع

لأن النفع لهم على الخصوص فيكون الغرم عليهم وإنما يقدر كيلاً يتحكم بالزيادة **(وهو على عدد رؤوسهم)** أي

الأجر على عدد رؤوس المتقاسمين وقالوا رحمهما الله تعالى على عدد الأنصباء وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه

مؤونة الملك فيتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولأبي حنيفة رحمه

الله أن الأجر مقابل بالتميز وأنه لا يتفاوت ربما يصعب الحساب فيتعلق الحكم بأصل التميز بخلاف حفر البئر

لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت وأما أجر الكيال والوزان فقد قيل على الخلاف إن كان للقسمة وإن

لم يكن لها فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت **(ولا يجبر الناس على قاسم واحد)** أي ولا يجبر القاضي

الناس على أن يستأجروه لأن الجبر لا يجري في العقود ولأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله

(ولا يترك القسّم يشتركون) كيلاً تصير الأجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة

الفوت فيُرخص الأجر والقسّم بضم القاف جمع قاسم كالزراع جمع زارع والكفار جمع كافر **(جماعة في أيديهم**

عقار) وهو ما له أصل وقرار مثل الأرض والدار **(طلبوا من القاضي قسمته وادعوا أنه ميراث)** بينهم من فلان

(لم يقسمه) القاضي **(حتى يقيموا البينة على الوفاة وعدد الورثة)** وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقسمه

باعترافهم ويذكر في الصك أنه قسمه باعترافهم **(وفي غير العقار يقسمه بقولهم)** أي وإن كان المال المشترك ما

سوى العقار وادعوا أنه ميراث بينهم قسمه بقولهم جميعاً **(وإن ادعوا)** أي الشركاء في العقار **(الشراء أو**

مطلق الملك) أي أو ادعوا الملك في العقار ولم يذكروا كيف انتقل إليهم من إرث أو بيع أو غيره **(قسمه)** القاضي

بينهم **(باعترافهم)** بالاتفاق لهما أن اليد دليل الملك والإقرار أمانة الصديق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في

المنقول الموروث وفي العقار المشتري وفيما ادعوا مطلق الملك وذلك لأن البينة إنما تكون على المنكر ولا منكر ههنا

إلا أنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمه بإقرارهم ليقصر عليهم ولا يتعداهم ولا تعتق أمهات أولادهم ومدبروه

لعدم ثبوت موته في حقهم وله أن القسمة قضاء على الميت إذ التركة مُبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه فيها بخلاف ما بعد القسمة وإذا كان قضاء على الميت فالإقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة بخلاف المنقول لأن في القسمة نظرا للحاجة إلى الحفظ أما العقار محصن بنفسه بخلاف المشتري لأن ملك البائع انقطع عن المبيع فلم يكن القسمة قضاء على الغير وكذا إذا أطلقوا لأنهم ما اعترفوا به لغيرهم وهذا رواية الأصل وفي الجامع الصغير شرط إقامة البينة عند الإطلاق

(وإن حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة ومعهم وارث غائب قسمه) القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلًا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لأن فيه نظرا للغائب والصغير ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة عنده أيضا خلافا لهما لما ذكرنا من قبل

(إلا أن يكون العقار في يد الغائب) لأن القسمة قضاء على الغائب وأنه لا يجوز فلا يقسم حينئذ

(وفي الشراء لا يقسمه إلا بحضرة الجميع) أي ولو كانوا مشترين وغاب أحدهم لم يقسم وإن أقاموا البينة على الشراء حتى يحضر الغائب والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى ينتقل إليه خيار العيب والتعيين فيما اشتراه المورث أو باعه فيكون أحدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه وفي الشراء ملك مبتدأ حتى ليس له الرد بالعيب على بائع بايعه ولا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فافترقا **(وإن حضر وارث واحد)** وبرهن على الوفاة وعدد الورثة والدار في يده **(لم يقسم)** لأنه لا بد من إثنين على ما مر **(وإذا طلب أحد الشركاء القسمة وكل**

منهم) أي وكل واحد من الشركاء **(ينتفع بنصيبه)** بعد القسمة **(قسم بينهم)** لأن في القسمة تكميل المنفعة فكان

حقا لازما فيما يحتملها إذا طلب أحدهم **(وإن كانوا)** أي الشركاء **(يستضرون)** بعد القسمة لقلّة نصيبهم **(لا**

يقسم) إلا برضاهم لأن القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تقويتها ويجوز بالتراضي لأن الحق لهم وهم أعرف بشأنهم

أما القاضي فيعتمد الظاهر **(وإن كان ينتفع أحدهم بنصيبه)** بأن كان صاحب الكثير **(قسم بطلبه)** أي بطلب

المنتفع لأنه منتفع به فاعتبر طلبه وإن طلب الآخر لا يقسم لأنه متعنت لا متظلم وقيل على القلب لأن صاحب

الكثير يريد الإضرار لغيره والآخر راض بتضرر نفسه والأول هو الأصح **(ولا يقسم الجوهر)** بالاتفاق للتفاوت

(والرقيق) عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يقسم الرقيق إذا كانوا ذكورا كلهم أو إناثا لاتحاد الجنس كما

في الإبل والبقر ورقيق المغنم وله أن التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة المطلوبة من الذكاء والعقل

والهداية إلى تعلم الحرف تفاوتوا فاحشا قال الشاعر:

ألا رُب فرد يعدل الألف زائدا

وألف تراهم لا يساوون واحدا

فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات فإن التفاوت فيها تقل عند اتحاد الجنس ألا يرى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف رقيق المغنم فإن حق الغانمين في المالية ولهذا جاز للإمام بيعها وقسمة ثمنها وهنا الحق تعلق بالعين والمال فافترقا **(والحمام والحائط)** بين الدارين **(والبئر والرحى)** لأن القسمة لتكميل المنفعة فإذا لم يبق كل نصيب شفعا به مقصودا لا يتحقق معنى القسمة فلا يقسم القاضي

(إلا بتراضيهم) أي ولا يقسم الجوهر والرقيق إلى آخره إلا بتراضيهم لالتزامهم الضرر **(ويقسم كل واحد من**

الدور) المشتركة في مصر واحد **(والأراضي)** المشتركة في مصر واحد **(والخوانيت)** المشتركة في مصر واحد

(وحده) يعني لا يقسم دارا بدار بأن دفع دارا إلى واحد ودارا إلى آخر وكذا لا يقسم أرضا بأرض وحنوتا بحنوت عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها لأنها جنس واحد اسما وصورة ونظرا إلى أصل السكنى والزرع وأجناس معنى نظرا إلى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى واختلاف الزرع فكان مفوضا إلى رأي القاضي فيعمل بما يترجح عنده وله أنه لا يمكن التعديل فيها لكونها مختلفة باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب إلى المسجد والماء والشرب وصلاحياتها للزراعة اختلافا فاحشا ولو كانت الداران في مصرين قسم كل واحد وحدها بالإجماع وعن محمد رحمه الله أنه يقسم إحداهما في الأخرى **(ويقسم البيوت)** في محلة أو محال **(قسمة واحدة)** لأن التفاوت فيما بينهما يسير فالتعديل في القسمة غير

عسير **(ويقسم سهمين من العلو بسهم من السفلى وقال محمد رحمه الله يقسم بالقيمة وعليه الفتوى)**

صورته سفلى لا علو له وعلو لا سفلى له وسفلى له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك وهو القسمة بالذراع عند محمد رحمه الله وعليه الفتوى وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقسم بالذراع لمحمد رحمه الله أن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلو كالبئر والإصطبل وغير ذلك فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة ولهما أن القسمة بالذراع هي الأصل لأن الشركة في المذرع فيصير إليه ما أمكن والمعتبر التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا بينهما في كيفية القسمة بالذراع قال أبو حنيفة رحمه الله ذراع من سفلى بذراعين من علو وهو المعنى من قول المصنف رحمه الله ويقسم سهمين من العلو بسهم من السفلى وقال أبو يوسف رحمه الله ذراع بذراع قيل هذا اختلاف بحسب الزمان أو المكان وقيل اختلاف بحسب البرهان ووجهه من الجانبين وتفسير قول

الإمامين رضي الله عنهما حقهما الكافي والهداية ومن الله التوفيق والعناية **(ولا تدخل الدراهم في القسمة إلا بتراضيهم)** أي ولا تدخل الدراهم التي ليست بمشتركة في قسمة الأرض المشتركة ليحجب بها نقصان بعض الأنصباء صورته دارين جماعة قسمها وفي نصيب واحد فضل بناء فأراد أحد الشركاء أن يكون عوض البناء من الدار ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه إن يرد بإزاء البناء من الدراهم إلا إذا تعذر فحينئذ للقاضي ذلك لأن القسمة من حقوق الإشرافية بالشركة بينهم في الدار لا في الدراهم فلا يجوز قسمه ما ليس بمشترك

فصل في كيفية القسمة ودعوى الغلط فيها

(ينبغي للقاسم أن يقرع بينهم) أي بين الشركاء ولو عين لكل واحد منهم نصيبا من غير اقتراع جاز لأنه في معنى القضاء فملك الإلزام فالقرعة لتطيب القلوب وإزالة تهمة الميل **(فمن خرج اسمه على سهم أخذه)** وذلك بعد أن يصور القاسم ما يقسمه على القرطاس ليرفع ذلك القرطاس إلى القاضي حتى يقرع بينهم بنفسه إن لم يأمر به غيره ويُعدله أي يسويه على سهام القسمة ويذرع الساحة ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته إليه في الأجرة وتفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم نصيب الآخر تعلق فينقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على الكمال ثم يلقب نصيبا بالأول والذي يليه بالثاني والثالث ويكتب أساميهم ويقرع فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والأصل في ذلك أن ينظر إلى أقل الأنصباء حتى إذا كان الأقل ثلثا جعلها أثلاثا وإن كان سدسا جعلها أسداسا لأنه إذا خرج أقل الأنصباء خرج الأكثر ولا كذلك بالعكس قال شمس الأئمة الكردي رحمه الله

صورته إذا كان لأحدهم نصف وآخر ثلث وآخر سدس يقلب النصف بالأول والثلث بالثاني والسدس بالثالث فإن خرج السدس أولا يدفع من السهم الأول وهو النصف فإن خرج بعده النصف يُضم إلى ما يليه حتى يتم النصف ويدفع إلى صاحبه ثم وثم

(وليس لأحدهم) أي لأحد شركاء **(الرجوع إذا قسم القاضي أو نائبه)** لأنها صدرت عن ولاية تامة فلزمت كالقضاء **(وإن كان في نصيب أحدهم مسيل أو طريق لغيره لم يشترط)** في القسمة **(فإن أمكن صرفه)** أي صرف المسيل والطريق عن نصيبه **(صرفه عنه)** تحقيقا لمعنى القسمة وهو قطع الاشتراك **(وإلا)** أي وإن لم يكن الصرف

(فسخت) القسمة لأن المقصود وهو ما ذكرنا لم يحصل فتنسخ وتستأنف وقوله لم يشترط صفة كل واحد من المسيل والطريق قيد به لأنه لو شرط في القسمة أن ما أصاب كل واحد فهو له بحقوقه لا يفسخ القسمة ويترك المسيل والطريق على حاله في نصيب الآخر **(وإذا شهدوا عليهم)** أي وإذا أقر المتقاسمون على أنفسهم بالاستيفاء **(ثم ادعى أحدهم أن من نصيبه شيئاً في يد صاحبه لم يقبل)** دعواه **(إلا بينة)** لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدقه إلا بحجة فإن لم يكن له بينة استحلف شركاؤه فمن نكل جمع نصيبه ونصيب المدعي فيقسم بينهما على قدر أنصباؤها لأن النكول حجة على ما عرف وقيل لا يقبل دعواه للتناقض **(ويقبل شهادة القاسمين على ذلك)** يعني إذا قسمت الدار أو الأرض بين الورثة أو المشتريين فأنكر بعضهم أن يكون استوفي نصيبه فشهد القاسمان اللذان توليا القسمة أنه استوفي نصيبه يقبل شهادتهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يقبل لأنها شهدا على فعل أنفسهما فلا يقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما أنهما شهدا على الاستيفاء والقبض وهو فعل غيرهما لا فعلهما لأن فعلهما التميز ولا حاجة إلى الشهادة عليه **(وإن قال قبضته ثم أخذه مني)** أي وإن قال أحد المتقاسمين قبضت نصيبي ثم أخذه صاحبي مني **(فبينته أو يمين خصمه)** لأنه يدعي عليه الغصب وهو ينكر **(وإن قال ذلك)** أي قال أصابني موضع كذا ولم تسلم إلي **(قبل الإشهاد)** أي قبل الإقرار بالاستيفاء وكذبه شريكه **(تحالفا وفسخت القسمة)** لأن الاختلاف في مقدار ما أصاب كل واحد بالقسمة فصار كالاختلاف في المبيع وسنين كيفية التحالف في كتاب الدعوى إن شاء الله تعالى **(وإن استحق بعض نصيب أحدهم رجع في نصيب صاحبه بقسطه)** ولم يفسخ القسمة كما في البيع وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله تفسخ قيل الاختلاف في استحقاق بعض معين في نصيب أحدهم والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع في نصيب أحدهما فأما في استحقاق بعض معين فلا يفسخ القسمة بالإجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالإجماع فهذه ثلاثة أوجه لأبي يوسف رحمه الله أن بالاستحقاق ظهر شريك آخر والقسمة بدون رضاه لا يصح فيفسخ كما إذا استحق النصف الشائع في الكل يبطل القسمة ولهما أن الاستحقاق في معنى البيع واستحقاق بعض المبيع لا يبطل البيع فيما بقي بل يثبت الخيار للمشتري إن شاء رجع ببعض الثمن وإن شاء رجع بنصف المستحق فكذا في القسمة لما فرغ من بيان قسمة الأعيان شرع في قسمة المنافع فقال

فصل

(المهاياة جائزة استحسانا) والقياس يأبى جوازها لأنها مبادلة المنفعة بجنسها نسيئة لتأخر حق أحدهما إلا أنا استحسنا الجواز بقوله تعالى ﴿لها شرب ولكم شرب يوم معلوم﴾⁸²⁵ وبما روي أنه عليه السلام قسم في غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة نفر⁸²⁶ وكانوا يتناولون في الركوب ولأن المنافع يستحق بعوض وبغير عوض كالأعيان والقسمة يجوز في الأعيان فيجوز في المنافع **(ولا تبطل)** المهاياة **(بموتها ولا بموت أحدهما)** لأنه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو قدم موت أحدهما على موتها لكان أحسن وأولى وأبعد من الركابة وأنقى **(ولو طلب أحدهما القسمة بطلت)** المهاياة يعني لو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة كالدار والأرض ونحوهما ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لأن القسمة أبلغ في استكمال المنفعة من المهاياة ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي **(وتجوز)** المهاياة **(في دار واحدة)** وذلك **(بأن يسكن كل واحد منهما طائفة)** أي بأن يسكن كل واحد من الشريكين ناحية من الدار **(أو أحدهما العلو والآخر السفلى)** أي يسكن أحدهما علوها والآخر سفليها لأن القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة **(وله إجارته وأخذ غلته)** أي ولكل واحد منهما إجارة ما أصابه وأخذ أجرته شرط ذلك في العقد أو لم يشرط هو الصحيح وذلك لأن المهاياة قسمة المنافع وقد ملكها فله استغلالها وشرط بعضهم في جواز الاستغلال أن يشرط في العقد **(وتجوز)** المهاياة **(في عبد واحد يخدم هذا يوما وهذا يوما وكذا)** يجوز المهاياة **(في البيت الصغير)** لأن المهاياة تكون في الزمان والمكان استيفاء للمنفعة بقدر الإمكان وقد تعذر المكان فتعين الزمان **(وفي عبيدين)** أي وتجوز المهاياة في عبيدين **(يخدم كل واحد)** من العبيدين **(واحد)** من الشريكين وهذا ظاهر على أصلهما لأن عندهما يجوز قسمة الرقيق جبرا واختيارا فكذا مهاياتهم وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فالقياس على عدم جواز القسمة يمنع الجواز لكن الصحيح الجواز لقلة التفاوت في الخدمة ولا كذلك في الأعيان **(فإن شرطا طعام العبد على من يخدمه جاز)**

الشرط

⁸²⁵ سورة الشعراء، الآية: 155.

⁸²⁶ أحمد بن حنبل، 1/418.

(وفي الكسوة لا تجوز) لأن العادة جرت بالمساحة في طعام المالك دون الكسوة لقلة التفاوت في الطعام وكثرته في الكسوة **(ولا تجوز)** المهايأة **(في غلة عبد)** واحد وكذا في غلة دابة واحدة وتجاوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية ووجه الفرق أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت وقت المهايأة والظاهر بقاءه في العقار دون الحيوان لتوالي أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة **(ولا عبيدين)** أي ولا تجاوز المهايأة في غلة عبيدين عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله تجاوز وعلى هذا الخلاف غلة الدابتين لهما أن الغلة بدل المنفعة فتجاوز كالمنفعة وله أن الأجر يجب بالعمل حتى لو سلمه ولم يعمل لا أجر له فكان فيه خطر ولأنه ربما لا يجد من يستأجره فلا يقع المعادلة والتفاوت بينهما فاحش لتفاوتهما في الأمانة والحذاقة والهداية إلى العمل فتكون أجرته أكثر من الآخر فلا توجد المعادلة **(ولا)** تجاوز المهايأة **(في ثمرة الشجرة ولبن الغنم وأولادها)** يعني لو كان شجر أو غنم بين اثنين فتهايا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها أو يرعاها ويشرب ألبانها أو يكون له أولادها لا يجوز لأن المهايأة في المنافع ضرورة أنها لا تبقي فيتعذر قسمتها وهذه أعيان باقية ترد عليه القسمة عند حصولها **(ولا)** تجاوز المهايأة **(في ركوب دابة ولا)** في ركوب **(دابتين)** وقالوا رحمهما الله تجاوز في الصورتين اعتباراً بقسمة الأعيان وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فإن منهم حاذقاً وآخر⁸²⁷ بخلاف العبد فإنه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها فإن قلت الحديث الذي روي في أول الفصل يدل على جواز المهايأة في ركوب الدابة قلت ذلك بالتراضي يدل عليه أحوال الصحابة رضي الله عنهم وهنا الكلام في جبر القاضي فلا يرد عليه إذ لا كلام في الجواز عند التراضي **(ولا استغلاهما)** أي ولا تجاوز المهايأة في استغلال الدابتين عنده رحمه الله وقالوا رحمهما الله تجاوز والوجه من الجانبين قد مر **(وتجاوز)** المهايأة **(في عبد ودار على السكن والخدمة)** لأن المقصود منها تجاوز عند اتحاد الجنس فعند الاختلاف أولى **(وكذلك كل مختلفي المنفعة)** كسكنى الدور وزرع الأرضين وكذا الحمام والدار لأن كل واحدة من المنفعتين تجاوز عند استحقاقها بالمهايأة

⁸²⁷ "أحق" وفي الاختيار لتعليل المختار للموصلي "جاهل" فلا يحصل المعادلة

كتاب أدب القاضي

الأدب هو التخلق بالأخلاق الحميدة والحصول الجميلة في معاشرته الناس ومعاملتهم والقاضي من القضاء وهو فصل الخصومات وقطع المنازعات وآداب القاضي التزامه لما ندب إليه الشرع من بسط العدل ورفع الظلم والمحافظة على حدود الشرع والجري على سنن السنة وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى ﴿وَأَن احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾⁸²⁸ والسنة فإنه عليه السلام ولّى علياً ومعاذا رضي الله عنها⁸²⁹

(القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأشرف العبادات) لأن فيه الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وإظهار الحق وإنصاف المظلوم من الظالم وإيصال الحق إلى مستحقه ولأجل هذه الأشياء شرع الشرائع وبعث الرسل عليهم السلام وما من نبي من الأنبياء عليهم السلام إلا وأمره الله تعالى بالقضاء قال الله تعالى لنبينا عليه السلام ﴿وَأَن احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾⁸³⁰ وقال لدود عليه السلام ﴿فاحكم بين الناس بالحق﴾⁸³¹

(وأولى أن يكون القاضي مجتهداً) لأن الحادثة إذا وقعت يجب طلبها من الكتاب ثم من السنة ثم من الإجماع فإن لم يوجد في شيء من ذلك استعمل الرأي والاجتهاد ويشهد له حديث معاذ رضي الله عنه حين بعثه رسول الله عليه السلام إلى اليمن ولآه الحكم بها فقال له: كيف تصنع إن عرض حكم؟ قال: أقضي بما في كتاب الله تعالى قال: فإن لم تجد؟ قال بما في سنة رسول الله عليه السلام قال: فإن لم تجد؟ قال أجتهد رأيي فقال عليه السلام: "الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله"⁸³² وإنما لم يذكر الإجماع لأنه لا إجماع مع وجوده عليه السلام لأنه بمنزلة القياس مع النص بعده عليه السلام والمجتهد من يكون علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها ويكون مصيباً في القياس عالماً بعرف الناس فإن لم يوجد المجتهد للقضاء **(فيجب أن يكون القاضي من أهل الشهادة)** لأن القضاء والشهادة كليهما من باب الولاية فكل من كان أهلاً لها كان أهلاً له ومن لا فلا تجوز ولاية الصبي والمجنون والعبد

⁸²⁸ سورة المائدة، الآية: 49.

⁸²⁹ أبو داود، "الأقضية" 11.

⁸³⁰ سورة المائدة، الآية: 49.

⁸³¹ سورة ص، الآية: 26.

⁸³² أبو داود، "الأقضية" 11.

(موثوقا به في دينه وأمانته) لأنه يتصرف في أموال الناس ودمائهم ولا يوثق على ذلك من لا ديانة ولا أمانة له

(وعقله) لأنه الأصل والمدار في الأمور الدينية والدنيوية (وفهمه) ليفهم معاني الكتاب والحديث وما يرد إليه من القضايا والدعاوى وكتب القضاة وغير ذلك (عالما بالفقه والسنة) لأنه إذا لم يعلم بذلك لا يقدر على القضاء ولا يعلم كيف يقضي وعن أبي يوسف رحمه الله لأن يكون القاضي ورعا أحبَّ إلى من أن يكون مجتهدا وعنه أنه إذا كان عالما بالفرائض يكفي في جواز القضاء وقيل يجوز تقليد الجاهل لأنه يقدر على القضاء بالاستفتاء وأولى أن يكون عالما لقوله عليه السلام: "من قلد إنسانا عملا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين"⁸³³ (وكذلك المفتي) أي يكون موصوفا بهذه الأوصاف لأن الناس يرجعون إلى فتواه في حوادثهم ويعتمدون به ويعتمدون قوله فينبغي أن يكون موصوفا بهذه الأوصاف والفاستق هل يصلح مفتيا قيل وقيل

(ولا يطلب الولاية) وهي نفاذ قول الإنسان على الغير شاء الغير أو أبى أي ولا يطلب القضاء عمن له ولاية التقليد لقوله عليه السلام من سأل القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده أي يلهمه الرشد ويوفقه الصواب وعن عمر رضي الله عنه ما عدل من طلب القضاء (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عن القيام به ولا يأمن على نفسه) الميل فيه لقوله عليه السلام: "من جعل قاضيا فكأنما ذبح من غير سكين"⁸³⁴ قيل معناه إذا طلب وقيل من لم يكن أهلا له وجه الشبه أن السكين يؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير السكين يؤثر في الباطن دون الظاهر فكذا القضاء لا يؤثر في الظاهر لأنه جاء وحرمة وفي باطنه هلاك وتبار

(ولا بأس به لمن يثق من نفسه أداء فرضه) لأن كبار الصحابة والتابعين رضي الله عنهم أجمعين تقلدوه وكفى بهم قدوة والنبي عليه السلام ولى عليا رضي الله عنه ولو كان مكروها لما ولاه وقال عليه السلام: "إذا حكم الحاكم فأصاب فله أجران"⁸³⁵ واختيار أبي بكر الرازي رحمه الله الامتناع عنه وقيل الدخول فيه رخصة والترك عزيمة وهو الصحيح كذا في شرح المصنف رحمه الله (ومن تعين له) أي للقضاء بأن لا يكون أهلا للقضاء إلا هو

(يفترض عليه الولاية) صيانة لحقوق المسلمين ودفعاً لظلم الظالمين والحديث محمول على من كان طالبا للقضاء

⁸³³ الحاكم، المستدرک، 4/ 22.

⁸³⁴ أبو داود، "الأقضية" 1.

⁸³⁵ البخاري، "الاستعصام بالسنة" 21.

(ويجوز التقليد من ولاية الجور) لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية وكان الحق مع علي رضي الله عنه والتابعين من الحجاج مع جوره ولأن فيه إقامة الحق ودفع الظلم حتى لو لم يمكّنه من ذلك لا يجوز **(ويجوز قضاء المرأة فيما تقبل شهادتها فيه)** لما مر فلا يجوز قضائها في الحدود والقصاص **(فإذا قلد القضاء طلب ديوان القاضي الذي قبله)** الديوان الخرائط التي فيها نسخ السجلات والصكوك والمحاضر من نصب الأوصياء في أموال اليتامى والقيّم في أموال الأوقاف وتقدير النفقات **(ونظر في خرائطه)** أي في خرائط الديوان **(وسجلاته)** لأنها وضعت لتكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء لأنه محتاج إليها ليعمل بها **(وعمل)** القاضي الثاني **(في الودائع وارتفاع الوقوف)** أي غلاتها **(بما يقيم به البينة أو باعتراف من هو في يده)** لأن كل ذلك حجة **(ولا يعمل)** القاضي الثاني في هذه المسائل **(بقول)** القاضي **(المعزول)** لأنه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما إذا كان على فعل نفسه **(إلا أن يكون)** المعزول **(هو الذي سلمها إليه)** أي إلى ذي اليد فحينئذ يقبل القاضي قول المعزول فيها يعني لو اعترف الذي في يده الوديعة أن المعزول سلمها إليه يقبل قول المعزول أنها لفلان لأنه ثبت بإقرار ذي اليد أن اليد في هذه الوديعة كانت للمعزول ويده مستفادة من جهته فيقبل قول المعزول في مستحقها كما لو كانت الوديعة في يده حقيقة **(وينظر في أحوال المحبوسين)** لأنه نُصب ناظرا **(فمن اعترف بحق أو قامت عليه بينة)** بأن أنكر الحق فقامت عليه بينة **(الزمه)** لأن الإقرار والبينة كل واحد منهما حجة **(وإلا)** أي وإن لم يقر المحبوس⁸³⁶ ولم تقم عليه بينة **(نادى عليه)** أي أمر القاضي مناديا كل يوم إذا جلس في مجلسه من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس الفلاني بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فإن حضر فبها وإن لم يحضر نادى في ذلك ياما على حسب ما يرى القاضي فان لم يحضر أخذ منه كفيلا بنفسه وأطلقه وهذا معنى قوله **(ولا يخلية حتى يستظهر في أمره)** لاحتمال انه محبوس بحق غائب وهو الظاهر لان فعل المعزول لا يكون عبثا **(ويجلس للقضاء جلوسا ظاهرا)** كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين **(والجامع أولى)** لأنه أشهر وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضاء لأنه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه السلام: "إنما يبنى المسجد لذكر الله والحكم"⁸³⁷ وكان عليه السلام يفصل الخصومات في

⁸³⁶ والصواب "يقر"

⁸³⁷ ابن ماجه، "الطهارة وسننها" 78.

معتكفه والخلفاء الراشدون يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولأن القضاء عبادة فتجوز إقامتها في المسجد كالصلاة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تحبب بحالها فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في دابة كذا في الهداية

(ويتخذ) القاضي (مترجماً) أي مفسراً كلام القاضي للخصمين أو كلامهما للقاضي إذا لم يعلم أحدهما كلام الآخر يقال ترجم كلامه إذا فسر وذلك ليعلم ما يقول حتى يتمكن من القضاء **(وكاتباً عدلاً)** أي ويتخذ القاضي كاتباً عدلاً لأنه لو لم يكن عدلاً لا يأمن خيانتته ويجلس قريباً من القاضي بحيث يراه حتى لا ينخدع بالرشوة

(ويسوّي بين الخصمين في الجلوس والإقبال والنظر والإشارة) لقوله عليه السلام: "إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليُسِّوْ بين الخصمين في المجلس"³⁸⁶ والإشارة والنظر ولأنه إذا فضل أحدهما ينكسر قلب الآخر فلا ينشرح الدعوى والجواب **(ولا يسار أحدهما)** أي ولا يتكلم أحدهما سرا **(ولا يلقيه حجة)** لما بينا ولما فيه من التهمة

(ولا يضيفه دون صاحبه) لما بينا وقد ورد النهي عنه **(ولا يقبل هدية أجنبيٍّ لم يهد له قبل القضاء)** لأنه إنما أهدي له للقضاء ظاهراً فكان آكلاً بالقضاء فأشبهه الرشوة وقيد بقوله لم يهد له قبل القضاء لأن من جرت عادته بها وأنه قبل القضاء يقبلها القاضي لأن الظاهر أنه جرى على عادته حتى لو زاد على العادة أو كان له خصومة لا يقبلها والقريب على هذا التفصيل **(ولا يحضر دعوة إلا العامة)** كالعرس والختان لأنه لا تهمة فيها وإجابته سنة قال عليه السلام: "من لم يحضر الدعوة فقد عصى أبا القاسم"³⁸⁷ وقيد بالعامة وهي لو علم الداعي أن القاضي لا يحضرها يتخذها لأنه لا يحضر الدعوة الخاصة وهي ما لو علم الداعي أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها لمكان التهمة وهذا إذا كانت الدعوة من الأجنبي فإن كانت من قريبه أو ممن جرت عادته بذلك قبل القضاء فعلى التفصيل المتقدم

(ويعود المريض ويشهد الجنائز) لأنهما من حقوق المسلمين قال عليه السلام: "للمسلم على المسلم ست حقوق"³⁸⁸ وعدّها منها هذين **(فإن حدث له همٌّ أو نعاس) أي نوم (أو غضب أو جوع أو عطش أو حاجة كُفَّ عن القضاء)**

لأن القاضي يحتاج إلى الفكر وهذه الأشياء تمنع صحة الفكر فيخل بالقضاء قال عليه السلام: "لا يقضي القاضي

³⁸⁶ الطبراني، المعجم الكبير، 386 / 23.

³⁸⁷ مسلم، "النكاح" 110.

³⁸⁸ مسلم، "السلام" 5.

وهو غضبان" ⁸⁴¹ (ولا يبيع ولا يشتري في المجلس) لما فيه من التهمة وقيد بقوله في المجلس لأنه لا بأس به في غير المجلس (ولا يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك) لأنه كالوكيل عن الإمام والوكيل ليس له أن يوكل إلا أن يؤذن له (ولا يقضي على غائب) عن البلد أو عن مجلس الحكم حاضر في البلد وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة بدون الإنكار ولم يوجد لأنه يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لأن أحكامها مختلفة إذا حكم أحدهما متعدياً وحكم الآخر غير متعد (إلا أن يحضر من يقوم مقامه) أما بإنابته كالوكيل أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي أو يكون ما يدعي على الغائب سبباً لما يدعي على الحاضر كمن ادعى داراً في يد رجل فأنكر فأقام المدعي البينة أنه اشتراها من فلان الغائب يقضي بها على الحاضر والغائب وكذا لو ادعى شفعة فأنكر ذو اليد الشراء فأقام البينة أن ذا اليد اشتراها من الغائب يقضي على الحاضر والغائب جميعاً وإن كان ما يدعي على الغائب شرطاً لما يدعي على الحاضر فلا معتبر به في جعله خصماً عن الغائب على ما عرف في الجامع الكبير (وإذا رُفع إليه قضاء قاض أمضاه) الأصل فيه أن القضاء متى لاقى محلاً مجتهداً فيه ينفذ ولا يردده غيره لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول وقد ترجح الأول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه (إلا أن يخالف الكتاب) أي القرآن (أو السنة) أي السنة المشهورة (أو الإجماع) فلو قضى قاض بشاهد ويمين المدعي أو بثبوت الحل بنفس العقد أو بجواز بيع متروك التسمية عمداً لا ينفذ أما الأول فلم يخالفه الكتاب لأنه تعالى قال ﴿ واستشهدوا بشهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ﴾ ⁸⁴² ومثل هذا يذكر لقصر الحكم عليه وأما الثاني فلأنه مخالف للحديث المشهور أعني حديث العسيلة وأما الثالث فلأنه مخالف لما اتفقوا عليه في الصدر الأول فكان قضاؤه بخلاف الإجماع (ولا يجوز قضاؤه لمن لا تقبل شهادته له) لأنه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذا قضاؤه بخلاف ما إذا حكم عليهم لأنه شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا قضاؤه (ويجوز) قضاء القاضي (لمن قلده وعليه) لأنه نائب عن المسلمين لا عنه ولهذا لا ينزل بموته (وإذا علم) القاضي (بشيء من حقوق العباد في زمن ولايته) أي في زمن قضاؤه (ومحلها) أي ومحل الولاية يعني في المصر الذي هو قاض فيه (جواز له أن يقضى به) أي بذلك العلم لأن

⁸⁴¹ مسلم، "أفضية" 16.

⁸⁴² سورة البقرة، الآية: 282.

علمه كشهادة الشاهدين وبل أولى لأن اليقين حاصل بما علمه بالمعينة والسماح والحاصل بالشهادة غلبة الظن قيد بقوله من حقوق العباد لأن الحدود لا يقضى بعلمه فيها وقيد بقوله في زمن ولايته وبقوله في محلها لأن علمه قبل ولايته أو في غير محل ولايته لا يقضي به عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يقضي به كما في حال ولايته ومحلها والجواب عنهما أنه في غير مصره وغير ولايته شاهد لا حاكم وشهادة الفرد لا يقبل وصار كما إذا علم بالبيئة العادلة ثم وُيِّ القضاء فإنه لا يعلم بها **(والقضاء بشهادة الزور)** الزور الكذب ومنه التزوير

(ينفذ ظاهرا) أي فيما بيننا **(وباطنا)** أي فيما بينه وبين الله تعالى **(في العقود)** مثل النكاح والبيع والشراء والإجارة **(والفسوخ)** مثل الطلاق والإقالة والرد بالعيب وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا ينفذ باطنا والفتوى على قولهما ثم أتى بمثالين من العقود وبمثال من الفسوخ فقال **(كالنكاح والطلاق والبيع)** فالنكاح من العقود والطلاق من الفسوخ وكذا البيع من العقود فلو قدم البيع على الطلاق لكان ظاهرا نعم لو زاد الإقالة بعد البيع ليكون لكل واحد من العقود والفسوخ مثالان لكان أظهر

وصورة المسئلة في النكاح ادعى على امرأة نكاحا وهي تجحد وأقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطئها وحل للمرأة التمكين منه عنده وعندهما لا يحل لهما ذلك وكذا إذا ادَّعت نكاحا على رجل وهو يجحد وصورة المسئلة في الطلاق ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثا وأقامت بينة زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزواج آخر بعد انقضاء العدة تحل للزوج الثاني الوطء ظاهرا وباطنا وصورة المسئلة في البيع على وجهين إما أن يكون الدعوى من جانب المشتري بأن ادَّعى على غيره أنك بعت مني هذه الجارية والآخر أن يكون من جانب البائع بأن قال إنك اشتريت مني هذه الجارية يحل للمشتري وطئها في الوجهين كذا في المصنف شرح المنظومة **(وكذلك الهبة والإرث)** وإنما فصله عما قبله بقوله وكذلك لأن فيهما عن أبي حنيفة رحمه الله روايتين وهذا الخلاف فيما إذا كانت الدعوى بسبب معين كالشراء والهبة أما في الأملاك المرسلة فلا ينفذ باطنا بالاتفاق فلذا قال **(ولا يجوز في الأملاك المرسلة)** أي ولا يجوز قضاء القاضي بشهادة الزور في الأملاك المرسلة أي المطلقة عن السبب فلو ادعى ملك جارية مطلقا ولم يعين سبب الملك لا ينفذ باطنا بالاتفاق لهما أن القضاء إظهار ما كان ثابتا لا إثبات أمر لم يكن والعقد لم يكن ثابتا ولم يثبت بالقضاء فلا يثبت باطنا كما لو ظهر الشهود عبدا أو كفارا وله أن القضاء واجب على القاضي إذا أقيمت عنده البينة حتى لو لم ير الوجوب على نفسه يكفر ولو أخره يفسق ولما كان القضاء إظهار ما هو ثابت يجب إثبات العقد اقتضاء كما أثبت البيع في قوله أعْتَقَ عبدك عني بألفٍ لثلا

يكون تكليف ما ليس في وسعه وأنه ممكن والقاضي نائب عن الله تعالى والله تعالى ولاية الإثبات فصار كأنَّ الشارع قال أثبت الحكم بينكما ويجوز ذلك وإن لم يوجد الرضي لأن للمولى ولاية إجبار العبيد ونحن عبيده والرق والكفر يمكن الوقوف عليهما في الجملة وهذا بخلاف الأملاك المرسلة لأن في الأسباب تراخا فلا إمكان

(وإذا تقدم إليه خصمان فالقاضي) بالخيار (إن شاء بدأهما فقال ما لكما وإن شاء سكت فإذا تكلم أحدهما أسكت

(الآخر) لأن كل واحد من هذين سبب لإيصال الحق إلى المستحق وهو المطلوب

فصل في الحبس

الأصل في وجوبه قوله عليه السلام: "لِيُؤْتَى الْوَاجِدُ ظَلَمَ يَحِلُّ عَرْضُهُ وَعَقُوبَتُهُ"²⁴³ والعقوبة الحبس ولأن القاضي نُصِبَ لإيصال الحق إلى أربابها فإذا امتنع عن الأداء فعلى القاضي جبره عليه ولا يجبره بالضرب إجماعا فتعين الحبس **(وإذا ثبت الحق) عند القاضي (للمدعي) على المدعى عليه (وسأله حبس غريمه) أي وطلب المدعي من القاضي حبس غريمه (لم يحبسّه وأمره بدفع ما عليه) لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا إذا ثبت الحق بإقراره لأنه لم يعرف كونه مماطلا في أول الوهلة فلعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله أما إذا ثبت بالبينة يحبسّه كما ثبت لظهور المماطلة بإنكاره **(فإن امتنع) عن الدفع****

(حبسه في كل دين لزمه بدل مال) حصل في يده (كالثمن والقرض أو ثبت بالتزامه كالمهر) والمراد المهر المعجل كذا في الهداية (والكفالة) لأن الظاهر بقاء ما حصل في يده والتزامه يدل على القدرة (ولا يحبسّه فيما سوى ذلك) كضمان الغصب وأرش الجناية ونفقة الأقارب **(إذا ادعى الفقر) لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه (إلا أن يقيم البينة أن له مالا فيحبسه) لأنه ظالم (فإذا حبسه مدة يغلب على ظنه أنه لو كان له مال أظهره وسأله عن حاله) أي وسأل القاضي الناس عن حاله (فلم يظهر له مال خلى سبيله) لأنه استحق النظرة إلى الميسرة فحبسّه بعد ذلك يكون ظلما ومدة الحبس قدره بعضهم بشهرين وبعضهم بأربعة أشهر وبعضهم بستة أشهر والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأي القاضي كما هو المذكور في المتن لاختلاف أحوال الأشخاص فيه**

(إلا أن يقوم البينة على يساره فيؤبد حبسه) إلى أن يدفع المال إلى المدعي لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة ويحبس الرجل في نفقة زوجته لأنه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لأنه نوع عقوبة فلا استحققه الوالد على

²⁴³ أبو داود، "الأقضية" 29.

الولد كالحَد والقصاص وإنما قال في دين ولده لأنه يحبس في دين والده إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه فحينئذ يحبس لأن فيه إحياء ولده

فصل

(يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في كل حق لا يسقط بالشبهة) لمسأس الحاجة لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فأشبه الشهادة على الشهادة وقيد الحق بقوله لا يسقط بالشبهة احترازاً عن الحد والقصاص فإنهما يسقطان بها فلا يجوز إثباته بالكتاب الحكمي الذي هو نقل الشهادة في الحقيقة لأن فيه شبهة البدلية كما لم يجز بالشهادة على الشهادة وقوله في كل حق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والغصب والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة لأن كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه إلى الإشارة

(ويقبل) كتاب القاضي إلى القاضي **(في العقار)** لأن التعريف فيه تبع بالتحديد **(ولا يقبل في المنقولات)** لأنه يحتاج فيها إلى المشاهدة للإشارة وعن أبي يوسف رحمه الله يقبل في العبد دون الأمة لغلبة الإباق فيه دونها وعنه أن يقبل فيهما **(وعن محمد رحمه الله قبوله)** في جميع المنقولات **(وعليه الفتوى)** لأن جوازه للحاجة وهي تشمل الكل وصورته ادعى رجل في البصرة أنه كان له عبد فأبقى وبيّن اسمه وحليته وسنّه وقيّمته وهو اليوم في يد فلان في الكوفة فأقام عليه البيّنة فأرسل حاكم البصرة إلى حاكم الكوفة تقبل شهادتهما فلما وصل إليه الكتاب أحضر خصمه ونظر فإن وافق حليته ما في الكتاب دفع العبد إلى المدعي من غير أن يقضي له بالملك وأخذ منه كفيلاً وأمر أن يذهب به إلى حاكم البصرة ليشهد الشاهدان على أن هذا العبد بعينه ملك المدعي فإن شهدا لا يحكم لأن خصمه غائب بل يبعث إلى حاكم الكوفة كتاباً حكماً حتى يحكم على خصمه في الكوفة ويبرأ كفيله

(ولا يقبل إلا بيّنة) أي ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأن الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت إلا بحجة تامة **(وأن يكون إلى معلوم بأن يقول من فلان)** بن فلان بن فلان **(إلى فلان)** بن فلان بن فلان قاض كذا **(ويذكر نسبهما)** أي نسب الكاتب والمكتوب إليه بناء على أن إعلام الكاتب والمكتوب إليه شرط قبول الكتاب فلو مات المكتوب إليه بطل العمل به **(فإن شاء)** القاضي الكاتب **(قال)** وكتب **(بعد ذلك)** أي بعد قوله إلى فلان **(وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين)** حتى يكون المكتوب إليه معرفاً والباقي يكون تبعاً فلو مات المكتوب إليه قبله من يصل إليه من القضاة **(وإلا فلا)** أي وإن لم يشأ لم يقبل ولم يكتب ذلك ولكنه حينئذ يبطل حكمه إذا مات المكتوب إليه على ما مر آنفاً وإذا كتب القاضي ابتداءً من فلان إلى كل من يصل إليه

من القضاة لا يجوز عندهما خلافا لأبي يوسف رحمه الله والحاصل أنه يشترط الكتاب من معلوم إلى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وإعلام هذا بذكر اسمهم ونسبهم إلى أبيهم وجدهم فإن لم يذكر اسم الأب والجد لا يحصل التعريف بالاتفاق وإذا ذكر اسم الأب ولم يذكر اسم الجد أو القبيلة لا يحصل التعريف أيضا إلا إذا كان مشهورا باسم العلم **(ويقرأ) القاضي الكاتب (الكتاب على الشهود ويعلمهم ما فيه)** ليعلموا بما يشهدون **(ويختتمه بحضرتهم ويحفظون ما فيه)** حتى لو شهدوا أنه كتاب القاضي وختمه ولم يشهدوا بما فيه لم يقبل لأن الختم يشبه الختم فمتى كان في يد المدعى عليه يتوهم التبديل **(ويكون أسماؤهم)** بالأب والجد **(داخل الكتاب)** صيانة للتزوير **(وأبو يوسف رحمه الله لم يشترط شيئا من ذلك)** أي من القراءة على الشهود والتسليم إليهم فالشرط عنده أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه وعنه أن الختم ليس بشرط **(لما ابتلى بالقضاء)** تسهила للأمر على الناس **(واختاره السرخسي)** أي واختار شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف رحمه الله **(وليس الخبر كالعيان فإذا وصل الكتاب إلى القاضي المكتوب إليه نظر في ختمه)** لأنه إنما يمكن أداء الشهادة عند قيام الختم **(فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه فتحه وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه)** لثبوت الحق عليه **(ولا يقبله إلا بحضرة الخصم)** لأنه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره **(وإن شهدوا عند القاضي بحق على خصم)** حاضر وهو المدعى عليه **(حكم بشهادتهم)** لوجود الحجة **(وكتب بها)** أي وكتب بالشهادة التي حكم بها وهو المدعو سجلاً إحياء لحقوق الناس **(وإن شهدوا بغير حضرته كتب شهادتهم ولم يحكم ليحكم بها المكتوب إليه)** أي وإن شهد الشهود بغير حضرة الخصم لم يحكم بشهادتهم لأن القضاء على الغائب لا يجوز عندنا ويكتب بشهادة الشهود ليحكم بها المكتوب إليه وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة والفرق بينه وبين السجل أن السجل لا يكون إلا بعد الحكم والكتاب الحكمي لا يكون إلا قبل الحكم **(فإن مات) القاضي (الكاتب أو عزل أو خرج عن أهلية القضاء)** بأن جُن أو أغمي عليه **(قبل وصول كتابه بطل كتابه)** لأنه التحق بواحد من الرعايا **(وإن مات المكتوب إليه)** أو عزل **(بطل إلا أن يكون قال بعد اسمه وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين)** لما مر **(وإن مات الخصم نفذ على ورثته)** لقيامهم مقامه

فصل في التحكيم

الأصل فيه قوله تعالى ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها﴾⁸⁴⁴ الآية والمراد تحكيم الزوجين لاختيار الإقامة والفرقة فلما جاز التحكيم في حق الزوجين دل ذلك على جوازه في سائر الخصومات

(حكما رجلا ليحكم بينهما جاز) تحكيمهما لأن لهما ولاية أنفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما

(فيما لا يسقط بالشبهة) فلا يجوز تحكيمهما فيما يسقط بها كالحدود والقصاص لأنه لا ولاية لهما على دمهما حتى لا يباح بإباحتهما (إذا كان) المحكم (من أهل القضاء) لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط أهلية القضاء فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والصبي لانعدام أهلية القضاء اعتبارا بأهلية الشهادة

(وله أن يسمع البينة) أي وللمحكم أن يقبل البينة (ويقضي بالنكول) وكذا بالإقرار لأنه حكم موافق للشرع

(فإذا حكم لزمهما) فليس لكل واحد منهما أن يرجع عن ذلك لأن الحكم صدر عن ولاية عليهما كالقاضي إذا قضى ثم عزل لا يبطل قضاؤه (ولكل واحد منهما الرجوع قبل الحكم) لأنه مقلد من جهتهما فلا يحكم إلا برضاها

جميعا (وإذا رفع حكمه إلى القاضي أمضاه إن وافق مذهبه) لأنه لا فائدة في نقضه ثم في إبرامه على ذلك الوجه قيد بقوله إن وافق مذهبه لأنه إن خالف مذهبه أبطله لأن حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه بخلاف القاضي لأن ولايته عامة

كتاب الحجر

وهو في اللغة المنع ومنه سُمي الخطيم حجرا لأنه منع من الكعبة ومنه سُمي الحجر حجرا لصلابته يمنع الغير عن أن يؤثر فيه ويسمى العقل حجرا لأنه يمنع عن القبائح وسمي الحرام حجرا أيضا لأنه ممنوع من التصرف فيه وفي الشرع هو المنع عن التصرف على وجه لا يفيد تصرف المحجور الملك بعد القبض في البيع والنهي منع أيضا لكن يفيد الملك بعد القبض في البيع الفاسد وهذا هو الفرق بين الحجر والنهي من حيث الحكم والفرق بينهما من حيث الماهية هو أن الحجر المنع بحق العبد والنهي هو المنع لحق الشرع وإن كان سواء في اللغة كذا قالوا

(وأسبابه) أي وأسباب الحجر ثلاثة

⁸⁴⁴ سورة النساء، الآية: 35.

(الصغير والرق والجنون) لأن الصغير والمجنون لا يهتديان إلى المصالح ولا يعرفانها فناسب الحجر عليهما وأما العبد فتصرفه نافذ على مولاه فلا ينفذ إلا بإذنه **(ولا يجوز تصرف المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلاً)** أي سواء أذن له الولي أو لا لعدم الأهلية **(وتصرف)** الصبي **(الذي يعقل)** أي يعلم أن البيع سالب للمبيع جالب للثمن والشراء بعكسه ويعلم أنه لا يجمع الثمن والمثل في ملك واحد **(إن أجازه وليه أو كان أذن له يجوز)** لأن الظاهر أن الولي ما أجاز ذلك إلا لمصلحة راجحة نظراً له وإلا لما أجازه ووليّه هو القاضي ومن له ولاية التجارة في مال الصغير كالأب والجد والوصي فلا يجوز بإذن الأم والأخ والعم **(والعبد)** مع مولاه **(كالصبي الذي يعقل)** مع وليه أي يجوز تصرفه بإذنه لاحقاً أو سابقاً **(والصبي والمجنون لا يصح عقودهما وإقرارهما)** مطلقاً سواء كان بهال أو بحد من الحدود **(وطلاقهما وعتاقهما)** أما عقودهما فلرجحان جانب الضرر نظراً إلى سفههما وقلة مبالتهما وعدم قصدهما المصالح وأما إقرارهما فلما فيه من الضرر على ما لا يخفى لأهل النظر وأما طلاقهما بقوله عليه السلام: "كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمجنون"⁸⁴⁵ وأما إعتاقهما فلأنه تمخّض ضرراً ولأنه تبرع وليساً من أهله **(وإن أتلفا شيئاً)** من مال أو نفس **(لزمهما)** إحياء لحق المتلف عليه والضمان يجب بغير قصد كجناية النائم والحائض المائل ولأن الإتلاف موجود حساً وهو سبب للضمان فلا يرد **(وأقوال العبد نافذة)** في حق نفسه لقيام أهليته بكونه مكلفاً وقيد بقوله في حق نفسه لأنها غير نافذة في حق مولاه رعاية لحق مولاه لأن نفاذه في حق مولاه لا يعرّى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه وكلاهما لمولاه فلا يستحق بإقراره لأن إقرار الإنسان لا يقبل على غيره إلا بولاية ولا ولاية للعبد على مولاه **(فلو أقر)** العبد بهال **(لزمه بعد عتقه)** لوجود الأهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع **(وإن أقر بحد أو قصاص أو طلاق لزمه للحال)** لأنه في حق الدم مُبْقَى على أصل الحرية ولهذا لا ينفذ إقرار المولى عليه بذلك ولا يستباح بإباحته وأما طلاقه فلقوله عليه السلام لا يملك العبد إلا الطلاق ولأنه عارف وجه المصلحة فكان أهلاً وليس فيه إبطال حق المولى ولا تفويت منفعة فتذف⁸⁴⁶

(وبلوغ الغلام بالاحتلام) والمراد الاحتلام مع رؤية الماء لا مطلق الاحتلام **(أو الإحبال أو الإنزال)** إذا وطء

⁸⁴⁵ الترمذي، "الطلاق" 15.

⁸⁴⁶ الصواب "فتنفذ"

(أو بلوغ ثمانية عشر سنة والجارية) أي وبلوغ الجارية (بالاحتلام أو الحيض أو الحبل) ولم يذكر الإنزال في علامات بلوغها لأن الإنزال لها قلما ما يعلم بخلاف الصبي (أو بلوغ سبعة عشر سنة) لأن حقيقة البلوغ بالإنزال والحبل والإحبال لا يكون إلا مع الإنزال وكذا الحيض في أوان الحيض يجعل كل ذلك علامة البلوغ أما البلوغ بالسن فالمذكور قول أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله إذا تم للغلام والجارية خمسة عشر سنة فقد بلغا لأن العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده﴾⁸⁴⁷ وأشد الصبي ثمانية عشر سنة كذا قاله ابن عباس رضي الله عنه وهذا أقل ما قيل له فأخذنا به احتياطاً غير أن الإناث أسرع بلوغاً فنقصنا في حقهن سنة لاشتغالها على الفصول الأربعة فربما يوافق فصل منها مزاجها (وإذا راهقاً) أي وإذا قارباً الحلم وأشكل أمرهما في البلوغ (وقالاً قد بلغنا صدقاً) لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتهما ظاهراً فإذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض (ولا يحجر على الحر العاقل البالغ إلا المفتي الماجن) وهو الذي يفتي عن جهل ويعلم الناس الحيل (والطبيب الجاهل والمكاري المفلس ولا يحجر لسفه) وهو العمل بخلاف موجب الشرع اتباعاً للهواء اعلم أن أبا حنيفة رحمه الله قال لا يحجر على الحر العاقل البالغ لسفه وتصرفه في ماله جائز وإن كان مبذراً مفسداً يتلف ماله فيها لا غرض فيه ولا مصلحة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله يحجر على السفه ويمنع من التصرف في ماله لأنه مبذر ماله تصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظراً له اعتباراً بالصبي بل أولى لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقة ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده وله أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد وهذا لأن في سلب ولايته إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم وهو أشد ضرراً من التبذير ولا يتحمل إلا على الدفع الأدنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على الطبيب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه إذ هو دفع الأعلى بالأدنى ولا يصح القياس على منع المال لأن الحجر أبلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لأنه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه ومنع المال مفيد لأن غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد كذا في الهداية

⁸⁴⁷ سورة الأنعام، الآية: 152 .

(إلا أنه إذا بلغ غير رشيد) ومعنى الرشيد أن ينفق المال فيما يحل ويمسك عما يحرم ولا يتصرف فيه بالتبذير والإسراف (لم يسلم إليه ماله) لعدم شرطه وهو إيناس الرشد بالنص (حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ) أي فإن تصرف غير الرشيد في ماله قبل الأجل المذكور نفذ تصرفه (وإذا بلغ خمسا وعشرين سنة سلم إليه ماله وإن لم يونس رشده) وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يدفع إليه ماله أبدا حتى يونس أي يعلم منه رشد ولا يجوز تصرفه فيه لأن علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وله قوله تعالى ولا تأكلوا ما إسرافا وبدارا أن يكبروا وهذا إشارة إلى أنه لا يمنع عنه إذا كبر وقدره أبو حنيفة رحمه الله بهذه المدة لأن الغالب إيناس الرشد فيها ألا يرى أنه يصلح أن يكون جدا (ولا يحجر على الفاسق) وهو الذي لا يجتنب عن الكبائر ولا يكون حسناته أغلب من سيئاته والعاقل على ضد هذا والأشياء تعرف بالأضداد وقال الشافعي رحمه الله يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفه ولهذا لم يجعل أهلا للشهادة والولاية عنده ولنا قوله تعالى ﴿فإن أنستم منه رشدا﴾^{٤٤٨} الآية وقد أونس منه رشد فيتناوله النكرة المطلقة ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون واليا للتصرف (ولا على المديون) أي ولا يحجر على المديون وإن طلب غرمائه الحجر عليه لأن في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص (فإن طلب غرماءه حبسه يحبس حتى يبيع ويؤتي الدين) إيفاء لحق الغرماء ودفعاً بظلمه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا طلب غرماءه الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من التصرف والإقرار لأن الحجر على السفه إنما جوزناه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء (فإن كان ماله دراهم أو دنانير والدين مثله قضاء القاضي بغير أمره) لأن للدائن أن يأخذ من غير رضاه للقاضي أن يعينه (وإن كان أحدهما دراهم والآخر دنانير أو بالعكس باعه القاضي في الدين) والقياس ألا يبيعه كالعروض لأنه نوع حجر وجه الاستحسان أنها كجنس واحد نظرا إلى الثمنية والمالية وعدم التعيين بخلاف العروض لأنها متباينة للديون من كل وجه والغرض يتعلق بعين العروض دون الأثمان فافترقا وقوله أو بالعكس زائد لا طائل تحته على ما لا يخفى لمن له أدنى لب (ولا يبيع العروض ولا العقار) لأنه لا حجر عليه وهو تجارة عن تراض (وقالا رحمهما الله يبيع) القاضي العروض والعقار (وعليه الفتوى) بناء على جواز الحجر (وإذا لم يظهر للمفلس مال فالحكم ما مر

^{٤٤٨} سورة النساء، الآية: 6.

في قول (أدب القاضي) في قوله وإذا ثبت الحق للمدعي وسأله حبس غريمه لم يجبسه وأمره بدفع ما عليه إلى قوله خلّ سبيله

كتاب المأذون

أى المأذون له وأصله أن يستعمل مع الصلة وهو له كما يقال المشترك فيه فترك الصلة لكثرة الاستعمال (الإذن) لغة الإعلام ومنه الأذان لأنه إعلام بوقت الصلاة وشرعا ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله (فك الحجر) الثابت بالرق ورفع الموانع من التصرف حكما وإثبات اليد للعبد في كسبه بمنزلة المكاتب (فلا يتوقت) الإذن بالأزمان (فلو أذن يوما كان مأذونا مطلقا) أي كان مأذونا أبدا إلى أن يحجر عليه بناء على أن الإسقاطات لا تتوقت كالطلاق والعتاق وعند زفر رحمه الله تتوقت لأنه إنابة كالتوكيل (ويثبت) الإذن (بالصريح وبالدلالة كما لو رآه) أي كما لو رأى المولى عبده أو الوصي الصبي (يبيع ويشترى فسكت) عن النهي (وسواء كان المبيع للمولى أو لغيره بأمره أو بغير أمره صحيحا أو فاسدا) لأن سكوته عند هذه التصرفات دليل رضاه كسكوت الشفيع عند تصرف المشتري وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يثبت بالدلالة لأن سكوته محتمل وصار كالوكيل ولنا أن الناس إذا رأوه يتصرف هذه التصرفات والمولى ساكت يعتقدون رضاه بذلك وإلا لمَنعه فيعاملونه معاملة المأذون فلو لم يعتبر سكوته رضي يفضي ذلك إلى الإضرار بهم فوجب أن يكون سكوته رضي دفعا للضرر عنهم

(ويصير مأذونا بالإذن العام) نحو أن يقول أذنتُ لك في التجارة ولا يقيد بنوع لأن التجارة اسم عام يتناول الجنس (والخاص كإذنه بالتجارة في نوع مخصوص) بأن يقول أذنتُ لك في البز أو في الصرف وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يكون مأذونا إلا في ذلك النوع لأن الإذن توكيل وإنابة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه كالمضارب ولنا أنه إسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لأنه يتصرف في مال غيره فيثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه (أما لو أذن له بشراء طعام الأكل وثياب الكسوة لا يصير مأذونا) لأنه استخدام لا إذن ولو صار مأذونا بهذا القدر يتعذر على المولى استخدام المالك في حوائجهم (وكذلك أذن

القاضي والوصي لعبد اليتيم والصبي الذي يعقل) لأن لهما ولاية فيصح إذنهما

(وللمأذون أن يبيع ويشترى) لأنه أصل التجارة ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عنده خلافا لهما على ما سيجيء **(ويوكل)** بالبيع والشراء لأنه قد لا يمكنه المباشرة بنفسه في بعض الأحوال **(ويضع)** أي يعطي رجلا قدرا من المال ليتجر به ويكون الربح له **(ويضارب ويعير)** لأن ذلك من التجارة **(ويرهن ويسترهن)** لأنها من توابع التجارة فإنه إيفاء أو استيفاء **(ويؤجر ويستأجر ويقبل السلم ويسلم)** لأن كل ذلك من صنيع التجار **(ويزارع)** أي ويدفع الأرض مزارعة ويأخذها لأنه مما يطلب به الربح وقد قال عليه السلام: "الزراع يُتاجر ربه"⁸⁴⁹ **(ولو باع بالغبن الفاحش أو أقر بدين أو غصب أو ودعة جاز)** أما جواز البيع بالغبن فمذهب أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يجوز لأنه بمنزلة التبرع فلا ينتظمه الإذن وله أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحد وأما جواز الإقرار فلا لأنه لو لم يصح لأمتنع الناس من معاملته **(ولا يتزوج)** لأنه ليس من التجارة فلو تزوج أخذ بالمهر بعد الحرية **(ولا يزوج مملوكه)** وقال أبو يوسف رحمه الله يزوج الأمة لأنه تحصيل المال بمنافعها فأشبهه إيجارها ولهما أن الإذن تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد **(ولا يكتب)** لأنه إطلاق وليس بتجارة **(ولا يعتق)** بهال ولا بغير مال لأنه⁸⁵⁰ الكتابة فالإعتاق أولى **(ولا يقرض)** لأنه تبرع محض كالهبة **(ويؤدي)** بضم حرف المضارعة **(القليل من الطعام ويُضَيَّف معاملة)** لأنه من صنيع التجار وفيه استمالة لقلوب المعاملون⁸⁵¹ وقد صح أنه عليه السلام أجاب دعوة المملوك وقبل هديته⁸⁵² وإنما وضع المسئلة في القليل وهو قدر ما يتخذ به للضيافة لأنه لا يملك إهداء الكثير منه وفي الطعام لأن إهداء قدر اليسير من الدراهم غير جائز وقيل يملك التبرع بما دون الدرهم ويأذن لرفيقه في التجارة لأنه نوع تجارة **(وما يلزمه من الديون بسبب الإذن متعلق برقبته يباع فيه)** أي يبيعه القاضي في أداء ما لزمه من الديون إذا لم يف كسبه **(إلا أن يفديه المولى)** وذلك بأن يؤدي عنه جميع ما لزمه من الديون والمراد من الديون الواجبة بسبب التجارة أو ما هو في معناها كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار وضمان المغصوب والودائع والأمانات إذا جردها وقيدنا ببيع القاضي لأن المولى محجور عن بيعه لتعلق حقوق الغرماء به وقال زفر والشافعي رحمهما الله

⁸⁴⁹ قال الزيلعي: حديث واحد في هذا الباب بلفظ: "الزراع مأجور به" قلت غريب جدا. نصب إبراهيم، 4/ 399.

⁸⁵⁰ لا يملك

⁸⁵¹ الصواب "المعاملين"

⁸⁵² ابن ماجه، "التجارات" 66.

لا يباع المأذون بسبب الدين ويباع كسبه بالإجماع وقيد بقوله بسبب الإذن لأن ما يلزمه بسبب الاستهلاك يباع فيه رقبته بالإجماع لهما أن الإذن إنما تعلق بكسبه فلا يباع رقبته في دينه كسائر أموال المولى ولنا أن الدين ظهر وجوبه في حق المولى بإذنه فيتعلق برقبته كما إذا تزوج بإذن مولاه فإنه يتعلق بها دين نفقة زوجته **(ويقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص)** لتعلق حقهم به كتعلقها بالتركة **(فإن بقي شيء)** من الدين **(طولب به بعد الحرية)** لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به **(وإن حجر عليه لم ينحجر حتى يعلم أهل سوقه أو أكثرهم بذلك)** أي بالحجر لأنه لو انحجر لتضرر به الناس لتأخير حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم أكثر أهل سوقه لأن إعلام الكل ليس في وسعه فيقام الأكثر مقام الكل **(ولو ولدت المأذونة من مولاه فهو حجر)** أي إذا أذن المولى أمته في التجارة ثم ولدت من المولى تنحجر وقال زفر رحمه الله لا تنحجر اعتبارا للبقاء بالابتداء فإنه لو أذن لها ابتداء بعد الاستيلاء يصح ولنا أن الظاهر أنه يحصنها بعد الولادة فتكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لأن الصريح راجح على الدلالة **(والإباق)** حجر أي إذا أبق المأذون صار محجورا وقال الشافعي رحمه الله يبقى مأذونا لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن فكذا لا ينافي البقاء ولنا أن دلالة الحجر كالصريح به وقد وجد دلالة الحجر إذ الظاهر أن المولى لا يرضي بتصرف العبد المتمرد وإنما يرضي بتصرفه ما بقي تحت طاعته ليتمكن من قضاء دينه بكسبه بخلاف ابتداء الإذن لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود الصريح

(ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب مرتدا صار) المأذون **(محجورا)** لأن الإذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء وهذا هو الأصل فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا بالحقول لأنه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته **(ويصح إقراره بما في يده)** من المال **(بعد الحجر)** عند أبي حنيفة رحمه الله معناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غضب منه أو يقر بدين عليه فيقضي بما في يده وقالوا رحمهما الله لا يصح إقراره لأن المصحح لإقراره إن كان الإذن فقد زال بالحجر وإن كان اليد فالحجر أبطلها لأن يد المحجور غير معتبرة فصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره وله أن المصحح هو اليد ولهذا لا يصح إقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته وإقراره دليل تحققها بخلاف ما انتزعه المولى من يده قبل الإقرار لأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا يبطل بإقراره وهذا بخلاف ما إذا باعه لأن العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك وهو صحة الإقرار

(وإذا استغرقت) أي أحاطت الديون (ماله ورقبته لم يملك المولى شيئا من ماله حتى لو أعتق عبده لم يعتقوا) وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يملك ما في يده فيعتق عبده بإعتاقه (وإن أعتقه) أي وإن أعتق المولى عبده المأذون المديون (نفذ عتقه) بالاتفاق لبقاء ملكه فيه وإنما وضع في الدين المحيط برقبته وماله لأنه لو لم يكن محيطا جاز عتق المولى عبدا من كسبه في قولهم جميعا لهما أنه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة ولهذا يملك إعتاق المأذون ووطء الجارية المأذون لها وهذا آية كمال الملك في المأذون فيملك إكسابه ولنا أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه وإذا عرف ثبوت الملك وعدمه عرف نفاذ العتق وعدمه وإذا نفذ عندهما يضمن قيمتهم للغرماء لتعلق حقهم به كما يضمن قيمة العبد المأذون المديون إذا أعتقه بالإجماع وهو قوله (وضمن قيمته للغرماء) لأن حقهم تعلق برقبته وقد فوتها بالعتق فيغرم لهم قيمتها (وما بقي فعلى العبد) أي وما بقي من الدين يطالب به بعد العتق لأن الدين في ذمته ولم يلزم المولى إلا بقدر ما أتلّف فبقي الباقي عليه كما كان وإن كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير لأن حقهم بقدره ولم يتعلق بالزيادة (ويجوز أن يبيعه المولى بمثل الثمن أو أقل) أي ويجوز أن يبيع المولى من عبده متاعا بمثل القيمة أو أقل لأن المولى أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين على ما بينا ولا تهمة في هذا البيع قيد بالمثل أو بالأقل لأنه لو باع بالأكثر لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما (ويجوز أن يبيع) المأذون (من المولى) متاعا (بمثل الثمن أو أكثر) لأنه كالأجنبي فلا تهمة حتى لو باعه بأقل من القيمة لا يجوز للتهمة

كتاب الإكراه

وهو الإلزام والإجبار على ما يكرهه الإنسان طبعاً أو شرعاً فيتقدم عليه مع عدم الرضي ليدفع عنه ما هو أضرب منه (ويعتبر فيه قدرة المكره) بكسر الراء على صيغة اسم الفاعل (على إيقاع ما هدد به) لأنه إذا لم يكن قادراً عليه لا يتحقق الخوف فلا يتحقق الإكراه وما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أن الإكراه لا يتحقق إلا من سلطان باختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان وقال لا إكراه إلا من ملك وحققاً من كل غالٍ منهمك والاختلاف اختلاف الزمن لا اختلاف حجة فاستبين

(وخوف المكره) بفتح الراء على صيغة اسم المفعول أي ويعتبر فيه خوف المكره من ذلك عاجلاً لأنه لو لم يخف فعله يكون راضياً فلا يكون مكرهاً لأن الإكراه ما يفعله بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد عليه اختياره مع بقاء

أصل القصد لأنه طلب منه أحد الأمرين فاختار أحدهما فإذا فعل برضاه لا يكون مكرها **(وامتناعه)** أي ويعتبر فيه امتناع المكره **(من الفعل قبله)** أي قبل الإكراه لأن الإكراه لا يتحقق إلا على فعل يمتنع عنه المكره أما إذا كان يفعل فلا إكراه **(لحقه)** أي ويكون امتناعه لحقه كيبيع ماله وإعتاق عبده وغير ذلك **(أو لحق آدمي)** كإتلاف مال الغير ونحوه **(أو لحق الشرع)** كالقتل والزنا وشرب الخمر وغير ذلك لأن الامتناع لا يكون إلا لهذه الأشياء **(وكون المكره به)** أي ويعتبر كون المكره به **(متلفا نفسا)** كالقتل **(أو عضوا)** كالقطع **(أو موجبا غما ينعلم به الرضى)** كالحبس والضرب وأحكامه يختلف باختلاف هذه الأشياء فتارة يلزمه الإقدام على ما أكره عليه وتارة يباح له وتارة يُرخص وتارة يحرم على ما سيجيء إن شاء الله تعالى **(فلو أكره على بيع أو إجارة أو إقرار بقتل)** الجار والمجرور متعلق بالإكراه **(أو ضرب شديد أو حبس)** مديد **(ففعل)** ما أكره عليه من البيع والإجارة والإقرار **(ثم زال الإكراه)** يخير المكره **(فإن شاء أمضاه وإن شاء فسخه)** لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾⁸⁵³ والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضى فيفسد وقيد الضرب بالشديد وقيدنا الحبس المديد لأنه لو لم يكن الضرب شديداً بأن ضرب سوطا والحبس مديداً بأن حبس يوماً أو قيد يوماً لا يصير مكرهاً به لأنه لا يبالي به في العادة إلا أن يكون من الشرفاء والرؤساء فإنهم يتضررون بضرب السوط وحبس اليوم وكذا الإقرار حجة لترجح جنة الصدق على جنة الكذب وعند الإكراه يحتمل أن يكذب لدفع المضرة **(وإن قبض العوض)** أي وإن قبض البائع الثمن **(طوعاً فهو إجارة)** للبيع لأنه دلالة الإجارة كما في البيع الموقوف **(فإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره)** معناه والبائع مكره على البيع **(فعليه قيمته)** لأنه بيع فاسد والمقبوض فيه مضمون بالقيمة وقيد بقوله وهو غير مكره لأنه لو كان مكرهاً وهلك المبيع في يده من غير تعدٍّ لا يضمن ويهلك أمانة **(وللمكره)** بفتح الراء **(أن يضمن المكره)** إن شاء لأنه آلة له فيما يرجع إلى إتلاف فكأنه دفع مال البائع إلى المشتري وإن شاء ضمن المشتري لأن المكره كالغاصب والمشتري كغاصب الغاصب فيضمن أيها شاء **(وإن أكره على طلاق)** أي طلاق امرأته **(أو عتاق)** أي إعتاق عبده **(ففعل وقع)** الطلاق والعتاق عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله وسيأتي في كتاب الطلاق إن شاء الله الصمد الخلاق **(ويرجع)** على الذي أكرهه **(بقيمة العبد)** لأنه صلح آلة له فيه من حيث الإتلاف فانضاف إليه فله أن يضمنه موسراً كان أو معسراً

⁸⁵³ سورة النساء، الآية: 29.

(ونصف المهر) أي ويرجع بنصف مهر المرأة (إن كان الطلاق قبل الدخول) لأنه أكد ما كان على شرف السقوط بأن تحيء الفرقة من قبلها فكان إتلافاً للمال بهذه الوجه فيضاف إلى المكروه من حيث أنه إتلاف بخلاف ما بعد الدخول لأن المهر قد تأكد بالدخول (فإن أكره على شرب الخمر أو أكل الميتة أو الكفر أو إتلاف مال مسلم أو ذمي بالحبس والضرب فليس بمكروه) والأصل في هذا أن شرب الخمر وأكل الميتة ومال الغير مباح حالة المخمصة وهو خوف فوت النفس قال الله تعالى ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾⁸⁵⁴. فإذا أكره على ذلك بالضرب والحبس لا يسعه ذلك لأنه ليس في معناه وإذا لم تبح بهذا النوع من الإكراه لا يباح الكفر لأنه أعظم جريمة وأشد حرمته وأقبح من هذه الأشياء لأن حرمتها بالسمع وحرمة الكفر به وبالعقل (إلا أن يكره بإتلاف نفسه أو عضوه فيسعه أن يفعل) أما شرب الخمر وأكل الخنزير فلأن حالة الضرورة مستثناة من الحرمة فكان الميتة والخمر حالة الضرورة كالخبز والماء في غير حالة الضرورة فلو لم يفعل ذلك حتى قتل وهو يعلم بالإباحة أثم كما في حالة المخمصة ولأن الحرمة لما زالت بقوله تعالى فلا إثم عليه صار كالممتنع عن الطعام والشراب حتى مات فيأثم وأما إتلاف مال الغير فذلك يباح حالة المخمصة فزال الإثم (وضمان ما أتلف على المكروه) لما مر وكذلك لو توعده بضرب يخاف منه على نفسه أو بقطع عضو منه ولو أنملة لأن حرمة الأعضاء كحرمة النفس ألا يرى أنه كما لا يباح له القتل حالة المخمصة لا يباح له قطع العضو وأما الكفر فإنه يسعه أن يأتي به وقلبه مطمئن بالإيمان لحديث عمار رضي الله عنه حين ابتلي به وقد قال عليه السلام: "كيف وجدت قلبك؟ قال: مطمئناً قال: فإن عادوا فعد" ⁸⁵⁵ أي فإن عادوا إلى الإكراه فعد إلى طمأنينة القلب بالإيمان وما قيل فعد إلى ما كان منك من الكفر فغلط فإنه لا يظن برسول الله عليه السلام أن يأمر أحداً بالتكلم بكلمة الشرك وفيه نزل قوله تعالى ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾⁸⁵⁶ (وإن صبر حتى أتلف أثم) لأنه حينئذ يحل تناوله فصار كما لو امتنع من أكل الطعام الحلال حتى مات أو تلف عضو منه

⁸⁵⁴ سورة الأنعام، الآية: 145.

⁸⁵⁵ الحاكم، المستدرک، 2 / 467.

⁸⁵⁶ سورة النحل، الآية: 106.

(إلا في الكفر فإنه يوجر)⁸⁵⁷ لأن خبيبا رضي الله عنه صبر على قتل وسماه رسول الله عليه السلام سيد الشهداء وقال عليه السلام "وهو رفيقي في الجنة"⁸⁵⁸ ولأنه بذل مهجته وجاد بروحه تعظيما لله تعالى وإعلاء لكلمته لئلا يأتي بكلمة الكفر فكان شهيدا كمن بارز بين الصنفين مع علمه أنه يقتل فإنه يكون شهيدا (وإن أكره بالقتل على القتل) أي على قتل غيره لم يفعل ويصبر على القتل لأن قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة (فإن قتل أثم) لقيام الحرمة (والقصاص على المكره) فقط إن كان عمدا وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال زفر رحمه الله يجب على المكره وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجب عليها وقال الشافعي رحمه الله يجب عليها والمسئلة بدلائلها في الهداية والكافي (وإن أكره على الردة لم تبين امرأته منه) لأن الردة يتعلق بالاعتقاد ألا يرى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالإيمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا يثبت البينونة بالشك ولو اختلفا فالقول قوله في عدم الاعتقاد ولأنه لا يعرف إلا من جهته (وإن أكره على الزنا فلا حد عليه) ويأثم بالفعل ولو صبر كان مأجورا لأن الزنا لا يباح بوجه ما وقال زفر رحمه الله يُحَدُّ لأن انتشار الآلة دليل الطوعية فيحد ولنا أن انتشار الآلة قد يكون طبعاً لا طوعاً كانتشار آلة الصبي فلا يحده للشبهة وإنما وضع في إكراه الرجل لأن في إكراه المرأة وسعها ذلك لا يأثم لأن الفاعل الرجل دونها لأن الإيلاج فعله فلم يتحقق الزنا منها لكن تمكينها وسيلة إلى فعله فيباح عند الضرورة كذا في شرح المصنف رحمه الله

كتاب الدعوى

وهي عبارة عن إضافة الشيء إلى نفسه حالة المنازعة وألفها للتأنيث فلا ينون يقال دعوى باطلة ودعوى صحيحة وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى يقال ادعى زيد على عمرو مالا فزيد المدعي وعمرو المدعى عليه والمال المدعى والمدعى به خطأ الأصل في الباب قوله عليه السلام: "لو ترك الناس ودعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه"⁸⁵⁹ وفي رواية "واليمين على من أنكر"⁸⁶⁰ وهذا

⁸⁵⁷ أي يثاب

⁸⁵⁸ قال الزيلعي: ... وقتل خبيب في صحيح البخاري في مواضع وليس فيه أنه أكره ولا أن النبي عليه السلام سماه سيد الشهداء ولا قال له:

هو رفيقي في الجنة. نصب الراية، 4/ 282.

⁸⁵⁹ الترمذي، "الأحكام" 12.

⁸⁶⁰ ابن أبي شيبة، 4/ 345.

الحديث وإن كان من الآحاد لكنه في حيز التواتر وذكر في بعض المواضع أنه استخرج من هذا الحديث مأثراً ألف مسألة وقد ورد هذا الحديث في الصحيحين وأنه من جوامع الكلم ثم معرفة الفرق بين المدعي والمدعى عليه من أهم ما يحتاج إليه وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فقليل المدعي من يضيف ما عند غيره إلى نفسه والمدعى عليه من يضيف ما عنده إلى نفسه وقيل المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يستحق بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر كما إذا ادعى دينا بوجه من الوجوه على آخر فأنكر فالبيئة على المدعى لدعواه أمراً عارضاً وهو شغل ذمته بحقه والمدعى عليه هو المنكر لتمسكه بالأصل وهو براءة ذمته فإن أقر بالدين وقال قد قضيته إياه كان هو المدعي لأن القضاء يعترض على الوجوب هو الذي يدعي أمراً عارضاً الآن كذا في الكافي وقال المصنف رحمه الله

(المدعي من لا يجبر على الخصومة) إذا تركها **(والمدعى عليه من يجبر عليها)** إذا تركها فإن قيل هذا بيان حد المدعي بالعدم فإن قوله لا يجبر عدمٌ وهذا لا يجوز لأن الحد بيان وبالعدم لا يتحقق البيان قلنا هذا تفسير لاحد فإن التفسير يجوز بالعدم كما قال النحويون الحرف ما لم يدل على معنى في نفسه مع أن معناه وجودي وإن كان عدمياً صورة أي المدعي من إذا ترك ترك وقال محمد رحمه الله في الأصل المدعى عليه هو المنكر وجميع عبارات المشايخ رحمهم الله متقاربة وينبغي أن يحقق ذلك ويُعرف بالمعنى لا بالصورة فإن المودع إذا ادعى إيصال الوديعة فإنه مدع صورة منكر معنى حتى لو ترك لا يترك والفقيه إذا أمعن النظر وأنعم الفكر ظهر ذلك بتوفيق الله تعالى

(ولابد أن يكون الدعوى بشيء معلوم الجنس) بأن قال حنطة مثلاً **(والقدر)** بأن قال عشرة أفقزة مثلاً لأن الدعوى للإلزام والقضاء بالمجهول غير ممكن وكذلك الشهادة بالمجهول لا يقبل **(فإن كان)** المدعى والمدعى به خطأ على ما مر آنفاً **(دينا ذكر)** المدعي **(أنه يطالب به)** لأن فائدة الدعوى إلزام القاضي المدعى عليه على إيفاء حق المدعي وليس للقاضي ذلك إلا إذا طالب به وامتنع ولا بد من ذكر الوصف لأنه لا يعرف إلا به **(وإن كان)** المدعى **(عينا كُلف)** المدعى عليه **(إحضارها)** ليشير إليها بالدعوى والشهود عند أداء الشهادة والمنكر عند اليمين هذا إذا أمكن إحضار العين في مجلس القضاء كالعبيد والثياب وإن كان مما يتعذر نقلها كالرحى والخشبة العظيمة ونحوهما حضر الحاكم عنده أو بعث أميناً **(فإن لم تكن)** العين **(حاضرة ذكر قيمتها)** ليصير المدعى معلوماً لأن العين لا يعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وإن كان حيواناً يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة

(وإن كان عقارا ذكر حدوده الأربعة) فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفي بها عندنا خلافاً لزفر رحمه الله لوجود الأكثر (وأسماء أصحابها) أي وذكر أسماء أصحاب الحدود (ونسبهم إلى الجد وذكر المحلة والبلد) لأن العقار لا يمكن إحضاره فتعذر تعريفه بالإشارة فيعرف بالحدود ويبدأ بذكر البلدة لأنه أعم ثم بالمحلة التي فيها العقار ثم يُبين الحدود أن التعريف يقع به ولا بد من ذكر أصحاب الحدود وأسماء أصحابهم وأجدادهم لأنه أبلغ في التعريف وفي ذكر الجد خلاف أبي يوسف رحمه الله وإن كان الرجل مشهوراً لا يحتاج إلى ذكر النسب لوجود التعريف بدونه وكذا يجب للشهود ذكر الحدود (ثم يذكر أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به) لأنه إذا لم يكن في يده لا يكون خصماً والحق له فلا يستوفي إلا بطلبه ولأنه يحتمل أنه في يده رهناً محبوساً بالثمن فإذا طالبه زال الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول يجب أن يقول في يده بغير حق كذا في الهداية ولا تثبت اليد في العقار بتصادقهما أنه في يده بل تثبت اليد فيه بالبينة أو علم القاضي هو الصحيح نفياً لتهمة المواضعة إذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة (وإذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه) ليتضح وجه الحكم إذ الحكم بالبينة يخالف الحكم بالإقرار (فإن اعترف) المدعى عليه (أو أقام) المدعي (بينة قضى عليه) أما الاعتراف فلأنه حجة بنفسه ولا تهمة فيه قال الله تعالى ﴿بل الإنسان على نفسه بصيرة﴾⁸⁶¹ وأما البينة فلأنها مشتقة من البيان وهو الكشف والإظهار فهي تظهر الحق وتكشف صدق المدعي فيقضي بها (وإلا) أي وإن لم تقم بينة بأن عجز عنها (يستحلف) المدعى عليه لقوله عليه السلام: "ألك بينة قال: لا قال: فلك يمينه ليس لك غير ذلك"⁸⁶² ولا بد من طلب المدعي استحلافه لأنها حقه بالإضافة إليه (فإن حلف) المدعى عليه (انقطعت الخصومة) لما روينا (حتى يقوم البينة) فيه إشارة إلى أن المدعي إذا أقام بينة بعد انقطاع الخصومة بيمين المدعى عليه قبلت لقوله عليه السلام: "اليمين الفاجرة أحق أن تردَّ بالبينة العادلة"⁸⁶³ ولأن طلب اليمين لا يدل على عدم البينة لاحتمال أنها غائبة أو حاضرة في البلدة ولم يحضرها (وإن نكل) أي جَبَنَ عن اليمين وأعرض عنه (يقضى عليه بالنكول) لأن

⁸⁶¹ سورة القيامة، الآية: 14 .

⁸⁶² مسلم، "الأمان" 223 .

⁸⁶³ البخاري، "الشهادات" 27 .

اليمين واجبة عليه لقوله عليه السلام: "واليمين على من أنكر"⁸⁶⁴ وترك الواجب بالنكول دليل على أنه باذل أو مقرّ إذ لو لم يكن كذلك لأقدم على اليمين تفصيلاً⁸⁶⁵ عن عهدة الواجب ودفعاً للضرر عن نفسه ببذل المدعي

(فإن قُضي عليه أول ما نكل جاز) لأنه حجة كالإقرار **(والأولى أن يعرض عليه اليمين ثلاثاً ثم يقضى عليه)** لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبلاء الأعذار بناء على أن الموضع موضع الخفاء **(والنكول يثبت بقوله لا أخلف)** وهو النكول الحقيقي **(وبالسكوت)** وهو النكول الحكمي **(إلا أن يكون به خرس)** أي بكمّ وهو آفة اللسان

(أو طرش) أي صمم وهو آفة الأذن **(ولا يُرد اليمين على المدعي)** وقال الشافعي رحمه يرد اليمين على المدعي فإن حلف أخذ المال وإن أبى انقطعت الخصومة بينهما لنا قوله عليه السلام: "البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه"⁸⁶⁶ جعل جنس اليمين على المدعي عليه لأنه ذكره بالألف واللام وذلك ينفي رده على المدعي ولأنه قسم والقسمة ينافي الشركة فلا يكون للمدعي يمين **(وإن قال)** المدعي **(لي بينة حاضرة في المصر وطلب يمين خصمه لم يستحلف)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يستحلف وقيد بقوله حاضرة في المصر لأنه لو قال لا بينة لي أو شهودي غيَّب يستحلف اتفاقاً لهما أن اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه به يجيبه وله أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما رويناه فلا يكون حقه دونه كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس **(ويأخذ منه كفيلاً بنفسه ثلاثة أيام)** أي ولكن يأخذ المدعي في هذه المسئلة من المدعي عليه كفيلاً بنفس المدعي عليه لئلا يضيع حق المدعي إذا أحضرها والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقدر بقدر مجلس القاضي **(وإلا يلزمه)** أي وإن لم يعطه كفيلاً بنفسه يأمره القاضي بالملازمة لئلا يذهب حقه وتفسير الملازمة أن يدور معه حيث شاء **(وإن كان)** المدعي عليه غريباً **(يلزمه مقدار مجلس القاضي)** لأن ملازمته أكثر من ذلك يضره ويمنعه من سفره بخلاف المقيم إذ لا ضرر عليه في ذلك **(ولا يستحلف في النكاح)** بأن ادعى رجل على امرأة أو من عليه نكاحاً والآخر ينكره **(والرجعة)** بأن ادعت عليه أو هو عليها بعد العدة أنه راجعها في العدة وأنكر الآخر **(والفيء في الإيلاء)** بأن ادعى المولى عليها أو هي عليه بعد المدة أنه فاء في المدة

⁸⁶⁴ بن أبي شيبة، 4 / 345.

⁸⁶⁵ تخلصاً منه

⁸⁶⁶ الترمذي، "الأحكام" 12.

وأنكر الآخر **(والرق)** بأن ادعى على مجهول أنه عبده أو ادعى المجهول عليه أنه عبده وأنكر الآخر **(والاستيلاء)** بأن ادعت أمة على سيدها أنها ولدت منه هذا الولد قد مات وأنكر المولى ولا يتأتى من الجانب الآخر إذ لو ادعى المولى يثبت الاستيلاء بإقراره ولا يعتبر إنكارها **(والنسب)** بأن ادعى على مجهول النسب أنه ابنه أو هو يدعي عليه والآخر ينكر **(والولاء)** بأن ادعى على رجل أنه معتقه ومولاه أو ادعى هو أو كان ذلك في ولاء الموالاة والآخر ينكر **(والحدود)** وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف في هذه الأشياء إلا في الحدود واللعان لأن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذبا في الإنكار على ما قدمنا فكان إقرارا أو بدلا عنه والإقرار يجري في هذه الأشياء لكنه إقرار في شبهة والحدود تندري بالشبهات واللعان في معنى الحد وله أنه بذل لأن معه لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وإنزاله باذلا أولى كيلا يصير كاذبا في الإنكار والبذل لا يجري في هذه الأشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف **(ويستحلف في القصاص)** أي ومن ادعى قصاصا على غيره فجحدته يستحلف بالإجماع **(فإن نكل)** عن اليمين اقتصر منه **(في الأطراف)** أي فيما دون النفس **(وفي النفس)** أي وإن نكل عن اليمين في النفس **(يجبس حتى يحلف أو يقر)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يلزمه الأرش منهما لأن النكول إقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ويجب به المال وله أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فيجري فيه البذل حتى لو قال لغيره اقطع يدي فقطعها لا شيء عليه وهذا دليل البذل إلا أنه لا يباح لأنه لا فائدة له فيه والبذل هنا مفيد لانقطاع الخصومة ولا كذلك النفس فلا يجري فيه البذل وإذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يجبس فيه كما في القسامة **(وإن ادعت طلاقا قبل الدخول استحلف)** الزوج **(فإن نكل قضي عليه بنصف المهر)** لأن الاستحلاف في الطلاق يجري عندهم لا سيما إذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح إذا ادعت هي الصداق لأن ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح **(واليمين بالله تعالى)** أي واليمين المعتبر أن يحلف بالله تعالى **(لا غير)** كالطلاق والعتاق لقوله عليه السلام: "من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر"⁸⁶⁷ وقيل في زماننا إذا ألح الخصم جاز للقاضي أن يحلف بالطلاق والعتاق لقلة المبالاة باليمين بالله **(ويغلف بأوصافه إن شاء القاضي)** يعني إن شاء القاضي يغلف ويؤكد بذكر أوصاف الله تعالى بغير حرف العطف بأن يقول والله العظيم الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب المدرك المهلك الذي يعلم

⁸⁶⁷ أحمد بن حنبل، 11 / 2.

من السر ما يعلم من العلانية وإن شاء القاضي لم يغلظ ولم يؤكد بأن يقول قل والله أو بالله لأن المقصود منه النكول وأحوال الناس فيه شتى فمنهم من يمتنع إذا غلظ على اليمين ويتجاسر إذا لم يُغلظ فكان الرأي فيه إلى القاضي **(ولا يُغلظ بزمان)** كالتحليف في يوم الجمعة بعد العصر **(ولا بمكان)** كالتحليف في المسجد تحت المنبر لأن تعظيم المقسم به حاصل في كل زمان ومكان وعند الشافعي رحمه الله يغلظ بهما **(ويحتاط من التكرار)** بإدخال الحروف العاطفة بين هذه الأسماء فإن المستحق عليه واحدة **(ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام والمجوسي بالله الذي خلق النار)** والأصل في ذلك ما روي أنه عليه السلام حلف ابن صور الأعور اليهودي على حكمه الزنا في التوراة فقال: "أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام" ⁸⁶⁸ وإذا ثبت هذا في اليهودي فالنصراني مثله في الإنجيل والمجوسي في النار لأن النصراني يعظم الإنجيل والمجوسي يعظم النار كتعظيم اليهودي التوراة فيحلفهم بما يكون أعظم في صدورهم والمذكور في المجوسي قول محمد وأما عندهما فيحلف بالله لا غير لأن التغليظ بغير الله تعالى لا يجوز ولأن ذكر النار مع ذكر الله تعالى تعظيم لها بخلاف الكتابيين لأن كتب الله تعالى معظمه **(والوثني بالله)** أي ويحلف الوثني بالله لأن الكفرة يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ﴿ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله﴾ ⁸⁶⁹ ولا يستحلف بالله الذي خلق الوثن والصنم لما مر ولو اقتصر في الكل على قوله بالله فهو كافٍ لأن الزيادة للتأكيد كما قلنا في المسلم وإنما يغلظ لكونه أعظم في قلوبهم فلا يتجاسرون على اليمين الكاذبة **(ولا يحلفون في بيوت عباداتهم)** لأن القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك ولأنه تعظيم لها اعلم أن الدعوى إذا وقعت في سبب يرتفع بعد وقوعه كالبيع والنكاح والغصب والطلاق فإن اليمين يكون على الحاصل لا على السبب حتى إذا ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألفٍ وأنكر يستحلف بالله ما بينكما بيع قائم ولا يستحلف بالله ما بعث لأنه قد يباع ثم تُقال فيه وهذا قوله **(ويستحلف في البيع بالله ما)** نافية **(بينكما بيع قائم فيما ذكر)** يعني يقال له احلف على ألا يكون بينكما بيع قائم فيما ذكر ويقول عند الحلف بالله ما بيننا بيع قائم

⁸⁶⁸ مسلم، "الحدود" 28.

⁸⁶⁹ سورة الزخرف، الآية: 87.

(وفي الغصب) أي ويستحلف في الغصب (بالله ما استحق عليك ردُّه) ولا يحلف بالله ما غصبت لأنه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع (وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم) لأنه قد يطرى عليه الخلع وقوله (في الحال) متعلق بجميع المسائل (وفي الطلاق) ويستحلف في دعوى الطلاق (ما هي بائن منك الساعة) ولا يستحلف بالله ما طَلَّقَها لأن النكاح يُجَدَّد بعد الإبانة (وفي الودیعة) أي ويستحلف في الودیعة (ما له هذا الذي ادعاه في يدك وديعة ولا شيء منه) أي من الذي ادعاه (ولا له قبلك حق) لجواز أن يكون قد بريء من بعضها أو استهلكها (يحلفه على الحاصل) أي يحلف القاضي المدعى عليه في هذه الأشياء المذكورة على الحاصل لا على السبب كما ذكرنا وهذا لأنه لو حلفَ على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعند أبي يوسف رحمه الله يحلف في جميع ذلك على السبب لأن اليمين يستوفي لحق المدعي فوجب أن يكون مطابقة لدعواه إلا إذا عرَّض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل

الحاصل أن الحلف على الحاصل هو الأصل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله إذا كان سببا يرتفع إلا إذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع وهذا قوله

(وإن ادعى شفعة الجوار أو نفقة المبتوتة وهو لا يراها) أي المشتري أو الزوج لا يعتقد بهذه الدعوى بأن كان شافعي المذهب (يحلفه على السبب بالله ما اشتريت هذه الدار) التي سهاها بكذا (وما هي) أي وفي المبتوتة ما هي (معتدة منك) لأنه لو حلف على الحاصل بالله ما لها عليك النفقة أو ما هو مستحق الشفعة يُصدَّق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي (وإذا قال المدعي عليه) في جواب من ادعى عينا في يده (هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه أو أعارني أو آجرني) أي أعارنيه فلان الغائب أو آجرنيه هو (وأقام بينة) أي وأقام المدعى عليه بينة على ما قاله في هذه المسائل

(فلا خصومة) بينه وبين المدعي لأنه أثبت بينة أن يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة رحمه الله لا يندفع لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضي البينة شيان ثبوت الملك للغائب ولا خصومة فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وإنما قال وأقام بينة لأنه لو لم يقم البينة لا يندفع الخصومة خلافا لابن أبي ليلى رحمه الله فإن عنده يندفع بمجرد قوله بغير بينة لأنه لا تهمة فيما يقرُّ به على نفسه فيثبت ما أقر به بمجرد إقراره وتبين أن يده يد حفظ لا خصومة ولنا أن الخصومة توجهت عليه بظاهر يده ولهذا كان للقاضي إحضاره وتكليفه بالجواب فهو بدعواه يريد إبطال الخصومة الموجهة عليه فلا يصدق إلا

بحجة وقال أبو يوسف رحمه الله إن كان المدعى عليه معروفاً بالصلاح فالجواب كما ذكرنا وإن كان معروفاً بالحيل لا يندفع عنه الخصومة وهو المختار عند المصنف رحمه الله ولذا قال

(إلا أن يكون محتالاً) لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله إلى غيره ثم ذلك الغير يودعه إياه ويسافر احتيلاً لدفع الحق فإذا اتهمه القاضي بذلك لا يقبله هذا الذي ذكرنا إذا عرف شهود المدعى عليه المودع باسمه ونسبه ووجهه أما لو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع الخصومة بالإجماع على ما يأتي بعد هذا الاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي ولو قال نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه اندفعت الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يندفع والدليل من الجانبين يعرف في الكتب المبسوطة وهذه المسئلة فخمسة كتاب الدعوى لأن خمسة من العلماء فيه قولاً وهي خمس مسائل أيضاً كما بينا **(ولو ادعى)** المدعى عليه **(الشراء)** بأن قال اشتريته من الغائب **(أو قال الشهود)** أي شهود المدعى عليه **(أودعه رجل لا نعرفه فهو خصم)** أي المدعى عليه خصم في الصورتين أما في الأولى فلائنه لما زعم أن يده يد ملك صار معترفاً بكونه خصماً وأما في الثانية فلما مر آنفاً

فصل في بيان ما يدعيه الرجلان

(بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد على الملك المطلق) وفي بعض النسخ على مطلق الملك فعلى هذا يكون من باب جرد قطيفة والمراد بالمطلق أن يدعي أن هذا ملكي وسكت عن السبب يعني أن الخارج وذي اليد أقاما البينة على الملك المطلق قضى للخارج عندنا وعند الشافعي رحمه الله لذي اليد وفي النتائج قولنا كقوله وقاس هو عليه باعتبار أن بينة ذي اليد يتقوى باليد ولنا أن بينة الخارج يثبت الملك من كل وجه وبينة ذي اليد تثبت من وجه لأن الملك ثابت له من وجه باليد والبيانات ترجح بكثرة الإثبات بخلاف النتائج لأن اليد لا يدل عليه فأمكن الترجيح بها **(وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ)** أي مذكور فيه التاريخ **(وذا اليد على ملك أسبق منه تاريخاً أو أقاما على النتائج)** أي أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتائج **(أو على نسج ثوب)** أي أقاما بينة على نسج ثوب **(لا يتكرر نسجه)** كنسج الثوب القطني أو الكناني وكذلك كل سبب لا يتكرر كغزل القطن وجزء الصوف وحلب اللبن **(فذا اليد أولى)** في هذه الصور الثلاث أما الأولى فمذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه أنه لا يقبل بينة ذي اليد قيد بالتاريخ وبقوله أسبق لأنها لو لم يورّخا أو أرّخ أحدهما أو استوى تاريخهما كان الخارج أولى في الصحيح ولمحمد رحمه الله أن البنتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك لمكان التقدم والتأخر سواء ولهما أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فإن الملك إذا ثبت لشخص

في وقت فثبوتة لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي⁸⁷⁰ من جهته وبينه ذي اليد على الدفع مقبولة كبينة المرأة على الوكيل بنقلها وعلى هذا الخلاف لو كان العين في أيديهما والمعنى ما بينا وأما في الثانية وهى ما إذا أقاما بينة على التناج فلائن البينة قامت على ما لا يدل عليه اليد فاستوتا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وإنما وُضع المسئلة فيما إذا أقاما على التناج لأنه لو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على التناج فصاحب التناج أولى أيهما كان وكذا إذا كان الدعوى بين خارجين وكذا في الهداية وأما في الأخيرة وهى ما إذا أقاما على نسج ثوب لا يتكرر فلائن في معنى التناج وقيد بقوله لا يتكرر نسجه لأنه لو تكرر نسجه كنسج الخنز⁸⁷¹ يقضى بالخارج بمنزلة الملك المطلق وكذا البناء والغرس وزراعة الحنطة فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة فإن أشكل عليهم يقضى به للخارج كذا في الهداية

(وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ لهما تهاثرتا) أي بطلت البينتان التهاثرتا التساقط الهُتْر بكسر الهاء السقط من الكلام والخطأ فيه صورة المسئلة دار في يد رجل ادعى خارج أنه اشتراها من ذي اليد وادعى ذو اليد أنه اشتراها من الخارج وأقاما البينة ولا تاريخ معهما تهاثرت البينتان ويترك الدار في ذي اليد⁸⁷² وهذا عندهما وعند محمد رحمه الله يقضى بالبيتين ويكون للخارج لأن العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع لأن القبض دلالة السبق ولا يعكس الأمر لأن البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده ولهما أن الإقدام على الشراء إقرار منه للملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين وفيه التهاثر بالإجماع كذا ههنا وهذا إذا لم يورّخا فلذا قال ولا تاريخ لهما فإن ورّخا فإن السبق للخارج قضى بالبيعين والملك لذي اليد وإن كان لذي اليد قضى بالبيعين والملك للخارج **(ادعيا نكاح امرأة وأقاما البينة)** لم يقض لواحدة من البيتين لتعذر العمل بهما لأن المحل لا يقبل الاشتراك **(فإن وقتا فهي للأول)** أي فالمرأة لصاحب الوقت الأول لأنه لا معارض له في ذلك الزمان فيقضى به في ذلك الزمان ويلزم من ذلك بطلان نكاح الآخر وبطلان شهادته بعد ذلك

⁸⁷⁰ أي بالأخذ

⁸⁷¹ الخنز: اسم الدابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا وهي إذا بل ينقض ويغزل مرة أخرى ثم ينسج

⁸⁷² أي بغير قضاء

(وإلا فلمن صدقته) أي وإن لم يوقتا فهي لمن صدقته لأن النكاح عندنا يثبت بتصادق الزوجين

(ادعيا عينا في يد ثالث وأقام كل واحد منهما البينة أنها له قضي بها بينهما) أي قضي بالعين بين المدعين نصفين

وقال الشافعي رحمه الله في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لأن إحدى البيتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع

الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التميز فيتهاتران أو يصار إلى القرعة لأنه عليه السلام أقرع فيه وقال

اللهم أنت الحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة رضي الله عنه أن رجلين اختصما إلى رسول الله عليه السلام في

ناقة وأقام كل واحد منهما البينة فقضي بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ

(وإن ادعى كل واحد منهما) أي من الخارجين (الشراء من صاحب اليد وأقاما البينة) فكل واحد منهما بالخيار

(فإن شاء كل واحد) من المدعين (أخذ نصف العبد) بنصف الثمن لاستوائهما في السبب (وإن شاء ترك) لوجود

العيب بالشركة (فإن ترك أحدهما فليس للآخر أخذ جميعه) يعني فإن قضي القاضي بالعبد بينهما فقال أحدهما لا

أختار الشراء بل أختار الفسخ لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لأنه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه

لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخير القاضي حيث يكون له أن يأخذ الجميع

لأنه يدعي الكل ولم يفسخ سببه وهذا كالشفيعين إذا سلم أحدهما قبل القضاء لهما فلآخر أن يأخذ كل المبيع وإن

سلم بعده فليس له أن يأخذ إلا النصف (وإن وقتا) أي وإن ذكر كل واحد منهما وقتا (فهو للأول) لأنه أثبت

الشراء في زمان لا ينزعه فيه أحد فاندفع الآخر به (وإن وقت أحدهما) أي وإن ذكر أحد المدعين وقتا ولم يوقت

الآخر (أو كان معه قبض) أي كان مع أحدهما قبض معناه أنه في يده (فهو أولى) يعني صاحب الوقت أولى في

الصورة الأولى وصاحب القبض أولى في الصورة الثانية أما أولوية صاحب الوقت فثبتت ملكه في ذلك الوقت

واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك وأما أولوية صاحب القبض فلأن تمكنه من قبضه يدل

على سبق شراؤه ولأنهما استويا في الإثبات فلا ينقض اليد الثانية بالشك (وإن ادعى أحدهما شراء) أي وإن ادعى

أحد الخارجين شراء عين (والآخر هبة وقبضا أو صدقة وقبضا ولا تاريخ لهما فالشراء أولى) لأن الشراء أقوى

لكونه معاوضة من الجانبين ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة والصدقة يتوقف على القبض وإنما قال

ولا تاريخ لهما لأنها لو أرخا فأسبقهما تاريخا أولى ولو أرخ أحدهما ولم يورخ الآخر فالمورخ أولى وهذا ادعيا من

واحد فإن ادعيا من إثنين يقضى بينهما نصفين

(وإن ادعى الشراء وادعت امرأة أنه تزوجها عليه فهذا سواء) صورته رجل ادعى شراء عين من ذي اليد وادعت امرأة ذي اليد أنه تزوجها عليه استويا فيقضى لكل واحد منهما بالنصف لاستوائيهما في القوة فإن كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الشراء أولى ولها على الزوج القيمة لأنه أمكن العمل بالبيتين بتقديم الشراء إذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه (وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ) فأولهما أولى يعني إذا ادعى ملكا مطلقا والعين في يد ثالث وتاريخ أحدهما أسبق يُقضى لصاحب التاريخ الأسبق لأنه أثبت الملك لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره فيقضى بالملك له ثم لا يقضى بعده لغيره إلا إذا تلقى الملك منه ومن ينازعه لا يتلقى الملك منه فلا يقضى له به وإنما وضع فيما إذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق لأنه إذا لم يورخا أو أرخا تاريخا واحدا أو برهنا يقضى بينهما نصفين لاستوائيهما في الحجة وإن أرخ أحدهما ولم يورخ الآخر فعند أبي حنيفة رحمه الله لا عبرة للتاريخ فيقضى بينهما نصفين وعند أبي يوسف رحمه الله للمورخ وعند محمد رحمه الله للمطلق هذا إذا كان المدعي في يد ثالث فإن كان في يدهما فكذا الجواب وإن كان في يد أحدهما فإن أرخا تاريخا واحدا أو لم يورخا فهو للخارج وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فهو لأسبقهما تاريخا (أو على الشراء من واحد) غير ذي اليد (فأولهما أولى) معنى إذا ادعى الخارجان الشراء من رجل واحد وأرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخا لما بينا أنه أثبت الملك لنفسه في وقت لا منازع فيه وإنما وضع فيه لأنه لو لم يورخا أو أرخا تاريخا واحدا فهو بينهما نصفين لاستوائيهما في الحجة اتفاقا بخلاف ما إذا ادعى الشراء من رجلين حيث يستويان لأنها يثبتان الملك لبايعيهما ولا تاريخ لملك الباعين فتاريخه ملك ولا يعتد به وصار كأنهما حضرا وأقاما البينة على الملك بلا تاريخ فيكون بينهما أما هنا فقد اتفقا على أن الملك كان لهذا الرجل وإنما اختلفا في التلقي منه وهذا الرجل أثبت التلقي لنفسه في وقت لا ينازعه فيه صاحبه فيقضى له به ثم لا يقضى به لغيره بعده إلا إذا تلقى منه وهو لا يتلقى منه وهذا معنى قوله (أو من إثنين فهذا سواء) وإنما قيدنا الواحد بقولنا غير ذي اليد تحاميا عن التكرار لأن دعواهما الشراء من ذي اليد قد مر لا لإخراج صاحب اليد لأن حكمها واحد (وإن أرخ أحدهما) أي أحد المشتريين من واحد ولم يورخ الآخر (فهو له) أي للمورخ اتفاقا لأنه أثبت شراؤه لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره فيقضى به له حتى يتبين تقدم شراء غيره عليه بخلاف ما إذا ادعى الشراء من رجلين ووقت أحدهما ولم يوقت الآخر فإنه يقضى بينهما نصفين لأن كل واحد منهما ثم خصم من بائعه في إثبات الملك له وتوقيت أحدهما لا يدل على سبق ملك بائعه لجواز أن يكون الآخر أقدم فلذا قضينا بينهما

وهنا اتفقا على أن الملك لبائع واحد فحاجة كل واحد منهما إلى إثبات سبب الانتقال إليه لا إلى إثبات الملك للبائع وسبب الملك في حق من وقت شهوده أسبق فكان هو بالمدعي أحق وهذا تقرير ما في بعض النسخ وهو الصواب وفي بعضها وقع الخطب والاضطراب **(وإن تنازعا في دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل فهو أولى)** من الذي يتعلق بلجامها لأن تصرفه أظهر **(وكذلك إن كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه)** أي وكذلك الراكب أولى من الرديف لما ذكرنا **(أو لابس القميص والآخر متعلق به)** أي وكذلك إن كان أحدهما لابس القميص والآخر متعلق بالقميص فاللابس أولى من المتعلق به لما قلنا **(وبينة التنازع والنسج)** أي فيما لا ينسج إلا مرة **(أولى من بينة مطلق الملك)** لأنها تثبت أولية الملك فلا يثبت لغيره إلا بالتلقي منه **(والبينة بشاهدين وبثلاث وأكثر سواء)** يعني لو أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء لأن شهادة كل تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف في الأصول

فصل في التحالف

(اختلفا في مقدار الثمن) أي اختلف المتبايعان في قدر الثمن بأن ادعى المشتري ثمنًا والبائع أكثر منه **(أو في المبيع)** بأن اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه **(فأيها أقام البينة فهو أولى)** لأنه نَوَّرَ دعواه بالحجة فبقي الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة منها أقوى **(وإن أقاما البينة فالمثبت للزيادة أولى)** مطلقا سواء كان بائعا أو مشتريا لأن البينات للإثبات فمهما كانت أكثر إثباتا كانت أقوى فيترجح على الأخرى وإن كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع في الثمن أولى وبينة المشتري في المبيع أولى لأنها أكثر إثباتا **(فإن لم يكن لهما بينة)** دُعِيا إلى التراضي يعني قيل للمشتري إما أن ترضي بالثمن الذي ادعاه البائع وإلا فسخنا البيع وقيل للبائع وإما أن تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع وإلا فسخنا البيع لأن الغرض قطع الخصومة وهو يكون بالتراضي فيجب ألا يعجل القاضي بالفسخ **(فإن رضي كل واحد منهما بدعوى صاحبه)** فيها **(وإلا تحالفا)** أي وإن لم يرض كل واحد منهما بدعوى صاحبه استحلف القاضي كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لأن البائع⁸⁷³ زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف وأما بعد القبض تحالفا للقياس لأن المشتري لا يدعي شيئا لأن المبيع سلَّم له فيبقى

⁸⁷³ يدعي

دعوى البائع في زيادة الدين والمشتري ينكره فيكتفي بحلفه لكن عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام: "إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وتراداً"⁸⁷⁴ **(وفسخ البيع)** أي وفسخ القاضي البيع بينهما لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فبقي بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعاً للمنازعة وقيل يفسخ بنفس التحالف ولا حاجة إلى فسخ القاضي والأول هو الأصح **(ويُبدأ)** في التحالف **(بيمين المشتري)** في الصحيح لأن المشتري أشدهما⁸⁷⁵ إنكاراً لأنه يطالب أولاً بالثمن أو لأنه يتعجل فائدة النكول وهو إلزام الثمن ولو بُدئ بيمين البائع يتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن **(وفي المقايضة)** وهو بيع العين بالعين **(يبدأ)** القاضي **(بأيها شاء)** لاستوائهما في الإنكار وكذا في بيع الثمن بالثمن وهو الصرف وصفة التحالف أن يُحلف البائع بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين وقيل يحلف البائع بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفي للتأكيد والأصح الاقتصار على النفي لأن الأيمان على ذلك وُضِعَتْ **(ومن نكل)** عن اليمين **(لزمه دعوى صاحبه)** لما تقدم في القضاء بالنكول **(وإن اختلفا في الأجل)** أي ادعى أحدهما أن الثمن مؤجل وأنكره الآخر **(أو شرط الخيار أو استيفاء بعض الثمن)** أي قبضه **(فالقول قول المنكر)** أي منكر الأجل والخيار والاستيفاء لا منكر الشرط فكان القول قوله وإنما لا يتحالفان لأنه اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فأشبهه الاختلاف في الحط والإبراء وهذا لأن بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد **(وإن اختلفا)** في مقدار الثمن **(بعد هلاك المبيع)** في يد المشتري **(لم يتحالفا)** عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله **(والقول قول المشتري)** وقال محمد رحمه الله يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب كذا في الهداية له قوله عليه السلام: "إذا اختلف المتبايعان تحالفا وتراداً"⁸⁷⁶ وهو مطلق غير مقيد بقيام السلعة فيعمل به ولفظ التراد فيه لا يدل على قيام السلعة لأن رد قيمة البيع كرده ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله قوله عليه السلام: "إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا

⁸⁷⁴ ابن ماجه، "التجارات" 18.

⁸⁷⁵ أسبقهما

⁸⁷⁶ أبو داود بلفظ: إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة والبيع قائم بعينه فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع. "البيع والإجازات" 72.

وتراداً⁸⁷⁷ وهذا الحديث مقيّد بقيام السلعة وما رواه محمود على هذا المقيد لأن راويهما ابن مسعود رضي الله عنه وإذا كان راوي المطلق والمقيد واحداً يحمل المطلق على المقيد اتفاقاً ويُحال ترك القيد إلى غفلة الراوي

(وإن اختلفا بعد هلاك بعضه لم يتحالفاً إلا أن يرضي البائع بترك حصة الهالك) صورته اشترى عبدان صفقة واحدة وقبضهما ثم مات أحدهما واختلفا في الثمن فقال المشتري اشتريتها بألف وقال البائع بألفين لم يتحالفاً عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يرضي البائع بترك حصة الهالك بأن لم يأخذ من ثمنه شيئاً فحينئذ يتحالفاً على الحي وقال أبو يوسف رحمه الله يتحالفاً في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد رحمه الله يتحالفاً عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى ولأبي يوسف رحمه الله أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولأبي حنيفة رحمه الله أن النص ورد حال قيام السلعة بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره إلا إذا رضي بترك حصة الهالك يصير الهالك كأن لم يكن وكان العقد لم يرد إلا على الباقي ومن المشايخ رحمهم الله من قال على قول أبي حنيفة رحمه الله يأخذ من ثمن الهالك ما أقر به المشتري دون الزيادة

(وكذلك الإجارة قبل استيفاء المنفعة وبعده) أي إن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفاً وفسخا سواء اختلفا في البدل أي الأجرة أو المبدل أي المنفعة أو فيهما لأن الإجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل القبض فالأحكام السابقة في البيع من بداية الاستحلاف وترجيح البيئة وغيرهما جارية في الإجارة وإن اختلفا بعد استيفاء جميع المنفعة لم يتحالفاً والقول للمستأجر لأنه منكر وهذا على أصلهما ظاهر وأما على أصل محمد رحمه الله فهلاك المبيع لم يكن مانعاً من الفسخ فكيف صار مانعاً هنا قلنا كان الفسخ في المبيع الهالك على قيمته والمنفعة المستوفاة لا يمكن الفسخ فيها ولا في قيمتها لأنها غير متقومة **(وأما بعد استيفاء بعضها يتحالفاً ويفسخ العقد فيما بقي والقول فيما مضى)** من المنافع المستوفاة **(للمستأجر)** لأن الإجارة عندنا تنعقد ساعة فساعة فما مضى صار كالهالك وما بقي لم ينعقد بخلاف البيع لأن العقد دفعة واحدة فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل

(وإن اختلفا بعد الإقالة تحالفاً وعاد البيع) صورته اشترى شيئاً وقبضه ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فإنهما يتحالفاً ويعود البيع وكان ينبغي أن لا يتحالفاً لأن التحالف ثبت في البيع المطلق بالسنة والإقالة فسخ في حق المتعاقدين

⁸⁷⁷ ابن ماجه، "التجارات" 18.

إلا أن التحالف قبل قبض المبيع ثبت قياسا فإن كل واحد منهما مدّع ومنكر وهذا موجود هاهنا لأن وضع المسئلة أن البائع لم يقبض المبيع بحكم الإقالة فصار التحالف معقولا فوجب القياس على المنصوص عليه كما نقيس الإجارة على البيع والوارث على العاقد ولو قبض البائع المبيع بحكم الإقالة فلا تحالف عندهما ويكون القول للمشتري خلافا لمحمد رحمه الله لأنه يرى النص معلوما بعد القبض أيضا لما مر

(وإن اختلفا في المهر) أي وإن اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوجتني بألفين **(فمن أقام البينة فهو أولى)** لأنه نور دعواه بالحجة **(وإن أقاما فبينة المرأة أولى)** لأنها أكثر إثباتا **(وإلا تحالفا)** أي وإن عجزا عن إقامة البينة تحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يفسخ النكاح لأن أثر التحالف في انعدام التسمية وذلك لا يمنع صحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع لأن عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل **(فأيها نكل قضي عليه)** لأن أقل النكول إقرار **(وإن تحالفا يلزم ما قالت إن كان)** ما قالت مثل **(مهر المثل أو أقل منه)** لأن الظاهر شاهد لها **(وما قال إن كان مثله أو أكثر)** أي ويلزم ما قاله الزوج إن كان مثل مهر المثل أو أكثر منه لأن الظاهر شاهد له **(وإن كان بينهما فمهر المثل)** أي وإن كان مهر المثل أقل مما قالت وأكثر مما قاله الزوج يلزم مهر المثل لأنها لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الخطّ عنه وفي تحقيق هذه المسئلة كلام طويل ذيله بعيد غورّه والكتب المبسوطة كافلة إياه **(وإن اختلفا)** أي وإن اختلف الزوجان **(في متاع البيت)** مطلقا سواء كان حال قيام النكاح أو بعده وادعى كل واحد منهما أنه له **(فما يصلح للنساء)** كالخمار والدرع والسوار والملحفة والمرآة **(فللمرأة)** معناه تجعل المرأة ذات يد فيه حتى يكون القول قولها مع يمينها بشهادة الظاهر لا أن يصير ملكا لها **(وما يصلح للرجال)** كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة **(أو لهما)** أي يصلح لهما كالفراش والأواني والأمتعة والرقيق والمنزل والعقار والمواشي والنقود **(فللرجل)** أما ما يصلح للرجال فلا لأن الظاهر شاهد له وأما ما يصلح لهما فلا لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد وهذا إذا كانا حيّين **(وإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح لهما فلباقى)** أي فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لأن اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرنا قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه وقال محمد رحمه الله ما صلح له فهو له وما صلح لها فلها وما صلح لهما فله أو لورثته وقال مالك والشافعي رحمهما الله هو بينهما وقال ابن أبي ليلى رحمه الله الكل للرجل ولها ثياب بدنّها وقال الحسن البصري رحمه الله الكل لها وله ثياب بدنّه والمسئلة بدلائلها في

شروح الجامع الصغير **(وإن اختلفا في قدر الكتابة لم يتحالفا)** أي وإن اختلف المولى والمكاتب في قدر بدل الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله والقول للمكاتب مع يمينه وقالوا رحمهما الله يتحالفاً وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبهه البيع والجامع أن المولى يدعي بدلاً زائداً ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى يكره فيتحالفاً وله أن التحالف في البيع ورد على خلاف القياس وهذا ليس في معناه لأنه ليس يلزم في جانب المكاتب لأن له أن يرفع عن نفسه بأن يعجز نفسه وإنما كان القول للمنكر لأنه منكر للزيادة

فصل في دعوى النسب

(ولو باع جارية فولدت لأقل من ستة أشهر فادعاه) البائع **(فهو ابنه وهي أم ولده)** وهذا استحسان والقياس أن دعواه باطلة وبه أخذ زفر والشافعي رحمهما الله لوجود التناقض لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد وجه الاستحسان أن العلوق حصل في ملكه يقينا والظاهر عدم الزنا فيكون منه ومبنى العلوق على الخفاء فلا تناقض فصحت دعواه فيسند إلى وقت العلوق **(ويفسخ البيع)** لأن بيع أم الولد لا يجوز **(ويرد الثمن)** لأنه قبضه بغير حق **(ولا تقبل دعوة المشتري معه)** أي مع ادعاء البائع لأن ادعائه أسبق لاستناده إلى وقت العلوق ولا كذلك دعوة المشتري وقيد بقوله معه لأنه لو ادعاه المشتري أولاً ثم ادعاه البائع لا يثبت النسب من البائع بل يثبت من المشتري ويحمل على أن المشتري نكحها ثم استولدها ثم اشتراها **(فإن مات الولد ثم ادعاه)** البائع **(لم يثبت الاستيلاد فيها)** أي في الأم لأنها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاد الأم **(وإن ماتت الأم ثم ادعاه)** البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر **(ثبت نسبه)** وأخذه البائع لأن الولد هو الأصل في النسب فلا يضره فوات البيع وإنما كان الولد أصلاً لأنها تضاف إليه يقال أم الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام **أَعْتَقَهَا وَلَدَهَا (ويرد كل الثمن)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يرد حصة الولد ولا يرد حصة الأم لأنه تبين أنه باع أم ولد وماليتها غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها **(وإن جاءت به ما بين ستة أشهر إلى ستين فإن صدقه المشتري ثبت النسب)** من البائع ويفسخ البيع وإلا فلا أي وإن لم يصدقه المشتري لا يثبت النسب ولا يفسخ البيع وهذا لأنه احتمال ألا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد تصديقه وإذا صدقه ثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والأم أم ولد كما مر

(وإن جاءت به لأكثر من سنتين فصدقه المشتري ثبت النسب) ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لأمره على الصلاح (ولا يفسخ البيع) ولا يعتق الولد فيبقى عبدا للمشتري (ولا تصير أم ولد) أي ولا تصير الأمة أم ولد البائع ووجهه ظاهر (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبها منه) لأنها خلقتا من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر

كتاب الإقرار

وهو التسكين والإثبات والقرار السكون والثبات يقال قرّ فلان بالمنزل إذا سكن وثبت فيه وفي الشرع اعتراف صادر من المقر يظهر به حق ثابت فيسكن قلب المقر له إلى ذلك وهو حجة شرعية لقوله تعالى ﴿كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم﴾⁸⁷⁸ والشهادة على النفس هو الإقرار وقد رجم رسول الله عليه السلام ماعزا والغامدية بالإقرار⁸⁷⁹ وعليه الإجماع ولأن الإقرار وإن كان مترددا بين الصدق والكذب في الأصل ولكن ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعي إلى الصدق والصارف عن الكذب وهذا لأن عقله ودينه يحملانه على الصدق ويمنعانه عن الكذب فكان صدقا ظاهرا فيجب قبوله

(وهو حجة على المقر) لما مر (إذا كان عاقلا بالغاً) فالصبي والمجنون لا يتعلق بإقرارهما حكم لانعدام أهلية الالتزام إلا إذا كان الصبي مأذونا في التجارة لأنه ملحق بالبالغ بحكم الأذن (وأقر لمعلوم) لأن فائدة الإقرار ثبوت الملك للمقر له ولا يمكن إثباته لمجهول (وسواء أقر بمعلوم أو مجهول) أما المعلوم فمعلوم وأما المجهول فلأن الحق قد يلزمه مجهولا بأن أتلف مالا لا يدري قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم إرشها أو يبقى عليه ما فيه حساب لا يحيط به علمه والإقرار إخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لأن المجهول لا يصلح مستحقا (ويبين المجهول) أي يقال للمقر بيّن المجهول لأن التجهيل من جهته فصار إذا أعتق أحد عبديه فإن لم يبين أجبره القاضي على البيان (فإن قال له على شيء أو حق لزمه أن يبين ما له قيمة) لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها

⁸⁷⁸ سورة النساء، الآية: 135.

⁸⁷⁹ مسلم، "الحدود" 16.

(فإن كذبه المقر له) أي فإن كذب المقر المقر له فيما يئنّ وادعى أكثر من ذلك (فالقول للمقر مع يمينه) لأنه منكر

للزيادة (وإن أقر بهال لم يصدق في أقل من درهم) لأن ما دون ذلك لا يعد مالا عرفا (وإن قال) لفلان عليّ

(مال عظيم فهو نصاب من الجنس الذي ذكر) لأن النصاب عظيم حتى صار صاحبه به غنيا ثم النصاب من

الدراهم مئتا درهم ومن الذهب عشرون مثقالا ومن الغنم أربعون شاة ومن البقر ثلاثون وإنما لم يذكرها

لظهورها ولما كان للإبل نصابان نصاب يجب فيه من غير جنسه ونصاب يجب فيه من جنسه قال

(وفي الإبل خمس وعشرون) لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه (وفي الحنطة خمسة أوسق) لأنه هو المقدر

بالنصاب عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله يرجع إلى بيان المقر (وقيمة النصاب في غير مال الزكاة) وذلك لأنه أقر

بهال موصوف فلا يجوز إلغاء الوصف والنصاب عظيم اعتبر صاحبه غنيا على ما مر والغني معظم عند الناس

فإن قيل ينبغي أن يقدر نصاب الإبل بخمس لأنه يجب فيه شاة فكان غنيا قلنا هو مال عظيم من وجه حتى تجب

فيه الزكاة وليس بعظيم من وجه حتى لا تجب فيه الزكاة من جنسه فاعتبرنا ما ذكرنا ليكون عظيما مطلقا إذ المطلق

ينصرف إلى الكامل (وإن قال أموال عظام فتلاثة نصب) من النوع الذي سماه لأنه جمع عظيم أقله ثلاثة

(وإن قال) لفلان عليّ (دراهم فتلاثة) لأنها أقل الجمع الصحيح (وإن قال) لفلان عليّ دراهم

(كثيرة فعشرة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله مئتان لأن الكثير ما يصير به مكثرا وذلك بالنصاب

وله أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما فيكون هو أكثر من

حيث اللفظ فينصرف إليه وفي الدنانير عندهما نصاب عشرون مثقالا وعنده عشرة أيضا لما مر

(وإن قال) لفلان (عليّ كذا درهما فدرهم) لأنه فسر ما أبهم وقيل يلزمه عشرون وهو القياس لأن كذا يذكر للعدد

عرفا وأقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون وذكر في التتمة وفتاوى قاضي خان ولو قال كذا

دينارا عليه ديناران (وكذا كذا أحد عشر) أي ولو قال لفلان عليّ كذا درهما بغير واو يلزمه أحد عشر درهما

لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك في المفسر أحد عشر (وإن ثلث فكذلك) أي وإن

ثلث كذا بغير واو بأن قال لفلان عليّ كذا كذا كذا درهما فكذلك يلزمه أحد عشر لأنه لا نظير له سواه

(ولو قال) لفلان عليّ (كذا وكذا) بواو (فأحد وعشرون) لأنه نظير من المفسر (ولو ثلث بالواو) أي ولو ثلث

كذا بالواو بأن قال كذا وكذا وكذا (تزد مائة) فيجب مائة واحد وعشرون (ولو ربّع) بالواو كذا

(تزد ألف) فتجب ألف ومائة وأحد وعشرون اعتبارا بالنظير من المفسر **(وكذلك كل مكيل وموزون)** فإن قال لفلان على كذا قفيزا من الحنطة فقفيز ولو قال كذا كذا من السكر فأحد عشر ولو قال كذا وكذا قفيزا من الحنطة فأحد وعشرون ولو ثلث بالواو يزداد مائة ولو رجع يزداد ألف والوجه قد مر فتأمل وتدبر اعلم أن كل ما ذكر من التقديرات لو زاد فيها قبل لأنه أعرف بما أجمل **(وإن قال له على أو قبلي فهو دين)** لأن كلمة على صيغة إيجاب وقبلي ينبئ عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان أي ضمن ويسمى الكفيل قبلا لأنه ضامن للمالك ويسمى الصك هو الذي حجة الدين قبالة وذكر في بعض مختصر القدوري في قوله قبلي إقرار بالأمانة

(وعندي ومعني وفي بيتي أمانة) لأن الكل إقرار بكون الشيء في يده وذا يكون أمانة ومضمونا والأول أقلهما **(ولو قال لآخر لي عليك ألف فقال)** ذلك الآخر **(أترنّها)** أي أترن الألف وإنما أثت الضمير على تأويل الدراهم **(أو انتقده أو أجلني بها أو قضيتكها أو أجلتك بها فهو إقرار)** لأن الكناية ينصرف إلى الألف المذكور وهو الموصوف بالوجوب فكأنه قال أترن أو انتقد الألف الواجبة التي لك على أو قضيتك الألف التي لك وطلب التأجيل إنما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب والإحالة تنبئ عن تحويل الدين وذا لا يكون بدون الدين **(وإن لم يذكر الكناية لا يكون إقرارا)** لعدم انصرافه إلى المذكور قال صدر الشريعة رحمه الله إن لم يذكر الكناية أي الضمير يحتمل أن يراد زن كلامك بميزان العقل وانتقد كلامك ولا تقل قولاً زيفاً وأجلني يراد به أمهلني في الجواب وقضيت يراد به حكمت بأنك كاذب وأجلت لك مالا على زيد فما صنعت به

(ومن أقر بدين مؤجل وادعى المقر له أنه حال استحلف على الأجل) أي على نفيه لأنه أقر بالمال ثم ادعى حقا وهو التأجيل والمقر له ينكر فيحلف لأن اليمين على من أنكر **(ولو قال له على مائة ودرهم فالكل درهم)** أي تجب مائة درهم ودرهم **(وكذا كل ما يكال أو يوزن)** بأن قال له على مائة وقفيز حنطة أو قال له على مائة ومن من غسل **(ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد وتفسير المائة إليه)** والقياس في مائة درهم كذلك وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه عطف مفسرا على مبهم في الفصلين والعطف لم يوضع للبيان فبقيت المائة مبهمة فيهما ولنا أن قوله ودرهم بيان للمائة عادة لأن الناس استثقلوا بتكرار الدرهم واكتفوا بذكره مرة واحدة وهذا فيما يكثر استعماله وذا عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذا في المقدرات كالمكيلات والموزونات لأنها تثبت دينا في الذمة سلمها وقرضا وثمان وكذا في جميع المعاملات بخلاف الثياب ومالا يكال ولا يوزن فإنه لا يكثر وجوبه في الذمة لأن الثياب لا يثبت في الذمة إلا في عقد خاص كالسلم والنكاح وذا لا يكثر وجوبه فبقي على الحقيقة

(وكذا ثوبان) أي وكذا لو قال له على مائة وثوبان لزمه ثوبان ويرجع في تفسير المائة إليه لما بينا

(ولو قال مائة وثلاثة أثواب فالكل ثياب) لأنه ذكر عقيب العددين ما يصلح تفسيراً لهما وهو الثياب لأنه ذكرها

بغير عاطف فانصرف إليهما لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير **(ومن أقر بخاتم لزمه الحلقة والفص)** لأن الاسم

يتناولهما عرفاً وإن أقر **(بسيف له النصل)** وهو حديدته **(والجفن)** وهو غمده **(والحائل)** جمع حمالة بكسر الحاء

وهي علاقته لما قلنا **(ومن أقر بثوب في منديل أو في ثوب)** أي ومن أقر بغصب ثوب في منديل أو ثوب **(لزمه)**

أي الظرف والمظروف لأن الثوب يُلفُّ في منديل أو في ثوب آخر فكان ظرفاً له ولو أقر بغصب ثوب في عشرة

أثواب لزمه أحد عشر ثوباً عند محمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يلزمه إلا ثوب واحد وهذا إذا صلح

الثاني للطرفية وإن لم يصلح كما إذا قال غصبت درهماً في درهم لم يلزم الثاني **(ومن أقر بخمسة في خمسة لزمه خمسة)**

(وإن أراد الضرب) لأن الضرب لا يكثر المال المضروب وإنما يكثر الأجزاء وتكثر الدراهم لا يوجب تعدده وعند

زفر رحمه الله تجب خمس وعشرون لعرف الحساب اعلم أن الضرب عبارة عن أخذ أمثال أحد العددين بقدر ما

في الآخر من الأحاد كالثلاثة إذا ضربت في أربعة يكون اثني عشر بأن صار كل واحد من الأربعة ثلاثة أو يكون

كل واحد من الثلاثة أربعة فاحفظ هذا وأنه سائر

(ولو قال له على من درهم إلى عشرة أو ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة) فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية

وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يلزمه العشرة كلها فتدخل الغائتان وقال زفر رحمه الله يلزمه الثمانية

ولا تدخل الغائتان وهذا القياس كقوله لفلان من هذا الحائط إلى هذا الحائط فإنه ليس له شيء من الحائطين ولهما

وهو الاستحسان أن مثل هذا الكلام يراد به الكل كما يقول لغيره خذ من دراهمي من درهم إلى عشرة فله أن

يأخذ عشرة وتدخل الغائتان وله أن مثل هذا الكلام يذكر ويراد به الأقل من الأكثر والأكثر من الأقل قال عليه

السلام: "أعمار أمتي ما بين الستين والسبعين"⁸⁰ والمراد فوق الستين ودون السبعين وكذلك في العرف يقولون

عمري من ستين إلى سبعين أو ما بين ستين إلى سبعين ويريدون به أكثر من ستين وأقل من سبعين والجميع إنما

يراد فيما طريقه التكرم والسماحة إظهاراً لهما كما ذكرناه من النضير وأما نظير زفر رحمه الله وهو قوله لفلان ما بين

هذا الحائط فالفرق لأبي حنيفة رحمه الله بينه وبين قوله ما بين درهم إلى عشرة هو أن في قوله ما بين درهم إلى عشرة

⁸⁰ الترمذي، "الدعوات" 101.

لا وجود لما بينهما إلا بانضمام الأول كما يقال سني ما بين خمسين إلى ستين أي مع انضمام الآحاد التي دون الخمسين بخلاف ما بين الحائط **(ويجوز الإقرار بالحمل)** بأن قال حمل أمتي أو حمل شاتي لفلان فإنه يجوز إقراره ولزمه لأن له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه **(وله أن يبين سببا صالحا للملك)** أي ويجوز الإقرار للحمل بأن قال حمل فلانة على ألف درهم أن يبين سببا صالحا للملك وذلك بأن قال أوصى له فلان أو مات أبوه فورثه فإن الوصية للحمل يصح والحمل يرث فإن ولدت ولدا حيا لأقل من نصف حول من وقت الإقرار فله ما أقر وقيد بقوله سببا صالحا للملك لأنه لو بين سببا غير صالح له بأن قال باعني أو أقرضني حمل فلان لا يلزمه شيء لأنه مكن مستحيلا وإن لم يبين سببا بل أبهم الإقرار لم يصح عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يصح ويحمل على السبب الصالح **(ومن أقر بشرط الخيار)** بأن قال لفلان على ألف درهم على أني بالخيار ثلاثة أيام **(لزمه المال)** لوجود الصفة الملزمة **(وبطل الشرط)** لأن الإقرار إخبار ولا مدخل للخيار في الإخبار لأن الخبر إن كان صدقا فهو واجب العمل به اختاره أو لم يختره وإن كان كذبا فهو واجب الرد فلا يتغير باختباره وعدم اختياره وإنما يتأثر اشتراط الخيار في العقود ليتخير من له الخيار بين فسخه وإمضائه

فصل في الاستثناء وما في معناه الاستثناء هو التكلم بالباقي بعد الثبنا

(إذا استثنى بعض ما أقر به متصلا) أي حال كونه متصلا **(بإقراره صح ولزمه الباقي)** أي صح استثناءه ولزمه الباقي من المستثنى لأن الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي سواء كان الاستثناء أقل مما بقي أو أكثر ولذا أطلق بقوله بعض ما أقر به وقيد بقوله متصلا حتى لو كان منفصلا يكون رجوعا عن إقراره بعد صحته وذا لا يجوز ولو قال لفلان على ألف درهم إلا مائة يلزمه تسعمائة ولو قال إلا تسعمائة يلزمه مائة ولو قال لفلان على ألف درهم فاشهدوا على بذلك إلا عشرة دراهم يلزمه ألف درهم ولا يصح الاستثناء بخلاف ما لو قال لفلان على ألف درهم يا فلان إلا عشرة حيث يصح الاستثناء والفرق في شرح المصنف رحمه الله واعلم أن المراد بالاتصال الاتصال من حيث التلفظ وهو أن لا يسكت بين المستثنى والمستثنى منه لا الاستثناء المتصل

(واستثناء الكل باطل) فلو قال لفلان على ألف درهم إلا ألف درهم يلزمه ألف درهم ولا يصح استثناءه لأن الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثبنا على ما مر ولا حاصل بعده فيكون رجوعا

(وإن قال متصلا بإقراره إن شاء الله تعالى بطل إقراره) فلا يلزمه شيء لأن التعليق بمشيئة الله تعالى إما إبطال أو تعليق فإن كان الأول فقد بطل وإن كان الثاني فكذلك إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط أو لأنه شرط لا

يوقف عليه كذا في الهداية **(وكذلك إن علقه بمن لا تعرف مشيئته كالجن والملائكة)** لما بينا ولو قال إن شاء فلان فشاء لا يلزمه لأن مشيئة فلان لا يوجب الملك وكذلك إن جاء المطر أو هبت الريح أو كان كذا لما بينا كذا في شرح المصنف رحمه الله **(ومن أقر ببائة درهم إلا ديناراً أو إلا قفيز حنطة لزمه المائة إلا قيمة الدينار أو القفيز وكذلك إذا استثنى)** من الدراهم **(كل ما يكال أو يوزن أو يعدُّ ولو استثنى)** من الدراهم **(شاة)** بأن قال لفلان على ألف درهم إلا شاة **(أو ثوباً أو داراً لا يصح)** استثناءه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لوجود المجانسة من وجه إذا كان مكيلاً أو موزوناً وعند محمد رحمه الله لا يصح في الكل لعدم المجانسة وعند الشافعي رحمه الله يصح في الكل للمجانسة من حيث المالية **(ولو قال غصبته من زيد لا بل من عمرو فهو لزيد وعليه قيمته لعمرو)** لأن قوله من زيد إقرار له ثم قوله لا رجوع عنه فلا يقبل وقوله بل لعمرو إقرار منه لعمرو وقد استهلكه بالإقرار لزيد فيجب عليه قيمته لعمرو واعلم أن كلمة بل موضوعة لإثبات ما بعدها والإعراض عما قبلها ففي كل موضع يمكن الإعراض عن الأول يثبت الثاني فقط وفي كل موضع لا يمكن الإعراض عن الأول يثبت الأول والثاني **(ومن أقر بشيئين فاستثنى أحدهما أو أحدهما وبعض الآخر)** بأن قال لفلان عليّ كَرَّ حنطة وكَرَّ شعير إلا كَرَّ حنطة أو قال إلا كَرَّ حنطة وقفيز شعير فالاستثناء باطل في الكَرَّ والقفيز جميعاً عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يصح استثناء قفيز بناء على أنه استثناء البعض من الكل وله أنه لما بطل قوله إلا كَرَّ حنطة لأنه استثناء الكل بطل أيضاً استثناء قفيز لوقوع السكوت بينه وبين المستثنى منه معنى بناء على أن الاشتغال بالكلام الباطل كفاصل السكوت والاتصال من شرطه **(وإن استثنى بعض أحدهما أو بعض كل واحد منهما صح)** بأن قال لفلان عليّ كَرَّ حنطة وكَرَّ شعير إلا قفيز حنطة أو إلا قفيز حنطة وقفيز شعير وإنما صح لأنه استثناء البعض من الكل إذا عرفت هذا وضح لك أن قوله **(ويصرف إلى جنسه)** زائد لا طائل تحته على ما لا يخفى

(واستثناء البناء من الدار باطل) صورة المسئلة أن يقول: هذه الدار لفلان إلا بنائها فإنه لي كان البناء والدار للمقر له لأن البناء داخل في هذا الإقرار معنى لا لفظاً والاستثناء يصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لأنه يدخل تبعاً لا لفظاً بخلاف ما إذا قال إلا ثلثها أو إلا بيتاً منها⁸⁸¹ لأنه داخل فيه لفظاً كذا في الهداية

(ولو قال بنائها لي والعريضة لفلان فكما قال) أي فكما قال المقر إن البناء له والعريضة لفلان لأن العريضة عبارة عن البقعة دون البناء فكأنه قال بياض هذه الأرض دون البناء لفلان بخلاف ما إذا قال مكان العريضة أرضا حيث يكون البناء للمقر له لأن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء كالإقرار بالدار (وإن قال له على ألف) درهم (من ثمن عبد) اشتريته وقوله (لم أقبضه) صفة عبد (ولم يعينه لزمه الألف) ولا يصدق في قوله لم أقبضه عند أبي حنيفة رحمه الله سواء وصل أم فصل لأن إنكار القبض في غير المعين ينافي الوجوب لأن جهالة المبيع كهلاكه فلا يجب الثمن فيكون هذا رجوعا وعندهما رحمهما الله إن وصل صدق لأنه بيان تغيير عندهما (وإن عينه) أي المقر العبد (فإن سلمه إليه) أي إلى المقر له العبد إلى المقر (لزمته) ألف درهم (وإلا فلا) أي وإن لم يسلمه إليه فلا شيء له على المقر لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة (وإن قال) لفلان على ألف درهم (من ثمن خمر أو خنزير لزمته) ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة رحمه الله وصل أم فصل لأنه رجوع لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا وأول كلامه للوجوب وقالوا رحمهما الله إذا وصل لا يلزمه شيء لأنه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب وصار كما إذا قال في آخره إن شاء الله (ولو قال) لفلان على ألف (من ثمن متاع) باعه مني أو أقرضني (وهي زيوف) وهي ما يردده بيت المال (أو نبهرجة) وهي ما يردده التجار (وقال المقر له) هي جياذ (فهي جياذ) وصل أم فصل عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله إن وصل يصدق وإن فصل لا يصدق وعلى هذا الخلاف لو قال هي ستوفة أو رصاص الحاصل أنه رجوع عند أبي حنيفة رحمه الله وبيان تغيير عندهما رحمهما الله (ولو قال غصبته منه أو أودعنيها صدق في الزيوف والنبهرجة) أي ولو قال اغتصبته من فلان ألفا أو أودعني ألفا ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل لأن الغضب يرد على ما يجده والإنسان يودع ما يملكه وذلك لا يقتضي السلامة عن العيوب (وفي الرصاص والستوفة إن وصل صدق وإلا فلا) أي وإن لم يقل متصلا لا يصدق لأنها ليسا من جنس الدراهم لأن الاسم يتناولهما مجازا فلذلك يشترط الوصل

فصل

(ديون الصحة وما لزمه في مرضه بسبب معروف) كالقرض والشراء والتزوج (مقدم على ما أقر في مرضه) وقال الشافعي رحمه الله دين الصحة ودين المرض يستويان لأنه إقرار صادر من أهله فيكون حجة كما في الصحة بل مرضه ادعى إلى رجحان صدق ولنا أن الإقرار لا يعتبر دليلا إذا كان فيه إبطال حق الغير وفي إقرار المريض ذلك لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحابة إلا بقدر الثلث وإنما تقدمت المعروفة

الأسباب لأنه لا تهمة في ثبوتها إذ المعايين لا مرد له **(وما أقر به في مرضه فقدم على الميراث)** لأن ما له إنما ينتقل إلى ورثته عند فراغ حاجته وفراغ ذمته من أهم الحوائج **(وإقرار المريض لوارثه باطل)** لقوله عليه السلام: "لا وصية لوارث ولا إقرار له بدين"⁸⁸² ولأنه تعلق به حق جميع الورثة بإقراره لبعضهم إبطال لحق الباقيين وفيه إيقاع العداوة بينهم لما فيه من إثارة البعض على البعض وأنه منشأ للعداوة والبغضاء وقصة يوسف عليه السلام وإخوته أكبر شاهد **(إلا أن يصدق ببقية الورثة)** لأن المنع كان لحقهم فإذا صدقوه زال المنع وإنما وضع المسئلة في إقرار المريض لوارثه لأن إقراره لأجنبي جاز وإن أحاط بهاله والقياس ألا يجوز إقراره إلا في الثلث لأن الشرع قصر تصرفه عليه ولكننا تركنا القياس بأثر ابن عمر رضي الله عنه فإنه قال: "إذا أقر الرجل في مرضه بدين جاز ذلك عليه وإن أحاط ذلك بهاله"⁸⁸³ **(ومن طلق امرأته ثلاثاً في مرضه ثم أقر لها ومات فلها الأقل من الإقرار والميراث)** لأنها متهمان فيه لقيام العدة وباب الإقرار مسدود للوارث فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في أقل الأمرين فسبب هذا إذا طلقها بسؤالها لأنها لا ترث فبقيا متهمين في ذلك وأما إذا طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغاً ما بلغ ولا يصح الإقرار لها لأنها وارثة إذ هو فارٌّ

(وإن أقر المريض لأجنبي ثم قال هو ابني بطل الإقرار وإن أقر لامرأة ثم تزوجها لم يبطل) ووجه الفرق أن دعوة النسب يسند إلى وقت العلوق فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجة لأنها تقتصر على زمان التزوج فبقي الإقرار لأجنبية **(ويصح إقرار الرجل بالولد والوالدين والزوجة والمولى إذا صدقوه)** أي وإذا أقر رجل بأن هذا ولده يصح إقراره لأن النسب مما يلزمه خاصة فلا مانع من صحة إقراره به وهذا إذا كان الولد مجهول النسب لأنه لو كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه وهذا إذا كان يولد مثله لمثله لأنه لو لم يكن كذلك لا يثبت نسبه منه وإنما شرط تصديق الغلام لأن المسئلة في غلام يعبر عن نفسه فلا بد من تصديقه لأنه في يد نفسه أما إذا كان صغيراً لا يعبر عن نفسه فلا يعتبر تصديقه وكذا إذا أقر رجل بأن هذا والده أو هذه أمه أو زوجته أو مولاه يصح إقراره إذا صدقوه لأنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير وهذا إذا كانت المرأة خالية عن نكاح الغير وعدته وأن لا يكون تحت المقر له أختها ولا أربع سواها ولا فرق بين ولاء الأعلى والأسفل إذا لم يكن للمعتق

⁸⁸² الدارقطني، السنن، 3/ 385.

⁸⁸³ قال الزيلعي: قلت غريب جداً. نصب الراية، 4/ 257.

ولاء من جهة الغير **(وكذلك المرأة)** يقبل إقرارها بالوالدين والزوج والمولى إذا صدقوه لما بينا **(إلا في الولد)** فإنها إذا أقرت به من زوجها القائم لا يصح لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لأن النسب منه قال الله تعالى ﴿ادعوهم لآبائهم﴾⁸⁸⁴ إلا أن يصدقها زوجها لأن الحق له أو تشهد القابلة بولادتها لأن قولها في هذا مقبول ولهذا قال **(فإنه يتوقف على تصديق الزوج أو شهادة القابلة)** وتكفي شهادة امرأة واحدة وذكر القابلة خرج من مخرج العادة **(ومن أقر بنسب من غير الولاد)** نحو الأخ والعم **(لم يثبت نسبه)** لأن فيه تحميل النسب على الغير لأن الأخوة إنما تثبت بثبوت نسب المقر له من الأب والعمومة تثبت بثبوت نسبه من الجد والمقر لا يمكن ذلك **(فإن لم يكن له وارث غيره ورثه)** المقر له لأن له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث ألا يرى أن له أن يؤصي بجميع ماله وإن كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقر له لأنه لما لم يثبت نسبه لا يزاحم الوارث المعروف **(ومن مات أبوه فأقر بأخ شاركه في الميراث ولم يثبت نسبه)** لأن إقراره يتضمن بشيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت

كتاب الشهادة

وهي إخبار عن مشاهدة وعيان بلفظ الشهادة في مجلس القاضي ولهذا قيل إنها مأخوذة من المشاهدة المنبئة عن المعاينة وقيل من الشهود بمعنى الحضور لأن الشاهد يحضر الحادثة ثم مجلس القضاء لأداء الشهادة فسُمي الحاضر شاهداً وأدائه شهادة والقياس يأبى كون الشهادة حجة ملزمة لأنه خبر محتمل للصدق والكذب والمحتمل لا يكون حجة ملزمة ولكن تركنا القياس بالنصوص قال الله تعالى ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾⁸⁸⁵ وقال ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾⁸⁸⁶ وقال عليه السلام: "شاهدك أو يمينه ليس لك إلا ذلك"⁸⁸⁷ وقال عليه السلام: "البينة على المدعي"⁸⁸⁸ والبينة الشهادة لأن فيها إحياء حقوق الناس وصون العقود عن التجاحد وحفظ الأموال على أربابها وفي النصاب الإشهاد في المبايع والمداينة فرض على العباد لأنه يُتَلَف المال لولاه إلا إذا كان لا يخاف

⁸⁸⁴ سورة الأحزاب، الآية: 5.

⁸⁸⁵ سورة البقرة، الآية: 282.

⁸⁸⁶ سورة الطلاق، الآية: 2.

⁸⁸⁷ مسلم، "الأيمان" 221.

⁸⁸⁸ ابن أبي شيبة، 4 / 345.

نحو درهم لحقارته كذا في الوجيز وجمهور المفسرين على أن الأمر في قوله تعالى ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾⁸⁸⁹ للندب وكذا في قوله تعالى ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾⁸⁹⁰ **(ومن تعين لتحملها لا يسعه أن يمتنع إذا طلب فإذا تحملها وطلب لأدائها يفترض عليه)** قال الله تعالى ﴿وَلَا يَأْبُ الشَّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾⁸⁹¹ أي إذا ما دعوا لتحمل الشهادة وسماهم شهداء قبل تحملها تنزيلا لما يشارف منزلة الكائن وإذا ما دعوا لأداء الشهادة فالأول للندب والثاني للفرض كذا في المدارك وقال تعالى ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثَمُ قَلْبِهِ﴾⁸⁹² وجه التمسك هو أن الله تعالى نهى عن الإباء عند الدعاء وهو أمر بالحضور عند الأداء وكذا النهي عن كتمان الشهادة فإن قيل النهي عن الشيء لا يكون أمرا بضده عند جمهور الفقهاء فلا يكون الشهادة فرضا بالنهي عن الإباء والكتمان قلنا ليس هذا على الإطلاق فإن الأمر بالشيء لا يكون نهيا عن ضده إذا لم يُقصد ضده بالنهي كالأمر بالقيام في الصلاة ليس له عن القعود قصدا أما إذا كان ضده مقصودا بالنهي كالأمر بالإيمان يكون نهيا عن ضده إذ ضده مقصود بنهي صريح وكذا النهي عن الشيء أمر بضده إذا كان ضده مقصودا وفيما قلنا الضد مقصود بالأمر لقوله تعالى ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾⁸⁹³ وإنما شرط طلب المدعي لأنه حقه **(إلا أن يقوم الحق بغيره)** بأن يكون في الصك سواء من يقوم به الحق فيجوز له الامتناع لأن الحق لا يضيع بامتناعه ولأنه فرض كفاية وهو أي الشاهد خير في الحدود بين الشهادة والستر لأنه بين حسبتين فإن إقامة الحدود حسبة والستر على المسلم حسبة **(وهي)** أي الستر **(أفضل)** من الشهادة لقوله عليه السلام: "للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك"⁸⁹⁴ وقال عليه السلام: "من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة"⁸⁹⁵ **(ويقول في السرقة أخذ المال)** إحياء لحق المسروق منه

⁸⁸⁹ سورة البقرة، الآية: 282.

⁸⁹⁰ سورة الطلاق، الآية: 2.

⁸⁹¹ سورة البقرة، الآية: 282.

⁸⁹² سورة البقرة، الآية: 283.

⁸⁹³ سورة الطلاق، الآية: 2.

⁸⁹⁴ أبو داود، "الحدود" 7.

⁸⁹⁵ مسلم، "الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار" 38.

(ولا يقول سرق) إقامة لحسبة الستر (ولا يقبل على الزنا إلا أربعة) أي إلا بشهادة أربعة من الرجال لقوله تعالى ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾⁸⁹⁶ ولقوله تعالى ﴿ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾⁸⁹⁷ ولقوله عليه السلام: "للذي قذف زوجته أئنتي بأربعة يشهدون وإلا أضرب في ظهره"⁸⁹⁸

(وباقى الحدود والقصاص) يقبل منها **(شهادة رجلين)** لقوله تعالى ﴿فاستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾⁸⁹⁹ وقال ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾⁹⁰⁰ ولا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص وقال الزهري رحمه الله مضت السنة من لدن رسول الله عليه السلام والخليفين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص

(وما سواها) أي وما سوى الحدود والقصاص **(من الحقوق)** مالا كان أو غير مال كالطلاق والعتاق والنكاح والوكالة والوصية **(تقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين)** لقوله تعالى ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾⁹⁰¹ وأنه مذكور في سياق المداينات والأجل فيقبل فيهما وعن عمر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أجاز شهادة النساء في النكاح⁹⁰² ولأنها من أهل الشهادة بالآية فتقبل شهادتها لوجود المشاهدة والحفظ والأداء كالرجل وزيادة النسيان انجبر بزيادة العدد فلم تبق بعد ذلك إلا الشبهة فلهذا لا يقبل فيما تندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها⁹⁰³ وهو محجوج بما ذكرنا **(وتقبل شهادة النساء وحدهن)** اعلم أن الألف واللام إذا دخلتا على الجمع أبطل معنى الجمعية ويكون للجنس كما في قوله لا أتزوج النساء فإنه بحيث تزوج امرأة واحدة فمعنى قوله ويقبل شهادة النساء أي وتقبل شهادة هذا الجنس فتكفي شهادة واحدة منها ولو لم يكن قوله وحدهن موجودا في البين لكان كلام المصنف رحمه الله أنقى من العين فتأمل وتدبر مرتين

⁸⁹⁶ سورة النساء، الآية: 15.

⁸⁹⁷ سورة النور؛ الآية: 4.

⁸⁹⁸ البخاري، "التفسير" 3.

⁸⁹⁹ سورة البقرة، الآية: 282.

⁹⁰⁰ سورة الطلاق، الآية: 2.

⁹⁰¹ سورة البقرة، الآية: 282.

⁹⁰² الدارقطني، السنن، 3/ 476.

⁹⁰³ كالأجل وشرط الخيار

(فيا لا يطلع عليه الرجال كالولادة والبكارة وعيوب النساء) لقوله عليه السلام: "شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه"⁹⁰⁴ والجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس فيتناول الأقل وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الأربع وعلى مالك رحمه الله في اشتراط الإثنين ولأنه إنما سقطت الذكورة ليخف النظر لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف فكذا أسقط اعتبار العدد ثم أحكام الشهادة في الولادة تعرف في كتاب الطلاق وأما البكارة فإن العنن يؤجل سنة ويفرق بينهما بعد ما قلن إنها بكرٌ وهل يشترط فيه لفظة الشهادة قيل وقيل وإنما قال فيما لا يطلع عليه الرجال لأن عيوب النساء إن كانت مما يطلع عليه الرجال كالأصبع الزائدة مثلا لا يكفي شهادة امرأة (وفي استهلال الصبي) أي وتقبل شهادة النساء في استهلال الصبي وهو ما يعرف حياة الولد من صوت ونحوه (في حق الصلاة دون الإرث) أما الصلاة فبالإجماع لأنها من أمور الدين وأما الإرث فمذهب أبي حنيفة رحمه الله لأنه مما يطلع عليه الرجال وقالوا رحمهما الله لا يقبل في حق الإرث أيضا لأنه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة (ولابد) للشاهد في جميع ما تقدم (من العدالة) وهي الاستقامة في الدين والعدل من يحترز عن الكبائر ولم يصرَّ على الصغائر (ولفظة الشهادة) حتى لو قال أعلم أو أتيقن لا تقبل (والحرية) حتى لا تقبل شهادة العبد (والإسلام) حتى لا تقبل شهادة الكافر على المسلم أما العدالة فلقوله تعالى: "وأشهدوا ذوى عدل منكم"⁹⁰⁵ ولقوله تعالى ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾⁹⁰⁶ والفاستق ليس بمرضي إلا أن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق نفذ عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فالعدالة شرط عندنا لوجوب القبول لا لصحة القبول وأما لفظة الشهادة فللقوله تعالى ﴿فاستشهدوا﴾⁹⁰⁷ وإنه صريح في طلب الشهادة فيجب عليه الإتيان بلفظها لأن القياس ينفي قبول قول الإنسان على الغير لما فيه من إلزامه إلا أننا قبلناه في موضع وورد الشرع به وأنه ورد مقارنا بالشهادة وأما الحرية فلأن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية للعبد على نفسه فكيف على غيره وأما الإسلام فللقوله تعالى ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾⁹⁰⁸

⁹⁰⁴ عبد الرزاق، المصنف، 8/333.

⁹⁰⁵ سورة الطلاق، الآية: 2.

⁹⁰⁶ سورة البقرة، الآية: 282.

⁹⁰⁷ سورة النساء، الآية: 15.

⁹⁰⁸ سورة النساء، الآية: 141.

(ويقتصر في المسلم على ظاهر عدالته) عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يسأل القاضي ولا يتفحص أن هذا الشاهد عدل أو غير عدل لقوله عليه السلام: "المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا في قذف"⁹⁰⁹ ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولأن الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية إذ لا وصول إلى القطع **(إلا في الحدود والقصاص)** فإنه يسأل عن الشهود لأنه يحتال لإسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولأن الشبهة فيها دائرة **(فإن طعن فيه الخصم)** أي فإن طعن الخصم في الشاهد **(يسأل عنه)** لأنه يقابل الظاهران فسأل طلبا للترجيح **(يسأل عنهم في جميع الحقوق سرا وعلانية وعليه الفتوى)** لأن الحاكم يجب أن يحتاط في حكمه صيانة له عن النقص وذلك بسؤال السر والعلانية قال أبو بكر الرازي رحمه الله لا خلاف بينهم في الحقيقة فإن أبا حنيفة رحمه الله أفتى في زمان كانت العدالة ظاهرة والنبي عليه السلام عدل أهله فقال "خير القرون قرني الذي أنا فيه ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفسو الكذب"⁹¹⁰ فاكثفي بتعديل النبي عليه السلام وفي زمانها فشا الكذب واحتاجا إلى السؤال ولو كانا في زمنه ما سألا ولو كان في زمنهما ليسأل فكذا قلنا الفتوى على قولهما **(ولو اكتفي بالسر جاز)** تحرزا عن الفتنة وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الأول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا وعن محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة **(ولا بد أن يقول المزكي هو عدل جازر الشهادة)** لأن العبد قد يُعدّل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لأن الأصل هو الحرية ثبت تبعا للدار قال صاحب الهداية وهذا أصح ثم تزكية السر أن يبعث رقعة مختومة إلى المزكي فيها اسم الشاهد ونسبه وحليته ومصلاه ويردها المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع أو يقصد وفي العلانية لابد أن يجمع بين المعدل والشاهد ليتتفي شبهة تعديل غيره **(ولا تقبل تزكية المدعى عليه)** ومعناه أن يقول هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا أما لو قال صدقوا⁹¹¹ أو هم عدول صدقه فقد اعترف بالحق فيقضى بإقراره لأن البيئة عند الجحود وقيل تقبل تزكيته ووجه الظاهر أن المدعي والشهود يزعمونه كاذبا في إنكاره مبطلا في إصراره فلا معدلا **(وتكفي تزكية الواحد)** عندهما رحمهما الله

⁹⁰⁹ ابن أبي شيبة، 4/330.

⁹¹⁰ مسلم، "فضائل الصحابة" 210؛ أبو داود "سنة" 9.

⁹¹¹ صدقوا

(وعند محمد رحمه الله اثنان) أي لا يجوز إلا اثنان (وهو أولى) أي كون المزكي اثنين أفضل عندهما أي معناه وهو قول محمد رحمه الله أولى يعني الفتوى عليه (وكذا المترجم) عن الشاهد على هذا الخلاف لمحمد رحمه الله أن حكم القاضي مبني على العدالة وذلك بالتزكية فيشترط الاثنان كالشهادة ويشترط عنده ذكور المزكي في الحدود والأربعة في شهود الزنا لما بينا ولهما أنها ليست في معنى الشهادة حتى لا يشترط فيها لفظة الشهادة ومجلس الحكم واشترط العدد في الشهادة أمر تعبدى فلا يتعدها (ويجوز أن يشهد بكل ما سمعه أو أبصره من الحقوق) كالغصب والقتل ونحوهما والعقود كالبيع والهبة ونحوهما (وإن لم يشهد عليه) لأنه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في إطلاق الأداء قال الله تعالى ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾⁹¹² وقال عليه السلام: "إذا رأيت مثل الشمس فاشهدوا"⁹¹³ وإلا فدع"⁹¹⁴ ويقول أشهد بكذا ولا يقول أشهدني لأنه كذب (إلا الشهادة على الشهادة فإنه لا يجوز أن يشهد على شهادة غيره ما لم يشهده) لأن الشهادة غير موجهة بنفسها وإنما تصير موجهة بالنقل إلى مجلس القضاء فلا بد من الإنابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسعّ للسامع أن يشهد لأنه ما حمّله وإنما حمل غيره (ولا يجوز له أن يشهد بما لم يعاينه إلا النسب والموت والنكاح والدخول) أي دخول الزوج زوجته (وولاية القاضي وأصل الوقف) فإذا أخبره بها من يثق به أي فإذا أخبره بهذه الأشياء رجالان عدلان أو رجل وامرأتان (جاز له أن يشهد بها) والقياس أن لا تجوز لأن الشهادة من المشاهدة وهى المعاينة ولم توجد وصار كالبيع وجه الاستحسان أن هذه أمور يختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم يقبل فيها الشهادة على التسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام وعلى هذا الناس من الصدر الأول إلى يومنا هذا ألا يرى أنا نشهد أن عائشة رضي الله عنها ابنة أبي بكر رضي الله عنه زوج النبي عليه السلام وكذلك سائر زوجاته وفاطمة ابنة رسول الله عليه السلام زوج علي عليه وعليهما الصلاة والسلام ونشهد بقضاء شريح وابن أبي ليلى وأبي يوسف رضي الله عنهم ونشهد بموت الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم وهذا بخلاف البيع ونحوه لأنه يسمعه كل واحد وأما الوقف فالصحيح أنه تجوز الشهادة على أصله بأن هذه

⁹¹² سورة الزخرف، الآية: 86.

⁹¹³ في الحديث "فاشهد"

⁹¹⁴ البيهقي، السنن الكبرى، 15 / 180. بلفظ: "... فلا تشهد إلا على أمر يضيء لك كضياء هذه الشمس".

الضيعة وقف على كذا فيبان المصرف داخل في أصل الوقف ولا تجوز على شرائطه حتى لو شهدوا أنه يبدأ من غلته فيصرف إلى كذا ثم إلى كذا لا تجوز شهادتهم وهذا لأن أصل الوقف هو الذي يشتهر فلو لم تجز الشهادة عليه أدى إلى استهلاك الأوقاف القديمة **(ويجوز أن يشهد على الملك المطلق إذا رآه في يده)** أي إذا رأى الشاهد شيئاً في يد غيره وسعه أن يشهد أنه له لأن اليد دليل الملك وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف فيه قال الخصاص رحمه الله لأن اليد متنوعة إلى أمانة وملك قلنا والتصرف أيضاً يتنوع إلى نيابة وأصالة وفي المسئلة طول والكافي كافل إياها **(فيما سوى العبد والأمة)** لأن الحر يستخدم كما يستخدم العبد كالأجير الخاص ونحوه فلا يكون اليد دليلاً فيهما **(إلا أن يعرف رقبهما)** فحيث يجوز أن يشهد أنه له لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه وكذلك إن كانا صغيرين لا يعبران عن أنفسهما يجوز أن يشهد وإن لم يعرف رقبهما لأنه لا يد لهما بخلاف الكبيرين كذا في شرح المصنف

(وإذا رأى الشاهد خطه لا يشهد ما لم يتذكر الحادثة) عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الخط يشبه الخط وعندهما يشهد إذا علم أن هذا خطه لأن التغيير فيه نادر **(وشاهد الزور)** أي الكذب ومنه التزوير

(يستشهر ولا يعزر) عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يوجعه ضرباً ويحبسه وهو قول الشافعي رحمه الله لأن عمر رضي الله عنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً وسخّم وجهه وله أن الزجر يحصل بالتشهير فيكتفي به والضرب وإن كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعاً من الرجوع فوجب التخفيف نظراً إلى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدليل التبليغ إلى الأربعين والتسخيم وتفسير التشهير ما روي عن شريح رحمه الله أنه كان يبعثه إلى السوق إن كان سوقياً وإلى قومه إن كان غير سوقياً عند اجتماعهم فيقول أنا وجدناه شاهد زور فاحذروه وحذّروه الناس

(ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى وموافقة الشهادة للدعوى فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسة قبلت في الألف إن ادعى المدعي ألفاً وخمسة وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل) الأصل فيه أن البيئة على حقوق العباد لا يقبل بدون الدعوى لأن حقوق الإنسان يتوقف على مطالبته وإن الاتفاق شرط بين الدعوى والشهادة لوجود الدعوى فيما يوافقها وعدمها فيما يخالفها وبين الشاهدين لأن القضاء إنما يجوز بحجة وهي شهادة المثني فلم يتفقا فيما شهدا به لا تثبت الحجة والموافقة المطلقة في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة رحمه الله والمراد باتفاقهما لفظاً تطابق لفظيهما على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن فإن شهد أحدهما

بألف والآخر بألفين لم تقبل عنده مطلقا وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي ألفين لأنها اتفقا على الألف وتفرد أحدهما بزيادة فيثبت ما اتفقا عليه دون ما تفرد به أحدهما فصار كما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة وله أنها اختلفا لفظا ومعنى فلا تقبل شهادتها كما لو شهد أحدهما بالدرهم والآخر بالدنانير وهذا لأن لفظ الألفين غير لفظ الألف وما يراد بالألفين غير ما يراد بالألف فلم يثبت واحد من اللفظين لأنه ليس على كل واحد من اللفظين إلا شهادة واحدة فإن قيل الألف موجود في الألفين قلنا نعم إذا ثبت الألفان ثبت الألف في ضمنه فإذا لم يثبت المتضمن كيف يثبت ما في ضمنه وهذا بخلاف ما ذكرناه لأنها اتفقا على الألف لفظا ومعنى لأنه عطف الخمسمائة على الألف والعطف يقرر المعطوف عليه فكانا كلمتين والألفان كلمة واحدة وإنما قال إن ادعى المدعي ألفا وخمسمائة لأنه إن ادعى المدعي ألفا فقط لا تقبل شهادتها لأن المدعي كذب الشاهد بالزيادة إلا أن يقول المدعي كان حقي ألفا وخمسمائة فاستوفيت الخمسمائة أو أبرأته عنها فتسمع شهادتها لحصول التوفيق بين الدعوى والشهادة **(ولو شهدا على سرقة بقرة واختلفا في لونها قطع وإن اختلفا في الأنوثة)** أي وقال أحدهما بقرة وقال الآخر ثور لم يقطع وقالوا رحمهما الله لا يقطع في الوجهين قيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسود والحمرة لا في السواد والبياض وقيل في جميع الألوان لهما أنه وجد الاختلاف في المشهود به ولم يقم على كل واحد شاهدان فيمتنع القبول كما لو اختلفا في الذكورة والأنوثة وله أن السرقة قد يقع في الليالي والرائي يراه من بعيد فاللونان يتشابهان كالحمرة والصفرة أو يجتمعان بأن يكون أحد شقيها سوداء والآخر بيضاء فيقع بصر أحد الشاهدين على أحد شقيها وبصر الآخر على الشق الآخر والعمل بالبيئة واجب ما أمكن فيقبل بخلاف الذكورة والأنوثة لأنها لا يجتمعان في بقرة فكانا متغايرين **(شهدا بقتل زيد يوم النحر بمكة وآخران بقتله فيه)** أي بقتل زيد يوم النحر والمصدر مضاف إلى المفعول **(بالكوفة ردنا)** أي الشهادتان لأن إحداهما كاذبة بيقين وليست إحداهما بأولى من الآخر فتردان **(فإن سبقت إحداهما وقضي بها بطلت الأخرى)** لأن الأول ترجحت بالقضاء فلا ينقض الثانية **(ولا تقبل شهادة الأعمى)** وقال زفر رحمه الله يقبل فيما يجري فيه التسماع لأنه يسمع وقال أبو يوسف رحمه الله إن كان بصيرا وقت التحمل يقبل لوجود العلم بالنظر وعند الأداء يحتاج إلى القول وهو قادر عليه ويعرفه بالنسبة إلى الميت ولنا أنه لا يقدر على التمييز بين الأشخاص ولا على الإشارة والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر ولو عمي بعد الأداء لا يقضي القاضي عندهما خلافا لأبي يوسف رحمه الله وقوله أظهر ولا تقبل شهادة الأخرس لأن الشهادة بالنطق وهو عاجز عنه

(ولا المحدود في القذف وإن تاب) لقوله تعالى ﴿ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا﴾⁹¹⁵ ولأن رد الشهادة من تمام الحد وأصل الحد لا ترتفع بالتوبة فكذا المتم له وهذا لأن فيه معنى الزجر لأنه مولى قلبه كما أن الحد مولى بدنه وقد أذاه بلسانه فعوقب بإهدار منفعة لسانه جزاء وفاقا بخلاف المحدود في غير القذف لأن الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وإنما قال وإن تاب بأن الوصلية ومثل هذا يذكر للمبالغة والتأكيد احترازا عن قول الشافعي رحمه الله فإن عنده تقبل شهادته إذا تاب لقوله تعالى ﴿إلا الذين تابوا﴾⁹¹⁶ قلنا الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو قوله ﴿وأولئك هم الفاسقون﴾⁹¹⁷ أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن **(ولو حُدَّ الكافر في قذف ثم أسلم قبلت شهادته)** لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالإسلام حدثت له شهادة أخرى بخلاف العبد إذا حُدَّ ثم أعتق لأنه لا شهادة للعبد أصلا وتام حده برد شهادته بعد العتق ولا تقبل الشهادة للولد وإن سفل ولا للوالد وإن علا لقوله عليه السلام: "لا تقبل شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا السيد لعبده ولا العبد لسيدته ولا الشريك لشريكه ولا الأجير لمن استأجره"⁹¹⁸ ولأن المنافع متصلة بينهم حتى لا يجوز دفع الزكاة إليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه **(ولا لعبده)** لما روينا ولأنه شهادة لنفسه من كل وجه إذا لم يكن على العبد دين أو من وجه إن كان عليه دين **(ومكاتبه)** لأن إكسابه له من وجه **(ولا للزوج والزوجة)** لما روينا **(ولا أحد الشريكين للآخر فيما هو من شركتهما)** لما روينا ولأنها شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما وقيد بقوله فيما هو من شركتهما لأنه يقبل للشريك في غير مال الشركة **(ولا تقبل شهادة مخنث)** لأنه فاسق هذا إذا كان يُخنثه باختياره بأن يتشبه في الفعل والقول أو يجعل نفسه محلا للوطء وأما المخنث الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسّر خلقة ولم يشغل بفعل الردي فهو عدل مقبول الشهادة

(ولا نائحة ومغنية) لأنها يرتكبان محرما فإنه عليه السلام نهى عن الصوتين الأحقين النائحة والمغنية⁹¹⁹ والمراد بالنائحة التي تنوح في مصيبة غيرها ولا فرق بين أن يكون بالمال أو بدونه وأما التي تنوح في مصيبتها فلا تسقط

⁹¹⁵ سورة النور، الآية: 4.

⁹¹⁶ سورة النور، الآية: 5.

⁹¹⁷ سورة النور، الآية: 4.

⁹¹⁸ ابن أبي شيبة، 4 / 325.

⁹¹⁹ الترمذي، "الجنائز" 25.

عدالتها **(ولا من يغني للناس)** لأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة ولا تكرر لأن ذا عام والأول مخصوص بالمرأة وإنما قال للناس لأن من يغني لدفع الوحشة من نفسه لا تسقط عدالته **(ولا مدمن الشرب على اللهو)** أي ولا تقبل شهادة مداوم شرب الأشربة المحرمة لأنه ارتكب محرّم دينه فأما الأشربة التي لا تحرّم فإدمانها لا تسقط الشهادة ما لم يسكر بل إدمان السكر يسقط وقد ذكر أن المراد الإدمان في النية وهو أن يشرب ويكون غرضه أن يشرب كلما وجد وقال السرخسي رحمه الله شرط مع ذلك أن يظهر ذلك للناس أو يخرج سكران فيسخر منه الصبيان حتى إن شرب الخمر في السر لا يسقط عدالته وقيد بقوله على اللهو لأن شرب الخمر إن كان لدفع العطش أو للتداوي بأن قال الأطباء لا علاج لمرضك إلا الخمر لا تسقط العدالة **(ولا من يلعب الطيور)** لأنه يورث غفلة ولأنه قد يقف على عورات النساء بصعوده سطحه ليُطَيّر طيره **(ولا من يفعل كبيرة يوجب الحد)** كالزنا والسرقة وأكل مال اليتيم للفسق **(ولا من يأكل الربا)** لأنه حرام وشرط بعضهم الإدمان عليه لأن الإنسان قلّ ما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربا **(أو يقامر بالشطرنج)** بكسر الشين لأنه حرام أما نفس اللعب فلا يسقط العدالة لمكان الاجتهاد **(أو تفوته الصلاة بسببه)** أي بسبب اشتغاله بالشطرنج واللاعب بالنرد مردود الشهادة على كل حال قامر أو لم يقامر فاتت الصلاة به أو لا لقوله عليه السلام: "ملعون من لعب بالنرد"⁹²⁰ **(أو يدخل الحمام بغير إزار)** لفسقه بإبداء عورته قال ألا يا عباد الله خافوا إلهكم فلا تدخلوا الحمام إلا بمئزر **(أو يفعل فعلا مستخفا)** وهو الفعل الذي يُنسب فاعله إلى السحق وهو ضعيف الرأي **(كالبول والأكل على الطريق)** لأنه يسقط المروّة فلا يتحاسبى عن الكذب وقوله على الطريق متعلق بهما **(ولا من يظهر سبّ السلف)** السلف جمع سالف وهو الماضي أي ولا تقبل شهادة من يُظهر سب الصحابة والتابعين والعلماء المجتهدين الماضين رضوان الله عليهم أجمعين لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وفي المثل مثل أصحاب رسول الله وسابعهم كمثّل أصحاب الكهف وثامنهم وثامنهم الكلب كذلك ذام أصحاب رسول الله كلب سابعهم أي ذامهم **(ولا شهادة العدو إن كانت العداوة بسبب الدنيا)** لأنها حامل على الكذب فيتهم **(وتقبل)** شهادته **(إن كانت)** العداوة **(بسبب الدين)** كأهل الهواء لأن الحامل على العداوة الدين وأنه مانع من الكذب ويتحقق العداوة بأن يعلم فرح العدو بمساءة عدوه والغم بسروره أو يقع بينهما تقاذف

⁹²⁰ أبو داود بلفظ: "من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله" "الأدب" 36.

(وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض) وإن اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تقبل لأنه فاسق قال الله تعالى ﴿والكافرون هم الظالمون﴾⁹²¹ فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمترد ولنا ما روي أن رسول الله عليه السلام: "أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض"⁹²² ولأنه من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لأنه يجنب ما يعتقده محرّم دينه والكذب محذور الأديان بخلاف المرتد لأنه لا ولاية له **(ولا تقبل شهادة المستأمن على الذمي)** لأنه لا ولاية له عليه لأن الذمي من أهل دارنا وهو أعلى منه **(وتقبل شهادة الذمي عليه)** لأن ولايته ثابتة في دارنا على نفسه وأولاده الصغار فتكون ثابتة في جنسه **(وتقبل شهادة الأقف)** لأن ترك السنة لا يوجب الفسق إلا إذا تركه رغبة عن السنة ولو تركه بعد ما كبر لا يفسق لأنه تركه صيانة لمهجته لا رغبة عن السنة **(والخصي)** لأن عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولأنه قطع عضو منه فصار كما إذا قطعت يده **(والخنثي)** لأنه أما رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص وإن كان مشكلا يجعل امرأة في حق الشهادة احتياطا **(وولد الزنا)** لأن فسق الأبوين لا يوجب فسقه ككفرهما وإسلامه إذ الكلام في العدل **(والمعتبر حال الشاهد وقت الأداء لا وقت التحمل)** فوجود المانع من قبول الشهادة مثل الكفر والصبا والجنون والرق والمجور لها مثل الإسلام والبلوغ والعقل والحرية معتبر وقت الأداء لا وقت التحمل لأن كونها حجة على الغير وقت الأداء فيعتبر المانع والمجوز فيه لا غير **(وإذا كانت الحسنات أكثر من السيئات قبلت الشهادة)** ولا بد من اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر لأن الإصرار على الصغائر من الكبائر ولا بد أن يكون صلاحه أكثر من فساده وأن يكون معتاد الصدق مجتنباً عن الكذب صحيح المعاملة مؤدياً للأمانة قليل اللهو والهذيان قال عمر رضي الله عنه "لا تغرنكم طنطنة"⁹²³ الرجل في صلاته انظروا إلى حاله عند درهمه وديناره"⁹²⁴ وأن يكون مجتنباً عن

⁹²¹ سورة البقرة، الآية: 254.

⁹²² ابن ماجه، "الأحكام" 33.

⁹²³ طنطنة

⁹²⁴ رواه ابن أبي الدنيا في "كتاب مكارم الأخلاق"، باب: ما جاء في الأمانة بلفظ: "لا تغرنكم طنطنة الرجل بالليل - يعني صلاته - فإن الرجل وكل الرجل من أمانته إلى من ائتمنه ومن سلم المسلمون من لسانه ويده"؛ وأخرج ابن حجر العسقلاني بلفظ: عن عبد الله ابن عمر أنه سمع عمر يقول لا يعجبنيكم طنطنة الرجل ولكن من أدى الأمانة وكف عن أعراض الناس فهو الرجل" الإصابة، 5/ 116.

الأفعال الخسيسة الدالة على الدناءة أي عدم المروة كالأكل على الطريق والبول عليه وأما الإمام بمعصية فلا يمنع قبول الشهادة لما في اعتبار ذلك من سد باب الشهادة والعبد قلما يسلم عن مآثم ما قال الله تعالى ﴿ولو يؤاخذ الله الناس بما كسبوا ما ترك على ظهرها من دابة﴾⁹²⁵

فصل في الشهادة على الشهادة

(تجوز الشهادة على الشهادة فيما لا يسقط بالشبهة) وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز لتمكن زيادة الشبهة فيها إذ الأخبار إذا تناسختها الألسنة يتمكن فيها زيادة ونقصان وجه الاستحسان شدة الحاجة إليها إذا شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على شهادته أدى إلى إتواء الحقوق وكما تجوز في درجة تجوز في درجات حتى تجوز الشهادة على شهادة الفرع ثم وثم صيانة للحقوق عن الإتواء إلا أن فيها شبهة من حيث البدلية فلا يقبل فيما يدرأ بالشبهات كالحذود والقصاص **(ولا تجوز شهادة واحد)** من الفرع **(على شهادة واحد)** من الأصل لقول على رضي الله عنه: "لا تجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين"⁹²⁶ ولأنه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة **(وتجوز شهادة اثنين على شهادة اثنين)** بأن شهدا على شهادة واحد من الأصل ثم شهدا على شهادة الآخر وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز إلا الأربع على كل أصل اثنان لأن كل شاهدين قائمان مقام واحد فصار كالمراأتين ولنا ما مر من قول علي رضي الله عنه ولأن نقل شهادة الأصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل **(وصفة الأشهاد أن يقول الأصل)** أي يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع **(أشهد على شهادتي أني أشهد أن فلانا) ابن فلان (أقر عندي بكذا)** وأشهدني على نفسه لأن الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل كما مر ولا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله إلى مجلس القضاء وإن لم ⁹²⁷أشهدني على نفسه جاز ولذا لم يذكره المصنف رحمه الله لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة وإن لم يقل أشهد

⁹²⁵ سورة الفاطر، الآية: 45.

⁹²⁶ ابن أبي شيبة، المصنف، 4/ 554.

⁹²⁷ "وإن لم أقل أشهدني"... كذا في الهداية

(ويقول الفرع عند الأداء أشهد أن فلانا أشهدي على شهادته أنه يشهد أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لي أشهد على

شهادتي بذلك) لأنه لا بد من شهادته وذكره شهادة الأصل وذكر التحميل ولها لفظ أطول من هذا وأقصر منه

لكن ذكر الوسط أقرب إلى العدل وخير الأمور أوساطها (ولا تقبل شهادة الفروع إلا إذا تعذر حضور الأصل

مجلس الحكم بموت أو مرض أو سفر) لأن جوازها للحاجة وإنما تمس عند عجز الأصل وهذه الأشياء تحقق

العجز أما الموت فظاهر وأما المرض فالمراد به مرض لا يستطيع معه حضور مجلس القضاء وأما السفر فمقدر

بثلاثة أيام لأن بعد المسافة عذر والشرع قد اعتبر ذلك في المدة حتى رتب عليها كثيرا من الأحكام وعن أبي يوسف

رحمه الله تكفي مسافة أن غدا لا يبيت إلى أهله إحياء لحق الناس وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله

(فإن عدلهم) الأصول (شهود الفرع جاز) لأنهم من أهل التزكية وكذا إذا شهد اثنان فعدّل أحدهما الآخر صح

لما قلنا (وإن سكتوا عنهم جاز) أي وإن سكت الفروع عن تعديل الأصول فإن ثبتت عدالتهم تقبل شهادة

فروعهم وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وهو الصحيح وعند محمد رحمه الله لا تقبل إذ لا شهادة إلا بالعدالة فإذا

لم يعرف الفرع عدالة الأصل لم تقبل شهادته فلا تقبل شهادة الفرع قلنا لا تشترط معرفة الفروع عدالة الأصل

بل يشترط أن يثبت ذلك عند القاضي فإن ثبت عنده يقبله وإلا فلا كذا في شرح الوقاية

(وإذا أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة الفروع) ومعنى المسئلة أنهم قالوا مالنا شهادة في هذه الحادثة

وماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة أما مع حضرتهم فلا يلتفت إلى شهادة الفروع

وإن لم ينكروا وهذا لأن التحميل شرط وقد فات للتعرض بين الخبرين

(والتعريف يتم بذكر الجد أو الفخذ) لأن التعريف لا بد منه ولا يحصل إلا بما ذكرنا لأن النسبة إلى القبيلة كبن

تميم لا يحصل به التعريف لأنهم لا يحصون فلا بد من التعريف بالفخذ وهي القبيلة الخاصة وكذا ذكر الأب لأن

كثيرا ما يقع الاشتراك في اسم الإنسان واسم أبيه أما الاشتراك مع ذلك في اسم الجد فنادر فحصل به التعريف

(ولا بد من نسبة خاصة) حتى يحصل المقصود وهو التعريف (فالنسبة إلى المصير والمحلة الكبيرة عامة) لأنهم لا

يحصون

(وإلى السكة الصغيرة خاصة) قال صاحب الكشاف في قوله تعالى ﴿وجعلناكم شعوبا وقبائل﴾⁹²⁸ الشعب الطبقة الأولى من طبقات النسب التي عليه العرب الشعب والقبيلة والعمارة والبطن والفخذ والفصيلة فالشعب تجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة تجمع البطون والبطون تجمع الأفخاذ والفخذ تجمع الفصائل خزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسميت الشعوب لأن القبائل تشعبت منها ثم إن الفخذ بإسكان الحاء وأما الفخذ الذي بمعنى العضو فيكسر فيه الحاء ويسكن

باب الرجوع عن الشهادة

وفي أكثر النسخ كتاب الرجوع عن الشهادة وهذا لأن الرجوع عنها لما كان مباينا لها لُقِّبَ بالكتاب لا بالباب ثم له ركن وهو قول الشاهد شهدت بزور وشرط وهو أن يكون عند القاضي وحكم وهو وجوب التعزير والضمان معه أن رجع بعد القضاء وكان المشهود به مالا وقد أزاله بغير عوض **(ولا يصح)** الرجوع عنها **(إلا في مجلس الحكم)** لأنه فسخ للشهادة فيختص بما يختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي أي قاض كان ولأن الرجوع توبة والتوبة بحسب الخيانة فالسر بالسر والإعلان بالإعلان **(وإن رجعوا قبل الحكم بها سقطت)** لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض **(وبعده)** أي وإن رجعوا بعد الحكم بها **(لم يفسخ الحكم)** لأن الشهادة والرجوع عنها سواء في احتمال الصدق والكذب إلا أن الأول ترجح بالقضاء فلا ينقض بالثاني **(وضمنوا ما أتلّفوه بشهادتهم)** لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان وهو الشهادة الباطلة والتناقض لا يمنع ثبوت حكم إقراره على نفسه **(فإن شهدا بإل فقصي به وأخذه المدعي ثم رجعا ضمناه للمشهود عليه)** لأن التسييب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد سببا للإتلاف تعديا وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لأنه لا عبرة للسبب عند وجود المباشر قلنا تعذر إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لأنه كالمُلجأ إلى القضاء وفي إيجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لأن الحكم ماض فاعتبر التسييب وإنما يضمنان إذا قبض المدعي المال ولذا قال وأخذه المدعي لأن الإتلاف به يتحقق **(وإن رجع أحدهما ضمن النصف والعبرة في الرجوع لمن بقي)** من الشهود **(لا لمن رجع)** منهم هذا هو الأصل في الباب ألا يرى أنه إذا بقي من يقوم به الحق لا اعتبار برجوع من رجع وقد بقي هنا من يقوم بشهادة نصف الحق فيضمن الراجع النصف لأنه أتلّفه

⁹²⁸ سورة الحجرات، الآية: 13.

(ولو كانوا ثلاثة فرجع واحد لا شيء عليه) لبقاء من يبقى بشهادة جميع الحق (فإن رجع آخر ضمنا النصف) أي ضمن الراجعان النصف إليه لأنه بقي على الشهادة من يبقى به نصف الحق فإن قلت ينبغي أن يضمن الراجع الثاني فقط لأن التلف أضيف إليه قلت التلف يضاف إلى المجموع إلا أن رجوع الأول لم يظهر أثره لمانع وهو بقاء من يبقى فإذا رجع الثاني ظهر أن التلف بهما (ولو شهد رجل وامرأتان فرجعت واحدة) فعليها ربع المال لأنه بقي على الشهادة من يبقى به ثلاثة أرباع المال وإن رجعتا ضممتا نصفه لبقاء من بقي به نصف المال (شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعوا) أي الرجل والنساء (فعليهن خمسة أسداس الحق وعليه سدسه) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله عليه النصف وعليهن النصف لأن النساء قام مقام رجل⁹²⁹ قال عليه السلام: "في نقصان عقلمن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل"⁹³⁰ فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا (ولو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان على الرجلين خاصة) لأن الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف إليه الحكم (شهدا بنكاح بأقل من مهر المثل ثم رجعا لا ضمان عليهما) أي إذا ادعت امرأة نكاحا على رجل وهو ينكره فشهدا بالنكاح بأقل من مهر المثل ثم رجعا لم يضمننا شيئا وكذا إذا شهدا بمقدار مهر المثل لأنها أوجبا المهر عليه بعوض يزيد عليه أو يعدله وهو البضع لأنه عند الدخول في ملك الزوج متقوم (وإن كان بأكثر من مهر المثل ضمنا الزيادة) أي وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة على قدر مهر المثل لأنها أتلهاها بغير عوض (وفي الطلاق إن كان قبل الدخول ضمنا نصف المهر) أي إذا شهدا أنه طلق امرأته قبل الوطء ثم رجعا ضمنا نصف المهر لأنها أكّدا على الزوج ما كان على شرف السقوط فإن المرأة إذا ارتدت أو قتلت ابن زوجها يسقط عنه المهر فكأنهما ألزماء ذلك (وبعده لا ضمان عليهما) أي ولو شهدا بالطلاق بعد الدخول لا ضمان عليهما لأن المهر تأكد بالدخول لا بشهادتهما (وإذا رجع شهود القصاص ضمنوا الدية) أي وإذا شهد الشهود أن زيدا قتل عمرا بالسلاح فاقتصّ زيد ثم رجعوا ضمنوا الدية ولا قصاص عليهم وقال الشافعي رحمه الله يقتص منهم لوجود القتل تسبيبا فأشبهه المكره لأن كل واحد قاتل تسبيبا هذا أولى لأن الولي يُعان على القتل والمكره يُمنع عنه من جهة الشرع ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لأن السبب ما يفضي إليه غالبا ولا يفضي لأن العفو

⁹²⁹ وإن كثرت يقمن مقام رجل واحد لأنه لا تثبت بهن إلا نصف الحق وله أن كل امرأتين

⁹³⁰ البخاري، "الحيض" 6؛ مسلم، "الإيمان" 132؛ أبو داود، "السنة" 15؛ الترمذي، "الإيمان" 6.

مندوب بخلاف المكره لأنه يؤثر حياته ظاهراً وإذا امتنع القصاص تجب الدية لأن القتل بغير الحق لا يخلو عن أحد الموجبين **(وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا)** لأن التلف أضيف إليهم فإنهم الذين أُلجئوا القاضي إلى الحكم **(وإن رجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع لم يضمنوا)** أي الأصول لأنهم أنكروا التسبب وهو الإشهاد ولا يبطل القضاء للتعارض بين الخبرين ولا ضمان على الفروع أيضاً لأنهم ما رجعوا **(ولا ضمان على شهود الإحصان)** يعني لو شهد أربعة بالزنا وشاهدان بالإحصان فرع شهود الإحصان لم يضمنوا لأن الإحصان شرط محض والحكم يضاف إلى العلة لا إلى الشرط **(وإن رجع شهود اليمين وشهود الشرط فالضمان على شهود اليمين)** صورة المسئلة شهد شاهدان باليمين أي قالاً إنه قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر أو قال لامرأته وهي غير مدخول بها إن دخلت الدار فأنت طالق وشهد شاهدان آخران بوجود الشرط وهو دخول الدار فرع الفريقان بعد الحكم فالضمان وهو قيمة العبد ونصف المهر على شهود اليمين دون الشرط لأن التسبب هو اليمين والتلف يضاف إلى من أثبت السبب دون الشرط فإن القاضي قضى بشهادة شهود اليمين دون شهود الشرط **(وإذا رجع المزكون ضمنوا)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يضمنون لأنهم أثنوا على الشهود خيراً فصاروا شهود الإحصان وله أن التزكية إعمال للشهادة إذ القاضي لا يعمل بها إلا بالتزكية فصار في معنى علة العلة بخلاف شهود الإحصان لأنه شرط محض

كتاب الوكالة

الوكالة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل وهو الحفظ ومنه الوكيل في اسم يقال بمعنى الحافظ ولهذا قالوا إذا قال وكلتك بإي أنه يملك الحفظ فقط فيكون فعلاً بمعنى فاعل وقيل التركيب بدل على معنى الاعتماد والتفويض ومنه التوكّل يُقال على الله توكلنا أي فوّضنا أمرنا إليه والتوكيل تفويض التصرف إلى الغير وسمّي الوكيل به لأن الموكل وكل إليه القيام بأمره أي فوّضه إليه اعتماداً عليه والتوكيل القائم بما فوّض إليه فيكون فعلاً بمعنى مفعول لأنه موكل إليه الأمر وهي مشروعة بالكتاب قال الله تعالى ﴿فابعثوا أحدكم بورككم هذه إلى المدينة﴾⁹³¹ أخبره الله تعالى عن أصحاب الكهف أنهم وكلوا أحداً منهم بشراء الطعام وما قصّ الله تعالى عن الأمم الماضية بلا إنكار

⁹³¹ سورة الكهف، الآية: 19.

يكون شريعة لنا وبالسنة فقد وكل رسول الله عليه السلام حكيم بن حزام لشراء الأضحية⁹³² وعليه تعامل الناس من لدن الصدر الأوّل إلى يومنا هذا من غير نكير ولأن الإنسان قد يعجز عن مباشرة بعض الأفعال بنفسه فيحتاج إلى التوكيل فوجب أن يشرع دفعاً للحرص **(ولا يصح حتى يكون الموكل ممن يملك التصرف)** لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد أن يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره قيل هذا ليس بشرط عند أبي حنيفة رحمه الله لأن توكيل المسلم ذميّاً ببيع الخمر وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد جائز عنده ويمكن أن يراد به أن يكون الموكل ممن يملك أصل التصرف وإن امتنع في بعض الأشياء بعارض النهي ثم عطف على قوله يملك التصرف قوله **(وتلزمه الأحكام)** لأن المراد من الأسباب أحكامها فإذا كان ممن لا يثبت له الحكم لا يصح توكيله وهذا احتراز عن الوكيل فإنه لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك إذ الوكيل بالشراء لا يملك المشتري والوكيل بالبيع لا يملك الثمن فلذلك لا يصح توكيله وقيل هذا احتراز عن الصبي والعبد المحجورين فإنها لو اشترى شيئاً لا يملكه فلذلك لم يصح توكيلهما **(والوكيل)** عطف على قوله الموكل ممن **(يعقل العقد)** أي يعرف أن الشراء جالب للمبيع وسالب للثمن والبيع على عكسه ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش **(ويقصده)** أي يقصد بمباشرة السبب ثبوت الحكم لا الهزل وهذا لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد أن يكون من أهل العبارة وأهلية العبارة تكون بالعقل فلا يصح وكالة الصبي الغير العاقل والمجنون **(وكل عقد جاز أن يعقده بنفسه جاز أن يوكل به)** لما ذكرنا من الحاجة وذلك كالبيع والشراء والإجارة والنكاح والطلاق والخلع والإعارة والاستعارة والهبة والصدقة والإيداع وتقاضي الديون والرهن والارتهان والإقراض فإن قيل الوكيل جاز أن يعقد بنفسه ولا يجوز أن يوكل قلنا المراد كل عقد جاز أن يعقده بطريق الاستبداد فالوكيل ليس بمستبد في التصرف فلا يرد نقضا **(فيجوز بالخصومة في سائر الحقوق)** أي فيجوز التوكيل بالدعوى في جميع الحقوق لما ذكرنا من الحاجة لأنه لا يعرف ذلك كل أحد والسائر بمعنى الجميع يقال سائر القوم أي جميعهم ويحيى بمعنى الباقي فقد ذكر في الفائق أنه اسم فاعل من سار إذا بقي ومنه السور كذا في الكشف **(وإيفائها واستيفائها)** لما ذكرنا الإيفاء الأداء والاستيفاء القبض

⁹³² الترمذي، "اليوع" 34.

(إلا الحدود والقصاص فإنه لا يجوز استيفاءها مع غيبة الموكل) عن المجلس لأنها تندري بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف ما إذا حضر لانتفاء هذا الاحتمال وإنما وضع المسئلة في الاستيفاء لأن التوكيل بإثبات الحدود والقصاص جائز عند أبي حنيفة رحمه الله ثم يستوفي الموكل وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجوز لأن الوكالة نيابة فيحترز عنها في هذا الباب كالشهادة على الشهادة وله أن الخصومة شرط محض لأن الوجوب مُضاف إلى الجنائية والظهور إلى الشهادة فيجزئ فيه التوكيل كما في سائر الحقوق

(ولا يجوز) التوكيل (بالخصومة) سواء كان من جانب المدعي أو من جانب المدعى عليه (إلا برضي الخصم) وقالوا رحمهم الله يجوز بغير رضاه ومعناه أنه لا يجب على الخصم إجابة الوكيل عنده وعندهما يجب لهما ما روي عن علي رضي الله عنه أنه وكل بالخصومة مطلقاً ولأنه توكيل بحق فيجوز كالتوكيل باستيفاء الدين وله أن الناس يتفاوتون في الخصومة فلعل الوكيل يكون أشد خصاماً وأكثر احتجاجاً فيتضرر الخصم بذلك فلا يلزمه إلا برضاه **(إلا أن يكون الموكل مريضاً أو مسافراً أو مُحْدَرَةً)** وهي التي لا تراها غير المحارم من الرجال فإن توكيل هؤلاء بالخصومة يجوز بغير رضي الخصم بالاتفاق للضرورة **(وكل عقد يُضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة والصلح عن إقرار يتعلّق حقوقه به)** أي بالوكيل لا بالموكل خلافاً للشافعي رحمه الله **(من تسليم المبيع)** إذا كان وكيلاً بالبيع **(ونقد الثمن)** إذا كان وكيلاً بالشراء **(والخصومة في العيب وغير ذلك)** كالرجوع بالثمن عند الاستحقاق لأن كل ذلك من الحقوق له أن الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلّق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدمياً لا لكونه وكيلاً وكذا حكماً لأنه يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ولو كان سفيراً عنه ما استغنى عنه كالرسول وإذا كان كذلك كان أصلاً في الحقوق فيتعلّق به اعلم أنه يجب أن يُعلم أن الحقوق نوعان حق يكون للوكيل وحق يكون على الوكيل ففي النوع الأوّل قبض المبيع ومطالبة ثمن من المشتري والمخاصمة في العيب والرجوع بثلث المستحق للوكيل ولاية هذه الأمور لكن لا يجب عليه فإن أبى لا يجبره الموكل على هذه الأفعال لأنه متبرّع في العمل بل يوكل الموكل لهذه الأفعال وإن مات الوكيل فولاية هذه الأفعال لورثته فإن أبوا وگّلو موكل مورثهم وعند الشافعي رحمه الله للموكل ولاية هذه الأفعال بلا توكيل من الوكيل أو وارثه وفي النوع الآخر الوكيل مدعى عليه فللمدعي أن يجبر الوكيل على تسليم المبيع وتسليم الثمن وأخواتها كذا في شرح الوقاية لصدر الشريعة رحمه

(إلا الصبي والعبد المحجورين فيجوز عقودهما) ولا يتعلّق بهما الحقوق (ويتعلّق حقوقهما بموكلهما) لأنها من أهل التصرف حتى لو كانا مأذونين جاز على ما مرّ في الحجر وإنّما لا يتعلّق الحقوق بهما لأنها ليسا من أهل التبرّعات والتزام العُهد لقصور أهلية الصبي ولحق السيّد فتلزم الموكل وفي قوله المحجورين إشارة إلى أنها لو كانا مأذونين يتعلّق بهما الحقوق (وإذا سلّم) الوكيل (المبيع إلى الموكل لا يرده بعيب إلا بإذنه لأنه) انتهى حكم الوكالة ولأن فيه إبطال يده الحقيقة فلا يمكن منه إلا بإذنه (وللمشتري أن يمتنع من دفع الثمن إلى الموكل) أي إذا باع الوكيل بالبيع ثم طالب الموكل المشتري بالثمن يجوز للمشتري أن يمنع الثمن إياه ولا يدفعه إليه لما بينا أن الحقوق راجعة إلى الوكيل فهو أجنبي من العقد (فإن دفعه إليه جاز) لأن نفس الثمن المقبوض حق الموكل وقد وصل إليه (وكل عقد يضيفه إلى موكله فحقوقه يتعلّق بموكله) فلا يطالبُ وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة بتسليمها (والخلع والصلح عن دم العمد) بناء على أن الوكيل في هذه العقود سفير محض حتى لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ولو أضافه إلى نفسه وقع النكاح له فصار كالرسول وهذا لأن الحكم لا يقبل الفصل عن السبب لأنها من قبيل الإسقاطات أمّا غير النكاح فظاهر وكذا النكاح لأنها تسقط ماليتها بعقد النكاح والساقط يتّلاشى فلا يتصوّر أن يكون السبب صادراً من شخص على سبيل الأصالة والحكم واقع لغيره فجعلناه سفيراً بخلاف البيع فإن حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار فجاز أن يصدّر السبب من شخص أصالة ويقع الحكم لغيره خلافاً (والعتق على مال والكتابة والصلح عن إنكار) قيّد به لأن الصلح عن إقرار بمنزلة البيع (والهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن والإقراض) فإن الحكم في هذه الأشياء يثبت بالقبض وأنه يلاقي محلاً مملوكاً للغير فكان سفيراً وإنّما وُضع المسئلة في الإقراض لأن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك فيه للموكل بخلاف الرّسالة فيه (والشركة والمضاربة) فإن الوكيل فيهما يضيف العقد إلى الموكل لا إلى نفسه قال صدر الشريعة رحمه الله في شرح الوقاية اعلم أن في هذه الأمثلة نظراً في أنها تضاف إلى الوكيل أو الموكل أمّا البيع والإجارة فلا شكّ أنها مستغنيان عن ذكر الموكل فيهما من القسم الأوّل والنكاح والخلع لا يستغنيان عنه فيهما من القسم الثاني وأمّا الصلح فلا فرق فيه بين أن يكون عن إقرار وإنكار في الإضافة فإن زيداً إذا ادّعى داراً على عمرو فوكل عمرو وكيلاً على أن يصلح بمائة فيقول زيد صالحت عن دعوى الدار على عمرو بمائة ويقبل الوكيل هذا الصلح يتم الصلح سواء كان عن إقرار أو إنكار إلا أنه إذا كان عن إقرار يكون كالبيع

فيرجع الحقوق إلى الوكيل كما في البيع فتسليم بدل الصلح على الوكيل وإذا كان عن إنكار يكون فداء يمين في حق المدعى عليه فالوكيل سفير محض فلا يرجع إليه الحقوق

فصل في الوكالة بالبيع والشراء

الأصل فيه أن الجهالة ثلاثة فاحشة وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق وهي يمنع صحة الوكالة وإن لم يبين الثمن لأن الوكيل لا يقدر على الامتثال ويسيرة وهي جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والفرس والبغل والثوب الردي فإنها لا يمنع صحة الوكالة إن لم يبين الثمن لأنه يمكن دركها بحال الموكل وجهالة متوسطة وهي بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد أو أمة أو دار فإن يبين الثمن أو النوع يصح ويجعل ملحقاً بجهالة النوع وإن لم يبين الثمن أو النوع لا يصح ويلحق بجهالة الجنس لأنه يمنع الامتثال على الوكيل (ومن وكل رجلاً بشراء شيء ينبغي أن يذكر صفته) ككون العبد تركياً أو هندياً والثوب هروياً أو مروياً فالمراد من الصفة النوع وجنسه ككونه عبداً أو ثوباً (أو مبلغ ثمنه) فلو قال اشتر لي عبداً تركياً ولم يبين ثمنه أو قال اشتر لي عبداً بألف درهم ولم يبين نوعه تصح الوكالة لأنه جهالة يمكن دركها بالنظر إلى حال الموكل هذا هو المراد ولكنه لا يفهم من عبارة المصنف رحمه الله فلو قال ينبغي أن يذكر جنسه وصفته أو جنسه ومبلغ ثمنه لكان ظاهراً وموافقاً للكتب (إلا أن يقول) الموكل (له ابتع لي ما رأيت) لأنه فوض الأمر إلى رأيه فأى شيء اشتراه كان مؤتمراً (وإن وكله بشراء شيء بعينه) بأن قال اشتر لي هذا الشيء (ليس له أن يشتريه لنفسه) لأنه يؤدي إلى تغيير الأمر حيث اعتمد عليه ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه إلا بمحض من الموكل ولو اشتراه لنفسه فهو للأمر دفعاً للغرور (فإن اشتراه بغير النقدين) بأن اشتراه بالكيل والموزون وقد أمره الموكل بالشراء بالنقدين (أو بخلاف ما سمي له من جنس الثمن) كما إذا وكله بأن يشتري بألف درهم فاشتراه بعشرين ديناراً (أو وكل آخر بشرائه) أي وكله الوكيل رجلاً آخر بشراء الشيء الذي عينه موكله فاشترى الوكيل الثاني بغير حضرة الأول (وقع الشراء له) أي وقع الشراء للوكيل الأول في هذه الوجوه لأن الوكيل خالف أمر أمره فنفذ العقد عليه وإنما قيّدنا بقولنا بغير حضرة الأول لأنه لو اشترى الثاني بحضرة الأول يقع الشراء للموكل لحضور رأيه في ذلك الشراء فلم يكن مخالفاً له (وإن كان بغير عينه) أي وإن كان الشيء الموصوف الذي وكله بشرائه غير معين (فاشتراه) الوكيل (فهو له) أي للوكيل

(إلا أن يدفع الثمن من مال الموكل أو ينوي الشراء له) أي للموكل وهذه المسئلة على وجوه إن أضاف العقد إلى دراهم الأمر أو نقد الثمن من مال الأمر فيقع للأمر عملاً بالظاهر وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه حملاً لحاله على ما يحل له شرعاً أو يفعله عادة إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مُستنكر شرعاً وعرفاً وإن أضافه إلى مطلق الدراهم فإن نواه للأمر فهو له وإن نواه لنفسه فلنفسه لأن له أن يعمل لنفسه ويعمل للأمر وإن تكاذبا في النية يحكم النقد بالإجماع لأنه دليل وإن توافقا على عدم النية قال محمد رحمه الله للعائد عملاً بالأصل وقال أبو يوسف رحمه الله يحكم النقد لاحتمال الوجهين

(والوكيل في الصرف والسلم يعتبر مفارقتة لا مفارقة الموكل) اعلم أنه يجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لأنه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به وإنما يُعتبر مفارقة الموكل لأن المستحق قبض العاقد والعاقد هو الوكيل فلو فارق صاحبه قبل القبض بطل العقد لفوات شرط صحته هذا إذا لم يكن الموكل حاضراً في مجلس العقد فإن كان حاضراً فيه لا يضره مفارقة الوكيل والمراد بالسلم الإسلام وهو أن يوكل رجلاً لِيُسَلِّمَ دراهم معدودة في كَرْبُرٍ أما لو وكل المسلم إليه رجلاً بقبول الثمن فإنه لا يجوز توكيله وذلك لأن التوكيل بقبول السلم توكيل بما لا يملك الموكل بنفسه بقضية الأصل لأن قبول السلم بيع ما ليس عند الإنسان مما لا يملكه الموكل بنفسه وكان القياس أن لا يجوز لو قبل الموكل بنفسه كما في بيع العين إذا باع ما لا يملك لكن عرفنا ذلك بالنص فإن النبي عليه السلام رخص في السلم والرخصة وردت في بيع ما ليس عنده لا في الأمر ببيع ما ليس عنده ففي الأمر ببيع ما ليس عنده يكون العبرة للقياس والقياس يأبى جواز الأمر ببيع ما عنده بخلاف التوكيل بالشراء حيث يصح وإن لم يكن الثمن في ملكه لأن الشراء بما ليس عند الإنسان جائز على موافقة القياس فكان الأمر به جائزاً على موافقة القياس أيضاً وهذه زُبْدَةُ مُستخرجة من بحر المحيط يجب حفظها **(وإن دفع إليه)** أي وإن دفع الموكل إلى الوكيل

(دراهم ليشتري له بها طعاماً فهو على الحنطة ودقيقها) لأن الطعام متى ذكر مقروناً بالشراء يراد به الحنطة ودقيقها عرفاً والثابت عرفاً كالثابت نصاً **(وقيل إن كانت)** الدراهم **(كثيرة فعلى الحنطة وقليلة على الخبز ومتوسطة على الدقيق)** اعتباراً بالعرف أيضاً **(وإن دفع الوكيل الثمن من ماله فله حبس المبيع حتى يقبض الثمن)** لأنه بمنزلة البائع من الموكل حكماً حتى يردّ الموكل على الوكيل بالعيب ولو اختلفا في الثمن تحالفا **(فإن حبسه)** أي فإن حبس الوكيل المبيع لاستيفاء الثمن وهلك المبيع عند الوكيل

(فهو كالمبيع) عند محمد رحمه الله وهو قول أبي حنيفة رحمه الله وكالمرهون عند أبي يوسف رحمه الله وكالمغصوب عند زفر رحمه الله لأنه صار غاصباً بحبس ما ليس بحبسه ولأبي يوسف رحمه الله أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن مضموناً وهو الرهن بعينه ولهما أنه بمزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيُسقط كل الثمن بهلاكه مثلاً إذا كان الثمن خمسة عشر وقيمة المبيع عشرة يرجع الوكيل بخمسة على الموكل عند من يقول بضمان الرهن ولا يرجع عند من يقول بضمان المبيع ولو كان الثمن عشرة وقيمة المبيع خمسة عشر يرجع الموكل على الوكيل بخمسة عند من يقول بضمان الغصب ولا يجب شيء عند من يقول بضمان الرهن أو المبيع

(وإن وكله بشراء عشرة أرتال لحم بدرهم فاشترى عشرين مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل عشرة) أي عشرة أرتال **(بنصف درهم)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يلزم الموكل عشرون بدرهم قوله مما يُباع أي من اللحم الذي يباع منه عشرة بدرهم قيد به لأنه لو اشترى عشرين من اللحم الذي يُساوي عشرون منه بدرهم يصير مشترياً لنفسه اتفاقاً لأنه كان مأموراً بشراء السمين فخالفه واشترى الهزيل فلا يلزمه لهما أنه أمره بصرف الدرهم إلى اللحم فصرفه وزاده خيراً كما إذا وكله ببيع عبد بألف فباعه بألفين وله أنه أمره بشراء عشرة ولم يأمره بشراء الزيادة فنفذ شراؤه عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهدا به لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له **(والوكيل بالمبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والنسيئة)** والمراد بالنسيئة البيع بالثمن المؤجل **(وبالعرض)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يجوز إلا بمثل القيمة حالاً أو بما يتغابن فيه ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير لأن الأمر عند الإطلاق ينصرف إلى المتعارف والمتعارف البيع بثمن المثل والنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والأضحية بأيام النحر والشتاء والصيف وله أنه وكله بمطلق البيع وقد أتى به فيجوز إلا عند التهمة على أن البيع بالغبن أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة رحمه الله على ما هو المروي عنه **(ويأخذ)** أي يأخذ الوكيل بالمبيع

(بالثمن رهناً وكفياً) لأن حق استيفاء الثمن للوكيل والرهن والكفالة يؤكدان الاستيفاء فيملكها الوكيل **(ولا يصح ضمانه)** أي ضمان الوكيل بالمبيع **(بالثمن عن المشتري)** معناه لا تصح كفالة الوكيل بثمن ما باع عن المشتري لأن الحقوق ترجع إليه فيكون مطالباً ومطالباً وأنه محال **(والوكيل بالشراء لا يجوز شراؤه إلا بمثل القيمة وزيادة يتغابن فيها)** ولا يجوز فيما لا يتغابن الناس في مثله لأن التهمة فيه متحققة فعلمه اشتراه لنفسه فإذا لم يوافقه أحقه بغيره ولا يمكن مثل هذه التهمة في الوكيل بالمبيع حتى لو كان وكيلاً بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الأمر

لأنه لا يملك شرائه لنفسه وهذا الحرف يصلح فرقا لأبي حنيفة رحمه الله بين البيع والشراء **(وهو ما يدخل)** أي الزيادة التي يتغابن فيها **(تحت تقويم المقومين)** فلو قومه عدل بعشرة وعدل آخر بمائة وآخر سبعة فما بين العشرة والسبعة داخل تحت تقويم المقومين أما الزائد في الشراء والناقص في البيع فلا **(وقدروه)** أي الزيادة التي يتغابن فيها **(في العروض في العشرة بزيادة نصف درهم وفي الحيوان درهم وفي العقار درهمين)** لأن قلة الغبن وكثرته بقلة التصرف وكثرته والتصرف في العروض أكثر ثم في الحيوان ثم في العقار **(ولو وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يجوز لما فيه من تعيينه بالشركة وله أنه لو باع جميعه بهذا القدر جاز فهذا أولى ولو باع باقيه قبل أن يختصما جاز عندهما لأن بيع البعض قد يكون وسيلة إلى بيع الباقي بأن لم يجد من يشتريه جملة **(وفي الشراء يتوقف)** أي ولو وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف **(فإن اشترى باقيه)** قبل أن يختصما **(جاز)** وهذا بالاتفاق والفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين البيع والشراء أن في الشراء تهمة وهي أنه اشترى لنفسه ثم ندم فيلقيه على الموكل ولا تهمة في البيع فيجوز لأن الأمر ببيع الكل يتضمن بيع النصف لأنه ربما لا يتيسر بيع الكل دفعة **(ولا يعقد الوكيل)** بالبيع والشراء **(مع من لا تقبل له شهادته)** وهو أصوله وفروعه وزوجته ومملوكه وشريكه وقالوا رحمهما الله يجوز بيعه منهم بمثل القيمة وبما يتغابن به إلا من عبده ومكاتبه لأن التوكيل مطلق ولا تهمة إذ الأملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لأنه يبيع من نفسه لأن ما في يد العبد للمولى وكذا المكاتب لأن له في إكسابه حقا وبالعجز يكون له حقيقة فمعاملته معها تكون مُعاملَةً من وجهٍ فلا تجوز وله أن مواضع التهمة مُستثناة عن الوكالات وهذه مواضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعاً من نفسه من وجهٍ **(إلا أن يبيعه بأكثر من القيمة)** أي إلا أن يبيع الوكيل ما وكل به ممن لا تقبل شهادته بأكثر من قيمته لأنه يبيع خالٍ عن التهمة **(وليس لأحد الوكيلين أن يتصرف دون رفيقه)** وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي كالخلع والبيع وغير ذلك لأن الموكل رضي برأيها لا برأي أحدهما والبدل وإن كان مُقدَّراً ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري **(إلا في الخصومة)** فإنه لا يشترط حضرة صاحبه لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج إليه سابقاً لتقويم الخصومة **(والطلاق والعتاق بغير عوضٍ)** متعلق بهما **(وردّ الوديعة وقضاء الدين)** لأن هذه الأشياء لا يُحتاج فيها إلى الرأي بل هو تعبير محض وعبرة المثنى والواحد سواء **(وليس للوكيل أن يوكل)** أي فيما وكل به لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل به وهذا لأنه ما رضي إلا برأيه والناس يتفاوتون في الآراء فلا يكون رضاه برأيه رضي برأي غيره

(إلا بإذن الموكل) فحينئذٍ له أن يوكل غيره لوجود الرضي **(أو بقوله اعمل برأيك)** لأنه فوّض إلى رأيه مطلقاً وأجاز ما صنّعه وتوكل الثاني من صنّعه فيدخل تحت الإجازة **(فإن وكل بإذنه فهو وكيل الموكل)** لأنه يعمل له فلا ينعزل بعزل الوكيل الأوّل ولا بموته **(وإن وكل بغير إذنه فعقد الثاني بحضرة الأوّل أو غيبته فأجاز جاز)** أي وإن وكل الوكيل بغير إذن الموكل فعقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الأوّل أو غيبته فأجاز الوكيل الأوّل تصرف الوكيل الثاني جاز لأن المقصود حضور رأى الأوّل وقد حضر وكذا لو باع أجنبي فبلغه فأجازه لأنه حضر رأيه **(وللموكل عزل وكيله)** لأن الوكالة حقّه فله أن يُبطلها إلا أن يتعلّق بها حق الغير كالوكالة المشروطة في بيع الرهن فليس له عزله لما فيه من إبطال حق الغير **(ويتوقّف على علمه)** أي ويتوقف عزله على علم الوكيل وقال الشافعي رحمه الله لا يُشترط علمه بل يُنعزل بدونه كما لو باع الموكل ما وكله ببيعه ينعزل وإن لم يعلمه ولنا أن العزل نهي فلا يثبت حكمه بدون العلم كالنهي الشرعي بخلاف بيع الموكل لأن العزل فيه ضمنيّ

(وتبطل الوكالة بموت أحدهما وجنونه) أي بجنون أحدهما **(جنوناً مطبقاً)** بكسر الباء أي مُستوعباً من قولهم أطبق الغيم السماء إذا استوعبها **(ولحاقه بدار الحرب)** مُرتداً لأن الوكالة عقد جائز غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء فيُشترط قيام الأمر في كل ساعة وبهذه العوارض يبطل أمره فتبطل الوكالة ضرورةً وقيد الجنون بالمطبق وحده شهرٌ عند أبي يوسف رحمه الله وحولٌ عند محمد رحمه الله وهو الصحيح لأن قليله كالإغناء لا تبطل الوكالة **(وإذا عجز المكاتب عن)** أداء بدل الكتابة **(أو حجر المأذون أو افترق الشريكان)** سواء كانت الشركة مفاوضةً أو عناناً وسواء وكل كلاهما ثالثاً أو أحدهما **(بطل توكيلهم)** أي توكل المكاتب والمأذون والشريك وذلك لأن هذه العوارض لم يبق للموكل مال وانتقل إلى غيره فيقع تصرف الوكيل في مال الغير بغير إذنه فلا يجوز وصار كالموت كذا في شرح المصنّف رحمه الله **(وأن يعلم به الوكيل)** لأن هذا عزل حُكمي والعلم شرط للعزل القصدي

(وإذا تصرف الموكل فيما وكل به بطلت الوكالة) سواء لم يبق محلاً للتصرف كما إذا وكله بالإعتاق فأعتق أو بقي محلاً كما لو وكله بنكاح امرأة فنكحها الموكل ثم أبانها لم يكن للوكيل أن يزوجه الموكل وهذا لأنه لما فعل ذلك الشيء بنفسه تعدّر على الوكيل ذلك الفعل فتبطل الوكالة ضرورةً **(والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يكون خصماً وهو رواية عنه وثمره الخلاف تظهر فيما إذا أقام المدعى عليه البيّنة أن ربّ الدين استوفاه منه أو أبرأه تقبل بيّنته عنده خلافاً لهما. لهما أنه ليس كل من يصلح للقبض يعرف الخصومة ويهتدي إلى المحاكمة فلا يكون الرضي بالقبض رضا بالخصومة وله أنه وكله بالتملّك لأن الديون تقضى

بأمثالها إذا قبض الدين نفسه لا يتصور إلا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة ولما كان الوكيل بقبض الدين وكيلاً بتمليك الدين وتملك العين كان وكيلاً بالمبادلة والمعاوضة فيكون أصيلاً في حقوق المبادلة فيكون خصماً فيها وقيد بقبض الدين لأن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة بالإجماع وهذا قوله **(وبقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة)** لأن قبض العين ليس بمبادلة فأشبه الرسول فلو برهن ذو اليد على الوكيل بالقبض أن الموكل باعه من ذي اليد وقف الأمر حتى يحضر الغائب **(والوكيل بالخصومة وكيل بالقبض)** عند علمائنا الثلاثة **(خلافاً لزفر رحمه الله)** هو يقول رضي بخصومته لا بقبضه وليس كل من يصلح للخصومة مؤتمن على القبض ولنا أن من ملك شيئاً ملك إتمامه وتمام الخصومة وانتهائها بالقبض **(والفتوى على قوله)** أي على قول زفر رحمه الله لفساد الزمان وظهور الخيانة في الوكلاء وقد تؤمن على الخصومة من لا يؤتمن على الكمال **(ولو أقر على موكله عند القاضي نفذ³³³ وإلا فلا)** أي وإن لم يكن إقراره في مجلس القاضي لا ينفذ إقراره عليه وقال أبو يوسف رحمه الله أولاً لا ينفذ إقراره في الوجهين وهو قول الإمامين زفر والشافعي رحمهما الله ثم رجع وقال ينفذ في الوجهين ثم إن إقرار الوكيل إذا كان من جانب المدعي يكون إقراراً ببطلان دعواه وإن كان من جانب المدعى عليه يكون إقراراً بلزوم المال لهما أن الإقرار بضاد الخصومة والشيء لا يتناول ضده كما لا يتناول الصلح والإبراء ولأبي يوسف رحمه الله أن الوكيل قائم مقام الموكل فيجوز إقراره عند القاضي وغيره كالموكل ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أنه أقامه مقامه في جواب هو خصومة فيتقيد بمجلس القاضي فإذا أقر في غير مجلسه فقد أقر في حالة ليس وكيلاً منها **(ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه وصدقه الغريم)** أي المديون **(أمر بدفعه إليه)** أي أمر الحاكم الغريم بتسليم الدين إلى الوكيل لأنه إقرار على نفسه لأن ما يقبضه خالص ماله لأن الديون يقضى بأمثالها **(فإن جاء الغائب فصدقه في الوكالة)** لا شيء على الغريم لأنه ظهر أنه كان وكيلاً وقبض الوكيل قبض الموكل **(وإلا)** أي وإن لم يصدقه في الوكالة **(دفع إليه ثانياً)** أي دفع الغريم الدين إلى رب المال دفعاً ثانياً لأنه لما أنكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء **(ورجع)** أي الغريم **(على الوكيل إن كان قائماً في يده)** أي إن كان المدفوع قائماً في يد الوكيل لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله أن ينقض قبضه **(وإن هلك)** المال في يد الوكيل **(لا يرجع)** الغريم عليه لأن الغريم بتصديقه اعترف أن الوكيل مُحَقِّق في القبض وهو مظلوم في الأخذ ثانياً

³³³ ولو وكل وكيلاً بالخصومة فآقر الوكيل على موكله عند القاضي نفذ إقراره صحيح

والمظلوم لا يظلم غيره **(إلا أن يكون الغريم دفعه إليه ولم يصدقه)** أي ولم يصدق الغريم الوكيل على الوكالة فحينئذ إن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه في الوكالة وإنما دفعه إليه على رجاء أن يجيز الغائب فلما حضر ولم يجز انقطع رجاءه **(أو ضمّنه)** أي جعل الغريم الوكيل ضامناً **(عند الدفع)** بأن قال الغريم للوكيل نعم أنت وكيل ولكن لا آمن أن يحضر الغائب ويحصد كالتك يأخذ مني ثانياً فإذا فعل ذلك صار غاصباً فهل أنت كفيل عنه بما يأخذ مني فقيل صح وصار كفيلاً فإذا حضر الغائب وجحد الوكالة وأخذ دينه من الغريم أخذ الغريم من الكفيل بحكم الكفالة **(وإن ادّعى أنه وكيله)** أي وكيل الغائب **(في قبض الوديعة لم يؤمر بالدفع إليه وإن صدّقه)** أي وإن صدّق الوكيل المودع فيما ادّعاه لأنها مال الغير فلا يصدق عليه فلو دفعها ضمن **(ولو قال مات المودع وتركها ميراثاً له)** ولا وارث له غيره **(وصدّقه أمر بالدفع إليه)** لأنه لما صدّقه على الموت فقد انتقل ماله إلى وارثه فإذا صدّقه أنه الوارث لا وارث له غيره تعيّن مالكاً فيؤمر بالدفع إليه **(ولو ادّعى الشراء فصدّقه لم يدفعها إليه)** أي ولو ادّعى شراء الوديعة من صاحبها وصدّقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه لأنه مادام حياً كان إقراراً بملك الغير فلا يُصدّقان عليه في انتقاله بالبيع ولا بغيره

كتاب الكفالة

وهي في اللغة الضم قال الله تعالى: "وكفلها زكريا"⁹³⁴ أي ضمّ مريم إلى نفسه وقال عليه السلام: "أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة"⁹³⁵ أي وضمّ اليتيم إلى نفسه في التربة وفي الشريعة ما ذكره المصنّف رحمه الله بقوله **(وهي ضمّ ذمّة)** أي الكفالة ضمّ ذمّة الكفيل إلى ذمّة الأصل **(في المطالبة)** دون الدين وقيل في الدين وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه لو ثبت الدين لم تثبت المطالبة والأول هو الأصح لأن الدين لا يتكرّر فإنه لو أوفاه أحدهما لا يبقى على الآخر شيء وهي عقد وثيقة شرعت لدفع الحاجة وهي وصول المكفول له إلى إحياء حقه دلّ على شريعتها قوله عليه السلام: "الزعيم غارم"⁹³⁶ أي الكفيل ضامن وبُعث رسول الله عليه السلام والناس يتكفلون فأقرهم عليه وعليه الناس من لدن الصدر الأوّل إلى يومنا من غير نكير **(وركنها الإيجاب)** أي قول الكفيل كفلت بك على

⁹³⁴ سورة آل عمران، الآية: 37.

⁹³⁵ البخاري، "الطلاق" 25؛ مسلم، "الزهد" 42؛ الترمذي، "البر" 14؛ أحمد بن حنبل، 2/ 375.

⁹³⁶ الترمذي، "البيع" 39؛ ابن ماجه، "الصدقات" 9؛ أبو داود، "البيع" 88؛ ابن أبي شيبة، 4/ 530.

فلان **(والقبول)** أي قول المكفول له قبلتُ وشرط جوازها كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل حتى لا تصح الكفالة بالحدّ والقصاص لفوات شرطها **(وحكمها)** وجوب المطالبة على الكفيل وأصلها أصل التبرّع بأن كان حرّاً مكلفاً ولذا قال **(ولا تصح)** أي الكفالة **(إلا مَنْ يملك التبرّع)** لأنه التزام بغير عوض فكان تبرّعاً **(ويجوز بالمال والنفس)** وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز الكفالة بالنفس لأنه لا يقدر على تسليمه إذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه ولنا إطلاق ما روينا أنه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يُعلّم الطالب مكانه ويُخَيّل بينه وبينه أو يستعين بأعوان السلطان والقاضي فجاز دفعاً للحاجة **(وتعتقد)** الكفالة **(بالنفس بقوله تكفّلت بنفسه أو برقبته أو بكل عضو يُعبّر به عن البدن)** كالوجه والجسد والرأس والعنق لأن هذه الألفاظ يُعبّر بها عن البدن إمّا حقيقةً أو عرفاً وقيد بقوله يُعبّر به عن البدن لأنه لو كفل بعضو لا يُعبّر به عنه كاليد والرجل لا تصح كفالته **(وبالجزء الشائع كالخمس والعشر)** فإن قال تكفّلت خمس فلانٍ أو عشره أو ثلثه أو رבעه يكون كفيلاً عن كلّ لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا يتجزأ وذكر بعض ما لا يتجزأ كذلك كلّ **(وبقوله ضَمِنْتُهُ)** لأن الضمان بمعنى الكفالة **(أو هو على أو إلى)** لأن كلمة على صيغة الالتزام وإلى في معنى على في هذا المقام قال عليه السلام: "ومن ترك كلاً أو عيلاً فإلى أي علي" ⁹³⁷ **(أو أنا زعيم)** للنص **(أو قبيل)** لأنه بمعنى الكفيل ولهذا سُمّي الصك قبالةً **(والواجب إحضاره)** أي الواجب على الكفيل بالنفس إحضار المكفول به **(وتسليمه في مكان يقدر على محاكمته)** كالمصر لأن المقصود تسليمه على وجه يُوصّله إلى حقّه وقد حصل **(فإذا فعل)** الكفيل **(ذلك بريء)** لأنه أتى بما التزمه وحصل مقصود المكفول له وقيد بقوله في مكان يقدر على محاكمته لأنه لو سلّمه في برية أو سوادٍ لا يبرأ لعدم الفائدة فإنه لا يقدر على محاكمته لأنه لا حاكم بها ولو سلّمه في السوق قيل وقيل **(ولو سلّمه في مصر آخر بريء)** عند أبي حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة وقالوا رحمهما الله لا يبرأ لأنه قد يكون شهوده فيها عينه أو ذلك يعرف حادثه فلا يبرأ بالتسليم في مصر آخر وذلك لأنه إنّما يبرأ بالتسليم الذي التزمه وهو التسليم في مصر كفل فيه قلنا ولعلّ شهوده فيها سلّمه أو أن هذا القاضي يعرف حادثه فتعارض الموهوبان وبقي التسليم سالمًا عن المعارض فيبرأ

⁹³⁷ البخاري، "النفقات" 15؛ مسلم، "الفرائض" 17؛ ابن ماجه، "الفرائض" 9؛ أحمد بن حنبل، 2/356.

(فإن شرط تسليمه في وقت بعينه لزم إحضاره فيه إذا طُلب فيه) أي إذا طالبه المكفول له في ذلك الوقت وفاءً بما التزمه فإن أحضره فيه فيها ونعمت (وإلا حبسه الحاكم) أي وإن لم يحضره في ذلك الوقت حبسه الحاكم لأنه صار ظالماً لمنعه الحق والحبس جزاءه وقيل لا يُحبس أول مرة لأنه ما ظهر ظلمه (فإن غاب) أي المكفول به

(ولم يعلم مكانه لا يُطالب به) أي لا يُطالب الكفيل بتسليمه له لعجزه عن إحضاره فصار كالموت إلا أن في الموت تبطل الكفالة أصلاً للتعين بالعجز وهنا لا لاحتمال القدرة بالعلم بمكانه وإنما قال ولم يعلم مكانه لأنه لو علم مكانه أمهله الحاكم مدة ذهابه وإيابه فإن مضت المدة التي أمهله ولم يحضره حبسه الحاكم (وتبطل) الكفالة بالنفس (بموت الكفيل والمكفول به) أمّا بطلانها بموت الكفيل فلا لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال أو بموت المكفول به فلا لأنه عجز عن إحضاره

(دون المكفول له) أي ولو مات المكفول له وهو الطالب لا تبطل الكفالة بالنفس فلو صيّه أن يُطالب الكفيل وإن لم يكن فلو ارثه لقيامه مقام الميت واعلم أن المكفول عنه والمكفول به واحد بالكفالة بالنفس وفي الكفالة بالمال المكفول به المال والمكفول عنه المديون والمكفول له الطالب والكفيل الدّخيل (وإن تكفل به إلى شهر فسلمه قبل الشهر برئ) لأن الأجل حقه فله إسقاطه كالدين المؤجل إذا أذاه المديون قبل حلول الأجل (وإن قال له لم أوفيك به) أي وإن قال تكفّلت بنفس فلان على أنه إن لم أوفيك به إلى وقت كذا (فعليّ الألف التي عليه فلم يواف به) في ذلك الوقت (فعليه الألف) لأن الكفالة بالمال معلّقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فإذا وجد الشرط لزمه المال (والكفالة) بالنفس (باقية) لأنه لا منافاة بين الكفالتين ولا احتمال أن يكون عليه حق آخر غير الألف كذا في شرح المصنف رحمه الله وقال صدر الشريعة رحمه الله في شرح الوقاية ولم يبرأ من كفالته بنفسه لعدم سبب البراءة بل إنّما يبرأ إذا أدى المال لأنه لم يبق للطالب على المكفول عنه شيء فلا فائدة في الكفالة بالنفس

(والكفالة بالمال جائزة) لإطلاق قوله عليه السلام: "الزعيم غارم"⁸⁸ وسواء كان المكفول به معلوماً مثل أن يقول تكفّلت عنه بألف أو مجهولاً مثل أن يقول تكفّلت عنه بمالك عليه أو بما يُدركك في هذا البيع لأن مَبْنَاهَا على التوسّع فيتحمّل فيها هذه الجهالة اليسيرة وعلى الكفالة بالدرك إجماع وكفي به حجة (إذا كان ديناً صحيحاً) وهو كلّ ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء (حتى لا تصح ببدل الكتابة والسعاية والأمانات) وإنّما لا تصح الكفالة ببذل

⁸⁸ أبو داود، "البيع" 88.

الكتابة لأنه ثبت مع المنافي وهو الرّق فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولأنه لو عجز نفسه يسقط ولا يمكن إثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل وإثباته مطلقاً يُنافي معنى الضمّ لأن شرط الضمّ الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه كالمكاتب عنده وإنّما لا تصح بالأمانات لأن الكفالة ضمّ الذمة إلى الذمة في المطالبة أو الدين ولا مطالبة ولا دينَ هنا فلا تصح **(والحدود والقصاص)** أي ولا تصح الكفالة بنفس من عليه الحدّ والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله معناه ولا يجبر عليها وعندهما يُجبر في القذف لأن فيه حق العبد في القصاص لأنه خالص حق العبد وله أن مبناهما على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق ولو سُمّحت نفس من عليه الحدّ أو القصاص فأعطى كفيلاً بالنفس صح بالإجماع **(والمكفول له)** أي وإذا صحت الكفالة فالمكفول له بالخيار

(إن شاء طالب الكفيل وإن شاء طالب الأصيل) لما بيّنا من الضمّ وله مطالبتهم جمعاً وتفرّقاً ليتحقق معنى الضمّ بخلاف الغصب إذا اختار تضمين أحد الغاصبين ليس له مطالبة الآخر لأن اختيار أحدهما يتضمّن التملك منه فلا يمكنه التملك من الثاني أمّا المطالبة بالكفالة فلا يتضمّن التملك فوضح الفرق **(فإن شرط عدم مطالبة الأصيل فهي حوالة)** فبرىء المديون اعتباراً للمعنى **(كما إذا شرط في الحوالة مطالبة المحيل تكون)** الحوالة

(كفالة) لوجود معنى الكفالة والعبرة في العقود للمعاني **(وتجوز)** الكفالة بالمال **(بأمر المكفول عنه وبغير أمره)** لإطلاق قوله عليه السلام الزعيم غارم ولأنه تصرف في حق نفسه بالتزام المطالبة وفيه نفع للطالب وإعانة المطلوب ولا ضررَ عليه بثبوت الرجوع لأنه عند أمره ولا أمر هنا وعند أمره قد رضي به **(فإن كانت)** الكفالة

(بغير أمره لم يرجع عليه) لأنه متبرّع بالأداء **(وإن كانت بأمره فأدى رجوع عليه)** لأنه قضى دينه بأمره **(وإذا طولب**

ولوزم) الكفيل بالمال **(طالبه)** أي طالب الكفيل المكفول عنه **(ولا زمه)** أي دارَ معه حيث سارَ ويقول له أدّ إليه ولا يقول أدّ إلى وكذا يحبس إذا حبسه الحاصل أن الكفيل عامل مع المكفول عنه من المطالبة وال لزوم والحبس على

ما عامل المكفول له مع الكفيل لأنه لحقه ما لحقه من جهته فتعامله بمثله وإن أدّى الأصيل **(أبرأه رب الدين من**

الدين برئ الكفيل) لأن الكفالة بالدين ولا دين فحينئذٍ **(وإن أبرأ)** رب الدين **(للكفيل لم يبرأ الأصيل)** لأن الدين

على الأصيل وبقاؤه عليه بدون مطالبة الكفيل جائز **(وإن أخر)** رب الدين **(عن الأصيل تأخر)** الدين

(عن الكفيل وبالعكس لا) أي وإن أبرأ الكفيل برئ هو لا الأصيل وكذا لو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيراً عن

الأصيل فيطالب الأصيل في الصورتين وهذا لأن التأخير إبراء موقت فيعتبر بالإبراء المؤبّد **(وإن قال الطالب**

الكفيل برئت إلى من المال) أي برئت حال كونك مؤدياً إلى من المال الذي كفلت به عن فلانٍ

(رجع به) أي رجع الكفيل بهذا المال (على الأصل) لأنه إقراراً بالإيفاء وذلك لأنه أضاف البراءة إلى فعل المطلوب وغياها إلى نفسه بقوله إلى والبراءة التي ابتداؤها من الكفيل وانتهائها إلى الطالب لا يكون إلا بالأداء فكان هذا منه إقراراً بالقبض فيرجع (وإن قال أبرأتك لم يرجع) الكفيل على المكفول عنه لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالإسقاط فلم يكن إقراراً بالإيفاء ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني لأنه يحتمل الوجهين فلا يرجع بالشك وقال أبو يوسف رحمه الله هو مثل الأوّل لأنه براءة ابتداؤها من المطلوب وذلك بالإيفاء وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضراً يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمال (ولا يصح تعليق البراءة منها) أي من الكفالة (بشرط) مثل أن يقول الطالب للكفيل إذا قدم زيد مثلاً فأنت بريء من الكفالة لأن في البراءة معنى التملك وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر وكذا على قول غيره لأن فيها تملك المطالبة وهي كالدين لأنه وسيلة إليه والتملكات لا تقبل التعليق بالشرط (وتصح الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها) وهي ما يجب عند هلاكها مثلها أو قيمتها (كالمقبوض على سوم الشراء) وهو أن يأخذ المشتري من البائع شيئاً بعد أن تقرّر ثمنه وقبل الإيجاب والقبول (والمغصوب والمبيع فاسداً) فإن الكفالة بهذه الأشياء صحيحة يلزم الكفيل ردّ عينها حال بقائها ودفع قيمتها بعد هلاكها وقال الشافعي رحمه الله لا تصح الكفالة بهذه الأشياء لأن من شرط صحة الكفالة قدرة الكفيل على الإيفاء من عنده وإذا تصوّر في الدين لا في عين في يد غيره ولنا أن الكفالة ضمّ الذمة إلى الذمة في التزام ما كان مضموناً على الأصل وردّ العين مضمون على الأصل فصح الالتزام من الكفيل

(ولا تصح بالمضمونة) أي بالأعيان المضمونة (بغيرها كالمبيع والمرهون) في يد البائع فإنه عين مضمون بغيره وهو الثمن في يد المرتهن فإنه عين مضمون بغيره وهو الدين فالكفالة بمالية المبيع لا تصح لأن ماليته غير مضمونة على الأصل فإنه لو هلك ينفسخ البيع ويجب ردّ الثمن وكذا لا تصح الكفالة بمال المرهون أمّا الكفالة بتسليم المبيع قبل القبض وبتسليم المرهون بعد القبض إلى الراهن فجائز يطالب الكفيل به ما بقي المبيع والمرهون فلو هلك لا يجب عليه شيء واعلم أن الكفالة بالأعيان الغير المضمونة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال الشركة والمضاربة لا تصح لأنها غير مضمونة على صاحب اليد فلا كفالة قالوا هذا إذا كانت الكفالة بماليتها أمّا بتمكين المالك من أخذ الوديعة فتصح وكذا بتسليم العارية كذا في شرح الوقاية وفي التحفة الكفالة بأمانة غير واجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح أصلاً والكفالة بأمانة واجبة التسليم كالعارية جائزة وعلى الكفيل تسليمها فإن هلك لا يجب شيء فان ضمن بتسليمها ممن هو في يده جاز

(ولا تصح) أي ولا تصح الكفالة بالنفس أو المال **(إلا بقبول المكفول له في المجلس)** وعن أبي يوسف رحمه الله روايتان في رواية يتوقف على إجازته كسائر تصرفات الفضولي وفي رواية يجوز مطلقاً لأنه التزام لا ضرر فيه على الطالب فيستبد الكفيل به وفيه نفع الطالب لانضمام ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة ولها أنه تملك المطالبة فيشترط فيه القبول كسائر التمليكات **(إلا إذا قال المريض لوارثه تكفل)** عني بما **(علي من الدين فتكفل به والغريم غائب فتصح)** الكفالة بلا قبول لأن ذلك في الحقيقة وصية فكأنه أوصى إليه بقضاء دينه فيشترط قبول من أوصى إليه ليصير وصياً لا قبول غيره **(ولو قال لأجنبي)** أي ولو قال المريض ذلك لأجنبي **(فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله)** منهم من قال لا يصح لأنه غير مطالب بدينه فكان المريض في حقه كالصحيح ومنهم من قال يصح لأن المريض قصد به النظر لنفسه والأجنبي إذا قضى الدين بأمره يرجع به في تركته لما ذكرنا

(ولا تصح الكفالة عن الميت المفلس) أي إذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فتكفل رجل عنه للغرماء لم يصح عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله تصح لأنه كفل بدين واجب فتصح كما في حال الحياة وهذا لأن الدين كان واجباً عليه ولم يوجد المسقط فلا يسقط إلا بالإيفاء أو الإبراء أو انفساخ سبيل الوجوب وبالموت لم يتحقق شيء من ذلك وله أنه كفل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل أي التسليم حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لأنه يؤول إليه في المال وقد عجز بنفسه وبخلفه أي كفيله ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة في أحكام الدنيا **(ويجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم)** أي مناسب للكفالة **(كشرط وجوب الحق كقوله ما بايعت فلاناً فعلي)** ما شرطية فمعنى إن بايعت فلاناً فعلي ثمنه **(أو شرط إمكان الاستيفاء كقوله إن قدم فلان)** وهو مكفول عنه **(فعلي أو شرط تعذر الاستيفاء كقوله إن غاب)** فلان وهو مكفول عنه **(فعلي)** والأصل فيه قوله تعالى ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾⁹³⁹ فإنه يدل على أن تعليق الكفالة بالشرط جائز حيث علق الكفالة بشرط المجيء بالصواع وشريعة من قبلنا شريعة لنا إذا قص الله ورسوله عليه السلام من غير إنكار والإجماع منعقد على صحة ضمان الدرك وأنه في معنى ما ذكرنا من الشروط **(ولا يجوز بمجرد الشرط)** أي ولا يجوز تعليق الكفالة بالشرط المجرد عن المعاني المذكورة يعني لا تصير الكفالة متعلقة بذلك الشرط أما الكفالة فتصح فتكون حالة

⁹³⁹ سورة يوسف، الآية: 72.

(كقوله إن هبّ الريح أو إن جاء المطر) فإن قال إن هبّ الريح أو إن جاء المطر فأنا كفيل بمالك على فلان لا

يصح وكذا لو قال إن دخل زيد الدار وهذا لأنه تعليق وجوب المال بالخطر فلا يصح ولكن تصح كفالاته

(ويجب حالاً إن جعلها أجلاً للكفالة) أي ويجب المال حالاً إن جعل هبوب الريح ومجيء المطر أجلاً للكفالة بأن

قال تكفّلتُ إلى إن تهب الريح أو تمطر السماء لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة

كالطلاق والعتاق **(فإن قال تكفّلتُ بمالك عليه فقامت البيّنة بشيء)** أي فأقام المكفول له عليّ شيء معلوم كألف

مثلاً **(لزمه)** لأن الثابت بالبيّنة كالثابت معاينةً فتحقق ما عليه وصح الضمان به **(وإلا فالقول قوله)** أي وإن لم تقم

البيّنة بشيء فالقول قول الكفيل مع يمينه لأنه ينكر الزيادة **(ولا يُسمع قول الأصيل عليه)** لأنه إقرار على الغير

ولا ولاية له عليه فلا يلزمه ويُصدّق في حق نفسه لولايته عليه **(ولا تصح الكفالة بالحمل على دابة بعينها وتصح**

بغير عينها) لأن المستحق تسليم الدابة وهو عاجز عنه لأنها ملك الغير بخلاف الغير المعينة لأن المستحق هو

الحمل ويمكنه الحمل على دابة نفسه **(عليهما دين وكُل واحدٍ منهما كفيل)** بأمره **(عن الآخر فما أذاه أحدهما)** من

الدين **(لم يرجع على صاحبه حتى يزيد على النصف فيرجع على شريكه بالزيادة)** لأن كلّ واحدٍ منهما في النصف

أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وبحق الكفالة لأن الأوّل دين والثاني

مطالبة ثم هو تابع للأوّل فيقع عن الأوّل وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة **(وإن تكفّلا عن رجل وكل**

واحدٍ منهما كفيل عن الآخر فما أذاه أحدهما) قليلاً كان

(رجع بنصفه على الآخر) صورة المسئلة رجل عليه ألف درهم فكفل رجلان كل واحدٍ منهما بأمره بهذا الألف

ثم كفّل كل من الكفيلين عن صاحبه بأمره بهذا الألف فما أذاه أحدهما وإن قلّ رجّع على الآخر بنصفه بخلاف

الصورة الأولى فإن الأصالة ترجع على الكفالة أمّا هاهنا فالكلّ كفالة فلا رجحان

(ولو ضمن عن رجل خراجة وقسمته ونوائبه جاز إن كانت النوائب بحق ككرى النهر) المشترك

(وأجرة الحارس وتجهيز الجيش وفداء الأسارى وإن لم يكن بحق كالجبايات قالوا يصح في زماننا) أمّا الخراج

فلأنه دين واجب يُطالب به فأشبهه سائر الديون بخلاف الزكاة فإن الكفالة لا تصح بها لأنها مجرد فعل فلهذا لا

يؤدّى بعد الموت من التركة إلا بالوصيّة وأمّا النوائب فإن أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر وغيره جازت

الكفالة بها بالاتفاق وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ فقليل لا يصح وقيل

يصح وعليه الفتوى لأنها صارت كالديون الصحيحة فإنه وإن لم يطالب بها شرعاً فهو مطالبٌ بها حسّاً فجُعِلت

المطالبة الحسيّة كالشرعيّة والعبرة في باب الكفالة للمطالبة وعن هذا قالوا لو تَوَلَّى عَرِيفٌ من العرفاء جمع الجبايات الباطلة بحيث يعدل بين الناس ولا يظلم كان مأجوراً فيما فعل ومثاباً فيما عمل وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو الحصّة منها وقيل هي النائبة الموظفة الرّاتبية والنوائب هي غير الموظّفة

كتاب الحوالة

وهي مشتقة من التحول بمعنى الانتقال يقال تحول من المنزل إذا انتقل عنه ومنه تحويل الغراس وفي الشرع نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ولهذا قلنا إذا صحت الحوالة برئ المحيل وهو عقد مشروع قال عليه السلام: "من أُحيل على مليء فليتبّع"⁹⁴⁰ والأمر بالاتباع دليل الجواز وإنما خصها رسول الله عليه السلام بالمليء حكماً للغالب لأن الغالب في الحوالات ذلك (وهي جائزة بالديون دون الأعيان) لما مر أنها تنبئ عن التحول والنقل وإنما يتحول الديون دون الأعيان (وتصح) الحوالة

(برضي المحيل والمحتال والمحال عليه) أما رضي المحتال فلأن الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه وأما المحتال عليه فلأنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون الالتزام وأما رضي المحيل فلأنه الأصل في الحوالة وذكر في الزيادات أن رضاه ليس بشرط لصحة الحوالة لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه وهو⁹⁴¹ لا يتضرر به بل فيه نفعه لأنه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره وصورته أن يقول رجل للطالب إن لك على فلان كذا فاحتله علىّ فرضي بذلك الطالبُ صحت الحوالة وبرئ الأصيل وصورة أخرى كفل رجل عن آخر بغير أمره بشرط براءة الأصيل وقبل المكفول له ذلك صحت الحوالة وتكون هذه الكفالة حوالة كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصيل كفالة كذا في شرح الوقاية اعلم أن المحتال رب الدين والمحيل المديون والمحال عليه الذي يقبل الحوالة والمحال به هو المال ثم اعلم أن المحتال صيغة مشتركة بين الفاعل والمفعول والتقدير في الفاعل محتول بالكسر وفي المفعول محتول بالفتح فعلى التقديرين قلبت الواو ألفاً لتحركها وانفتاح ما قبلها فإذا تمت الحوالة بقبول المحتال برئ المحيل من الدين وقال زفر رحمه الله لا يبرأ لأنها للاستيثاق فيبقى الدين على المحيل كالكفالة ولنا أن الحوالة للنقل والدين متى انتقل من الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فللضم والأحكام

⁹⁴⁰ مسلم، "المساقاة" 33.

⁹⁴¹ المحيل

الشرعية على وفاق المعنى اللغوية والتوثق باختيار الأملأ والأحسن في القضاء فإن قيل له انتقل الدين عن ذمة المحيل لما أجبر المحتال على القبول إذا قضى المحيل الدين كما لا يُجبر إذا قضاه الأجنبي قلنا المحيل غير متبرع لاحتمال عود الطالبة بالتوى فلم يكن كالأجنبي المتبرع ثم فرّع على براءة المحيل قوله **(حتى لو مات) المحيل (لا يأخذ المحتال من تركته)** أي لا يأخذ المحتال دينه من تركة المحيل لما مر **(لكن) المحتال (يأخذ كفيلاً من الورثة أو من الغرماء)** أي من ورثة المحيل أو من غرمائه **(مخافة)** أي مخافة هلاك حق المحتال **(ولا يرجع المحتال)** بالدين على المحيل **(إلا أن يموت المحال عليه مفلساً أو يبحد الحوالة ولا بينة عليه)** اعلم أنه لا يرجع المحتال على المحيل إلا أن توى حقه وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وإن توى لأن البراءة مطلقة فلا يعود إلا بسبب جديد بناء على أن الساقط لا يعود كما في الإبراء ولنا ما روي عن عثمان رضي الله عنه موقوفاً ومرفوعاً والمحتال عليه إذا مات مفلساً قال يعود الدين إلى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولأن المقصود من الحوالة سلامة حقه فكانت مقيدة بالسلامة فإذا فاتت السلامة انفسخت لأنها قابلة للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع ثم إن التوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد الأمرين وهو أن يموت المحال عليه مفلساً أو ينكر الحوالة ولا بينة عليه لأن العجز عن الوصول إلى حقه يتحقق بكل واحد منهما وقالوا رحمهما الله هذان ووجه ثالث وهو أن يحكم القاضي بإفلاسه في حياته وهذا بناء على أن الإفلاس يتحقق بقضاء القاضي عندهما لا عنده **(فإن طالب المحتال عليه المحيل)** بمثل مال الحوالة **(فقال) المحيل (إنما أحلتُ بدين لي عليكم لم يقبل)** قول المحيل صورة المسئلة أحوال رجل رجلاً على آخر بمائة فدفع المحتال عليه إلى المحتال ثم طلب المحتال عليه تلك المائة من المحيل فقال المحيل إنما أحلته بمائة لي عليك والمحتال عليه ينكر أن عليه شيئاً يكون القول له لا للمحيل ولا يكون قبول الحوالة إقراراً من المحتال عليه بالمائة لأن الحوالة تصح من غير أن يكون للمحيل على المحتال عليه شيء **(وإن طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال) المحتال**

(إنما أحلتني بدين لي عليك لم يقبل) قول المحتال صورة المسئلة رجل أحال رجلا بالمال فأخذ المحتال⁹⁴² المال من المحتال عليه⁹⁴³ فطلب المحيل⁹⁴⁴ ذلك المال من المحتال فقال المحتال للمحيل قد أحلتني بالدين الذي عليك والمحيل ينكر أن عليه شيئا فالقول له لا للمحتال لأن المحتال يدعي عليه دينا وهو ينكر فإن قيل إذا أحاله فقد أقر بالدين لأن الحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة قلنا الحوالة تستعمل في نقل التصرف على طريق التوكيل قال محمد رحمه الله في كتاب المضاربة إذا صار مال المضاربة دينا على الناس وامتنع المضارب عن التقاضي يقال له أحل المال على الغرماء أي وكتله فلم تكن الحوالة إقرارا بالدين يجوز أن يريد بها الوكالة فلم يصح حجة للمحتال على المحيل

كتاب الصلح

هو اسم بمعنى المصالحة والمسألة وهو خلاف المخاصمة وفي الشرع عقد يرفع النزاع وركنه الإيجاب والقبول وشرطه أن يكون البذل أي المصالح عليه مالا معلوما إن احتيج إلى قبضه إلا ألا يشترط معلوميته حكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي وجوازه ثبت بقوله تعالى ﴿والصلح خير﴾⁹⁴⁵ عرّفه بالألف واللام فيقتضي أن يكون كل صلح خيرا وكل خير مشروع وبقوله عليه السلام: "كل صلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرّم حلالا"⁹⁴⁶ وقال عمر رضي الله عنه: "رُدُّوا الخصومة لكي يصطلحوا"⁹⁴⁷ وانعقد الإجماع على جوازه ولا سبب برفع النزاع المحذور قال الله تعالى ﴿ولا تنازعوا﴾⁹⁴⁸ فكان مشروعا (ويجوز الصلح مع الإقرار) أي إقرار المدعى عليه (والسكوت) أي سكوت المدعى عليه بأن لا يقر ولا ينكر (والإنكار) أي إنكار المدعى عليه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز مع الثاني والثالث لما روينا وهذا بهذه الصفة لأن البذل كان حلالا على الدافع حراما

⁹⁴² رب دين

⁹⁴³ مديون ثان

⁹⁴⁴ مديون

⁹⁴⁵ سورة النساء، الآية: 128.

⁹⁴⁶ البيهقي، السنن الكبرى، 8 / 426.

⁹⁴⁷ عبد الرزاق، المصنف، 8 / 304.

⁹⁴⁸ سورة الأنفال، الآية: 46.

على الأخذ فيقلب الأمر ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذه رشوة ولنا إطلاق ما تلونا وأول ما رويناه وتأويل آخره أحل حراما لعينه مثل أن يصلح على خمر أو خنزير أو حرم حلالا لعينه مثل أن تصلح إحدى امرأته على أن لا يطاء الأخرى أو لا يطاء أمته ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لأن المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لقطع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضا إذ المال وقاية النفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز ولهذا قالوا لو دفع الوصي إلى السلطان شيئا من مال اليتيم لدفع ظلمه وكان لا يقدر على دفعه إلا بدفع المال لا يضمن ذكره في الفصول وقال أبو حنيفة رحمه الله أجوز ما يكون الصلح عن إنكار لأن الحاجة إلى جوازه أمس لأن الصلح لقطع المنازعات وإطفاء النائرات وهو في الصلح عن الإنكار أبلغ وللحاجة أثر في تجويز المعاهدات ففي إبطاله فتح باب المنازعات

(فإن كان الصلح عن إقرار وهو بئال عن مال فهو كالبيع) فيجري فيه أحكام البيع فيثبت في المصالح عنه الشفعة إذا كان عقارا والرد بالعيب وخيار الرؤية وخيار الشرط ويفسده جهالة البدل لا جهالة المصالح عنه وهذا لأن فيه معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بتراضي المتعاقدين والعبرة للمعاني **(وبمنافع عن مال)** أي وإن كان الصلح بمنافع عن مال **(فهو كالإجارة)** فيعتبر فيها ما يعتبر في الإجارة من التوقيت والبطالان بموت أحدهما لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع بالمال **(وإن استحق فيه)** أي في الصلح عن إقرار **(بعض المصالح عنه رد حصته)** أي رد المدعي على المدعى عليه حصته ذلك البعض حال كونه **(من العوض وإن استحق الجميع)** أي جميع المصالح عنه **(رد الجميع)** أي جميع العوض لأنه مبادلة كالبيع وحكم البيع كذلك **(وإن استحق كل المصالح عليه)** أي البدل **(رجع بكل المصالح عنه وفي البعض بخصته)** لما مر ولما فرغ من مسائل الصلح مع إقرار شرع في مسائل الصلح مع سكوت وإنكار فقال **(والصلح عن سكوت أو إنكار معاوضة في حق المدعي)** لأن من زعمه أنه يأخذه عوضا عن ماله وأنه محق في دعواه **(وافتداء اليمين في حق المدعى عليه)** لأن من زعمه أنه لا حق عليه وأن المدعي مبطل في دعواه وإنما دفع المال لئلا يحلف ولتنقطع الخصومة فإن صالح عن دار بهما أي بسكوت وإنكار لا تجب الشفعة وإن صالح بهما على دار تجب الشفعة لما قلنا **(وإن استحق فيه)** أي في الصلح عن إنكار وسكوت **(المصالح عليه)** كله **(رجع المدعي إلى الدعوى في كله)** أي في كل المصالح عنه **(وفي البعض بقدره)** لأنه ما ترك الدعوى إلا ليسلم له المصالح عليه فإذا لم يسلم له رجع إلى دعواه لأنه البدل **(وإن استحق المصالح عنه)** كله

(رد العوض) كله **(وإن استحق بعضه رد حصته ورجع بالخصومة فيه)** لأن المدعى عليه إنما بذل العوض ليدفع الخصومة عنه فإذا استحققت الدار ظهر أن لا خصومة له فبطل عوضه فيرجع بالمعوض وفي البعض خلا المعوض عن بعض العوض فيرجع **(وهلاك بدل الصلح قبل التسليم بعد التعيين كاستحقاقه في الفصلين)** أي في الصلح عن إقرار وفي الصلح عن إنكار أو سكوت وقد مر حكمهما فاعرفه فإن من لم يستضيء بمصباح لم يستضيء بإصباح **(ويجوز الصلح عن مجهول)** فمن ادعى حقا في دار ولم يذكر ذلك الحق أنها سُدُسُ أو رُبُع أو ثَمَنُ فصالح من ذلك الحق صح الصلح لأن الجهالة له فيما يسقط لا يفضي إلى المنازعة **(ولا يجوز)** الصلح **(إلا على معلوم)** لأن جهالة البديل يفضي إلى المنازعة **(ويجوز)** الصلح **(عن جنائية العمد والخطأ)** في النفس وما دونها أما العمد فلقوله تعالى ﴿فمن عُفِيَ له من أخيه شيء﴾⁹⁴⁹ قال ابن عباس رضي الله عنه: "إنها نزلت في الصلح"⁹⁵⁰ وأما الخطأ فلأن الواجب هو المال فأشبهه سائر الديون إلا أنه لو صالح في العمد على أكثر من الدية لا يجوز لأن الواجب المال فالزائد رباً وهذا إذا صالحه على نوع من أنواع الدية أما إذا صالحه على نوع آخر كالحنطة والشعير ونحوهما فإنه يجوز بالغة ما بلغت لأنها من خلاف الجنس فلا رباً **(ولا يجوز)** الصلح **(عن الحدود)** حتى لو أخذ زانيا أو سارقاً أو شارب خمر فصالح على مال على ألا يرفعه إلى السلطان فهو باطل ورد ما أخذ لأنه حق الله تعالى لا حقه ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ويندرج تحته حد القذف لأن المثلّب فيه حق الشرع **(ولو ادعى على امرأة نكاحاً فجددت ثم صالحته على مال)** ليترك الدعوى جاز لأنه أمكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة **(ويحرم عليه ديانة)** أي ويحرم على المدعي ما أخذه فيما بينه وبين الله تعالى **(إذا كان مبطلا في دعواه)** وهذا ظاهر **(ولو صالحها على مال لتقرر له بالنكاح جاز)** وتجعل زيادة في المهر لأنها تزعم أنها زوجت نفسها منه ابتداء بالمسمى وهو يزعم أنه زاد في مهرها **(ولو ادعت المرأة)** نكاحه **(فصالحها على مال)** ليترك دعواها **(جاز)** الصلح **(وقيل لا يجوز)** وجه الأول أن يجعل زيادة في المهر وجه الثاني **(وهو الأصح)** أن الصلح إن جعل فرقة فالعوض لم يشرع إلا من جانبها وإن لم يجعل فالبديل لا يقع في مقابلة شيء **(وإن ادعى على شخص)** مجهول النسب **(أنه عبده فصالحه على مال)** أعطاه إياه **(جاز)** وكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال لأنه أمكن

⁹⁴⁹ سورة البقرة، الآية: 178.

⁹⁵⁰ البخاري، "تفسير القرآن" 23.

تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حر الأصل **(ولا ولاء عليه)** أي ولا ولاء عليه لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة فيقبل ويثبت الولاء **(عبد بين الرجلين أعتقه أحدهما)** وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته لم يجز الصلح في حق الزيادة من نصف قيمته لأن القيمة منصوص عليه قال عليه السلام: "من أعتق شقصا من عبد مشترك بينه وبين شريكه قوّم عليه نصيب شريكه"⁹⁵¹ وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه ولو صالحه على عرض جاز لعدم الجنسية فلا ربا وإنما قال وهو موسر لأنه إذا كان معسرا تجب سعاية النصف على العبد **(ويجوز صلح المدعي المنكر على مال ليُقرَّ به بالعين)** صورته رجل ادعى على رجل عينا في يده وأنكره فصالحه على مال ليعترف له بالعين فإنه يجوز ويكون في حق المنكر كالبيع وفي حق المدعي كالزيادة في الثمن **(والفضولي بأن صالح)** عن جانب المدعى عليه مع المدعي **(على مال وضمنه)** أي وضمن المال وهو بدل الصلح **(أو سلمه)** أي أو صالحه على مال وسلمه **(أو)** قال **(على ألفي هذه)** بأن نسب المال المصالح إلى نفسه **(صح)** الصلح في هذه الصور ولزمه تسليم المال ولا يرجع على المدعى عليه بشيء لأنه تبرع وإنما صح الصلح لأنه إضافة إلى نفسه أو إلى ماله والحاصل للمدعى عليه البراءة ولا ضرر عليه في ذلك فيصح فصار كالكفالة بغير أمر المديون **(وإن قال علي ألف)** ولم يُشَرَّ إليها ولم ينسب إلى نفسه **(يتوقف)** الصلح **(على إجازة المصالح عنه)** فإن أجازته جاز ولزمه الألف وإن لم يجزه بطل كالخلع والنكاح وغيرهما من تصرفات الفضولي **(والصلح عما استحق)** أي وجب وثبت **(بعقد المداينة)** وهي البيع بالدين وإنما وضع فيه مع أن الحكم في الغصب كذلك حملا لأمر المسلم على الصلاح **(أخذ لبعض حقه وإسقاط للباقي وليس بمعاوضة)** لأننا لو اعتبرناه معاوضة يكون رباً وتصحيح تصرفه واجب ما أمكن وقد أمكن بما ذكرناه من الطريق فيصار إليه **(فإن صالحه عن ألف درهم بخمسمائة أو عن ألف جياذ بخمسمائة زيوف أو عن ألف حالة بمثلها مؤجلة جاز)** الصلح في هذه الصور ففي الأولى أسقط بعض حقه وفي الثانية بعضه والصفة وفي الثالثة تعذر جعله معاوضة لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على تأجيل نفس الحق **(ولو صالحه)** عن دراهم **(على دنانير مؤجلة لم يجز)** لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح

⁹⁵¹ البخاري، "الشركة" 5.

(ولو صالح عن ألف سود بخمسائة بيض لا يجوز) لأن البيض غير مستحقة فيكون معاوضة وأنه لا يجوز (ولو قال له) أي ولو قال الدائن لمديونه الذي له عليه ألف درهم (أدّ إليّ خمسمائة على أنك بريء من خمسمائة) كذا في بعض النسخ وهو الصواب وما وقع في بعضها وأنت بريء من خمسمائة فليس ذاك (فلم يؤدها إليه فالألف بحالها) وهذا عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله سقط عنه خمسمائة أدّى غدا أو لم يؤد وأجمعوا أنه لو أدّى خمسمائة غدا برئ لأبي يوسف رحمه الله أن البراءة مطلقة لأن "على" للعوض وأداء النصف لا يصلح عوضا للبراءة فبقى البراءة مطلقة ولهما أن "على" للشرط فتكون البراءة مقيدة بالشرط فيفوت بفواته وفيه نظر لأن "على" دخلت على البراءة فهذا التعليل إنما يصح لو قال أبرأتك عن خمسمائة على أن يؤدي إلى الخمسمائة الأخرى كذا في شرح الوقاية ويمكن أن يجاب عنه بأنه وإن كان في اللفظ هكذا لكن في معنى كل واحد منهما مقيد بالآخر لأنه ما رضي بالبراءة مطلقا بل بالبراءة على تقدير أداء الخمسمائة فصارت البراءة مشروطة بالأداء فإذا لم يؤدّ عاد حقه إلى هذا أشار فخر الإسلام رحمه الله في أصول الفقه واعلم أن هذه المسئلة على وجوه أربعة أحدها ما ذكرنا والباقية منها يطلب من المطولات (ولو صالح أحد الشريكين عن نصيبه) من الدين المشترك بينهما (ثوب) يكون سببه متحدا بينهما كضمن المبيع إذا كان صفقة واحدة والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك (فشريكه) بالخيار (إن شاء أخذ منه نصف الثوب) لأن له حق المشاركة لأنه عوض عن دينه فإذا اختار ذلك فقد أجاز فعل الشريك (إلا أن يعطيه ربع الدين) لأن حقه في الدين لا في الثوب (وإن شاء أتبع المديون بنصفه) لبقاء حصته في ذمته لأنه لم يأذن له بالدفع إلى غيره (ولا يجوز صلح أحدهما في السلم على أخذ نصيبه من رأس المال) أي من رأس ماله فالألف واللام بدل الإضافة

صورة المسئلة أسلم رجلان في كرّ ورأس مالهما مائة وسلم كل واحد خمسين درهما ثم صالح أحدهما عن نصف كرّ الخمسين التي دفعها إلى المسلم إليه وأخذ الخمسين فهذا الصلح لا يجوز عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز كما إذا اشتريا عبدا فأقال أحدهما في نصيبه ولهما أنه لو صح في نصيبه خاصة يلزم قسمة الدين في الذمة ولو جاز نصيبها لا بد من إجازة الآخر ولم يوجد وإنما قال عليّ أخذ نصيبه لأنه لو صالح على غيره لا يجوز اتفاقا لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه

(وإن صالح الورثة بعضهم على نصيبه بمال أعطوه والتركة عروض جاز قليلا ما أعطوه أو كثيرا) أي قليلا كان ما أعطوه إياه من المال لما بينا أنه بيع وفيه أثر عثمان رضي الله عنه فإنه صالح ثُمّاضر الأشجعي امرأة عبد الرحمن

ابن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها وكان⁹⁵² أربع نسوة على ثمانين ألف دينار وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير **(وكذلك)** جاز الصلح **(لو كانت التركة أحد النقدين)** الذهب أو الفضة **(فأعطوه خلافه)** لأن بيع الجنس بخلافه جائز **(وكذلك لو كانت)** التركة **(نقدين فأعطوه منها)** صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس وقد مر في باب الصرف **(ولو كانت التركة نقدين وعروضا فصالحوه على شيء من أحد النقدين فلا بد أن يكون)** ما أعطوه **(أكثر من نصيبه من ذلك الجنس)** حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربا **(ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا)** أي في الصورة التي كانت التركة نقدين وعرضا لعدم تحقق الربا واعلم أن كل موضع يقابل فيه أحد النقدين بالآخر يشترط القبض في المجلس لأنه صرف **(وإن كان في التركة ديون)** على الناس **(فأخرجوه منها)** أي فأخرج الورثة أحدهم من الديون **(على أن تكون الديون لهم لا يجوز)** الصلح لأن فيه تمليك الدين الذي حصة المصالح من غير من عليه الدين وهم الورثة **(وإذا اشترطوا براءة الغرماء)** من نصيب المصالح من الدين **(جاز الصلح)** لأنه إسقاط أو تمليك ممن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز وله حيلة غيرها مذكورة في الهداية وغيرها

كتاب الشركة

وهي عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف أحد النصيبين عن الآخر ثم يطلق هذا الاسم على عقد الشركة وإن لم يوجد اختلاط النصيبين إذ العقد سبب له وهي مشروعة بالنصوص قال عليه السلام: "يَدْ الله على الشريكين ما لم يُجْن أَحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما"⁹⁵³ وقال عليه السلام الشريكان الله ثالثهما ما لم يخونا وكان قيس بن السائب أو أسامة بن شريك رسول الله عليه السلام في تجارة البز والإدام فقال في حقه: "كان هو شريكي وكان خير شريك لا يماري ولا يداري"⁹⁵⁴ أي لا يجادل ولا يدافع عن الحق وُبُعْث رسول الله عليه السلام والناس يتعاملونها ولم ينكر عليهم وتعاملوا بها إلى يومنا هذا من غير نكير فكان إجماعا اعلم أن الشركة نوعان شركة ملك وشركة عقد فشركة الملك نوعان جبرية واختيارية وشركة العقد نوعان شركة

⁹⁵² له

⁹⁵³ الدارقطني، السنن، 2/ 623.

⁹⁵⁴ أبو داود، "البيوع" 26.

في المال وشركة في الأعمال والشركة بالمال أنواع مفاوضة وعنان ووجوه والشركة في الأعمال نوعان جائزة وهي شركة الصنائع وفاسدة وهي الشركة في المباحات وسيمر عليك بيانه في أثناء المسائل بعون الله تعالى

(وتكون) الشركة (في الأملاك وبالعقود ففي الأملاك أن يملك الرجلان عينا) أي شيئاً معيناً بأن ورثا مالا أو اشتريا عينا أو اتَّهَبَا أو أوصى بهما فقبلا أو استوليا على مال أو اختلط مالاها من غير صنع أو خلطا لا يمكن التميز رأساً أو إلا بحرج **(وركن)** هذه الشركة اجتماع النصيبين **(وحكمها)** وقوع الزيادة على الشريك بقدر الملك **(وكل منهما أجنبي في نصيب الآخر)** فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذن صاحبه

(ويجوز له بيع نصيبه من شريكه وغيره) غير إذنه إلا في صورة الاختلاط والخلط فإنه لا يجوز إلا بإذنه والفرق عُرف في موضعه **(وشركة العقود)** أربعة **(مفاوضة وعنان وفي الصنائع وبالوجوه ولا بد فيها)** أي في شركة العقود **(من الإيجاب)** وهو أن يقول أحدهما شاركك في كذا **(والقبول)** وهو أن يقول الآخر قبلت وهذا أعني الإيجاب والقبول هو الركن فيها وشرطها أن يكون التصرف المعقود عليه قابلاً للوكالة حتى لا يجوز على الاحتطاب وأشباهه ليكون الحاصل بالتصرف مشتركاً بينهما إذ هو المطلوب من عقد الشركة **(فالمفاوضة أن يتساويا في التصرف والدين والمال الذي يصح فيه الشركة)** لأنها شركة عامة في جميع التجارات يُفَوَّضُ كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق إذ هي من المساوات قال الشاعر: لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جُهاَّهم سادوا أي لا يصلح الناس متساوين فلا بد من تحقيق المساوات ابتداء وانتهاء وذلك في المال الذي تصح فيه الشركة فلا يعتبر التفاضل فيما لا تصح فيه الشركة وكذا في الدين لأن الذمي يملك التصرف في الخمر والخنزير ولا يملك المسلم فلا مساواة بينهما فلا تصح المفاوضة بينهما **(فلا تجوز) المفاوضة (إلا بين الحرين العاقلين)** لانعدام المساواة بين الحر والعبد وبين البالغ والصبي لأن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك والصبي لا يملك واحداً منهما إلا بالإذن **(المسلمين أو الذميين)** سواء أكان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً فإن الكفر كله ملة واحدة ولا يجوز بين مسلم وكافر وهذا عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز بين المسلم والكافر لأن ما يملكه الذمي من بيع الخمر والخنزير يملكه المسلم بالتوكيل فتحققت المساواة قلنا الذمي يملك ذلك بنفسه وبناثبة ولا كذلك المسلم فانتفت المساواة فإذا عقد المفاوضة بينهما صارت عنانا عندهما لفوات شرط المفاوضة ووجود شرط العنان كذا في شرح المصنف رحمه الله **(فلا تصح) المفاوضة**

(إلا بلفظ المفاضة) لبعد شرائطها من علم العوام أو بتبيين جميع مقتضاها لأن العبرة للمعاني وفي القياس لا تجوز المفاضة وهو قول الشافعي رحمه الله لتضمنها الوكالة بمجهول الجنس ولا كفالة بمجهول وجه الاستحسان قوله عليه السلام: "فاوضوا فإنه أعظم للبركة"⁶³ والجهالة متحملة تبعاً كما في المضاربة **(ولا يشترط تسليم المال)** لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود **(ولا خلطهما)** أي ولا يشترط خلط المالكين وقال زفر رحمه الله لا يجوز إلا بالخلط لأن الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة إلا بعقد الشركة في الأصل وإنه بالخلط لأن محل الشركة هو المال ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال لأن العقد سمي شركة فلا بد من تحقيق هذا الاسم في العقد فلم يكن الخلط شرطاً **(وتنعقد)** المفاضة **(على الوكالة والكفالة)** أي يكون كل واحد منهما وكيل الآخر وكذا كل واحد منهما كفيلاً عن الآخر فإذا اشترى أحدهما شيئاً فللبائع مطالبة الثمن من الشريك الآخر وذلك لأن معنى المفاضة هو المساواة والمساواة بذلك يتحقق **(فما يشترط أحدهما يقع على الشركة)** عملاً بعقد المفاضة **(إلا طعام أهله وكسوته)** وكان القياس أن يدخل في الشركة عملاً بمقتضي العقد إلا أنهم استحسنوا ذلك لأن كلا منهما هو العالم بحاجته الراتبية من الطعام والكسوة ولا يمكن إيجابها في مال غيره فيجب في ماله ضرورة إذ الاستثناء المعلوم بدلالة الحال كاستثناء المشروط بالقال **(وللبائع)** أي وللبائع الطعام والكسوة **(مطالبة أيهما شاء)** بالثمن من المفاوضين أما من المشتري فبالأصالة وأما من صاحبه فبالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري إن أدى من مال الشركة بقدر حصته لأن الثمن كان عليه خاصة **(وإن تكفل)** أحد المفاوضين **(بمال عن أجنبي)** بأمر المكفول عنه **(يلزم صاحبه)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أصحابه رحمهم الله لا يلزمه قيد الكفالة بالمال لأن كفالته بالنفس لا يلزم شريكه اتفاقاً وقيدنا بقولنا بأمر المكفول عنه لأنها لو لم تكن بأمره لا يلزم صاحبه اتفاقاً لهما أن الكفالة تبرع حتى لا يصح من الصبي والمأذون وتبرع أحد المفاوضين لا يلزم الآخر وصار كالإقراض والكفالة بالنفس وله أنه تبرع ابتداء لما ذكرنا ومعاوضة انتهاء لأنه يجب له الضمان على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر إلى كونها معاوضة يلزم شريكه بخلاف الكفالة بالنفس لأنها تبرع ابتداء وانتهاء وأما الإقراض فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يلزم صاحبه ولو سُلِمَ فهو إعارة ولهذا لا يصح فيه التأجيل وللمردود في الإعارة حكم العين لا حكم البذل فلم يوجد المعاوضة

⁶³ ابن ماجه، "التجارات" 63.

(وإن ملك أحدهما) بالإرث أو الهبة أو الصدقة (ما يصح فيه الشركة) كالتقدين والفلوس الرائجة (صارت)

المفاوضة **(عنانا وكذا كل موضع فسدت المفاوضة لفوات شرط لا يشترط في العنان)** لزوال المساواة فيما يصلح رأس المال إذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لأن الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب في حقه إلا أنه ينقلب عنانا للإمكان فإن المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم وإنما قال ما يصح فيه الشركة لأنه لو ورث عرضا أو عقارا تبقى المفاوضة لأن مال الشركة لم يزد **(ولا تنعقد المفاوضة والعنان إلا**

بالدراهم والدنانير وتبريها) التبر ما كان غير مضروب من الفضة والذهب (إن جرى التعامل به) أي بالتبر

(وبالفلوس الرائجة) أما الدراهم والدنانير فلأنهما ثمن الأشياء خلقة ووضعها ولا خلاف فيه وأما التبر فليل يجوز مطلقا لأن الذهب والفضة خلقتا ثمينين وقيل لا يجوز إلا بالتعامل وهو الأصح لأنهما وإن اختلفا للثمنية لكن بوصف الضرب حتى لا ينصرف الاسم عند الإطلاق التبر وإنما ينصرف إلى المضروب إلا أنا أجرينا التعامل مجرى المضروب عملا بالعرف فألحقناه بهما عند التعامل وأما الفلوس فلأنها إذا راجت التحقت بالأثمان وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه لا يجوز لأن ثمنيتها بالاصطلاح ومحمد رحمه الله مر على أصله في ثمنيتها حتى لا يتعين بالتعيين حالة الرواج **(ولا تصح) شركة المفاوضة والعنان (بالعروض) لأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن لأنه لا بد من بيعها فإذا باع أحدهما عروضه بألف وباع الآخر بألف وخمسمائة ومقتضي العقد الشركة في الكل فما يأخذه صاحب الألف زيادة على الألف ربح ما لم يضمن وقد نهى رسول الله عليه السلام عن ربح ما لم يضمن⁹⁵⁶**

(إلا أن يبيع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر إذا كانت قيمتهما على السواء) حتى صار مال كل واحد منهما مشتركا بينهما شركة ملك (ثم يعقدان الشركة) إن شاء مفاوضة وإن شاء عنانا ويصير العروض رأس مال الشركة وهي بعد ما صارت مشتركة بينهما تصلح أن تكون رأس مال الشركة وإن كانت لا تصلح قبل ذلك وذلك لأن رأس مال كل واحد منهما يكون معلوما على المناصفة قطعاً ولا يكون فيه ربح ما لم يضمن فيجوز وهذا إذا كانت قيمة عرضيهما متساوية أما إذا كانت متفاوتة كما إذا كان قيمة متاع أحدهما ألفاً وقيمة متاع الآخر ألفين يبيع صاحب الأقل ثلثي متاعه بثلث متاع الآخر ليكون كل واحد منهما بينهما أثلاثاً ثلثاه لصاحب الأكثر وثلثه لصاحب الأقل ثم يعقدان عقد الشركة فيكون الربح بقدر الملك وإنما يحتاج إلى عقد الشركة ليكون كل

⁹⁵⁶ النسائي، "البيع" 72.

واحد وكيل الآخر وإنما يكون الربح بقدر الملك لأن الربح هنا نماء المال بخلاف ما إذا كان رأس المال أحد النقدين فإن الربح حينئذ يستحق بالشرط وأيضا الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقد فالربح لا يكون نماء لرأس المال كذا في شرح الوقاية **(وشركة العنان)** بفتح العين مشتق من عنّ إذا ظهر كأنهما اشتركا فيما ظهر لهما من المال **(تصح مع التفاضل في المال والتساوي في الربح إذا عملا أو شرطا زيادة الربح للعامل)** وقال زفر رحمه الله لا يصح التفاضل في المال والتساوي في الربح كما لا يصح التساوي في المال والتفاوت في الربح وهي المسئلة الآتية لأن الربح فرع للمال فيكون بقدر الشركة في الأصل ولنا قوله عليه السلام: "الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالكين"⁹⁵⁷ ولم يفصل ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كالمضارب فإن أحدهما قد يكون أعرف بأمور التجارات وأهدى إلى البيعات فلا يرضى بالمساواة وفي الخانية شرط التفاضل في الربح مع التساوي في المالكين إنما يصح إذا شرط العمل عليهما أو على من شرط له فضل ربح وإن شرط العمل على أقلهما ربحا لا يجوز فالربح لهما على قدر مالهما لأن الربح لا يستحق إلا بمال أو بضمان عمل وليس لصاحب فضل ربح مال ولا ضمان عمل كذا في شرح المجموع لابن ملك رحمه الله **(وإذا تساويا في المال وشرطا التفاوت في الربح والوضيعة)** أي الخسران **(فالربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المال)** لما روينا ولأننا جوزنا اشتراط زيادة الربح بمقابلة العمل تقديرا أما زيادة الوضيعة فلا وجه لها وصار كما إذا اشترطا الوضيعة على المضارب فإنه لا يصح كذلك هاهنا والربح يستحق بالعقد لا بالعمل لأن الربح مستند إلى العقد هذا هو المفهوم من عبارة الكتاب ولكنه غير صواب وذلك لأن الربح قد يستحق بالعمل كما في المضاربة على ما مر آنفا **(ويصح من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير)** وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يصح بناء على اشتراط الخلط به وعدمه **(وتصح في جميع أنواع التجارات وفي بعضها)** أي وتصح الشركة عامة وخاصة لأن المقصود ابتغاء الربح وتتمير المال **(وتنقذ)** شركة العنان **(على الوكالة)** دون الكفالة ليتحقق المقصود وهو المال ولا تنقذ على الكفالة على ما سيجيء لأنها إنما يثبت في المفاوضة قضية للمساواة ولا مساواة ههنا **(ولا تصح فيها لا تصح الوكالة به كالاخطاب)** وهو قطع الخطب

⁹⁵⁷ ابن أبي شيبة، المصنف، 4 / 272.

(والاصطياد) لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في أخذ المباح باطل لأن أمر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائباً عنه وعلى هذا الاشتراك في اجتناء الثمار من الجبال وحفر المعادن وأخذ الملح والخص والكحل وغيرها من المباحات **(وما جمعه كل واحد منهما فهو له)** لأنه مباح سبقت يده إليه

(فإن أعانه الآخر) أي فإن أعان أحد شريكي الاحتطاب والاصطياد الشريك الآخر في عمله بأن جمعه أحدهما وشده الآخر بحبل أو رمي الصيد أحدهما وأنثخه وذبحه الآخر وسلخه **(فله)** أي فللمعين **(أجر مثله)** بالغاً ما بلغ عند محمد رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه وإنما وضع في إعانة أحدهما إذ لو أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل وإن أخذه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق **(ولا يكون أحدهما كفيلاً عن الآخر)** على ما مر آنفاً **(فلا يطالب بما اشتراه)** أي فلا يطالب الشريك الآخر بضمن ما اشتراه أحدهما يعني من باع أحدهما شيئاً يطلب ثمنه منه لا من شريكه لأن العنان يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل أصل في حقوق العقد **(وإن هلك المالكان أو أحدهما)** أي وإن هلك مال الشريكين أو مال أحدهما **(قبل الشراء بطلت الشركة)** لأنها عقدت لاستئناء المال فلا يتصور بعد هلاكه **(وإن اشترى أحدهما)** أي وإن اشترى أحد الشريكين بماله **(وهلك مال الآخر فالمُشْتَرَى بينهما على ما شرط)** لأن الملك حين وقع وقع مشتركاً بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال آخر بعد ذلك ولو قال فهلك بالفاء الدال على التعقيب لكان أبين وأظهر وأحسن **(ويرجع على صاحبه)** أي ويرجع المشتري على أحدهما الذي هلك ماله **(بحصته من الثمن)** لأن الشراء قد وقع لها فلا يتغير بهلاك المال وإنما وضع فيها إذا اشترى أحدهما بماله فهلك مال الآخر لأنه إن هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر كان ما اشتراه خاصة لأن الشركة بطلت وبطل ما في ضمنها من الوكالة **(ولا يجوز أن يشترط لأحدهما دراهم مساة من الربح)** لأنه يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى لأحدهما **(ولشريك العنان والمفاوضة أن يؤكل ويُبضع)** أي يعطي من مال الشركة رجلاً ويشترط أن يكون كل الربح لرب المال **(ويضارب ويودع ويستأجر)** من يحفظ المال ويتصرف فيه لأن كل ذلك من أعمال التجارة **(وهو أمين في المال)** أي كل واحد من الشريكين أمين في مال الشركة حتى لا يضمنه بلا تعدد لأنه قبضه من المالك بإذنه **(وشركة الصنائع)** وتسمى شركة التقبل **(أن يشترك صانعان)** فصاعداً **(اتفقا في الصنعة)** كالصباغين والقصارين **(أو اختلف)** فيها كالصباغ والقصار **(على أن يتقبل الأعمال)** أي محل الأعمال بإطلاق اسم الحال على المحل **(ويكون الكسب)** مشتركاً

(بينهما أو متفاضلا مع استواء العمل فيجوز) وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لأنها شركة لا يفيد مقصودها وهو التثمين لأنه لا بد من رأس المال وهذا لأن الشركة في الربح تنبني على المال على أصله ولنا أن المقصود من التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لأنه لما كان وكيلا في النصف أصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر رحمهما الله فيها لأن المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت كذا في الهداية (وما يتقبله أحدهما يلزمهما) أي يلزم الشريكين في الصنائع لأنه يتقبله لنفسه بالأصالة ولشريكه بالوكالة (فتطالب) بفتح اللام (كل واحد منهما بالعمل ويطالب) بالكسر أي ويطالب كل واحد منهما (بالأجرة) وهذا استحسان والقياس ألا يلزم شريكه لأن ذلك مقتضي المفاوضة والشركة هنا مطلقة وجه الاستحسان أن هذه الشركة تقتضي الضمان حتى كان ما يتقبله كل واحد منهما مضمونا على الآخر ويستوجب الأجر بما يتقبله شريكه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البذل

(وشركة الوجوه) وتسمى شركة المفاليس (جائزة) عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والوجه من الجانبين ما قلناه في شركة التقبل (وهي أن يشتركا على أن يشتريا بوجوههما وبيعا) سميت بذلك لأن الشراء بالنسيئة إنما يكون لمن له وجاهة عند الناس والتعامل بذلك جائز عندهم من غير نكير (وينعقد على الوكالة) لأن التصرف على الغير إنما يجوز بوكالة أو ولاية ولا ولاية له عليه وهذا عند الإطلاق ولو شرط الكفالة أيضا جاز وتكون مفاوضة لأنه يمكن تحقيق ذلك لكن عند الإطلاق يصرف إلى العنان لأنه أدنى (وإن شرطاً أن المشتري بينهما فالربح كذلك ولا تجوز الزيادة فيه) أي في الربح حتى لو شرطاً أن يكون المشتري نصفين والربح أثلاثا يكون الربح بينهما بقدر الملك وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو بالعمل أو بالضمان فربُّ المال يستحق بالمال والمضارب بالعمل والأستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف يستحق بالضمان لأنه يطالب بتحصيل ذلك فكان العمل مضمونا على الأستاذ ولا يستحق بما سوى ذلك ألا يرى أن من قال لغيره تصرّف في مالك على أن لي نصف ربحه لا يجوز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في هذه الشركة بالضمان لأن ما يشتريانه مضمون عليهما والضمان على قدر الملك إذ الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة والوجه ليست في معنى المضاربة لأن في شركة الوجوه كل واحد من الشريكين مضمون عليه العمل وأما المال فليس بمضمون على رب المال وكذلك العمل ليس بمضمون على رب المال بخلاف شركة العنان لأنه في معنى المضاربة من حيث إن كل واحد من شركي العنان يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فجاز اشتراط زيادة الربح فيه كما في

المضاربة وهذا التقرير واجب حفظه فاحفظه **(وإن اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية)** وهي مزادة تُتخذ من ثلاثة جلود **(يسقى الماء)** لا تصح الشركة **(والكسب للعامل وعليه)** أي وعلى العامل **(أجرة بغل الآخر)** إن كان العامل صاحب الراوية **(أو راوية)** إن كان العامل صاحب البغل أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو الماء وأما وجوب الأجر فلأن المباح إذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفي منافع ملك الغير وهو البغل والراوية بعقد فاسد فيلزم أجره إنما وضع المسئلة في الراوية بناء على العادة وهي عادة أهل بغداد لأن الاستقاء كان بالراوية فيها حتى لو كان الاستقاء بالجرة أو بالمزادة كما عادة أهل بعض المواضع لا تجوز الشركة أيضا **(والربح في الشركة الفاسدة على قدر المال وتبطل شرط الزيادة)** كما إذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح تفسد الشركة ويكون الربح بقدر الملك فلو كان المال نصفين وشرط الربح أثلاثا فالشرط باطل ويكون الربح نصفين وذلك لأن الربح تبع لرأس المال فيتبعه في الملكية والزيادة إنما يستحق بالشرط وقد بطل **(وإذا مات أحد الشريكين أو لحق بدار الحرب مرتدا بطلت الشركة)** لأنها يتضمن الوكالة والوكالة تبطل بالموت على ما مر وكذا باللاحق بدار الحرب مرتدا إذا قضى القاضي بلحاظه لأنه بمنزلة الموت على ما سيجيء إن شاء الله **(وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه)** لأن ذلك ليس بداخل في الشركة لأنه ليس من التجارة **(فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه)** بأن يؤدي عنه زكاته **(فأديا معا)** مثل أن أدّى كل واحد بغية صاحبه واتفق أدائها في زمان واحد أو لا يعلم تقدم أحدهما على الآخر **(ضمن كل واحد نصيب شريكه)** عند أبي حنيفة رحمه الله **(وإن أدّيا متعاقبا ضمن الثاني للأول)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقوله **(علم بأدائه)** أي بأداء الأول **(أو لم يعلم)** متعلق بهما أعني إذا ما أدّيا معا وإذا ما أدّيا متعاقبا **(وقيل إن لم يعلم لم يضمن)** وهو قولهما لأنه مأمور بالدفع إلى الفقير وقد فعل ولنا أنه مأمور بالدفع إليه زكاة والمدفوع لم يقع زكاة فكان مخالفا ولأنه أمره بأداء يخرججه عن العهدة ولم يوجد فكان مخالفا فيضمن كذا قرر المصنف رحمه الله في شرحه وإنما قال وقيل إن لم يعلم لم يضمن احترازا عما قيل إنه لا يضمن عندهما سواء علم أو لم يعلم وهو المختار عند صاحب الزيادات والأول هو المختار عند صاحب المختار كذا خطر ببالي حقق الله آمالي

كتاب المضاربة

وهي في اللغة مفاعلة من الضرب وهو السير في الأرض قال الله تعالى ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾⁹⁵⁸ وسمي هذا النوع من التصرف مضاربة لأن الربح لا يحصل غالبا إلا بالضرب في الأرض والمفاعلة تكون من الجانبين وههنا المضارب يسير لا رب المال فجعل السبب بمنزلة الضرب في الأرض لأن رب المال سبب للسير فجعل كأنهما سارا معا وقد تجبى المفاعلة من جانب واحد كما يقال عالج الطبيب المريض وهذا النوع من التصرف بلغة الحجاز مقارضة وقراض واختارها الشافعية⁹⁵⁹ وإنما اخترنا المضاربة لموافقة نص القرآن وهو قوله تعالى ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ﴾⁹⁶⁰ يبتغون من فضل الله تعالى أي يسافرون للتجارة وفي الشرع هي شركة بهال من جانب رب المال وعمل من جانب المضارب والمراد الشركة في الربح وهي مشروعة بما تلونا والسنة وهي ما روي أن العباس رضي الله عنه كان يدفع ماله مضاربة ويشترط على مضاربه أن لا يسلك به بحرا وأن لا ينزل واديا ولا يشتري به ذات كبد رطبة فإن فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله عليه السلام فاستحسنه وأجازه⁹⁶¹ وبُعث والناس يتعاملون بها فأقرهم عليه وعن عمر رضي الله عنه أنه دفع مال اليتيم مضاربة⁹⁶² وعليه الإجماع ولأن للناس حاجة إل ذلك لأن منهم الغني الغبي عن التصرفات والفقير الذكي العارف بأنواع التجارات فمست الحاجة إلى شرعيتها تحصيلًا لمصلحتها إذا عرفت هذا جئنا إلى مسائل الكتاب **(المضارب شريك رب المال في الربح)** فإنه لو لم يكن شريكه فيه لا تكون مضاربة على ما سنين إن شاء الله تعالى **(ورأس ماله الضرب في الأرض)** أي ورأس مال المضارب السير فيها يعني العمل وقد مر **(فإذا سلم رأس المال)** إلى المضارب **(فهو أمانة)** لأنه قبضه بإذن المالك **(وإذا تصرف فيه فهو وكيل)** لأنه تصرف فيه بأمر ماله **(فإذا ربح صار شريكا)** لأنه ملك جزء من الربح **(فإن شرط الربح للمضارب فهو قرض)** لأن كل الربح لا يملك إلا بملك رأس المال **(وإن شرط الربح لرب المال فهو بضاعة)** لأن هذا معنى البضاعة عرفا وشرعا **(وإذا فسدت)** المضاربة

⁹⁵⁸ سورة النساء، الآية: 101 .

⁹⁵⁹ حتى قالوا كتاب القراض

⁹⁶⁰ سورة المزمل، الآية: 20 .

⁹⁶¹ الدارقطني، السنن، 2 / 685 .

⁹⁶² الدارقطني، السنن، 2 / 283 .

(فهي إجارة فاسدة) حتى استوجب أجر المثل لأن المضارب عامل لرب المال في ماله فصار ما شرط له من الربح كالأجرة على عمله (وإذا خالف) المضارب ربّ المال (صار غاصبا) لوجود التعدي منه على مال غيره (ولا تصح) المضاربة (إلا بما تصح به الشركة) من الدراهم والدنانير والفلوس الرائجة وقد تقدم بيانه ولو دفع إليه عرضا وقال بعه وأعمل مضاربة في ثمنه فباعه بدراهم أو دنانير جاز وكذا لو قال اقبض مالي على فلان وأعمل به مضاربة بخلاف ما لو قال اعمل بالدين الذي عليك حيث لا يجوز كذا في الهداية والكافي (ولا تصح) المضاربة (إلا أن يكون الربح بينهما مشاعا) لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة (فإن شرط لأحدهما دراهم مسماة) من الربح (فسدت) المضاربة لما مر في الشركة (والربح لرب المال) لأن الربح تبع للمال لأنه نواؤه (وللمضارب أجر مثله) لأنه لم يرض بالعمل مجانا ولا سبيل إلى المسمى المشروط للفساد فيصار إلى أجر المثل ضرورة (ولا يجاوز المشروط) أي ولكن لا يجاوز الأجر على القدر المشروط خلافا لمحمد رحمه الله وقد عرف في موضعه (والمال أمانة) أي والمال في المضاربة الفاسدة أمانة في يد المضارب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة (واشترط الوضعية على المضارب باطل) لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: "الربح على ما اشترطوا والوضعية على المال"⁹⁶³ (ولا بد أن يكون المال مسلما إلى المضارب) لأنه لا يقدر على العمل إلا باليد فيجب أن يخلص يده فيه وتنقطع عنه يد رب المال (وللمضارب أن يبيع ويشترى) بنقد ونسيئة (ويؤكل ويسافر ويبضع) لأن الربح يحصل بالتجارة وكل ذلك من صنيع التجار (ولا يضارب)⁹⁶⁴ إلا بإذن رب المال أو بقوله اعمل برأيك لأن الشيء لا يستتبع مثله لاستوائهما في القوة فاحتاج إلى التنصيص أو مطلق التفويض كالوكيل ليس له أن يوكل إلا بما قلنا فإن قيل جاز للمكاتب أن يكاتب وللمأذون أن يأذن وللمعير أن يعير فكيف يضمن هذه العقود أمثالها قلنا إنهم يتصرفون بحكم المالكية لا بحكم النيابة والمكاتب والمأذون متصرف بنفسه والمستعير مالك للمنفعة (وليس له) أي للمضارب (أن يتعدى البلد والسلعة والمعامل الذي عينه رب المال) لما روينا من حديث العباس رضي الله عنه ولأنها وكالة وفي التخصيص فائدة ولو خالفه كان مشتريا لنفسه وربحه له لأنه لما خالف صار غاصبا فأخذ حكم الغصب ثم قيل يضمن بنفس الإخراج من البلد وقيل لا يضمن ما لم يشتر وإنما وضع المسئلة

⁹⁶³ ابن أبي شيبة، المصنف، 4 / 272.

⁹⁶⁴ المضارب

في البلد لأنه لو خصها بسوق معين فيها لا يتقيد به لأن البلد كبقعة واحدة فتفاوت أسواقها قليل إلا إذا صرح بالنهاي وقال اعمل في هذا السوق ولا تعمل في غيره والمراد من تخصيص البلد أن تقع التجارة فيها حتى لو عامل مع غير أهلها فيها جاز **(فإن وقت لها)** أي للمضاربة **(وقتا)** معناها **(بطلت بمضيه)** لأنه توكيل فيوقت بها وقته كالتيقيد بالنوع والمكان **(ولا يزوج عبدا ولا أمة)** من مال المضاربة لأن ذلك ليس من التجارة وقال أبو يوسف رحمه الله له أن يزوج الأمة وهو كاخلاف الذي مر في المأذون **(ولا يشتري)** المضارب **(من يعتق على رب المال)** بقرابة أو يمين بأن قال إن ملكت عبدا فهو حر لأنه لو اشتراه يعتق عليه فتبطل المضاربة وهو إنما وكله بالتصرف في المال لا لإبطال العقد **(فإن فعل)** أي فإن اشترى من يعتق على رب المال **(ضمن)** معناه صار مشتريا لنفسه دون المضاربة فيضمن إن نقد من مال المضاربة كالوكيل بالشراء إذا خالف **(ولا من يعتق عليه)** أي ولا يشتري من يعتق على المضارب **(إن كان في المال ربح)** لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف المعروف ممنوع التصرف فلا يحصل المقصود فإن اشتراه كان مشتريا لنفسه فضمن الثمن لأنه أذاه من مال الغير **(فإن لم يكن)** في المال ربح **(فاشترى)** من يعتق عليه **(ثم ربح)** معناه زادت قيمته بعد الشراء **(عتق نصيبه)** لأنه ملك بعض قريبه ولا ضمان عليه لأنه لا صنع له في زيادة القيمة **(وسعى العبد في قيمة نصيب رب المال)** لاحتباس ماليته عنده **(ولو دفع)** رب المال **(إليه المال)** مضاربة **(وقال ما رزق الله بيننا نصفان وإذن له)** أي وأذن رب المال للمضارب **(في الدفع مضاربة)** فالمضارب لا يملك أن يضارب إلا بإذن رب المال ولذا قيد بقوله وإن أذن له في الدفع مضاربة وقد مر **(فدفع)** المضارب إلى آخر **(بالثلث فنصف الربح لرب المال والسادس للأول والثلث للثاني)** أي وسدس الربح للمضارب الأول وثلثه للمضارب الثاني لأن الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الإذن من جهة المالك فرب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله فلم يبق للأول إلا النصف فينصرف تصرفه إلى نصيبه وقد جعل من ذلك قدر ثلث الجمع للثاني فيكون له فلم يبق إلا السدس **(وإن دفع الأول)** إلى الثاني **(بالنصف)** وباقي المسئلة بحالها **(فلا شيء له)** أي للمضارب الأول لأنه جعل نصفه للثاني فلم يبق له شيء كمن استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بدرهم **(وإن دفعه على أن للثاني الثلثين)** والمسئلة بحالها **(ضمن الأول للثاني قدر سدس الربح)** لأن المضارب الأول شرط للثاني ثلثي الربح وبعضه ملكه وبعضه وهو السدس ملك رب المال فلا ينفذ لأنه إبطال ملك الغير لكن التسمية صحيحة لكونها معلومة في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوقاية وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر

الخياطُ غيره ليخيطه بدرهم ونصف **(ولو قال رب المال ما رزقك الله فلي نصفه فما شرطه للثاني فهو له)** عملاً بالشرط لأنه ملكه من جهة رب المال **(والباقى بين رب المال والأول نصفان)** لأن رب المال جعل لنفسه نصف ما رزقه الله وإنما رزقه الله نصف الربح فيكون بينهما **(وتبطل المضاربة بموت المضارب وبموت رب المال)** لأنها وكالة وأنها تبطل بالموت على ما مر **(وبردته)** أي تبطل المضاربة أيضاً برودة رب المال **(ولحاقه بدار الحرب)** لأن الردة مع اللحق بمنزلة الموت ألا يرى أنه يقسم ماله بين ورثته وقيد بلحاقه أي بلحق رب المال لأن تصرف مضاربه قبل لحاقه يتوقف عند أبي حنيفة رحمه الله لأن المضارب يتصرف لأجل رب المال فكان تصرف المضارب بمنزلة تصرف رب المال فلو تصرف رب المال في هذه الصورة لكان موقوفاً عند أبي حنيفة رحمه الله لارتداده فكذا تصرف نائبه وهو المضارب وعندهما يجوز فلا يتوقف **(دون المضارب)** أي ولو ارتد المضارب ولحق بدار الحرب مرتداً لا تبطل المضاربة لأن له عبارة صحيحة وبصارة في التجارة وتصرف المرتد إنما يتوقف في أملاكه ومال المضاربة ليس ملكاً له فيصح فيه لقائل أن يقول قد صرحتم أن موت المضارب يبطل المضاربة ثم صرحتم بأن اللحق بمنزلة الموت فعلى هذا ينبغي أن لا يختلف الحكم بين موته ولحاقه كما لا يختلف بين موت الوكيل ولحاقه **(ولا ينعزل)** المضارب **(بعزله)** أي بعزل رب المال ما لم يعلم كالوكيل فلو باع أو اشترى بعد العزل قبل العلم نفذ لبقاء الوكالة **(فإذا علم)** المضارب بالعزل **(والمال)** أي والحال أن المال **(من جنس رأس المال لم يتصرف فيه)** لأنه صار أجنبياً بالعزل ولا ضرر عليه في ذلك **(وإن كان)** ما في يد المضارب **(خلاف جنسه)** بأن كان عرضاً **(فله أن يجعله من جنسه)** لأن له حقا في الربح وهو إنما يظهر إذا علم رأس المال وإنما يعلم إذا نُصَّ فإذا نُصَّ لا يتصرف فيه ولو كان المال دراهم ورأس المال دنانير أو بالعكس له أن يبيعها بجنس رأس المال استحساناً لأن الربح لا يظهر إلا به وصار كالعرض **(وإذا افترقا وفي المال ديون)** على الناس **(وليس فيه ربح وكُل المضارب رب المال على اقتضاءها)** أي على أخذها يقال اقتضيت منه حقي أي أخذته لأنه وكيل ومحض والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما شرع به ويقال له وكُل رب المال في الاقتضاء لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلاً يضيع حقه **(وإن كان فيه ربح أُجبر على اقتضاءها)** أي أجبر الحاكم المضارب على أخذ الديون لأن الربح بمنزلة الأجرة فكان أجراً فيجب عليه تمام العمل **(وما هلك من مال المضاربة فمن الربح)** لأنه تبع كالعفو في باب الزكاة **(فإن زاد فمن رأس المال)** لأن المضارب أمين فلا ضمان عليه

كتاب الوديعة

هي مشتقة من الودع وهو الترك يقال دع هذا الأمر اتركه ومنه المودعة والحرب أن يترك كل واحد من الفريقين الحرب ومنه الوداع لأن كل واحد منهما يترك صاحبه يقال أودعت زيدا مالا واستودعته إياه إذا دفعته إليه للحفظ فأنا مودع ومستودع بالكسر فيهما وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما فالمال مودع ووديعة وفي الشرع ما يترك عند الأمين للحفظ وركنها الإيجاب والقبول وشرطها كون المال قابلا لإثبات اليد ليتمكن من حفظه حتى لو أودعه الأبق أو المال الساقط في البحر لا يصح وكون المودع مكلفا شرط لوجوب الحفظ عليه وحكمها وجوب الحفظ عليه وصيرورة المال أمانة عنده ثم الوديعة تارة تكون بصريح الإيجاب والقبول وتارة بالدلالة فالصريح قوله أودعتك وقول الآخر قبلت والدلالة ما إذا وضع عنده متاعا ولم يقل شيئا أو قال هذه وديعة عندك وسكت الآخر صار مودعا حتى لو غاب المالك ثم غاب الآخر فضاع ضمن لأنه إيداع وقبول عرفا وفي الفتاوى رجل قام من أهل المجلس وترك كتابه وذهب القوم أيضا وتركوا فضاع ضمنوا لأن الأول لما ترك الكتاب عندهم فقد استحفظهم فإذا قاموا وتركوا الكتاب فقد تركوا الحفظ الملتزم وضمنوا جميعا وإن قام واحد بعد قوم ضمن الأخير لأن الأخير تعين للحفظ فتعين للضمان وهذا كمن باع قفيز حنطة من قفيزين ثم هلك قفيز منها تعين القفيز الثاني للعقد وفي الفتاوى أيضا وضع عند أحد شيئا فصاح بأعلى صوته وقال لا أحفظه قيل لا يضمن لعدم التزام الحفظ وقيل يضمن والوديعة عقد مشروع بالكتاب قال الله تعالى ﴿إِنْ اللَّهُ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَوَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾⁹⁶⁵ وأداء الأمانة لا يكون إلا بعدها والسنة فإنه عليه السلام كان يودع ويستودع⁹⁶⁶ وعلى شرعيتها انعقد الإجماع والفرق بين الوديعة والأمانة إن كل وديعة أمانة دون العكس إذ الاستيداع هو الاستحفاظ قصدا فاللقطة بعد الإشهاد وما هبت الريح به وألقته في حجر شخص أمانة لا وديعة فالوديعة خاصة والأمانة عامة وحمل العام على الخاص جوازه أظهر بين العام والخاص فقال

⁹⁶⁵ سورة النساء، الآية: 58.

⁹⁶⁶ الترمذي، "الدعوات" 43.

(وهي أمانة) أي الوديعة أمانة عند المودع فإذا هلك من غير تعدٍّ لم يضمن لقوله عليه السلام: "ليس على المستودع غير المغل ضمان"⁶⁶⁷ والمغل الخائن ولأنه لو ضمّنناه لامتنع الناس من قبولها فيتعطل مصالحهم

(وللمودع أن يحفظها بنفسه ومن في عياله) العيال بالكسر جمع عيّل كالجياذ جمع جيّد

(وإن نهاه) أن يدفع المودع إلى أحد من عياله وذلك لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولأن المودع رضي بذلك لأنه يعلم أن المودع لا بد له من الخروج لمعاشه وأداء فرائضه ولا يمكنه استصحاب الوديعة معه فتركها في منزله عند من هو في عياله فلم يكن له بُدٌّ من ذلك ولهذا لا يصح نهيه

(وليس له أن يحفظها بغيرهم) أي وليس للمودع أن يحفظ الوديعة بغير من في عياله لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره والأيدي تختلف في الأمانة وتفسر من في العيال أن يسكن معه ويجري عليه نفقته كذا في شرح الطحاوي رحمه الله (إلا أن يخاف) المودع (الحريق فيسلمها إلى جاره أو الغرق) بفتحيتين مصدر غرق في الماء فهو غريق

(فيلقيها إلى سفينة أخرى) لأن الحفظ تعين بذلك لكن لا يصدق عليه إلا بيئته لأنه يدعي سببا لإسقاط الضمان فيحتاج إلى بيئته (فإن خلطها بغيرها حتى لا يتميز ضمنها) ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله إذا خلطها بجنسها شركه إن شاء مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما أنه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكاً من وجه دون وجه فيميل إلى أيها شاء وله أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه ولا معتبر للقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها وفي المسئلة طول لا يسعه كتابنا هذا فليطلب من الكتب المبسطة (وكذا) يضمن المودع جميع الوديعة (إذا أنفق بعضها ثم رد عوضه وخلطه بالباقي) لأنه خلط مال غيره بهاله فيكون استهلاكاً على الوجه الذي تقدم (وإن اختلط) الوديعة (بهاله بغير صنعه) كما إذا أنشق الكيس في صندوقه فاختلط بدراهمه (فهو شريك) بالاتفاق حتى لو هلك بعضها هلك من ماله ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما وهذا لأنه لا صنع له فيه ولا ضمان عليه فتعين الشركة (ولو تعدى فيها) أي ولو تعدى المودع في الوديعة (بالركوب) بأن كانت دابة فركبها (واللبس) بأن كانت ثوبا فلبسه (أو أودعها ثم أزال التعدي) بأن نزل من الدابة ونزع الثوب ورد ما أودعه إلى يده (لم يضمن) وقال الشافعي رحمه الله لا يبرأ عن

⁶⁶⁷ الدارقطني، السنن، 2/ 632.

الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حتى صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك ولنا أن الأمر باقٍ لإطلاقه وارتفاع حكم العقد^{٩٦٨} ضرورة ثبوت نقيضه فإذا ارتفع عاد حكم العقد^{٩٦٩} كما إذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي يحصل الرد إلى نائب المالك^{٩٧٠} **(ولو هلك عند الثاني فالضمان على الأول خاصة)** أي ولو أودع المودع عند آخر فهلكت عند الثاني فالضمان على الأول فقط عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله للمودع أن يُضْمَنَ أيهما شاء لأن الأول خالف لما بينا والثاني تعدى حيث قبض ملك غيره بغير أمره فإن ضَمَّنَ الأول لا يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمان مستندا فيكون مودعا ملكه وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه إنما لحقه ذلك بسببه وله أن التفريط إنما جرى من الأول لأن مجرد الدفع لا يوجب الضمان حتى لو هلك الأول حاضرا لا يضمن فإذا غاب الأول فقد ترك الحفظ فيضمن والثاني لم يترك **(فإن طلبها صاحبها فجحدها)** عند صاحبها **(ثم عاد فاعترف ضمن)** لأن بالطلب ارتفع عقد الوديعة فصار غاصبا بعده وبالإعتراف بعد ذلك لم يوجد الرد إلى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق لأن اليد في الوديعة لم ترتفع فوجد الرد إلى نائب المالك وإنما قيدنا بقولنا عند صاحبها لأنه لو جحدها عند غير صاحبها بأن قال أجنبي للمودع أعندك وديعة لفلان فقال لا لا يضمن وقال زفر رحمه الله يضمن لأنه جحد الوديعة ولنا أنه من باب الحفظ لما فيه من قطع إطماع عنها لأنها ربما يخاف عليها ممن جحدها عنده وهذا المعنى معدوم إذا جحدها عند المالك

(وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل) بفتح الحاء أي ثقل يحتاج إلى حمله **(ومؤونة مالم ينهه إذا كان الطريق آمنا)** وليس له أن يسافر بها في البحر وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله ليس له ذلك إذا كان له حمل ومؤونة لأن الظاهر عدم الرضي لما يلزمه من مؤونة الحمل وقال الشافعي رحمه الله ليس له ذلك في الوجهين لأن الحفظ المتعارف هو الحفظ في الأمصار ولأبي حنيفة رحمه الله إطلاق الأمر والغالب هو السلامة إذا كان الطريق آمنا ولهذا يملكه الوصي والأب بخلاف الركوب في البحر لأن الغالب فيه العطب **(ولو أودعها عند رجل مكيلا أو موزونا ثم حضر أحدهما)** حال كونه **(يطلب نصيبه لم يؤمر بالدفع إليه مالم يحضر الآخر)** وهذا عند أبي حنيفة

^{٩٦٨} عدم وجود الضمان

^{٩٦٩} وهو عدم الضمان

^{٩٧٠} يعنى المودع

رحمه الله وقالاً رحمه الله له ذلك والخلاف في المكيل والموزون فأما غير المكيل والموزون فلا يدفع إليه نصيبه بالإجماع وذكر بعضهم الخلاف مطلقاً والأول هو الأصح لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلّم إليه وهو النصف وله أنه طالبه بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه إلا بالقسمة وليس للمودّع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه لأن الديون تقضى بأمثالها

وفي المسئلة حكاية وهي روي أنه جاء سارقان أو طّراران إلى حمام فدفعاً صُرّة إلى الحمامي ثم خرج أحدهما فطلب الصرة فلم يدفع الحمامي فقال: لا أدفع حتى يخرج صاحبك فصاح إلى صاحبه فقال: أأدفع؟ فقال من⁹⁷¹ الحمام نعم فدفع الصرة إليه ثم خرج صاحبه فطلب الصرة فقال: أنت أذنت من الحمام فقال صاحبه: ما أذنت ولكن قلت ادفع شيئاً آخر من المُشَطِّ أو الطين فتنازعا وذهبا إلى القاضي فقال القاضي للحمامي: لم دفعت إلى أحدهما؟ فتحير الحمامي فسمع أبوحنيفة رحمه الله هذه الواقعة فقال للحمامي: لا تحزن وقل لصاحبه معي صرة جيء بصاحبك فإنك تقول لم دفعت إلى أحدهما بل ينبغي أن تدفع إلينا معا فهذا يُعَدُّ من كرامة أبي حنيفة رحمه الله وفراسته وكياسته فإنه إذا جاء بصاحبه يأتي معه الصرة لا محالة فيتمكن الحمامي من الدعوى عليه فوجد مخلصاً من تعليم أبي حنيفة رحمه الله فله درُّ للإمام الأعظم الأعلم الاسم أبي حنيفة الكوفي رضي الله عنه وعنا به فإنه قد صرف في فكر العلم أيامه ولياليه ونظم في عقد تحصيله درره ولآليه فقد ذكر الإمام السرخسي رحمه الله في كتابه أن ابن سريح رحمه الله كان متقدماً من أصحاب الشافعي رحمه الله بلغه أن رجلاً يقع في أبي حنيفة رحمه الله فدعاه فقال يا هذا أتقع رجلاً سلّم له الناس ثلاثة أرباع العلم وهو لا يُسلّم لهم الربع فقال وكيف ذاك قال الفقيه سؤال وجواب وهو الذي تفرد بوضع الأسئلة فسلّم له النصف من العلم ثم أجاب عن الكل وخصومه لا يقولون أنه أخطأ في الكل فإذا جعلت ما وافقوه فيه مقابلاً بما خالفوه فيه سلّم له ثلاثة أرباع العلم وبقي بينه وبين جميع الناس ربع العلم فتاب الرجل عن وقيعته في أبي حنيفة رحمه الله وما ذاك إلا ببركة الإنصاف وفقنا الله تعالى

(ولو أودع عند رجلين شيئاً مما يقسم) كالمكيلات والموزونات والثياب

(اقتسماه وحفظ كل منهما نصفه وإن كان مما لا يقسم) كالعبد والثوب الواحد وكل ما يتعيب بالتقسيم الحسي

⁹⁷¹ يعني من في الحمام

(حفظه أحدهما بأمر الآخر) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين لأنه رضي بأمانتهما فكان كل واحد منهما أن يُسلم إلى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم وله أنه رضي بحفظهما ولم يرَضَ بحفظ أحدهما كله لأن الفعل متى أُضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزي تناول البعض دون الكل فوق التسليم إلى الآخر من غير رضي المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لأن مودَع المودَع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لأنه لما أودعها ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة كالمالك راضيا بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال وعلى هذا الخلاف الوكيلان والوصيان والمرتهنان والعدلان في الرهن والمستبضعان **(ولو قال له احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن)** لأن الشرط غير مفيد (مقيد) فإن البيتين في دار واحد لا يتفاوتان في الحرز **(إلا أن يكون البيت الذي نهى عنه عورة فيضمن)** لأن الشرط حيثئذ يكون مفيدا **(ولو خالفه في الدار ضمن)** لأن الدور تختلف في الحرز فكان مفيدا (مقيدا) **(ولو رد الوديعة إلى دار مالكتها ولم يُسلمها إليه ضمن)** لأن المالك ما رضي بدفعها إلى داره ولا إلى من في عياله ظاهرا إذ لو رضي بهم لما أودعها

كتاب اللقيط

هو في اللغة ما يلقط أي يرفعُ فاعيل بمعنى مفعول ثم غلب على الصبي المنبوذ لأنه على عَرَضٍ أن يلقط وهذا من قبيل وصف الشيء بالصفة المشارفة له مثل من قتل قتيلا فله سلبه وفي الشريعة اسم لمولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنا

(التقاطه مندوب) لما فيه من إحيائه فإن كان على شرف الهلاك وإحياء الحي بدفع سبب الهلاك قال الله تعالى ﴿ومن أحيأها فكأنها أحيأ الناس جميعا﴾⁹⁷² وعن علي رضي الله عنه أنه قال للملتقط: "لأنَّ أكون وليت فيه مثل الذي وُلِّيت أنت كان أحبَّ إلى من كذا وكذا"⁹⁷³ وهذا إذا كان الغالب على ظنه عدم الهلاك بأن كان في مصر أو قرية فإن كان الغالب على ظنه هلاكه بأن كان في مفازة أو بئر أو مسبعة فالتقاطه واجب دفعا للهلاك عنهم

(وهو حرٌّ) تبعا للدار إذ الدار دار الأحرار

⁹⁷² سورة المائدة، الآية: 32.

⁹⁷³ عبد الرزاق بلفظ: "هو حرٌّ عقله عليهم وولأؤه لهم" المصنف، 9/ 15.

(ونفقته في بيت المال) هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما⁹⁷⁴ وأنه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة فأشبهه المقعد الذي لا مال له ولا قرابة **(وميراثه له وجناته عليه)** ليكون الغنم بالغرم **(والملتقط أولى به)** أي باللقيط **(من غيره)** لسبق يده عليه كالمباحات **(وهو متبرع في الإنفاق عليه)** لعدم الولاية **(إلا أن يأذن القاضي بشرط الرجوع)** فيرجع عليه لأن للقاضي ولاية عامة فصار أمر القاضي كأمره بنفسه لو كان من أهل الأمر وإنما قال بشرط الرجوع لأنه لو أمره بالإنفاق فقد ولم يشترط الرجوع لا يرجع في الأصح لأن مطلقه يحتمل الحسبة والاستدانة عليه فلا يرجع عليه بالشك **(أو يصدقه اللقيط إذا بلغ)** أي يصدق الملتقط اللقيط بعد بلوغه أن له عليه حقا بسبب إنفاقه فحينئذ يرجع عليه لأنه اعترف بحقه **(ومن ادعى أنه ابنه ثبت نسبه منه)** لما فيه من نفع الصغير لأنه يُشَرَّف بالنسب ويعيَّر بعدهم وإذا ثبت نسبه ترتب عليه أخذه فيبطل يد الملتقط هو الأصح **(وإن ادعاه اثنان معا ثبت نسبه منهما)** لاستوائهما في السبب وهو الدعوة **(إلا أن يذكر أحدهما علامة)** في جسده **(أو يسبق بالدعوة)** من أحدهما **(فيكون)** ذاك العلامة في اللقيط والسابق في الدعوى أولى من الساكت عن ذكر العلامة ومن اللاحق في الدعوى وأما الأول فلأن الظاهر شاهد له لموافقته كلامه والعلامة فيصلح أن تكون مرجحة كما في متاع البيت وأما الثاني فلأنه ثبت نسبه منه في زمان لا ينافيه فيه غيره إلا إذا أقام الآخر البيينة لأن البيينة أقوى **(والحر والمسلم أولى من العبد والذمي)** أي إذا ادعى نسب اللقيط حر وعبد أو مسلم وذمي فالحر أولى من العبد والمسلم أولى من الذمي ترجيحاً لما هو الأنظر والأنتفع في حق اللقيط **(وإن ادعاه عبد فهو ابنه)** لأن ثبوت النسب نفع له **(وهو حر)** لأن المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرمة الظاهرة بالشك **(وإن ادعاه ذمي فهو ابنه وهو مسلم)** لأن دعواه يتضمن النسب وهو نافع للصغير وإبطال الإسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره وليس من ضرورة رد قوله في أحد الحكمين رد في الآخر لأن النسب ينفك عن الدين فولد الكافر من امرأة مسلمة ثابت النسب منه وهو مسلم **(إلا أن يلتقطه من بيعة)** وهو متعبد النصارى **(أو كنيسة)** وهو متعبد اليهودي **(أو قرية من قراهم فيكون ذمياً)** لأن الظاهر أن أولاد المسلمين لا يكونون في مواضع أهل الذمة وهذا الجواب فيما إذا كان الواحد ذمياً رواية واحدة وإن كان الواحد مسلماً في هذا المكان أو ذمياً في مكان المسلمين اختلف فيه منهم من اعتبر المكان الواحد لقوة اليد

⁹⁷⁴ عبد الرزاق، المصنف، 9/ 14.

(ومن ادعى أنه عبده) لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة فإن قيل كيف تقبل هذه البينة ولا خصم عن اللقيط لأن الملتقط ليس بمولى له فلا يكون خصما عنه فيما يضره قلنا الملتقط خصم له باعتبار يده لأنه يمنعه عنه ويزعم أنه أحق بحفظه لأنه لقيطه ولا يتوصل المدعي إل استحقاق يده إلا إقامة البينة على رقه فلهذا كان خصما عنه

(لم يقبل) لأنه ظاهر إلا أن الأصل في بني آدم الحرية إلا أن يقيم البينة أنه عبده

(وإذا كان على اللقيط مال مشدود فهو له) عملا بالظاهر فإن قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر فكان الظاهر أن تكون الأملاك في يد ذلك قلنا بهذا الظاهر يدفع دعوى الغير ثم الظاهر أن تكون الأملاك في يد الملاك وكذا الظاهر يدل على أن من وضعه لينفق عليه منه **(وينفق عليه)** أي وينفق الملتقط على اللقيط من ذلك المال **(بأمر القاضي)** لأنه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله إليه وقيل لا يحتاج إلى أمر القاضي لأنه للقيط ظاهرا **(ويقبل له الهبة)** لأنه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه إذا كان عاقلا وتملكه الأم ويسلمه في صناعة لأنه من باب تثقيفه وحفظ ماله **(ولا يزوجه)** لأنه لا ولاية له عليه من القرابة والملك والسلطة **(ولا يؤجره)** لأنه لا يملك إتلاف منافعه كالعم بخلاف الأم لأنها تملكه **(وهو الأصح)** احتراز عن رواية القدوري رحمه الله أنه يؤجره لأنه يرجع إلى تثقيفه

كتاب اللقطة

هو مال يوجد في الطريق ولا يعرف لها مالك بعينه سميت بها لأنها يلقط غالبا أي يؤخذ ويرفع

(أخذها أفضل) لثلا يصل إليها يد خائنة فيكتمها عن مالكةا وإذا أخذها هو عرّفها حتى يوصلها إلى مالكةا

(وإن خاف ضياعها فواجب) صيانة لحق الناس عن الضياع وإن خاف على نفسه الطمع فيها وترك التعريف والرد فالترك أولى صيانة له عن الوقوع في المحرم **(وهي أمانة إذا شهد أنه يأخذها ليردها على صاحبها)** بناء على أن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا فيكون أمانة **(وإن لم يشهد ضمنها)** عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لم يضمن إذا ادعى أنه أخذها للرد لأن الظاهر من حاله الحسبة دون المعصية ولها أنه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرؤه وهو الأخذ لمالكه وفيه دفع الشك فلا يبرأ وإن قال أخذته لنفسه ضمن بالإجماع بإقراره فإن تصادقا أنه يأخذها ليردها لم يضمن بالإجماع لأن تصادقها كالبينة

(ويعرفها مدة يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك) وهذا هو المختار لأن التعريف بناء على طلب صاحبها ولا طريق له إلى معرفة مدة طلبه حقيقة فينتني على غالب رأيه وعن أبي حنيفة رحمه الله إن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أيما أي على حسب ما يراه الملتقط وإن كان عشرة فصاعدا عرفها حولا وعن محمد رحمه الله التقدير بالحول من غير تفصيل بين الكثير والقليل وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله لقوله عليه السلام: "من التقط شيئا فليعرفه سنة"⁹⁷⁵ من غير فصل وجه الأولى ما روي عن ابن كعب رضي الله عنه أنه قال وجدت مائة دينار على عهد رسول الله عليه السلام فسألته عنها فقال عرفها حولا⁹⁷⁶ والعشرة وما فوقها في معناها من حيث وجوب القطع في سرقته واستباحة الفرج بها ولا كذلك ما دونها والتعريف أن ينادي في الأسواق والشوارع والمساجد من ضاع له شيء فليطلبه عندي **(ثم يتصدق بها إن شاء)** يعني بعد تعريف المدة المذكورة الملتقط مخير بين أن يحفظها حسبة الله تعالى وبين أن يتصدق بها لأنه لما عجز عن إيصال عين اللقطة إلى صاحبها جاز له أن يوصل عوضها وهو الثواب على اعتبار إجازته **(فإن جاء صاحبها وأمضى الصدقة فله)** ثوابها لأنها ماله **(وإلا له تضمينه)** أي وإن لم يمض الصدقة له تضمين الملتقط **(أو تضمين)** المسكين إذا هلك في يده **(أو أخذها إن كانت)** اللقطة **(باقية)** في يد المسكين أما تضمين الملتقط فلأنه سلم ما له إلى غيره بغير إذنه وإذن الشرع بذلك لا يمنع الضمان كأكل مال الغير حالة المخصصة وأما تضمين المسكين فلأنه قبض ماله بغير أمره وأما أخذها فلأنه وجد غير ماله **(وأبيهما)** من الملتقط والمسكين **(ضمّن)** صاحبها **(لا يرجع على أحد)** أما الملتقط فلأنه ملكها من وقت التصديق فظهر أنه تصدق بماله وأما المسكين فلأنه في القبض عامل لنفسه فلا يرجع بها لحقه من الضمان على غيره **(ولا يتصدق بها على غني)** لأن المأمور بالتصدق لقوله عليه السلام فإن لم يأت يعني صاحبها فليصدق به⁹⁷⁷ والصدقة لا تكون على غني **(ويتنفع)** الملتقط **(بها)** أي باللقطة **(إن كان فقيرا أو يعطيه أهله إن كانوا فقراء)** لأن مصرفه الفقراء **(وإن كانت)** اللقطة **(شيئا لا يبقى)** كاللحم واللبن والفواكه الرطبة ونحوه **(عرّفه إلى أن يخاف فساد)** ثم يتصدق به خوفا من الفساد وفيه نظر لصاحبها بالثواب **(ويعرفها في مكان الالتقاط ومجامع الناس)**

⁹⁷⁵ الدارقطني، السنن، 3/ 414.

⁹⁷⁶ البخاري، "اللقطة" 1؛ مسلم، "اللقطة" 9.

⁹⁷⁷ البخاري، "اللقطة" 9؛ مسلم، "اللقطة" 1؛ الدارقطني، السنن، 3/ 414.

لأن ذلك أقرب إلى الوصول إلى صاحبها **(وإن كانت)** اللقطة **(حقيرة كالتنوي وقشور الرمان والسنبيل بعد الحصاد ينتفع)** الملتقط به **(من غير تعريف)** لأن رميها إباحة للأخذ دلالة **(وللمالك أخذه)** لأن الإباحة لا تسقط الملك عن العين خصوصاً لغير معين وقيل ليس للمالك أن يأخذها من يده بعد ما جمعها وأخذها ويصير ملكاً للأخذ وبه كان يفتي صدر الشهيد رحمه الله كذا في شرح الهداية

(ويجوز التقاط الإبل والبقر والغنم) وسائر الحيوانات وقال مالك والشافعي رحمهما الله إذا وجد البقر أو البعير أو الفرس في الصحراء فالترك أفضل لأن الأصل في أخذ مال الغير الحرمة والإباحة مخافة الضياع وإذا كان معها ما يدفع عن نفسها يقلل الضياع⁹⁷⁸ ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب إلى الترك ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كما في شاة كذا في الهداية

(وهو) أي الملتقط **(متبرع فيما أنفق عليها)** لعدم ولايته على مالها **(إلا أن يأذن له القاضي فيكون ديناً على صاحبها)** لعموم ولايته قلت إنما أطلق الإذن هنا ولم يتقيده بشرط الرجوع أما اكتفاء بها سبق في كتاب اللقيط وأما ذهاباً إلى قول بعض المشايخ أن الإذن بالإنفاق فقط كاف للرجوع **(فإن كان لها منفعة أجزأها بإذن الحاكم وأنفق عليها)** لأن فيه إبقاء العين على ملكه من غير إلزام الدين وكذلك حكم الآبق **(وإن لم يكن لها منفعة)** أي وإن لم يكن للبهيمة منفعة صالحة للإجارة كالشاة **(باعها إن كان أصلح)** أي إن كان يبيعها أصلح فإن كان الإنفاق عليها أصلح أمر بذلك وجعل النفقة ديناً على مالها لأنه نُصِبَ ناظراً وفي هذا نظر من الجانبين من جانب المالك إبقاء عين مال له ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما أنفق على اللقطة **(فإذا جاء صاحبها فله حبسها حتى يعطيه النفقة)** لأنه حيّ بنفخته فصار كأنه استفاد الملك من جهته فأشبه المبيع **(فإن امتنع بيعت في النفقة)** لأن أمر القاضي كأمره فصار كأنه أنفق عليها وحبسها بأمره **(فإن هلك بعد الحبس سقطت النفقة)** لأنه يصير بالحبس شبه الرهن **(وقبل الحبس لا)** أي ولو هلك قبل الحبس لا تسقط النفقة لأنها أمانة **(ومن ادعى اللقطة يحتاج إلى بينة)** لأنه دعوى **(فإن أعطى علامتها جاز له أن يدفعها إليه ولا يجبر)** على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي رحمه الله يجبر والعلامة مثل أن يسمي وزن الدراهم وعددها ووكتائها ووعائها لهما قوله عليه السلام: "فإن جاء

⁹⁷⁸ كالقرن في البقر

صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه"⁹⁷⁹ ولنا أنه يدعي مالا في يد غيره فيحتاج إلى البينة لقوله عليه السلام: "للمدعي البينة"⁹⁸⁰ فيحمل الأمر بالدفع على الإباحة جمعا بين الحديثين

(ولقطة الحل والحرم سواء) يعني لقطة الحرم تكون مملوكة إذا لم يوجد صاحبها كلقطة الحل وقال الشافعي رحمه الله لا يملك بل يجب تعريف لقطة الحرم إلى أن يجيء صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم: "ولا يحل لقطتها إلا لمنشدها أي لطالبها"⁹⁸¹ ولنا قوله عليه السلام: "اعرف عفاصها ووكائها"⁹⁸² ثم عرفها سنة من غير فصل ولأنها لقطة وفي التصديق بعد مدة التعريف إبقاء ملك الملك من وجه فيملكه كما في سائرهما وتأويل ما روي أنه لا يحل الالتقاط إلا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان أنه لا يسقط التعريف فيه لمكان أنه للغرباء ظاهرا حكي أن بعض العلماء ببلخ وجد لقطة وكان محتاجا إليها فقال في نفسه لابد من تعريفها ولو عرفتها في المصر ربما يظهر صاحبها فخرج من المصر حتى انتهى إلى رأس بئر فدلّ رأسه في بئر فجعل يقول وجدتُ كذا فمن سمعتموه ينشد⁹⁸³ ذلك فدلّوه علىَّ وبجنب البئر رجل يرقع شمله وكان صاحب اللقطة فتعلق به حتى أخذها منه فعلم أن المقدور كائن لا محالة فلا ينبغي له أن يترك ما لزمه شرعا وهو إظهار التعريف قال عليه السلام: "لا تكثر همّك فما يقدر يكون وما ترزق يأتيك"⁹⁸⁴ كذا في الفتاوى الظهرية

كتاب الآبق

وهو العبد الهارب عن مولاه تمردا وعنادا

(أخذه أفضل إذا قدر عليه) لما فيه من إحيائه لأنه هالك في حق المولى فيكون الرد إحياء وكما أن إحياء النفس مندوب فكذلك الإحياء **(وكذلك الضال)** وهو الذي ضل الطريق إلى منزل مولاه **(وقيل لا)** أي لا يكون أخذه أفضل لأنه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق **(ويرفعهما إلى السلطان)** ليعجز عن حفظهما **(فيحبس)**

⁹⁷⁹ البخاري، "الأدب" 75؛ مسلم، "اللقطة" 6.

⁹⁸⁰ البخاري، "الرهن" 6؛ الترمذي، "الأحكام" 12؛ ابن ماجه "الأحكام" 7.

⁹⁸¹ وهو المالك

⁹⁸² البخاري، "اللقطة" 3.

⁹⁸³ أي يطلب

⁹⁸⁴ البيهقي، السنن الكبرى، 70 / 2

السلطان **(الآبق دون الضال)** لأنه يخاف إباق الآبق دون الضال **(ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً فله عليه أربعون درهما وبحسابه إن نقضت المدة)** حتى إذا رد من نصف مسيرة سفر يجب عليه عشرون درهما وهذا استحسان والقياس ألا يكون له شيء إلا بالشرط وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه متبرع بمنافعه فأشبهه العبد الضال ولنا أن الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل إلا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب ما دونها فأوجبنا الأربعين من مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقاً بينهما **(فإن كانت قيمته)** أي قيمة الآبق **(أقل من أربعين درهما)** وقد رده من مسيرة سفر **(فله قيمته إلا درهما)** وقال أبو يوسف رحمه الله له الجعل كاملاً لأنه منصوص عليه ولهما أنه إنما شرع ذلك لمصلحة المالك فينقص من قيمته درهم ليحصل له الفائدة **(وأم الولد والمدير كالقن)** أي إذا أبقا فرد إلى مولاهما وجب الجعل كالقن لأنها في معناه كالقن فإن قيل الجعل إنما يجب بإحياء المالكية ولا مالية لأم الولد خصوصاً عند أبي حنيفة رحمه الله قلنا المالك أحق بكسبها ولها مالية باعتبار كسبها وقد أحياء الراد بالرد فيستوجب الجعل عليه وهذا إذا ردَّ في حياة المولى ولو ردا بعد مماته لا جُعل فيهما لأنهما يعتقان بالموت بخلاف القن **(والصبي كالبالغ)** بناء على أن الجُعل من مؤن الملك **(وينبغي أن يشهد أنه يأخذه ليرده)** على صاحبه فالإشهاد فيه حتم عليه على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى لو رده من لم يشهد وقت الأخذ لا جعل له عندهما لأن ترك الإشهاد أمانة أنه أخذه لنفسه **(ولو أبق من في يده لا يلزمه شيء)** أي لا يلزم على الراد شيء لأنه أمانة في يده لأنه مأذون له في أخذه أو معناه لا يلزم الجعل على المالك لأنه ما رده على مالكة **(وإن كان)** الآبق **(رهنا فالجعل على المرتهن)** لأنه وجب بجناية الرهن وهي في ضمان المرتهن ولأنه حي ماله بالرد وهي حقه إذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة إحياء المالية فيكون عليه هذا إذا كانت قيمة مثل الدين أو أقل فإن كانت أكثر فيقدر الدين والباقي على الراهن لأن حقه بالقدر المضمون **(وإن كان الآبق جانبا فعلى مولاه إن فداه وعلى ولي الجناية إن أعطاه)** لأن منفعته لمن يستقر الملك له والجعل يتبع المنفعة **(وحكمه في النفقة)** في التبرع وأذن القاضي وحسبه بها بعد الرد **(كاللقطة)** وقد مر بيانه

كتاب المفقود

(وهو الذي غاب فلا يعلم حياته وموته فهو حيٌّ في حق نفسه لا يتزوج امرأته ولم يقسم ماله ولا تفسخ إجارته) كما عاينا حياته لأن ملكه كان ثابتاً في ماله وزوجته ومنافع ما استأجره وغيوبته لا توجب الفرقة والموت محتمل

فلا يزول الثابت باليقين بالاحتمال وقال عليه السلام في امرأة المفقود أنها امرأته حتى يأتيها البيان^{٩٩٥} وعن علي رضي الله عنه أنها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق^{٩٩٦} وقال مالك رحمه الله إذا مضى أربع سنين يفرّق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج لمن شاءت وهو محجوج بها رويانا

(ميت في حق غيره لا يرث من مات حال غيبته) لأن الحكم ببقائه بناء على استصحاب الحال وأنه يصلح للدفع لا للاستحقاق **(ويقيم القاضي من يحفظ ماله ويستوفي غلاته)** والدين الذي أقر به غريمه فيما لا وكيل له فيه لأن القاضي نُصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون والنظر له فيما ذكرنا **(ويبيع من أمواله ما يخاف عليه الهلاك)** كالشار ونحوها لأنه يتعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى فلا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا في غيرها لأنه لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن **(وينفق من ماله على من تجب عليه نفقته حال حضرته بغير قضاء)** كزوجته وأولاده وأبويه لأنه إعانة لهم واحترز بهذا القيد عمن لا تجب عليه نفقته حال حضوره إلا بقضاء كالأخ والأخت والخال والخالة فلا ينفق عليهم من مال المفقود لأن نفقتهم تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع وقوله من ماله المراد منه التقدان والمكيل والموزون وأما عرضه فلا يباع لنفقتهم اتفاقاً إلا عند أبي حنيفة رحمه الله فإنه جَوَزَ للأب بيع عرضه لنفقة نفسه **(فإذا مضى له من العمر ما لا يعيش إقرانه)** يعني في بلده لا في الدنيا حتى لو بقي منهم واحد لا يحكم بموته **(حكم بموته)** لأن عيش الإنسان بعد موت جميع إقرانه نادر وهذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الأقيس وروي الحسن رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قدره بائة وعشرين سنة وقيل تسعين وهو الأرفق وقال الصدر الشهيد رحمه الله وعليه الفتوى

كتاب الخنثى

وهو مشتق من التخنث وهو التكسر وسمي الخنثى لأنه تكسّر وتنقّص حاله عن حال الرجال وتفوّق عن حال النساء حيث كان له آلة الرجال والنساء والألف في الخنثى ألف إلحاق لا ألف تأنيث بدليل أنه يسقط عند التصغير والألف إذا كان للتأنيث لا يسقط عند التصغير اعلم أن الله تعالى خلق بني آدم ذكورا وإناثا كما قال الله تعالى ﴿

^{٩٩٥} الدارقطني، السنن، 3/ 242

^{٩٩٦} عبد الرزاق، المصنف، 7/ 90.

وبثّ منها رجالا ونساء⁹⁸⁷ وقد تبين حكم كل واحد منهما ولم يبين حكم من هو ذكر وأنثى فدل أنه لا يجتمع

الوصفان في شخص واحد وجعل علامة التمييز بينهما الآلة ثم قد يقع الاشتباه بأن يوجد الآلتان فقال

(إذا كان للمولود فرج وذكر فإن بال من أحدهما اعتبر به) فإن بال من الذكر فهو غلام وإن بال من الفرّج فهي

أنثى لأن النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال عليه السلام: "من حيث يبول"⁹⁸⁸ وعن علي رضي الله عنه

مثله ولأن البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه العضو الأصلي والآخر بمنزلة العيب

(وإن بال منها اعتبر بأسقبتها) لأن ذلك دلالة على أنه العضو الأصلي **(فإن كانا معا)** أي وإن كان البول والسبق

صادرين معا من العضوين **(فهو خنثى مشكل)** أحكامه عند أبي حنيفة رحمه الله حتى قال لا علم لي به وقالوا

رحمهما الله ينسب إلى أكثرهما بولا لأن كثرة بوله تدل على قوته وأصالته ولأن للأكثر حكم الكل في أصول الشرع

فيترجح بالكثرة وله أن كثرة الخروج لا تدل على القوة لأنه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر روي أن

أبا حنيفة رحمه الله قال لأبي يوسف رحمه الله هل رأيت قاضيا يكيل البول بالأواني فتوقف أبو يوسف في الجواب

ويمكن أن يقال كان لأبي يوسف رحمه الله أن يقول لأبي حنيفة رحمه الله هل رأيت عالما يزن القُدرة حيث ذهب

إلى أن وزن الدرهم مانع عن الصلاة وإنما لم يقله تأديبا من أستاذه والصحيح أن هذه الرواية من وضع الجهلة

الممقوتة عند الله تعالى وضعوها ليضعوا عن شأنهم بنقل الطعن عن بعضهم في بعض ويأبى الله إلا أن يتم نوره

وإن كان البول يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لأنه لم يوجد الترجيح **(فإذا بلغ فظهرت له أمارات**

الرجال) كخروج اللحية والوصول إلى النساء والاحتلام كما يحتلم الرجل أو كان له ثدي مستوي **(فهو رجل)**

لأن هذه الأمور من علامات الذكور **(وإن ظهرت له أمارات النساء)** كالحيض والحبل وظهور ثدي كثدي المرأة

وإمكان وطئه من الفرّج **(فهي امرأة)** لأنها من خصائص النساء **(وإن لم تظهر الأمارات أو تعارضتا)** بأن ظهر له

لحية وثدي **(فهو خنثى مشكل)** لأنه لم يترجح أحد الدليلين على الآخر فيكون مشكلا **(قال محمد رحمه الله**

الإشكال قبل البلوغ فإذا بلغ فلا إشكال) اعتبارا للغالب قال الشافعي رحمه الله وليس يخلو إذا بلغ بعض هذه

⁹⁸⁷ سورة النساء، الآية: 1.

⁹⁸⁸ الدارمي، "الفرائض" 25.

العلائم (وإذا حكم بكونه خنثى) مشكلا (يؤخذ فيه بالأحوط) والأصل في خنثى المشكل أن يؤخذ فيه بالأحوط

والأوثق في أمور الدين وألا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته ثم شرع في التفريع فقال

(فيورث أحسن السهمين) أي أقل النصيبين عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وعليه

الفتوى حتى لو مات رجل وترك ابنا وخنثى مشكلا فالمال بينهما أثلاث سهان للابن وسهم للخنثى وهو نصيب

أثنى وعند الشعبي وهو قول ابن عباس رضي الله عنه له نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى ثم اختلف أبو

يوسف ومحمد رحمهما الله في قياس قول الشعبي رحمه الله في القسمة بينهما قال أبو يوسف رحمه الله قياس قوله أن

يكون المال بينهما على سبعة ثلاثة للخنثى وأربعة للابن وقال محمد رحمه الله قياس قوله أن يكون المال بينهما على

اثنى عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة ويعرف تمام بيانه في الفرائض إن شاء الله تعالى

(ويقف الخنثى بين صف الرجال والنساء في الصلاة) فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلاتهم لاحتمال أنه امرأة

ولا يتخلل النساء حتى لا تفسد صلاته لاحتمال أنه رجل (وإن صلى في صف النساء أعاد صلاته) لاحتمال كونه

رجلا (وفي صف الرجال) أي وإن صلى في صف الرجال (يعيد من عن يمينه ويساره) أي يعيد الذي في جانب

يمينه وشماله صلاته احتياطا لاحتمال أنه امرأة وكذا يعيد من خلفه بحدائه لما مر (ويصلي بقناع) لاحتمال أنه امرأة

ويجلس كما تجلس المرأة وإن صلى بغير غناء يعيدها استحسانا وإن لم يعدها جاز (ولا يلبس الحلي والحريز) لاحتمال

أنه رجل (ولا يخلو به غير محرم رجل ولا امرأة ولا يسافر بغير محرم) للاحتياط (وتبتاع له أمة تحتته) لأنه يباح

لمملوكته النظر إليه رجلا كان أو امرأة ويكره أن تحتته رجل لأنه عساه أنثى أو تحتته امرأة لأنه لعله رجل فكان

الاحتياط فيما قلنا (فإن لم يكن له مال فمن بيت المال) لأنه أعيد لنوائب المسلمين ومصالح المؤمنين فإذا ختنته باعها

ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها (وإذا مات ولم تستبن حاله يتيمم) لأنه لا يجوز غسله للرجال ولا

للنساء احتياطا فلما تعذر غسله يتيمم (ثم يكفن ويدفن كالجارية) يعني يكفن في خمسة أثواب لأنه إن كان أنثى

فقد أقيمت السنة وإن كان ذكرا فقد زيد على الثلث ولا بأس بذلك

كتاب الوقف

وهو في اللغة الحبس وفي الشرع ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله

(وهو حبس العين على ملك الواقف) أي قصره عليه لا يتجاوز إلى ملك غيره

(والتصدق بالمنفعة) على الفقراء أو على وجه من وجوه الخير فلا يزول ملك الوقف عنه فيباع ويوهب ويورث كالعارية وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما رحمه الله حبس العين على ملك الله تعالى فيزول ملك الوقف عنه إلى الله تعالى على وجه يعود منفعته إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث لهما أن الوقف قصد بالوقف استدامة الخير فوجب أن يخرج عن ملكه ويخلص لله تعالى كما لو جعل داره مسجدا يكون خالصا لله تعالى وله أن غرضه التصديق بمنفعة ماله فإذا يقتضي بقاءه على ملكه ولهذا اعتبر شرط الوقف فيه وبقي تدبيره بعده في نصب القيم وتوزيع الغلة بخلاف المسجد فإنه خالص لله تعالى ولهذا لا ينتفع به بشيء من منافع الملك **(ولا يلزم)** الوقف والمراد من لزوم الوقف ألا يصح للوقف رجوعه ولا لقاضي آخر إبطاله **(إلا أن يحكم به حاكم)** وطريقه أن يسلم الوقف ما وقفه إلى المتولي ثم يرجع محتجا بعدم اللزوم فيقضي القاضي باللزوم على قولهما فيلزم لأنه قضى في محل مجتهد فيه والمراد بالحاكم المولى فأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ والصحيح أن الوقف لا يلزم به **(أو يقول إذا مت فقد وقفته)** وهذا الوقف إنما يكون لازما بعد الموت بالاتفاق لا قبله لأنه بمنزلة الوصية بالغلة ولزوم الوصية إنما يكون بعد الموت قال صاحب الهداية أما في تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم وإذا كان الملك يزول عنهما يزول بالقبول عند أبي يوسف رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله بمنزلة الإعتاق لأنه إسقاط الملك وعند محمد رحمه الله لا بد من التسليم إلى المتولي لأن تملكه من الله تعالى قصدا غير متحقق وإنما ثبت في ضمن التسليم إلى العبد كالصدقة وأخذ مشايخ خراسان بقول أبي يوسف رحمه الله ترغيبا للناس في الوقف وقول محمد رحمه الله أقرب إلى موافقة الآثار وبه أخذ مشايخ بخارا

(ولا يجوز وقف المشاع) عند محمد رحمه الله ويجوز عند أبي يوسف رحمه الله لأن الوقف عنده إسقاط للملك والشيوع لا يمنعه وله أن القبض شرط عنده وهو لا يتم مع الشيوع كالصدقة والهبة وهذا فيما يحتمل القسمة وأما ما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد رحمه الله أيضا اعتبارا بالصدقة والهبة ولا يجوز الشيوع في المسجد والمقبرة بالإجماع لأنه لو جاز لأحتج إلى المهايأة بأن يصلي في المسجد يوما ويكون إصطبلا يوما ويدفن في المقبرة سنة وينبش ويزرع أخرى وذا قبيح جدا بخلاف سائر الأوقاف لأن المهايأة في استغلالها غير قبيح وفي الخلاصة ويفتى بقول محمد رحمه الله

(وإن حكم به جاز) بالاتفاق لمكان الاختلاف (ولا يجوز الوقف حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدا) وقال أبو يوسف رحمه الله إذا سمي فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم لها أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وأنه يتأبد كالعقود وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه وله أن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفّر عليه لأن التقرب تارة يكون بالصرف إلى جهة تنقطع ومرة بالصرف إلى جهة يتأبد فيصح في الوجهين (ويجوز وقف العقار) لما ورد فيه الأخبار والآثار العقار بالفتح الضيعة وقيل كل ما له أصل كالدار وبالضم الخمر (دون المنقول) لأنه لا يبقى على الدوام فكان تفويتا معنى (وعن محمد رحمه الله جواز وقف ما يجري فيه التعامل) أي جرى فيه تعارف الناس في وقفه (كالفأس والقدوم) بفتح القاف وهو ما تنحت به الشجر (والمنشار والقدور والخنّازة) بكسر الجيم وقيل بفتحها هو السرير لحمل الميت وكذا ثيابه (والمصاحف والكتب ولا يجوز بها لا يتعامل فيه وعليه الفتوى) لحاجة الناس وتعاملهم بذلك الأصل فيه أن بالتعامل ترك القياس كما في الاستصناع قال عليه السلام: "ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن"⁹⁸⁹

(ويجوز حبس الكراع) وهو الخيل وفي حكمه الإبل (والسلاح) أي ويجوز وقف الخيل والسلاح في سبيل الله وهذا استحسان والقياس ألا يجوز لأن التأييد شرط فيه وهو لا يتحقق في المنقول وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها وأما خالد رضي الله عنه فقد حبس أدّعا وأفراسا في سبيل الله وطلحة رضي الله عنه حبس دروعه في سبيل الله ويروى أكراعه (ولا يجوز بيع الوقف ولا تملكه) لما روي أنه عليه السلام قال لعمر رضي الله عنه حين أراد أن يتصدق بأرض له تُدعى ثمغ: "تصدق بأصلها لا يباع ولا يوهب ولا يورث"⁹⁹⁰

(ويبدأ من ارتفاعه) أي من ارتفاع الوقف (بعمارته وإن لم يشرطها الواقف) لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا يبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولأن الخراج بالضمان⁹⁹¹

⁹⁸⁹ أحمد بن حنبل، 1/ 379.

⁹⁹⁰ البخاري، "المشروط" 19.

⁹⁹¹ المراد بالخراج ما يخرج من النفع من ملك إنسان كغلة الأرض والغلّام والمراد من الضمان المؤنة أي كل من كان له منفعة شيء كان عليه مضرتة فكان معنى قوله الخراج بالضمان منفعة الغلة لك بسبب أن ضمته لغنى لما كان غلة الوقف للموقوف عليهم كان العمارة أيضا عليهم

(فإن كان الوقف على غني عمره من ماله) أي فإن كان الوقف على رجل غني بعينه وآخره للفقراء فتعمير الوقف في ماله خاصة لأنه معين يمكن مطالبته ولا يؤخذ من غلة الوقف حتا بخلاف ما لو كان الوقف على الفقراء لأنه لا يظفر بهم لأنهم لا يُحصَوْنَ وأقرب أموالهم هذه الغلة فيجب فيها

(فإن امتنع) الغني الموقوف عليه عن تعمير الوقف **(فمن أجرته)** أي أجره الحاكم وعمّره بأجرته ثم رده إليه لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق الموقوف عليه ولا يجبر الممتنع على التعمير لما فيه من إتلاف ماله فأشبهه امتناع صاحب البذر في المزارعة **(وما انهدم من بناء الوقف)** وآلته مثل الأجر والخشب **(يُصرف في عمارته)** ليبقى على التأييد **(فإن استغنى عنه حُسب لوقت حاجته)** فيصرف فيها لأنه لا بد من العمارة فيحبسه كيلا يتعذر عليه وقت الحاجة **(فإن تعذر إعادة عينه)** إلى موضعه **(بيع وصُرف الثمن إلى عمارته)** صرفا للبدل إلى تصرف المبدل **(ولا يقسم)** البناء المنقوض **(بين مستحقي الوقف)** لأنه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه وإنما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف إليهم غير حقهم قوله مستحقي الوقف بلفظ الجمع وقد سقطت النون للإضافة **(ويجوز أن يجعل الواقف غلة الوقف كلها أو بعضها أو الولاية إليه)** أي إلى نفسه فهو جائز عند أبي يوسف رحمه الله ولا يجوز على قياس قول محمد رحمه الله وبه قال الشافعي رحمه الله لأن الوقف تبرع على وجه التملك من الله تعالى فاشترط الكل أو البعض لنفسه يبطلان التملك من نفسه لا يتحقق ولأبي يوسف رحمه الله ما روي أن النبي عليه السلام كان يأكل من صدقته والمراد منها الصدقة الموقوفة ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط فدل على صحته وأما جواز جعل الولاية إليه فهو قول أبي يوسف وهو ظاهر المذاهب وقال محمد رحمه الله لا يجوز لأن التسليم عنده شرط واشترط الولاية لنفسه ينفيه وله أن المتولي إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا تكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه

(فإن كان) الواقف الذي شرط الولاية لنفسه **(غير مأمون)** على الوقف **(نزع القاضي منه وولي غيره)** نظرا للفقراء كإخراج الوصي نظرا للصغير ولو كان شرط الواقف ألا يعزله أحد لا يلتفت إليه لأنه مخالف الشرع فيبطل

(ومن بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه) أي يميزه **(عن ملكه بطريقه)** لأنه لا يخلص الله تعالى إلا به **(ويأذن بالصلاة فيه ويكتفي بصلاة الواحد)** في رواية **(وفي رواية)** أخرى **(بجماعة)** فالصلاة في المسجد لا بد منها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأنه لا بد من التسليم عندهما وشرط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه ثم أنه يكتفي بصلاة الواحد في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وكذا عن محمد رحمه الله لأن فعل الجنس متعذر

فيشترط أدناه وعن محمد رحمه الله أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد بُنيَ لذلك في الغالب وعند أبي يوسف رحمه يصير مسجداً بمجرد قوله جعلته مسجداً لأن التسليم ليس بشرط كالإعتاق والفرق أن العبد في يد نفسه ولا كذلك المسجد **(والوقف في المرض وصية)** لأنه تبرع فصار كسائر التبرعات **(رباط)** وهو ما يُبنى لسكن أبناء السبيل **(استغنى عنه يصرف وقفه إلى أقرب رباط إليه)** لأنه أصلح **(ولو ضاق المسجد وبجنبه طريق العامة يوسع منه المسجد)** لأن كليهما للمسلمين **(ولو ضاق الطريق وُسع من المسجد)** عملاً بالأصلح

كتاب الهبة

وهي في اللغة التبرع بما ينتفع الموهوب له يقال وهب مالا وهبا وهبة ويسمى الموهوب هبة وفي الشرع تمليك العين بلا عوض وهي عقد مشروع مندوب وصنيع محمود محبوب ثبتت شرعيتها بقوله تعالى ﴿فإن طبن لكم﴾⁹⁹² الآية أي فإن وهبت لكم وقوله عليه السلام: "تهادوا تحابوا"⁹⁹³ ولأنها من باب الإحسان واكتساب سبب التودد بين الإخوان وعلى شرعيتها انعقد الإجماع

(وتصح الهبة بالإيجاب والقبول والقبض) أما الإيجاب والقبول فلأنه عقد تمليك ولا بد فيه منها وأما القبض فشرط عندنا وقال مالك رحمه الله يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام: "لا تجوز الهبة إلا مقبوضة"⁹⁹⁴ والمراد نفي الملك لأن الجواز بدونه ثابت ولأن الملك لو ثبت بدونه للزم المتبرع شيء لم يلتزمه وهو التسليم ولأن الملك بالتبرع ضعيف لا يلزم وملك الواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف **(فإن قبضها)** الموهوب له **(في المجلس)** والمراد منه حضرة الواهب **(بغير إذنه جاز)** استحساناً **(وبعد الافتراق)** أي وإن قبض بعد الافتراق **(يفتقر إلى إذنه)** والقياس ألا يجوز في الوجهين لأن القبض تصرف في ملك الواهب إذ ملكه قبل القبض باقي فلا تصح بدون إذنه وجه الاستحسان أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصد منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطاً على

⁹⁹² سورة النساء، الآية: 4.

⁹⁹³ الموطأ، "حسن الخلق" 16.

⁹⁹⁴ عبد الرزاق، المصنف، 9/ 107.

القبض بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق لأنها أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما إذا نهاء عن القبض في المجلس لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح

(وإن كانت في يده) أي وإن كانت العين الموهوبة في يد الموهوب له وديعة أو عارية أو أمانة **(ملكها بمجرد الهبة)**

وإن لم يجدد فيها قبضاً لأن العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما إذا باعه منه لأن القبض في المبيع مضمون

فلا ينوب عنه قبض الأمانة أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه **(وهبة الأب لابنه الصغير يتم بمجرد العقد)**

لأن الموهوب له في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بينا إذا كان في يده أو في يد مودعه لأن يده كيده

وقيد الابن بالصغير لأنه لو وهب لابنه الكبير يشترط قبضه وإن كان في عياله ولا يُكتفى قبض أبيه أقول فلو قال

والهبة لطفله يتم بالعقد لكان أشمل وأقصر **(ويملك الصغير الهبة بقبض وليه)** وهو الأب والجد أب الأب عند

عدم الأب لأن له ولاية وقد تمحض التصرف نفعا **(وأمه)** أي ويملك الصبي في الهبة بقبض أمه له إذا كان في

حجرها لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لأنه لا يبقى إلا بالمال فلا بد من ولاية

التحصيل وكذا إذا كان في حجر أجنبي يربيه لأن له يدا معتبرة **(ويقبضه بنفسه)** أي ويملك بقبض الصبي الهبة

بنفسه جاز معناه إذا كان عاقلاً لأنه نافع في حقه وهو من أهله **(وتتعدد الهبة بقوله وهبت)** لأنه صريح فيها

(ونحلت وأعطيت) أما الأول فلأنه مستعمل فيه قال عليه السلام: "أكل ولدك نحلت هكذا"⁹⁹⁵ وأما الثاني

فكذلك يقال أعطاك الله ووهبك الله بمعنى **(وأطعمتك هذا الطعام)** لأن الطعام إذا أضيف إلى ما يُطعم عينه يراد

به تمليك العين بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذا الأرض حيث تكون عارية لأن عينه لا يُطعم **(وأعمرتك)** هذا

الشيء لقوله عليه السلام: "من أعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده"⁹⁹⁶

(وحملتك على هذه الدابة) لأن المراد به الإركاب صيغة فتكون عارية ويستعمل للهبة يقال حمل الأمير فلانا على

فرس أي وهبه فيحمل عليه عند النية ولذا قيد بقوله **(إذا نوى الهبة وكسوتك هذا الثوب)** لأنه يراد به التمليك

يقال كسا الأمير فلانا ثوباً أي ملكه منه **(وهبة المشاع فيما لا يقسم)** كالحمام والرحى **(جائز وفيما يقسم)** كالأرض

⁹⁹⁵ مسلم، "الهيئات" 9

⁹⁹⁶ أبو داود، "البيوع والإجازات" 86.

(لا يجوز) وقال الشافعي رحمه الله يجوز في الوجهين لأنه عقد تمليك فيصاح في المشاع كالبيع ولنا أن القبض في الهبة منصوص عليه فيشترط كماله والمشاع لا يقبله إلا بضم غيره إليه وذلك غير موهوب ولأن في تجويزه إلزامه شيئاً لم يلتزمه وهو القسمة بخلاف المشاع فيما لا يقسم لأن القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به اعلم أن المعنى بعدم جواز هبة المشاع فيما يقسم أنه لا يفيد الملك وإن اتصل به القبض حتى لو وهب نصف دار غير مقسوم ودفع الدار إليه فباع الموهوب له ما وهب له لا يجوز بيعه وهو بمنزلة من باع هبته لم يقبضها وإن المعنى بما لا يقسم وما لا يحتمل القسمة أي لا يبقى منتفعاً به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة كالبرء الصغير والحمام الصغير والثوب الصغير وإن المعنى بالمقسوم أن يبقى منتفعاً به قبل القسمة وبعدها كذا في الكافي **(فإن قسم)** أي فإن وهب شقصاً مشاعاً فسدت الهبة لما ذكرنا فإن قسمه **(وسلمه جاز)** لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيوع **(كسهم في دار ولبن في ضرع وصوف على ظهر وتمر على نخل وزرع في أرض)** فإن اتصال هذه الأشياء كالشيوع من حيث أنه يمنع القبض **(وإن وهب دقيقاً في حنطة أو سمناً في لبن أو دهناً في سمس فاستخرجه وسلمه لا يجوز)** لأن الموهوب معدوم فلا يكون محلاً للملك فيبطل العقد فيحتاج إلى عقد جديد أما المشاع فمحل للتمليك حتى جاز بيعه دون ذلك **(ولو وهب اثنان من واحد جاز)** لأنها سلمها جملة وقد قبضها جملة فلا شيوع **(وبالعكس لا يجوز)** أي ولو وهب واحد من اثنين لا يجوز وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يجوز لأن هذه هبة الجملة منهما إذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما إذا رهن من رجلين وله أنه وهب من كل واحد منهما النصف لأنه وهب لكل واحد منهما الملك في النصف ألا يرى أنه لو كان فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح في النصف فكان تمليكا للنصف وأنه شائع وأما الرهن فالمستحق فيه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كَمَلاً (كاملاً) وتماه في الرهن **(ولو تصدق على فقيرين جاز)** وكذلك لو وهب لهما **(وعلى غنيين لا يجوز)** وقالوا رحمهما الله يجوز في الغنيين أيضاً لما مر والفرق لأبي حنيفة رحمه الله إن إعطائه الفقير يراد به وجه الله تعالى وهو واحد وسواء كان بلفظ الصدقة أو لفظ الهبة وإعطائه الغني يراد به وجه الغني وهما اثنان فكان مشاعاً والصدقة على الغني هبة لأنه ليس من أهل الصدقة كذا في شرح المصنف رحمه الله

(ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء) لأن الاستثناء إنما يعمل فيما يعمل فيه العقد والهبة لا تصح في الحمل فكذا الاستثناء فكان شرطاً فاسداً والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لأن النبي عليه السلام أجاز العمرى وبطل شرط المعمر بخلاف البيع فإنه تبطل بالشروط الفاسدة لأنه عليه السلام نهى عن بيع وشرط⁹⁹⁷

فصل في الرجوع عن الهبة

(ويجوز الرجوع) بالقضاء أو بالرضي (فيما يهبه للأجنبي) وقال الشافعي رحمه الله لا رجوع في الهبة لقوله عليه السلام: "لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده"⁹⁹⁸ ولأنه عقد تمليك فوجب أن يلزم كالبيع وهذا لأن الرجوع يضاد المقصود بالتمليك والعقد لا ينعقد موجباً لضاد المقصود وإنما يثبت حق الرجوع فيما بين الوالد والولد لأن إخراجهم عن ملكه لم يتم لأن الولد كسبه أو بعضه فلم يتم التملك ولنا قوله عليه السلام: "الواهب أحق بهبته مالم يثبت منها"⁹⁹⁹ أي لم يُعَوَّض ولأن المقصود بالهبة هو التعويض للعادة فيثبت ولأنه الفسخ عند فواته إذ العقد يقبله والمراد بما روي أن لا ينفرد بالرجوع من غير قضاء أو رضاء إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك فإنه ينفرد بالأخذ بحاجته وسمي ذلك رجوعاً باعتبار الظاهر ثم عطف على قوله (ويكره) لقوله عليه السلام: "العائد في هبته كالعائد في قيئه"¹⁰⁰⁰ وهذا لاستقباحه ثم شرع في موانع الرجوع فيها فقال (فإن عوضه أو زادت زيادة متصلة) كالبناء والغرس والسمن وغيرها فيما يوجب زيادة قيمة الموهوب (أو مات أحدهما أو خرجت عن ملك الموهوب له) ببيع أو هبة أو غيرهما (فلا رجوع) أما إذا عوّضه فلما روينا ولحصول المقصود وأما الثاني فلا لأنه لا وجه إلى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الإمكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد وقيد الزيادة بالمتصلة لأنها لو كانت منفصلة بأن ولدت الموهوبة ولداً عند الموهوب له من زوج أو زنا فله ولاية الرجوع في الجارية دون الولد وإنما وضع في الزيادة لأن نقصان الموهوب لا يمنع الرجوع بأن انتقصت قيمته أو انهدم البناء أو ولدت الجارية إلا أنه لا يرجع فيها حتى يستغني عنها ولدها وأما موت الواهب فلا لأنه لا سبيل للوارث عليها إذ هو أجنبي من العقد وأما موت الموهوب له فللانتقال إلى ورثته والتمليك لم يوجد منه وصار كما إذا انتقل منه حال حياته وأما

⁹⁹⁷ البخاري، بلفظ: إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل "البيع" 73؛ الترمذي، بلفظ: لا يحل سلف وبيع وشرطان في بيع. "البيع" 19

⁹⁹⁸ أبو داود، "البيع والإجازات" 81.

⁹⁹⁹ ابن ماجه، "الهبات" 6؛ الدارقطني، السنن، 3/ 34.

¹⁰⁰⁰ مسلم، "الهبات" 7.

إذا خرجت من ملك الموهوب له فلائنه إنما أخرجها بتسليطه فلا يملك نقضه كالوكيل **(ولا رجوع فيما يهبه لذي رحم محرم)** لقوله عليه السلام: "إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها"¹⁰⁰¹ ولأن المقصود وهو صلة الرحم قد حصل **(أو زوجة أو زوج)** لأن الزوجية نظير القرابة القريبة في التواصل بدليل جريان التوارث بينهما وبطلان الشهادة فكان المقصود الصلة وقد حصل **(ولو قال الموهوب له خذ هذا بدلا عن هبتك أو عوضها أو مقابلتها أو عوّضه أجنبي متبرعا فقبضه سقط الرجوع)** في الصور الأربع أما في الثلاث الأولى فلحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا وأما في الأخرى فلأن العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبديل الخلع والصلح اعلم أنه لا بد في التفويض أن يأتي بلفظ يعلم الواهب أنه يعطيه جزاء صنيعه حتى لو وهب الواهب شيئا ولم يقل هذا عوض هبتك أو ما شاكلة فللواهب أن يرجع في هبته وكان فعله هبة مبتدأة فلكل واحد منهما أن يرجع **(ولو استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض)** لأنه ما عوّض به هذا العوض إلا ليسلم له جميع الموهوب ولم يسلم إلا نصفه فيرجع بنصف عوضه **(وإن استحق بعض العوض لا يرجع بشيء)** وقال زفر رحمه الله يرجع بحصته من الموهوب اعتبارا بالعوض الآخر ولنا أنه يصلح عوضا لكل من الابتداء وبلاستحقاق يتبين أنه لا عوض إلا هو إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم له فله أن يرده **(وإن استحق جميعه)** أي جميع العوض **(رجع بالهبة)** لما بينا **(والهبة بشرط العوض)** بأن قال وهبتك على أن تعوضني بكذا **(يراعى فيها حكم الهبة قبل القبض)** فيشترط التقابض في المجلس وبعده بإذنه ويبطل بالشيوع **(والبيع بعده)** أي ويراعى حكم البيع بعد القبض فيرد بالعيب وخيار الرؤية ويؤخذ بالشفعة لو كان عقارا وقال الزفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لأن فيه معنى البيع وهو التملك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقا ولنا أنه مشتمل على جهتين فيجمع بينهما مهما أمكن عملا بالشبهين فيكون ابتداءه معتبرا بلفظ الهبة وانتهاءه معتبرا بمعناه **(ولا يصح الرجوع إلا بتراضيها أو بحكم الحاكم)** لأن الرجوع في الهبة مختلف فيه بين العلماء فمنهم من رأى ومنهم من أبى وفي أصله وفاء لأن الواهب إذا كان يطالب في حقه فالموهوب له يمنع تملكه وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فمن الجائز أن يكون مراده الثواب والتجب وعلى هذا لا يرجع لحصول المقصود ومن الجائز أن يكون مراده العوض وعلى هذا يرجع فلا بد من الفصل

¹⁰⁰¹ النسائي، "الهبة" 2.

بالرضي أو القضاء **(فإن هلك)** العين في يد الموهوب له **(بعد الحكم)** أي بعد حكم الحاكم بالرد **(لم يضمن)** لأن أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعدد

فصل

(العمري جائزة للمُعمر) بفتح الميم الثاني **(حال حياته ولورثته بعد وفاته ويبطل الشرط)** أي شرط العود إلى الواهب ثم شرع في تفسير العمري فقال **(وهي أن يجعل)** المعمر بكسر الميم الثاني أي الواهب **(داره له)** أي للمعمر وهو الموهوب له **(فإذا مات)** الموهوب له **(ترد الدار عليه)** أي على الواهب فيصح التملك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة **(والرقبي باطلة)** عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله جائزة **(وهي أن يقول إن متّ فهي لي وإن متّ فهي لك)** لأبي يوسف رحمه الله ما روي عن جابر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أجاز العمري والرقبي¹⁰⁰² ولأن قوله داري لك تملك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمري ولهما أنه عليه السلام أجاز العمري وردّ الرقبى¹⁰⁰³ ولأن الرقبى من المراقبة كان كل واحد منهما يراقب موت الآخر وهذا تعليق التملك بالخطر وهو موت المملّك قبله فيبطل ولو كانت الرقبى من الارتقاب ومعناه رقبة داري لك فإنه يجوز وهو محل حديث جابر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أجاز العمري والرقبي إلا أنه يحتمل فلا تثبت الهبة بالشك فتكون عارية كذا في شرح المصنف رحمه الله

(والصدقة كالهبة) في جميع أحكامها لا تصح إلا بالقبض لأنه تبرع كالهبة ولا يجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة **(ولا رجوع فيها)** لأن المقصود هو الثواب وقد حصل **(ومن نذر أن يتصدق به فهو على جنس مال الزكاة)** كالنقدين والسوائم ومال التجارة مطلقا سواء بلغ نصابا أو لا والقياس أن يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان أن إيجاب العبد متبرع بإيجاب الله تعالى فيصرف إيجابه إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال أما الوصية فهي أخت الميراث لأنها خلافة كهى فلا تختص بمال دون مال

¹⁰⁰² أبو داود، "البيع والإجازات" 87.

¹⁰⁰³ ابن ماجه، "الهباءات" 4.

(ويملكه على الجميع) أي ومن نذر أن يتصدق بملكه فهو على جميع المال لأن لفظ الملك أعم عرفاً من لفظ المال والصحيح أنها سواء لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة **(ويمسك ما ينفقه حتى يكتسب ثم يتصدق بمثله)** أي بمثل ما أمسك لأنه لو تصدق بالجميع احتاج أن يسأل أو يموت جوعاً وأنه ضرر فاحش فيمسك قدر حاجته دفعا للضرر عنه ولم يقدره بشيء لأن الناس يختلفون في ذلك باختلاف أحوالهم في النفقات فالحاصل أنه يمسك مقدار كفايته في نفقته إلى ¹⁰⁰⁴ يقدر على أداء مثله

كتاب العارية

وهي بتشديد الياء كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار كذا في الصحاح وهي عقد مشروع مندوب إليه لما فيه من قضاء حاجة المسلم وقد ندب الشرع إليه فقال تعالى ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾ ¹⁰⁰⁵ وذمَّ على منعه فقال ﴿ويمنعون الماعون﴾ ¹⁰⁰⁶ قيل أي العواري من القدر والفأس ونحوه وقال عليه السلام: "العارية مردودة" ¹⁰⁰⁷ واستعار درعا من صفوان ولأن التملك نوعان بعوض وبغير عوض والأعيان قابلة للنوعين بالبيع والهبة فكذا المنافع بالإجارة والإعارة

(وهي هبة المنافع) وهذا احتراز عن هبة الأعيان فلو قال بغير عوض لكان أظهر ليكون احترازاً عن الإجارة وقال الكرخي رحمه الله العارية إباحة المنافع لا هبتها ولهذا ينعقد بلفظ الإباحة ولا يملك المستعير إيجارها ولنا أن المستعير له أن يعيرها ولو كانت إباحة لما ملك ذلك كمن أبيع له الطعام ليس له أن يبيعه لغيره ولفظة الإباحة استعيرت للتمليك كما في الإجارة فإنها تنعقد بلفظة الإباحة وهي تملك ولا يملك الإجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره إن شاء الله تعالى

(ولا تكون) العارية به **(إلا فيما ينتفع به مع بقاء عينه)** بناء على أنها هبة المنافع **(فإعارة المكيل)** كالحنطة والشعير

¹⁰⁰⁴ "أن"

¹⁰⁰⁵ سورة المائدة، الآية: 2.

¹⁰⁰⁶ سورة الماعون، الآية: 7.

¹⁰⁰⁷ الترمذي، بلفظ: العارية مؤداة، "البيع" 39.

(والموزون) كالدراهم والدنانير **(قرض)** لأن الانتفاع بها إنما يمكن باستهلاك عينها ولا يمكنه إلا بتملكها وذلك يكون بالهبة أو القرض فحمل على القرض لكونه أدنى ضرراً هذا إذا لم يبين جهة الانتفاع بالكيل والموزون فإن بينها كأن يزئ بها دكانه أو يعاير بها ميزانه صارت عارية **(وهي أمانة)** فلو هلك لم يضمن وقال الشافعي رحمه الله يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والإذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما ورأه ولنا قوله عليه السلام: "ليس على المستعير غير المغل" ¹⁰⁰⁸ ضمان ¹⁰⁰⁹ ولأنها مقبوضة بإذن المالك كالوديعة وما روي أنه عليه السلام قال: "العارية مضمونة" ¹⁰¹⁰ فمحمول على ضمان الرد توفيقاً بينهما بالقدر الممكن

(وتصح) العارية **(بقوله أعرئك)** لأنه صريح فيها **(وأطعمتك هذه الأرض)** أي جعلتها طعاماً لك لأن الطعام إذا أضيف إلى ما يُطعم عينه يراد به تملك عينه وإذا أضيف إلى ما لا يطعم كالأرض يراد به أخذ غلتها إطلاقاً لاسم المحل على الحال **(وأخدمتك هذا العبد)** لأنه صريح في الإعارة ¹⁰¹¹ **(ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد بها)** أي بقوله منحتك وبقوله حملتك **(الهبة)** لأنها لتمليك العين وعند عدم الدابة الهبة تحمل على تملك المنافع تجوزاً كذا في الهداية أقول يفهم منه أن الحمل حقيقة في تملك العين مجاز في تملك المنفعة فعلى هذا قوله في باب الهبة إذا نوى الهبة عقيب قوله وحملتك على هذه الدابة يكون مستدركا لأن النية لا يحتاج إليها في المعنى الموضوع له حقيقة **(وداري لك سكنى)** لأنها وإن كانت لتمليك العين ظاهراً فهي تحتمل المنفعة وقوله سكنى محكم في العارية فحملنا المحتمل على المحكم فكأنه قال سكنها لك **(أو سكنى عمرى)** أي داري لك سكنى عمرى يقال أعمره الدار أي قال له هي لك مدة عمرك والعمرى اسم منه فيصير معناه جعلت سكنها لك مدة عمرك **(وللمستعير أن يعيرها إن لم يختلف باختلاف المستعملين)** كالاستخدام والحمل والزراعة والسكنى وقال الشافعي رحمه الله ليس له أن يعيرها لأن الإعارة إباحة المنافع عنده فلا يملك إباحتها غيره ولنا أنه تملك المنافع والمالك يملك التملك من الغير كالموصى له بخدمة العبد يملك أن يعيره وقيد بقوله إن لم يختلف باختلاف المستعملين لأنه لو كان مما يختلف باختلافهم كالركوب واللبس ليس له أن يعيره غيره دفعا للضرر عن

¹⁰⁰⁸ أي غير المتعدي

¹⁰⁰⁹ الدارقطني، السنن، 2/ 632.

¹⁰¹⁰ أبو داود، "البيع والإجازات" 88.

¹⁰¹¹ في الاستخدام

المالك **(وليس له إجارتها)** أي وليس للمستعير أن يوجر ما استعاره لأن الإجارة لازمة والإعارة غير لازمة فلو جاز إجارتها لزم منه لزوم ما لا يلزم وهو العارية أو عدم لزوم ما يلزم وهو الإجارة وكلاهما ممنوعان

(فإن أجرها فهلكت ضمن) لأنه متعدّي حيث تصرف في ملك الغير بغير أمره فكان غاصبا **(فللمعير أن يضمّن المستعير)** لما بينا **(فلا يرجع على المستأجر)** أي لو ضمّن المعيرُ المستعيرَ لا يرجع المستعير على المستأجر لأنه ظهر أنه أجر ملك نفسه **(وله)** أي وللمعير **(أن يضمّن المستأجر)** لأنه قبضه بغير إذن المالك لنفسه **(ويرجع)** المستأجر **(على المستعير)** إذا لم يعلم أنه عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما إذا علم لأنه رضي به **(فإن قيدها بوقت)** كيوم وشهر

(أو منفعة أو مكان ضمن بالمخالفة إلا إلى خير وعند الإطلاق له أن ينتفع بها جميع أنواع منفعتها ما شاء ما لم يطالبه بالرد) اعلم أن الكلام في انتفاع المستعير بالمستعار على أربعة أوجه أحدها أن تكون مطلقة في حق الوقت والانتفاع فللمستعير أن ينتفع أي نوع شاء في أي وقت شاء عملا بإطلاق اللفظ وثانيها أن تكون مقيدة فيها بأن قيد بيوم ونصّ على نوع منفعة وليس له أن يتعدى ذلك عملا بالتقييد إلا أن يكون خلافا إلى خير أو مثل وثالثها أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وفي هذين الوجهين يجري ما أطلق على إطلاقه وما قيد على تقييده

(ولو أعار أرضه للبناء والغرس فله أن يرجع ويكلفه قلعها) أما الرجوع فلأنه عقد غير لازم وأما تكليف القلع فلأنه لما صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ملك الغير فعليه تفريغها ثم إن لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد وإن كان وقت العارية فيضمن فهذا قوله **(فإن وقتها وأخذها قبله يضمن المعير للمستعير قيمته)** أي قيمة البناء والغرس

(ويملكه) أي ويملك المعير البناء والغرس **(وللمستعير قلعها)** أي قلع البناء والغرس لأنه ملكه وإنما أوجبنا الضمان على المعير لدفع الضرر عن المستعير فإذا رضي بالتزام هذا الضرر كان هو أحق بملكه

(وإن لم تتضرر الأرض كثيرا) فإن تضررت الأرض بالقلع فالخيار لرب الأرض لأنه صاحب الأصل والمستعير صاحب التبعية والترجيح بالأصل **(فإن قلعها)** أي فإن قلع المستعير البناء والغرس **(فلا ضمان عليه)** وقيل إذا كلفه المعير قلعها قلعها ويضمن المعير ما نقصا بالقلع لأنه خدعه حيث ضمن له الوفاء إلى آخر الوقت الذي وقّته ولم يف له وقال زفر رحمه الله لا ضمان عليه أصلا لأن التوقيت في العارية والإطلاق سواء ولهذا كان له أن

يستردها في أي وقت شاء ولنا أن فائدة التوقيت التزام القيمة إن رجع قبل الوقت فصار فكأنه قال إن رجعت قبل الوقت فأنا ضامن فيلزمه بحكم الالتزام لا بمجرد العقد **(وإن أعارها للزراعة فليس له أخذها قبل حصاده وإن لم يوقت)** لأن له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين فكان أولى من القلع بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك **(وأجرة رد العارية على المستعير)** لأن الغرم بإزاء الغنم فالمنفعة حصلت له فالغرم عليه **(والمستأجر على الأجر)** أي وأجرة رد العين المستأجر على الموجد لأن الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعته قبضه سالمة للموجد معنى فلا يكون عليه مؤونة رده **(وإذا رد الدابة)** المستعارة **(إلى إصطبل مالكة)** فهلك **(أو مع من في عياله)** أي أو ردّ الدابة المستعارة مع من في عياله وتفسيره قد مر في كتاب الوديعة

(أو عبده) أي أو ردها مع عبده **(أو أجيره برىء)** المستعير من الضمان في الصور كلها أما في الأول فهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ عن الضمان لأنه ما ردها إلى مالكة بل ضيعها وجه الاستحسان أن العادة جرت بالرد إلى الإصطبل فإنه لو سلمها إليه فهو يردها إلى الإصطبل والمعتاد كالمخصوص عليه ولو كان عبدا فردّه إلى دار مالكة فكذلك وأما في البواقي فلائها أمانة في يده فله أن يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة والمراد بالأجير أن يكون مسانة أو مشاهرة فأما الأجير مياومة فإنه ليس في عياله أقول يجوز أن يرجع الضمير في عياله وعبده وأجيره إلى مالكة فلو ردها مع عبد مالك الدابة أو أجيره يبرأ عن الضمان لأن المالك راضٍ به ألا يرى أنه لو رده إليه فهو يرده إلى عبده أو أجيره **(وكذا رد الثوب إلى داره)** أي وكذا يبرأ المستعير عن الضمان إذا رد الثوب المستعار إلى دار مالكة لأن العواري ترد إلى دار المالك عرفا حتى لو كانت العارية شيئا نفيسا لا يبرأ بالرد إلى دار المالك لعدم ما ذكرنا من العرف فيه وهذا قوله **(ولو كان عقد جوهر وأشباهه لا يبرأ ما لم يسلمه إلى المالك)** نفسه **(وفي الغصب لا يبرأ في الجميع)** أي في الدابة والثوب والجوهر إلا بالتسليم إليه أي إلى مالكة لأن الواجب على الغاصب نسخ فعله وذلك بالرد إلى المالك دون غيره

كتاب الغَصْبِ

وهو في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلبِ سواء كان المأخوذ مالا أو غير مال ويقال للمغصوب غصبٌ تسمية بالمصدر وفي الشرع ما قاله المصنّف رحمه الله

(وهو أخذ مالٍ متقومٍ محترم مملوك للغير بطريق التعدي) وفوائد القيود ظاهرة (ومن غصب شيئاً فعليه ردّه) لقوله عليه السلام: "على اليد ما أخذت حتى تُردّ"¹⁰¹² وقال عليه السلام: "لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لا لعباً ولا جاداً فإن أخذه فليردّه عليه"¹⁰¹³ (في مكان غصبه) لأن قيمة الأشياء تختلف باختلاف الأماكن (فإن هلك عند) الغاصب مطلقاً سواء كان بفعله أو بفعل غيره (وهو مثلي) كالمكيل والموزون (فعليه مثله) لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر (وإلا قيمته يوم غصبه) أي وإن لم يكن المغصوب مثلياً كالثياب والدواب والعدديات المتقاربة كالبطيخ والرمّان فعليه قيمته يوم غصبه لأنه تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدّها دفعاً للضرر بقدر الإمكان أمّا العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لعدم التفاوت (وإن نقص) المغصوب في يد الغاصب سواء كان مثلياً أو غير مثلي (ضمن النقصان) لأنه دخل بجميع أجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر ردّ عينه تجب قيمته هذا إذا كان النقصان في عين المغصوب وكان غير ربوي حتى لو كان النقصان بتراجع السعر لا يضمن بعد ردّه ولو كان النقصان فيما يجري فيه الربا لا يضمنه لأنه لو ضمنه مع استرداد الأصل كان اعتياضاً عن الصفة ولا قيمة لها في الأموال الربويّة (وإن انقطع المثلي) عن الأسواق أو عن أيدي الناس بأن كان المغصوب رطباً فانقضى أوانه (تجب قيمته يوم القضاء) عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع لأن الواجب المثل وينتقل إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر يومئذٍ ولأبي يوسف رحمه الله أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب إذ هي الموجب ولأبي حنيفة رحمه الله أن النقل لا يتثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر إلى أن يوجد جنسه له ذلك وإنما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء (وإن ادعى) الغاصب (الهلاك) أي هلاك المغصوب (حبسه القاضي مُدّة يعلم أنها) أي أن العين المغصوبة (لو كانت باقية أظهرها ثم يقضى عليه ببدها) أي بمثلها أو قيمتها لأن الظاهر بقاؤها وقد ادعى خلافه ونظيره إذا طولب بثمر المبيع فادعى الإفلاس وقد مرّ في الحجر وإذا علم الهلاك سقط عنه ردّه فيلزم ردّ بدله وهو القيمة

¹⁰¹² أبو داود، "البيع والإجازات" 88.

¹⁰¹³ أبو داود، "الأدب" 85.

(والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه) لأنه ينكر الزيادة وإن أقام المالك البيّنة على الزيادة قضى بها لأنها حجة ملزمة وإن أقام الغاصب البيّنة لا تقبل لأنها تنفي الزيادة والبيّنة على النفي لا تقبل وفي النهاية قال بعض مشايخنا رحمهم الله قُبِلَ لإسقاط اليمين كما قبلت من المودع إذا ادّعى ردّ الوديعة وهذه المسئلة مشكّلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة وبين مسئلة الوديعة وهو الصحيح كذا في شرح المجمع **(فإذا قُضي عليه)** أي على الغاصب **(بالقيمة ملكه مستنداً إلى وقت الغصب)** لأنه قابل للنقل من ملك إلى ملك وقد ملك المالك بدّله فيملك الغاصب المبدل لثلاثي مجتمع البدل والمبدل في ملك واحد دفعاً للضرر عنه **(ويسلم له الإكساب دون أولاده)** أي ويسلم إكساب المضمون للضامن دون أولاده بناءً على أن سبب السلامة الضمان والأولاد غير مضمون فلا يسلم له وأما الإكساب فبدل المنفعة وهي ملك الضامن لحدوثه في ملكه **(فإذا ظهرت العين)** بعد التضمين **(وقيمتها أكثر)** ممّا أدّى الغاصب **(وقد ضمنها بنكوله)** أي والحال أن الغاصب قد ضمنها بنكوله عن اليمين **(أو بالبيّنة)** أي بيّنة أقامها المالك **(أو بقول المالك سلمت العين)** للغاصب ولا خيار للمالك في أن يردّ القيمة أو يأخذ المغصوب لأنه ملكها برضى المالك حيث ادّعى هذا القدر **(وإن ضمنها بيمينه)** أي ييمين الغاصب **(فالمالك)** بالخيار **(إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين)** وردّ العوض لأنه ما رضي به وإنما أخذه لعجزه عن الوصول إلى مالك حقه كالمكره وكذا لو ظهر قيمته مثل ما ضمن أو أقلّ لأنه لم يرّض حيث لم يُعطه ما ادّعه فيثبت له الخيار **(ويضمن)** الغاصب **(ما نقص العقار بفعله)** لأنه إتلاف والعقار يُضمن به كما إذا نقل ترابه لأنه فعل في العين ويدخل فيما قاله إذا انهدم الدار بسكنائه كذا في الهداية **(ولا يضمنه لو هلك)** أي ولا يضمن الغاصب العقار لو هلك في يده بأن انهدمت الدار المغصوبة لا من سكنى الغاصب وهذا عندهما رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأوّل وبه قال الشافعي رحمه الله لتحقيق إثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محلّ واحد في حالة واحدة فصار كالمقول ولهما قوله عليه السلام: "من غصب شبراً من أرض طوّقه الله تعالى من سبع أرضين"¹⁰¹⁴ فالنبي عليه السلام ذكر الجزاء في غصب العقار ولم يذكر الضمان ولو وجب لذكره ولأن إزالة اليد عن العقار غير متصوّرة لأنه لا ينتقل وإنما يتصوّر فيه منع المالك عنه وهذا تصرف في المالك لا في المحلّ فلا يجب ضمانه كما لو جعل المالك عن مواشيه بعيداً فتلفت

¹⁰¹⁴ مسلم، "المساقاة" 141.

(فإن نقص) العقار (بالزراعة يضمن النقصان) لما مرّ أنه أُلِفَ البعض (ويأخذ رأس ماله) معناه يأخذ من الزرع ما أخرج عليه من البذر وغيره (ويتصدق بالفضل) وهذا عندهما رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يتصدق به (وكذا المودع والمستعير إذا تصرفا) في الوديعة والعارية (وربما تصدقا بالفضل) وقال أبو يوسف رحمه الله يطيب له الفضل لأنه حصل في ضمانه وملكه أمّا الضمان فظاهر وكذا الملك لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً عندنا ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصديق إذ الفرع يحصل على وصف الأصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث والملك الخبيث سبيله التصديق

(وإذا تغير المغصوب بفعل الغاصب حتى زال اسمه وأكثر منافعه ملكه الغاصب وضمنه) وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه لأن المالك صاحب أصل وهو العين والغاصب صاحب الوصف فلا يزول حقه عنه ولأن فعله عدوان لا يصلح سبباً للملك فلغا فعله والتحق بالعدم وصار كالحنطة وقعت في الطاحونة وصارت دقيقاً فإنه للمالك ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكاً من وجهه ألا يرى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الأصل الذي هو فائت من وجه ولا يجعله سبباً للملك من حيث أنه محذور بل من حيث أنه أحداث الصنعة (ولا ينتفع) الغاصب (به) أي بالمغصوب الذي تغير (حتى يؤدي بدله) وهذا استحسان (وفي القياس له ذلك) أي للغاصب أن ينتفع به قبل أن يؤدي بدله وهو قول الحسن وزفر رحمهما الله وهكذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله ووجه ثبوت الملك المطلق للتصرف ألا يرى أنه لو وهبه أو باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضي صاحبها "أطعموها الأسارى"¹⁰¹⁵ فأمره عليه السلام بالتصدق بها بيان منه عليه السلام أن الغاصب قد ملكها لأن مال الغير يُحفظ عينه إذا أمكن وثمنه إذا تعدّر عليه حفظ عينه ولأن في إباحة الانتفاع به قبل أن يرضيه فتحاً لباب تناول أموال الناس بالباطل فيحرم قبل الإرضاء حتماً لمادة العدوان ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد وإذا أدى البدل يباح لأن حق المالك صار مؤني بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي ثم قرع على هذا الأصل فأتى بالتمثيلات للأعيان المغصوبة المتغيرة بفعل الغاصب فقال

¹⁰¹⁵ أبو داود، "البيوع والإجازات" 3.

(وذلك كذب الشاة) أي كذب المأكول فالذبح لا ينحصر في الشاة وإنما خصّ الشاة باعتبار العُرف أن ذبح الشاة أكثر (وطبخها أو شَبَّها أو تقطيعها وطحن الحنطة وزرعها وخَبَزَ الدقيق وجَعَلَ الحديد سيفاً والصِفر آنيةً) بمدّ الهمزة جمع الإناء **(والبناء على السّاجة)** بالجيم خشبةٌ منحوتة مهَيَّاة للأساس عليها والمراد هنا مطلق الخشبة يعني من غصب خشبةً وبنى عليها زال ملك المالك ولزم الغاصب قيمتها فإن قلت هذه تمثيلات للأعيان المغصوبة المتغيّرة بفعل الغاصب ولا تغيّر في السّاجة كما ترى قلت تغيّرها بأنها كانت نقلية والآن صارت من العقار ولهذا يُستحق بالشفعة فيكون هالكاً من وجهٍ ومتغيّراً والتغيير يوجب انقطاع حق المالك وفي الذخيرة وإِنما يزول الملك عن السّاجة إذا كانت قيمتها أقلّ من قيمة البناء وأمّا إذا كان أكثر منها فلا يزول ملكه عنها **(واللّبن)** أي والبناء على اللّبن يعني لو غصب لبناً فَبَنَى عليه زال ملك مالكة عنه ولزم عليه قيمته **(وعَصِر الزيتون والعِنَبَ وغزل القطن ونسج الغزل فلو غصب تبراً)** وهو ما كان من الذهب غير مضروب فإذا ضُرب يكون ديناراً ولا يقال إلا للذهب وبعضهم يقول للفضة أيضاً كذا ذكره الجوهري في الصّحاح ويقول المصنّف رحمه الله يؤيد قول ذلك البعض حيث قال **(فضربه دراهم أو دنانير أو آنية لم يملكه)** فيأخذها المالك ولا شيء للغاصب وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يملكه الغاصب وعليه مثله لأنه أحدث صنعةً متقومةً صيرّ حق المالك هالكاً من وجهٍ إلا يرى أنه كسره وفات بعض المقاصد وله أن اسم الذهب والفضة لم يزُل عنها وكذا لم يزُل معناهما وهو الثمينة فلا يكون في حكم الهالك على أن الصفة غير متقومة في الأموال الرّبويّة ولهذا لو غصب حلياً فكسره ثم ردّه المالك لا يضمن **(ومن خرق)** قيل بالتشديد لأنه يُنبئ عن المبالغة يُقال فتح الباب وفتح الأبواب **(ثوب غيره فأبطل عاتمة منفعته ضمنه)** لأنه استهلاك من هذا الوجه فكأنه أحرقه فإذا ضمنه جميع القيمة ترك الثوب للغاصب لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد وإن شاء أخذ الثوب وضمّنه النقصان لبقاء العين وبعض المنافع **(وإن كان)** أي الخرق **(قليلاً يضمن نقصانه)** لأن العين قائم من كلّ وجهٍ وإنما دخله عيبٌ فيضمن قيمته ثم الفرق بين الخرق الفاحش واليسير هو أن الباقي إن لم يصلح لثوب ما فهو فاحش وما دونه يسيرٌ والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين مع بعض المنفعة واليسير ما يفوت به بعض المنفعة كذا في القيمة **(ومن ذبح شاة غيره أو قطع يدها فإن شاء المالك ضمّنه نقصانها وأخذها وإن شاء سلّمها وضمّنه قيمتها)** لأن الذبح استهلاك من وجه باعتبار فوات بعض المقاصد وهو النسل واللّبن والحمل وليس باستهلاك من وجه لبقاء

بعضها وهو اللحم فيتخير وفي ذكر الشاة إشارة إلى أن هذا الحكم في مأكول اللحم وأما إذا لم يكن كذلك فيضمن جميع قيمتها وهذا قوله **(وفي غير مأكول اللحم يضمن قيمتها بقطع الطرف)** لأنه استهلكها من كل وجه **(ومن بنى في أرض غيره أو غرس فيها لزمه قلعها وردها على ما بينا في الإجارة)** قال عليه السلام: "ليس لعرق ظالم حق"¹⁰¹⁶ ولأنه شغل ملك الغير ببنائه أو غرسه بغير إذنه وإذا غير جائز **(ومن غصب ثوباً فصبغه أحمر) أو غصب (سويقاً فلتته) أي خلطه (بسمن المالك) بالخيار (إن شاء أخذهما وردّ زيادة الصبغ والسمن فيها وإن شاء أخذ قيمة الثوب أبيض وردّ مثل السويق وسلمهما)** أي الثوب والمخلوط إلى الغاصب لأن في ذلك رعاية الجانيين على ما تقدّم وصاحب الثوب صاحب الأصل فكان الخيار له وإنما قال مثل السويق لأن السويق مثليّ وقيل تجب القيمة في السويق أيضاً لأنه تغير بالقلّ فلم يبق مثلياً كالحب كذا في الأصل ولكن التفاوت فيه قليل فلم يخرج عن كونه مثلياً وإنما قال فصبغه ولم يقيده بلون من الألوان لأن الألوان كلّها سواء وقول أبي حنيفة رحمه الله السواد نقصان هو اختلاف عصر وزمان وقيل إن نقصه السواد فهو نقصان

فصل

(زوائد الغصب أمانة متصلة كانت) ومن الزوائد كالسمن والحسن **(أو منفصلة)** كالولد والصوف واللبن وقال الشافعي رحمه الله زوائده مطلقاً ليست بأمانة بل مضمونة لأن الغصب عنده إثبات اليد على ملك الغير بغير إذنه وهو صادق على الزوائد فتكون مضمونة ولنا ما بينا من أن الغصب إزالة اليد المحققة بإثبات اليد المبطلّة على الشيء وإذا غير صادق على الزوائد لأنها لم تكن في يد المالك حتى يزيلها فتكون أمانة فلا يضمنها إلا بالتعدي أو بالمنع بعد الطلب وهذا قوله يضمن بالتعدي بأن أتلّفه أو ذبحه وأكله أو باعه

(أو بالمنع بعد الطلب) أي منع الغاصب مالها عنها بعد طلبه إيّاها وهذا بالإجماع بناء على أن التعدي على مال الغير ومنع الأمانة عن صاحبها سبب الضمان **(وما نقصته الجارية بالولادة مضمون)** نقص يجيء لازماً ومتعدّياً وهأهنا لازم أي إن نقصت الجارية عند الغاصب بالولادة ضمنه الغاصب لأن الجارية دخلت في ضمانه بجميع أجزائها والجزء معتبر بالكلّ

¹⁰¹⁶ أبو داود، "الخراج والإمارة والفيء" 35-37.

(وَيُجْبَرُ بَوْلَدِهَا) أي ولكن يُجْبَرُ النقصان بَوْلَدِهَا إن كان في قيمة الولد وفاء به ويسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يُجْبَرُ النقصان بالولد وهو القياس لأن الولد ملكه وما فات من ملكه لا ينجر به كما إذا أخصى عبد غيره فازدادت قيمته ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة فلا يظهر النقصان كما أن البيع يزيل المبيع عن ملكه ويدخل الثمن فيه فلا يُعَدُّ نقصاناً حتى لو شهدا على بيع شيء بمثل القيمة ثم رجعا لم يضمنا شيئاً والخصال ليس بمرغوبٍ عند العامة وإنما يرغب به بعض الجهال لظنهم أن الحَصَى كالمحرم يجوز دخوله على الأجنبية فلا يُعَدُّ زيادة في المالية لأنها إنما يتحقق برغبة العامة فلو كانت قيمة الغلام يوم خصاه خمسمائة فصارت ألفاً بعد البرء إن شاء صَمَّنَ الغاصبَ خمسمائة وإن شاء أخذ الغلام ولا شيء له كذا في شرح المجمع

(وبالغرة) أي ويُجْبَرُ النقصان بالغرة أيضاً لأنها كالولد لأنها قائمة مقامه لوجوبها بدلاً عنه فالغرة بدل الجنين وهو نصف عشر الدية وسيجيئ بيانه إن شاء الله تعالى **(ومنافع الغصب غير مضمونة استوفاهما)** أي صرفها إلى نفسه بان غصب عبد الغير واستخدمه **(أو عطلها على)** مالكةا بأن غصب عبد الغير فحبسه يوماً أو شهراً اعلم أن المنافع لا تضمن بالغصب عندنا إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي رحمه الله يضمونها فيجب أجر المثل سواء استوفاهما أو عطلها وقال مالك رحمه الله إن سكن الدار يجب أجر المثل وإن عطلها لا شيء عليه للشافعي رحمه الله أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالمغصوب ولنا أن الغصب غير متحقق في منافع المغصوب لأنها حادثة في يد الغاصب فلم توجد إزالة يد المالك عنها فلا تكون مضمونة

(ومن استهلك خمر الذمي أو خنزيره فعليه قيمته ولو كانا لمسلم فلا شيء عليه) وقال الشافعي رحمه الله لا يضمونها لذمي أيضاً لأنه سقط تقومها في حق المسلم فكذا في حق الذمي لأنهم أتباع لنا في الأحكام فلا تجب بإتلافها مال متقوم وهو الضمان ولنا أن التقوم باقي في حقهم إذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فتعذر الإلزام فإذا بقي التقوم فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه إلا أنه تجب قيمة الخمر وإن كان من ذوات الأمثال لأن المسلم ممنوع عن تملكه لكونه إعزازاً

(ويجب في كسر المعازف) جمع المعزف وهو آلة اللهو كالبربط والدَّف والمزمار والجنك والعود وغير ذلك **(قيمتها لغير هو)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يجب الضمان لأن هذه الأشياء أعدت للمعاصي فبطل تقومها كالخمر ولأنه فعل ما فعل أمراً بالمعروف وهو بأمر الشرع فلا يضمنه كما إذا فعل بإذن الإمام وله أنها أموال لصلاحياتها لما يحل من وجوه الانتفاع وإن صلحت لما لا يحل فصار كالأمة المغنية والكباش النطوح والحمامة

الطيّارة والديك المقاتل والعبد الخصي فإنه تجب قيمتها غير صالحة لهذه الأمور كذا هذا وفي الكبرى وتفسير الضمان أنه إذا كان يصلح لعمل آخر غير عمل اللهو ينظر بكم يُشترى لذلك العمل فيضمن ذلك حتى لو لم يصلح إلا لعمل لا يضمن (وفي) الصغرى والفتوى في زماننا على قولها لأن القياس ترك الانتفاع بها إلا بطريق التلهي فسقط اعتبار سائر المنافع بالإجماع فلا تبقى متقوماً كذا ذكره الإمام الزاهدي رحمه الله

كتاب إحياء الموات

المراد إحيائها بالحياة النامية قال الله تعالى ﴿فأحيينا به الأرض بعد موتها﴾¹⁰¹⁷ وإنما سُمي مواتا لبطلان الانتفاع بها كالميت الحقيقي ولذا قال (الموات ما لا ينتفع به من الأراضي) لانقطاع الماء عنه أو لغلبته عليه أو لكونها سبخة ونحوها من الأسباب المانعة عن الزراعة (وليس ملك مسلم ولا ذمي) وهو بعيد من العمران بحيث (إذا وقف إنسان بطرف العمران ونادى بأعلى صوته لا يسمع) في تلك الأرض إنما شرط ألا يكون مملوكا لمسلم أو ذمي لأنها لو كانت مملوكة لمسلم أو ذمي لا يكون مواتا وإذا لم يعرف مالكة يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك يُردُّ عليه ويضمن الزارع نقصانها وإنما وضع في البعيد عن العمران لأن ما كانت قريبة منه يرتفق أهلها بها حقيقة أو دلالة فلا يكون مواتا (من أحيائها بإذن الإمام ملكه مسلماً كان أو ذمياً) وإن أحياءه بغير إذنه لم يملكه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يملكه لقوله عليه السلام من أحيأ أرضاً ميتة فهي له ولأنه مال سبقت إليه يده فيملكه كالصيد وله قوله عليه السلام: "ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه"¹⁰¹⁸ وحديثهما محمول على الإذن لقوم مخصوصين توفيقاً وإنما كان المسلم والذمي سواء لأن الإحياء سبب الملك فيستويان كسائر الأسباب (ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر) لما بينا والعامر بمعنى المعمور يقال من ماء دافق أي مدفوق (ومن حَجَّرَ أرضاً ثلاث سنين فلم يزرعها دفعها الإمام إلى غيره) لأن التحجير ليس بإحياء والإمام دفعها لتحصيل المصلحة من العشر والخراج فإذا لم يحصل دفعها إلى غيره ليحصل وإنما كان التحجير للإعلام يسمى به لأنهم كانوا يعلمونه بوضع الأحجار حوله أو يعلمونه لحجر غيرهم عن إحيائها فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وإنما ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق

¹⁰¹⁷ سورة البقرة، الآية: 164.

¹⁰¹⁸ البيهقي، معرفة السنن والآثار، 4/ 520

(ومن حفر بئرا في موات فحريمها أربعون ذراعا من كل جانب منه) مطلقا سواء كان (للعطن) وهي التي تنزح الماء منها باليد (أو) كان (للناضح) وهي التي تنزح الماء منها بالبعير وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله في الناضح ستون ذراعا من الجوانب الأربع من كل جانب خمسة عشر ذراعا لقوله عليه السلام: "حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن وحريم بئر الناضح ستون ذراعا"¹⁰¹⁹ وله إطلاق ما روينا عنه عليه السلام: "من حفر بئرا فله حوله أربعون ذراعا"¹⁰²⁰ من غير فصل ولما تعارض الخبران أخذنا بالأقل لتيقُّنه

(فمن أراد أن يحفر في حريمها منع) لاحتمال أن ينقص ماء البئر الأول بالحفر الثاني ولو حفر فيها وراء حريمه فذهب ماؤه لا شيء عليه (وحريم العين من كل جانب خمسمائة ذراع) لما روينا (والقناة عند خروج الماء كالعين وقبله كالنهر في أرض الغير لا حريم له) لأن القناة نهر مطوي فيعتبر بالنهر الظاهر ولا حريم للظاهر عند أبي حنيفة رحمه الله إذا كان في ملك الغير (إلا ببينة) وعند ظهور الماء هو بمنزلة عين فؤارة فيُقَدَّر حريمه بخمسمائة ذراع لما روينا الحاصل أن النهر في ملك الغير لا حريم له عند أبي حنيفة رحمه الله إلا ببينة وقالوا رحمهما الله له حريم بقدر إلقاء الطين ونحوه وقال المحققون للنهر حريم بقدر ما يحتاج إليه بالاتفاق لضرورة الاحتياج إليه والحجج تعرف في المطولات (ولو غرس شجرة في أرض موات فحريمها من كل جانب خمسة أذرع) حتى لم يجر لغيره أن يغرس شجرا في حريمه لأنه يحتاج إلى حريم يجد فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة أذرع وبه ورد الحديث (وما عدل عنه الفرات يجوز إحياءه إن لم يحتمل عوده إليه) لأنه كالموات إذا لم يكن حريبا لعامر لأنه ليس في ملك أحد لأن قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الإمام (وإن احتمل) عوده إليه (لا يجوز إحياءه) لحاجة العامة إليه

كتاب الشرب

وهو بكسر الشين

(النصيب من الماء) لسقى المزارع والدواب قال تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم

¹⁰¹⁹ رواه ابن أبي شيبة بلفظ: حريم بئر البدء خمسة وعشرون ذراعا وحريم بئر العادية خمسون ذراعا وحريم الذرع ثلاثمائة ذراع قال الزهري وبلغني أن حريم العين خمسمائة ذراع. المصنف 4/ 393.

¹⁰²⁰ ابن ماجه، "الرهن" 22.

(وقسمة الماء بين الشركاء جائزة) باعتبار ثبوت الحق كقسمة الغنائم وبعث رسول الله عليه السلام والناس يتعاملون فأقرهم عليه وتعامله الناس إلى يومنا هذا من غير نكير **(ويجوز دعوى الشرب بغير ارض)** وهذا استحسان والقياس ألا يجوز لأن شرط صحة الدعوى إعلام المدعى والشرب لا يقبل الإعلام وجه الاستحسان أن الشرب قد يملك بدون الأرض إرثاً وقد يبيع الأرض ويبقى الشرب له وحده وهو مرغوب منتفع به فيصح فيه الدعوى **(ويورث ويوصى بمنفعته)** لأنه حق مالي فيجرى فيه الإرث وجهالة الموصى به لا يمنع الوصية لأن الوصية من أوسع العقود حتى جازت للمعدوم وبالمعدوم **(دون رقبته)** يعني لا يوصي بتصدق الشرب من فلان لأنه باطل ووصيته باطلة أيضاً لأن ما لا يجوز تملكه حال حياته لا يجوز تملكه بعد وفاته **(ولا يباع ولا يوهب ولا يتصدق به)** لاشتراكه على الجهالة الفاحشة وامتناع قبضه مع كونه غير متقوم حتى لو سقى شرب غيره لا يضمن **(ولا يصلح مهراً)** فلو تزوج امرأة على شرب بغير ارض فالنكاح جائز وليس لها من الشرب شيء ويجب مهر المثل اعلم أن المياه أنواع أربعة الأول ماء البحار لكل واحد من الناس منه حق الشفة وهو الشرب وسقى الأراضي وشق الأنهار فالانتفاع به كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع الانتفاع به على أي وجه شاء ولم يذكره المصنف رحمه الله لظهوره والثاني ما ذكره بقوله **(وماء الأودية والأنهار العظام)** الأنهار جمع نهر بفتح الهاء **(كجیحون)** نهر ترمذ وخوارزم **(وإخوانه)** كسيحون نهر الترك ودجلة نهر بغداد وفرات نهر الكوفة قوله وماء الأودية إلى آخره مبتدأ وخبره قوله **(إن الناس مشتركون فيه في الشفة وسقى الأراضي ونصب الأرحية)** والدوالي إذا لم يضرَّ بالعامّة وذلك بأن يُحيي مواتاً ويشقَّ نهرًا لسقيها ليس في ملك أحد لأنه مباح الأصل وغلبة الماء يمنع استيلاء غيره عليه وإن كان يضر بالعامّة ليس له ذلك لأن دفع الضرر عنهم واجب وذلك بأن يكسر ضفته فيميل الماء إلى جانبها فيغرق الأراضي والقرى وكذا شق الساقية للرحاء والدالية كذا في شرح المصنف رحمه الله والثالث ما ذكره بقوله **(وماء يجري في نهر خاص لقرية)** بعينها **(فلغيرهم فيه شركة في الشفة)** الأصل فيه قوله عليه السلام: "الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلاء والنار"¹⁰²¹ وأنه ينتظم الشرب والشرب ثم خُصَّ منه الأول وبقي الثاني وهو الشفعة وسقى الدواب ولهم أخذ الماء للوضوء وغسل الثياب والخبز والطبخ لا غير أي ليس لهم أن يسقوا أراضيهم من ذلك الماء إلا بإذن أهل القرية لأنه حق خاص لهم ولا ضرورة وفي إباحة ذلك بطلان منفعة الشرب

¹⁰²¹ ابن ماجه، "الرهن" 16.

(وكذلك البئر والحوض) أي وكحكم النهر الخاص حكم الحوض والبئر فإذا كان لقوم خاص فلغيرهم حق الشفة لا سقى الأرض لما مر والرابع قوله (وماء أحرز في حب) بضم الحاء الغير المعجمة الخائبة (ونحوه) كالكوز (فليس لأحد أن يأخذ منه شيئاً بدون رضي صاحبه وله بيعه) لأنه ملكه بالإحراز وصار كالصيد والحشيش إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة بظاهر ما روينا فيعمل فيما يسقط بالشبهات حتى لو سرقه رجل في موضع يعزُّ وجوده وهو يساوى نصاباً لم تقطع يده (ولو كانت البئر أو العين أو النهر في ملك رجل له منع من يريد الشفة من الدخول في ملكه) لأن لصاحب الملك منع غيره من الدخول في ملكه وهذا إذا كان يجد ماء غيره بقرب من هذا الماء في أرض مباحة (فإن كان لا يجد) ماء (غيره فإما أن يتركه يأخذ الماء بنفسه أو يُخرج الماء) هو (إليه) أي إلى من يريد الشفة بناء على أن حق الشفة ثابت للكل (فإن منعه وهو يخاف العطش) على نفسه أو على دابته (قاتله بالسلاح) لما روي أن قوماً وردوا ماء فسئلوا أهله أن يدلّوهم على البئر فأبوا فسألوا أن يعطوهم دلوا فأبوا فقالوا لهم: إن أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تنقطع فأبوا أن يعطوهم فذكروا ذلك لعمر رضي الله عنه فقال: هل وضعتهم فيهم السلاح؟¹⁰²² ولأنه منع المضطر عن حقه لأن حقه ثابت في الشفة فكان له أن يقاتله بالسلاح (وفي المحرز) أي وفي الماء المحرز بالإبقاء لو منع صاحبه الناس من الشفة حالة الخوف من العطش (يقاتله بغير سلاح) لأنه ملكه بالإحراز حتى كان له تضمينه إلا أنه مأمور بأن يدفع إليه قدر حاجته فبالمع خالف الأمر فيؤدّب على ذلك (وكذا على الطعام حالة الخمصة) أي والطعام حالة الخمصة كالماء المحرز بالكوز في الإباحة والمقاتلة والضمان لما بينا

فصل

(كرى الأنهار العظام) كسيحون وجيحون والنيل ودجلة والفرات وما شابهها (على بيت المال) لأن منفعتها للعامة فكان مؤونته عليهم فإن لم يكن في بيت المال شيء أُجبر الناس على كريها إحياء لمصلحة العامة إذ هم لا يقيمونها بأنفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم أولادكم (وما هو مملوك فكريه على أهله) لأن الحق لهم على الخلوص والمنفعة يعود إليهم على الخصوص

¹⁰²² لم أجد في المصادر الصحيحة.

(ومن أبي منهم يُجبر) على كرية دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به (ومؤونة الكرى إذا جاوز أرض رجل ترفع عنه) يعني أن كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه فإذا جاوز أرض رجل رفع عنه عند أبي حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى وقالوا رحمهما الله الكرى عليهم جميعا من أوله إلى آخره بحصص الشرب والأرضين لأن لصاحب الأعلى حقا في الأسفل لاحتياجه إلى تسهيل ما فضل من الماء فيه وله أن المقصود من الكرى الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الأعلى فلا يلزمه انتفاع غيره حتى لو أمكنه السقي بدون الكرى لا يجب عليه الكرى وفي الحقائق الاختلاف في النهر الخاص وأما النهر العام الذي عليه قرى يشربون منه إذا اتفقوا على كرية فبلغوا فوهة نهر قرية يرفع عنهم مؤونة الكرى بالاتفاق

(وليس على أهل الشفة شيء من الكرى) لأنهم لا يحصون ولأنهم أتباع (نهر لرجل يجري في أرض غيره ليس لصاحب الأرض منعه) لأن في منعه إضراره (نهر بين قوم اختصموا في الشرب فهو بينهم على قدر أراضيهم) لأن المقصود من الشرب سقى الأرض فيتقدر بقدرها بخلاف الطريق لأن الطرق إلى الدار الواسعة والضيعة سواء (وليس للأعلى أن يسكر حتى يستوفي) يعني إذا كانت أرض الأعلى من الشركاء مرتفعة والماء قليلا بحيث لا يمكنه سقي أرضه بتمامها إلا بسدّه لم يكن له ذلك لأن الماء يكون محبوسا عن الباقيين في بعض المدة وفيه منع لحقهم (إلا بتراضيهم) يعني إن رضوا بسكره جاز لأن الحق لهم (وليس لأحدهم أن يشق منه) أي من النهر المشترك (نهر أو ينصب عليه رحي أو يتخذ عليه جسرا) الجسر اسم لما يوضع ويرفع ويتخذ من الخشب والألواح والقنطرة اسم لما يتخذ من الآجر والحجر ولا يرفع (أو يوسع فمه) أي فم نهره (أو يسوق شربه إلى أرض ليس لها شرب) من هذا الماء (إلا بتراضيهم) أما شق النهر ونصب الرحي فلأن فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء إلا أن يكون رحي لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في أرض صاحبها لأنه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر الضفة وبالماء أن يتغير عن سننه الذي يجري عليه وأما اتخاذ الجسر فهو كطريق خاص بين قوم والقنطرة كالجسر وأما توسعة فمه فلأن فيه كسر ضفة النهر وزيادة على مقدار حقه في أخذ الماء وأما سوق شربه إلى أرض أخرى فلأنه ربما تقدم العهد فيدعيه ويستدل به إلى أنه له فإذا رضي الشركاء في جميع ذلك جاز لأن الحق لهم (ولو كانت القسمة بالكوى) جمع الكوة وهي ثقب البيت وقد تضم الكاف في المفرد والجمع ويستعار لمفتاح الماء إلى المزارع والجداول فيقال كوى النهر كذا في المغرب

(فليس لأحدهم أن يقسم بالأيام ولا مناصفة) لأن القديم ترك على قدمه لظهور الحق فيه **(ولا يزيد كوةً)** أي ولو كان لكل واحد من الشريكين كوى مساة في نهر خاص ليس لواحد منهم أن يزيد كوة **(وإن كان لا يضر بالباقيين)** لأن الشركة خاصة بخلاف ما إذا كانت الكوى في النهر الأعظم لأن لكل منهم أن يشق منه نهرا ابتداء فكان له أن يزيد في الكوى بطريق أولى

كتاب المزارعة

هي في اللغة مفاعلة من الزرع وهي الحرث وفي الشرع ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله

(وهي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله جائزة عندهما رحمهما الله وعليه الفتوى) لما روي أن رسول الله عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع¹⁰²³ ولأنه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدى إلى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما وله ما روي أن النبي عليه السلام نهى عن المخاربة¹⁰²⁴ وهي المزارعة ولأنه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ومعاملة النبي عليه السلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز وإنما كان الفتوى على قولهما لحاجة الناس إليها وقد تعامل بها السلف والخلف فصارت شريعة متوارثة وقضية متعارفة والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع فإن قلت لما كانت المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله فمن قرع مسائلها قلت الإمام أبو حنيفة رحمه الله فرعها على أصوله وهذا قوله

(قال الحصري رحمه الله وأبو حنيفة رحمه الله هو الذي قرع هذه المسائل على أصوله) يعني لو قال بصحة المزارعة لقال تصح في صورة كذا ولا تصح في صورة كذا **(لعلمه أن الناس لا يأخذونه بقوله)** في هذه المسئلة ويأخذون بقولهما لشدة حوائج الناس إلى المزارعة

(ولا بد فيها من التأقيت) أي ولا بد في المزارعة من بيان الوقت والمدة لأن العقد يرد على منفعة الأرض إن كان البذر من قبل العامل أو على منفعة العامل إن كان البذر من قبل رب الأرض والمدة هي المعيار لها ليُعلم بها فلا بد

¹⁰²³ مسلم، "المساقات" 3.

¹⁰²⁴ أبو داود، "البيوع والإجازات" 33.

من تعيين المدة كالإجارة **(وكون الأرض صالحة للزراعة)** لأن المقصود لا يحصل بدونه **(ومعرفة نصيب رب البذر)** قطعاً للمنازعة وإعلاماً للمعقود عليه وهو منافع الأرض أو منافع العامل **(ومعرفة جنسه)** أي جنس البذر ليصير الأجر معلوماً لأن الأجر جزء الخارج فلا بد من البيان ليُعلم أن الأجر من أيِّ خارج وإذا لم يبيّن فسدت المزارعة فإذا زرعها انقلبت جائزة كذا في الفصول **(ونصيب الأجر)** أي نصيب من لا بذر من قبله لأنه يستحق ذلك عوضاً بالشرط وما لم يكن معلوماً لا يستحق شرطاً بالعقد **(والتخلية بين الأرض والعامل)** حتى لو شرط عمل رب الأرض يفسد العقد لفوات التخلية **(وأن يكون الخارج مشتركاً بينهما)** لأنه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد **(حتى لو شرط لأحدهما قفزاناً معلومة أو ما على السواقي)** أي الأنهار الصغار جمع ساقية وهو فوق الجدول دون النهر **(أو أن يأخذ رب البذر بذره)** من الخارج ويكون الباقي مشتركاً بينهما **(أو الخارج)** أي أو أن يرفع الخارج والباقي بينهما يعني لو كانت الأرض خراجية فشرطاً رفع الخارج وإن يكون الباقي بينهما نصفين **(فسدت)** المزارعة في هذه الصور لأنه يؤدي إلى قطع الشركة وقد مر في المضاربة **(وإن شرط رفع العشر جاز)** أي وإن شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقي بينهما جاز لأنه مشاع فلا يؤدي إلى قطع الشركة كما إذا شرطاً رفع العشر وقسمة الباقي والأرض عشرية **(وإذا كانت الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر أو كانت الأرض لواحد والباقي لآخر أو كان العمل من واحد والباقي لآخر فهي)** أي المزارعة **(صحيحة)** في هذه الصور الثلاثة لأنه استيجار للأرض أو للعامل أما في الأولى فلأن البقر آلة العمل فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط بإبرة الخياط وأما في الثانية فلأنه استيجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجر بدراهم معلومة وأما في الثالثة فلأنه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط ثوبه بإبرته أو طيّاناً ليطين بمره **(والخارج على الشرط)** أي فإذا صحت المزارعة فالخارج على ما شرطاً عملاً بالتزامهما قال عليه السلام: "المؤمنون عند شروطهم"¹⁰²⁵

(فإن لم يخرج شيء) من الأرض **(فلا شيء للعامل)** لأنه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وصارت المضاربة إذا لم تربح بخلاف المزارعة الفاسدة لأن أجر المثل كان في الذمة وبفوت الخارج لا يفوت الذمة

(وما عدا هذه الوجوه) الثلاثة (فاسد) وصور الفساد أربع الأولى أن يكون البقر والأرض من واحد والعمل والبذر من آخر والثانية أن يكون الأرض والعمل من واحد والبذر والبقر من آخر والثالثة أن يكون البقر من أحدهما والباقى من الآخر أما الأولى فالمذكور ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا إذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض لأن منفعة الأرض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن يُجعل تابعة لها بخلاف جانب العمل لأنها تتجانست المنفعتان فجُعِلت تابعة لمنفعة العامل كذا في الهداية وأما الثانية فلأنه جمع بين البذر والبقر وهذا لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع وأما الثالثة فلأنه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والخارج في الصورتين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الأرض ويكون مستقرضا للبذر قابضا له باتصاله بأرضه وأما الرابعة فوجهها يعرف مما سبق **(وإذا فسدت) المزارعة (فالخارج لصاحب البذر)** لأنه نماء ملكه والآخر إنما يستحقه بالتسمية وقد فسدت **(وللآخر أجر مثل عمله)** إن كان البذر من رب الأرض لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليها قيمتها إذ لا مثل لها **(أو أرضه)** أي أو أجر أرضه إن كان البذر من قبل العامل لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر فيجب أجر أرضه **(لا يزداد أجر)** المثل على **(قدر المسمى)** على قيمة ما شرط له من نصف الخارج أو غيره لأنه رضي بقدر المسمى وقال محمد رحمه الله تجب بالغة ما بلغ وقد مر في الإجارة **(ولو شرط التبن لرب البذر صح)** معناه بعد شرط الحب نصفين بينهما لأنه حكم العقد لأن التبن من البذر **(وللآخر لا يصح)** أي ولو شرط التبن لغير صاحب البذر لا يصح لأنه ربما لا يخرج إلا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط **(ولو سكتا عنه)** أي ولو شرط الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن **(فلرب البذر)** أي فالتبن لرب البذر لأنه نماء ملكه **(وقيل)** القائل أهل البلح **(بينهما)** أي التبن بينهما لأنه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الأصل ولو شرط التبن لأحدهما والحب للآخر فهي فاسدة لأنه ربما يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج إلا التبن وكذا إذا شرط التبن نصفين والحب لأحدهما بعينه لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب وكذا في الهداية **(وإن عقداها فامتنع صاحب البذر)** من العمل **(لم يُجبرَ عليه)** لأنه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلزمه فصار كما إذا استأجر أجيرا ليهدم داره **(وإن امتنع الآخر)** أي العامل من العمل **(يُجبر)** عليه لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الإجارة **(وتُفسخ)** المزارعة **(بالأعذار كالإجارة)** وقد بينا وجوه

العذر فيها ومن جملتها أن يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة الثمر قبل الإدراك لأنه يلزم صاحب الأرض ضرر لم يلزمه فيفسخ ومنها مرض العامل إذا كان يُضعفه عن العمل لأن في إلزامه استتجار الأجير إلحاق ضرر به لم يلزمه فجعل عُذرا **(ولا يكون للعامل أجره كرابه)** وهو قلب الأرض للزراعة **(وحفره)** لأن المنافع إنما تتقوم بالعقد وهو إنما قَوِّم بالخارج فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء **(وأجرة الحصاد)** وهو قطع الزرع **(والرفع)** بالفتح والكسر لغة وهو أن يرفع الزرع إلى البَيِّدَر بعد الحصاد **(والدياس)** وهو يوطأ الزرع بقوائم الدواب والمِدُّوس ما يداس به **(والتذرية)** وهي تمييز الحبوب عن تبنيها بالريح قوله وأجرة الحصاد مبتدأ وخبره **(عليهما بالخصص)** لأن العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فتجب مؤنته عليهما **(ولو شرطاه)** أي ولو شرط العمل الذي يكون بعد انتهاء الزرع كالحصاد وغيره **(على العامل لا يجوز)** لأنه شرط مخالف لمقتضي العقد وفيه منفعة لأحدهما **(وعن أبي يوسف رحمه الله جوازه وعليه الفتوى)** للتعامل كالاستصناع وإنما قال على العامل لأنه لو شرطاً على رب الأرض لا يجوز بالإجماع **(وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت)** اعتباراً بالإجارة وقد مر الوجه فيها **(وإذا انقضت المدة)** أي مدة المزارع **(ولم يدرك الزرع فعلى المزارع أجره نصيبه من الأرض حتى يستحصد)** يعني يعطي المزارع صاحب البذر أجر مثل الأرض في حق نصيبه من الزرع لأن في تبقيّة الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين **(ونفقة الزرع عليهما حتى يستحصد)** لأن العقد انتهى بانتهاء المدة المضروبة وبقي الزرع وهو مال مشترك بينهما فيكون مؤنته عليهما بخلاف ما إذا مات رب الأرض والزرع بقُلِّ حيث يكون العمل على العامل لأن مدته لم تنقض والعقد باقٍ في مدته

كتاب المساقاة

هي في اللغة مفاعلة من السقي وفي الشريعة هي المعاملة فيما يحتاج إليه في الأشجار ببعض الخارج والمفاعلة يكون من الجانبين وقد يكون من جانب كما يقال: قاتله الله تعالى، وعالج الطبيب المريض فالطبيب يعالج إلا المريض كذلك هاهنا العامل يعمل ورب الأرض لا يعمل **(وهي كالمزارعة في الخلاف والحكم والشروط إلا المدة فإنه يجوز وإن لم يبينها)** وهذا استحسان والقياس ألا يجوز إلا بذكر المدة فيها من معنى الإجارة **(وتقع على أول ثمرة تخرج)** لأن وقت إدراك الثمرة معلوم والتفاوت فيه قليل ويدخل فيه المتيقن بخلاف الزرع فإنه يختلف كثيرا ابتداء وانتهاء ربيعا وخريفا وغير ذلك

(وفي الرطبة على إدراك بذرها) لأن لها نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة وهذا بخلاف ما إذا دفع نخيلاً أو أصول الرطبة على أن يقوم عليها أو أطلق في الرطبة حيث تفسد المعاملة لأنه ليس لذلك نهاية معلومة لأنها تنمو ما تُركت في الأرض فجعلت المدة قال المصنف رحمه الله في شرحه معنى قوله وفي الرطبة إدراك بذرها أنه إذا دفعها بعد ما تنهى نباتها ولم يخرج البذر فيقوم عليها ليخرج البذر أما إذا دفعها إذا نبتت أو دفع البذر لبيذره فهي فاسدة وإن كان وقت جزها معلوماً جاز وتقع على الجزء الأولى كالثمرة في الشجر ولو دفع غرس شجر أو كرم قد علق ولم يبلغ الثمر على أن يقوم عليه والخارج نصفان فهي فاسدة لجهالة المدة فإنه يختلف بقوة الأرض وضعفها فلا يدرى متى تحمل فإن سمي مدة يعلم أنها تثمر فيها جاز، إلى هنا قول المصنف رحمه الله وعبارته في شرحه والقول ما قالت حذام **(وإن سميا مدة لا تخرج الثمرة فيها فسدت)** لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج

(فإن خرجت فعلى الشرط) أي فإن خرجت الثمار في الوقت المسمى بل تأخر خروجها عنه فللعامل أجر مثل عمله ولم يزد على ما شرط وقال محمد رحمه الله أجر مثله بالغاً ما بلغ ولم يذكر هذا اكتفاء بما قال في صدر الكتاب وهي كالمزارعة وهو فيها مذكور فتأمل **(وإن دفع إليه نخيلاً أو أصول رطبة ليقوم عليها وأطلق لا يجوز في الرطبة إلا بمدة معلومة)** والوجه قد مر ومعناه إذا لم يعلم وقت جزاها على ما تقدم **(ويجوز المساقاة في الشجر والكرم والرطاب)** أراد بها جميع البقول كالقثاء والقثد والبطيخ وما أشبهها **(وأصول الباذنجان إن كانت يزيد بالسقي والعمل فإن كانت قد انتهت لا يجوز)** وذلك لأن العامل إنما يستحق بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهي والإدراك فلو جَوَّزناه لكان استحقاقاً بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة إلى العمل **(وتبطل)** المساقاة **(بالموت)** لأنها في معنى الإجارة وقد بينا المعنى فيها

تم المجلد الأول بعون الله تعالى وحسن توفيقه قُبِّلَ ظهر يوم عرفة من سنة تسع وثمانين وثمانمائة من الهجرة النبوية على يدي جامع الفقير إلى الله الغني أصلح الله شأنه ثم أنه بتمام هذا المجلد في هذا اليوم المبارك قد تفال بفألٍ حسن أحسن الله أحواله آمين

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI**

**ABDULGANÎ KARABÂĞÎ’NİN ŞERHU’L-MUHTÂR ADLI
KİTABININ EDİSYON KRİTİĞİ DEĞERLENDİRİLMESİ
(EDİSYON KRİTİK)**

CİLT II

Abdulkadir KABDAN

DOKTORA TEZİ

ADANA / 2014

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI**

**ABDULGANÎ KARABÂĞÎ'NİN ŞERHU'L-MUHTÂR ADLI
KİTABININ EDİSYON KRİTİĞİ
(EDİSYON KRİTİK)**

CİLT II

Abdulkadir KABDAN

Prof. Dr. Nasi ASLAN

Danışman

DOKTORA TEZİ

ADANA / 2014

شرح المختار

للفاضل عبد الغني القاراباغي

المجلد الثاني

التحقيق والتحليل

(رسالة الدكتوراه)

إعداد

عبد القادر قابدان

إشراف

الأستاذ الدكتور ناصي آسلان

2014

آضانا

المحتويات

5	 كتاب النكاح
8	 فصل في المحرمات
14	 فصل
24	 فصل في المهر
30	 فصل في نكاح الرقيق
32	 فصل في نكاح أهل الشرك
35	 فصل في القسم
36	 كتاب الرضاع
39	 كتاب الطلاق
47	 فصل في الطلاق قبل الدخول
50	 فصل في تفويض الطلاق
53	 فصل في تعليق الطلاق
55	 فصل في الاستثناء
56	 فصل في طلاق الفارّ
56	 باب الرجعة
61	 باب الإيلاء
64	 باب الخلع
68	 باب الظهار
70	 فصل في الكفارة

74.....	باب اللعان
77.....	باب العدة
82.....	فصل في الحداد
83.....	فصل في ثبوت النسب
86.....	باب النفقة
90.....	فصل
92.....	فصل
96.....	فصل في الحضانة وهي تربية الولد
99.....	كتاب العتق
104.....	فصل في العبد يعتق بعضه
106.....	باب التدبير
107.....	باب الاستيلاد
111.....	كتاب المكاتب
114.....	فصل في الكتابة الفاسدة
115.....	فصل
116.....	فصل في موت المكاتب وعجزه وموت المولى
118.....	كتاب الولاء
120.....	كتاب الأيمان
123.....	فصل
127.....	فصل في اليمين في الدخول والسكنى والخروج
132.....	فصل في الأكل والشرب

135	فصل
141	كتاب الحدود
151	باب حد القذف
154	فصل في التعزير وهو التأديب دون الحد
156	كتاب الأشربة
160	كتاب السرقة
164	فصل
167	فصل في كيفية القطع
171	كتاب السير
181	فصل
184	فصل في استيلاء الكفار
186	فصل
187	فصل في الجزية
191	فصل في العشر والخراج
194	فصل في بيان أحكام المرتدين
197	فصل في البغاة
198	كتاب الكراهية
204	فصل في الاحتكار
208	فصل
209	فصل في الكسب
219	كتاب الصيد

223	 كتاب الذبائح
227	 فصل فيما يحلّ أكله وما لا يحلّ
229	 كتاب الأضحية
232	 كتاب الجنايات
240	 فصل
244	 كتاب الديات
249	 فصل
252	 فصل في الجنين
253	 فصل فيما يحدثه الرجل في الطريق
254	 فصل في الحائط المائل
256	 فصل في جناية العبد والجناية عليه
259	 باب القسامة
261	 كتاب المعاقل
264	 كتاب الوصايا
270	 فصل في الوصية بالسكنى والخدمة وغيرهما
275	 فصل في الوصية للأقارب وغيرهم

كتاب النكاح

وهو في اللغة الضمّ والجمع وفي الشرع عبارة عن ضمّ وجمع مخصوص وهو الوطء لأن الزوجين حالة الوطء يجتمعان وينضمّ كل واحد منهما إلى صاحبه حتى يصيرا كالشخص الواحد ويستعمل في العقد مجازاً لأنه سببه وهو حقيقة في الوطء فمتى أطلق النكاح يراد به الوطء لقوله عليه السلام: "وُلدت من نكاح" أي من وطء حلال وقوله عليه السلام: "يحل للرجل من امرأته الحائض كلّ شيء إلا النكاح" فيقول الشاعر: يُحب المديح أبو خالد ويهرب من صلة المادح كبكر تُحب لذيذ النكاح وتهرب من صولة الناكح وإنما يفهم منه العقد بقريئة كقوله تعالى ﴿فانكحوهنّ بأذن أهلهنّ﴾¹ لأن الوطء لا يتوقف على إذن الأهل وكذلك قوله تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾² لأن العقد هو الذي يختصّ بالعدد دون الوطء وكذا قوله عليه السلام: "لا نكاح إلا بشهود" لأن الشهود لا يكونون على الوطء وهو عقد مشروع تثبت شرعيّتها بالكتاب قال الله تعالى ﴿وانكحوا الأيامى منكم﴾ وقال ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾³ الآية وبالسنة قال عليه السلام: "تناكحوا تكاثروا فإنّي أباهي بكم الأمم يوم القيامة" والنصوص في ذلك كثيرة والآثار منه غزيرة وعلى شرعيّته إجماع الأمة

(النكاح حالة الاعتدال) وهي ألا يخاف على نفسه الزنا ولا الميل **(سنة مؤكدة)** مرغوبة لقوله عليه السلام: "النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس منّي" نطق بسُنّة النكاح ثم قال فمن رغب عن سنتي الحديث

¹ أخرجه ابن سعد في الطبقات الكبرى بلفظ: عن عائشة رضي الله تعالى عنه قالت قال رسول الله عليه السلام خرجت من نكاح غير سفاح. 61/1.

² أبو داود بلفظ: جامعوهن في البيوت واصنعوا كل شيء إلا النكاح. "الطهارة" 102.

³ سورة النساء، الآية: 25.

⁴ سورة النساء، الآية: 3.

⁵ الترمذي، "النكاح" 15.

⁶ سورة النور، الآية: 32.

⁷ سورة النساء، الآية: 3.

⁸ أبو داود، "النكاح" 3.

⁹ ابن ماجه، "النكاح" 1.

وأنه من خصائص التأكيد كما في سُنَّة الفجر **(وحالة التوقان)** بفتح الواو أي الاشتياق يقال تاقني نفسي إلى كذا توقاناً إذا اشتاقت والتوق المشتاق ومنه المرء تواقٌ إلى مالم ينل **(واجب)** لأن حالة التوقان يُخاف عليه أو يغلب على الظن وقوعه في محرّم الزنا والنكاح يمنعه عن ذلك فكان واجباً لأن الامتناع عن الحرام واجبٌ **(وحالة خوف الجور)** من سوء خلقه **(مكروه)** لأن ممنوعة الخيف لما تعارضت سُنَّة النكاح قلنا بكراهيته عملاً بالشبهين

الحاصل أن الأدلة الواردة في باب النكاح منها ما يدل على الوجوب مثل فانكحوا الآية ومنها ما يدل على السنة مثل قوله عليه السلام النكاح سنتي الحديث ومنها ما يدل على الإباحة مثل عزوبة جماعة من فقهاء الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فالتوفيق بين الأدلة المتعارضة فيه هو أن نقول الأحوال الغالبة ثلاث حال هيجان الشهوة والقدرة على إيفاء مواجب النكاح ففي هذه الحالة يجب النكاح والأوامر المطلقة والوعيد محمولة عليه

وحالة الاعتدال لا يخاف على نفسه الزنا ولا الميل فيسُنُّ وحالة الجور والعجز عن الإيفاء بمواجهه فيباح أو يكره وإثار العزلة والعزوبة محمولة عليه **(وينعقد)** النكاح الانعقاد عبارة عن انضمام كلام أحد العاقلين إلى الآخر **(بلفظين ماضيين)** بأن تقول المرأة زوّجتُ نفسي منك فيقول الرجل قبلتُ لأن الصيغة وإن كانت للإخبار وضعاً فقد جعلت للإنشاء شرعاً دفعاً للحاجة **(أو أحدهما ماضٍ)** أي أو بلفظين أحدهما ماضٍ والآخر مستقبل **(كقوله)** أي كقول الخاطب لوليّ المرأة **(زوّجني)** ابتك **(فيقول)** وليّها **(زوّجتك)** لأن قوله زوّجني توكيل بالنكاح والواحد يتولّى طرفي النكاح على ما بُنيته إن شاء الله تعالى اعلم أنّ هذا ليس بنظير للانعقاد بالماضي والمستقبل حقيقة لأن قوله زوّجني توكيل فلا يكون شطر العقد ويكون قول الوكيل زوّجتُ بمنزلة شطري العقد لكن قوله زوّجت بمنزلة شطري العقد لا يتحقق إلا بقوله زوّجني فلذلك مثّل به ونظيره قول الرجل أتزوّجك بكذا فقالت تزوّجتك أو قبلتُ كذا في شرح الهداية **(وينعقد)** النكاح

(بلفظ النكاح والتزويج) لأنهما صريح فيه **(واهبية)** بأن قالت وهبتُ نفسي لك وقبل الآخر **(والصدقة)** بأن قالت تصدقت نفسي لك وقبل الآخر **(والتملك)** بأن قالت ملكت نفسي لك وقبل الآخر **(والبيع)** بأن قالت بعثُ نفسي منك وقبل الآخر **(والشراء)** بأن قال اشتريت نفسك فقالت أجرت الحاصل أن كلّ لفظٍ موضوع لتمليك العين في الحال ينعقد به النكاح فلا ينعقد بلفظ الإجارة والإعارة والإباحة والإحلال

والوصية أمّا بلفظ القرض فقليل وقيل وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد النكاح إلا بلفظ النكاح والتزويج والدليل من الطرفين يطلب من الكتب المبسوطة

(ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور رجلين أو رجل وامرأتين) لقوله عليه السلام: "لا نكاح إلا بشهدين"¹⁰ والمراد منه نفي الجواز لأنه الأصل ونفي الكمال مجاز عنه والحقيقة حقيق بأن يراد وهذا حديث مشهور تصحح الزيادة به على الكتاب ولا يشترط وصف الذكورة في الشهود حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد وقد مرّ في كتاب الشهادة وفي قيد الحضور فقط دلالة على أن السماع ليس بشرط وهو المروي عن الاستيعابي والسُّغدي رحمهما الله فعلى هذا ينعقد النكاح عند الأصميين والنائمين وفي القنية ولو تزوّجها بحضرة النائمين ففيه اختلاف المشايخ والأصح أنه ينعقد

(ولا بدّ في الشهود صفة الحرية) لأن العبد لا شهادة له لعدم الولاية وهي عبارة عن نفاذ قول الإنسان على الغير شاء أو أبي وفي الشهادة ذلك والعبد ملحق بالبهاائم والجمادات من وجه فلا يكون له قدرة على ذلك **(والإسلام)** أي في أنكحة المسلمين لأنه لا شهادة للكافر على المسلم **(ولا تشترط العدالة)** حتى ينعقد النكاح بحضور الفاسقين وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد لقوله عليه السلام: "لا نكاح إلا بوليّ وشاهدي عدل"¹¹ ولأن الشهادة من باب الكرامة والفاسق من أهل الإهانة ولنا أنه من أهل الولاية على نفسه لإسلامه فكان من أهل الولاية على غيره لأنه من جنسه ولأنه أهل للإمامة والسلطنة فان جمهور الأئمة بعد الخلفاء الأربعة لم يخرج عن الفسق والخروج به عن الإمامة يُفضي إلى فساد عظيم ومن ضرورة كونه أهلاً للأمانة كونه أهلاً للقضاء لأن تقلّد القضاء إنما يكون من الإمام ومن ضرورة كونه أهلاً للقضاء كونه أهلاً للشهادة لأن القاضي لا بدّ أن يكون أهلاً للشهادة والمراد بشاهدي عدل قائل كلفة عدل وهي كلمة التوحيد وحكى عن أبي العباس المروزي رحمه الله أنه قال سمعتُ يحيى بن معين رحمه الله يقول ثلاثة أحاديث لم تثبت عن النبي عليه السلام كلّ مسكر حرام ومن مسّ ذكره فليتوضأ ولا نكاح إلا بوليّ وشاهدي عدل **(وينعقد)** النكاح

¹⁰ الترمذي، "النكاح" 15.

¹¹ ابن حبان، الصحيح، 386 / 9.

(بشهادة أعميين) لأنه من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة تحملاً وإنَّما الفاتت ثمرة الأداء ولا يبالي بفواته كما في شهادة المحدود في القذف **(وبشهادة ابنيها)** أي ابني العاقلين **(أو ابنيها من غيره)** أي من غير هذا الزوج **(وابنيه من غيرها)** ثم لو وقع التجاحد بينهما لا يظهر بشهادة ابنيها أيها ادعى لأنها شهدا لأبيهما أو أمهما ولو كان ابناه من غيرها إن جحد هو وادّعت هي يقبل لأنها شهدا على أبيهما وشهادة الابن على الأب تقبل وإن كان الأب يدّعي والمرأة تجحد لا تقبل لأنها شهدا لأبيهما ولو كان ابناها من غيره إن ادّعت هي لا تقبل وإن جحدت يقبل وهذا معنى قوله **(ولا يظهر)** **(النكاح)** **(بشهادتهم)** أي بشهادة هؤلاء البنين **(عند دعوى القريب وإذا تزوّج مسلم ذميّة)** كتابيّة قيّدنا بها لأن غيرها لا يجوز **(ينعقد بحضرة ذميين)** عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا ينعقد لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكأنّهما لم يسمعا كلام الزوج ولهما أن الشهادة إنّما شرطت في النكاح لما فيه من إثبات ملك المتعة له عليها إذ هو محلّ ذو خطر فشُرِّطَ الشهود تعظيماً للإبضاع لا لثبوت ملك المهر لها عليه لأن إيجاب المال يصح بلا شهود كالبيع وغيره وللذمي شهادة على الذميّة بخلاف ما إذا لم يسمعا كلام الرجل أصلاً لأن الشهادة معتبرة لصحة العقد وهو يقوم بالشرطين فلا بدّ من سماعهما ثم لو وقع التجاحد بينهما وادّعت الذميّة النكاح وجحد الزوج المسلم لا يثبت بشهادة ذميين لما أن شهادة الكافر لا تقبل على المسلم وإن ادّعى هو وجحدت هي يثبت بشهادتهما لأن شهادة الكافر على الكافر مقبولة وهذا معنى قوله ولا يظهر النكاح عند جحوده أي جحود المسلم

فصل في المحرمات

(ويحرم على الرجل نكاح أمّه وجدّاته) من قبل أبيه وأمّه لقوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾¹² والجدّات أمّهات إذ الأمّ هو الأصل لغةً أو تثبت حرمتهم بالإجماع **(وبنته)** لقوله تعالى ﴿وَبَنَاتُكُمْ﴾¹³ **(وبنات ولده)** وإن سفلت للإجماع **(وأخته وبنتها وبنت أخيه وعمّته وخالته)** لأن حرمتهم منصوص عليها في هذه الآية ويدخل فيها العمّات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الأخوة المتفرقين لأن جهة الاسم عامّة

¹² سورة النساء، الآية: 23.

¹³ سورة النساء، الآية: 23.

(وَأَمَّ امْرَأَتَهُ) أي ويحرم تزوّج أمّ امرأته مطلقاً سواء دخل بها أو لم يدخل لقوله تعالى ﴿وَأَمْهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾¹⁴ من غير قيد بالدخول **(وبنتها)** أي ويحرم تزوّج بنت امرأته التي دخل بها ولذا قيّد وقال **(إن دخل بها)** لقوله تعالى ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن﴾¹⁵ وتفسير الحجر أن الابنة إذا زُفّت مع الأم بيّت زوج الأمّ فهذه كانت في حجره وأمّا إذا كانت مع أبيها لم تكن في حجر زوج أمّها وكونها في حجره ليس بشرطٍ عند الجمهور وقيل شرط لأن حرمة الرّبيّة مُعلّقة بالدخول وبكونها في حجر الزوج والمعلّق بشرطين لا يثبت بأحدهما ولنا أن هذا تقييد وقع عرفاً لأن الغالب أن يكون بنت المرأة في حجر زوج الأمّ والتقييد العرفي لا يوجب تقييد الحكم به لقوله تعالى ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾¹⁶ **(وامرأة أبيه وأجداده)** أي ويحرم تزوّج امرأة أبيه وأجداده لقوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم﴾¹⁷ فاسم الأب يتناول الكلّ فتثبت الحرمة نصّاً أو إجماعاً **(وبنيه وبني أولاده)** أي ويحرم تزوّج امرأة ابنه وبني أولاده لقوله تعالى ﴿وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم﴾¹⁸ وذكر الأصلاّب لإسقاط اعتبار التّبني لا لإحلال حليّة الابن من الرّضاعة لأنها حرام لقوله عليه السلام: "يحرم من الرّضاعة ما يحرم من النسب"¹⁹ سُمّيت حليّة لأنها حلّت للابن من الحلّ أو لأنها تحلّ فراشه وهو يحلّ فراشها من الحُلُول **(والجمع)** أي ويحرم الجمع **(بين الأختين نكاحاً ووطئاً بملك يمين)** لقوله تعالى ﴿وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف﴾²⁰ وقوله عليه السلام: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا تجمعنّ ماءً في رحم أختين"²¹ **(وبين المرأة)** أي ويحرم الجمع بين المرأة

¹⁴ سورة النساء، الآية: 23.

¹⁵ سورة النساء، الآية: 23.

¹⁶ سورة النور، الآية: 33.

¹⁷ سورة النساء، الآية: 22.

¹⁸ سورة النساء، الآية: 23.

¹⁹ أحمد بن حنبل، 4/ 293.

²⁰ سورة النساء، الآية: 23.

²¹ قال الزيلعي: قلت غريب جدا. نصب الراية، 3/ 215.

(وَعَمَّتْهَا وَخَالَتَهَا) لقوله عليه السلام: "لا تنكح المرأة على عمّتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها"²² وهذا نهى بصيغة الخبر وهو أبلغ ما يكون من النهي ثم ذكر النهي من الجانبين للمبالغة في بيان التحريم وهذا كما روي عن النبي عليه السلام: "لا تتبعوا الحنطة إلا سواء بسواء مثلاً بمثل كيلاً بكيل"²³ وهذا الحديث مشهور تلقّته العلماء بالقبول فيجوز الزيادة على كتاب الله تعالى

(ويحرم من الرضاع ما ذكرنا من النسب) لقوله تعالى ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ﴾²⁴ ولما روينا

(وإذا طلق الرجل)

(امراته) مطلقاً سواء كان الطلاق بائناً أو رجعيّاً

(لا يتزوّج أختها ولا رابعة حتى تنقضي عدّتها) وقال الشافعي رحمه الله إن كانت العدة عن طلاق بائن أو ثلاث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية إعمالاً للقاطع ولنا أن نكاح الأولى قائم من وجه لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والسكنى والمنع من الخروج والبروز والتزوّج بزواج آخر والقاطع تأخر عمله

(ولا يتزوّج) المولى أُمته

(ولا المرأة عبدها) لأن ملك المتعة ثابت للمولى قبل النكاح فيؤدّي إلى إثبات الثابت ونكاح المرأة عبدها يُفضي إلى الجمع بين المتنافيين لأنها مالكة له فلو صح النكاح لصارت المالكة مملوكة والمملوك مالكاً

(والزنا يوجب حرمة المصاهرة) فمن زنى بامرأة حرمت عليه أصولها وفروعها وتحرم الموطوءة على الواطئ وفروعه وقال الشافعي رحمه الله والزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لأنها نعمة فلا تنال بالمحذور وهذا لأن الله تعالى مَنْ عَلَيْنَا بِهَا كَمَا مَنْ بِالنَّسَبِ وَقَالَ ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾²⁵ . حكيم إنّما يَمَنُّ بالنعمة ولأن الأجنبيّة بها تلحق بالأُمّهات حتى يخلو بها ويُسافر بها والزنا سبب العقوبة فأتى يستقيم

²² الترمذي، "النكاح" 31.

²³ مسلم، "المساقاة" 15.

²⁴ سورة النساء، الآية: 23.

²⁵ سورة الفرقان، الآية: 54.

تعليق النعمة به ولنا قوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم﴾²⁶. ولا تطؤوا ما وطئ آبؤكم لأن النكاح حقيقة في الوطء ومستعار للعقد لما عرف ومطلق الكلام حقيقة وقوله عليه السلام: "من زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبناتها"²⁷

(وكذا) أي يوجب حرمة المصاهرة

(المسّ بشهوة من الجانبين) أي من جانب الرجل ومن جانب المرأة

(ونظره إلى فرجها الداخل) ولا يتحقق ذلك إلا إذا كانت متكئة

(ونظرها إلى ذكره) وقال الشافعي رحمه الله المسّ والنظر لا يوجب حرمة المصاهرة لأنها ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يجب بهما الاغتسال والحدّ فلا يجب بهما الحرمة ولنا أنّهما داعيان إلى الوطء فيقومان مقامه احتياطاً ولهذا قالوا إذا اتصل بالمسّ الإنزال لا يوجب الحرمة لأنه تبين أنه غير داعٍ ثم المسّ بشهوة إن تنشر الآلة أو يزداد انتشاراً هو الصحيح

اعلم أنّ الخلاف في المسّ لا يحمل على مسّ الأجنبية لأنه تبين ممّا سبق أن الدخول بها لا يوجب الحرمة عند الشافعي رحمه الله فكيف مسّها بل ينبغي أن يُحمل على مسّ الأمة أو المنكوحه بشهوة إذا لم يدخل بها فماتت لا تحرم بنتها عنده وتحرم عندنا

(ويجوز تزويج الكتابات) لقوله تعالى ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾²⁸ والذميّة والحربيّة والأمة والحرّة سواء لإطلاق النصّ

(والصابات) أي ويجوز تزويج الصابات عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يجوز وكذلك ذبائحهم وهذا الاختلاف بناء على أنّه وقع عند أبي حنيفة رحمه الله أنّهم قوم من النصارى يقرؤون الزبور ويُعظّمون بعض الكواكب كتعظيمنا القبله وهما جعلا تعظيمهم لبعض الكواكب عبادةً منهم لها فكانوا كعبدة الأوثان قال في المنظومة: الصابات كالكتابات في حكم حلّ العقد والزكاة في الحكم لا خلاف للأصحاب بل

²⁶ سورة النساء، الآية: 22.

²⁷ ابن أبي شيبة، بلفظ: "من نظر إلى فرج امرأة لم تحلّ له أمها ولا ابنتها" المصنف، 3 / 469.

²⁸ سورة المائدة، الآية: 5.

الخلاف في اعتقاد الصابئ وقال في الكشف: قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الملائكة، يقال صبا إذا خرج وهم قد خرجوا من دين إلى دين

(ولا يجوز تزويج المجوسيات) لقوله عليه السلام: "سُنُوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ غَيْرَ نَاكِحِي نِسَائِهِمْ وَلَا أَكْلِي ذَبَائِحِهِمْ"²⁹ أي اسلكوا بهم طريقهم يعني عاملوهم معاملة هؤلاء في إعطاء الأمان بأخذ الجزية

(وَالْوَثِيَّاتِ) لقوله تعالى ﴿وَلَا تَنْكَحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ﴾³⁰ والثني من يعتقد أن الوثن أي الصنم اله

(وَيُجُوزُ تَزْوِيجُ الْأُمَّةِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْحَرَّةِ) سواء كانت الأمة مسلمة أو كتابية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز

للحر أن يتزوج بأمة كتابية لأن جواز نكاح الإمام ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة وعندنا الجواز مطلق لا ضروري لإطلاق النصوص مثل قوله تعالى ﴿فَانكِحُوا مَا

طَابَ لَكُمْ﴾³¹ وأحل لكم ما وراء ذلكم

(وَيُجُوزُ تَزْوِيجُ الْمَحْرَمِ حَالَةَ الْإِحْرَامِ) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وتزويج المحرم وليته على هذا الخلاف له

قوله عليه السلام: "لَا تَنْكِحِ الْمَحْرَمَ وَلَا يُنْكَحَ"³² ولنا ما روي أنه عليه السلام تزوج ميمونة وهو محرم³³ وما رواه محمود على الوطء لأن النكاح للوطء حقيقة وللعقد مجازا أي لا يَطَأُ المحرم ولا يَمْكُنُ المرأة من الوطء

(وَلَا يَتَزَوَّجُ أُمَةٌ عَلَى الْحَرَّةِ) لقوله عليه السلام: "لَا تَنْكِحِ الْأُمَّةَ عَلَى الْحَرَّةِ"³⁴ وهو بإطلاقه حجة على الشافعي

رحمه الله في تجويز ذلك للعبد وعلى مالك رحمه الله في تجويزه برضي الحرة

(وَلَا فِي عِدَّتِهَا) أي ولا يتزوج أمة على حرّة في عدّة من طلاق بائن أو ثلاث عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما

ولو من طلاق رجعي لم يجز بالاتفاق لهما أن التزوج في عدتها ليس تزوجاً عليها ولهذا لو حلف على أن يتزوج

عليها فتزوج في عدتها لا يحنث وله أن النكاح باقٍ في العدّة من وجهٍ لبقاء بعض أحكامه من النفقة وغيرها

²⁹ موطأ، "الزكاة" 24؛ ابن أبي شيبة، المصنف، 2 / 435.

³⁰ سورة البقرة، الآية: 221.

³¹ سورة النساء، الآية: 3.

³² أبو داود، "المناسك" 38.

³³ مسلم، "النكاح" 47.

³⁴ الموطأ، "النكاح" 29.

فيحرم نكاح الأمة فيها احتياطاً كما لم يجوز نكاح أختها في عدتها وأماً في اليمين فغرض الحالف ألا يشترك غيرها في قسمتها فبالتزوّج في عدتها لا يحصل الاشتراك فلا يحنث

(ويتزوّج الحرّة عليها) أي على الأمة لقوله عليه السلام: "وتنكح الحرّة على الأمة"³⁵ ولأنها من المحلّلات في جميع الحالات إذ لا تُنصّف في حقها

(وللحرّ أن يجمع نكاحاً بين أربع من الحرائر والإماء لا غير) أي ليس له أن يتزوّج أكثر من ذلك لقوله تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾³⁶ والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي رحمه الله لا يتزوّج إلا أمة واحدة لأن نكاحها ضروريٌّ لما فيه من إرقاق الولد والضرورة تندفع بالأمة الواحدة فلا يجوز أكثر منها ولنا عموم قوله تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم﴾³⁷ ولا إرقاق فيه لأن الإرقاق يستدعي تقدّم الحرّية والنطفة لا توصف بها ولا بالرق على أنه يمكن أن لا يحصل الولد أصلاً بأن يتزوّج امرأة عاقراً

(والعبد بين اثنين) أي وللعبد أن يجمع بين امرأتين وليس له أكثر من ذلك وقال مالك رحمه الله يجوز له أن يتزوّج أربعاً لأنه في حق النكاح بمنزلة الحرّ حتى ملكه بغير إذن المولى ولنا أن الرّق مُنصّف فيتزوّج العبد اثنين والحرّ أربعاً إظهاراً لشرف الحرّية

(ولا يجوز نكاح حبلٍ من غيره) وهذا بالإجماع

(إلا الزّانية) فإن نكاحها جائز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولكن لا يطأها حتى تضع حملها وهذا قوله **(فإن فعل)** أي فإن تزوّج حبلٍ من الزّنا

(لا يطأها حتى تضع حملها) وقال أبو يوسف رحمه الله نكاحها فاسد لأن الامتناع في ثابت النسب لحرمة الحمل وهذا الحمل مُحَرَّمٌ إذ لا جنابة منه ولهذا لم يجوز إسقاطه ولهما أنّها من المحلّلات بالنصّ وهو قوله تعالى

³⁵ الدارقطني، السنن، 3/ 292.

³⁶ سورة النساء، الآية: 3.

³⁷ سورة النساء، الآية: 3.

﴿وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾³⁸ وحُرمة الوطء كيلاً يَسْقِي ماؤُهُ زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني

(ومن جمع بين امرأتين أحدهما لا يَحِلُّ له نكاحها) بأن كانت ذات رحم محرم منه أو ذات زوج أو معتدة الغير (صح نكاح الأخرى) لأن المبطّل في إحداها بخلاف ما إذا جمع بين حرّ وعبد في البيع لأنه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحرّ شرط لقبول العقد في القنّ وهو شرط فاسد أمّا النكاح فلا يبطل بالشروط الفاسدة فافترقا

(ونكاح المتعة والموقت باطل) صورة المتعة أن يقول لامرأة خُذي هذه العشرة لأتمتع بك كذا مدّة وقال مالك رحمه الله هو جائز لأنه كان مباحاً فيبقى إلى أن تظهر ناسخة قلنا ثبت النسخ بإجماع الصحابة وابن عباس رضي الله عنه وعنهم صح رجوعه إلى قولهم فتقرّر الإجماع وصورة الموقت أن يتزوَّج امرأةً بشهادة شاهدين عشرة أيام وقال زفر رحمه الله التأقيت باطل والنكاح صحيح لأنه أتى بالإيجاب والشرط إذ التأقيت شرط زائد على ما يتم به النكاح فصح الإيجاب ويبطل الشرط إذ النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا أنه أتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ

فصل

(وعبارة النساء معتبرة في النكاح حتى لو زوّجت الحرّة العاقلة البالغة نفسها جاز وكذلك لو زوّجت غيرها بالوكالة أو الولاية) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا ينعقد إلا بوليّ وعند محمد رحمه الله ينعقد مَوْقُوفاً وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً سواء زوّجت نفسها أو بنتها أو توكلت بالنكاح لأن النكاح يراد لمقاصده والتفويض النهي مَحَلٌّ بها لأن النساء سريعاتُ الاغترار سيئات الاختيار لاسيّما عند هيجان الشهوة وتوقان النفس وغلبة الرغبة إلا أن محمداً رحمه الله يقول الضرر ينتفي بإجازته ولا خلل في نفس العقد فيصح ولهما قوله عليه السلام: "الأيّم أحق بنفسها من وليّها"³⁹ والأيّم اسم لامرأة لا زوج لها بكرةً كانت أو ثيباً ولأنها تصرّفت في خالص حقها

³⁸ سورة النساء، الآية: 24.

³⁹ ابن أبي شيبة، المصنف، 445 / 3

وهي من أهله لكونها عاقلة بالغة مُميّزة ولهذا كان لها التصرّف في مالها ولها اختيار الأزواج وإنّما يطالب الوليّ بالتزويج كيلا يُنسب إلى الوقاحة

(ولا إجبار على البكر البالغة) أي ولا يجوز للوليّ إجبار البكر البالغة على النكاح خلافاً للشافعي رحمه الله له الاعتبار بالصغيرة وهذا لأنها جاهلة بأمر النكاح لعدم الحرية ولهذا يقبض الأب صداقها بغير أمرها ولنا أنه حرّة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كُمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرّف في المال إنّما يملك الأب قبض صداقها برضاها دلالة ولذا لا يملك مع نهيها وقد روي أنه عليه السلام ردّ نكاح بكر زوجها أبوها وهي كارهة⁴⁰ وفي الحديث المشهور: "البكر تستأمر في نفسها فإن سكنت فقد رضيت"⁴¹

(فإن استأذنها الوليّ فسكنت أو ضحك أو بكّت بغير صوت فهو إذن) أمّا السكوت فلما روينا والضحك أدلّ على الرضي من السكوت وقيل إذا ضحكت كالمستهزئة بها سمعت لا يكون رضي وأمّا البكاء بغير صوت فلأنها تحزن على مفارقة أبويها وإنّما يكون ذلك عند الإجازة حتى لو بكّت مع صوت لا يكون إذن لأنه دليل السخط والكرهية وقيل إن كان دمعها حاراً فهو ردّ وإن كان بارداً فهو رضي **(وكذلك لو زوجها)** أي لو زوج الوليّ البكر البالغة **(ثم بلغها الخبر)** فهو على ما قلنا في السكوت والضحك وغيره اعتباراً للبقاء بالابتداء

(وإن استأذنها غير الوليّ فلا بدّ من القول) لأن جعل السكوت رضي للحاجة ولا حاجة في غير الوليّ **(وإذن الثيّب بالقول)** لقوله عليه السلام: "الثيّب تشاور"⁴² ولأن النطق لا يُعدّ عيباً فيها وقُلّ الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها **(وينبغي)** في الاستئثار **(أن يُذكر لها الزوج بما تعرفه)** لعدم تحقق الرضي بالمجهول وقيل يشترط تسمية مقدار الصداق أيضاً **(فإن زالت بكارتها بوثة)** وهو التحرك من سفلى إلى فوق والظفرة هو التحرك من فوق إلى سفلى **(أو جراحة)** بكسر الجيم **(أو تعنيس)** وهو طول مكثها في منزل أهلها بعد إدراكها حتى خرجت من عداد الأبقار يُقال عَنست الجارية عُنوساً إذا طال مكثها في منزل أهلها وفي معناه عَنست الجارية تعنيساً

⁴⁰ البيهقي، السنن الكبرى، 10/313.

⁴¹ ابن أبي شيبة، المصنف، 3/445. بلفظ: البكر تستأمر فسكوتها إقرارها.

⁴² مسلم، "النكاح" 64.

(أو حيضٍ أو زناً) سواء كانت مكرهة أو طائعه فهي بكر أي فهي في حكم الأبكار فيكتفى بسكوتهما عند الاستئذان أمّا في غير الزنا فلاّنها بكر حقيقة لأنّ مُصَيَّبَهَا أوّل مُصَيَّبٍ لها ومنه الباكورة وهي أوّل الثمار والبُكرَة أوّل النهار فيكون بكر حقيقة ولكن ليستَ بَعْدَراء لزوال العذرة وهي الجُلْدَة والعادة الفاشية بين الناس أنهم باشرط البكارة في الشراء يريدون صفة العذرة ولهذا ثبت حق الرّدّ أمّا هاهنا فالحكم تعلّق بالحياء أو بصفة البكارة وهما قائمان وأمّا في الزنا فهي بكر عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله تزوّج كما تزوّج الثيب لانّ مُصَيَّبَهَا عائد إليها إذ هو من التّثويب وهو العود مرّة بعد أخرى وله أن الناس عرفوها بكرّاً فيتعيّبونها بالنطق فتمتنع عن النطق فتكتفى بسكوتهما كيلا يتعلّل عليها مصالحها **(وإن قال الزوج)** للبكر البالغة **(بلغك النكاح فسكتت فقالت بل ردّدتُ فالقول قولها)** لأنها منكورة تملّك بضعتها والبيّنة بيّنة لأنها مُدّعية ولا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما وقد مرّ في الدعوى **(ويجوز للوليّ إنكاح الصغير والصغيرة والمجنونة)** لقوله عليه السلام: "ألا لا يزوّج النساء إلا الأولياء ولا يزوّجن إلا من الأكفاء"⁴³ وقال عليه السلام: "النكاح إلى العصبات"⁴⁴ وبالباغات خرجن بما سبق من الأحاديث فبقي الصغار والنبي عليه السلام تزوّج عائشة رضي الله عنها وهي بنت سبع سنين وبني بها وهي بنت تسع⁴⁵ وعلي رضي الله عنه زوّج ابنته أمّ كلثوم من عُمر رضي الله عنه وهي صغيرة⁴⁶ ولأنّ النكاح يتضمّن المصالح وذلك يكون بين المتكافئين والكفء لا يتفق في كلّ وقت فمسّت الحاجة إلى إثبات الولاية على الصغار تحصيلاً للمصلحة كذا في شرح المصنّف رحمه الله

(فإن كان) مزوّج الصغير والصغيرة **(أباً أو جدّاً)** أب الأب **(فلا خيار لهما بعد البلوغ)** لأنهما كامل الرأي وافر الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما إذا باشره برضاها بعد البلوغ **(فإن زوّجهما غيرهما فلهما الخيار)** أي فإن زوّج الصغير والصغيرة غير الأب والجدّ فلكلّ واحد منهما الخيار بعد البلوغ إن شاء أقام على النكاح وإن شاء فسخ وهذا عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا خيار لهما كالأب والجدّ ولهما ما روي أنّ النبي عليه السلام

⁴³ الدارقطني، السنن، 3/ 175. بلفظ: لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء ولا يزوجهن إلا الأولياء.

⁴⁴ قال قطلوبوغا: قال مخرجو أحاديث الهداية: لم نجده. التعريف والإخبار، 3/ 24.

⁴⁵ ابن ماجه، "النكاح" 13.

⁴⁶ عبد الرزاق بلفظ: "أن علي بن أبي طالب أنكح ابنته جارية تلعب مع الجوّاري عمر بن الخطاب" المصنّف، 6/ 162.

زَوْجَ بِنْتِ عَمِّهِ حَمَزَةَ وَهِيَ صَغِيرَةٌ⁴⁷ وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: "لَهَا الْخِيَارُ إِذَا بَلَغَتْ"⁴⁸ وَلَأنَّ غَيْرَ الْأَبِ وَالْجَدَّ قَاصِرِ الشَّفَقَةِ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهَا فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهَا **(وَإِذَا كَانَ بِأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ عَيْبٌ فَلَا خِيَارَ لِلْآخَرِ)** أَمَّا عَدَمُ خِيَارِ الزَّوْجِ إِذَا كَانَ الْعَيْبُ بِالزَّوْجَةِ فَمَذْهَبُنَا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَرُدُّهَا بِالْعُيُوبِ الْخَمْسَةِ وَهِيَ الْجَنُونُ وَالْجَذَامُ وَالْبَرَصُ وَالرَّتَقُ بَفَتْحِ التَّاءِ عُرَّةٌ أَوْ لَحْمَةٌ فِي الرَّحِمِ تَمْنَعُ سُلُوكَ الذَّكَرِ فِيهِ وَالْقَرْنُ بِسُكُونِ الرَّاءِ عَظَمٌ فِي الرَّحِمِ يَمْنَعُ دُخُولَ الذَّكَرِ أَيْضاً لَهُ إِنْ كُلًّا مِنْهَا يَمْنَعُ مِنَ الْإِسْتِمْتَاعِ طَبْعاً أَوْ حِسّاً فَيُوجِبُ حَقَّ الْفَسْخِ وَلَنَا أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ الْوُطْءِ وَهَذِهِ الْعُيُوبُ لَا تَفُوتُ الْمُسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ غَيْرَ أَنَّهَا تَوْجِبُ نَفَرَةً طَبِيعِيَّةً وَذَا لَا يُوجِبُ الرَّدَّ كَالْبَخَرِ وَالْقُرُوحِ الْفَاحِشَةِ وَأَمَّا عَدَمُ خِيَارِهَا إِذَا كَانَ الْعَيْبُ بِالزَّوْجِ فَمَذْهَبُهُمَا وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَهَا الْخِيَارُ إِذَا كَانَ بِهِ جَنُونٌ أَوْ جَذَامٌ أَوْ بَرَصٌ لَهُ أَنْ حَقُّهَا مِنَ التَّمَتُّعِ يُفُوتُ بِهَذِهِ الثَّلَاثَةِ فَتُخَيَّرُ كَمَا فِي الْجَبِّ وَالْعَنَّةِ بِخِلَافِ جَانِبِهِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنْهُ بِالطَّلَاقِ وَلَهُمَا أَنْ اسْتِيفَاءُ حَقِّهَا مَتَّصِوٌّ مَعَ الْقُصُورِ فَلَا يَثْبُتُ لَهَا الْخِيَارُ حَذْراً عَنْ إِبْطَالِ حَقِّ الزَّوْجِ وَإِنَّمَا تُتَخَيَّرُ فِي الْجَبِّ وَالْعَنَّةِ لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ حَقِّهَا مِنْهُ فَاتٌ بِالْكِلْيَةِ إِلَّا فِي الْجَبِّ فَيُفَرَّقُ لِلْحَالِ بَيْنَهُمَا أَيُّ بَيْنِ الزَّوْجَيْنِ إِنْ طَلَبَتْ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي التَّأْجِيلِ وَالْجَبِّ الْقَطْعِ وَالْمُجْبُوبِ مَقْطُوعِ الذَّكَرِ وَالْخُصْيَيْنِ **(وَالْعَنَّةُ)** بِضَمِّ الْعَيْنِ وَمِنْهُ الْعَيْنُ وَهُوَ مَنْ لَا يَقْدَرُ عَلَى إِيْتَانِ النِّسَاءِ مَعَ قِيَامِ الْآلَةِ أَوْ يَقْدَرُ عَلَى إِيْتَانِ الثِّيبِ دُونَ الْأَبْكَارِ أَوْ يَقْدَرُ عَلَى إِيْتَانِ الْبَعْضِ مِنْهَا دُونَ الْبَعْضِ **(وَالْخِصَاءُ)** بِالْكَسْرِ وَالْمَدِّ مُصْدَرٌ عَلَى وَزْنِ فَعَالٍ مِنْ خِصَا الْفَحْلِ إِذَا نَزَعَ خُصْيَتَهُ فَالْخُصْيُ مَنْ كَانَتْ لَهُ آلَةٌ قَائِمَةٌ وَنُزِعَتْ خُصْيَتَاهُ **(يُؤْجَلُ)** الْعَيْنُ وَالْخُصْيُ

(سَنَةُ فَإِنْ قَرَّبَهَا) فَهِيَ امْرَأَتُهُ **(وَالَا)** أَيُّ وَإِنْ لَمْ يَقْرَبَهَا **(فَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِطَلَبِهَا)** هَكَذَا رَوَى عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَلَأنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ لَهَا فِي الْوُطْءِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْإِمْتِنَاعُ لِعَلَّةٍ مُعْتَرِضَةٍ وَيَحْتَمِلُ لَأَفَّةٍ أَصْلِيَّةٍ فَلَا بُدَّ مِنْ مُدَّةٍ مَعْرِفَةٍ لَذَلِكَ وَقَدَّرْنَا بِالسَّنَةِ لِاشْتِمَالِهَا عَلَى الْفُصُولِ الْأَرْبَعَةِ فَإِذَا مَضَتْ وَلَمْ يَصِلْ إِلَيْهَا تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَجْزَ بَأَفَّةٍ أَصْلِيَّةٍ فَفَاتَ الْإِمْسَاكُ بِالْمَعْرُوفِ وَوَجِبَ التَّسْرِيحُ بِالْإِحْسَانِ فَإِذَا امْتَنَعَ نَابِ الْقَاضِي مَنَابَهُ فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَإِنَّمَا شَرَطَ طَلَبَهَا لِأَنَّ التَّفْرِيقَ حَقُّهَا كَذَا فِي الْهَدَايَةِ **(وَيَكُونُ)** ذَلِكَ التَّفْرِيقُ **(طَلَاقاً بَائِناً)** لِأَنَّ فِعْلَ الْقَاضِي أَضْيَفُ إِلَى الزَّوْجِ فَكَأَنَّهُ طَلَّقَهَا بِنَفْسِهِ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ فُسْخٌ وَعِنْدَنَا النِّكَاحُ لَا يَقْبَلُ الْفُسْخُ وَإِنَّمَا

⁴⁷ لم أجد في المصادر الصحيحة.

⁴⁸ الترمذي، "النكاح" 18.

يقع بائناً لأن المقصودَ وهو دفع الظلم عنها لا يحصل إلا بالبائن **(والوليّ العصبية)** لقوله عليه السلام: "الإنكاح إلى العصبات"⁴⁹ **(على ترتيبهم في الإرث والحجب)** أي الترتيب في العصبات في ولاية الإنكاح كالترتيب في الإرث والأبعد محجوب بالأقرب فالأقرب الابن ثم ابن الابن وإن سفل ثم الأب ثم أب الأب وإن علا ثم الأخ لأب وأم ثم ابن الأخ لأب وأم ثم ابن الأخ لأب ثم العم لأب وأم ثم العم لأب ثم ابن العم لأب وأم ثم ابن العم لأب **(ثم مولى العتاقة)** وهو آخر العصبات على ما يُعرف في الفرائض إن شاء الله تعالى ثم اعلم أن لغير العصبات من الأقارب ولاية التزويج وهذا قوله **(وللأم وأقاربها)** كالجدة والخال والخاله **(التزويج ثم مولى الموالاة ثم القاضي)** أمّا الأم وأقاربها فمذهبهما وقال محمد رحمه الله لا ولاية لغير العصبات لقوله عليه السلام الإنكاح إلى العصبات فهذا يقتضي أن جميع الولاية في باب النكاح إلى العصبات لأنه جعل جنس النكاح إلى العصبات وليس وراء الجنس شيء ولهما أن استحقاق الولاية لنظر المولى عليه وذا إنَّما يحصل بالشفقة الموجودة لقربة باعثة عليها وهذه الشفقة موجودة في الأم وقرباتها كما في قرابة الأب فيثبت لهم ولاية التزويج أيضاً إلا أن أقارب الأم يقدمون باعتبار العصبية كاستحقاق الإرث يكون بسبب القرابة ويقدم في ذلك العصبات على ذوي الأرحام وأمّا الحديث فإنه يقتضي تفويض النكاح إلى العصبات عند وجودهم وأمّا عند عدمهم فالحديث ساكت عنه فنقول ينتقل إلى من هو في معنى العصبات في الشفقة فلا يكون حجةً علينا بل لنا وأمّا مولى الموالاة فلأنه وارث مؤخر في الإرث عن ذوي الأرحام فكذا في الولاية وأمّا القاضي فلقوله عليه السلام: "السلطان وليّ من لا وليّ له"⁵⁰ **(ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون ولا كافر على مسلمة)** أمّا الثلاثة الأول فلأنه لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لا يثبت على غيرهم ولأن هذه ولاية نظريّة ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء وتفسير الولاية نفاذ قول الإنسان على الغير شاء أو أبى وأمّا الآخر فلقوله تعالى: "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً"⁵¹ فهذا يقتضي نفي السبيل من كلّ وجه لأن النكرة في موضع النفي تعم لكن السبيل ثابتة حقيقةً فيراد به نفي السبيل حكماً كقبول الشهادة والولاية والقضاء والوراثة وإنَّما قال على مسلمة لأن للكافر ولاية الإنكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا

⁴⁹ قال قطلوبوغا: قال مخرجو أحاديث الهداية: لم نجده. التعريف والإخبار، 3 / 24.

⁵⁰ ابن ماجه، "النكاح" 15.

⁵¹ سورة النساء، الآية: 141.

بعضهم أولياء بعض ولهذا تقبل شهادة بعضهم على بعض ويجري بينهما توارث **(وابن المجنونة يقدم على أبيها)** في ولاية الإنكاح يعني لو اجتمع في المجنونة أبوها وابنها فالولاية في نكاحها لابنها في قولها وقال محمد رحمه الله لأبيها لأنه أشفق ولهما أن التقديم هنا للعصوبة والابن مقدم فيها كما في الإرث **(وإذا غاب الولي الأقرب غيبةً) منقطعةً بحيث (لا ينتظر الكفء الخاطب حضوره) أي حضور الولي الأقرب (زوجها) الولي (الأبعد)** وقال زفر رحمه الله لا يزوجه الأبعد لأن ولاية الأقرب قائمة حتى لو زوج حيث هو جاز ولا ولاية للأبعد مع ولايته ولنا أن هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض إلى من لا يتنفع برأيه ففوضناه إلى الأبعد وهو مقدم على السلطان كما إذا مات الأقرب وأما إذا زوجها الأقرب حيث هو فلا نسلم جوازه لانقطاع ولايته ولو سلمناه فنقول للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير وللأقرب عكسه فنزلاً منزلةً ولين متساويين فأيهما عقد نفذ ولا يرد

اعلم أن العلماء اختلفوا في الغيبة المنقطعة فعن أبي يوسف رحمه الله مسيرة شهر وعن محمد رحمه الله عشرون مرحلةً وعنه رحمه الله خمسة عشر مرحلةً وقيل أدنى مدة السفر وهو اختيار بعض المتأخرين وقيل أن يكون في بلد لا تصل إليه القوافل في سنة إلا مرةً وهو اختيار القدوري رحمه الله وقيل إذا كان بحال يفوت الكفء الخاطب باستطلاع رأيه أي باستعلام رأي الولي الأقرب حتى لو كان مخفياً في البلدة لا يتوقف عليه يكون غيبةً منقطعةً لأن الكفء لا يتفق في كل وقت وهو مختار المصنّف رحمه الله وقال صاحب الهداية رحمه الله وهذا أقرب إلى الفقه لأنه لا نظر في إبقاء ولايته حينئذ **(ولو زوجها وليان فالأول أولى)** لقوله عليه السلام: "أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول منهما"⁵² ولأنه لما سبق فقد صح فلا يجوز نكاح الثاني **(وإن كانا معاً بطلاً)** لأنه لا يمكن تنفيذهما لعدم صحة الاشتراك ولا تنفيذ أحدهما عيناً لعدم الأولوية ولا تنفيذ أحدهما غير عين لعدم حصول الفائدة المطلوبة من النكاح مثل الحلّ والتوالد والتناسل **(ويجوز للأب والجد) أب الأب**

(أن يزوجه ابنه بأكثر من مهر المثل وابنته بأقل) من مهر المثل كما إذا زوج ابنه الصغير امرأة بألف درهم ومهر مثلها مائة درهم أو زوج بنته الصغيرة بمائة دراهم ومهر مثلها ألف درهم **(ومن غير كفء)** أي ويجوز للأب والجد أن يزوجه ابنه الصغير أمة وبنته الصغيرة عبداً **(ولا يجوز ذلك لغيرهما)** أي ولا يجوز ذلك العقد لغير

⁵² أبو داود، "النكاح" 21.

الأب والجدّ وهذا بالاتفاق وقال أبو يوسف محمد رحمهما الله لا يجوز ذلك للأب والجد أيضاً لأن هذه الولاية نظرية ولا نظر في ذلك ولهذا لا يجوز ذلك في المال وله أن النكاح عقدٌ عمرٍ وهو يشمل على مقاصد وأغراض ومصالح باطنة فالظاهر أن الأب مع وفور شفقتة وكمال رأيه لما أقدم على هذا النقص إلا لمصلحة تَرُبُّو وتزيد عليه بخلاف المال لأن المقصود المال لا غير وبخلاف غير الأب والجد لأنهم أنقص شفقةً كذا في شرح المصنّف رحمه الله

حكى أن القاضي أبا عاصم رحمه الله كانت له ابنة جميلة يخطبها الأعيان والأكابر ممن هو كفاء لها ولا يزوجهما واحداً منهم وكان له عبد حبشي غليظ الشفتين مسمى بمبارك فقال له يا مبارك أعتقتك لوجه الله تع إلى ولكن لي عندك حاجة فقال مبارك سمعاً وطاعة فقال أريد أن أزوجهك بتي هذه فخرج مبارك خجلاً فزوجهما منه عند محضرٍ من الشهود فقال مبارك ولي عندكم حاجة فقال القاضي سمعاً وطاعة فقال أريد منكم أن تستمهلوني أربعين صباحاً لأكتسب كسباً حلالاً طيباً لأكل أنا وهذه الضعيفة منه ولا نأكل من مالك وهذا لأن أموال القضاة لا تخلو عن شيء من الحرام فأمهله القاضي هذه المدة المذكورة ثم سلّمها إليه فلما مضى تسعة أشهر من وقت الزفاف ولدت منه ابناً فسمّى عبد الله فهذا هو عبد الله بن مبارك المعروف المشهور البركة تاج الصلحاء وقطب الأولياء رضي الله عنه روي عن عبد الله بن مبارك رضي الله عنه مرّ في كوكبة عظيمة من أتونٍ فيه شاب علويّ فقير أدخل نصفه الأسفل في الرماد من غاية فقره ونهاية فاقته فقال يا عبد الله بن مبارك رحمه الله قف هاهنا سويعةً فوقف فقال يا عبد الله أنت ابن المبارك وأنا من أبناء فاطمة سيّدة النساء فلذة محمد المصطفى عليه السلام فهذا حالي وذاك حالك فقال إنك ذهبت على سنين جدّي وهذا حالك وأنا ذهبت على سنين جدك وهذا حالي ففي الحديث الصحيح: "من أبطأ به عمله لم يسرع به نسبه" ⁵³

(والواحد يتولى طرفي النكاح ولياً كان) ذلك العاقد الواحد من الجانبين كمن زوج ابن ابنه بنت ابن له آخر أو بنت أخته ابن أخ له آخر أو أمته عبده بأن قال زوجت فلانة من فلان وهذه العبارة تكفي وتقوم مقام القبول **(أو وكيلاً)** من الجانبين وهو ظاهر **(أو ولياً)** من جانبٍ **(ووكيلاً من آخر)** بأن وكل رجل أن يزوجه بنته الصغيرة أو وكلته امرأة أن يزوجهما من ابنه الصغير

⁵³ أبو داود، "العلم" 1.

(أو أصيلاً ووكيلاً) بأن وكلته امرأة أن يزوجه من نفسه وفي الكافي وكلت امرأة رجلاً بتزويجها فتزوجها لم يجوز لأنه معرفة فلا يدخل تحت المنكر ولأنها نصبت مزوجاً لا متزوجاً **(أو ولياً وأصيلاً)** كمن زوج بنت عمه الصغيرة من نفسه بأن قال تزوجت فلانة وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الجميع لأن الواحد لا يتصور أن يكون مملوكاً ومُتَمَلِّكاً كما في البيع إلا أن الشافعي رحمه الله يقول في الولي ضرورة لأنه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في حق الوكيل ولنا أن الوكيل في النكاح مُعَبَّرٌ وسفيرٌ والمانع من ذلك في البيع رجوع الحقوق إلى العاقد فيجري فيه التمتع لأنه لا يمكن أن يكون الواحد مطالباً ومطالباً في حق واحد وهما الحقوق لا يرجع إليه فلا تمنع **(وينعقد نكاح الفضولي)** بضم الفاء وفتحها خطأ وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل ولا أصيل ولا ولي **(موقوفاً)** على الإجازة عندنا **(كالبيع)** فإنه ينعقد ويتوقف على الإجازة عندنا وقال الشافعي رحمه الله تصرفات الفضولي كلها باطلة وقد مرّت الحجج من الجانبين في باب البيع **(إذا كان)** الفضولي **(من جانب)** بأن يزوج امرأة بغير أمرها رجلاً وقَبِلَ الرَّجُلُ أو رجلاً بغير أمره امرأة فقبلت فإنه ينعقد ويتوقف على إجازة الغائب أما الفضولي إن كان **(من جانبين)** بأن يقول اشهدوا أنني زوجت فلانة من فلان وهما غائبان أو فضولياً من جانب وأصيلاً من جانب بأن يقول اشهدوا أنني قد تزوجت فلانة وهي غائبة ولم يقبل عنها أحد **(فلا)** أي فلا ينعقد النكاح وقال أبو يوسف رحمه الله ينعقد موقوفاً على الإجازة لأن هذا لو صدر عن إذن نفذ وإن صدر بلا إذن توقف لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وكلام الواحد في النكاح عقد تام باعتبار الإذن ابتداء فكذا باعتبار الإجازة انتهاء ولهما أن الموجود شرط العقد لأنه شرط حالة الحضرة فكذا حالة الغيبة وشرط العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع **(والكفاءة)** وهي المماثلة والكفاء النظير وجمعه الأكفاء **(تعتبر في النكاح)** اعلم أن الكفاءة في النكاح معتبرة في الرجال للنساء للزوم النكاح خلافاً لما لك وسفيان لهما قوله عليه السلام: "الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي إنما الفضل بالتقوى"⁵⁴ وهذا الحديث مؤيد بقوله تعالى ﴿إِنْ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾⁵⁵ فهذا يدل على أن الفضل بالعمل لا بالنسب قال الشاعر، وليس على عبد تقي نقيصة إذا صحّ التقوى وإن حاك أو حجم وما يحكى عن

⁵⁴ أحمد بن حنبل، 5 / 41.

⁵⁵ سورة الحجرات، الآية: 13.

عبدالله بن المبارك رضي الله عنه أوضح دليل على ما قلنا وقد مرّ قريباً ولنا ما روى جابر رضي الله عنه أن النبيّ عليه السلام قال: "ألا لا يزوّج النساء إلّا الأولياء ولا يزوّجن إلّا من الأكفاء"⁵⁶ ولأن النظام المصالح بين المتكافئين عادة لأن الشريعة تأبى أن تكون مُستفرشةً للجنسين بخلاف جانبها لأن الزوّج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش **(في النسب)** لأن التفاخر به من أعلى المفاخر فقريش بعضهم أكفاء لبعض لا يكافئهم غيرهم من العرب والعرب بعضهم أكفاء لبعض لا يكافئهم الموالي والموالي بعضهم أكفاء لبعض **(والدين)** أي الديانة والتقوى حتى إن بنت الرجل الصالح لو تزوّجت فاسقاً كان للأولياء الردّ لأنه من أفخر الأشياء وقوله عليه السلام: "عليك بذات الدين تربت يداك"⁵⁷ إشارة إلى أنه أبلغ في المقصود وقال محمد رحمه الله لا تعتبر الكفاءة في الديانة والصالح لأنه من أمور الآخرة فلا يبتني أحكام الدنيا عليه إلّا أن يكون فاحشاً كمن يخرج إلى الأسواق سكران ويلعب به الصبيان والفتوى على قول محمد رحمه الله **(وفي الصنائع)** لأن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعبرون بدناءتها وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه غير معتبر فإنه يمكنه الانتقال عنها وليست وصفاً لازماً **(وفي الحرية)** فلا يكون العبد كفواً للحرّة لأنها تعبر به **(والمال وهو ملك النفقة والمهر المعجل)** حتى إن ملك من لا يملكها أو لا يملك أحدهما لا يكون كفواً لها لأن المهر بدل البضع فلا بدّ من إيفائه وبالنفقة تقوم مصالح النكاح ويدوم الازدواج فلا بدّ منه وإنما قيّد المهر بالمعجل وهو قدر ما تعارف الناس بتعجيله لأن ما وراه مؤجّل عُرفاً لا يعتبر وفي قيد المال بملك النفقة والمهر إشارة إلى أن الكفاءة في كثرة المال غير معتبرة قال صاحب الهداية الكفاءة في الغنى معتبرة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى إن الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لأن الناس يتفاخرون بالغنى ويعبرون بالفقر وقال أبو يوسف رحمه الله لا تعتبر لأن المال غادٍ ورائح **(ومن له أب في الإسلام أو الحرية لا يكافئ)** أي لا يكون كفواً **(من له أبوان فيهما)** لأن النسب بالأب وتماؤه بالجدّ وعن أبي يوسف رحمه الله يكون كفواً وهذه المسئلة فرع مسئلة التعريف في الشهادة فالتعريف عندهما لا يقع بأبٍ واحدٍ فيقع برقه أو كفره والتعيين فيعتبر لإتمام الكفاءة وعنده يقع التعريف بأبٍ واحدٍ فلا يقع التعيين

⁵⁶ الدارقطني، السنن، 3/ 175.

⁵⁷ الترمذي، "النكاح" 4.

(والأبوان والأكثر سواء) يعني من كان له أبوان في الإسلام أو في الحرّية فهو كفو كمن كان له أكثر من ذلك بناء على أنه لا مدخل لما وراء الأبوين في التعريف على ما بينا وإِنما وضع المسئلة فيمن له أب في الإسلام لأن من أسلم بنفسه ولم يكن له أب في الإسلام لا يكون كفواً لمن لها أب مسلم وهذا في العجم لأن مفاخرتهم بالإسلام والحرّية لا بالأنساب أمّا العرب فمن أسلم بنفسه منهم يكون كفواً لامرأة لها أبوان في الإسلام لأن مفاخرتهم بالأنساب ونسب كلّهم شريف لاتصاله بإبراهيم عليه السلام **(وإذا تزوّجت المرأة غير كفء فلولي)** أي فلوليّها **(أن يفرّق بينهما)** لأنها ألحقت ضرر الشين وهو مصاهرة غير الكفاء له فكان له الدفع ومعنى تفريق الوليّ أن يطلب ذلك من القاضي وهذا يدلّ على أن النكاح صحيح باقٍ مع أحكامه إلى أن يفرّق القاضي وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه غير صحيح وفي فتاوى قاضي خان رحمه الله هذا القول أصح وأحوط والمختار للفتوى في زماننا إذ ليس كلّ وليّ يحسن المرافعة إلى القاضي ولا كلّ قاضي يعدل فسدّ هذا الباب اشدُّ **(فإن قبض)** الولي المهر **(أو جَهّز أو طالب)** الوليّ الزوج **(بالنفقة فقد رضي)** لأن ذلك رضاً دلالة **(وإن سكت لا يكون رضي)** وإن طالّت المدّة ما لم تلد لأن السكوت عن الحق المتأكّد لا يبطله لاحتمال تأخيره إلى وقتٍ يختار فيه الخصومة **(وإن رضي أحد الأولياء فليس لغيره)** ممن هو في درجته أو أسفل منه **(الاعتراض)** وإن كان أقرب منه فله ذلك وقال أبو يوسف رحمه الله للباقيين حق الاعتراض لأنه حق يثبت بجماعتهم فإذا رضي أحدُهم فقد أسقط حقه وبقي حق الباقيين ولنا أن هذا فيما يتجزأ وهذا لا يتجزأ وهو دفع العار فجعل كل واحد منهم كالمنفرد وهذا لأنه صح الإسقاط في حقه فيسقط في حق غيره ضرورة على عدم التجزّي كالعضو عن القصاص وصار كالأمان **(وان نقصت)** أي وإن تزوّجت المرأة ونقصت **(من مهر مثلها فللأولياء أن يفرقوا)** بينها وبين زوجها أو يتم الزوج لها مهر مثلها وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال ليس لهم ذلك لأن ما زاد على العشرة حقها ومن أسقط حقه لا يُعترض عليه كما بعد التسمية وله أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهور ويتعيّرون بنقصانها فأشبهه الكفاءة بخلاف الإبراء بعد التسمية لأنهم لا يعيرون به فإن قيل في صورة المسئلة إشكال على قول محمد رحمه الله لأنه لا يصح النكاح عنده بلا وليّ فكيف يتصوّر أن تتزوّج وتنقص من مهرها قلنا صح رجوع محمد رحمه الله إلى قولهما في النكاح بغير وليّ وهذه شهادة صادقة عليه ويتصوّر أيضاً فيما إذا أكره الوليّ والمرأة على النكاح بدون مهر المثل ثم زال الإكراه فأجازت النكاح فللأولياء الاعتراض عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما

فصل في المهر

(والمهر أقله عشرة دراهم) وقال الشافعي رحمه الله ما جاز أن يكون ثمنًا في البيع جاز أن يكون مهرًا لأن المهر حقها إذ هو بدل بضعها فيكون التقدير إليها وإنما قوله عليه السلام: "ولا مهر أقل من عشرة"⁵⁸ وغير الدراهم لم يقدر بالعشرة فبقيت الدراهم ضرورة ولأنه حق الشرع وجوباً إظهاراً لشرف المحل فيقدر بها له خطر وهو العشرة استدلالاً بنصاب السرقة **(فإن سُمي أقل منها)** أي من العشرة **(فلها عشرة)** وقال زفر رحمه الله لها مهر المثل لأنه سُمي مالا يصلح مهرًا فصار كعدم التسمية ولنا أن العشرة لا ينتقص في حكم العقد فتسمية بعضه كتسمية كله كالطَّلقة وكما إذا تزوج نصفها **(ومن سُمي مهرًا لزمه بالدخول والموت)** أي موته أو موتها قبل الدخول أما الدخول فلأنه يتحقق به تسليم المبدل وبه يتأكد البدل وأما الموت فلأن به ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مَواجبه **(ويتنصف بالطلاق قبل الدخول)** لقوله تعالى ﴿وإن طَلَّقْتُموهنَّ من قبل أن تَمْسُوهُنَّ فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ﴾⁵⁹ **(وإن لم يسمَّ)** لها **(مهرًا أو شرط أن لا مهر لها فلها مهر المثل بالدخول والموت)** وقال الشافعي رحمه الله لا يجب شيء بالموت ويجب بالدخول لأن المهر خالص حقها فتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من إسقاطه انتهاءً ولنا أن المهر وجوباً حق الشرع على ما عُرف وإنما يصير حقها في حالة البقاء فتملك الإبراء دون النفي كذا في الهداية وذكر في المحيط أن في المهر حقوقاً ثلاثة حق الشرع وهو أن لا يكون أقل من عشرة دراهم وحق الأولياء وهو أن لا يكون أقل من مهر مثلها وحق المرأة وهو كونه ملكاً غير أن حق الشرع وحق الأولياء تعتبر وقت العقد لا في حالة البقاء ثم عطف على قوله مهر المثل قوله **(والمتعة بالطلاق قبل الدخول)** لقوله تعالى ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسَعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرُهُ﴾⁶⁰ وهذه المتعة واجبة رجوعاً إلى الأمر وكلمة على المقتضية للإلزام وقال مالك رحمه الله مستحقة لأنه تعالى قال ﴿حقاً على المحسنين﴾⁶¹ والمحسن اسمٌ للمتطوع والواجب لا يتقيّد بالمحسن وهذا قول صاحب المنظومة: وفي التي

⁵⁸ الدارقطني، السنن، 3/ 236.

⁵⁹ سورة البقرة، الآية: 237.

⁶⁰ سورة البقرة، الآية: 236.

⁶¹ سورة البقرة، الآية: 236.

تطلق قبل الوقعة ولا مُسمًى يُستحب المتعة ولا يرى وجوبها في الشرع قلنا قد فسر الإحسان بالإيمان ولأن التقييد بالمحسن لا ينفي الوجوب على غيره كما قال هُدًى للمتقين مع أنه هُدًى لهم ولغيرهم

(ولا تجب المتعة إلا لهذه) المرأة التي طلقها زوجها قبل الدخول ولم يُسم لها مهراً لما ذكرنا من الأمر وهذه هي المفوضة **(ويُستحب)** المتعة **(لكل مطلقه)** اعلم أن المطلقات أربع مطلقه بعد الدخول في نكاح فيه تسمية أو لا ومطلقه قبل الدخول في نكاح فيه تسمية أو لا فالمتعة مُستحبة لكل مطلقه من هؤلاء المطلقات إلا لمطلقه واحدة فإن المتعة لها واجبة وهي التي استثنائها المصنّف رحمه الله بقوله **(سواها)** أي سوى التي طلقها زوجها قبل الدخول بعد التسمية وقال الشافعي رحمه الله تجب المتعة لكل مطلقه إلا لهذه والدليل من الجانبين حقه الكافي والهداية وبالله التوفيق ومنه العناية **(وهي)** أي المتعة **(درع)** يستر البدن **(ونخار)** يستر الرأس

(وملحفة) للخروج إن احتاجت إليه يعني المتعة عبارة عن هذه الأشياء وهذا التقدير مأثور عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهم **(ويعتبر ذلك بحاله)** أي بحال الزوج لقوله تعالى ﴿على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾⁶² وقيل يعتبر بحالها لأنها قائمة مقام مهر المثل وفيه تعتبر حالها فكذا في خلفه **(ولا يزداد على قدر نصف مهر المثل)** أي إذا كانت المتعة أكثر من نصف مهر المثل تجب لها نصف مهر المثل لأن المسمى أقوى من مهر المثل لوجوبه بالعقد والتسمية ومهر المثل تجب بالعقد فقط ولا يزداد على المسمى إذا طلقها قبل الدخول في نكاح فيه تسمية فلان لا يزداد على نصف مهر المثل أولى ولا ينقص عن خمسة دراهم لان المتعة تجب عوضاً عن البضع ونصف العوض لا يجوز أن يكون أقل من خمسة **(وإن زادها في المهر)** بعد العقد **(لزمته)** أي لزمته الزيادة على الزوج خلافاً لزفر رحمه الله وقد مرّ في زيادة الثمن والمثمن **(وتسقط)** الزيادة **(بالطلاق قبل الدخول)** وعند أبي يوسف رحمه الله تنصّف الزيادة بالطلاق قبل الدخول لأن عنده المفروض بعد العقد كالمفروض في العقد وعندهما التنصيف يختصّ بالمفروض عند العقد له إطلاق قوله تعالى ﴿فإنصف ما فرضتم﴾⁶³ والمفروض بعد العقد كالمفروض فيه فيتصّف ولهما أن هذا المفروض تعيينٌ للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصّف فكذا ما نزل من زلته

⁶² سورة البقرة، الآية: 236.

⁶³ سورة البقرة، الآية: 237.

(وإن حطّت من مهرها صح الخطّ) لأن المهر بقاء حقها والخطّ يلاقيه حالة البقاء **(والخلوة الصحيحة في**

النكاح الصحيح كالدخول) في تأكّد المهر وقال الشافعي رحمه الله الخلوة الصحيحة لا توجب تأكّد المهر لأن المعقود عليه إنّما يصير مُستوفي بالوطء فلا يتأكّد بدونه ولنا أنّها سلّمت المبدل حيث رَفَعَت الموانع وذلك وسعها فيتأكّد حقها في البذل اعتباراً بالبيع وما ذكرناه أولى بفائدة بقوله عليه السلام: "مَنْ كَشَفَ خِمَارَ امْرَأَتِهِ وَنَظَرَ إِلَيْهَا فَقَدْ وَجِبَ الصَّدَاقُ كَامِلًا"⁴⁴

وقد حكى الطحاوي رحمه الله إجماع الصحابة رضي الله عنهم هذه المسئلة وقيد الخلوة بالصحيحة والنكاح بالصحيح لأن الخلوة الفاسدة وإن كانت في النكاح الصحيح والخلوة الصحيحة إذا كانت في النكاح الفاسد ليست كالدخول

(ولو وجدت) الخلوة الصحيحة (من المَجْبُوب والعَيْن والخصي) أمّا العين والخصي فبالاتفاق والوجه قد ذكرناه وأمّا المَجْبُوب فالمذكور قول أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يجب عليه نصف المهر لوجود المانع قطعاً وهو أعجز من المريض وله أن المستحق عليها التسليم وقد أتت به فيتأكّد مهرها وذلك لأن تأكّد المهر بالتسليم المستحق عليها بالعقد لا بحقيقة الوطء كما في البيع فإن تأكّد حق البائع في الثمن يتعلّق بالتسليم لا بحقيقة القبض الذي هو تسلّم لأن ذا ليس في وسعه فكذا هذا **(وهي) الخلوة الصحيحة**

(ألا يكون ثمة مانع من الوطء طبعاً وشرعاً كالمرض المانع من الجماع) سواء كان في الزوج أو في الزوجة **(والرّثق)** وهو بفتح التاء انسداد الرحم بعظم أو نحوه والرتق بالسكون مانع يمنع من سلوك الذكر إمّا غُدّة غليظة أو لحمة مرتفعة أو عظم كذا في الطلبة **(والإحرام بالحج)** أو العمرة فرضاً أو نفلاً **(وصوم الفرض والحيض)** لأن هذه الأشياء موانع أمّا المرض فلعدم الاقتدار على الجماع أو لخوف الضرر وقيل هذا التفصيل في مرضها وأمّا في مرضه فبأنه لا يعرّى عن تكسّر وفتور عادة وهو الصحيح وأمّا الرّثق فظاهر وأمّا الإحرام فلما يلزمه من الدم وفساد النُسك والقضاء وأمّا الصوم فلما يلزمه من الكفارة والقضاء وأمّا الحيض فبأنه طبعاً وشرعاً طبعاً فلأن الطباع السليمة تنفّر منه وأمّا شرعاً فللقوله تعالى فاعتزلوا النساء في الحيض ولا تقربوهنّ وإنّما وضع في صوم الفرض لأن صوم التطوّع والقضاء والنذر والكفارة لا يمنع

⁴⁴ الدارقطني، السنن، 3/ 176.

الخلوة في الصحيح لعدم وجوب الكفارة بالإفساد فإن قلت في النفل لزوم القضاء فينبغي أن يكون مانعاً قلت للزوم لضرورة صيانة المؤدي فيقدر بها فلا تظهر في حق المهر والصلاة كالصوم فرضاً كفرضه ونفلها كنفله **(وفي النكاح الفاسد)** بأن تزوج أخت امرأته في عدة امرأته **(لا يجب إلا مهر المثل بالدخول)** يعني لو فرّق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول لا مهر لها لأن المهر في النكاح الفاسد لا يجب بمجرد العقد لكونه فاسداً إنما يجب بالوطء إذ التصرف في البضع لا يخلو عن أحد الشئيين الغرامة أو العقوبة ولا يجب الثاني لشبهة النكاح وكذا لا يجب بعد الخلوة لأن الخلوة في النكاح الفاسد لا يثبت بها التمكن فلا يقام مقام الوطء **(ولا يتجاوز المسمى)** أي ولا يتجاوز مهر المثل على المسمى في النكاح الفاسد وقال زفر رحمه الله يجب مهر المثل بالغاً ما بلغ اعتباراً بالبيع الفاسد ولنا أن المستوفي ليس بهال وإنما يتقوّم بالتسمية فإن زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وإن نقصت عن مهر المثل لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية بخلاف البيع الفاسد حيث تجب القيمة بالغاً ما بلغت لأنه مال متقوّم في نفسه فيقدر بدله بقيمته **(ويثبت فيه)** أي في النكاح الفاسد **(النسب)** لأن النسب يُحتاط في إثباته إحياءً للولد فيترتب على الثابت من وجه وتعتبر مدّة النسب من وقت النكاح عندهما ومن وقت الدخول عند محمد رحمه الله والفتوى عليه لأن النكاح الفاسد ليس بداعٍ إليه وإقامة النكاح مقام الوطء في النكاح الصحيح باعتبار كونه داعياً إليه

(وإن تزوّجها على خمر أو خنزير أو على هذا الدنّ من الخلّ فإذا هو خمر أو على هذا العبد فإذا هو حرّ أو على خدمته سنة أو تعليم القرآن جاز النكاح ولها مهر المثل) أمّا الخمر والخنزير فلا لأنه شرط فاسد فيلغو والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع وإذا بطلت التسمية صار كالعدم فيجب مهر المثل لما تقدّم وأمّا الدنّ فكذا عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الإشارة أبلغ في التعريف من التسمية فصار كأنه تزوّجها على الخمر وقالوا رحمهما الله لها مثل وزنه خلا وكذلك العبد عند أبي حنيفة رحمه الله لما مرّ وقال أبو يوسف رحمه الله يجب فيه مثل قيمته عبداً وقال محمد رحمه الله يجب مهر المثل والمسئلة حقها الكتب المبسوطة وأمّا الرابعة وهو ما إذا تزوّجها حرّ على خدمته سنة فوجب مهر المثل مذهبهما وقال محمد رحمه الله لها قيمة الخدمة سنة وقال الشافعي رحمه الله لها الخدمة وأمّا الخامسة وهو تعليم القرآن فوجب مهر المثل مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لها تعليم القرآن لأن كلّ ما يجوز أخذ العوض عنه بالشرط يصلح أن يكون صداقاً عنده لأن المقصود تحقّق المعاوضة وبذلك تتحقّق المعاوضة وتعليم القرآن يصلح أن يكون صداقاً لقوله عليه السلام: "زوّجتها بما

معك من القرآن" ^{٢٥} ولنا أن المشروع إنما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بهالٍ وكذا المنافع على أصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمّنه تسليم رقبته ولا كذلك الحرّ ولأنّ خدمة الزوج الحرّ لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع ثم على قول محمد رحمه الله تجب قيمة الحرّ لأن المسمّى مال إلا أنه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالمتروّج على عبد الغير وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يجب مهر المثل لأن الخدمة ليست بهالٍ إذ لا يستحق فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير

(وإذا تزوّج العبد) بإذن مولاه (على خدمته سنة جاز) النكاح (ولها الخدمة) لما مرّ أنها مال ولا مناقضة لأنه يخدم المولى معنًى حيث كان بأمره **(وإن تزوّجها على ألف على ألا يتزوّج عليها فإن وفّى)** بالشرط فلم يتزوّج عليها **(فلها المسمّى)** لأنه يصلح مهراً وقد تراضيا به **(وإلا)** أي وإن لم يف بآن تزوّج عليها أخرى **(فمهر المثل)** لأنه سمّي ما لها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالألف فيكمل مهر مثلها **(وإن قال على ألف إن أقام بها وألفين إن أخرجها فإن أقام بها فلها الألف) لما بيّنا (وإن أخرجها فمهر مثلها)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله الشرطان جائزان حتى كان لها الألف إن أقام بها والألفان إن أخرجها وقال زفر رحمه الله الشرطان فاسدان ولها مهر المثل في الوجهين لأن كلّ واحد منهما على خطر الوجود فكان المهر مجهولاً ولها أن كلّ واحد منهما فيه غرض صحيح وقد سمّي فيه بدلاً معلوماً فصار كالخياطة الفارسية والروميّة ولأبي حنيفة رحمه الله أن الشرط الأوّل صحّ وموجبه المسمّى لما بيّنا والشرط الثاني ينفي وجوب الأول والتسمية متى صحّت لا يجوز نفي موجبها فبطل الشرط الثاني **(وإن تزوّجها على هذا العبد) الذي أرفع قيمة (أو على هذا العبد) الذي أوكس قيمة (فلها أشبههما بمهر المثل)** فإن كان المهر مثل الأوكس أو دونه فلها الأوكس إلا أن يرضى الزوج بتسليم الأرفع وإن كان مثل الأرفع أو فوقه فلها الأرفع إلا أن ترضى المرأة بالأوكس

(وإن كان مهر المثل بينهما فلها مهر المثل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لها الأوكس في ذلك كلّها فإن طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الأوكس إجماعاً لها أن الأوكس مسمّى يقيّن لأنه أقلّ ولا يُصار إلى مهر المثل مع المسمّى وله أن الموجب الأصلي مهر المثل إذ هو الأعدل والعُدول عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فالمرأة رضيت بالخطّ وإن كان أقلّ من الأوكس

^{٢٥} البخاري، "فضائل القرآن" 21.

فالنزوح رضي بالزيادة والواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الأوكس يزيد عليها في العادة فوجب هو لا عترافه **(وإن تزوجها على حيوان فإن سمي نوعه كالفرس)** والحمار **(جاز وإن لم يصفه)** أي وإن لم يبين كونه جيداً أو ردياً أو وسطاً **(ولها الوسط فإن شاء)** الزوج **(أعطاه ذلك)** أي الوسط **(وإن شاء)** أعطاه **(قيمته)** أي قيمة الوسط وأما إذا لم يسم نوع الحيوان بأن تزوجها على حيوان مطلقاً فلا يجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعي رحمه الله يجب مهر المثل بين نوعه أو لم يبين لأن ما لا يصلح عوضاً في البيع لا يصلح مسمى في النكاح عنده لأن كل واحد منهما معاوضة ولنا أنه معاوضة مالٍ بغير مالٍ فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد بأصل الجهالة كالدية والإقرار وشرطنا أن يكون المسمى مالاً وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند إعلام النوع لأنه يشمل على الجيد والردّي والوسط ذو حظٍ منهما بخلاف جهالة الجنس لأنه لا وساطة لاختلاف معاني الأجناس وبخلاف البيع لأن مبناه على المضايقة والمماكسة أما النكاح فمعناه على المسامحة وإنما يتخير لأن الوسط لا يُعرف إلا بالقيمة فصارت أصلاً في حق الإيفاء والعين أصل تسمية فيتخير بينهما كذا في الهداية **(والثوب مثل الحيوان)** فلو تزوج امرأة على ثوب فإن ذكر الثوب ولم يزد عليه فلها مهر المثل وإن سمي جنسه بأن قال هروي صحت التسمية لما بينا **(إلا أنه إن ذكر وصفه)** أي إن ذكر وصف الثوب على وجه يجوز السلم فيه **(لزمه تسليمه)** في الأصح فلا يخير الزوج بين أن يعطي عينه أو قيمته لأن الموصوف من الثياب يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً **(وكذلك كل ما يثبت في الذمة)** مثل المكيل والموزون إن سمي جنسه وصفته لا يخير الزوج وإن سمي جنسه دون صفته يخير لما قلنا **(ومهر مثلها يعتبر بنساء عشيرة أبيها)** أي بأخواتها وعمّاتها وبنات عمّاتها ولا يعتبر بقوم أمها كالحالات وبنات الأخوال إلا إذا كانت الأم من قوم أبيها بأن كانت بنت عمّه فحينئذ يعتبر مهرها من جهة أنها بنت عمّ أبيها الأصل فيه قول ابن مسعود رضي الله عنه: "لها مهر مثل نسائها وهنّ أقارب الأب"⁶⁶ ولأن قيمة الشيء تُعرف بقيمة جنسه وجنسها قوم أبيها **(فإن لم يوجد منهم)** أي من قوم أبيها مثل حالها في المساواة في المعاني المعتبرة في هذا الباب **(فمن الأجانب)** أي فيعتبر بأجنبية مساوية لها في الأوصاف فينظر بكم يتزوج وهذا أخذ بالقياس فيما لا أثر فيه وهو سائغ تحصيلاً للمقصود بقدر الوسع

⁶⁶ أبو داود، "النكاح" 31.

(ويعتبر بامرأة مثلها في السن والحسن والبكارة والبلد والعصر والعفة والمال) لأن مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشيء إنما تعرف بالرجوع إلى نظيره ومهر المثل يختلف باختلاف هذه الصفات فإن الغنية تنكح بأكثر مما تنكح به الفقيرة والحسنة تنكح بأكثر مما تنكح السوءاء وكذا الباقي على هذا **(فإن لم يوجد ذلك)** أي مثلها في جميع الأوصاف **(فالذي يوجد منه)** عملاً بالشبه بقدر الإمكان **(وللمرأة أن تمنع نفسها)** عن الدخول بها ثم عطف على قوله نفسها قوله **(وأن يسافر بها حتى يعطيها مهرها)** لأن حقه قد تعيّن في المبدل فوجب أن يتعيّن حقها في البديل تسوية بينهما وإن كان المهر كلّه مؤجلاً ليس لها ذلك خلافاً لأبي يوسف رحمه الله وإن دخل بها فذلك الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله ليس لها أن تمنع نفسها والمسئلة حقها الكافي والهداية وبالله التوفيق والعناية **(فإذا أوفاه مهرها نقلها إلى حيث شاء)** لقوله تعالى ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾⁶⁷ **(وقيل لا يسافر بها وعليه الفتوى)** لأن الغريب يؤذي فإن قلت كيف يعارض هذا الدليل قوله تعالى ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾⁶⁸ قلت لأن قوله أسكنوهن الآية مقيد بعدم الإضرار لسياق النص وهو قوله ﴿لا تضاروهن﴾⁶⁹ وفي النقل مضارة لها

فصل في نكاح الرقيق

(ولا يجوز نكاح العبد والأمة والمدبر وأم الولد إلا بأذن المولى) وقال مالك رحمه الله يجوز للعبد لأنه يملك الطلاق فيملك النكاح إذ كلّ واحد منهما يتعلّق بالآدميّة ولنا أن قوله عليه السلام: "أيما عبد تزوّج بغير إذن مولاه فهو عاهر وأيما أمة تزوّجت بغير إذن مولاه فهي عاهرة"⁷⁰ ولأن في تنفيذ نكاحها تعييبها إذ النكاح عيبٌ فيها فلا يملكان بدون إذن مولاهما وكذلك المكاتب والمدبر وأم الولد لقيام الملك في جميعهم والحجر من المكاتب إنّما زال في حق كسبه لا في رقبته والنكاح ليس بكسبٍ ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده **(وله إجبارهم على النكاح)** ومعنى الإجبار أن ينفذ نكاح المولى عليهم وإن لم يرضوا به وذلك لأن في الإنكاح إصلاح الملك من حيث أنه يُحصّن عن الزنا الذي هو سبب الهلاك أو النقصان وعند الشافعي رحمه الله لا

⁶⁷ سورة الطلاق، الآية: 6.

⁶⁸ سورة الطلاق، الآية: 6.

⁶⁹ سورة الطلاق، الآية: 6.

⁷⁰ أبو داود، "النكاح" 16.

إجباراً في العبد وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وهو محجوج بها ذكرنا واعلم أنه ليس للمولى أن يزوّج المكاتب والمكاتبة بغير رضاها وبخروجها عن يده على ما بُنِيَتْه إن شاء الله تعالى في باب المكاتب

(وإذا تزوّج العبد بإذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه) لأن هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من أهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الإذن من جهته فيتعلّق برقبته وقوله يباع فيه أي يباع العبد في استيفاء جميع المهر إذا لم يقدّمه مولاه فإن لم يف ثمنه لا يُباع ثانياً فيطالب منه ما بقي من الدين بعد العتق وهذا بخلاف ما إذا تزوّج فصار مديوناً بنفقة زوجته حيث يباع مرّة بعد أخرى لأنه يتجدّد قال السرخسي رحمه الله ليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرّة بعد أخرى إلا النفقة وهذه المسئلة لازم حفظها **(والمدبر يسعى)** فيعطي المهر من كسبه لأنه لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك **(وإذا أعتقت الأمة والمكاتبة ولها زوج حرّ أو عبدٌ فلها الخيار)** بين إبقاء النكاح وفسخه لقوله عليه السلام: "لبريرة حين أعتقت: ملكت بضعتك فاختراري"²¹ جعل العلة المثبتة للخيار معنى فيها وهو ملك البضع فيترتب عليه ويستوي فيه الحرّ والعبد لأن الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في المعلول على أنه روي أن زوجها كان حرّاً وهي راجحة على رواية أنه كان عبداً لأن الأصل الحرية والشافعي رحمه الله يخالفنا إذا كان زوجها حرّاً وهو محجوج بها ذكرنا قوله والمكاتبة أي إذا تزوّجت المكاتبه بإذن مولاه ثم عتقت ولها زوج حرّ أو عبد فلها الخيار وقال زفر رحمه الله لا خيار لها قال صاحب النظم: "لو عتقت منكوحه مكاتبه لم يملك الخيار والمطالبة" والحجة من الجانبين موضعها الشروح المبسوطة **(ومن زوج أمته فليس عليه أن يبوّئها)** يقال بؤاً له منزلاً إذا هيأ له منزلاً أي ليس عليه أن يهيئ لها **(بيت الزوج)** لكنّها تخدم المولى **(ويقال له)** أي للزوج **(متى ظفرت بها وطئتها)** لأن حق المولى باقي في الخدمة والتبوية إبطال له فلا يلزمه ذلك **(ولو تزوّج عبد بغير إذن مولاه فقال)** مولاه له **(طلّقها فليس بإجازة)** لأنه يحتمل الردّ وهو الظاهر هنا حيث تزوّج بغير أمره وردّ هذا العقد يسمّى طلاقاً متحملاً عليه وكذا لو قال فارقها وبلى أولى

(ولو قال طلقها تطليقة رجعية فهو إجازة) لأن الطلاق الرجعي إنّما يكون في النكاح الصحيح النافذ **(والإذن في العزل لمولى الأمة)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله إليها لأن الوطاء حقها وفي العزل ينتقض حقها فيشترط رضاها وله أن العزل يخلّ بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وإنّما وضع المسئلة في

²¹ الدارقطني، السنن، 3/ 218.

الأمة لأن في الحرّة المنكوحه الإذن إليها في العزل إجماعاً **(وإذا تزوّج عبد أو أمة بغير إذن المولى ثم أُعتقا نفذ)** أي صحّ النكاح لأنهما من أهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال بلا خيار للأمة لأنه إنّما نفذ بعد العتق فصار كأنها تزوّجت بعد العتق

فصل في نكاح أهل الشّرك

(تزوّج ذمي ذميّة على أن لا مهر لها أو على ميتة وذلك عندهم جائز جاز) النكاح **(ولا مهر لها)** وقالوا رحمهما الله لها مهر مثلها إن مات عنها أو دخل بها وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لأنهم التزموا أحكامنا في المعاملات وصار كالربا وله قوله عليه السلام: "اتركوهم وما يدينون"⁷² وما التزموا أحكامنا فيما يعتقدون خلافه وعقد الذمة منع التزامهم بالسيف والحجة بخلاف الربا لأنه مستثنى من عقدهم قال عليه السلام: "ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد"⁷³ وكذلك الزنا فإنه محرّم الأديان

(وإن تزوّجها) ذمي (بغير شهود أو في عدّة كافر آخر جاز) النكاح **(إن دانوه)** أي إن كان ذلك جائزاً في دينهم **(وإن أسلم أقرأ عليه)** وقالوا رحمهما الله إذا تزوّجها في العدّة فهو فاسد فإن أسلم أو أحدهما أو ترافعا إلينا فرّق بينهما لأن نكاح المعتدّة حرام بالإجماع وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيه وهم التزموا أحكامنا ولم يميّزوها بجميع الاختلافات وله أنهم غير مخاطبين بفروع الشريعة فلا تثبت الحرمة حقاً للشرع ولا للمطلق لأنه لا يعتقدها بخلاف العدّة من المسلم لأنه يعتقدها وحالة المرافعة أو الإسلام حالة البقاء والعدّة لا ينافيها كالموطوءة بشبهة وكذا الشهادة ليست شرطاً حالة البقاء **(وإن تزوّجها) أي وإن تزوّج الذمي الذميّة**

(على خمر أو خنزير ثم أسلم أو أسلم أحدهما فلها ذلك) الخمر والخنزير **(إن كانا عيّنين)** أي كان الخمر والخنزير مُعيّنين **(وإلا)** أي وإن لم يكونا عيّنين **(فقيمة الخمر ومهر المثل في الخنزير)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد رحمه الله لها القيمة في الوجهين لها أن الملك يتأكّد بالقبض فأشبهه العقد والإسلام مانع منه وصار كما إذا كانا ذميين وإذا امتنع القبض قال أبو يوسف رحمه الله لو كانا مسلمين عند العقد يجب مهر المثل فكذا عند القبض وقال محمد رحمه الله صحت التسمية وعجز

⁷² لم أجد في المصادر الصحيحة.

⁷³ ابن أبي شيبة، المصنف، 7/ 427.

عن التسليم بالإسلام فتجب القيمة كما إذا كان عبداً فهلك قبل القبض وله إن الملك تَمَّ بنفس العقد في العين حتى جاز لها التصرف فيه وبالقبض ينتقل إلى ضمانها من ضمانه والإسلام غير مانع من ذلك كاسترداد الخمر المغصوب وخمر المكاتب الذمي إذا عجز والمأذون إذا حجر عليه وفي غير العين إنَّما يملكه بالقبض والإسلام مانع منه وإذا امتنع القبض فالخمر من ذوات الأمثال والخنزير من ذوات القيم فتكون القيمة مقامه فلا يجب فتعَيَّن مهر المثل وتجب القيمة في الخمر لأنها لا تقوم مقامها كذا في شرح المصنّف رحمه الله

(وإذا أسلم المجوسي فرق بينه وبين من تزوج من محارمه) لعدم المحليّة بالمحرمة وما يرجع إلى المحلّ يستوي فيه الابتداء والبقاء ثم لهذا النكاح هل له حكم الصحة فيما بينهم أم لا فيه خلاف عُرف في موضعه

(ولا يجوز نكاح المرتد) سواء نكح مسلمة أو مرتدة أو كافرة لأنه مستحق للقتل والإمهال ضرورة التأمل والنكاح يُشغله فلا يُشرع في حقه **(والمرتدة)** أي ولا يجوز نكاح المرتدة لمسلم ولا لكافر ولا لمرتد لأنها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تُشغلها **(والولد يتبع خير الأبوين ديناً)** نظراً له حتى لو كان أحدهما مسلماً كان الولد مسلماً وكذا لو أسلم أحدهما ولهما ولدٌ صغيرٌ صار الولد مسلماً بإسلامه تبعاً له **(والكتابيّ خير من المجوسي)**

حتى يجوز أكل ذبيحة الكتابي ومناكحته دون المجوسي اعلم أنه لو قال والمجوسي شرّ من الكتابي لكان ألطف وأحسن وفي الخلاصة ومن قال النصرانية خير من اليهوديّة يكفر وينبغي أن يقول اليهوديّة شرّ من النصرانية **(وإذا أسلمت امرأة الكافر)** عُرض عليه الإسلام **(فإن أسلم)** الكافر فهي امرأته **(وإلا فرق)** أي وإن أبى عن

الإسلام فرق القاضي **(بينهما بطلاق)** عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا يكون طلاقاً أمّا العرض فمذهبنا وعند الشافعي رحمه الله لا عرض وإنَّما يُعرض عندنا لأن الإسلام عاصم فلا يصلح أن يكون سبباً للفرقة فلا بدّ من العرض لتحصل المقاصد بالإسلام أو تثبت الفرقة بالإيلاء وأمّا وجه قول أبي يوسف رحمه الله فلاّن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقاً كما إذا ملكها أو ملكته ولهما أنّ الزوج بالإيلاء امتنع عن الإمساك بالمعروف مع قدرته عليه بالإسلام فينوب عنه القاضي في التسريح بالإحسان فيكون قوله كقول

الزوج فيكون طلاقاً كما في الحبّ والعنة **(وإن أسلم زوج المجوسيّة)** عُرض عليها الإسلام **(فإن أسلمت)** فهي امرأته **(وإلا فرق)** أي وإن أبت عن الإسلام فرق القاضي **(بينهما بغير طلاق)** لأن المرأة ليست من أهل

الطلاق فلا ينتقل قول القاضي إليها ثم إن كان تفريق القاضي قبل الدخول فلا مهر لها لأن الفرقة جاءت من قبلها وإن كان بعد الدخول بها فلها المهر لأنه تأكّد بالدخول

(وفي دار الحرب) وإن كان الإسلام في دار الحرب **(تتوقف البينونة في المسألتين)** أعني إذا أسلمت وزوجها كافر وأسلم وزوجته مجوسية **(على ثلاث حيض قبل الإسلام)** لأن الإسلام ليس سبباً للفرقة والعرض على الإسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعاً للفساد فأقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر فإنه إذا وقع فيها إنسان ولم يكن إضافة الحكم إلى العلة وهو ثقل الواقع لأنه طبع لا تعدي فيه أضيف إلى الشرط وهو الحفر **(وإذا خرج أحد الزوجين إلينا مسلماً وقعت البينونة بينهما)** وقال الشافعي رحمه الله لا تقع وكذلك وقعت البينونة **(وإن سبي أحدهما)** وهذا بالاتفاق **(وإذا سبياً معاً لم تقع)** البينونة عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله فالحاصل أن سبب البينونة هو التباين لا السبي وعند الشافعي رحمه الله هو السبي لا التباين له أن السبي يقتضي صفاء الملك للسبي وهو يستلزم انقطاع ملك النكاح وتباين الدارين إنما يؤثر في انقطاع الولاية وهو لا يبطل النكاح حتى لو خرج الحربي المستأمن إلينا لا تبين امرأته ولنا أن مصالح النكاح مع تباين الدارين حقيقة وحكماً لا ينتظم فشابه المحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا يبطل النكاح كما إذا اشترى أمة منكوحة للغير وإنما لم تبين امرأة المستأمن لأنه في داره حكماً لقصد الرجوع

(وإذا خرجت المرأة) إلينا (مهاجرة) بأن خرجت مسلمة أو ذمية على نية أن لا ترجع إلى ما هاجرت منه أبداً لا عدة عليها عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن تكون حاملاً فحينئذ لا تتزوج حتى تضع حملها وقالوا رحمهما الله عليها العدة لأنها من أحكام الإسلام والفرقة حصلت في دار الإسلام وله قوله تعالى ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾⁷⁴ نزلت في هذه القضية نقلاً عن بعض المفسرين ولأنها وجبت إظهاراً لخطر النكاح ولا خطر لنكاح الحربي ولهذا قلنا لا عدة على المسيية وإنما وضع في المهاجرة لأنه لو هاجر زوجها لا تجب العدة اتفاقاً حتى له أن يتزوج بأختها وأربع سواها للحال اتفاقاً كذا في الحقائق **(وإذا ارتد أحد الزوجين)** عن الإسلام وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله إن كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق قاسها على إيبائه عن الإسلام لأن كلاهما وقع باختياره وأبو يوسف رحمه الله مر على أصله وجعل ردته فسخاً كيابائه والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع متعذر أن يجعل طلاقاً بخلاف الآباء لأنه يفوت به الإمساك بالمعروف ويجب التسريح على ما

⁷⁴ سورة الممتحنة، الآية: 10.

مرّ ولهذا تتوقف الفرقة بالآباء على القضاء ولا تتوقف بالردة (فإن كانت الزوجة) المرتدة (بعد الدخول لها المهر) كله (وقبله لا شيء) لها من المهر والنفقة لأن الفرقة من قبلها (وإن كان) المرتد (الزوج فالكُل بعده والنصف قبله) أي فلها كل المهر بعد الدخول ونصف المهر قبل الدخول بناء على أن الردّة من قبله بمنزلة الطلاق وفي الفتاوى لو ارتدت المرأة قيل لا يفسد النكاح زجراً لها والصحيح أنه يفسد ويُجبر على تجديد النكاح زجراً لها أيضاً (وإن ارتدّا معاً ثم أسلما معاً فهما على نكاحهما) لما روي أن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم يأمرهم الصحابة بتجديد الأنكحة فإن قيل إن ارتدادهم ما كان جملة بالإجماع فكيف يُستدلّ به قلنا لما جهل التاريخ جعل كآته وجد جملة وقيد بقوله معاً لأنه لو أسلم أحدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لإصرار الآخر على الردّة لأنه منافٍ كابتدائها

فصل في القسم

وهو بفتح القاف قسمة الزوج بيتوته بالتسوية بين النساء لا مجامعته لأنها تبتني على النشاط وهي نظير المحبة فلا قدرة على اعتبار المساواة فيها (وعلى الرجل) أي على الرجل (أن يعدل بين نسائه في البيتوتة) لقوله عليه السلام: "من كان له امرأتان فمال إلى إحداها في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل"⁷⁵ وإنما قال في البيتوتة لأن التسوية بينهما في الوطء والمحبة لا تجب أما الوطء فلا لأنه يبتني على النشاط وأما المحبة فلا لأنها فعل القلب وقد روي أنه عليه السلام كان يعدل بين نسائه ويقول "اللهم هذه قسمتي فيما أملك فلا تؤاخذي فيما لا أملك"⁷⁶ يعني زيادة المحبة لبعضهن (والبكر والثيب والجديدة والعتيقة أي القديمة والمسلمة والكتيبة سواء) لإطلاق ما روي أن ذلك من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهما فيها ولا يسقط وجوب القسمة بمرضه ولا بمرضها لما روي أنه عليه السلام استأذن نساءه في مرضه أن يكون في بيت عائشة رضي الله عنها⁷⁷

⁷⁵ أبو داود، "النكاح" 38.

⁷⁶ النسائي "عشرة النساء" 2.

⁷⁷ البخاري، "المغازي" 83.

(وللحرّة ضعف الأمة) لقوله عليه السلام: "للحرّة ليلتان من القَسَمِ وللأمة ليلة"⁷⁸ ولأن حل الأمة أنقص من حل الحرّة فلا بدّ من إظهار النقصان في الحقوق **(ومن وهبت نصيبها لصاحبها جاز)** لأن سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله عليه السلام أن يراجعها ويَجعل يومها لعائشة رضي الله عنها وأن تحشر مع نسائه يوم القيامة ففعل"⁷⁹ ولأنه حقها وقد أبطلته برضاها **(ولها الرجوع)** في ذلك لأنها أسقطت حقها لم يجب بعدُ فلا يُسقط لأن الإسقاط إنّما يتحقق في القائمة فيكون رجوعها امتناعاً فصار بمنزلة العارية وللمعير أن يرجع فيها متى شاء لما قلنا فكذا هذا **(ويُسافر بمن شاء)** أي ويُسافر الزوج بمن شاء مِنْهُنَّ لأنه لا حق هُنَّ حال السفر حتى كان له ألا يُسافر بواحدة مِنْهُنَّ أصلاً **(والقرعة أولى)** تطبيقاً لقلوبهنّ وقال الشافعي رحمه الله القرعة واجبة لما روي أنه عليه السلام كان إذا أراد سفراً يُقرع بين نسائه⁸⁰ قلنا إن ذلك يدلّ على الاستحباب على الوجوب إذ لا حق هُنَّ في القسم عند السفر اعلم أنه أن ظلم بعض نساءه يُوعظ فإن لم ينته يُوجع عقوبة زجراً له عن الظلم

كتاب الرضاع

بفتح الراء وكسرها مصُّ الرضيع من ثدي الأدمية في مدة الرضاع وهو واجب إحياء للولد لقوله تعالى ﴿والوالدات يرضعن أولادهن﴾⁸¹ الآية أي ليرضعن أولادهن

(حكم الرضاع يثبت بقليله وكثيره) وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت التحريم إلا بخمس رضعات في خمس أوقات يكتفي الصبي بكل واحدة منها حتى لو حصلت خمس رضعات في ساعة واحدة لا تثبت الحرمة عنده له قوله عليه السلام: "لا تحرم المصّة⁸² ولا المصتان ولا الإملاجة⁸³ ولا الإملاجتان" وعن عائشة رضي الله عنها قالت: كان فيما أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخت بخمس رضعات معلومات

⁷⁸ ابن أبي شيبة، المصنف، 3 / 456.

⁷⁹ البخاري، "النكاح" 98.

⁸⁰ مسلم، "فضائل الصحابة" 88.

⁸¹ سورة البقرة، الآية: 233.

⁸² المص فعل الرضيع

⁸³ (الإملاج فعل المرضعة) ابن ماجه، "النكاح" 35؛ أبو داود، "النكاح" 49.

يحرّم من وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعد ذلك⁸⁴ فيثبت بالأول نفى مذهبنا وبالثاني تقرير مذهبه ولنا قوله تعالى ﴿وَأُمّهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾⁸⁵ الآية وقوله عليه السلام: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"⁸⁶ من غير فصل

(في مدته) أي في مدة الرضاع (وهي ثلاثون شهرا) وقالوا رحمهما الله سنتان وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يَرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾⁸⁷ وقوله تعالى ﴿وَحَمْلَهُ وَفَصَالَهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾⁸⁸ (وأدنى مدة الحمل ستة أشهر) فبقي للفصال سنتان وقال عليه السلام: "لا رضاع بعد الحولين"⁸⁹ وله الآية الثانية والتمسك بها أن الله تعالى ذكر الحمل والفصال وضرب لهما مدة ثلاثين شهرا فيكون مدة لكل واحد منهما بكما لها كما إذا باع عبدا وأمة إلى شهر فإن الشهر يكون أجلا لكل واحد منهما فعلم أن الآية تقتضي أن يكون الثلاثون شهرا أجلا لكل واحد من الحمل والفصال خرج الحمل⁹⁰ عن ذلك فبقي الفصال على مقتضاه الآية الأولى محمولة على مدة الاستحقاق حتى لا يكون للام المبتوتة المطالبة بأجرة الرضاع بعد الحولين فعلمنا بالآية الولي في نفى وجوب الأجرة بعد الحولين وبالثانية في الحرمة إلى ثلاثين شهرا أخذنا بالاحتياط فيها كذا في شرح المصنف رحمه الله (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) لما روينا (إلا أخت ابنه وأم أخته) من الرضاع فإنه يجوز أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع ولا يجوز أن يتزوج أخت ابنه من النسب لأنه لما وطأ أمها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع وكذا يجوز أن يتزوج أم أخته من الرضاع ولا يجوز أن يتزوج أم أخته من النسب لأنها تكون أمه أو موطوءة أبيه بخلاف الرضاع

⁸⁴ مسلم، "الرضاع" 24.

⁸⁵ سورة النساء، الآية: 23.

⁸⁶ مسلم، "الرضاع" 12.

⁸⁷ سورة البقرة، "الآية: 233.

⁸⁸ سورة الأحقاف، الآية: 15.

⁸⁹ الدارقطني، السنن، 3/ 408.

⁹⁰ بحديث عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل

(وإذا أرضعت المرأة صبية حرمت) هذه الصبية **(على زوجها وآبائه وأبنائه)** ويصير الزوج الذي نزل لها اللبن أباً للرضيعة وأمه جدة وابنه أخا وبنته أختا وأخوه عما وأخته عممة لما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع **(وإذا رضع)** من باب علم وأهل نجد قالوا من باب ضرب **(صبيان من ثدي امرأة)** واحدة **(فهما أخوان)** فلم يجوز لأحدهما أن يتزوج الأخرى لأن أمهما واحدة ولو كانا بنتين لا يجوز لأحد الجمع بينهما **(وإذا اجتمعا على لبن شاة فلا رضاع)** بينهما لأنه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبار الجزئية وكان محمد بن إسماعيل صاحب الحديث رحمه الله يفتي بثبوت الحرمة بلبن الشاة فأخرجه أبو حفص الكبير رحمه الله من بخارى لسببه **(وإذا اختلط اللبن بالماء أو بالدواء أو بلبن شاة أو بلبن امرأة أخرى فالحكم للغالب)** أما المسائل الثلاثة الأول فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله اللبن وإن كان مغلوبا يتعلق به التحريم لأنه موجود منه حقيقة وهذا لأن ذلك القدر لو وصل بانفراده يثبت التحريم فكذا إذا كان مع غيره ولنا أن المغلوب في مقابلة الغالب كالمعدوم كما لو حلف لا يشرب لبنا فيتناول لبنا مغلوبا بالماء لا يحنث وأما المسئلة الرابعة فمذهبنا وقال محمد وزفر رحمهما الله يتعلق التحريم بهما لأن الجنس لا يغلب الجنس ولكن يقويه وكل واحد منهما سبب لإنبات اللحم وإنشاز العظم ولهما أن الأقل جُعل تابعا للأكثر في الحكم كما في اللبن المخلوط بالماء قيل الأصح قول محمد رحمه الله **(وإذا اختلط اللبن بالطعام فلا حكم له)** أي لا يتعلق به التحريم وإن كان اللبن غالبا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله إذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم والخلاف فيما إذا لم تمسه النار حتى لو كان مطبوخا لا تثبت به الحرمة بالإجماع لهما أن المغلوب كالمعدوم ولهذا قالوا لو شرب الخمر المغلوب بالماء لا يجب الحد حتى يسكر وله أن الطعام أصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا اعتبار بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لأن التغذية بالطعام إذ هو الأصل كذا في الهداية والكافي **(ويتعلق التحريم بلبن المرأة بعد موتها)** حتى إذا رضعت صبية لبن امرأة بعد موتها يثبت به الحرمة عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت لنا أن السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن بمعنى الإنشاز والإنبات وهو قائم باللبن **(وبلبن البكر)** أي ويتعلق التحريم بلبن البكر لأن لبنها يُغذي الرضيع فيثبت به شبهة الجزئية **(ولا يتعلق التحريم بلبن الرجل)** أي إن نزل للرجل لبن فأرضع صبيا لم يتعلق به التحريم لأنه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشر والنمو وهذا لأن اللبن إنما يتصور ممن يتصور منه الولادة

(ولا بالاحتقان) أي ولا يتعلق التحريم باحتقان الصغير باللبن لأن المحرم في الرضاع معنى النشو ولا يوجد ذلك في الاحتقان لأن المغذي وصوله من الأعلى **(ويتعلق التحريم بالاستعاط)** لأن الوصول بالسعوط من الأعلى فيصل إل المعدة فيوجد معنى الغداء **(وإذا أرضعت امرأته الكبيرة امرأته الصغيرة حرمتا على الزوج)** لأن الصغيرة تصير بنتا للكبيرة رضاعا فحرم الجمع بينهما **(ولا مهر للكبيرة إن كان الإرضاع قبل الدخول)** لأن الفرقة جاءت من قبلها **(وللصغيرة نصف المهر)** لأن الفرقة ليست من قبلها وارتضاعها لم يعتبر وإن كان فعلها لأنها ليست من أهل المجازاة كما لو قتلت مورثها **(ويرجع به)** أي ويرجع الزوج بنصف المهر الذي أعطاه للصغيرة **(على الكبيرة إن كانت عالمة)** أي إن كانت الكبيرة عالمة بالنكاح **(وتعمدت الفساد)** أي وقصدت بالإرضاع فساد النكاح وهذا لأنها مسببة للفرقة فإن إلقاء الثدي في فمها مسبب لوصول اللبن إلى جوفها والتسبب يشترط فيه التغذي كحافر البئر **(وإن لم يعتمد الفساد لا شيء عليها وإن علمت أنها زوجته)** لما بينا أنها مسببة والتغذي يثبت إذا علمت بالنكاح لكن قصدت بالإرضاع دفع الجوع والهلاك عنها لأنها مأمورة بذلك وكذلك لو علمت بالنكاح دون الفساد لا تكون متعديّة كذا قرره المصنف رحمه الله في شرحه **(والقول قولها فيه)** أي والقول قولها في تعمد الفساد مع يمينها لأنها تنكر الضمان

كتاب الطلاق

وهو في اللغة إزالة القيد والتخلية وفي الشرع إزالة ملك النكاح الذي هو قيد معنى وهو قضية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع وضرب من المعقول أما الكتاب فقوله تعالى ﴿فَطَلَّوْهُنَ لَعَدَتِهِنَّ﴾⁹¹ وقوله ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾⁹² والسنة قوله عليه السلام: "كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والصبي"⁹³ وعلى وقوعه انعقد الإجماع ولأن استباحة البضع ملك الزوج على الخصوص والمالك الصحيح القول يملك إزالة ملكه كما في سائر الأملاك ولأن مصالح النكاح قد ينقلب مفاسد والتوافق بين الزوجين يصير تنافرا فالبقاء على النكاح يشمل مفاسد من التباغض والعداوة والمقت وغير ذلك فشرع الطلاق دفعا لهذه المفاسد ومتى وقع لغير

⁹¹ سورة الطلاق، الآية: 1.

⁹² سورة البقرة، "221".

⁹³ البخاري، "الطلاق" 11؛ الترمذي، "الطلاق" 15.

حاجة فهو مباح مبغوض لأنه قاطع للمصالح وإنما أبيحت الواحدة للحاجة وهو الخلاص على ما تقدم وفي الحديث: "ما خلق الله تعالى مباحاً أحبَّ إليه من العتاق ولا خلق مباحاً أبغض إليه من الطلاق"⁸⁴ واعلم أن الطلاق نوعان سُنيٌّ وبدعيٌّ فالسني نوعان سني من حيث العدد وسني من حيث الوقت والبدعي نوعان بدعي بمعنى يعود إلى العدد وبدعي يعود إلى الوقت فالسني من حيث العدد نوعان حسن وأحسن

(أحسنه أن يطلقها واحدة في طهر لا جماع فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها) لما روي أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على الواحدة حتى تنقضي عدتها وإن هذا أحسن عندهم من أن يطلق الرجل ثلاثاً في ثلاثة أطهار ولأنه أبعد من الندم وأقل ضرراً بالمرأة حيث لم تبطل محليتها نظراً إليه لأن اتساع المحلية نعمة في حقهن ولم يقل أحد بكراهيته بخلاف الحسن فإن فيه خلاف مالك على ما سياتي

(وحسنه وهو) طلاق السنة (أن يطلقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار لا جماع فيها) وقال مالك رحمه الله تفريق الطلاق بدعة وإنما السنة أن يطلقها واحدة قال صاحب المنظومة "وليس تفريق الثلاث سنة، بل واحد لا غير فاعلمته" له أن الأصل في الطلاق هو الحظر وإنما أبيع للخلاص وهو حاصل بالواحدة ولنا ما روي أنه عليه السلام قال لابن عمر رضي الله عنه: "إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء طلبة"⁸⁵ ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر فالحاجة كالمتكررة نظراً إلى دليلها (والشهر للآيسة والصغيرة والحامل كالحیضة) يعني إذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر أو حمل فأراد أن يطلقها ثلاثاً للسنة طلقها واحدة فإذا مضى شهر طلقها أخرى أما الآيسة والصغيرة فلقيام الشهر في حقهما مقام الحيض قال الله تعالى ﴿واللّٰئِي يٰسِّنُّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِّسَائِكُمْ﴾⁸⁶ إلى أن قال ﴿واللّٰئِي لَمْ يَحْضَنْ﴾⁸⁷ والمراد بهن الصغائر وأما الحامل فالمذكور قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا تطلق الحامل للسنة إلا واحدة لأن مدة حملها طهر واحد فلا يصلح للتفريق كالطهر الممتد ولها أن الحامل لا تحيض مدة حملها فصارت كالآيسة والصغيرة بخلاف الممتد طهرها لأن الحيض مرجوٌّ فيها في

⁸⁴ الدارقطني، السنن، 3/ 286.

⁸⁵ الدارقطني، السنن، 3/ 283.

⁸⁶ سورة الطلاق، الآية: 4.

⁸⁷ بدليل كلمة لم لأنه لو قال ذلك لا يحضن فربما كانت قد رأت قبل

كل ساعة فلم تقم الشهر في حقها مقام الحيض **(ويجوز طلاقهن عقيب الجماع)** أي ويجوز أن يطلق الآيسة والصغيرة والحامل عقيب الوطاء ولا يفصل بين وطئهن وطلاقهن بزمان وقال زفر رحمه الله يفصل بين الطلاق والجماع في حق الآيسة والصغيرة بشهر لقيام الشهر مقام الحيض ولنا أن الكراهة في ذوات الحيض باعتبار توهُم الحبل لأن عند ذلك يشتبه وجه العدة ولم يوجد هنا ذلك المعنى وأما طلاق الحامل عقيب الجماع فيجوز بالإجماع لأنه لا يؤدي إلى اشتباه وجه العدة في هذه المدة

(والبدعة أن يطلقها ثلاثاً أو اثنتين بكلمة واحدة أو في طهر لا رجعة فيه أو يطلقها وهي حائض فيقع) الطلاق **(ويكون)** الموقع **(عاصياً)** وقال الشافعي رحمه الله كل الطلاق مباح لأنه تفرّق مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لأن المحرّم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا أن الأصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والإباحة للحاجة إلى الخلاص ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث وإنما وضع في الثلاث والاثنتين بكلمة واحدة لأن الطلقة الواحدة البائدة لا يكره للحاجة إلى الخلاص ناجزاً كذا في الزيادات وقال في المبسوط أنه أخطأ السنة لأنه لا حاجة إلى إثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وقوله في طهر لا رجعة فيه أي أو أن يطلقها ثلاثاً في طهر لا رجعة فيه إشارة إلى مذهب أبي حنيفة وهو أنه لو طلقها في طهر لم يجامعها فيه فراجعها ثم طلقها فيه لا يكره وهو قول زفر رحمه الله وعندهما يكره والمسئلة حقها شروح المنظومة أما كون الطلاق في حالة الحيض بدعياً فلقوله عليه السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنه: "قد أخطأ السنة"⁵³ وأما وقوعه فلقوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه: "مُرْ ابْنَكَ فَلْيَرِاجِعْهَا"⁵⁴ وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع إذ لا يتصور الرجعة بدون الوقوع وأما كونه عاصياً فلمخالفته السنة وإجماع الصحابة رضي الله عنهم

(وطلاق غير المدخول بها حالة الحيض ليس بدعي) خلافاً لزفر رحمه الله هو يقيسها على المدخول بها ولنا أن الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض مالم يحصل مقصوده منها وفي المثل السائر المرء تَوَاق إلى ما لم ينل بخلاف المدخول بها لان الرغبة إليها تتجدد بالطهر مع أنها تتضرر إذا طُلِّقت في حيضها وفي غير

⁵³ الموطأ، "الطلاق" 53.

⁵⁴ البخاري، "الطلاق" 2؛ مسلم، "الطلاق" 1؛ أبو داود، "الطلاق" 4.

المدخول بها ليست كذلك إذ لا عدة عليها **(وإذا طلق الرجل امرأته حالة الحيض يراجعها)** لورود الأمر به في حديث ابن عمر رضي الله عنه على ما تقدم ولما فيه من رفع الفعل الحرام برفع أمره وهي العدة ثم المراجعة مستحبة عند بعض المشايخ والأصح أنها واجبة عملاً بحقيقة الأمر وعبارة المصنف رحمه الله دالة على الوجوب حيث قال يراجعها وهو إخبار عن المجتهد فجرى مجرى صاحب الشرع والإخبار أكد من الأمر في اقتضاء الوجوب على ما عرف في الكشف في مواضع منه **(فإذا طهرت)** من الحيض الذي طلقت فيه

(فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها) كذا ذكره الطحاوي رحمه الله وقال في الأصل وإذا طهرت وحاضت ثم طهرت فإن شاء طلق وإن شاء أمسكها وهو مختار صاحب الكنز حيث قال يطلقها في طهر ثان وقال الكرخي رحمه الله ما ذكره المصنف رحمه الله قول أبي حنيفة رحمه الله وما اختاره صاحب الكنز قولها وجهه أن السنة أن يفصل بين طلاقين بحيضة والفاصل هنا بعض الحيضة فيكمل ثانية ولا يتجزأ فيتكامل ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله إن أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة وصار كأن لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه **(وإذا قال للمدخول بها)** وهي من ذوات الحيض **(أنت طالق ثلاثاً للسنة وقع عند كل طهر تطليقة)** لأن اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لإجماع فيه **(وإن نوى وقوعهن الساعة وقعن)** خلافاً لزفر رحمه الله هو يقول الجمع بدعة فلا يكون سنة ولنا أنه سنّي وقوعاً لا اتباعاً لأننا عرفنا وقوع الثلاث جملة بالسنة فكان محتمل لفظه فينتظمه عند النية دون الإطلاق **(وطلاق الحرة ثلاث)** حراً كان زوجها أو عبداً **(وطلاق الأمة ثنتان)** حراً كان زوجها أو عبداً **(ولا اعتبار بالرجل)** وقال الشافعي رحمه الله عدد معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام: "الطلاق بالرجال والعدة بالنساء"¹⁰⁰ ولنا قوله عليه السلام: "طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان"¹⁰¹ وما وراه محمول على أن الإيقاع بالرجال **(ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ مستيقظ)** فلا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام: "كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون"¹⁰² ولأن الأهلية بالعقل المميز وهما عديا العقل والنائم عديم الاختيار ولو طلق الصبي والنائم ثم بلغ أو استيقظ فقال أجزت ذلك الطلاق لا يقع ولو قال أوقعته وقع كذا في شرح المصنف رحمه

¹⁰⁰ البيهقي، السنن الكبرى، 11/286؛ ابن أبي شيبه، المصنف، 4/165.

¹⁰¹ الترمذي، "الطلاق" 7؛ ابن ماجه، "الطلاق" 30؛ أبو داود، "الطلاق" 6.

¹⁰² البخاري، "الطلاق" 11؛ الترمذي، "الطلاق" 15.

(وطلاق المكره والسكران واقع) وقال الشافعي رحمه الله لا يقع لأن السكران ليس له قصد صحيح فصار كالنائم بل أقوى منه لأن النائم ينتبه إذا نُبِّه والسكران لا ينتبه وكذا المكره مسلوب القصد شرعا ولهذا لم يحكم برده ولم يعتبر إقراره بالطلاق ولنا قوله عليه السلام: "كل الطلاق واقع إلا طلاق الصبي والمجنون"¹⁰³ فبقي طلاق السكران والمكره في عموم صدر الكلام وزوال قصد السكران لما كان سبب المعصية لم يعتبر زجرا له حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع لا يقع طلاقه لأن الصداع ليس بمعصية وذكر الإمام الخوهر زاده رحمه الله أن الفتوى في هذا الزمان على أنه إذا سكر من البنج يقع طلاقه زجرا عليه **(ويقع طلاق الأخرس بالإشارة)** إذا كانت معروفة لأن إشارته قامت مقام عبارته دفعا لحاجته **(ومن ملك امرأته أو شقصا)** أي بعضا **(منها أو ملكته)** أي ملكت المرأة زوجها **(أو شقصا منه وقعت الفرقة بينهما)** لأن المالكية يمنع ابتداء النكاح فتمنع بقاءه كالمحرمة **(وصريح الطلاق)** والصريح اسم لكل كلام مكشوف المراد كشفا لا شبهة فيه بحيث يسبق إلى فهم السامع مراده وإنما يكون ذلك عند كثرة الاستعمال **(لا يحتاج إلى نية)** لأنه موضوع له شرعا فكان حقيقة فيه فاستغني عن النية **(وهو)** نوعان فالنوع الأول **(قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك ويقع به واحدة رجعية)** لأن هذه الألفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا وأنه يعقب الرجعة بالنص **(ولا يصح فيه)** أي في هذا النوع **(نية الثلاث والثنتين)** لأنه نعت فرد يقال للواحدة طالق وللثنتين طالقان وللثلاث طوالت ونعت الفرد لا يحتمل العدد لأنه ضده وفيه خلاف الشافعي رحمه الله والمسئلة حقها الكتب المبسوطة ثم شرع في النوع الثاني فقال **(وقوله أنت الطلاق)** أي طالق كرجل عدل أو أنت ذات الطلاق على خذف المضاف **(وأنت طالق الطلاق وأنت طالق طلاقا)** أو أنت طلاق **(يقع واحدة رجعية)** فوقع الطلاق بالآخرين ظاهر لأنه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فإذا ذكره وذكر معه المصدر وأنه يزيده وكادة أولى وأما وقوعه بالأول فلأن المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل أي عادل فصار بمنزلة قوله أنت طالق **(ويصح فيه)** أي في هذا النوع **(نية الثلاث)** لأن المصدر يحتمل العموم والكثرة لأنه اسم جنس فيعتبر بسائر أسماء الأجناس فيتناول الأدنى مع احتمال الكل **(دون الثنتين)** أي لا يصح في هذا النوع نية الثنتين وقال زفر رحمه الله يصح لأن الثنتين بعض الثلاث فإذا صح نية الثلاث يصح نية الثنتين ولنا أن نية الثلاث إنما صحت

¹⁰³ ابن ماجه، "الطلاق" 15.

لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة أمة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية أما الثنتان في حق الحرة فعدد واللفظ لا يشمل العدد وهذا لأن معنى التوحد مراعى في ألفاظ الوجدان وذلك بالفردية أو الجنسية والمثنى بمعزل منها كذا في الهداية

(ولو نوى بقوله أنت طالق واحدة وبقوله طلاقا واحدة أخرى وقعتا) لأن كل واحد من اللفظين يشمل الإيقاع فصار كقوله أنت طالق أنت طالق فإن يقع ثنتان كذا هذا وهكذا الحكم في قوله أنت طالق الطلاق **(وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها)** أي إلى جملة المرأة بأن قال لها أنت طالق

(أو إلى ما يعبر به عن الجملة كالرقبة والوجه والرأس والروح والجسد أو إلى جزء شائع منها) كنصفها وثلاثها **(وقع)** الطلاق أما لو قال أنت طالق فلأنه أضاف الطلاق إلى محله فيصح وأما لو قال رقبتي طالق أو وجهك أو رأسك أو روحك أو جسدي طالق فلأن هذه الأشياء يعبر بها عن جملة البدن قال الله تعالى فتحرير رقبة والمراد الجملة ويقال بأوجه العرب ويقال أنا بخير ما سلم رأسك وما بقيت روحك ويراد الجميع والجسد عبارة عن الجميع أما إذا طلق جزءا شائعا منها مثل أن يقول نصفك أو ثلثك طالق فلأن الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق إلا أنه لا يتجزأ في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة **(وإن أضاف الطلاق إلى اليد والرجل)** بأن قال يدك طالق أو رجلك طالق **(ونحوهما)** مما لا يعبر به عن البدن كالإصبع والشعر والدبر **(لا يقع)** الطلاق وقال زفر رحمه الله يقع وبه قال الشافعي رحمه الله وإنما وضع في الطلاق لأنه لو أضاف النكاح إليه لا يجوز بالإجماع لأن الحرمة في غيره يغلب الحل فيه لهما أنه جزء مستمتع فيه بعقد النكاح فيكون محلا للطلاق فيسري منه إلى الكل ولنا أن الطلاق رفع القيد فيختص بمحل مضاف إليه النكاح واليد وأمثالها لا يجوز إضافة النكاح إليها فلا يكون محلا للطلاق والاستمتاع باليد إنما حل تبعا للحل في جميعها فإن قلت اليد يعبر بها عن الجميع قال الله تعالى تبت يدا أبي لهب أراد به ذاته وقال عليه السلام: "على اليد ما أخذت"¹⁰⁴ قلت استعماله غير متعارف وإنما جاء على وجه النذر حتى إذا كان عند قوم يعبرون به عن الجملة وقع الطلاق

¹⁰⁴ الترمذي، "اليبوع" 39؛ أبو داود، "اليبوع والإجارة" 88؛ ابن ماجه، "الصدقات" 5.

(ونصف الطلقة تطليقة وكذلك الثلث) فلو قال أنت طالق نصف تطليقة أو ثلاث تطليقة وقعت تطليقة لأن الطلاق لا يتجزأ وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل صيانة لكلام العاقل عن الإلغاء وكذلك كل جزء شائع من التطليقة لما قلنا **(وثلاثة أنصاف تطليقتين ثلاث)** لأن نصف التطليقتين واحدة فكأنه قال أنت طالق ثلاثا فإذا جمع بين ثلاثة أنصاف يكون ثلاثة تطليقات ضرورة فإن قلت ينبغي ألا يقع شيء لأنه لغو لأنه لا يتصور أن يكون لتطليقتين ثلاثة أنصاف قلت هذا من حيث الحقيقة أم من حيث المجاز فلا وهذا لأن كل نصف من التطليقتين تطليقة فإذا جمعت من أنصاف الثلاثة صار ثلاثا فصار كأنه سمى الثلاث باسم آخر وأوقعه بذلك الاسم فلا يكون لغوا وقال بعضهم لا يقع شيء وحكى عن الشيخ إسماعيل الزاهد رحمه الله أنه كان يقول لم أفهم هذه المسئلة منذ أربعين سنة **(وثلاثة أنصاف تطليقة ثنتان)** لأنها طلقة ونصف فيتكامل **(وقيل ثلاث)** لأن كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلاثا ولو قال **(ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث يقع ثنتان وإلى ثنتين)** أي أنت طالق من واحدة إلى ثنتين يقع طلقة واحدة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يقع في الأولى ثلاث وفي الثانية ثنتان وقد مر في الإقرار **(وواحدة في ثنتين واحدة)** أي ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين يقع واحدة **(وثنيتين في ثنتين ثنتان)** أي ولو قال أنت طالق ثنتين في ثنتين يقع ثنتان **(وإن نوى الحساب)** وهذا قد مر في الإقرار أيضا **(ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهي واحدة رجعية)** وقال زفر رحمه الله بائنة لأنه وصف الطلاق بالطول قلنا لا بل وصفه بالقصر لأنه متى وقع وقع في الأماكن كلها **(ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة طلقت في الحال في كل البلاد)** لما بينا وإن عني به إذا أتيت مكة لم يصدق قضاء لأن الإضرار خلاف الظاهر ولو قال أنت طالق إذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخلها لأنه علّقه بالدخول **(ولو قال أنت طالق غدا يقع)** الطلاق **(بطلوع الفجر)** الثاني من الغد لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في أول جزء منه **(ونية آخر النهار يصح ديانة)** لا قضاء لأنه مخالف للظاهر إلا أنه يحتمله لأنه تخصيص فيصدق ديانة **(ولو قال)** أنت طالق **(في غد صحت)** نيته **(قضاء أيضا)** أي كما صحت نيته ديانة لأنه حقيقة كلامه لأن الظرف لا يوجب استيعاب الظروف وإنما يتعين الجزء الأول عند عدم النية لعدم المزاحمة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو والأول سواء لأن المراد منها الظرفية لأن نصب غدا على الظرفية فلا فرق والجواب ما مر أن غدا للاستيعاب ونظيره قوله لا أكلمك شهرا وفي الشهر ودهرا وفي الدهر

وعلى هذا الخلاف أنت طالق في رمضان ونوى آخره وقوله ديانة أي لو استفتى المفتي يجيبه على وفق ما نوى وقوله قضاء أي لو رفع إلى القاضي يحكم عليه بموجب كلامه ولا يلتفت إلى ما ينوي **(ولو قال)** أنت طالق **(اليوم غدا أو غدا اليوم يؤخذ بأولهما ذكرًا)** أي يؤخذ بأول الوقتين الذين تكلم به فيقع في الأول في اليوم وصار قوله غدا لغوا وفي الثاني يقع في الغد وصار قوله اليوم لغوا وهذا لأنه لما قال اليوم كان تنجيذا والمنجز لا يحتمل الإضافة وإذا قال غدا كان إضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من إبطال الإضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين **(ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك ليس بشيء)** لأنه أسنده إلى حالة منافية لوقوع الطلاق فلا يقع كقوله أنت طالق قبل أن أخلق **(ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى ما لم أطلقك وسكت طلقت)** لوجود شرط الوقوع بالسكوت وهو زمان خال عن التطليق لأن هذه الألفاظ للوقت أما متى وحيثما فحقيقة فيه وأما ما فإنه يستعمل فيه قال الله تعالى: ﴿ما دمت حيا﴾¹⁰⁵ أي وقت الحياة

(ولو قال أنت طالق إن لم أطلقك أو إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت) الزوج لأن هذه الألفاظ للشرط فكان الطلاق معلقا بعدم التطليق فلا يتحقق العدم إلا بالموت أما إن فظاهر وأما إذا وإذا ما فكذاك عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله هما بمعنى متى فتطلق حين سكت لأن كلمة إذا للوقت قال الله تعالى ﴿إذا الشمس كورت﴾¹⁰⁶ قال الشاعر: وإذا تكون كريمة ادعى لها، وإذا يحاس الحيث يدعى جندب. وله أنه يستعمل في الشرط أيضا قال الشاعر: واستغن ما أغناك ربك بالغنى، وإذا تصبك خصاصة فتحمل. فإن أريد به الشرط لم تطلق في الحال وإن أريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال وهذا الخلاف فيما إذا لم يكن نيته أما إذا نوى الوقت فيقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لأن اللفظ يحتملها وقوله حتى يموت أي حتى يموت الزوج فإذا مات يقع الطلاق عليها قبيل موته بساعة فإن لم يدخل بها فلا ميراث لأنه فأر وامرأة الفأر إنما ترث منه إذا كانت في العدة وغير المدخول بها لا عدة لها وكذا لو ماتت طلقت قبل موتها لأنها إذا بقيت من حياتها ما لا يسعه فيه صيغة التطليق تحقق عدم التطليق مع بقاء المحل

(ولو قال) الزوج لزوجته **(إن منك طالق لم يقع شيء وإن نوى)** طلاقا **(ولو قال إن منك بائن أو)** إن

¹⁰⁵ سورة المريم، الآية: 31

¹⁰⁶ سورة التكوين، الآية: 1.

(إن عليك حرام ونوى الطلاق فواحدة بائنة) وقال الشافعي رحمه الله يقع الطلاق في الأول أيضا إذا نوى لأن النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطء كما ملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لإزالتها فيصح مضافا إليه كما يصح مضافا إليها كما في الإبانة والتحريم ولنا أن الطلاق لإزالة القيد وهو فيها دون الزوج والإبانة لإزالة الوصلة وهي مشتركة والتحريم لإزالة الحل وهو مشترك فصحت إضافتهما إليهما ولا يصح إضافة الطلاق إلا إليها **(ولو قال أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث)** الإبهام والسبابة والوسطى **(فثلاث)** لأن الإشارة بالأصابع يفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه السلام: "الشهر هكذا وهكذا وهكذا" ¹⁰⁷ **(وبالواحدة)** أي وأشار بالأصبع الواحدة فهي **(واحدة وبالنتين اثنتان)** لما قلنا وإنما قيد بقوله هكذا لأنه إذا أشار بأصابعه ولم يقل هكذا فهي واحدة **(والمعتبر المنشورة)** من الأصابع **(وان أشار بظهورها فالمضمومة منها)** اعتبارا بطريق الحسّاب وعرفهم **(وإن قال أنت طالق بائن أو أفحش الطلاق أو أخبثه أو أشده أو طلاق الشيطان)** أو البدعة **(أو كالجبل أو ملء البيت أو تطليقة شديدة أو طويلة أو عريضة فهي واحدة بائنة)** لأن هذه الأوصاف تنبئ عن الشدة والبائن هو الشديد الذي لا يقدر على رجعتها بخلاف الرجعي لأنه ليس بشديد عليه حتى يملك رجعتها بدون أمرها والأصل فيه أنه إذا وصف الطلاق بضرب من الشدة والزيادة كان بائنا وقال الشافعي رحمه الله يصير رجعيًا إذا كان بعد الدخول وقد مر الجواب **(وإن نوى)** في توصيفه الطلاق **(الثلاث وقعن)** لأن البينونة متنوعة إلى خفيفة وغلظة فأئبها نوى صحت نيته

فصل في الطلاق قبل الدخول

(ومن طلق امرأته قبل الدخول) بأن قال أنت طالق **(ثلاثا وقعن)** عليها لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقا ثلاثا فيقع جملة وليس قوله أنت طالق إيقاعا على حدة فيقع جملة **(ولو قال لها)** أي لامرأته قبل الدخول بها **(أنت طالق و طالق أو واحدة و واحدة أو واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة)** أما في الصورة الأولى فلأن كل واحد إيقاع الطلاق على حدة إذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغيّر صدره حتى يتوقف عليه فيقع الأولى في الحال فيصادفها الثانية وهي بائن فلا يقع وأما في الثانية فَلَعَيْنَ ما ذكرناه أما في الآخرين

¹⁰⁷ البخاري، "الصوم" 11.

فالأصل أنه متى ذكر حرف الظرف مقرونا بهاء الكناية بين طلاقين كان الظرف صفة للمذكور آخرًا وإن لم يقرنه بهاء الكناية كان صفة للمذكور أولاً مثاله جاءني زيد قبله عمرو وجاءني زيد قبل عمرو فالقبليّة في الأولى صفة لعمرو وفي الثانية صفة لزيد فقوله أنت طالق واحدة قبل واحدة صفة للأولى والإيقاع في الماضي إيقاع في الحال لأن الاختبارات إنشاء شرعا فوقعت الواحدة فبانت بها فلا يقع ما بعدها وقوله بعدها واحدة فالبعديّة صفة للأخيرة وقد حصلت الإبانة قبلها فلا يقع

(ولو قال) أنت طالق واحدة **(قبلها واحدة)** أو قال أنت طالق واحدة **(بعد واحدة أو)** قال أنت طالق واحدة **(مع واحدة أو معها واحدة فثنتان)** فالقبليّة صفة للأخرى فاقتضى إيقاعها في الماضي وإيقاع الأولى في الحال وقد بينا أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال فيقتربان فيقعان والبعديّة صفة للأولى فاقتضى إيقاع الواحدة في الحال وإيقاع الأخرى قبلها فيقتربان وأما وقوع الثنتين في مع واحدة أو معها واحدة فلأن كلمة مع للقران **(ولو قال لها)** أي لامراته الغير المدخول بها **(إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت)** الدار

(وقعت واحدة) عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله ثنتان **(ولو قال أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار فدخلت الدار وقعت ثنتان)** بالإجماع لهما أن حرف الواو للجمع المطلق والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ولا فرق بينهما إذا أخر الجزاء أو قدّمه لأنه تعليق بحرف الجمع وله أن الشرط إذا تأخر يغيّر صدر الكلام فيتوقف عليه جميع الكلام فيقع جملة أما إذا تقدم فلا مغيّر له فلا يتوقف والجمع يحتمل الترتيب ويحتمل القران فعلى تقدير احتمال الترتيب لا يقع إلا واحدة كما إذا صرّح به فلا يقع الزائد عليه بالشك ولو عطف بحرف الفاء قال الكرخي رحمه الله هو على الخلاف وقال أبو الليث رحمه الله يقع واحدة بالإجماع لأن الفاء للتعقيب وهو الأصح **(وكنايات الطلاق)** الكناية ما استتر معناه وخفي مراده **(لا يقع)** الطلاق بها

(إلا بنية أو دلالة حال) لاحتمالها الطلاق وغيره لأنها غير موضوعة له فلا يتعين إلا بالتعيين وهو أن ينويه أو يدل عليه الحال فيترجح إرادته **(ويقع بائنا)** أي ويقع بالفاظ الكناية الطلاق بائنا وقال الشافعي رحمه الله الطلقات الثابتة بهذه الألفاظ رواجع لأنها كنيات عن الطلاق ولهذا يشترط فيها نية الطلاق فيكون الواقع بها طلاقا رجعيًا ولنا أنه أتى بالإبانة بلفظ صالح لها وهو من أهلها والمحل قابل لها والولاية ثابتة عليها فوجب أن يعمل ويتعجل أثرها كما لو كان بعوض أو قبل الدخول وهذا لأن الإبانة تصرف مشروع إذ هي رفع وصلة

النكاح وهو مشروع وقد أمر الله تعالى به حيث قال ﴿أو فارقوهن بمعروف﴾¹⁰⁸ ولأن الحاجة ماسة إلى إثباتها فوجب أن يثبت كيلا ينسَدَّ عليه باب التدارك ولا يقع في عهدها بالمراجعة من غير قصد

(إلا اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة فيقع بها واحدة رجعية) أما الأولى فلأن النبي عليه السلام قال لسودة: "اعتدي ثم راجعها"¹⁰⁹ ولأنها يحتمل اعتدي نَعَمَ الله تعالى ويحتمل عدة الطلاق فإذا نواها يصير كأنه قال: طلقتك فاعتدي وذلك يوجب الرجعة وأما الثانية فلأنها يستعمل بمعنى الاعتداد لأنه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلة ويحتمل الاستبراء ليطلقها وأما الثالثة فلأن الواحدة يحتمل أن يكون نعتا لمصدر محذوف أي أنت طالق طلقة واحدة وأن يكون نعتا لها بالتوحيد أي أنت مفردة في الجمال أو عنده أو عند قومه ولما احتمل الطلاق وغيره احتاج إلى النية فإذا نواها يصير كأنه قال أنت طالق طلقة واحدة ولو قال ذلك كان رجعيا فكذا هذا ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ رحمهم الله هو الصحيح لأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب فلا يجوز بناء حكم يرجع إلى العامة على هذا قال صاحب الوجيز في كتاب الذبائح ولو قال بسم الله ومحمد بالجر لا يحل وبالرفع يحل والنصب كالحفص لأنه نصب بنزع الخافض فإن قلت قد قلتم في باب الطلاق العوام لا يميزون بين الإعراب فلا يبنى الحكم على دقائق الإعراب وهنا تركتم قلت ذلك فيما عمَّ به البلوى والإغماض فيه أولى والطلاق كثير الوقوع والذبح يقع أحيانا وفيه نظر إذ للمانع أن يمنع كون الذبح أقل وقوعا من الطلاق وهذا ظاهر لمن هو مُنْصَفٌ ذو خلاق **(وألفاظ البائن قوله أنت بائن)** فإنه يحتمل البينونة من النكاح والخيرات **(بتلة بته)** كلاهما بمعنى القطع أي منقطعة عن النكاح أو من الأقارب **(حرام)** وهو يحتمل حرمة الصحبة بسوء خلقها **(حبلك على غاربك)** وهو ينبئ عن التخلية لأن الناقة إذا أرسلت يلقي حبلا على غاربها وهو ما بين العنق والسنام يعني أنت مرسله من حبل النكاح أو من حبل الحياء **(خلية بريئة)** من الخلو والبراءة أي خلية أو بريئة من النكاح أو من حسن الخلق **(الحقي بأهلك)** يحتمل لحوقها لكونها مأذونة ويحتمل لكونها مطلقة **(وهبتك لأهلك)** لأنني طلقتك أو عفوت عنك ما لزمك من العقوبة لأجل أهلك

¹⁰⁸ سورة الطلاق، الآية: 2.

¹⁰⁹ عبد الرزاق، المصنف، 6 / 239.

(سَرَّ حَتَّكَ فَارَقْتُكَ) يحتمل التسريح والمفارقة بالطلاق وبغيره (أَمْرُكَ بِيَدِكَ) أي عملك بيدك المراد بالأمر هنا العمل كما في قوله تعالى ﴿وما أمر فرعون برشيده﴾¹¹⁰ فصار كأنه قال لها عملك بيدك ثم يحتمل أنه أراد به الأمر باليد في حق تصرف آخر اعلم أنه لا تطلق ما لم تطلق نفسها في أمرك بيدك لأنه تفويض الطلاق إليها (تَقَنَّعِي اسْتَرِي) لأنك بائن مني أو لئلا ينظر إليك أجنبي (أنت حرة) عن حقيقة الرق أو عن رق النكاح (اغْرُبِي) بالغين المعجمة والراء المهملة أي ابعدي عني لأنني طلقتك أو لزيارة أهلك ويروى بالعين المهملة والزاء المعجمة من العزوبة وهو البعد (اخرجي) وهذا مثل اغربي (ابتغي الأزواج) يحتمل الأزواج من الرجال لأنها مطلقة والأزواج من النساء (ويصح فيها) أي في ألفاظ الكناية (نية الواحدة والثلاث) لأن البينونة خفيفة وغلظة فأيهما نوى صح (ولو نوى الثنتين فواحدة) لأنها عدد واللفظ لا يدل على العدد وفيه خلاف زفر رحمه الله وقد تقدم وهذا قول صاحب النظم: وإن يقل أنت حرام ونوى بقوله ثنتين صح واستوى ثم اعلم أن أقسام الكنايات والأحوال فيها يقتضي زيادة البسط في الكلام إلا أن موضعه الشروح المبسطة

فصل في تفويض الطلاق

(ولو قال لها اختاري) حال كونه (ينوي الطلاق فلها أن تطلق نفسها في مجلس علمها فإن قامت) من ذلك المجلس (أو أخذت في عمل آخر بطل خيارها) لأن المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة رضي الله عنهم فقد روي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وجابر وعائشة رضي الله عنهم في الرجل يخيّر امرأته أن لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك فإذا قامت من مجلسها فلا خيار لها¹¹¹ ولأنه ملّك فعل الاختيار منها إذ لا يملك منعها عن ذلك وهذه أمانة المالكية والتمليكات تقتضي جواباً في المجلس كالبيع والهبة ونحوهما ويبطل خيارها بالقيام لأنه دليل الإعراض وبالاغتغال بعمل آخر والحاصل أن تبدل المجلس قد يكون حقيقة وذلك بأن تنتقل عنه إلى مجلس آخر وقد يكون حكماً وذلك بأن تشتغل بعمل آخر فإن مجلس الأكل غير مجلس الكتابة ومجلس القتال غير مجلس البيع والشراء وإنما قيد بقوله ينوي الطلاق لأن لفظ اختاري من الكنايات يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره

¹¹⁰ سورة هود، الآية: 97.

¹¹¹ ابن أبي شيبة، المصنف، 4 / 93.

(وإن اختارت) المخيرة (نفسها فهي واحدة بائنة) لأن اختيارها يوجب اختصاصها بها دون غيرها وذلك بالبينونة (ولا يكون ثلاثا وإن نواها الزوج) لأن الاختيار لا يتنوع (بخلاف) الإبانة لأن البينونة يتنوع إلى غليظة وخفيفة (ولا بد من ذكر النفس) أي نفس المرأة (أو ما يدل عليه) من التطليقة أو الاختيار (في كلامه أو كلاهما) مثل أن يقول لها اختاري نفسك فتقول اخترت أو يقول لها اختاري فتقول اخترت نفسي لأن ذلك عرف بإجماع الصحابة رضي الله عنهم وهو في المفسر من أحد الجانبين ولأن المبهمة لا يحسن تفسيراً للمبهمة حتى لو قال لها اختاري فقالت اخترت فليس بشيء لأن الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق وضعا وإنما جعل بالسنة فيما إذا كان مفسرا فإذا لم يكن كذلك لا يقع به شيء قيل هذا إذا لم يصدق الزوج أنها اختارت نفسها أما إذا صدّقها فإنه يقع الطلاق بتصادقها وإن خرج الكلامان منها مجملا كذا في شرح الهداية (ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت اختيرة أو الأولى) أي قالت أو اخترت الأولى (أو الوسطى أو الأخيرة فهي ثلاث) فلا حاجة هنا إلى نية الزوج ولا إلى ذكر النفس اتفاقا بدلالة التكرار لأن اختيار الطلاق هو الذي يتكرر واختيار الزوج لا يتكرر وقيل النية شرط فيها وفي شرح كنز الدقائق ينبغي أن يكون حذف النية فيها بشهرتها لا أنها ليست بشرط أما وقوع الثلاث في قولها اختيرة فلأنها للمرة ولو صرّحت للمرة كانت طلاقا ثلاثا فكذا هذا ولأن الاختيار للتأكيد وبدون التأكيد يقع الثلاث فمع التأكيد أولى وأما في قولها الأولى أو الوسطى أو الأخيرة فوقع الثلاث قول أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهم الله تطلق واحدة لأن ذكر الأولى وما يجري مجراها وإن كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الأفراد لأنه يدل عليه فيعتبر فيه وله أنها إنما تتصرف فيما ملكته إذ المجتمع في الملك كالمجتمع في المكان وذلك لا يحتمل الترتيب فإن القوم المجتمعين في مكان لا يقال هذا أول و هذا آخر ويقال جاء هذا أولا وهذا آخر فيكون الترتيب في مجيئها لا في ذاتها وإذا كان كذلك لغا قولها الأولى أو الوسطى فبقي قولها اخترت ولو قالت اخترت وسكتت وقع الثلاث كذا هذا كذا في شرح المصنف رحمه الله (ولو قالت طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطليقة فهي رجعية) لأن هذا اللفظ يوجب الانطلاق¹¹² بعد انقضاء العدة فكأنها اختارت نفسها بعد العدة كذا في الهداية والصواب ألا يملك الرجعة لأن الاعتبار لجانب التفويض ألا يرى أنه لو أمرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة أو أمرها

¹¹² أي البينونة

بالبائن فطلقت رجعية وقع ما أمر به الزوج **(ولو قال لها طَلَّقِي نفسك فلها أن تطلق) نفسها (في المجلس)** لأن المرأة لا تكون وكيلة في حق نفسها فكان تمليكها **(ويقع رجعية وليس له أن يرجع عنه)** لأنه تملك فيه معنى التعليق لأنه علق الطلاق بتطبيقها وهذا إذا لم يكن له نية أو نوى واحدة أما إذا طلقت نفسها ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها ولو نوى الشتين لا تصح إلا إذا كانت المنكوحة أمة **(ولو قال لها طَلَّقِي نفسك متى شئت أو حيثما شئت أو إذا شئت أو إذا ما شئت لا يتقيد بالمجلس)** لأنها لعموم الأوقات كأنه قال في أي وقت شئت وهذا في متى وحيثما ظاهر وأما إذا وإدما فقد سبق الكلام فيه والعذر عنه **(ولو ردَّته لا يرتد)** لأنه مَلَّكها الطلاق في أي وقت شاءت فلم يكن تمليكها قبل المشيئة فلا يرتد بالرد **(وكذا لا)** يتقيد بالمجلس **(ولو قال لغيره طلق امرأتي)** لأنه توكيل فله أن يطلقها في المجلس وبعده وله أن يرجع **(ولو قال له)** أي لغيره **(طلق)** امرأتي **(إن شئت يقيد بالمجلس)** فله أن يطلقها فيه خاصة وليس للزوج أن يرجع وقال زفر رحمه الله هذا والأول سواء لأنه توكيل كما إذا سكت عن المشيئة ولنا أنه تملك حيث علقه بالمشيئة والمالك يتصرف بالمشيئة والتمليك يقتصر على المجلس لما عرف **(ولو قال لها طلقي نفسك كلما شئت فله أن يفرق الثلاث)** لأن كلمة كلما تُقتضى تكرار الأفعال إلا أن التعليق ينصرف إلى الملك القائم حتى لو عادت إليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء لأنه ملك مستحدث **(وليس لها أن تجمعها)** أي وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا في كلمة واحدة لأنها توجب عموم الانفراد ولا عموم الاجتماع فلا تملك الإيقاع جملة **(ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة)** لأنها ملكت إيقاع الثلاث فتملك إيقاع الواحدة ضرورة **(ولو قال لها طلقي نفسك واحدة وطلقت ثلاثا لم يقع شيء)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يقع واحدة لأنها ملكت الواحدة وقد أتت بالزيادة عليها فيلغو كما إذا قال لها أنت طالق أربعا فإنها يقع الثلاث ويلغو الزائد وله أن الواحدة غير الثلاث لفظا ومعنى فقد أتت بغير ما ملكها فكان كلاما مبتدئا فلا يقع بخلاف الزوج لأنه يملك الثلاث فتصرف منها بحكم الملك والزائد عليها لغو فبطل **(ولو قال لها أنت طالق كيف شئت وقعت واحدة رجعية وإن لم تشأ فإن شاءت واحدة بائنة أو ثلاثا وقد أَرادها الزوج وقع)** للاتفاق بين إرادته ومشيتها **(وإن اختلفت مشيتها وإرادته)** بأن أرادت ثلاثا وأراد واحدة بائنة أو على العكس **(فواحدة رجعية)** لأنه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي إيقاع الزوج وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا منع ما لم توقعه المرأة فتشاء واحدة رجعية أو بائنة أو ثلاثا وعلى هذا الخلاف العتاق

الحاصل أن أصل الطلاق لا يتعلق بمشيئتها عند أبي حنيفة رحمه الله وإنما يتعلق صفته وعندهما يتعلق أصل الطلاق ووصفه بمشيئتها لهما أن وصف الطلاق مفوض إليها فلو وقع الطلاق الرجعي في الحال يلزم وقوع الوصف بلا مشيئتها وهو لا يجوز فيتعلق بها أصله كوصفه كما لو قال لها أنت طالق كم شئت وله أن التفويض في الوصف يستدعي وجود الأصل لأن المعدوم لا يستوصف كما قال القائل يقول خليلي كيف يصبر بعدنا فقلت وهل صبر فيسأل عن كيف بخلاف كم شئت لأن كلمة كم للعدد والطلاق المعارف بالعدد لا يقع

(وإن قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فليس لها أن تطلق نفسها بثلاث وتطلق) أي ولكن

(ما دونها) وقالوا رحمهما الله لها أن تطلق نفسها ثلاثا إن شاءت لأن ما محكم في التعميم ومن تستعمل للتمييز فتحمل على تميز الجنس كقوله كل من طعامي ما شئت وله أن من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فيعمل بهما فجعلنا المفوض إليها بعض الثلاث لكن بعضا له عموم وهو ثنتان وإنما ترك التبعض في النظر لدلالة الحال وهو إظهار السباحة والكرم

فصل في تعليق الطلاق

(وألفاظ الشرط) الشرط هو العلامة ومنه إشارات الساعة أي علاماتها وسميت هذه الألفاظ به لاقترانها بالفعل الذي هو شرط الحنث أي علامته وإنما قال ألفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط لأن عامتها أسماء **(إن وإذا وإذاما ومتى وحيثما وكل وكلما)** وإنما كانت هذه الألفاظ للشرط لأنها مستعملة فيه وضعا أما إن فشرط محض ليس فيه معنى الوقت وما وراءها فيه معنى الوقت على ما بينا على ما بينا وكلمة كل ليست للشرط لأنها يليها الاسم والشرط ما يليه الفعل لأنه يتعلق به الجزاء وهو فعل إلا أنه لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها الحق بالشرط مثل قوله كل عبد اشتريته فهو حر **(فإذا علق الطلاق بشرط)** بأن قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق **(وقع عقيبه)** أي عقيب الشرط لأن الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه إلى وقت الشرط لان الأصل في كل ثابت استمراره خصوصا في النكاح الذي هو عقد العمر **(ولا يصح التعليق إلا أن يكون الخالف مالكا كقوله لامرأته إن فعلت كذا فأنت طالق أو يضيفه إلى ملك كقوله)** لأجنبية **(إن تزوجتك فأنت طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق)** لأنه لا بد أن يكون الجزاء ظاهرا ليكون مخيفا ليتحقق معنى اليمين وهو القوة على المنع أو الحمل ولا ظهور له إلا بأحد هذين وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز تعليق

الطلاق بالنكاح لأن التعليق تأخر التنجيز وهو لا يملك تطليق أجنبية تنجيزاً فكذلك لا يملك تعليقاً ولنا أن المعلق كالمفوض عند وجود الشرط فيكون كأنه قال بعد الزوج أنت طالق فيقع **(وزوال الملك)** بعد اليمين **(لا يبطل اليمين)** حتى إذا قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثم أبانها بواحدة وانقضت عدتها ثم تزوجها فدخلت الدار طلقت لأنه لم يوجد الشرط فكان باقياً والجزء باقٍ لبقاء محله لأن الثلاث لم يوجد فيبقى اليمين **(فإن وجد الشرط في ملك انحلت اليمين ووقع الطلاق)** وذلك بأن قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت وهي امرأته وقع الطلاق لوجود الشرط وقبول المحل للجزء فينزل الجزء ولم يبق اليمين على ما عرف أن بقاء اليمين بالشرط والجزء **(وإن وجد في غير ملك)** بأن قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق فطلقها قبل وجود الشرط ومضت العدة ثم دخلت الدار **(انحلت)** اليمين لوجود الشرط **(ولم يقع)** الطلاق لعدم قبول المحل **(وفي كلما لا تنحل اليمين بوجود الشرط حتى يقع الثلاث)** لاقتضاءها عموم الأفعال قال الله تعالى ﴿كلما نضجت جلودهم﴾¹¹³ الآية ومن ضرورة التعميم التكرار فلو تزوجها بعد زوج آخر ووجد الشرط لم يقع شيء عندنا خلافاً لفر رحمة الله له أن كلمة كلما يقتضي العموم على ما مر ولنا إنها علق ما يملكه من الطلقات وقد انتهى ذلك فينتهي اليمين ضرورة وهذا الخلاف فيما إذا لم تدخل كلما على نفس الزوج فإن دخلت عليه بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة وإن كان بعد زوج آخر لأن اليمين باعتبار ما سيحدث من الملك وهو غير متناه **(وإن اختلفا في وجود الشرط)** بأن قالت الشرط وجد وقال لم يوجد **(فالقول للزوج)** لأنه منكر ومستمسك بالأصل وهو العدم **(والبينة للمرأة)** لأنها مدعية **(وما لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها كقوله إن حضت فأنت طالق وفلانة فقالت حضت طلقت هي خاصة)** ولم تطلق فلانة والقياس أن لا تطلق لأنه شرط كسائر الشروط فلا تصدق كدخول الدار وجه الاستحسان أنها أمانة في ذلك في حق نفسها إذ لا يعلم ذلك إلا من جهتها فيقبل قولها كما يقبل في حق العدة والوطء فإنها إذا أخبرت بانقضاء العدة يقبل قولها ويحرم وطئها إذا أخبرت برؤية الدم ويحل إذا أخبرت بانقطاعه إلا أنها في حق ضررتها شاهدة وهي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وهذا إذا كذَّبت الزوج فإن صدقها تطلق ضررتها أيضاً لثبوت الحيض في حقها بتصديقه

¹¹³ سورة النساء، الآية: 56.

(وكذلك التعليق بمحبتهما) فلو قال إن كنت تحبيني فأنت طالق وهذه معك فقالت أحبك طلقت هي ولم تطلق ضررتها لما بينا **(ولو قال لامرأته إن ولدت غلاما فأنت طالق واحدة وإن ولدت جارية فنتين فولدتها ولا يدري أيها أولاً طلقت واحدة)** في القضاء **(وفي التنزه)** أي في التباعد عن مكان الحرمه **(ثنتين)** أي طلقت ثنتين لأن الواحدة متعينة وفي الثانية شك فلا يقع في القضاء والأحوط أن يأخذ بوقوع الاثنين وانقضت العدة بيقين لأن الطلاق وقع بالولد الأول وانقضت العدة بالثاني كذا في شرح المصنف رحمه الله

(وإن قال لها) أي لامرأته (إن جامعتك فأنت طالق ثلاثاً فأولجه) الولوج الدخول والإيلاج الإدخال **(ولبت ساعة فلا شيء عليه وإن نزع ثم أولجه فعليه مهر)** وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب المهر في الفصل الأول أيضاً لوجود الجماع بالدوام عليه إلا أنه لا يجب الحد للاتحاد ولنا أن الجماع إدخال الفرج في الفرج ولا دوام للإدخال أما إذا أخرج ثم أدخل فإنه قد وجد الإدخال بعد الطلاق إلا أنه لا يجب الحد لشبهة الاتحاد بالنظر إلى المجلس والمقصود وإذا لم يجب الحد يجب العقر إذ الوطء لا يخلو عن أحدهما **(ولو كان الطلاق) المعلق (رجعياً تحصل المراجعة بالإيلاج الثاني)** بالإجماع لوجود الجماع

فصل في الاستثناء

(ولو قال لها أنت طالق إن شاء الله تعالى أو أنت) طالق (إن لم يشأ الله تعالى أو) أنت طالق (ما شاء الله أو) أنت طالق ما لم يشأ الله **(أو) أنت طالق (إلا أن يشاء الله لا يقع شيء إن وصل)** الأصل فيه قوله عليه السلام: "من حلف بطلاق أو عتاق وقال إن شاء الله متصلاً بيمينه لا حنث عليه"¹¹⁴ ولأنه أتى بصورة الشرط فيكون تعليقاً من هذا الوجه وأنه إعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم هاهنا فيكون إعداماً من الأصل وقيد بقوله إن وصل لأنه لو سكت لثبت حكم الكلام الأول فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط بعده رجوعاً عن الأول هذا إذا سكت من غير ضرورة أما إذا سكت للتنفس أو عطس أو تجشأ أو كان بلسانه ثقل فطال تردده ثم قال إن شاء الله يصح الاستثناء ولو حرك لسانه بالاستثناء ولم يكن مسموعاً صح عند الكرخي رحمه الله ولا يصح عند الهندواني رحمه الله

¹¹⁴ الترمذي، "النذور والأيمان" 7.

(ولو قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة طلقت ثنتين ولو قال أنت طالق ثلاثا إلا ثنتين فواحدة) أي فطلقت واحدة الأصل أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الشيا لأنه بيان أنه أراد بها تكلم ما وراء المستثنى ولا يصح فلو قال أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا وقع الثلاث وبطل الاستثناء

فصل في طلاق الفارّ

(ومن أبان امرأته في مرضه ثم مات ورثته إن كانت في العدة) وقال الشافعي رحمه الله لا ترث وإنما وضع في الإبانة لأن في الطلاق الرجعي إذا مات الزوج وهي في العدة ترث بالاتفاق وفي مرض الموت لأنه إذا طلقها في صحته أو في مرضه وصح ثم مات لا ترث بالاتفاق وفي موته لأن في موتها لا يرث هو منها اتفاقا وقيد بقوله إن كانت في العدة لأن بعد العدة لا ترث مطلقا سواء تزوجت أو لا له أن الزوجية بطلت بهذا العارض وهو السبب ولهذا لا يرثها إذا ماتت ولنا أن الزوج قصد إبطال إرثها فبرّد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها اعلم أنه إنما سمي هذا طلاق الفارّ لأن الزوج فرّ من أمر الله تعالى لأن الله تعالى أوجب لها الإرث وهو يطلق لأن لا ترث فسمي هذا طلاق الفارّ بهذا الاعتبار ثم اعلم أن الفرار كما يثبت من جانبه يثبت من جانبها كما إذا ارتدت وهي مريضة فماتت يرثها زوجها لأنها فارة عنه

(وإن أبانها بأمرها أو جاءت الفرقة من جهتها في مرضه لم ترثه كالمخيرة بسبب الحب والعنة وخيار البلوغ والعق) لأنها لما اختارت الفرقة في هذه الصور فقد رضيت ببطلان حقها والتأخير لحقها فلا يؤخر

(ولو فعلت ذلك) أي ما ذكرنا من الخيارات **(وهي مريضة ورثها)** الزوج **(إذا ماتت وهي في العدة)** بناء على أن الزوج ما فعل شيئا بعد ما تعلق حقه بتركها حتى يكون راضيا ببطلانه اعلم أن المشايخ رحمهم الله اختلفوا في مرض الموت والصحيح أنه إن كان الغالب من هذه المرض هو الموت فهو مرض الموت وإلا فلا

باب الرجعة

لما كانت الرجعة متأخرة عن الطلاق طبعاً أخره عنه وضعا ليناسب الوضع الطبع والرجعة بالكسرة والفتح

أفصح وهي عبارة عن رد الزوجة إلى الزوجية وإعادتها إلى الحالة التي كانت عليها

(الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء) عندنا حتى لو وطئها لا يغرم العقر وقال الشافعي رحمه الله يحرم الوطء

حتى لو وطئها يغرم العقر لأن الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا أن الزوجية باقية بدليل ملك

الرجعة عليها بلا رضاها فإن قلت قوله تعالى ﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾¹¹⁵ يدل على زوالها لما أنه سمي الرجعة رداً وهو عبارة عن إعادة الزائل قلت هذا النص لنا لا علينا لأنه مسمى المطلق بعلاً وهو اسم للزوج لغة وكما سماها رداً سماها إمساكاً وهو عبارة عن استدامة القائمة لا عن إعادة الزائل فدل أن الملك باقٍ فإن قلت كيف جعلوا أحق بالرجعة كان للنساء حقاً فيها قلت المعنى إن الرجل إن أراد الرجعة وأبته المرأة وجب إثارة قوله على قولها وكان هو أحق منها لا أن لها حقاً في الرجعة كذا في الكشف

(وللزوج مراجعتها في العدة بغير رضاها) لقوله تعالى ﴿وبعولتهن حق بردهن﴾¹¹⁶ البعول جمع بعل والتاء لاحقة لتأنيث الجمع أي أزواجهن أحق برجعتهن فالآية تدل على شرعية الرجعة وشرطية العدة إذ بعد انقضائها لا تبقى البعلية لانقطاع النكاح **(وتثبت الرجعة بقوله راجعتك)** في الحضرة وراجعت امرأتى في الحضرة والغيبة لأنه صريح فيه **(وبكل فعل ثبت به حرمة المصاهرة)** كالوطء والتقبيل بشهوة واللمس بشهوة والنظر إلى فرجها الداخل بشهوة **(من الجانين)** أي من جانب الزوج والزوجة وقال الشافعي رحمه الله لا تصح الرجعة إلا بالقول عند القدرة عليه وهذا بناء على أن الرجعة عنده استباحة الفعل فلا يكون بالفعل كأصل النكاح وعندنا استدامة الملك فيثبت بالفعل المختص به **(ويستحب أن يشهد)** الزوج

(على الرجعة) تحرزا عن التجاحد وإن لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رحمه الله في أحد قولي لا تصح إلا بإشهاد وهو قول مالك رحمه الله وهذا عجب من مالك رحمه الله حيث لم يشترط في النكاح الإشهاد وجعله شرطاً على الرجعة له إن الله تعالى قال عقيب ذكر الرجعة ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾¹¹⁷ والأمر للوجوب ولنا إطلاق النصوص الدالة على الرجعة عن قيد الإشهاد ولأنه تصرف بالرجعة في خالص حقه فلا يتوقف على علم الغير والأمر في الآية للاستحباب لأنه مذكور بعد ذكر المفارقة والإشهاد فيها مندوب فكذا في الرجعة **(وإن قال)** الزوج بعد العدة **(كنت راجعتك في العدة فصَدَّقته صحت الرجعة وإن كذبت لم تصح)** لأنه أخبر عما لا يملك إنشائه في الحال فكان متبهاً إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة وقد سبقت في الدعوى بتوفيق الله تعالى

¹¹⁵ سورة البقرة، الآية: 228.

¹¹⁶ سورة البقرة، الآية: 228.

¹¹⁷ سورة الطلاق، الآية: 2.

(فإن قال) الزوج (لها راجعتك فقالت مجيبة له) أي على الفور متصلا بقوله (انقضت عدتي فلا رجعة) عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله تصح الرجعة لأن عدتها باقية إلى أن تخبر بانقضائها والرجعة سبقت أخبارها فيصح ولا يقبل أخبارها لأنها متهمة ولهذا قال طلقك فقالت مجيبة له انقضت عدتي يقع الطلاق وله أنها صادفت حال الانقضاء فلا يصح وهذا لأنها أمانة في الإخبار عن الانقضاء فإذا أخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء وأقرب أحواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف ولئن سلم أنها وفاقية فالطلاق يقع بإقراره بعد انقضاء العدة والمراجعة لا تثبت به **(وإذا قال زوج الأمة راجعتها في العدة وصدقها المولى وكذبتة) الأمة (أو بالعكس) بأن صدقته الأمة وكذبه المولى (فلا رجعة) في الصورتين عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله القول قول المولى وهذا قول صاحب النظم "إن أنكرت رجعتها والمولى يقر، فالإنكار منها أولى" لهما أنه أقر له بما هو خالص حقه فصار كما إذا أقر عليها بالنكاح وله أن القول قولها في العدة والرجعة يبتني عليها وأما في صورة العكس وهي المسئلة الاتفاقية فلأن العدة منقضية في الحال وصار ملك المتعة للمولى فلا تملك إبطاله **(وإذا انقطع الدم في الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل) لأن الحيض لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة **(وإن انقطع) الدم (لأقل من عشرة) أيام (لم تنقطع) الرجعة (حتى تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة) لأنه** يحتمل عود الدم فلا بد من دخولها في حكم الطاهرات وذلك بالغسل أو بمضي وقت صلاة لأنها تصير مخاطبة بها وهو من أحكام الطاهرات **(أو تيمم) إن لم تقدر على الماء بعد ما طهرت دون العشرة (وتصلي) مطلقا سواء كانت مكتوبة أو تطوعا يعني تنقطع الرجعة إذا تيممت وصلت عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله إذا تيممت انقطعت وهو قياس لأن التيمم كالغسل عند عدم الماء وجه الاستحسان أن التيمم إنما اعتبر طهارة ضرورة لئلا تضاعف الواجبات أما أنه مطهر في نفسه فلا، بل هو ملوث وهذه الضرورة تتحقق إذا أرادت الصلاة لا قبل ذلك ولا كذلك الغسل كذا في شرح المصنف رحمه الله **(وفي الكتابية تنقطع) الرجعة (بمجرد انقطاع الدم) لأنه لا غسل عليها فصارت كالمسلمة إذا اغتسلت********

(ومن طلق امرأته وهي حامل وقال لم أجامعها فله الرجعة) لأن الحبل متى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه جُعل منه لقوله عليه السلام: "الولد للفراش"¹¹⁸ وذلك دليل الوطء منه والطلاق بعد الوطء يعقب الرجعة وبطل زعمه بتكذيب الشرع **(وإن قال ذلك)** أي لم أجامعها **(بعد الخلوة الصحيحة فلا رجعة له)** عليها لأن تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدم الوطء فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه فإن قيل قد صار مكذبا شرعا لوجوب كمال المهر ولا يجب المهر كاملا إلا إذا كان الطلاق بعد الدخول قلنا لم يصّر مكذبا شرعا لأن تأكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض والتسليم غير مستلزم للقبض فلا يلزم التكذيب

(وإذا قال لها إذا ولدت فأنت طالق فولدت ثم ولدت من بطن أخرى فهي) أي الولادة الثانية

(رجعة) لأنه وقع الطلاق عليها بالولد الأول فوجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لأنها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا **(والمطلقة الرجعية تشوف وتزين)** لقيام النكاح بينها وبين الزوج على ما بينا والرجعة مستحبة والزينة حاملة عليها فيكون مشروعاً قوله تشوف أي تتكلف في جلاء وجهها وصيقل خديها وقوله تزين أي لبس الثياب وقيل التشوف خاص في الوجه والتزين عام وهذا إذا كانت المراجعة مرجوة أما إذا كانت تعلم أنه لا يراجعها لشدة بغضها فإنها لا تفعل ذلك وإنما قيد المطلقة بالرجعية لأن المبتوتة والمتوفى عنها زوجها تحدّ على ما سيجيئ إن شاء الله تعالى

(ويستحب لزوجها ألا يدخل عليها حتى يؤذنها) بالتنخخ وخفق النعل إذا لم يكن من قصده المراجعة لاحتمال أن يقع نظره عليها وهي متجردة فتحصل الرجعة ثم يطلقها فتطول عليها العدة

(وله) أي وللزوج (أن يتزوج) مطلقة (المبانة بدون الثلاث في العدة وبعدها) لأن حل المحلية باقٍ إذ زواله إنما يكون بالطلقة الثالثة وإنما لا يجوز لغيره في العدة تحرزا عن اشتباه الأنساب وهو معدوم في حقه

(والمبانة بالثلاث لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم تبين به) بأن يطلقها أو يموت عنها وانقضت عدتها الأصل فيه قوله تعالى ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾¹¹⁹ والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في الأمة كالثلاث في حق الحرة ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة إنما يثبت

¹¹⁸ البخاري، "اليبوع" 3.

¹¹⁹ سورة البقرة، الآية: 230.

بنكاح صحيح لأن الوطء يحرم في الفاسد ويجب التفريق فلا يثبت به الحل للأول وشرط الدخول ثبت بإشارة النص وهو أن يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام على الإفادة دون الإعادة إذ العقد استفيد بإطلاق اسم الزوج أو يزداد على النص بالحديث المشهور وهو حديث العسيلة وقيل ثبت الدخول بحديث العسيلة ولم يثبت بهذا النص لأن النكاح وإن كان حقيقة في الوطء فقد يطلق بمعنى العقد وهو المراد هاهنا بدليل الإضافة إلى المرأة إذ الوطء لا يضاف إليها ولو جاز أن تسمى واطئة بالتمكين لجاز أن يسمى المركوب راكبا والمضروب ضاربا وهذا خلاف اللغة والاستعمال ولا يناسب آداب القرآن فلا يجوز حمل أفصح الكلام عليه وأما تسميتها زانية فليس بطريق المجاز لأنه اسم لتمكين المرأة من الوطء الحرام ولهذا لا يصح نفي الزنا عنها إذا زنت

(ولا تحل له بملك يمين) يعني لو نكح أمة الغير ثم طلقها ثنتين ثم ملكها بسبب من الأسباب لا تحل له به فإن قلت وجب أن يحل لإطلاق قوله تعالى ﴿وما ملكت أيما نهم﴾¹²⁰ قلت وجب ألا تحل لقوله تعالى ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾¹²¹ والطلقة الثانية في الإماء بمنزلة الطلقة الثالثة في الحرائر والمحرم أولى بالاعتبار **(وطء المولى لا يحلها)** أي ووطء المولى أمته لا يحلها لزوجها بعد طلاقها ثنتين لأن المولى ليس بزواج وهو الشرط بالنص **(والشرط الإبلاج دون الإنزال)** لأنه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد وقيد النص لا يجوز **(وأن يكون المحلل يجامع مثله)** ولو مراهما وهو من لم يبلغ ولكن يتحرك آله ويشتهي أو خصيّا وهو من كانت له آلة ونزعت خصيتاه لوجود الوطء في نكاح صحيح اعلم أنه يحلل الزوج الثاني إذا كان مراهما وجامعها ولكن الطلاق منه قبل البلوغ غير واقع هذا **(فإن تزوجها بشرط التحليل)** بأن قال تزوجتك على أن أحلل على الزوج الأول **(كره)** النكاح **(وحلت للأول)** عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله النكاح فاسد ولا يحل للأول وعند محمد رحمه الله النكاح الثاني صحيح ولا يحل للأول وهذا قول صاحب النظم رحمه الله

"لو شرط التحليل في العقد انعقد، محلا وعند يعقوب فسد،

وجاز في أقوال الأخير العقد، ولا تحل للبدني بعد"

¹²⁰ سورة الأحزاب، الآية: 50.

¹²¹ سورة البقرة، الآية: 230.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح قوله عليه السلام: "لعن الله المحلل والمحلل له"¹²² وهذا يقتضي صحة النكاح والحل للأول والكراهة وإنما لعنه عليه السلام لأن فيه إعاره النفس في الوطء لغرض الغير وهتكاً للحمية ولهذا قال هو النفس المستعار وإنما كان مستعاراً إذا سبق التماس من الزوج الأول وهو محمل الحديث وأما من طلب الحل من طريقه فلا يستوجب اللعن وكذا الزوج الثاني لا يستحق اللعن إذا كان قصده الإصلاح بل يكون مأجوراً فيه ووجه قول أبي يوسف رحمه الله أن هذا النكاح في معنى الموقت فلا تحل للأول لفساده ووجه قول محمد أن النكاح وإن صح لما بينا إلا أنه لا تحل على الأول لأنه استعجل ما أخره الشرع فيجأزى بمنع مقصوده كما في قتل المورث

(والزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث) كما يهدم الثلاث صورته رجل طلق امرأته طليقة أو طليقتين وانقضت عدتها وتزوجها بزواج آخر ودخل بها ثم طلقها وانقضت عدتها ثم تزوجها الأول عادت إليه بثلاث طلاقات وهدم الزوج الثاني الطليقة والطلقتين كما هدم الثلاث وقال محمد وزفر رحمهما الله يعود إلى الأول بما بقي من الثلاث في النكاح الأول لأن الزوج الثاني إنما يثبت الحل إذا انتهى والحل لم ينته لأنها تحل له بالعقد قبله فلا يكون منتهياً ولنا أنه وطء من زوج ثانٍ فرفع الحكم المتعلق بالطلاق كما في الثلاث كذا في شرح المصنف رحمه الله **(ولو طلقها ثلاثاً فقالت انقضت عدتي)** منك، **(وتحللت)** أي تزوجت بزواج آخر ودخل بي الزوج فطلقني **(وانقضت عدتي)** منه **(والمدة تحتمله)** أي والحال أن المدة تحتل المذکور وهو عدتان

(وغلب على ظنه) أي ظن الأول صدقها **(جاز له أن يتزوجها)** لأن النكاح إن كان أمراً دينياً فقول الواحد فيه مقبول كرواية الأخبار والإخبار عن القبلة وطهارة الماء وإن كان معاملة فقول الواحد مقبول في المعاملات على ما عرف وأدنى هذه المدة عند أبي حنيفة رحمه الله شهران وعندهما تسعة وثلاثون يوماً

باب الإيلاء

هو في اللغة اليمين قال: "قليل الألياء حافظ ليمينه وإن بدرت منه أليّة برت" وفي الشرع هو الحلف على ترك قربان المنكوحه أربعة أشهر أو أكثر وركنه والله لا أقربك ونحوه وشرطه كون اليمين معقودة على منع وطء

¹²² ابن ماجه، "النكاح" 23.

المنكوحة وأهله من هو أهل للطلاق وحكمه المتعلق بالبر وقوع الطلاق عند مضي أربعة أشهر والحكم المتعلق بالحنث الكفارة إن كان يمينا بالله تعالى وإن كان يمينا بغيره فما جعل الجزاء على الحنث

(وإذا قال والله لا أقربك أو لا أقربك أربعة أشهر فهو مولٍ) لقوله تعالى ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾¹²³ أفاد شرعية الإيلاء وإن مدته أربعة أشهر من غير زيادة ونقصان إذ لو كانت أقل من ذلك أو أكثر لم يكن في التنصيص على الأربعة فائدة **(وكذلك)** يكون موليا **(لو حلف بحج أو صوم أو صدقة أو عتق)** بأن قال إن قربتك فعلي حجة أو صوم أو صدقة أو فعبدي حر **(أو طلاق)** بأن قال إن قربتك فأنت طالق أو فضرتك طالق فاليمين موجودة في ذلك كله لأن اليمين بغير الله تعالى شرط وجزاء لأن المقصود منها الحمل أو المنع وهذه الأشياء توجب ذلك لما يتضمنه من المشيئة **(فإن قربها في أربعة أشهر)** وفي بعض النسخ في الأربعة الأشهر وهو صحيح عند الكوفيين **(حنث)** لوجود شرط الحنث وعليه الكفارة لأن الحنث موجب الكفارة **(ويبطل الإيلاء)** لأن اليمين ترتفع بالحنث **(وإن لم يقربها ومضت أربعة أشهر بانت بتطليقة)** وقال الشافعي رحمه الله تبين بتفريق القاضي لأنه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الحب والعنة ولنا أنه ظلمها بمنع حقها فجازه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن الصحابة رضي الله عنهم ولأن تقدير قوله والله لا أقربك أربعة أشهر في الشرع إن قربتك في المدة فعلي الكفارة وإن لم أقربك في المدة فأنت طالق بائن **(فإن كانت اليمين أربعة أشهر فقد انحلت)** لأنها كانت مؤقتة به

(وإن كانت مؤبدة) بأن قال والله لا أقربك أو والله لا أقربك أبدا **(فإن عاد فتزوجها عاد الإيلاء على الوجه الذي بينا)** أي إن قربها في أربعة أشهر فعلي الكفارة وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه لأن اليمين متى كانت مطلقة لا تنحل إلا بالحنث فلم يوجد فبقيت كما كانت **(فإن مضت أربعة أشهر بانت بأخرى)** أي بطلقة أخرى لبقاء اليمين **(فإن تزوجها فكذلك)** أي عاد الإيلاء فإن وطئها وإلا وقعت بمضي أربعة أشهر تطليقة أخرى لأن اليمين باقية لإطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء الإيلاء من وقت التزوج

(فإن تزوجها بعد زوج آخر فلا إيلاء) يعني في حق الطلاق حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقرها لا يقع الطلاق لتقيد الإيلاء بطلاق هذا الملك لأن قوله والله لا أقربك بمنزلة قوله إن مضت أربعة أشهر ولم أقربك فأنت طالق فتقيد بطلاق هذا الملك **(فإن وطئها)** أي وطء التي نكحها بعد زوج آخر **(كفر ليمينه)** لوجود الحنث لأن ذا لا يتوقف على الملك حتى لو قال لأجنبية والله لا أقربك فتزوجها لا يكون ذلك إيلاء ولو قربها يجب الكفارة **(وأقل مدة الإيلاء من الحرة أربعة أشهر)** فلو إلى أقل من أربعة أشهر لا يكون موليا لقول ابن عباس رضي الله عنه: "لا إيلاء فيما دون ذلك أربعة أشهر" ¹²⁴ **(والأمة)** أي ومدة الإيلاء من الأمة

(شهران) لما عرف أن الرق متنصف وأنه مدة ضربت للبينونة فتنصف كالعدة والآية تناولت الحرائر دون الإماء لأن اسم النساء والزوجات عند الإطلاق ينصرف إلى الحرائر دون الإماء لأن معنى الأزواج في الإماء ناقص لأن للمولى أن يستخدمها ولا يبوئها الزوج والاسم عند الإطلاق ينصرف إلى الكامل كذا في شرح المصنف رحمه الله **(وإن آلى من المطلقة الرجعية فهو مولى ومن البائنة لا)** أي وإن آلى من المطلقة البائنة لا يكون موليا لأن الزوجية قائمة في الأولى دون الثانية فكانت الأولى من نسائه دون الثانية **(ولو قال والله لا أقربك سنة إلا يوما فليس بمولى)** خلافا لزفر رحمه الله هو يصرف اليوم إلى آخر السنة كالإجارة فصار كما إذا تلفظ به ولنا أن المولى من لا يمكنه قربانها أربعة أشهر إلا بشيء يلزمه ويمكنه هاهنا لأن المستثنى، يوم، منكّر بخلاف الإجارة لأن الصرف إلى الآخر لتصحيحها فإنها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين فإنه يصح مع الجهالة كما إذا قال والله لا أتزوج امرأة فإن قلت إذا قال لغيره والله لا أكلمك سنة إلا يوما فإن اليوم المستثنى إلى آخر السنة قلت الحامل على اليمين الغليظ فإنه قائمة في الحال فيكون المنع من الكلام مرادا في الحال فلذلك صُرف اليوم المستثنى إلى الآخر ولقائل أن يقول الحامل على اليمين في الإيلاء أيضا غليظ قائم في الحال فبطل الفرق هذا **(فإن قربها)** في يوم **(وقد بقي من السنة أربعة أشهر)** أو أكثر **(صار موليا)** لسقوط الاستثناء

(وإذا كان أحد الزوجين مريضا لا يقدر على الجماع أو هو مجبوب أو هي رتقاء) الرتق بفتح التاء انسداد الرحم بعظم أو نحوه يقال امرأة رتقاء إذا لم يُستطع جماعها لارتفاق ذلك الموضع منها **(أو صغيرة أو بينها مسيرة أربعة أشهر فقال في مدة الإيلاء فُتت إليها سقط الإيلاء إن استمر العذر من وقت الحلف إلى آخر المدة)** وقال

¹²⁴ ابن أبي شيبة، المصنف، 4 / 135.

الشافعي رحمه الله لا فيئ إلا بالجماع قيد بقوله في المدة وبقوله إن استمر العذر لأنه لو وجد الفيء بعد المدة أو زال العذر فيها لم يصح بالاتفاق له أن المتعلق بالفيء حكمان وجوب الكفارة وامتناع حكم الفرقة ثم الفيء باللسان لا يعتبر في أحد الحكمين وهو الكفارة فكذا في حكم الآخر ولنا أنه إذاها بذكر المنع فيكون إرضاءها بالوعد باللسان وإذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق **(ولو قدر على الجماع بعد ذلك في المدة لزمه الفيء بالجماع)** لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالحلف **(ولو قال لامرأته أنت علي حرام)** يُساء عن نيته **(فإن أراد الكذب صدق)** لأنه أراد حقيقة كلامه وقيل لا يصدق لأنه يمين ظاهرا **(وإن أراد الطلاق فواحدة بائنة)** لأنه من الكنايات **(وإن نوى الثلاث فثلاث)** وقد مر في الكنائيات **(وإن أراد الظهار فظهار)** وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله ليس بظهار لعدم التشبيه بالمحرمة ولها أنه أطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد **(وإن أراد التحريم أو لم يُرد شيئا فهو إيلاء)** لأن تحريم الحلال يمين وسيجيئ في كتاب الأيمان إن شاء الله المستعان والمتأخرون من أصحابنا رحمهم الله صرفوه إلى الطلاق حتى قالوا يقع بغير نية وأحقوه بالصريح لكثرة الاستعمال فيه والعرف روي أن هذه المسئلة وقعت في عصر أبي جعفر الهندواني رحمه الله فأشكل وكأنه يقول في نفسه ينبغي ألا يقع الطلاق وكان يتفكر فيه أياما وكان مُغتَمًا في ذلك وكانت له ابنة صغيرة فقالت له يوما يا أبت مالي أراك مغتما فقال لها كيت كيت فقالت لا تشك في هذا أنه يقع الطلاق لما أن الرجال يحلفون به دون النساء فلو لم يكن طلاقا لحلفت به النساء

باب الخلع

هو في اللغة القلع والإزالة قال الله تعالى فاخلع نعليك ومنه خلع القميص إذا أزاله عنه وخلع الخلافة إذا تركها وفي الشرع إزالة الزوجية بما تعطيه من المال وهو في إزالة الزوجية بضم الخاء وإزالة غيرها بفتحها قال **(وهو أن تفتدي المرأة نفسها بمال ليخلعها به فإذا فعلا لزم المال ووقعت تطليقة بائنة)** والأصل فيه قوله تعالى ﴿فإن خفتن ألا يقيما حدود الله﴾¹²⁵ فلا جناح عليهما فيما افتدت به أي فلا إثم على الرجل فيما أخذ ولا عليها فيما أعطت وقوله فيما افتدت به أي فيما فدت به نفسها واختلعت به من بدل ما أوتيت من المهر وإنما

¹²⁵ أي مما يلزمها من مواجب الزوجية

يقع تطليقة بائنة لقوله عليه السلام: "الخلع تطليقة بائنة"¹²⁶ ولأنه كناية والواقع بالكنايات بائن إلا أن ذكر المال أغنى عن النية هذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله في أصح قوليهِ وفي أحد قوليهِ الخلع فسخ حتى لو خالعهَا بعد التطليقتين لا يحل له حتى تنكح زوجا غيره عندنا خلافا له وهو محجوج بما روينا

(وكذلك إن طلقها على مال) أي وكذلك إن طلق امرأته على مال فقبلت المرأة وقع الطلاق ولزمها المال لما بينا ويكون الطلاق بائنا لأنه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك هي الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة **(ويكره له أن يأخذ منها شيئا إن كان هو الناشر)** لقوله تعالى ﴿ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا ﴾¹²⁷ أي وإن أردتم تطليق امرأة وتزوج أخرى وأعطيتم إحدى الزوجات مالا عظيما فلا تأخذوا من القنطار شيئا **(وإن كانت هي)** أي وإن كانت الناشزة هي **(كره له أن يأخذ أكثر مما أعطاهَا)** لقوله عليه السلام في امرأة ثابت بن قيس بن شماس أما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها والنهي في الآية والحديث محمول على الكراهة لأن قوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾¹²⁸ بإطلاقه يعارضه **(وما صلح)** بفتح اللام **(مهرًا صلح بدلا في الخلع)** لأن البضع حال الدخول متقوم دون حال الخروج فإذا صلح بدلا للمتقوم لأن يصلح لغير المتقوم أولى وإنما لم يذكر عكسه حيث لم يقل وكل ما لا يصلح مهرًا لا يصلح أن يكون بدلا في الخلع لأن ما دون العشرة يصلح أن يكون بدل الخلع ولا يصلح أن يكون مهرًا **(وإذا بطل العوض في الخلع)** مثل أن يخالعه المسلم على خمر أو خنزير أو ميتة

(كان) الطلاق (بائنا وفي الطلاق يكون رجعيًا) أي وإذا بطل العوض في الطلاق يكون رجعيًا أما وقوع الطلاق في الوجهين فللتعليق بالقبول وأما افتراقها في الحكم فلأنه لما بطل العوض كان العامل في الأول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يُعقَّب الرجعة **(فإن خالعه المسلم على خمر أو خنزير فلا شيء له)** أي للزوج لأنها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارّة له ولأنه لا سبيل إلى المسمى للإسلام ولا إلى غيره لعدم الإلزام

¹²⁶ الدارقطني، السنن، 3/ 299.

¹²⁷ والمراد بالزوج للجمع لأن الخطاب للجماعة الرجال

¹²⁸ سورة النساء، الآية: 20.

¹²⁹ سورة البقرة، الآية: 229.

(وإن قالت خالعتني على ما في يدي) أرادت باليد الجارحة (وليس في يدها شيء فلا شيء له عليها) لأنها لم تغرّه بتسمية المال وكذا لو قالت على ما في بيتي ولا شيء فيه (ولو قالت) خالعتني على ما في يدي (من مال) فخالعتها ولم يكن في يدها شيء رُدَّت إليه مهرها لأنها لما سمَّت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال إلا بعوض ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا إلى قيمة البضع أعني مهر المثل لأنه غير متقوم حالة الخروج فتعين إيجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه (ولو قالت) خالعتني على ما في يدي (من دراهم لزمها ثلاثة دراهم) لأنها سمَّت الدراهم وأقل الجمع ثلاثة (ولو خلع ابنته الصغيرة على ما لها لا يلزمها شيء) لأنه لا نظر لها فيه إذ البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم ثم يقع الطلاق في رواية ولا يقع في أخرى والأول أصح (وفي الكبيرة يتوقف على قبولها) أي ولو خلع ابنته الكبيرة يتوقف على قبولها لأنه لا ولاية له عليها فصار كالفضولي (ولو ضمن) الأب (المال) أي بدل الخلع (لزمه في المستلتين) لأن شرط بدل الخلع على الأجنبي جائز فعلى الأب أولى ولم يرد بهذا الضمان الكفالة عن الصغيرة ولكن المراد بالضمان هاهنا التزام المال ابتداء لا بجهة الكفالة (وشرط الخيار للزوج باطل) فلو قال خالعتك بكذا على أنني بالخيار ثلاثة أيام فقبلت بطل الخيار بالاتفاق (ولها جائز) أي وشرط الخيار للزوجة جائز فلو قال خالعتك بكذا على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت فإنه يجوز وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يجوز فالطلاق واقع في الحال والمال لازم عليها لأن الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لأن من جانبه يمين ومن جانبها شرط اليمين وشرط الشيء تابع له وله أن الخلع في جانبها معاوضة بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها قبل قبول الزوج ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه أما في جانبه فيمين حتى يصح رجوعه منه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا رجوع في الأيمان

(ولو قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف) وهي ثلاثمائة وثلاثون وثلاثة وثلث درهم وهذا لأنها لما طلبت الثلث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلث الألف وذلك لأن حرف الباء تصحب الأعراس والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال

(ولو قالت) طلقني ثلاثا (على ألف) فطلقها واحدة (لم يلزمها شيء) عند أبي حنيفة رحمه الله ويملك الرجعة وقالوا رحمهما الله هي واحدة بائنة بثلث الألف وهذا قول الشافعي رحمه الله لأن على كالباء في المعاوضات لأن قوله أحمل هذا بدرهم وعلى درهم سواء وله أن كلمة على تستعمل للشرط قال الله تعالى ﴿يَايَعْنُكَ عَلَى أَنْ لَا

يشركن بالله شيئاً¹³⁰ وهذا لأن أصلها اللزوم واستعير للشرط لأنه يلزم الجزاء وإذا كان¹³¹ للشرط¹³² فالمشروط¹³³ لا يتوزع على أجزاء الشرط بخلاف الباء لأنها للعوض على ما مر فإن قلت كلمة على دخلت على الألف فكيف يكون الطلاق شرطاً للألف قلت صار كل واحد من الطلاق والمال شرطاً لصاحبه فصار دخولها على المال مثل دخولها على الطلاق بحكم الاتحاد

(ولو قال لها طلقني نفسك ثلاثاً بألف أو على ألف فطلقت واحدة لم يقع شيء) لأنه ما رضي بالبينونة إلا ليسلم له جميع الألف بخلاف المسئلة الأولى لأنها لما رضيت بالبينونة بألف فلا ترضى ببعضها كان أولى **(ولو قال لها أنت طالق وعليك ألف فقبلت طلقت ولا شيء عليها)** وكذا إن لم تقبل وقالوا رحمهما الله إن قبلت فعليها الألف وإلا لا شيء عليها لأن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة يقال اعمل هذا العمل وعليك درهم أو بع هذا وعليك ألف وله أن الواو للعطف والأصل في الجملة الاستقلال فيقع بالجملة الأولى الطلاق ولا يلزم المال بالثانية بخلاف البيع والإجارة لأنها لا ينفكان عن المال ولو قال لعبد أنت حر وعليك ألف فعلى هذا الخلاف **(والمبارأة كالخلع)** يقال براء شريكه أي أبرأ كل واحد منهما صاحبه ومنه قولهم المبارأة كالخلع وترك الهمزة خطأ كذا في المغرب **(يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح)** من الحقوق الواجبة في هذا النكاح الثابتة عند الخلع فلا يسقط نفقة العدة ومؤونة السكنى ونفقة الولد¹³⁴ والدين الواجب عليه بسبب آخر ومهر كان عليه في نكاح سابق **(حتى لو كان قبل الدخول وقد قبضت المهر لا يرجع عليها بشيء ولو لم تقبض شيئاً لا ترجع عليه بشيء)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يسقط بهما إلا ما سمي به وأبو يوسف رحمه الله معه في الخلع ومع أبي حنيفة رحمه الله في المبارأة قال صاحب النظم رحمه الله "والخلع للإسقاط عند الصدر، كذا المبارأة تأمل تدر،

¹³⁰ سورة الممتحنة، الآية: 12 .

¹³¹ "على"

¹³² "الطلاق"

¹³³ "ألف"

¹³⁴ وهي مؤنة الرضاع

وفي المباراة وفاق الثاني ، وفيهما يخالف الشيباني " لمحمد رحمه الله أن هذا عقد معاوضة فوجب الاقتصار على المبدل المشروط كسائر المعاوضات ولهذا لم يسقط نفقة العدة والنفقة مع كونها أضعف من المهر إذا لم تسقط فالمهر أولى ولأبي يوسف رحمه الله أن المباراة مفاعلة من البراءة وقضيتها البراءة من الجانبين مطلقا إلا أنا قيدناها بحقوق النكاح لدلالة الغرض أما الخلع فيقتضي الانخلاع وقد حصل الانخلاع من النكاح فلا ضرورة إلى انقطاع الأحكام ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع البغال وخلع العمل وهو مطلق كالمباراة فيعمل بإطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه

(وتعتبر خلع المريضة من الثلث) بناء على أن البضع عند الخروج ليس بهال لما عرف في موضعه

باب الظهار

وهو في اللغة مشتق من لفظة الظهر يقال ظاهر ظهارة وأصله قول الرجل لامرأته أنت على كظهر أمي ثم انتقل إلى غيره من الأعضاء وإلى غيرها من المحرمات فقال

(وهو أن يشبه امرأته أو عضوا) منها **(يعبر به عن بدنها)** كالرأس والوجه **(أو جزء شائعا)** منها كالثلاث والرابع

(بعضو) متعلق بقوله يشبه **(لا يحل النظر إليه)** كالظهر والبطن والفرج **(من أعضاء من لا يحل له نكاحها على**

التأييد) كأمه وبنته وجدته وعمته وخالته واخته وغيرهن من المحرمات على التأييد وذلك مثل أن يقول

لامرأته أنت على كظهر أمي أو بطن أمي أو كفخذها أو كفرجها أو قال رأسك على كظهر أمي أو فرجك أو

وجهك أو رقبتك أو نصفك أو ثلثك لأنه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بينا

في الطلاق وقوله على التأييد احتراز به عن محرمة عليه لا على التأييد كأخت امرأته **(وحكمه حرمة الجماع**

ودواعيه) اللمس والقبلة ونحوهما **(حتى يكفر)** الأصل فيه قوله تعالى ﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾ إلى

قوله ﴿فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾¹³⁵ نزلت الآية في خولة امرأة أوس بن صامت¹³⁶ رآها وهي تصلي

وكانت حسنة الوجه فلما سلمت راودها فأبت فغضب وظاهر منها فأتت رسول الله عليه السلام فقالت إن

أوسا تزوجني أنا شابة غنية ذات مال وأهل حتى إذا أكل مالي وأفنى شبابي وتفرق أهلي وكبرت سني ونثر

¹³⁵ سورة المجادلة، الآية: 3.

¹³⁶ أبو داود، "الطلاق" 16.

بطني ظاهر مني وجعلني كامه وقد ندم فهل شيء يجمعني وإياه فقال عليه السلام حرمت عليه فجعلت تراجع رسول الله عليه السلام فقال لها حرمت عليه فتهتفت فقالت أشكو إلى الله فاقتي وشدة حالي وأن لي صبية صغاراً إن ضممتهم إليه ضاعوا وإن ضممتهم إليّ جاعوا وجعلت تقول اللهم إني أشكو إليك اللهم فأنزل على لسان نبيك فتغشى رسول الله عليه السلام الوحي كما كان يتغشاها فلما سُري عنه قال يا خولة قد أنزل الله فيك وفي أوس وتلا قد سمع الله قول التي تجادل في زوجها وتشتكي إلى الله الآيات فالظهار كان طلاقاً في الجاهلية فقرر الشرع أصله وهو التحريم ونقل حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح ثم الوطء إذا حرّم حرّم بدواعيه كيلا يقع فيه ¹³⁷ كما في الإحرام بخلاف الحائض والصائم لأنه يكثر وجودهما ولو حرّم الدواعي يفضي إلى الحرج ولا كذلك الظهار والإحرام **(فإن فعل)** أي جامع **(قبل التكفير استغفر الله تعالى)** ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى ولا يعاودها حتى يكفر لما روي أنه عليه السلام: "قال لرجل واقع امرأته وقد ظاهر منها استغفر الله ولا تعد حتى تكفر" ¹³⁸ ولو كان عليه شيء آخر لبيّنه عليه السلام لثبوت الحاجة إلى البيان **(والعود الذي يجب به الكفارة)** أي يستقر به الوجوب **(العزم)** أي عزم المظاهر **(على وطئها)** وأراد بالعود العود المذكور في قوله تعالى ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا﴾ ¹³⁹ وعند الشافعي رحمه الله العود هو الإمساك فإذا سكت عقيب الظهار فقد صار ممسكاً فيقرر عليه الكفارة الحاصل أن العود شرط لوجوب الكفارة في الظهار بالإجماع غير أن العود عنده إمساكها بعد الظهار حتى لو طلقها بعد الظهار موصلاً لا كفارة عليه وعندنا هو العزم على جماعها له أن موجب هذا التشبيه أن لا يمسكها نكاحاً فإذا أمسكها فقد نقض ظهارها يقال عاد له إذا نقضه ولنا أن موجب الظهار هو الامتناع عن الوطء ونقضه هو العزم إليه فمعنى قوله ثم يعودون لما قالوا يعودون لتحليل ما حرّموا على حذف المضاف كذا في شرح المنظومة وشرح المجمع **(وينبغي لها أن تمتنع منه نفسها وتطالبه بالكفارة ويجبره القاضي عليها)** لئلا يقع في المحذور قال المصنف رحمه الله سئل محمد رحمه الله عن المرأة تقول لزوجها أنت عليّ كظهر أمي فقال رحمه الله ليس بشيء لأن المرأة لا تملك التحريم كالطلاق وسئل أبو يوسف رحمه الله عنها فقال عليها الكفارة لأن

¹³⁷ كيلا يقع فيه

¹³⁸ ابن ماجه، "الطلاق" 26.

¹³⁹ سورة المجادلة، الآية: 2.

الظهار تحريم يرتفع بالكفارة وهي من أهل الكفارة فيصح أن توجبها على نفسها وسئل حسن بن زياد رحمه الله عنها فقال هما شيخان الفقه أخطأ عليهما كفارة يمين لأن الظهار يقتضي التحريم فكأنها قالت لزوجها أنت على حرام فيجب عليها كفارة يمين إذا وطئها **(ولو قال أنت علي مثل أمي أو كأمي)** فهو كناية يُرجع إلى نيته **(فإن أراد الكرامة)** أي فإن قال أردت أنها مكرمة عندي كأمي **(صُدّق)** لأن التكريم بالتشبيه فاش في الكلام ومشهور بين الأنام **(وإن أراد الظهار فظهار)** لأنه شبهها بجميعها وفي ذلك تشبيه بالعضو المحرم فيصح عند نيته **(وإن أراد الطلاق فواحدة بائنة)** لأنه تشبيه بالأم في الحرمة فكأنه قال أنت علي حرام ونوى الطلاق **(وإن لم يكن له نية فليس بشيء)** عندهما لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد رحمه الله هو ظهار لأنه تشبيه حقيقة والتشبيه بالعضو ظهار فالتشبيه بالكل أولى **(ولو قال لنسائه أنتن علي كظهر أمي فعليه لكل واحدة كفارة)** لأنه يصير مظاهرا من كل واحدة منهن بإضافة الظهار إليهن كما إذا قال أنتن طواق تطلق كل واحدة منهن وإذا كان مظاهرا من كل واحدة منهن تثبت الحرمة في كل واحدة والكفارة لأنها الحرمة فيتعدد بتعدد الحرمة **(وإن ظاهر منها مرارا في مجلس أو مجالس فعليه لكل ظهار كفارة)** كما في تكرار اليمين وعن الحسن رحمه الله إذا قال لامرأته أنت علي كظهر أمي مائة مرة وجب عليه مائة كفارة وهو حالف مائة مرة

فصل في الكفارة

(والكفارة عتق رقبة) أي إعتاق رقبة فإن العتق لا ينوب عن الكفارة ألا يرى أنه لو وُثِرَ ثأب وأبواه ونوى الكفارة لا تخرج عن عهدها **(يجزئ فيها)** أي في الكفارة **(مطلق الرقبة)** المسلمة أو الكافرة والذكر والأنثى صغيرة أو كبيرة لأن اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء إذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه إذا كانت سليمة وهذا قوله **(السليمة)** لأن الرقبة عند الإطلاق ينصرف السليمة **(ولا يجزئ المدبر وأم الولد)** لأنها حرّان من وجه ولهذا لا يجوز عودهما إلى الرق **(والمكاتب الذي أدّى بعض كتابته)** لأنه يشبه العتق ببذل وقيد بقوله أدّى بعض كتابته لأنه لو لم يؤدّ شيئا من كتابته يجوز لأن الرق قائم به وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لأن المكاتب استحق الحرمة بجهة الكتابة فلا يجوز إعتاقه لكفارة كالمدبر وأم الولد ولنا أن الرق في المكاتب قائم من كل وجه ولهذا كان قائلا للفسخ ونقصان الملك فيه يدا لا يوجب نقصانا في رقبته كالمأذون في التجارة

(ولا مقطوع اليدين أو إبهاميهما أو الرجلين ولا الأعمى ولا الأصم ولا الأخرس ولا المجنون المطبق) لأن جنس المنفعة يفوت في هؤلاء وهو البطش والسعي والسمع والبصر والانتفاع بالجوارح بالعقل فالمجنون

فأنت المنفعة وقيام الرقبة بقيام المنفعة فإذا قامت جنس المنفعة صارت الرقبة هالكة من وجه فكانت ناقصة أما إذا اختلَّت المنفعة فليس بمانع حتى يجوز الأعور ومقطوع إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف بخلاف ما إذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي إذ هو عليه متعذر وإنما وضع في الأصم الأخرس لأن الأصم إذا لم يكن أخرس يجوز لأن أصل المنفعة باقٍ فإنه إذا صحَّ عليه يسمع هكذا فهمت من الهداية وقيد المجنون بالمطبق لأن المجنون الغير المطبق وهو الذي يجنُّ ويفيق يجزيه¹⁴⁰

(ولا معتق البعض) لأنه ليس برقبة كاملة **(وإن اشترى)** المظاهر **(أباه أو ابنه)** حال كونه **(ينوي)** بشرائه **(الكفارة أجزأه)** عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجزئه وهو قول زفر رحمه الله وإنما وضع في الشراء لأنه لو دخل في ملكه بلا صنعه كالميراث ونوى به الكفارة لا يجوز لهما إن النية اقترنت بشرط العتق وهو الشراء لا بالعلة فلا يعتبر كما لو قال لعبد الغير إن اشتريتك فأنت حر ثم اشتراه ينوي الكفارة لا يجوز ولنا أن الشري القريب إعتاق لقوله عليه السلام: "لن يجزي الولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه"¹⁴¹ جعل نفس الشراء إعتاقا لأنه لا يشترط غيره وصار نظير قوله سقاه فأرواه وضربه فأوجعه فإن الفعل إذا ذكر عقيب فعل بحرف الفاء كان الثاني عين الأول قال صاحب التلويح وهذا منهم تسامح نظرا إلى أنه لم يتحقق من الفاعل إلا فعل واحد وإلا فالسقي يحصل بمجرد وضع الماء على كفه أو صبّه في حلقه والإرواء لا يحصل إلا بعد شربه بعد الرئي ولهذا صح أن يقال سقاه فما أرواه فاحفظه عن روية قال بعض المشايخ رحمه الله سمعت في هذا الحديث لن يجزي ولد والده الحديث معنى لطيفا وهو أن قضاء حق الوالد لما لم يوجد إلا في صورة أن يعتقه عقيب شرائه وهذه الصورة مستحيلة لأن العتق إنما يوجد مقارنا بالشراء لا عقيبهُ فُعلم أن قضاء الولد حق الوالد محال وهذا قوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف﴾¹⁴² ونكاح السلف محال فيفسد نكاح منكوحات الآباء فيجوز أن يكون الفاء في "فيعتقه" كما في قوله تعالى ﴿فتوبوا إلى بارئكم فاقتلوا أنفسكم﴾¹⁴³ إذا جعلت التوبة نفس القتل

¹⁴⁰ يريد به إذا أعتقه في حال إفاقته

¹⁴¹ مسلم، "العتق" 25.

¹⁴² سورة النساء، الآية: 22.

¹⁴³ سورة البقرة، الآية: 54.

(وإن أعتق نصف عبد) عن كفارته **(ثم جامعها ثم أعتق باقيه لم يُجزَّه)** عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما رحمهما الله يجرئه بناء على تجزّي الإعتاق فعندهما إعتاق البعض إعتاق الكل وعنده لا **(وإن لم يجمع بين الإعتاقين)** أي وإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه عنها **(أجزأه)** بالإجماع أما عندهما رحمهما الله فظاهر وأما عنده فلا أنه أعتقه بكلامين وما حصل فيه من النقصان حصل سبب العتاق للكفارة كما إذا أصاب السكين عين شاة الأضحية وقد أضجعها للذبح **(والعبد لا يجرئه في الظهار إلا الصوم)** أي وإن ظاهر العبد لم يُجرَّه في الكفارة إلا الصوم لأنه عاجز عن الإطعام والإعتاق لأنه لا يملك شيئاً قال عليه السلام: "لا يملك العبد إلا الطلاق"¹⁴⁴ **(فإن لم يجد المظاهر ما يُعتق صام شهرين متتابعين)** لقوله تعالى: ﴿من لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا﴾¹⁴⁵

(ليس فيها رمضان ويوما العيد) يوم الفطر ويوم النحر **(وأيام التشريق)** أما رمضان فلا أنه لا يقع عن الظهار لما فيه من إبطال ما أوجبه الله تعالى بل يقع عن الفرض لتعيّنه على ما مر في باب الصوم وأما الصوم في هذه الأيام فلا أنه منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل **(فإن جامعها في الشهرين)** أي فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين **(ليلاً أو نهاراً عامداً أو ناسياً أو أفطر بعذر أو لغير عذر استقبل)** أي استأنف الصوم في هذه الصور لقوله تعالى ﴿من قبل أن يتماسا﴾¹⁴⁶ وقال أبو يوسف رحمه الله إن جامع ليلاً عامداً أو نهاراً ناسياً لم يستأنف لأن ذلك لا يمنع التتابع حتى لا يفسد به الصوم وجوابه أن الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس وأنه منعدم بالمسيس فيستأنف **(فإن لم يستطع)** المظاهر **(الصيام أطعم ستين مسكيناً)** بالنص

(كصدقة الفطر) يعنى يطعم كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعاً من تمر أو شعير لقوله عليه السلام في حديث أوس بن الصامت وسهل بن الصخر: "لكل مسكين نصف صاع من بر"¹⁴⁷ ولأنه لحاجة المسكين في اليوم فاعتبر بصدقة الفطر **(أو قيمة ذلك)** الطعام وهذا مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز القيمة وقد مر في باب الزكاة

¹⁴⁴ ابن ماجه، "الطلاق" 31.

¹⁴⁵ سورة المجادلة، الآية: 3.

¹⁴⁶ سورة المجادلة، الآية: 3.

¹⁴⁷ ابن أبي شيبة، المصنف، 73 / 3.

(فان غداهم وعشاهم) بالواو لا ب"أو" لأن أحدهما لا يجزئ **(جائز)** لأن الله تعالى قال فإطعام ستين مسكينا

والإطعام هو التمكين من الطعام وقال الشافعي رحمه الله لا بد من التملك اعتبارا بالزكاة وصدقة الفطر

(ولا بد من شعبهم في الأكلتين) اعتبارا للعادة **(ولا بد من الإدام في خبز الشعير دون الحنطة)** وفي المسئلة تفاريع

تعرف في الشروح المبسوطة **(وإن أطعم)** مسكينا واحدا **(ستين يوما أجزأه)** لأن المعتبر دفع حاجة المسكين

وإنها متجدد بتجدد اليوم **(وإن أعطاه في يوم واحد عن الكل أجزأه عن يوم واحد)** يعني وإن أعطى مسكينا

واحدا في يوم واحد طعام ستين مسكينا لم يُجْزَ إلا عن يوم واحد لاندفاع الحاجة بالمرة الأولى وهذا لا خلاف

فيه في الإباحة فأما التملك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات قليل وقليل ولو دفع الكل إليه مرة واحدة

لا يجوز لأن التفريق واجب بالنص فإذا جمع لا يجزيه إلا عن واحد **(فإن جامعها في خلال الطعام لم يستأنف)**

الإطعام لأن النص لم يشرط في الإطعام أن يكون قبل المسيس إلا أنه يمنع من المسيس قبله لاحتمال القدرة

على الاعتاق أو الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا ينافي المشروعية

(ومن أعتق رقبتين أو صام أربعة أشهر أو أطعم مائة وعشرين مسكينا عن كفارتين ظهار أجزأه عنهما وإن لم

يعين) لأن الجنس متحد فلا حاجة إلى التعيين **(وإن أطعم ستين مسكينا كل مسكين صاعا)** من بر

(عن كفارتين لم يُجْزَ إلا عن) كفارة **(واحدة)** منها وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد

رحمه الله يجزئه عنهما وإن أطعم ذلك عن ظهار وإفطار أجزأه عنهما بالإجماع وعليه قياس محمد رحمه الله وهذا

لأن بالمؤدي وفاء بهما والمصروف إليه محل لهما فيقع عنهما كما إذا فَرَّق في الدفع ولهما أن النية في الجنس الواحد

لغو وفي الجنسین معتبرة وإذا لغت النية في الجنس الواحد بقي أصل النية فيجزئ عن الواحدة كما إذا قال عن

كفارة ظهار **(وأن أعتق)** رقبة واحدة عن ظهارين **(أو صام)** شهرين والرواية بأو لا بالواو **(فله أن يجعل ذلك**

عن أيهما شاء) لأن التعيين لغو في متحد الجنس فبقي مطلق النية فله أن يُعَيِّنَ لأيهما شاء وإنما قيدنا الاعتاق

بقولنا عن ظهارين لأنه لو أعتق عن ظهار وقتل ليس له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء وعليها قاس زفر رحمه

الله مسئلة المتن وعكس الشافعي رحمه الله لأن الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد ولزفر رحمه

الله أنه أعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له أن يجعل لأحدهما بعد ما أعتق عنهما لخروج الأمر من يده

ووجه قولنا قد مر فتأمل وتدبر

باب اللعان

وهو مصدر لاعن يلاعن ملاءنة وأصل اللعن الطرد ولا يكون هذا الوزن إلا بين اثنين وهنا اللعن في كلام الزوج وحده وفي كلام الزوجة ذكر الغضب ووجهه أن هذا من باب التغليب كالقمرين للشمس والقمر ثم إنه قد كان موجب القذف الحد في الأجنبية والزوجة بقوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا﴾¹⁴⁸ فنسخ في الزوجات إلى اللعان لقوله تعالى ﴿والذين يرمون أزواجهن ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم﴾¹⁴⁹ الآية وسبب ذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أن هلال بن أمية قذف امرأته خولة عند رسول الله عليه السلام بشريك بن سمحاء فقال رسول الله عليه السلام: "البينة أو حدا في ظهرك" فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق ولينزلن الله ما يُبرئ ظهري من الحد فنزل ﴿والذين يرمون أزواجهن﴾ إلى قوله ﴿إن كان من الصادقين﴾¹⁵⁰ فجاء هلال ولاعن عند رسول الله عليه السلام¹⁵¹ كذا في الصحاح وقال في الكشف: روي أن آية القذف لما نزلت قرأها رسول الله عليه السلام على المنبر فقام عاصم بن عدي الأنصاري رضي الله عنه فقال: جعلني الله تعالى فداك إن وجد رجل مع امرأته رجلا فأخبر جلد ثمانين ورُدَّتْ شهادته أبدا وفُسِّق وإن ضربه بالسيف قُتِل وإن سكت سكت على غيظ وإلى أن يجيئ بأربعة شهداء فقد قضى الرجل حاجته ومضى اللهم افتح وخرج فاستقبله هلال بن أمية فقال ما وراءك؟ قال: شرٌّ وجدت على بطن امرأتي خولة وهي بنت عاصم شريك بن سمحاء فقال هذا والله سؤال ما بتليت به فرجعا فأخبر عاصم رسول الله عليه السلام فكلم خولة فقالت: لا أدري الغيرة أدركته أم بخلا على طعام وكان شريك نزيلهم وقال هلال لقد رأيته على بطنها فنزلت آية اللعان¹⁵²

(ويجب) اللعان (بقذف الزوجة بالزنا) لما تلونا (أو بنفي الولد) لأنه لما نفي ولدها صار قاذفا لها ظاهرا فإن قلت جاز أن يكون ابنه ولا تكون زانية بأن وُطِّئَتْ شبهة فيكون الولد من غيره حقيقة والنافي صادق في نفيه

¹⁴⁸ سورة النور، الآية: 4.

¹⁴⁹ سورة النور، الآية: 6.

¹⁵⁰ سورة النور، الآية: 9.

¹⁵¹ أبو داود، "الطلاق" 27؛ الترمذي، "التفسير" 24؛ النسائي، "الطلاق" 38؛ ابن ماجه، "الطلاق" 37.

¹⁵² الزمخشري، تفسير الكشاف، 210 / 3.

قلت هذه الشبهة غير معتبرة لانعقاد الإجماع على أنه لو نفاه أجنبي عن الأب المشهور يصير قاذفاً مع وجود هذا الاحتمال **(إذا كانا من أهل الشهادة)** لأن الركن فيه الشهادة قال الله تعالى ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾¹⁵³ والشهادة لا تكون معتبرة إلا إذا صدرت من أهلها حتى لو كانا صبيين أو عبيدين أو مجنونين في قذف أو كافرين فلا لعان **(وهي ممن يُحَدُّ قاذفها)** بأن كانت محصنة حتى لو كانت أمة أو صبية أو مجنونة أو زانية فلا حد ولا لعان وذلك لأن اللعان قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من إحصانها وقيل إذا كان معها ولد وليس له أب معروف لا يجب اللعان وإن كان من أهل الشهادة **(وطالبته بذلك)** أي بموجب القذف وهو الحد لأنه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق **(وهو)** أي اللعان **(في حق الزوج كحد القذف)** حتى لا تقبل شهادته لها وتقبل في حق غير هذه المرأة التي لا عنَ بها **(وفي حقها كحد الزنا)** حتى لو قذف هذه المرأة التي لا عنَ بها لا يُحَدُّ ويُحَدُّ قاذفها من غير زوجها **(فإن امتنع منه حبس)** أي فإن امتنع الزوج من اللعان حبسه الحاكم **(حتى يلاعن)** لأنه حق وجب عليه وهو قادر على إيفائه فيُحبس حتى تأتي بها هو عليه **(أو يكذب نفسه)** فيرتفع سبب اللعان **(فيحدُّ)** لأنه إذا أكذب نفسه سقط اللعان ووجب عليه حد القذف لأن القذف لا يخلو عن موجب فإذا سقط اللعان وجب عليه الحد إذ هو الأصل **(فإذا لاعن)** الزوج **(وجب عليها)** اللعان لما تلونا من النص **(وتحبس)** أي إن امتنعت حبسها الحاكم **(حتى تلاعن أو تصدقه)** لأنه حق مستحق عليها وهي قادرة على إيفائه فتُحبس فيه وذلك لأن اللعان يجب عند طلب المقدوف على كل واحد منهما تمسكاً بقوله تعالى ﴿فشهادة أحدهم﴾¹⁵⁴ وهي مبتدأ محذوف الخبر تقديره فواجب شهادة أحدهم ولأن المصدر المقرون بحرف الفاء في موضع الجزاء يراد به الأمر كما في قوله تعالى ﴿فتحرير رقبة﴾¹⁵⁵ وقوله أو تصدقه فإذا صدقته لا حاجة إلى اللعان فلا يجب عليها حد الزنا لأن من شرطه الأقارير الأربعة عندنا على ما يأتي في بابه ولهذا قال الشافعي رحمه الله يُحدُّ لأن الزاني عنده يُحدُّ بالإقرار مرة واحدة وإنها يبتدأ باللعان بالزوج لأنه هو المدعي ولأنه عليه السلام بدأ به **(وإذا لم يكن الزوج من أهل الشهادة)** بأن كان عبداً أو محدوداً في قذف أو كافراً

¹⁵³ سورة النور، الآية: 6.

¹⁵⁴ سورة النور، الآية: 6.

¹⁵⁵ سورة المجادلة، الآية: 3.

(فعليه الحد) لأنه امتنع اللعان لمعنى من جهته فيصار إلى الموجب الأصلي وهو الثابت بقوله تعالى ﴿والذين

يرمون المحصنات﴾¹⁵⁶ الآية واللعان خلف عنه **(فإن كان)** الزوج **(من أهلها)** أي من أهل الشهادة

(وهي ممن لا يُحدُّ قاذفها) بأن كانت أمة أو كافرة أو محدودة في قذف أو صبية أو مجنونة أو زانية

(فلا حد) عليه **(ولا لعان)** لأن المانع من جهتها فصار كما إذا صدّفته ويُعزّر لأنه آذاها والحق الشين لها ولم

يجب الحد فيجب التعزير حسماً لهذا الباب ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لأن امتناع اللعان بمعنى من

جهته إذ هو ليس من أهله

(وصفة اللعان أن يتدّى القاضي بالزوج فيشهد أربع مرات يقول في كل مرة أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما

رमितك به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رमितك به من الزنا وإن كان القذف

بولد يقول فيما رमितك به من نفي الولد وإن كان بهما) أي وإن كان القذف بالزنا ونفي الولد **(ذكرهما يقول)**

الرجل (أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رमितك به من الزنا ونفي الولد ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل

مرة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين

فيما رماها به من الزنا وفي نفي الولد تذكره) كما تقدم **(فإذا التعنا فرّق الحاكم بينهما)** فلا تقع الفرقة قبل الحكم

حتى لو مات أحدهما قبل التفريق ورثه الآخر وقال زفر رحمه الله تقع الفرقة بينهما بلعانها لأنه تثبت الحرمة

المؤبدة بالحديث وهو قوله عليه السلام: "المتلاعنان لا يجتمعان"¹⁵⁷ أبدا فنفي الاجتماع بعد التلاعن تنصيص

على وقوع الفرقة بينهما ولنا أن ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالإحسان فإذا امتنع

ناب القاضي منابه دفعا للظلم وعن هذا قال المشايخ القضاة نواب الظلمة ويكون التفريق تطليقة بئنة لأن

فعل القاضي انتسب إليه كما في الجبّ والعنة **(فلو أكذب)** الملاعن **(نفسه عاد خاطئا)** من الخطاب أي جاز له

أن يتزوجها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وحده القاضي لاعترافيه بموجب الحد وقال أبو يوسف والشافعي

رحمهما الله هو تحریم مؤبدة لقوله عليه السلام: "المتلاعنان لا يجتمعان"¹⁵⁸ أبدا نصّ على التأييد ولنا أنه متى

¹⁵⁶ سورة النور، الآية: 4.

¹⁵⁷ الدارقطني، السنن، 3/ 204-206.

¹⁵⁸ الدارقطني، السنن، 3/ 204-206.

أكذب نفسه له لم يصيرا متلاعنين ولا يبقى حكمه ولهذا وجب عليه الحد بالإكذاب وإن كان القذف بولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه لما روي أنه عليه السلام: "نفى ولد هلال عن هلال وألحقه بها"¹⁵⁹

(ولو قال ليس حملك مني فلا لعان) وهذا عند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله وقالوا رحمهما إن جاءت به لأقل من ستة أشهر لاعن لتيقن قيام الحمل عند القذف فكان هذا ونفيه بعد الولادة سواء فتحقق القذف في الصورتين ولهذا يثبت حكم الإرث والوصية إذا ولدت لأقل من ستة أشهر ولنا أن يوم القذف لم يتيقن لقيام الحمل فلم يصير قاذفا وإذا لم يكن قاذفا في الحال كأنه قال إن كان بك حمل فليس مني ولا يثبت حكم القذف إذا كان معلقا بالشرط **(ويصح نفى الولد عقيب الولادة وفي حالة التهنته وابتياح آلة الولادة)** فيلاعن وينفيه القاضي **(وبعد ذلك يثبت نسبه فيلاعن)** وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يصح نفيه في مدة النفاس لأنه أثر الولادة وله أنه لا معنى للتقدير لأن الزمان للتأمل وأحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنته أو سكوته عند التهنته أو ابتياحه متاع الولادة أو مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي **(ولو كان) الزوج (غائبا فعلم) بالولادة (فكأنها ولدت حال علمه)** معناه أنه يصح نفيه عندهما في مدة النفاس بعد العلم وعنده مدة التهنته على ما بينا لأنه لا يجوز أن يلزمه النسب مع عدم علمه فصار حال علمه كحالة الولادة على الأصلين **(ومن ولدت ولدين في بطن واحد فاعترف بالأول ونفى الثاني ثبت نسبهما منه)** لأنها توئمان خلقا من ماء واحد فإذا ثبت نسب أحدهما باعترافه ثبت نسب الآخر ضرورة ولاعن لأنه قاذف يبقى الثاني ولم يرجع عنه **(وإن عكس) نفى الأول واعترف بالثاني (ثبت نسبهما)** لما مر أنها توئمان خلقا من واحد **(وحدّ) الزوج لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني**

باب العدة

وهي مصدر عده يعده وسمي الزمان الذي تتربص فيه المرأة عقيب الطلاق والموت عدة لأنها تعدّ الأيام المضروبة عليها وتنتظر أو أن الفرج الموعود لها والأصل في وجوبها قوله تعالى ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾¹⁶⁰ وقوله تعالى ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا﴾¹⁶¹

¹⁵⁹ أبو داود، "الطلاق" 27.

¹⁶⁰ سورة البقرة، الآية: 228.

¹⁶¹ سورة البقرة، الآية: 234.

وقوله تعالى ﴿واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن وأولات
الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾¹⁶² وقوله ﴿فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة﴾¹⁶³ وهي ثلاثة أنواع الحيض
والشهر ووضع الحمل ولكل ذلك نطق الكتاب وتجب بثلاثة أشياء بالطلاق وبالفوة وبالوطء على ما نبينه
إن شاء الله تعالى **(عدة الحرة التي تحيض في الطلاق والفسخ بعد الدخول ثلاث حيض)** لما تلونا من قوله
تعالى ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾¹⁶⁴ والأقراء الحِيضُ أراد المدخول بهن اللاتي من ذوات
الأقراء والفرقة بخيار العتاقة وعدم الكفاءة وخيار البلوغ وملك أحد الزوجين صاحبه والفرقة في النكاح
الفاسد فهي في معنى الطلاق لأن العدة وجبت للتعرف براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا
يتحقق في الفرقة بغير طلاق **(والصغيرة والآيسة)** أي وعدة الصغيرة والآيسة وهي التي بلغت مبلغاً لا تحيض
مثلها **(ثلاثة أشهر)** لما تلونا من قوله ﴿واللاتي يئسن من المحيض﴾¹⁶⁵ الآية **(وعدتهن)** أي وعدة الحرة البالغة
والصغيرة والآيسة **(في الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام)** لما تلونا من قوله تعالى ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون
أزواجا يتربصن﴾¹⁶⁶ **(والأمة)** أي وعدة الأمة **(في الطلاق حيضتان)** لقوله عليه السلام: "طلاق الأمة ثنتان
وعدتها حيضتان"¹⁶⁷ **(وفي الصغر والإياس شهر ونصف)** بناء على أن الرقَّ منصفٌ والحيض لا يتجزأ فكملت
احتياطاً وإليه أشار عمر رضي الله عنه بقوله: "لو استطعتُ لجعلتُ حيضةً ونصفاً"¹⁶⁸ أما الشهر فمُتَجَزَّأً
فأمكن تصنيفه عملاً بالرق **(وفي الوفاة)** أي وعدتها في الوفاة **(شهران وخمسة أيام)** لما بينا أن الرق منصفٌ
(وعدة الكل في الحمل وضعه) لإطلاق قوله تعالى ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾¹⁶⁹ ولأن
المقصود التعرف عن براءة الرحم ولا براءة مع وجود الحمل ولا شغل بعد وضعه وإليه أشار عمر رضي الله

¹⁶² سورة الطلاق، الآية: 4.

¹⁶³ سورة الطلاق، الآية: 1.

¹⁶⁴ سورة البقرة، الآية: 228.

¹⁶⁵ سورة الطلاق، الآية: 4.

¹⁶⁶ سورة البقرة، الآية: 234.

¹⁶⁷ أبو داود، "الطلاق" 6؛ الترمذي، "الطلاق" 7؛ ابن ماجه، "الطلاق" 30.

¹⁶⁸ ابن أبي شيبة، المصنف، 4/ 151.

¹⁶⁹ سورة الطلاق، الآية: 4.

عنه بقوله: "لو وضعتُ وزوجها على سريرهِ لَأَنْقَضْتُ عدتها وحل لها أن تتزوج"¹⁷⁰ **(ولا عدة في الطلاق قبل الدخول)** لقوله تعالى فيه ﴿فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾¹⁷¹ **(ولا) عدة (على الذميمة في طلاق الذمي)** إذا كان معتقدهم ذلك لأن العدة لا تخلو إما أن تجب حقا لله تعالى أو للزوج لا يجوز الأول لقصور الخطاب ولا الثاني لأنه لا يعتقدها وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله عليها العدة لأنها من أهل دار الإسلام **(وعدة أم الولد في موت سيدها والإعتاق)** أي وفي إعتاق سيدها إياها **(ثلاث حيض)** إن كانت من ذوات الأقراء **(أو ثلاثة أشهر)** إن كانت من ذوات الأشهر وقال الشافعي رحمه الله عدتها حيضة واحدة لأنها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ولنا أنها وجبت بزوال الفراش فأشبهه عدة النكاح ثم إمامنا فيه عمر رضي الله عنه فانه قال عدة أم الولد ثلاث حيض **(والعدة في النكاح الفاسد)** كالنكاح بغير شهود **(والوطء بشبهة)** بأن زُفَّت إلى غير زوجها فوطئها **(بالحيض)** أي بثلاث حيض **(في الموت والفرقة)** لأنها للتعرف عن برآءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعروف ولا تجب عدة الوفاة لأنها ليست بزوجة **(وعدة امرأة الفارّ أبعد الأجلين)** وهما ثلاث حيض وأربعة أشهر وعشرة أيام يعني إذا طلق امرأته وهو مريض فمات ورثت في العدة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام يستكمل فيها ثلاث حيض حتى لو تمت هذه المدة من يوم الموت ولم تحض فيها إلا حيضة واحدة لا تحل لها أن تتزوج حتى تحيض حيضتين آخرين وإن امتد إلى سنة وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله عدتها ثلاث حيض وهذا إذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا وإليه أشار بقوله **(في البائن)** أما إذا كان رجعيًا فعليها عدة الوفاة بالإجماع لبقاء الزوجية من كل وجه وذلك قوله **(وعدة الوفاة في الرجعي)** لأبي يوسف رحمه الله أن النكاح انقطع بالطلاق الثلاث قبل الموت فلزمها العدة بالحيض بالنص وإنما تجب عدة الوفاة إذا زال النكاح بالوفاة إلا أنه بقي أثره في حق الإرث بحكم الفرار لا في تغيير العدة بخلاف الرجعي لأن النكاح باقٍ من كل وجه على ما بينا ولها أنه لما بقي في حق الإرث فَلَأَن يَبْقَى في حق العدة أولى لأن العدة مما يحتاط فيها فيجب أبعد الأجلين

¹⁷⁰ موطأ، "الطلاق" 84..

¹⁷¹ سورة الأحزاب، الآية: 49.

(ولو أعتقت الأمة) حال كونها في العدة (عن طلاق رجعي انتقلت) عدتها (إلى عدة الحرائر) لقيام النكاح من كل وجه (وفي البائن لا) يعني لو أعتقت الأمة وهي مبتوتة لم تنتقل عدتها إلى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبيتوتة والمتوفى عنها زوجها المبتوتة (ولو اعتدت الآيسة) لا تقدير في حد الإياس بالسن في رواية وفي رواية يقدر بخمس وخمسين سنة بالأشهر (ثم رأيت الدم بعد ذلك أو الصغيرة رأته) أي أو اعتدت الصغيرة بالأشهر ثم رأيت الدم (في خلال الأشهر استأنفت) كل واحدة منهما العدة (بالحيض) أما الآيسة فلأن بالعود علمنا أنها غير آيسة وإن عدتها الحيض وصارت كالمتدة طهرها فتستأنف وأما الصغيرة فلأن الجمع في عدة واحدة بين الحيض والأشهر ممتنع لما فيه من الجمع بين البدل والمبدل ولأن الأشهر بدل عن الحيض وقد قدرت على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف كالمتميم إذا وجد الماء في صلاته (ولو اعتدت بحيضة) أو حيزتين (ثم أيسست استأنفت بالشهور) لما بينا أنه يلزم فيه الجمع بين البدل والمبدل (وابتداء عدة الطلاق عقيب الوفاة عقيبها وتنقضي العدة بمضي المدة وإن لم تعلم بهما) لأن الطلاق والوفاة هو السبب فيعتبر ابتداءها من وقت وجود السبب (وابتداء عدة النكاح الفاسد عقيب التفريق) أي تفريق القاضي وهذا التفريق ليس بطلاق (أو عزمه على ترك الوطء) وقال زفر رحمه الله من آخر الوطأت لأن الوطء هو الموجب للعدة ولنا أن التمكن من الوطء على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه فيجعل وطئا حكما إلى حالة التفريق أو عدم الترك فتجب العدة من حين انقطاع الوطء حقيقة وشرعا أخذنا بالاحتياط (وإذا وطئت المعتدة بشبهة) بأن زُفَّت هذه المرأة إلى رجل وقالت النساء إنها زوجتك (فعليها عدة أخرى ويتداخلان) أي العدتان (فإن حاضت حيضة ثم وطئت بشبهة كملتا) أي كملت العدتان (بثلاث أخرى) أي بثلاث حيض آخر اعلم أن معنى التداخل هو أن المعتدة إذا وطئت بشبهة قبل أن تحيض حيضا وجب عليها الاعتداد بستة حيض فإذا حاضت ثلاثا تنوب عن ستة حيض ولو حاضت الأولى ثم وطئت عليها عدة أخرى بثلاث حيض وبقيت من العدة الأولى حيضتان فوجب عليها الاعتداد بخمس حيض فإذا حاضت حيضتين احتسبا من بقية العدة الأولى واحتسبا أيضا من العدة الثانية فبقي عليها حيضة وقال الشافعي رحمه الله لا تتداخلان قال صاحب المنظومة:

"وكل أنثى لزمته عدة، في عدة لم تحيضاً بمدة وهذا الخلاف إذا وطئها أجنبي بشبهة أما إذا وطئها الزوج المطلق بشبهة تداخلت العدتان بالاتفاق

وحاصل الخلاف راجع إلى أن ركن العدة الفعل أو ترك الفعل مع المقصود يحصل بالطريقين وهو صيانة الأنساب عن الاشتباه فعنده الفعل وعندنا ترك الفعل وموضعه مشبعا هو الكافي

(ولو وطئت المعتدة عن وفاة تممتها وما تراه من الحيض فيها تحتسب من الثانية) تحقيقا للتداخل بقدر الإمكان

(وأقل مدة العدة شهران) وقالوا رحمهما الله تسعة وثلاثون يوما وثلاث ساعات لأنهما يعتبران أقل مدة الحيض

وهي ثلاثة أيام وأقل الطهر وهو خمسة عشر يوما ثم بقدر أن وقوع الطلاق قبل أو ان الحيض بساعة فثلاثة

أيام حيض وخمسة عشر طهر ثم ثلاثة حيض ثم خمسة عشر طهر ثم ثلاثة حيض فكملت العدة وأبو حنيفة

رحمه الله يخرج من طريقين أحدهما يعتبر أكثر الحيض احتياطا فيبدأه بحيض عشرة ثم خمسة عشر طهر ثم

عشرة حيض ثم خمسة عشر طهر ثم عشرة حيض فذلك ستون يوما وهذه رواية محمد رحمه الله والآخر وهو

رواية الحسن بن زياد رحمه الله أنه يعتبر الوسط من الحيض وهو خمسة أيام ويجعل مبدأ الطلاق في أول الطهر

عملا بالسنة فخمسة عشر يوما طهر وخمسة حيض هكذا ثلاث مرات يكون ستين يوما كذا في شرح المصنف

رحمه الله **(ولا ينبغي أن يخطب المعتدة)** لقوله تعالى ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء﴾¹⁷²

المراد به المعتدات بالإجماع فالله تعالى نفى الجناح في التعريض وأنه يدل على أن تركه أولى فيلزم كراهة التصريح

بالطريق الأولى **(ولا بأس بالتعريض)** لأنه تعالى نفى الجناح وأنه دليل الإباحة والتعريض أن يقول إنك

لجميلة أو صالحة أو نافقة ومن غرضي أن أتزوج وعسى الله أن يُيسّر لي امرأة صالحة ونحوه من الكلام الموهوم

أنه يريد نكاحها حتى تحبس نفسها عليه إن رغبت فيه ولا يصرح بالنكاح فلا يقول إني أريد أن أنكحك أو

أتزوجك أو أخطبك فالحاصل أن التعريض أن تذكر شيئا تدل به على شيء لم تذكره كما يقول المحتاج¹⁷³ إليه

جئتكم لأسلم عليكم ولا نظر إلى وجهك الكريم ولذلك قالوا وحسبك بالتسليم مني تقاضيا كذا في الكشف

وهذا في المتوفى عنها زوجها أما المطلقة الرجعية والمبتوتة فلا يجوز التعريض لأن نكاح الأول قائم في الأولى

وفي المبتوتة يورث التعريضُ العداوة بينها وبين الزوج وكذا بينه وبين الخاطب كذا في التبيين

¹⁷² سورة البقرة، الآية: 235.

¹⁷³ المحتاج

فصل في الحِداد

(وعلى المعتدة من نكاح صحيح عن وفاة أو طلاق بائن إذا كانت بالغة مسلمة حرة أو أمة الحِدادُ) قيد النكاح بالصحيح لأن المعتدة عن نكاح فاسد لا يجب عليها الحِدادُ وقيد الطلاق بالبائن لأن المعتدة عن طلاق رجعي لا حدادَ عليها وقيد بالبالغة لأن الصغيرة لا حداد عليها ولو قيد بالعاقلة لكان أظهر لأنه لا حداد على المجنونة وقيد بالمسلمة لأنه لا حداد على الكافرة الحاصل أنه لا يجب الحِداد على خمس نسوة المطلقة طلاقاً رجعياً والمعتدة عن نكاح فاسد والكتائية والصبية وأم الولد إذا اعتقت أما وجوب الحِداد على المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام: "لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت إلا على زوجها"¹⁷⁴ فإنها تحد عليه أربعة أشهر وعشراً فالنبي عليه السلام أخبر عن إحداها والإخبار أكد من الأمر على ما عرف فيكون الإحداد واجباً عليها وأما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لا حداد عليها لأنه وجب إظهارها للتأسف على فوت زوجٍ وفيَّ بعهداها إلى مماتها وقد أوحشها بالإبانة فلا تأسف بفوته ولنا ما روي عن النبي عليه السلام أنه نهى المعتدة أن يختضب بالحناء وقال: "الحناء طيب"¹⁷⁵ وأنه عامٌ في كل معتدة ولأنها وجبت إظهارها للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي كان سبب مؤنتها وكفايتها من النفقة والسكنى وغير ذلك وأنه موجود في المبتوتة والمتوفى عنها زوجها وهو أي الحِداد ويقال الأحداد

(ترك الطيب والزينة والكحل والدهن والحناء) والمعنى فيه وجهان أحدهما ما ذكرنا من إظهار التأسف والثاني أن هذه الأشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا يصير ذريعة إلى الوقوع في المحرم (إلا من عذر) لأن فيه ضرورة وذلك مثل أن يكون بها حكة فتلبس الحرير لأجلها أو لا تجد ثوباً غير الحرير أو خافت من ترك الدهن والكحل حدوث المرض أو احتاجت إلى الحناء لأجل الجراحة

(ولا تخرج المبتوتة من بيتها ليلاً ونهاراً) لقوله تعالى ﴿ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن﴾¹⁷⁶ ولأن نفقتها واجبة على الزوج فلا حاجة إلى الخروج كالزوجة حتى لو اختلفت على أن لا نفقة لها قيل وقيل ثم لما لم يجز خروج المبتوتة من بيتها فلأن لا يجوز خروج المطلقة الرجعية أولى

¹⁷⁴ ابن ماجه، "الطلاق" 35.

¹⁷⁵ الطبراني، المعجم الأوسط، 8 / 357.

¹⁷⁶ سورة الطلاق، الآية: 1.

(والمعتدة عن وفاة تخرج نهارا وبعض الليل وتبيت في منزلها) لأنه لا نفقة لها فتضطر إلى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الخروج إلى أن يهجم الليل **(والأمة)** المعتدة **(تخرج)** في الليل والنهار **(في حاجة المولى)** لما أن في المنع من إبطال حقه وحق العبد مقدم على حق الله تعالى **(وتعتد)** المعتدة **(في المنزل الذي كانت تسكنه حال وقوع الفرقة)** بالطلاق أو بالموت لقوله تعالى ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن﴾¹⁷⁷ والبيت المضاف إليها بالسكنى هو الذي تسكنه فلائنه عليه السلام قال للتي قتل زوجها: "اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله"¹⁷⁸

(إلا أن ينهدم) المنزل (أو تخرج منه) أي إلا أن تخرج المعتدة من المنزل بأن كان نصيبها من ذلك المنزل لا يكفيها فأخرجها الورثة **(أو لا تقدر على أجرته فتنتقل)** أي أو إلا تقدر المعتدة على أجره ذلك المنزل بأن كانت فيها بأجر فتنتقل منه وذلك لأن هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الأعذار

فصل في ثبوت النسب

(أقل مدة الحمل ستة أشهر) لما روي أن رجلا تزوج امرأة فجاءت بولد بستة أشهر فهم عثمان رضي الله عنه برجمها فقال ابن عباس رضي الله عنه: "لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم"¹⁷⁹ قال الله تعالى ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهرا﴾¹⁸⁰ ثم قال ﴿فصاله في عامين﴾¹⁸¹ فبقي للحمل ستة أشهر **(وأكثرها)** أي وأكثر مدة الحمل **(سنتان)** لقول عائشة رضي الله عنها: "لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل"¹⁸² ولا يعرف ذلك إلا توفيقا إذ ليس للعقل فيه مجال فكأنها روته عن رسول الله عليه السلام وقوله ولو بظل مغزل أي ولو بقدر ظل مغزل حال الدوران لأن ظل المغزل حالة الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال والغرض تقليل المدة والشافعي رحمه الله وإن قدر الأكثر بأربع سنين إلا أنه محجوج بما روينا

(وإذا أقرت) المعتدة آية معتدة كانت **(بانتقضاء العدة ثم جاءت بولد لأقل ستة أشهر)** من وقت الإقرار **(ثبت نسبه)** لأنه ظهر كذبها بيقين فبطل الإقرار **(ولسته أشهر)** أي وإن جاءت به لسته أشهر

¹⁷⁷ سورة الطلاق، الآية: 1.

¹⁷⁸ الترمذي، "الطلاق" 23؛ ابن ماجه، "الطلاق" 8؛ أبو داود، "الطلاق" 44.

¹⁷⁹ عبد الرزاق، المصنف، 7/ 351.

¹⁸⁰ سورة الأحقاف، الآية: 15.

¹⁸¹ سورة لقمان، الآية: 14.

¹⁸² الدارقطني، السنن، 3/ 250.

(لا يثبت) نسبه لأننا لم نعلم ببطلان الإقرار لاحتمال الحدوث بعده ولا نحمل أمرها على الزنا بل نحمله على نكاح صحيح مبتدأ لم يظهر لنا **(ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية وإن جاءت به لأكثر من سنتين مالم تُقرَّ بانقضاء العدة)** لاحتمال الوطء والعلوق في العدة لجواز أن يكون ممتدة الطهر قيد بقوله بانقضاء العدة لأنها إذا أقرت به ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه وإن جاءت لستة أشهر فصاعدا لم يثبت نسبه **(فإن جاءت به لأقل من سنتين)** من وقت الفرقة **(بانث)** من زوجها لانقضاء العدة ويثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح أو في العدة ولا يصير مراجعا لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك **(وإن جاءت به لسنتين أو أكثر كانت رجعة)** لأن العلوق بعد الطلاق والظاهر أنه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطء مراجعا **(ويثبت نسب ولد المبتوتة والمتوفى عنها زوجها لأقل من سنتين)** أما في المبتوتة فلا احتمال أن الحمل كان قائما وقت الطلاق فلا يكون الفراش زائلا بيقين فيثبت النسب احتياطا وأما في المتوفى عنها زوجها فمذهبنا وقال زفر رحمه الله إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر لا يثبت النسب **(ولا يثبت) النسب (لأكثر من ذلك)** أي ولا يثبت نسب كل واحدة من المبتوتة والمتوفى عنها زوجها إذا جاءت به لتمام سنتين فصاعدا أما في المبتوتة فلا أن الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لأن وطئها حرام وأما في المتوفى عنها زوجها فالوجه ظاهر لزفر رحمه الله أن الشرع حكم بانقضائها بالأشهر لتعين الجهة فصار كما إذا أقرت بالانقضاء ثم جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر قلنا لانقضاء عدتها جهة أخرى وهو وضع الحمل وهذا بخلاف الصغيرة لان الأصل فيها عدم الحمل لعدم المحلية لأنها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك ثم استثنى من قوله ولا يثبت لأكثر من ذلك قوله **(إلا أن يدعيه في المبتوتة)** أي إلا أن يدعي الأب نسب الولد في المبتوتة فحينئذ يثبت النسب منه لأنه التزمه وله وجه بأن وطئها بشبهة في العدة **(ولا يثبت نسب ولد المعتدة)** سواء كانت المعتدة مطلقة طلاقا رجعيا أو مبتوتة أو متوفى عنها زوجها **(إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو حبل ظاهر أو اعتراف الزوج)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة لأن الفراش قائم لقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة إلى تعيين الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح وله أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما إذا ظهر الحبل أو صدر الاعتراف لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها

(أو تصديق الورثة) بأن ولدت معتدة الوفاة ولدا فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة أحد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل تصديقهم وأما في حق النسب فهل يثبت في حق غيرهم قالوا إن كانوا من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة وهل يشترط لفظ الشهادة في مجلس القضاء قيل وقيل **(ولا يثبت نسب ولد)** المطلقة **(الصغيرة رجعية كانت أو مبتوتة إلا أن يأتي به لأقل من تسعة أشهر)** منذ طلقها وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله في المبتوتة يثبت النسب إلى ستين لأنها معتدة لم تقر بانقضاء العدة ويحتمل أن يكون حاملا فأشبهت الكبيرة ولهما أن لانقضاء عدتها جهة متعينة وهي الأشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق الإقرار لأنه لا يحتمل الخلاف والإقرار يحتمله وأما في المطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله يثبت نسبه إلى سبعة وعشرين شهرا لأنه يجعل واطئا في آخر العدة وهي ثلاثة الأشهر ثم تأتي به لأكثر مدة الحمل وهو سنتان **(وفي عدة الوفاة لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام بساعة)** أي ولا يثبت نسب ولد الصغيرة التي توفي عنها زوجها إلا أن تأتي به لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام بساعة وذلك لأن أربعة أشهر وعشرة أيام مدة عدتها وستة أشهر أقل مدة الحمل وهذا إذا لم تقر بمضي عدتها فإن أقرت به بعد أربعة أشهر وعشرة أيام ثم ولدت لستة أشهر فصاعدا لم يثبت النسب منه **(ولو قال لها إن ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة بالولادة لم تطلق)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله تطلق لأن شهادتها حجة في ذلك بالحديث وله أنها ادعت الحنث على زوجها فلا يثبت إلا بحجة تامة وشهادتها ضرورية في الولادة فلا يتعدى إلى الطلاق لأن الطلاق ينفك عن الولادة في الجملة وإن صار من لوازمها هنا **(وإن اعترف) الزوج (وأقر بالحبل تطلق بمجرد قولها)** فلا حاجة إلى شهادة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا بد من شهادة امرأة تشهد بالولادة لأنها ادعت الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله أنه أقر بالحبل فيكون إقرارا بالولادة لأنه يُفضي إليه ولأنه أقرّ بكونها أمينة فيقبل قولها في رد الأمانة **(ولو قال لأمتة إن كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة بالولادة فهي أم ولده)** لأن الحاجة إلى تعيين الولد وأنه يثبت بشهادة القابلة بالإجماع وهذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار وإن ولدت لستة أشهر من وقت الإقرار فصاعدا لا يلزمه لاحتمال أنها حبلت بعد قول المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد

باب النفقة

هي مشتقة من التفوق الهلاك والنفاق الرواج لأن بها هلاك المال الأصل في وجوبها قوله تعالى ﴿أَسْكِنُوهُمْ مِنْ حَيْثُ مَا سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تَضَارُّوهُمْ لِنَصِيِّكُمْ عَلَيْهِمْ﴾¹⁸³ ثم قال: "لينفق ذو سعة من سعته"¹⁸⁴ وقرأ ابن مسعود رضي الله عنه أسكنوهم من حيث سكتهم وأنفقوا عليهم من وجدكم وقراءته لروايته عن رسول الله عليه السلام وقال الله تعالى ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾¹⁸⁵ وقال ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾¹⁸⁶ ثم قال ﴿وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾¹⁸⁷ وقال عليه السلام: "اتقوا الله في النساء إلى أن قال ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"¹⁸⁸ وقال عليه السلام لهند امرأة أبي سفيان: "خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف"¹⁸⁹ ولولا وجوبها عليه لما أمرها بذلك واعلم أن نفقة الغير على الغير تجب بثلاثة أشياء بالزوجية والقربة والملك فبدأ المصنف رحمه الله بنفقة الزوجات لأنها تناسب ما تقدم وغيرها وقع استطرادا فقال

(وتجب للزوجة على زوجها إذا سلمت إليه نفسها في منزله نفقتها وكسوتها وسكنائها) لما مر من الدلائل

(على قدر حاله) في اليسار والعسار وهو ظاهر الرواية وبه قال الشافعي رحمه الله واختاره الكرخي رحمه الله لإطلاق قوله تعالى ﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله﴾¹⁹⁰ وقيل تجب النفقة والكسوة لها عليه على قدر حالها وهو الذي اختاره الخصاص رحمه الله وعليه الفتوى حتى إن كانا موسرين تجب نفقة اليسار وإن كانا معسرين تجب نفقة الإعسار وإن كانت معسرة والزوج موسر فنفتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وهذا لأن النص يقتضي اعتبار حاله وحديث هند يقتضي اعتبار حالها فيعتبر

¹⁸³ سورة الطلاق، الآية: 6.

¹⁸⁴ سورة الطلاق، الآية: 7.

¹⁸⁵ سورة البقرة، الآية: 233.

¹⁸⁶ سورة النساء، الآية: 34.

¹⁸⁷ سورة النساء، الآية: 34.

¹⁸⁸ أبو داود، "المناسك" 57.

¹⁸⁹ أبو داود، "المناسك" 57.

¹⁹⁰ سورة الطلاق، الآية: 7.

حالمها عملاً بهما **(وهي مقدرة بكفايتها)** لحديث هند ففيه اعتبارٌ بحالها وهو الفقه فإن النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر إلى كفاية المוסرات فلا معنى للزيادة وبه تبين أن لا معنى للتقدير كما ذهب إليه الشافعي رحمه الله أنه على المוסر مُدَّان وعلى المعسر مُدٌّ وعلى المتوسط مُدٌّ ونصف لأن ما وجب كفاية لا يتقدر شرعاً في نفسه كذا في الهداية **(بلا تقتير وإسراف)** لأنها مذمومان بالنقل والعقل **(والقول قوله في إعساره في حق النفقة)** لأنه منكر **(والبينة بينتها)** لأنها مدعية **(ويقترض لها النفقة كل شهر ويسلم إليها)** لأنه يتعذر القضاء بها كل ساعة ويتعذر لجميع المدة فقدرناه بالشهر لأنه الوسط وهو أقرب الآجال

(والكسوة) أي وتفرض لها الكسوة **(كل ستة أشهر)** لأنها تحتاج إليها في كل ستة أشهر باختلاف البرد والحر **(ويقترض لها نفقة خادم واحد)** إذا كان الزوج موسراً لأن كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها وقيد الخادم بالواحد لأنه لا يفرض لأكثر من خادم واحد عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله يفرض لخدامين لأنها تحتاج إلى أحدهما لداخل البيت والآخر لخارجه ولهما أن الواحد يكفي لذلك فلا حاجة إلى اثنين حتى قيل لو كفاها بنفسه لم يلزمه نفقة خادم وقيل إن كانت من بنات الأشراف فلها نفقة خادمين وإنما قيدنا بقولنا إذا كان موسراً لأنه لا تجب عليه نفقة الخادم إذا كان معسراً ثم¹⁹¹ هذا في المוסر إذا كان للمرأة خادم أما إذا لم يكن لها خادم لا يفرض نفقة الخادم على الزوج في ظاهر الرواية **(فإن نشزت)** المرأة **(فلا نفقة لها)** لأن الموجب للنفقة الاحتباس وقد زال بخلاف ما إذا امتنعت من التمكين لأنه يفوت الاحتباس وهو يقدر عليه كرها والنشز بالحركة والسكون المكان المرتفع والجمع نشوز وإنشاز ومنه نشزت المرأة إذا استصعبت عليه وأبغضته وفي الاصطلاح الناشزة هي التي خرجت من منزل الزوج ومنعت نفسها منه بغير إذن بأن أوفى مهرها أو إن كان مؤجلاً أو وهبت منه **(وإن منعت نفسها حتى يوفيه مهرها فلها النفقة)** لأنه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كالفائت وسواء كان قبل الدخول وبعده وقالوا رحمهما الله إن كان بعد الدخول فلا نفقة لها وهذا قول صاحب النظم، والامتناع لا بتغاء الصدقة، بعد الدخول لا يزيل النفقة، والمسئلة موضعها كتاب النكاح **(ولو كانت)** الزوجة **(كبيرة والزوج صغير)** بحيث لا يقدر على الوطء **(فلها النفقة)** في ماله لأن التسليم قد تحقق منها وإنما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعين

¹⁹¹ أي فرض نفقة الخادم لها

(وبالعكس لا) أي ولو كانت الزوجة صغيرة بحيث لا توطء مثلها والزوج يقدر على الوطء فلا نفقة لها لأن المراد من الاحتباس ما يكون وسيلة إلى المقصود من النكاح وأنه ممتنع بسبب منها فصار كالعدم ولو كانا صغيرين فلا نفقة لها لما مر ولو حجت المرأة مع محرم **(أو حبست)** المرأة **(بدين أو غصبها غاصب وذهب بها)** أي استصحبها الغاصب ومضى بها **(فلا نفقة لها)** في هذه الصور لزوال الاحتباس لا من جهته وعن أبي يوسف رحمه الله أن تحج الفرض لا يسقط النفقة **(وإن حج الزوج معها فلها نفقة الحضر)** أي يجب لها النفقة بالاتفاق لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها ولكن تجب نفقة الحضر دون السفر لأن هذه الزيادة لحقتها بإزاء منفعة تحصل لها فلا يكون ذلك على الزوج **(وإن مرضت في منزله فلها النفقة)** لأن الاحتباس قائم فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فأشبهه الحيض وفي قوله مرضت في منزله إشارة إلى أنه لو مرضت في منزلها ثم سلّمت فلا نفقة لعدم صحة التسليم **(وللأمة والمدبرة وأم الولد النفقة أن بوأها مولاهما بيتا مع الزوج)** لوجود الاحتباس **(وإلا فلا)** أي وإن لم يبوأها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس فإن بوأها ثم استخدمها سقطت النفقة لفوات الاحتباس وهذا معنى قوله **(وإن استخدمها سقطت)** قوله إن بوأها أي إن هيأ لها مولاهما بيتا معه والمولى وإن لم يهيئ البيت فالتبوة تسند إليه باعتبار أنه يمكن الزوج من ذلك **(ومن أعسر)** يقال أعسر الرجل إذا افتقر **(بالنفقة لم يفرّق بينهما)** مطلقا سواء كان حاضرا أو لا وسواء طلبت أو لا قال الشافعي رحمه الله إن كان حاضرا وطلبت يفرق **(وتؤمر)** المرأة **(بالاستدانة لتحيل عليه)** ومعناها أن تشتري بالدين له أنه عجز عن الإمساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل أولى لأن الحاجة إلى النفقة أولى ولنا أن حقه بالتفريق يبطل فلا يصل إليه إلا بسبب جديد وحقها يتأخر لأن النفقة تصير دينا بفرض القاضي فيستوفي في الزمان الثاني والأول أقوى في الضرب **(وإذا قضى لها بنفقة الإعسار ثم أيسر)** فخاصمته **(تم لها نفقة المוסر)** لأن القضاء عليه بنفقة الإعسار بعذر الإعسار وقد زال العذر فبطل ذلك لأنها تجب شيئا فشيئا فيعتبر حاله في كل وقت **(وإذا مضت مدة لم تنفق عليها)** بأن غاب عنها شهرا أو امتنع من الإنفاق وقد أكلت من مال نفسها **(سقطت إلا أن يكون قضي بها أو صالحته على مقدارها)** فيقتضي لها بنفقة ما مضى الحاصل أن نفقة الزوجة لا تصير دينا إلا بقضاء القاضي أو بالتراضي فإن لم يوجد واحد منها سقطت بمضي الزمان وقال الشافعي رحمه الله يصير دينا بلا قضاء أو رضي بناء على أن النفقة عوض عن ملك النكاح فيصير دينا بلا قضاء ورضاء كالمهر ولنا أن النفقة صلة وليست بعوض عن

ملك النكاح لأنه مضمون بالمهر فلا يكون مضمونا بضمان آخر كيلا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلا يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك إلا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء ولأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لأنه عوض **(فإذا مات أحدهما بعد القضاء أو الاصطلاح قبل القضاء سقطت)** النفقة المقضية لما بينا أنها صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض قيل هذا إذا لم يأمر بالاستدانة أما إذا أمرها به فاستدانت ثم مات أحدهما لا يبطل ذلك

(وإن أسلفها النفقة والكسوة) أي وإن عجلها نفقة السنة وكسوتها مثلا **(ثم مات أحدهما لم يرجع بشيء)** وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي رحمه الله وهو قول صاحب النظم "وموته وموتها في المدة، يوجب فيما استعجلته رده" لهما أنها استعجلت عوضا عما يستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل استحقاقها بالموت فيبطل من العوض بقدره كرزق القاضي ولنا ما بينا أنها صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتفاء حكمها كما في الهبة

(وإذا كان للغائب مال حاضر في منزله أو) كان له **(ودیعة)** عند رجل **(أو مضاربة أو دين وعلم القاضي به بالنكاح أو)** لم يعلم القاضي به ولكن **(اعترف بهما)** أي بالمال والزوجية **(مَن المال في يده)** أي الرجل الذي كان المال في يده **(يفرض)** القاضي **(فيه)** أي في ذلك المال **(نفقة زوجته والديه)** أي والده ووالدته **(وولده الصغير)** لأن الذي في يده المال أو عليه لما أقرَّ به وبالزوجية فقد أقر حق الأخذ لها لأن لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه وإقرار صاحب المال مقبول في حق نفسه فيقضي القاضي عليه باعترافه فيقع القضاء عليه أولا ثم يسري إلى الغائب بخلاف ما إذا جحد أحد الأمرين لأنه إن جحد الزوجية لا يسمع البينة عليه لأنه ليس بخصم في الزوجية وإن جحد المال فهي ليست بخصم في إثباته وعلم القاضي حجة يجوز بها القضاء في محل ولايته ونفقة الوالدين والولد الصغير كنفقة الزوجة لأنها تجب بغير قضاء بخلاف غيرهم من الأقارب حيث لا تجب نفقتهم إلا بالقضاء لما أن وجوبها مختلف فيه وهذا كله **(إذا كان)** المال **(من جنس النفقة)** كالدرهم والدنانير والطعام والكسوة لأن لها أن تأخذه بغير رضاه أما إذا كان من خلاف جنسها فلا يفرض لها النفقة لأنه لا يحتاج إلى بيعه ولا يباع مال الغائب بالاتفاق أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلائنه لا يباع على الحاضر فكذا على الغائب وأما عندهما فلائنه إنما يباع على الحاضر لظهور ظلمه بامتناعه ولا كذلك الغائب

(ويحلّفها القاضي أنها ما أخذتها ويأخذ القاضي منها كفيلا بها) احتياطا حتى إن حضر الزوج وأقام بينة على أنه أوفاه النفقة يأمرها القاضي برد ما أخذت **(وإن لم يعلم القاضي بذلك وأنكر من في يده المال الزوجية أو المال لم تقبل بيئتها عليه)** لما بينا آنفا إن لم يكن له مال وأرادت أن يقيم البينة على الزوجية ليفرض لها القاضي النفقة ويأمرها بالاستدانة عليه لا تقبل لأنه قضاء على الغائب وقال زفر رحمه الله يقبل ويُقضى بالبينة واستحسنوا ذلك للحاجة وعليه القضاة اليوم **(وعليه أن يسكنها دارا مفردة ليس فيها أحد من أهله)** إلا أن تختار ذلك ورضيت به لأن السكنى من حوائجها الأصلية كالنفقة وقد قال تعالى أسكنوهن فكان واجبا حقا لها وإذا وجب حقا لها ليس أن يشرك معها غيرها لأنها تتضرر به فإنها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك عن المعاشرة مع زوجها **(وله)** أي وللزوج **(أن يمنع أهلها)** وولدها من غيره **(الدخول عليها)** لأن المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه **(ولا يمنعهم كلامها والنظر إليها)** أي وقت شاؤا لما فيه من قطيعة الرحم ولا ضرر فيه إنما الضرر في المقام **(وقيل لا يمنعها)** الزوج **(من الخروج إلى الوالدين ودخولها إليها كل جمعة وغيرهم)** من الأقارب **(كل سنة)** اعتبارا لعادة الصلحاء فيما بين أقاربهم

فصل

(وللمطلقة النفقة) دون الكسوة وهذا لأنها لا يحتاج في مدة العدة إلى الكسوة حتى احتاجت تفرض **(والسكنى)** مصدر سكن الدار وفيها إذا أقام أو اسم بمعنى الإسكان كالرقبي من الأقارب **(في عدتها بائنا كان أو رجعيا)** أما الرجعي فلما تقدم أن النكاح قائم بينهما حتى حل له الوطء وأما البائن فالمذكور مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة إلا إذا كانت حاملا لما روي عن فاطمة بنت قيس قالت: "طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله عليه السلام سكنى ولا نفقة" ¹⁹² ولأنه لا ملك وهي مرتبة على الملك بخلاف ما إذا كانت حاملا لأننا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾ ¹⁹³ ولأن الواجب نفقة الحمل معنى ولنا أن النفقة جزاء الاحتباس على ما ذكرنا والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد إذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا

¹⁹² مسلم، "الطلاق" 38، 37، 36؛ الترمذي، "النكاح" 38. النسائي، "النكاح" 22.

¹⁹³ سورة الطلاق، الآية: 6.

كان لها السكنى بالإجماع وصار كما إذا كانت حاملا وحديث فاطمة رده عمر رضي الله عنه فإنه قال ما ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندرى أصدقت أم كذبت حفظت أم نسيت سمعت رسول الله عليه السلام يقول ﴿للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة﴾¹⁹⁴ ولأنه ورد مخالفا لقوله تعالى ﴿أسكنوهن﴾¹⁹⁵ ومخالفا للإجماع في السكنى وذكر البزدوي في أصول الفقه وقال عيسى بن إبان رحمه الله أراد عمر رضي الله عنه بالكتاب والسنة في قوله ما ندع كتاب ربنا وسنة نبينا القياس وهو أن النفقة والسكنى تعلقا بالنكاح والعدة من حقوقه فكما بقي باعتبار هذا الحق السكنى فكذا النفقة

(ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها) لأن احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فلا تجب عليه ولأن المال انتقل إلى الورثة فلا تجب في مالهم **(وكل فرقة)** بضم الفاء وأما بكسرها فهي بمعنى الطائفة **(جاءت من)** قبل **(المرأة بمعصية كالردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها)** لأنها صارت حابسة نفسها بغير حق فصار كما إذا كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول فإنه لا يسقط بالردة والتقبيل لأنه وجد التسليم في حق المهر بالوطء

(وبغير معصية¹⁹⁶ كخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة فلها النفقة) لأنها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط كما إذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وإنما وضع المسئلة في النفقة لأن السكنى واجبة لها بأي فرقة كانت لأن القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط ذلك بمعصية **(وإن طلقها ثلاثا ثم ارتدت)** العياذ بالله تعالى **(سقطت النفقة)** لأنها صارت محبوسة في حق الشرع وهذا إذا أخرجت من بيت الزوج للحبس ومالم تخرج من بيته فلها النفقة **(وإن مكنت ابن زوجها)** معناه مكنت بعد الطلاق **(لم تسقط)** النفقة لأن الفرقة تثبت بالطلقات الثلاث ولا أثر للتمكين في ذلك وهي معتدة محبوسة في حقه فتجب النفقة ولو كان الطلاق رجعيا فلا نفقة لها لان الفرقة جاءت من قبلها بالتمكين وهو معصية فلا يستحق النفقة لما بينا كذا في شرح المصنف رحمه الله

¹⁹⁴ مسلم، "الطلاق" 36، 37، 38؛ أبو داود، "الطلاق" 40.

¹⁹⁵ سورة الطلاق، الآية: 6.

¹⁹⁶ أي وإن جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية

فصل

(ونفقة الأولاد والصغار على الأب) لقوله تعالى ﴿على المولود له رزقهن وكسوتهن﴾¹⁹⁷ والمولود له هو الأب

فلما وجب المرضعات¹⁹⁸ على الوالد بسبب الولد فنفقة الولد أولى أن تجب

(إذا كانوا فقراء) إما إذا كان لهم مال فالأصل أن نفقة الإنسان في ماله صغيرا كان أو كبيرا فإن قلت قد استفيد

وجوب نفقة الأولاد الصغار على الأب من قوله قبل وولده الصغير قلت ذلك تجب في مال الأب الغائب

وهذا يجب عليه مطلقا سواء كان غائبا أو حاضرا فلا يكون مكررا **(وليس على الأم إرضاع الصبي)** لأن أجره

الرضاع من نفقته وهي على الأب ولأنها عست لا تقدر عليه لعذرهما فلا معنى للجبر عليه **(إلا إذا تعينت)**

الأم له بأن لم تجد غيرها أو لا يأخذ من لبن غيرها **(فيجب عليها)** الإرضاع صيانة للصبي عن الضياع

(ويستأجر له) أي للإرضاع من **(ترضعه)** لأن الأجر عليه **(عندها)** أي عند الأم معناه إذا ردّت ذلك لأن

الحجر لها **(فإن استأجر زوجته أو معتدته لترضع ولدها منه)** أي من الزوج لم يجز لأن الإرضاع مستحق عليها

ديانة قال تعالى ﴿والوالدات يرضعن أولادهن﴾¹⁹⁹ وهو أمر بصيغة الخبر فإذا امتنعت حملناه على العجز

فجعلناه عذرا وإذا أقدمت عليه بالأجر علمنا قدرتها فكان واجبا عليها فلا يحل لها أخذ الأجرة على فعل

وجب عليها وهذا في المعتدة الرجعية رواية واحدة لأن النكاح قائم وفي المبتوتة في رواية وفي رواية أخرى

جاز استئجارها لأن النكاح قد زال وإنما وضع في إرضاع ولدها منه لأنه لو استأجر زوجته أو معتدته لإرضاع

ولد له من غيرها جاز لأنه غير مستحق عليها **(وبعد انقضاء العدة هي)** أي الأم **(أولى من الأجنبية)** لأنها

أشفق وفي ذلك نظر للصبي **(إلا أن تطلب)** الأم **(زيادة أجر)** فحيث لم يجبر الأب عليها دفعا للضرر عنه وإليه

إشارة في قوله تعالى ﴿لا تضار والدة بولدها﴾²⁰⁰ أي ولا مولود له بولده أي بإلزامه لها الأكثر من أجره

الأجنبية **(ونفقة الآباء والأجداد إذا كانوا فقراء على الأولاد الذكور والإناث)** أي ونفقة الآباء والأمهات

والأجداد والجدات إذا كانوا فقراء واجبة على الأولاد الذكور والإناث على السواء هو المختار أما الأبوان

¹⁹⁷ سورة البقرة، الآية: 233.

¹⁹⁸ والصواب: "فلما وجب نفقة الوالدات" كما في "البنية في شرح الهداية" بدر الدين العيني، 5/ 694.

¹⁹⁹ سورة البقرة، الآية: 233.

²⁰⁰ سورة البقرة، الآية: 233.

فلقوله تعالى ﴿ وصاحبهما في الدنيا معروفا ﴾²⁰¹ وليس من المعروف أن يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا وقال الله تعالى ﴿ ولا تقل لهما أف ﴾²⁰² نهى عن الإضرار بهما بهذا القدر وترك الإنفاق عليهما عند حاجتهما أكثر إضرارا من ذلك وأما الأجداد والجدات فلأنهم من الآباء والأمهات ولهذا يقوم الجدة مقام الأب عند عدمه وقيد بقوله إذا كانوا فقراء لأنهم إذا كانوا أغنياء فنفتهم في ما لهم وإنما كانت على الذكور والإناث على السواء لاستوائهما في العلة والخطاب

(ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة وقراءة الولاد أعلى) أعني الأبوين والأجداد أو الجدات

(وأسفل) أعني الولد وولد الولد أما الزوجة فلما ذكرنا أنها واجبة بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة وأما قرابة الولاد لمكان الجزئية إذ الجزئية في معنى النفس ونفقة النفس تجب مع الكفر فكذا الجزء وهذا إذا كانوا ذمة فإن كانوا حربا لا تجب وإن كانوا مستأمنين لقوله تعالى ﴿ إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين ﴾²⁰³ الآية **(ونفقة ذي الرحم)** كالإخوة والأخوات والأعمام والعلمات والأخوال والخالات **(تجب على قدر الميراث)** فلو كان لمعسر أخ لأب وأم وأخ لأُم فسُدس نفقته على الأخ لأُم وباقيها على الأخ لأب وأم الأصل فيه قوله تعالى ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾²⁰⁴ وقرأ ابن مسعود رضي الله عنه " وعلى الوارث ذي الرحم مثل ذلك " فالتنصيب على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار وهذا لأن الحكم إذا رُتب على اسم مشتق كان مأخذ الاشتقاق علة كذلك الحكم كما في قوله تعالى ﴿ الزانية والزاني ﴾²⁰⁵ السارق السارقة²⁰⁶ فكان الإرث علة لاستحقاق النفقة فيتقدر بقدر الإرث لأن الحكم يثبت بقدر علته ثم إنها لا تجب لذي رحم ليس بمحرم ولا محرم بذي رحم فلو قال ونفقة ذي الرحم المحرم تجب على قدر الميراث لكان أظهر وأصوب **(وإنما تجب)** نفقة ذي الرحم والمحرم

²⁰¹ سورة لقمان، الآية: 15 .

²⁰² سورة الإسراء، الآية: 23 .

²⁰³ سورة الممتحنة، الآية: 9 .

²⁰⁴ سورة البقرة، الآية: 233 .

²⁰⁵ سورة النور، الآية: 2 .

²⁰⁶ سورة المائدة، الآية: 38 .

(إذا كان فقيراً به زمانة لا يقدر على الكسب) قيد به لأن القادر على الكسب غنى بكسبه وهذا الخلاف الأبوين²⁰⁷ حيث تجب نفقتهما مع القدرة على الكسب لما يلحقهما فيه من التعب والنصب والولد مأمور بدفع الضرر عنهما فيجب عليه أن يدفع عنهما ضرر الاكتساب وذلك بالإتفاق عليهما

(أو أنثى فقيرة) لأن الأنوثة من أمارات الحاجة **(وكذا من لا يحسن)** أي لا يعلم **(الكسب لخرقه)** أي لحمقه يقال رجل أخرق أي رجل أحمق **(أو لكونه من البيوتات)** أي الأشراف **(أي طالب علم)** أي أو لكونه طالب علم لأن العجز عن الاكتساب في حق هؤلاء ثابت

الحاصل أن العجز عن الكسب شرط إما حقيقة كالزمن والأعمى ونحوهما أو معنى كالأخرق وطالب العلم وقال شمس الأئمة رحمه الله إذا كان الرجل من أبناء الكرام ولا يستأجره الناس فهو عاجز وكذا طلبة العلم إذا كانوا لا يهتدون إلى الكسب فهم عاجزون حتى لا تسقط نفقتهم عن آبائهم وقال البزازی رحمه الله هذا إذا كانوا مشغولين بالعلوم الشرعية لا بالخلافيات الركيكة وهذيانيات الفلاسفة ولهم رشدٌ وإلا لا تجب وكل من تحلّى بصفات الكمال يرغب الأجانب في الإتفاق عليه فكيف الأب

(ونفقة زوجة الأب على ابنه ونفقة الابن على أبيه إن كان) الابن

(صغيراً فقيراً أو زماً بناءً) على أن تزويج الابن الصغير الفقير من الأب التزام لما هو قوام الأزواج به عرفاً وأما زوجة الأب فإنها تخدم الأب وخدمة الأب على الابن واجبة فنفقة من يخدم الأب يجوز أن يكون واجبا عليه ولا كذلك زوجة الابن البالغ وذكر في المبسوط لا يجبر الأب على نفقة زوجة الابن ويجب على الابن نفقة خادم الأب إذا احتاج إليه لأن خدمة الأب مستحقة على الابن فكذا نفقة من يخدمه ولا كذلك زوجة الابن كذا في شرح المصنف رحمه الله **(ولا تجب النفقة على فقير)** لأن نفقة الفقير على الغير فكيف يستحق عليه غيره يقال في المثل من يكدي من المتكدي فهو ظالم متعد **(الا للزوجة والولد الصغير)** لأن الله تعالى أوجب عليه نفقة الزوجة حالتي اليسار والإعسار والولد الصغير في معنى نفسه فكما لا تمتنع نفقة نفسه بفقره فكذا نفقة ولده الصغير **(والمعتبر)** في وجوب النفقة

²⁰⁷ والصواب "غير الأبوين"

(الغنى المحرم للصدقة) هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله وعن محمد رحمه الله أنه قدره بما تفضل على نفقة

نفسه وعياله شهرا لأن المعتبر في حقوق العباد إنها هو القدرة دون النصاب فإنه للتيسير والفتوى على الأول

(وإذا باع الأب متاع ابنه الكبير في نفقته) في حالة غيبة الابن **(جاز)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله

لا يجوز وإن باع عقاره لا يجوز بالإجماع وإنما وضع في الأب لأن بيع غير الأب لا يجوز إجماعا وإنما قلنا في

حال غيبة الابن لأنه ليس للأب ولاية بيع المنقول حال حضرة الابن وإنما قيدنا الابن بالكبير لأن له أن يبيع

عقار ابنه الصغير ومنقوله في نفقة نفسه إجماعا قال صاحب النظم "وجائز للأب في الإعسار ، بيع عروض

الولد في الكبار وأبطلوا في الدور والعقار، وجوزوا ذلك في الصغار" لهما أنه لا ولاية للأب لانقطاعها بالبلوغ

وهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا تملك الأم في النفقة وله أن للأب

ولاية الحفظ في مال الغائب ألا يرى أن للوصي ذلك فللأب أولى لو فور شفقتة وبيع المنقول من باب الحفظ

ولا كذلك العقار لأنه محصنة بنفسها وبخلاف غير الأب من الأقارب لأنه لا ولاية لهم أصلا في التصرف

حالة الصغر ولا في الحفظ حالة الكبر وإذا جاز بيع الأب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه

كما لو باع العقار والمنقول على الصغير لكمال الولاية ثم له أن يأخذ منه نفقته لأنه من جنس حقه كذا في الهداية

قال صدر الشريعة رحمه الله الكلام في أنه هل يحل بيع العروض لأجل النفقة لا في البيع لأجل المحافظة ثم

الإنفاق من الثمن على أن العلة لو كان هذا لجاز البيع لدين سوى النفقة لعين هذا الدليل

(وكذا) جاز للأب **(إذا أنفق من ماله)** أي من مال الابن الغائب الذي **(هو في يده)** لأنه ظفر بجنس حقه فله

أن يأخذه لأن نفقته واجب قبل القضاء على ما بينا والأم في هذا كالأب قال صاحب الهداية وإن كان للابن

الغائب مال في يد أبويه فأنفقا منه لم يضمنا وإنما قال في يده لأنه لو كان للابن الغائب مال في يد أجنبي فليس

له الإنفاق منه حتى لو أنفق الأجنبي عليه بغير إذن القاضي ضمن **(وإذا قضى القاضي بالنفقة)** أي بنفقة الولد

والوالدين وذوي الأرحام **(ثم مضت مدة)** طويلة أو قصيرة **(سقطت)** النفقة لأن نفقة هؤلاء تجب كفاية

للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي حيث لا

تسقط بمضي المدة لأنها وجبت مع اليسار لا لدفع الحاجة فلا تسقط بحصول الاستيفاء

(إلا أن يكون القاضي أمر الاستدانة عليه) فاستدان عليه ويصير ديناً في ذمته ولا يسقط بمضي المدة لأن ولاية

القاضي عامة فصار إذنه كأمر الغائب **(وعلى المولى أن ينفق على رقيقه)** عبداً أو أمة صغيراً أو كبيراً لقوله عليه

السلام في الممالك: "أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون ولا تُعذبوا عباد الله"²⁰⁸ ولأنهم مشغولون بخدمتهم ومحبوسون في ملكهم فيجب عليهم الإنفاق لئلا يهلكوا جوعاً **(فإن امتنع)** المولى من الإنفاق على رقيقه ولهم كسب اكتسبوا وأنفقوا لأن فيه رعاية الجانبين جانبه بقاء ملكه وجانبهم بدفع حاجتهم **(وإن لم يكن لهم كسب)** بأن كان عبداً زمناً أو جارية لا توجر مثلها **(أجبر)** المولى **(على بيعهم)** لأنهم من أهل الاستحقاق وفي البيع إبقاء حقهم وإبقاء حق المولى بنقله إلى الخلف **(وسائر الحيوانات تجبر فيما بينه وبين الله تعالى)** أي ولو امتنع المالك في إنفاق غير الآدمي من الحيوان لم يجبر على إنفاقه أو بيعه لأنه ليس من أهل الاستحقاق إلا أنه يؤمر فيما بينه وبين الله تعالى لأنه عليه السلام نهي عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهي عن إضاعة المال وفيه ذلك أيضاً تأمل

فصل في الحضانة وهي تربية الولد

(إذا اختصم الزوجان في الولد قبل الفرقة أو بعدها فالأم أحق به) من الأب لما روي أن امرأة أتت رسول الله عليه السلام فقالت: "يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني فقال رسول الله عليه السلام أنت أحق به ما لم تتزوجي"²⁰⁹ ولأن الأم أشفق وأقدر على الحضانة فكان الدفع إليها أنظر ولما روي²¹⁰ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلق زوجته فتنازعا وارفعوا إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه فقال له أبو بكر رضي الله عنه: "ريقها خير له من شهود وعسل عندك يا عمر"²¹¹ ودفعه إليها والصحابة حاضرون متكاثرون **(ثم أمها)** أي أم الأم **(ثم أم الأب ثم الأخت لأبوين ثم)** الأخت **(لأم ثم)** الأخت **(لأب ثم الخالات كذلك)** أي ثم الخالة لأب وأم ثم الخالة لأم ثم الخالة لأب

²⁰⁸ مسلم، "الإيمان" 10؛ ابن ماجه، "الأدب" 10.

²⁰⁹ أبو داود، "الطلاق" 35.

²¹⁰ والقصة هي أن عمر رضي الله عنه خاصم أم ابنه عاصم وهي جميلة بين يدي أبي بكر رضي الله عنه لينزع العاصم منها فقال له أبو بكر هذا الكلام وفي رواية وريحها والصحابة حاضرون ولم ينكر أحدهم عليه فكان هذا إجماعاً منهم على ذلك

²¹¹ ابن أبي شيبة، بلفظ: "أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلق أم عاصم ثم (أتى) عليها وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينها حتى بكى الغلام فانطلقا إلى أبي بكر رضي الله عنه فقال له أبو بكر: عمر! مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتي يشب الصبي فيختار" المصنف، 4/ 186.

(ثم العمت) كذلك يعني ترجح ذات قرابتين ثم قرابة الأم الأصل في ذلك أن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات فكانت جهة الأم مقدمة على جهة الأب ولأن الجدات أقرب من الأخوات والأخوات أقرب من الخالات والعمات وعن محمد رحمه الله أن الخالة مقدمة على الأخت لأب لأن الخالة بمنزلة الأم قال عليه السلام: "الخالة والدة"²¹² والخالات مساويات للعمات في القرب وإنما تقدم الخالات لأن قرابتهن من جهة الأم وتقدم من كانت لأب وأم لأنها تدلى بجهتين فيكون أولى ثم من الأم ثم من الأب ترجيحاً لقرابة الأم

(وبنات الأخت أولى من بنات الأخ وهن أولى من العمت) والوجه قد مر **(ومن لها الحضانة إذا تزوجت بأجنبي سقط حقها)** لما روينا ولأن زوج الأم إذا كان أجنبياً يعطيه نكاحاً وينظر إليه شزراً فلا نظر قيد بالأجنبي لأنها لو نكحت محرماً كالجدة إذا كان زوجها جداً للصغير أو العم إذا تزوجت بعم الصغير لا يبطل حقها **(فإن فارقه عاد حقها)** لأن المانع قد زال **(والقول قولها في نفى الزوج)** أي لو ادعى الزوج أن الأم تزوجت بزواج آخر وأنكرت فالقول لها لأنها تنكر بطلان حقها في الحضانة اعلم أنها إذا أقرت بالتزوج بزواج آخر ولكن ادعت أنه طلقها وعاد حقها فإن لم تُعَيِّن الزوج فالقول لها وإن عَيَّن الزوج لا تقبل قولها في دعوى الطلاق حتى يُقَرَّرَ به ذلك الزوج **(ويكون الغلام عندهن حتى يستغني عن الخدمة)** فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده **(وقدروه)** أي وقدر المشايخ الاستغناء عن الخدمة **(بتسع سنين)** لأن تمام الاستغناء عنها بالقدرة على هذه الأشياء إنما تحصل إذا بلغ تسع سنين والخصاف رحمه الله قدَّر الاستغناء بسبع سنين وعليه الفتوى اعتباراً للغالب وهذا قوله **(وقيل بسبع ثم يجبر الأب على أخذه)** لأن الأب مأمور بأن يأمره بالصلاة إذا بلغ هذا المبلغ وإنما يكون ذلك إذا كان الولد عنده **(وتكون الجارية عند الأم والجدة حتى تحيض)** لأن بعد الاستغناء يحتاج إلى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك أقدر وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين والحفظ والأب فيه أقوى وأهدى **(وعند غيرهما)** أي وتكون الجارية عند غير الأم والجدة من الأقرباء مثل الأخوات والخالات والعمات **(حتى تستغني)** لأن غيرهما لا تقدر على استخدامها فلا يحصل المقصود وقال شارح الهداية وتعليم الآداب إنما يحصل بالاستخدام واستخدام الصغيرة لا يحل لغير الأم والجدة فلا يحصل معنى التعليم وعن محمد رحمه الله إذا بلغت الصغيرة حداً تشتهى يأخذها الأب من الأم للحاجة إلى الحفظ

²¹² الطبراني، المعجم الكبير، 15-17/243.

(ومن لها حضانة لا يدفع إليه الصغير حتى تطلبه) احتمال عجزها عنها ولأن الحق لها فلا بد من طلبها
(وإن لم يكن للصغير امرأة) من أهله (أخذه الرجال) صونا له (وأولاهم أقربهم تعصيا) لأن الولاية للأقرب
وقد عرف الترتيب في موضعه (غير أن الصبية لا تدفع إلى) ذي رحم (غير محرم) كابن العم ومولى العتاقة
خوفا من الوقوع في المعصية (ولا تدفع) الصبية أيضا (إلى) محرم (فاسق ماجن) وهو من لا يبالي ما صنع تحرزا
عن الفتنة (وإذا اجتمع مستحقو الحضانة في درجة واحدة فأورعهم أولى ثم أكبرهم) أولى لما عرف أن التربية
عند الأورع أنظر للصبي (ولا حق للأمة وأم الولد في الحضانة) لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال لخدمة المولى
(والذمية أحق بولدها المسلم مالم يخف عليه الكفر) لأن النظر له في حضانتها قبل ذلك وبعده عليه فيه الضرر
(وليس للأب أن يخرج بولده من بلده حتى يبلغ حد الاستغناء) لما فيه من إبطال حق الأم من الحضانة
(وليس للأم) المطلقة بعد انقضاء عدتها (ذلك) أي إخراج ولدها من بلدها لما فيه من الإضرار بالأب
(إلا أن تخرجه إلى وطنها وقد وقع العقد فيه) لأنه التزام المقام فيه عرفا وشرعا قال عليه السلام: "من تأهل
في بلدة فهو منهم" ²¹³ (إلا) أن يكون تزوجها (في دار الحرب) وهو وطنها لأنه ضرر بالصبي لأنه تعود أخلاق
الكفار وربما يألّفهم وإنما قال وقد وقع العقد فيه لأنه ليس لها أن تخرجه إلى مصر غير وطنها وقد وقع العقد
فيه الحاصل أنه لا بد من الأمرين جميعا الوطن ووجود النكاح فيه وهذا كله إذا كان بين المصرين تفاوت أما
إذا تقاربا بحيث يمكن للولد أن يطالع ولده ويبيت في منزله فلا بأس به وهو قوله (وإن كان بين المصرين أو
القريتين ما يمكن للأب الإطلاع عليه ويبيت في منزله فلا بأس به) لأنه لا يلحقه بذلك ضرر وصار كالنقلة
من محلة إلى محلة في المصر المتباعد الأطراف والقريتان كالمصر (وكذا) لا بأس به (ولو انتقلت من القرية إلى
المصر) لأن فيه نظرا للصغير حيث يتخلق بأخلاق أهل المصر (وبالعكس لا) أي ليس لها أن تنتقل من المصر
إلى القرية لأن فيه ضررا للصغير لتخلقه بأخلاق أهل السواد

²¹³ أحمد بن حنبل، 1/ 62.

كتاب العتق

وهو في اللغة القوة يقال عتق الطائر إذا قوي على الطيران وعتاق الطير كواسبها لقوتها على الكسب وعتقت الخمر قويت واشتدت ويستعمل للجمال يقال عرس عتيق أي رائع جميل وسمي الصديق²¹⁴ رضي الله عنه لجماله ويستعمل للتكرم ومنه البيت العتيق أي الكريم ويستعمل للسعة والجودة ومنه رزق عاتق أي واسع جيد وفي الشرع زوال الرق عن المملوك وفيه هذه المعاني اللغوية فإنه بالعتق يقوي على ما لم يكن قادرا عليه من الأقوال والأفعال ويورثه جمالا وكرامة بين الناس ويزيل عنه ما كان فيه من ضيق الحجر والعبودية ويتسع رزقه بسبب القدرة على الكسب والحرية الخلوص والحرّ الخالص وفيه طينٌ حرٌّ أي خالص لا رمل فيه وأرض حرة أي خالصة من الخراج والعشر وفي الشرع عبارة عن خلوص حكمي يظهر في الأدمي لانقطاع حق الأغيار عن نفسه وإثبات هذا الوصف الحكمي يسمى إعتاقا وتحريرا وهو مندوب إليه قال عليه السلام: "من أعتق عبدا عتق الله بكل عضو منه عضوا من النار"²¹⁵ والرق في اللغة الضعف ومنه ثوب رقيق أي ضعيف وفي الشرع ضعف معنوي وهو العجز عما يقدر عليه الحر من الولايات والشهادات والخروج إلى الحج والجهاد وصلاة الجمعة والجنائز وغيرها وبالإعتاق والتحرير يثبت له القوة على هذه الأفعال ويُخْلَص عن شوائب الإذلال

اعلم أن الإسقاط عن القصاص يسمى عوضا والإسقاط عن الدين يسمى إبراء والإسقاط عن البضع يسمى طلاقا والإسقاط عن الملك سمي إعتاقا ثم اعلم أن الإعتاق تصرف مباح إذا أعتق من غير نية أو أعتقه لفلان وإن أعتقه لوجه الله تعالى أو عن كفارة فهو قرينة وإن أعتقه للصنم أو للشيطان فهو معصية

(ولا يقع) العتق أي الإعتاق

(إلا من مالك) لقوله عليه السلام: "لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فلو أعتق عبد غيره لا ينفذ"²¹⁶

(قادر على التبرعات) لأن الإعتاق تبرع محض فلا يصح إلا من الحر العاقل البالغ

(وألفاظه) نواعان

²¹⁴ "عتيقا"

²¹⁵ البخاري، بلفظ: من أعتق رقبة مسلمة، "كفارة الأيمان" 6.

²¹⁶ الترمذي، "الطلاق" 6؛ أبو داود، "الطلاق" 72.

(صريح وكناية فالصريح يقع بغير نية) كما قلنا في الطلاق **(كقوله أنت حر أو محرر أو حررتك أو أنت عتيق أو معتق)** أو أعتقتك فهذه الألفاظ صريحة في العتاق لأنها مستعملة فيه وضعا وشرعا فلا حاجة إلى النية لأنها إنما يحتاج إليها إذا اشتبه مراد المتكلم ولا اشتباه في الموضوعات فأغني بالوضع عن النية فإن قلت الوضع في الإخبار عن العتق لا في الإنشاء قلت لفظه وإن كان إخبارا ولكنه جعل إنشاء في التصرفات الشرعية دفعا للحاجة كما في النكاح والطلاق والبيع وغيرها وهذا لأن تصحيح كلام العاقل واجب ولا وجه لذلك إلا لتقديم ثبوت العتق في المحل ليتحقق منه هذا الإخبار **(أو هذا مولاي)** لأن اسم المولى وإن كان ينتظم الناصر وابن العم والموالة في الدين والأعلى والأسفل في العتاقة إلا أنه تعين الأسفل فصار كاسم خاص له وهذا لأن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفي الأول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام لحقيقته والإضافة إلى العبد ينافي كونه معتقا فتعين الأسفل فالتحق بالصريح كذا في الهداية

(أو يا مولاي) لأنه لما تعين الأسفل مرادا التحق بالصريح وبالنداء يا للفظ الصريح يعتق بأن قال يا حرُّ يا عتيقُ فكذلك النداء بهذا اللفظ **(أو هذه مولاي)** أي أو قال لجاريته هذه مولاي لما مر **(أو يا حر أو يا عتيق)** لأنه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور **(إلا أن يجعل ذلك)** أي الحر والعتيق **(اسما له)** بأن سماه حرا أو عتيقا ثم ناداه يا حر أو يا عتيق فحينئذ يكون مراده الإعلام باسم علمه

(فلا تعتق) إلا أن يريد به الإنشاء ولو ناداه يا آزاد وقد سماه بالحر يعتق كعكسه لأنه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر إخبارا عن الوصف **(وكذلك إضافة الحرية إلى ما يعبر به عن البدن)** كالرأس والوجه والعنق والفرج إن كانت أمة والعتاق كالطلاق في التفصيل والحكم والخلاف فالذكي يكفي إشارة والبلي لا يفيد ألف عبارة **(والكناية يحتاج إلى نية)** لاحتمال اللفظ العتق وغيره فلا يتعين أحدهما إلا بالنية والكلام فيه كالكلام في الطلاق **(كقوله لا ملك لي)** فإن نوى به الحرية عتق وإن لم ينو لا يعتق لأنه يحتمل أنه أراد لا ملك لي عليك لأنني بعْتُك أو وهبتك ويحتمل لأنني أعتقتك فلا يتعين أحدهما مرادا إلا بالبينة **(أو لا سبيل لي عليك ولا رق لي)** عليك **(أو خرجت من ملكي أو خليت سبيلك)** لأن نفي هذه الأشياء يحتمل أن يكون بالبيع أو الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا يتعين إلا بالنية **(أو قال لامته أطلقتك)** لأن الإطلاق يدل على التخلية والإرسال فكان من الكنايات بخلاف قوله لها طلقْتُك وهذا قوله

(ولو قال طلقتك لا يعتق وإن نوى وكذلك سائر ألفاظ صريح الطلاق وكناياته) وقال الشافعي رحمه الله

يعتق إذا نوى وهذا قول صاحب النظم

"لو قال أنت طالق وقد نوى"

"به العتاق صح ذاك واستوى"

له أنه نوى ما يحتمله لفظه لأن بين الملكين موافقةً إذ كل واحد منهما ملك العين أما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلاً له وعمل اللفظين في إسقاط ما هو حقه وهو الملك ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه لأن الإعتاق لغة إثبات القوة والطلاق رفع القيد لما عرف ولا شك أن الأول أقوى واللفظ يصح مجازاً عما هو دون حقيقته لا عما فوقيه فلذا امتنع في المتنازع فيه وجاز في عكسه **(ولو قال هذا ابني أو أبي أو أمي عتق)** ثم إن كان العبد يصلح ولداً أو والداً وهو مجهول النسب يثبت نسبه أيضاً لأن له ولاية الدعوة والعبد يحتاج إلى النسب فيثبت ويعتق بالإجماع وإن كان لا يصلح والداً في قوله هو أبي بأن كان أصغر منه ولا ولداً في قوله هذا ابني بأن كان أكبر منه أو مقارنه يعتق أيضاً عملاً مجازاً للفظ وهو الحرية عليه من حين ملكه ولا يثبت النسب لتعذرهم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يعتق لأنه كذب فرد ويلغو كقوله أعتقتك قبل أن أخلق وله أنه تعذر العمل بحقيقته أمكن العمل بمجازه لأن الحرية ملازمة للنبوة في المملوك والملازمة من طرق المجاز تحرزاً عن إلغاء كلام العاقل بخلاف ما ذكر لأنه لا وجه للمجاز فيه فتعين الإلغاء ثم هل يشترط تصديق العبد قيل وقيل وإن كان العبد معروف النسب لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق عملاً بما ذكرنا من المجاز **(وهذا أخي فيه روايتان)** أي ولو قال لعبد هذا أخي فيه روايتان في ظاهر الرواية لا يعتق لأنه يراد به الأخ في الدين عرفاً وشرعاً قال الله تعالى ﴿إنما المؤمنون إخوة﴾²¹⁷ وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه يعتق لأن ملك الأخ يوجب العتق والأخوة عند الإطلاق ينصرف إلى النسب **(ولو قال لعبد يا ابني أو يا أخي لم يعتق)** في ظاهر الرواية لأن النداء لإعلام المنادي إلا أنه إذا كان بوصف يكون إثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادي استحضاراً له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حرّاً وإذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه

²¹⁷ سورة الحجرات، الآية: 10 .

لتعذره والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الإعلام **(وقيل يعتق فيها)** وهو رواية شاذة عن أبي حنيفة رحمه الله والاعتقاد على ظاهر الرواية **(ولو قال)** لعبده **(أنت مثل الحر لم يعتق)** لأن هذا اللفظ يراد به المشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية **(ولو قال ما أنت إلا حر عتق)** لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد كما في كلمة الشهادة **(ولو قال لا سلطان لي عليك لم يعتق وإن نواه)** لأن السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده فصار كأنه قال لا يد لي عليك ونوى لا يعتق لأنه قد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب **(ومن ملك ذا رحم محرم)** وهو صفة ذا وجره للجوار **(منه عتق عليه ولو كان المالك صبيا أو مجنونا)** لقوله عليه السلام: "من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر"²¹⁸ أي المملوك حر فإن قلت حق الكلام أن يرجع الضمير إلى المبتدأ وهو من كما في قوله عليه السلام: "من دخل دار أبي سفيان فهو آمن"²¹⁹ قلت وقوعه جزاء لقوله "من ملك" يُنبئ عنه لئلا يلزم تحصيل. الحاصل فإن تملكه يدل على حرته إذ المملوك لا يملك شيئا فقوله فهو حر لو عاد إليه لكان تكرارا غير مفيد على أنه يجوز أن يرجع الضمير إلى المفعول به كرجوعه إلى المبتدأ كما في قوله تعالى ﴿ومن تصدق فهو﴾²²⁰ أي التصديق كفارة له وإنما قال ذا رحم محرم لأنه لو ملك قريبا تحل المناكحة معه كَبِنَتِ العم وابن العم أو محرما لا يكون قريبا له كأخته أو أمه رضاعا أو زوجة ابنه لا يعتق ثم قوله ذا رحم محرم عامٌ ينتظم كل قرابة مؤبد بالمحرمية ولا دأ أو غيره والشافعي رحمه الله يخالفنا في غير الولاد وهو قول صاحب النظم

"وملكه ذا الرحم المحرم في" "غير الولاد ليس عتقا فاعرف"

والمسئلة حقها الكتب المبسوطة

(والمكاتب يكاتب عليه قرابة الولاد) أي ولو ملك المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته لأنه من أهل أن يكاتب

وإن لم يكن من أهل الإعتاق فجعل مكاتبه تحقيقا للصلة بقدر الإمكان

²¹⁸ الترمذي، "الأحكام" 28؛ ابن ماجه، "العتق" 1؛ أبو داود، "العتق" 7.

²¹⁹ مسلم، "الجهاد" 86.

²²⁰ سورة المائدة، الآية: 45.

(لا غير) أي لو ملك المكاتب ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يدخل اعتبارا بقرابة الولاد ووجوب الصلة ينتظمها وله أن للمكاتب كسبا لا ملكا غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى إن القادر على الكسب مخاطب بنفقة الولد والوالد ولا يكون لغيرها حتى لا تجب نفقة الأخ إلا على الموسر **(ومن أعتق عبده للصنم أو للشيطان عتق)** لصدور العتاق من أهله مضافا إلى محله عن ولاية ولأن قوله أنت حر صريح في العتق فيقع ويلغو قوله للصنم أو للشيطان **(ويكون)** المعتق **(عاصيا)** لأن ذلك من فعل الكفرة وعبدية الأصنام **(ومن أعتق حاملا عتق حملها معها)** لأنه يتصل بها فصار كبعض أجزائها وليس القبض والتسليم فيه شرطا فيصح بخلاف البيع والهبة حيث لا يصح لأن التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع **(وإن أعتق حملها)** بأن قال ما في بطنك حر **(عتق)** حملها **(خاصة)** أي لا تعتق الحامل لأنه لا وجه إلى إعتاق الأم مقصودا لعدم الإضافة ولا إلى إعتاقها تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم إنما يعرف قيام الحمل وقت العتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم العتق لما عرف **(والولد يتبع الأم في الحرية والرق والتدبير)** لأن جانب الأم راجح اعتبارا بالحضانة **(وولد الأمة)** حال كونه **(من مولاهما حر)** لأنه مخلوق من مائه فيعتق عليه وقوله من مولاهما إشارة إلى أن ولدها من غيره لا يكون حرا **(وولد المغرور)** وهو من يطاء امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم يستحق **(حرًا بالقيمة)** بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ولو كان المغرور مكاتبا أو مدبرا أو عبدا فذلك ولده حر بالقيمة عند محمد رحمه الله خلافا لهما وقد عرف في موضعه **(ومن أعتق عبده على مال)** بأن قال أنت حرّ على ألف درهم أو بألف درهم أو على أن لي عليك ألفا أو على ألف تؤديها إلى أو على أن تعطيني ألفا أو على تجيئني بألف **(فقبل)** العبد **(عتق ولزمه المال)** إنها شرط قبوله لأنه معاوضة المال بغير المال إذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع ولهذا قلنا يعتق إذا قبل لأنه علق العتق بالقبول لا بالأداء وقوله ولزمه المال معناه يصير دينا عليه حتى تصح به الكفالة بخلاف بدل الكتابة حيث لا تصح الكفالة لأنه تثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف واللفظ بإطلاقه في قوله على مال ينتظم جميع أنواع المال من النقود والعروض والحيوان وإن كان بغير عينه لأنه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد **(وإن علق)** عتق عبده بأداء المال بأن **(قال إن أدّيت إلى ألفا فأنت حر صار)** العبد **(مأذونا)** في التجارة **(ويعتق بالتخلية بينه)** أي بين المولى **(وبين الألف)** وللمولى أن يبيعه قبل أداء

المال أما صيرورته مأذونا فلأن المولى لما طلب منه أداء المال وطريقه الاكتساب بالتجارة غالباً فقد أذن له في التجارة دلالة وأما جواز البيع قبل أداء المال فلأنه علّق عتقه بأداء جميع المال فما لم يؤده لم يوجد شرطه فلا يعتق وليس بمكاتب فله يبيعه وأما عتقه بالتخلية أي بإحضار المال بحيث يتمكن المولى من قبضه فمذهبنا وقال زفر رحمه الله لا يعتق إلا بالأداء إليه والحجج من الجانبين تعرف في الكتب المبسوبة ثم الأداء في قوله إن أديت يقتصر على المجلس عندهما خلافاً لأبي يوسف رحمه الله يجعل التعليق بحرف إن كذا ومتى حتى لو باعه ثم اشتريه فأحضره يأمر أبو يوسف رحمه الله بإجباره²²¹ وهذا قول صاحب المنظومة "لو علق العتق بدفع النقد، لم يقتصر على مكان العقد، حتى إذا ما باعه ثم اشترى ألزم أن يقبله إن أحضر" الله الموفق

فصل في العبد يعتق بعضه

(ومن أعتق بعض عبده عتق) ذلك البعض أي زال الملك عن ذلك البعض ولم يرد به حقيقة العتق وإنما أراد به ثبوت أثره وهو زوال الملك (وسعى في بقية قيمته لمولاه) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا يعتق كله وأصله أن الإعتاق يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل كما في الطلاق لهما قوله عليه السلام: "من أعتق شركاً له في عبد فقد أعتق كله ليس الله فيه شريك"²²² ولأن الإعتاق إثبات العتق وهو قوة حكمية والعتق لا يتجزأ إذ لا يكون بعضه قويا وبعضه ضعيفاً أو نقول هو إزالة الرق الذي هو ضعف حكمي فكل واحد منهما لا يتجزأ فصار كالعوض عن القصاص وله ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال: "من أعتق شقصاً من عبد فعليه عتق كله"²²³ وفي رواية كُلف عتق ما بقي وفي رواية وجب عليه أن يعتق ما بقي ولو عتق بنفس الإعتاق لما وجب عليه إعاقته ولما كُلف ذلك لأن إعتاق المعتق محال ولأن الإعتاق إزالة ملكه لأن الملك حقه والرق حق الشرع أو حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو إزالة حقه لا إزالة حق غيره والأصل أن التصرف يقتصر على موضع الإضافة والتعدي إلى ما ورائه ضرورة عدم التجزي والمملك متجزئ كما في البيع والهبة فيبقى على الأصل وإنما وجبت السعاية في بقية قيمته لمولاه لاحتباس مالية البعض عند العبد

²²¹ أي بإجبار المولى

²²² البخاري، "الشركة" 5؛ أبو داود، "العتق" 6.

²²³ البخاري، "الشركة" 5؛ مسلم، "العتق" 3.

(والمستسعى كالمكاتب) عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يؤدي السعاية لأنه تعلق عنقه بأداء المال فلا يقبل شهادته ولا يرث ولا يورث ولا يتزوج ويفاق المكاتب في خصلة وهو ألا يردَّ في الرق لو عجز لأن الذي أوجب السعاية وقوع الحرية في بعضه وهو موجود بعد العجز وقالوا رحمهما الله هو حر مديون لأن العتق وقع في جميعه بناء على ما تقدم من الأصل في التجزي فهو كسائر الأحرار عندهما **(ولو أعتق أحد الشريكين نصيبه)** من العبد المشترك بينهما **(عتق)** نصيبه **(فإن كان)** المعتق موسرا بأن كان **(قادرا على قيمة نصيب شريكه)** الساكت فاضلا عن ملبوسه وقوت يومه وعياله **(فشريكه)** الساكت **(بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء دبّر وإن شاء كاتب وإن شاء ضمّن المعتق)** قيمة نصيبه **(وإن شاء استسعى وإن كان)** المعتق **(معسرا)** غير قادر على قيمة نصيب شريكه **(فكذلك)** أي فشريك الساكت مخير بالخيارات المذكورة إلا أنه لا يُضمّن وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار والمسئلة مبنية على تجزئ الإعتاق وعدمه وتخريجها وتفريعها كافل به شرح المصنف رحمه الله وشرح الوافي **(وإذا ملكا ابن أحدهما)** بشري أو هبة أو صدقة أو وصية **(عتق نصيب الأب)** لأنه ملك شقص قريبه ولا فرق بين أن يكون الأب موسرا أو معسرا **(وشريكه)** أي وشريك الأب **(إن شاء أعتق وإن شاء استسعى)** العبد سواء **(علم)** الشريك أنه ابن شريكه **(أو لم يعلم)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسرا وإن كان معسرا يسعى الابن في نصف قيمته لشريك أبيه وعلى هذا الخلاف إذا اشترياه وقد حلف أحدهما بعتقه إن اشترى نصفه وإن ملكاه بالإرث فكما قال أبو حنيفة رحمه الله لهما أن شراء القريب إعتاق على أصلنا وقد أفسد نصيب الشريك بالإعتاق فصار كعبد بين شريكين أعتق أحدهما نصيبه وله أنه رضي بإفساد نصيبه فلا يضمّن كما إذا أذن له بإعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك أنه شاركه فيها هو علة العتق وهو الشراء لأن شراء القريب إعتاق ولا فرق بين العلم وعدمه لأن الحكم يدار على السبب وهو الشراء كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للأمر ولم يعلم به **(ولو قال لعبديه أحدهما حرّ ثم باع أحدهما)** مطلقا سواء كان البيع صحيحا أو فاسدا مع القبض وبدونه وسواء كان مطلقا أو مقيدا بشرط الخيار **(أو عرضه على البيع أو دبّره أو مات)** أحدهما أو وهبه أو تصدق به عتق الآخر لأنه خرج بالبيع عن محلية العتق من جهته وبالعرض عليه قصد الوصول إلى الثمن وأنه ينافي الحرية وبالتدبير قصد إبقاء الانتفاع به إلى حين موته وبالموت خرج عن محلية العتق والهبة والتصدق بمنزلة البيع فتعين الآخر للعتق فيعتق

(وكذا إذا استولد إحدى الجاريتين) لأن الاستيلاء كالتيدير فيما ذكرنا بل أولى **(ولو)** قال لأمتيه إحداكما حرة ثم **(وطئ إحديها لا يعتق الأخرى)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يعتق وهذا قول صاحب النظم رحمه الله "والوطء في العتق على الإيهام، ليس بتبيان ولا إعلام"

لهما أن الوطء لا يحل إلا في الملك وإحديهما حرة فكان بالوطء مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الأخرى كما في طلاق إحدى المرأتين وله أنه أوقع العتق في المنكرة والوطء وقع في المعينة وهما متغايران فلا يجعل بيانا بخلاف الطلاق لأن المقصود الأصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء

(ولو شهدا أنه أعتق أحد عبديه أو إحدى أمتيه فهو باطل) عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله جازت الشهادة ويحبر على البيان أصله أن الشهادة على عتق العبد لا يقبل من غير دعوى العبد عنده وعندهما يقبل بناء على أن دعوى العتق حق العبد عنده وحق الله عندهما فإذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم يتحقق في مسئلة الكتاب لأن الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل وإن عدم الدعوى وأما إذا شهدا أنه أعتق إحدى أمتيه فلا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله وإن لم تكن الدعوى شرطا فيه لأنه إنما لا يشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما مر فصار كالشهادة على عتق أحد العبدین

باب التدير

وهو العتق الواقع عن دبر الإنسان أي بعده وهو مأخوذ منه وحقيقته أن يُعلّق عتق مملوكه بموته على الإطلاق والأصل في جوازه أنه عتق معلق بشرط فصار كالمعلق بدخول الدار

(وإذا قال المولى لعبده إذا متُّ فأنت حر أو أنت حر عن دبر مني أو أنت مدبر أو قد دبرتك أو أنت حر مع موتي أو عند موتي أو في موتي أو أوصيت لك بنفسك أو برقبتك أو بثلث مالي فقد صار مدبرا) لأن هذه الألفاظ بعضها صريح في التدير وبعضها في معناه **(لا يجوز له)** أي للمولى **(إخراجه عن ملكه)** بالبيع والهبة **(إلا بالعتق)** وقال الشافعي رحمه الله يجوز لأنه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في دخول الدار ومجيئ رأس الشهر وغيرهما ولنا قوله عليه السلام: "المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من

الثالث ²²⁴ (ويجوز كتابته) لأنها تعجيل العتق المؤجل وله ذلك كما لو تجزأ العتق (واستخدامه وإجارته ووطئها) أي وإن كانت أمة فللولي ووطئها لأن الملك فيه ثابت له وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات (وإذا مات المولى عتق) المدبر (من ثلث ماله) لما رويناه من الحديث ولأنه علّق عتقه بالموت فكان وصية والوصية تعتبر من الثلث (فإن لم يخرج) من الثلث (فبحسابه) معناه بحسب ثلث ماله فيعتق منه بقدره ويسعى في باقيه (وإن كان على المولى دين سعى في كل قيمته) لما بينا أنه وصية والدين مقدم عليها والمراد دين يحيط بالتركة والحرية لا يمكن ردها فوجب عليه السعاية رعاية للجانبين (ولو دبر أحد الشريكين) العبد المشترك (وضمن نصف شريكه ثم مات) المولى المدبر (عتق نصفه بالتدبير ويسعى المدبر في نصفه) لأن نصفه على ملكه عند أبي حنيفة رحمه الله من غير تدبير وعندهما يعتق جميعه بالتدبير لأن تدبير النصف تدبير الجميع وهي فرع تجزى الإعتاق (وإن قال) المولى (له) أي لعبده (إن مت من مرضي هذا أو في سفري هذا أو إن مت إلى عشرين سنة فهو تعليق) وهذا هو التدبير المقيّد (يجوز بيعه) لأن السبب لم ينعقد في الحال لتردده في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لأنه علّق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة (فإن مات) المولى (على تلك الصفة) أي على الصفة التي ذكرها المولى (عتق) أي من الثلث لوجود الشرط

باب الاستيلاء

وهو في اللغة طلب الولد مطلقا والشرع طلب الولد من الأمة (لا يثبت نسب ولد الأمة من مولاهما إلا بدعوات) وقال الشافعي رحمه الله يثبت نسبه منه وإن لم يدع وهذا قول صاحب المنظومة "ومن أقر بافتراش أمته، يلزمه الابن بغير دعوته" له أنه لما ثبت النسب بالعقد فلاّ أن يثبت بالوطء وأنه أكثر قضاء أولى ولنا أن وطء الأمة يُقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء بخلاف العقد لأن الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة إلى الدعوة (فإن اعترف به) أي فإذا اعترف المولى بالولد (صارت) الأمة (أم ولده) إجماعا (فإذا ولدت منه بعد ذلك) أي بعد ما اعترف بالولد الأول (يثبت) نسبه (من غير دعوة) لأنه لما ادعى الأول وثبت نسبه تبين أنه قصد الولد فصارت فراشا فثبت بغير دعوة كالمكوحه (ويتنفي) نسب الولد الثاني

²²⁴ الدارقطني، السنن، 3/ 374.

(المجرد نفية) بغير لعان لأن فراشها ضعيف حتى يقدر على إبطاله بالتزويج وبالعتق بخلاف المنكوحة حيث

لا ينتفي الولد بنفيه إلا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك إبطاله بالتزويج

اعلم أن الفراش ثلاثة قوي ووسط وضعيف فالقوي فراش المنكوحة والوسط فراش أم الولد والضعيف

فراش الأمة ثم في الضعيف لا يثبت النسب بدون دعوى وينتفي بمجرد النفي وفي الوسط يثبت بدونها ولكن

ينتفي بمجرد النفي وفي القوي لا ينتفي بمجرد النفي بل يثبت اللعان عند النفي

(ولا يجوز له إخراجها عن ملكه إلا بالعتق) فلا يجوز بيعها ولا هبتها ولا تملكها بوجه من الوجوه الأصل في

ذلك ما روي أن رسول الله عليه السلام أعتق أمهات الأولاد من جميع المال وقال: "لا يُعْرَن ولا يُبْعَن"²²⁵

وعن عمر رضي الله عنه أنه كان ينادي في منبر رسول الله عليه السلام: "ألا أن بيع أمهات الأولاد حرام ولا

رق عليها بعد موت مولاه"²²⁶ ولم ينكر عليه أحد من الصحابة رضي الله عنهم فحلَّ محل الإجماع

(وله) أي للمولى (وطئها واستخدامها وإجارتها وكتابتها وتزويجها) لأن الملك قائم فيها فأشبهت المدبرة

(ويعتق) أم الولد (بعد موته من جميع المال ولا تسعى في ديونه) لما مر من الأحاديث **(وحكم ولدها من غيره)**

أي من غير المولى **(بعد الاستيلاء حكمها)** يعني لو زوّج أم ولده رجلاً فولدت منه ولدا فهو في حكم أمه لأن

حق الحرية يسري إلى الولد كالتدبير ألا يرى أن ولد الحرة حرٌّ وولد القنّة قنٌّ **(وإذا أسلمت أم ولد النصراني**

سعت في قيمتها وهي كالمكاتبة) لا يعتق حتى تؤدّي السعاية وقال زفر رحمه الله يعتق في الحال والسعاية دين

عليه وهذا الخلاف فيما عُرِضَ على المولى الإسلام فأبى فإن أسلم تبقى على حالها وإنما وضع المسئلة في أم الولد

لأنه لو أسلم عبد النصراني أو أمته وعُرِضَ على مولى الإسلام فأبى يجبر على بيعه له أن إزالة الذل عنها بعد

ما أسلمت واجب وذلك بالبيع أو الإعتاق وقد تعذّر البيع بالاستيلاء فتعيّن العتق ولنا أن ما قلناه نظر لهما

لأن ذلّ الرق يندفع عنها بجعلها مكاتبة لأنها تصير حرة أبداً ويندفع الضرر عن الذمي فتسعى في الأداء

لتناول الحرية ولو قلنا بعثتها في الحال وهي معسرة تتوانى عن الاكتساب والأداء إلى الذمي فيتضرر

²²⁵ الدارقطني، السنن، 3/ 368.

²²⁶ الدارقطني، السنن، 3/ 369.

(ولو مات سيدها عتقت بلا سعاية) لأنها أم ولد ولو عجزت في حياته لا تردُّ فَنَّةَ لأنها لو رُدَّت فَنَّةُ أعيدت مكاتبة لقيام الموجب (ولو تزوج أمة غيره فجاءت بولد ثم ملكها صارت أم ولد له) وقال الشافعي رحمه الله لا تصير أم ولد له وهذا قول صاحب النظم "لو ولدت من زوجها الذي عقد ثم اشتراها لم تصر أم ولد" والحجج من الجانبين تطلب في الكافي والهداية (ولو وطء جارية ابنه فولدت وادعاه ثبت نسبه وصارت) جارية الابن (أم ولد له وعليه قيمتها دون عُقْرها) وهو عبارة عن مهر المثل بكم تستأجر على الزنا نعوذ بالله من ذلك لو جاز الاستئجار على الزنا فالقدر الذي تستأجر على الزنا يُجعل عُقْرها

(وقيمة ولدها) وهذا بناء على أن للأب أن يملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء للأكل والشرب فله أن يملك جارية للحاجة إلى صيانة مائه وبقاء نسله ولأن كفاية الأب على ابنه لما مر في النفقات إلا أن حاجته إلى صيانة مائه وبقاء نسله دون حاجته إلى بقاء نفسه فلهذا قلنا يملك الجارية بقيمتها والطعام بغير قيمته ثم هذا الملك يثبت قُبَيْل الاستيلاء شرطاً له إذ المصحح لحقيقة الاستيلاء وحقيقة الملك كما في الجارية المملوكة أو حقه كما في المكاتبة وكل ذلك غير ثابت للأب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين أن الوطء يلاقي ملكه فلا يلزمه العُقْر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب المهر لأنها يُثْبَتان الملك حكماً للاستيلاء وحكم الشيء يَعْقِبُه والمسئلة معروفة

(والجد كالأب عند انقطاع ولايته) لأنه يقوم مقامه ومع ولايته لا ولاية للجد والولاية تنقطع بالكفر والرق والردة واللاحق والموت والمراد من الجد أب الأب وأما أب الأم فلا لأنه لا ولاية له بحال (جارية بين شريكين ولدت فادعاه أحدهما يثبت نسبه) منه لأنه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة أنه لا يتجزأ لما أن سببه لا يتجزأ وهو العلوق إذ الولد الواحد لا يتعلق من ماء رجلين وصارت أم ولد له وهذا عندهما ظاهر لأن الاستيلاء لا يتجزأ وأما عنده فنصيبه تصير أم ولد ويتملك نصيب صاحبه لأنه قابل للملك فتكمل له فيصير الكل أم ولد (وعليه نصف قيمتها) لأنه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاء (ونصف عقرها) لوطنه جارية مشتركة لأن الملك يتعقب الاستيلاء حكماً له بخلاف ما إذا استولد جارية ابنه لأن الملك هناك ثبت شرطاً للاستيلاء فيقدمه فصار واطناً ملك نفسه

(ولا شيء عليه من قسمة ولدها) لأن النسب يثبت مستنداً إلى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك

شريكه

(وإن ادعياه معا صارت أم ولد لهما) لصحة الدعوى من كل واحد منهما في نصيبه في الولد والاستيلاد يتبع الولد **(ويثبت نسبه منهما)** وقال الشافعي رحمه الله يُرجع إلى قول القافة²²⁷ لأن إثبات النسب من شخصين مع علمنا أن الولد لا ينخلق من ماء رجلين متعذر فعملنا بالشبه وروي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت دخلت على رسول الله عليه السلام ووجهه يبرق من السرور وقال أما تعرفين يا عائشة أن المدلجيَّ مرَّ بأسامة وزيد وهما نائمان تحت لحاف واحد وقد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال هذه الأقدام بعضها من بعض²²⁸ فسرور رسول الله عليه السلام دليل على أن قوله حجة في النسب

وحكى الصيدلاني رحمه الله عن القفال عن الشيخ أبي زيد عن أبي إسحق المرزوي كان ببغداد جاري ذو مال ويسار وكان أبيض اللون وله ابن يضرب إلى السواد وكان يُعرض بأنه ليس منه فأتاني فقال إني عزمت على الحج وأكثر قصدي أن أستصحب ابني هذا فأريه القافة فنهيته منه وقلت لعل القائف يقول بعض ما تكره وليس لك ابن غيره فلم ينته فراح بابنه إلى الحج فلما رجع حكى لي فقال استحضرت مدلجيا وأمرت بعرضه عليه في عدة رجال كان فيهم الذي يومئ بأنه منه وكان معنا في الرفقة وغِبْتُ عن المجلس فنظر القائف فيهم فلم يُلحقه بأحد فأخبرْتُ بذلك وقيل لي احضرْ فلعله يلحقه بك فأقبلت على ناقة يقودها عبد لنا أسود كبير فلما وقع بصره علينا قال لله أكبر هذا الراكب أبو هذا الغلام والقائد الأسود أبو الراكب فغشي علي من صعوبة ما سمعت فلما رجعت ألحُحْتُ على والدتي لتخبرني فأخبرتني أنَّ أبي طَلَّقها ثلاثا ثم ندم فأمر هذا العبد بنكاحها للتحليل ففعل فعلمت منه وكان ذا مال كثير قد بلغ الكبر وليس له ولد فاستلحقك ونكحني كذا في شرح الحاوي

ولنا ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب إلى شريح في هذه الحادثة لَبَسَا فَلَبَّسَا عليهما ولو بيَّنا كَيْفَ لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما²²⁹ وكان ذلك من محضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير تكبر فكان إجماعا ومثله عن علي رضي الله عنه ولأنهما مستويان في سبب الاستحقاق فيستويان وهو الملك فيستويان فيه وما روي من حديث المدلجي وأسامة بن زيد وفرح النبي عليه السلام قلنا لم يثبت ذلك عنده

²²⁷ جمع القائف وهم جماعة يعرفون الناس بالشبه

²²⁸ البخاري، "المنقب" 23؛ مسلم، "الرضاع" 11؛ أبو داود، "الطلاق" 31.

²²⁹ الطحاوي، شرح معاني الآثار، 3/ 459.

عليه السلام بقول القائف وكان عليه السلام يعلم ذلك ولكن المشركين يطعنون في نسب أسامة وكان قول القائف قاطعا لطعنهم لأنهم كانوا يعتقدونه في الجاهلية لا انه حكم شرعي فلذلك فرح رسول الله عليه السلام **(ويرث) الابن (من كل واحد منهما كابن)** لأنه لما أقر كل واحد منهما أنه ابنه فقد أقر له بميراث ابن **(ويرثان منه كأب واحد)** لاستوائهما في سبب الاستحقاق وإن كان بين مسلم وذمي فهو للمسلم ترجيحاً للإسلام وقال زفر رحمه الله هما سواء

كتاب المكاتب

المكاتب اسم مفعول من كاتب عبده مكاتبه وكتابا والتركيب يدل على الجمع ومنه كتب الكتاب لأنه جمع الحروف وضُم بعضها إلى بعض وسمي هذا العقد الذي جرى بين المولى وعبده كتابة لأنه لا يخلو عن كتابة الوثيقة عادة فالكاتب يكتب على نفسه أمر المولى بإيفاء البدل والمولى يكتب على نفسه الإعاق بعد قبض البدل وفي الشرع ضم مالكية اليد في الحال إلى مالكية الرقبة في المآل ثبت جوازه بقوله تعالى ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾²³⁰ والإيجاب غير مراد بإجماع الفقهاء وإنما هو أمر ندب وقال بعضهم إنه أمر إباحة وقوله إن علمتم فيهم خيراً خرج من مخرج العادة قلنا في الحمل على الإباحة إلغاء الشرط إذ عقد الكتابة مباح بدون هذا الشرط فلو حمل الأمر على الإباحة لُلغا هذا الشرط وكلام الله تعالى منزّه عن ذلك أما النديبة فمعلّقة بهذا الشرط فاعرفه والمراد بالخير المذكور في الآية على ما قبل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق وإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكاتبه

(ومن كاتب عبده على مال فقبل) العبد (صار مكاتباً) أما الجواز فلما تلونا وأما شرط القبول فلأنه مال يلزمه فلا بد من التزامه وذلك بالقبول ولا يعتق إلا بأداء جميع البدل لقوله عليه السلام: "المكاتب عبد ما بقي عليه درهم **(والصغير)** أي والعبد الصغير **(الذي يعقل)** البيع والشراء **(كالكبير)** أي كالعبد الكبير في جواز الكتابة لتحقق الإيجاب والقبول إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه وهو بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينقذ العقد

²³⁰ سورة النور، الآية: 33.

(وسواء شرطه) أي شرط المولى المال (حالا أو مؤجلا) بأن قال كاتبك على ألف إلى شهر أو سنة

(أو منجما) بأن قال كاتبك على ألف إلى سنة على أن يعطيني كل شهر كذا من النجم وهو الطالع ثم سمي به الوقت ومنه سمي المنجم ثم سمي به ما يؤدي فيه من الوظيفة ثم اشتقوا منه فقالوا نجمت المال إذا أدبته نجوما وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حالا لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الأهلية قبله للرق ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولأنه عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبهه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه (ويخرج) المكاتب (عن يد المولى دون ملكه) أما الخروج عن يده فلتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر وإن نهاه المولى وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روي (وإذا أتلغ) المولى (ماله غرمه) لأن المولى كالأجنبي في حق اكتسابه ونفسه إذ لو لم يجعل كذلك لآتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد (وإن وطئ) المولى (المكاتبه فعليه عقرها) لأنها صارت أحق بأجزائها توسلا إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان (وإن جنى) المولى (عليها أو) جنى (على ولدها لزمه الأرش) لما بينا أنها أخص بأجزائها (وإن أعتقه) المولى (سقط عنه مال الكتابة) لحصول المقصود بدونه وهو العتق وكذا إذا أبرأه عن البدل أو وهبه منه (وهو) أي المكاتب (كالمأذون) في جميع التصرفات والمنع عن التبرعات (إلا أنه لا يمتنع) المكاتب (بمنع المولى) لأن ذلك يؤدي إلى فسخ الكتابة والمولى لا يملك فسخها لأنه من جانبه تعليق العتق فلا يملك فسخه والرجوع عنه (وله) أي وللمكاتب (أن يسافر) لأن التجارة ربما لا يتفق في الحضر فيحتاج إلى السفر (وبزوج الأمة) لأنه اكتساب للمال فإنه يتملك المهر فدخل تحت العقد (ويكاتب) المكاتب (عبده) لأنه من أنواع الاكتساب فصار كالبيع بل هو أنفع لأنه لا يزول ملكه عنه إلا بعد وصول البدل إليه وفي البيع يزول الملك بالعقد والقياس ألا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لأن مآله إلى العتق فصار كالإعتاق على مال والمكاتب ليس من أهله وجه الاستحسان ما مر

(فإن أدى) الثاني (قبله) أي قبل أن يعتق الأول (فولاؤه للمولى) لأن له فيه نوع ملك ويصح إضافة الإعتاق إليه في الجملة فإذا تعذر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية أضيف إليه (وإن أدى) المكاتب الثاني (بعده) أي بعد عتق الأول (فولاؤه له) لأنه إذا أدى الأول عتق فصار أهلا لثبوت الولاء له وهو الأصل فيضاف إليه (وإن ولد له) أي للمكاتب (من أمته ولد فحكمه كحكمه وكسبه له) لأنه لو كان حرا عتق عليه

وإذا كان مكاتبها يكاتب عليه تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان وإذا دخل في كتابته كان كسبه له لأن كسب ولده كسبُ كسبه فإن قلت استيلاد المكاتب جارية نفسه لا يجوز فكيف يتصور قوله وإن وُلد له من أمته ولد قلت يمكن بأنه وطئها مع أنه حرام وطئه

(وكذلك ولد المكاتبه معها) يعني إذا ولدت المكاتبه من زوجها دخل ولدها في كتابتها وكان كسبه لها بناء على أن الأوصاف القارّة في الأمهات تسري إلى الولد لما عرف

(ولو زوج) المولى **(أمته من عبده ثم كاتبها فولدت)** دخل الولد **(في كتابة الأم)** لرجحان جانب الأم ولذا يتبع الولد الأم في الحرية والرق **(وإن ولدت)** المكاتبه **(من مولاهها)** فهي بالخيار **(إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت عجزت)** نفسها **(وصارت أم ولد له)** صورة المسئلة كاتب المولى أمته ثم وطئها فولدت فهي بالخيار إلى آخره ووجهه أنه تلقى جهاً حرة عاجلاً ببدل الكتابة وآجلٍ بغير بدل وهي أمومية الولد فتختار أيها شاءت وولدها ثابت النسب من المولى لأن ملكه ثابت في الأم وهو كاف للاستيلاد وهو حر لأن المولى يملك إعتاق ولدها فإن عجزت نفسها وصارت أم ولد فحكمها ما تقدم وإن مضت على الكتابة فلها أخذ العقر لما قدمناه من اختصاصها وبمنافعها ثم إن مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وإن ماتت وتركت ما لا يؤدي منه مكاتبتهما وما بقي ميراث لابنها فإن لم يترك فلا سعاية على الولد **(وإن كاتب)** المولى **(أم ولده جاز)** لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لأنه تلقى جهاً حرة **(فإذا مات المولى سقط عنها مال الكتابة)** لأنها عتقت بالاستيلاد والبدل وجب لتحصيل العتق وقد حصل لها بدونه فلا معنى لوجوب البدل فيسقط وإن أدت بدل الكتابة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية **(وإن كاتب)** المولى **(مدبره جاز)** لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي إذ الحرية غير ثابتة وإنما الثابت مجرد الاستحقاق **(فإن مات المولى ولا مال له إن شاء سعى في ثلثي قيمته أو جميع بدل الكتابة)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يسعى في الأقل منهما وقال محمد رحمه الله يسعى في الأقل من ثلثي قيمته وثلثي بدل الكتابة وهذا قول صاحب النظم رحمه الله

"مدبر كاتبه مولاه ، مات ولا مال له سواه، في ثلثي القيمة أو كل البدل ، يسعى وهذا مذهب الصدر الأجل ، وهو لدا يعقوب يسعى في الأقل، من ذا وذا بلا خيار يحتمل ، كذا لدى الآخر لكن قد جعل " مكان كل بدل ثلثي بدل " وإنما وضع المسئلة فيما إذا كاتب المولى مدبره لأنه إذا دبر مكاتبه ثم مات المولى ولا مال له

غيره فهو بالخيار إن شاء يسعى في ثلثي مال الكتابة وإن شاء سعى في ثلثي قيمته وهذا هو المعنى من قوله المذكور في بعض النسخ

(وبالعكس إن شاء سعى في ثلثي قيمته أو ثلثي بدل الكتابة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهم الله يسعى في الأقل منهما وذلك قول صاحب المنظومة رحمه الله "مكاتب دبره مولاه، ومات لا له مال سواه، في ثلثي القيمة أو ثلثي البدل، يسعى وقالوا لم يجب إلا الأقل" والخلاف في هذا الفصل في الخيار وأما المقدار فمتفق عليه

فصل في الكتابة الفاسدة

(وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمة العبد أو على ألف على أن يرد إليه المولى عبدا بغير عينه

فهو) أي عقد الكتابة في هذه الصورة الثلاثة

(فاسد) أما الأولى فلأن الخمر والخنزير ليسا بمال في حق المسلم فلم يصلحا بدلا وأما الثانية فلأن القيمة مجهولة القدر والجنس والصفة فصار كالكتابة على ثوب أو على دابة فإنه لا يجوز لتفاحش الجهالة فكذا هنا وأما الثالثة فمذهبهما وقال أبو يوسف رحمه الله هي جائزة ويقسم الألف على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد ويصير مكاتبا بالباقي لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الأصل في إبدال العقود ولهما أنه لا يستثنى العبد من الألف وإنما يستثنى قيمته والقيمة لا يصلح بدلا فكذا مستثنى **(فإن أدّى الخمر)** في الصورة الأولى من الصور الثلاثة

(عتق) وقال زفر رحمه الله لا يعتق إلا بأداء قيمته لأنه لما لم يصلح الخمر بدل الكتابة يكون قيمة هذا العبد بدل الكتابة فلا بد من أداء هذا البدل ليحصل العتق وقال أبو يوسف رحمه الله يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة ويعتق بأداء البدل أيضا لأنه هو البدل معنى وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أديتها فأنت حر للتنقيص على التعلق ولا فصل في ظاهر الرواية ووجهه أن العقد منعقد وإن كان فاسدا فيعتق بالأداء **(وعليه)** أي وإذا أعتق بأداء عين الخمر لزمه عليه **(قيمة نفسه)** لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع **(ولا تنقص عن المسمى)** ويزاد عليه قال صدر الشريعة رحمه الله في شرحه للوقاية هذه مسألة مبتدأة غير متصلة بمسئلة الخمر والخنزير ومعناها أن القيمة في الكتابة الفاسدة إذا كانت من جنس المسمى فإن كانت ناقصة عن المسمى لا ينقص عن المسمى

وإن كانت زائدة عنه زيد عليه ووضع المسئلة في المبسوط فيما إذا كاتبه بألف على أن يخدمه أبداً فالكتابة فاسدة فيجب القيمة فإن كانت ناقصة عن الألف لا ينقص وإن كانت زائدة زيدت عليه إلى هاهنا كلامه والقول ما قالت حزام **(وفيا إذا كاتبه على قيمته)** وهي الصورة الثانية من الصور الثلاثة المذكورة **(يعتق بأداء القيمة)** لأنه هو البديل فيعتق كالخمر وأثر الجهالة في الفساد ويمكن اعتبار معنى عقد الكتابة في أداء القيمة بأن أدى مالا يختلف المقومون فيه بأن يقوم أحدهم بثلاثين والآخر بخمسة وثلاثين والآخر بأربعين فلما لم يجاوز أحدهم أربعين وقد أدى أربعين يكون مؤديا قيمتها بيقين فاعرفه **(والكتابة على الميتة والدم باطلة)** لأنها ليسا بهال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه ولو علق العتق بأدائها عتق بالأداء لوجود الشرط ولا شيء عليه لعدم المالية **(وعلى الحيوان)** أي والكتابة على الحيوان الغير الموصوف بأن يبين جنسه كالفرس والعبد ولا يبين النوع كالهندي والتركي ولا الصفة كالجيد والرديء **(والثوب كالنكاح)** فإن عين الجنس صح وإن أطلق لا يصح وتماه مر في النكاح **(ولو كاتب الذمي عبده على خمر جاز)** معناه إذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر وكذلك إذا كاتبه على خنزير لأنها مال في حقهم **(وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر)** لأنه إن كان العبد هو المسلم فهو ممنوع من تملكها وإن كان المولى فهو ممنوع من تملكها فوجب القيمة فإذا قبضها عتق وإن أدى الخمر عتق أيضا وقيل لو أدى الخمر لا يعتق ولو أدى قيمتها يعتق

فصل

(ولو كاتب عبده كتابة واحدة) بأن قال كاتبك على ألف إلى سنة **(إن أديا عتقا وإن عجزا ردَّ الرق جاز)** جواب المسئلة **(ولا يعتقان إلا بأداء الجميع)** لأن الكتابة واحدة وشرطه فيهما معتبر **(ولا يعتق أحدهما بأداء نصيبه)** لما قلنا وقال زفر رحمه الله يعتق وذلك قول صاحب المنظومة رحمه الله

"كاتب عبيدين على أن يحرزا²³¹،

إن أديا عتقا ومهما عجزا،

²³¹ أي يحصل عتقا

رُدًّا إلى الرق فأدى واحد ،

نصفًا فذاك للعتاق واجد"

(فإن عجز أحدهما فُرد إلى الرق) أما بتصالحهما أو ردّ القاضي ولم يعلم الآخر بذلك (ثم أدّى الآخر الجميع) أي جميع بدل الكتابة (عتقًا) لأنها كشخص واحد ألا يرى أنها لا يعتقان إلا بأداء الجميع فكذا لا يُردّان إلا بعجزهما (ولو كانا) أي العبدان (لرجلين فكاتباها كذلك) أي كاتبها كتابة واحدة وإن أديا عتقا وإن عجزا رُدًّا إلى الرق (فكل واحد منهما مكاتب بحصته يعتق بأدائها) أي بأداء حصته من البذل لأن كل واحد منهما إنما استوجب البذل على مملوكه ويعتبر شرطه في مملوكه لا في مملوك غيره بخلاف المسئلة الأولى لأن شرطه معتبر في حقها لأنها مملوكاه (وإن كاتبها) أي وإن كاتب عبديه كتابة واحدة (على أن كل واحد منهما ضامن عن الآخر جاز) استحسانًا ويجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب الألف عليه ويكون عتقها معلقاً بأدائه ويجعل كفيلاً بالألف في حق صاحبه تصحيحاً لتصرفهم لحاجتهم إلى الخروج عن الرق وإذا كان كذلك (فأيها أدى عتق) لوجود الشرط (ويرجع على شريكه بنصف ما أدى) لأنه قضى ديناً عليه بأمره فيرجع عليه تحقيقاً للمساواة بينهما وباقي التفريع يُطلب من الشروح

فصل في موت المكاتب وعجزه وموت المولى

(وإذا مات المكاتب وترك وفاء) أي مالا يفي بدل الكتابة لم تنسخ الكتابة بل (أُدِّيَتْ مكاتبته) أي بدل كتابته (وحكم بحريته) وبحرية أولاده الذين ولدوا من أمته أو اشتراهم في حال الكتابة (في آخر جزء) من أجزاء (حياته) روي ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وقال الشافعي رحمه الله تنسخ الكتابة ويموت عبداً وما ترك لمولاه وإمامه في ذلك زيد ابن ثابت رضي الله عنه (فإن فضل شيء فلورثته) لأنه حر وهم أحرار (وإن ترك) المكاتب (ولداً وُلد في كتابته) ولم يترك وفاء (سعى كالأب) أي سعى في كتابة أبيه على نجومه فإذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد لأن الولد داخل في كتابة أبيه وكسبه ككسبه وخلفه في الأداء فصار كما إذا ترك وفاء (وإن كان) الولد (مشتري) في حال الكتابة (فإن أدى الكتابة حالاً) فيها (وإلا رُد في الرق) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما هو كالولد المولود في الكتابة ولأنه يكاتب عليه تبعاً له فاستويا وله وهو الفرق بين الفصلين أنَّ الأجل يثبت شرطاً في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم

يدخل لأنه لم يُصَفْ إليه العقد ولا يسري حكمه إليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لأنه متصل به وقت الكتابة فيسري الحكم إليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه **(وإذا مات المولى)** لم تنسخ الكتابة ولكن **(أدى الكتابة إلى ورثته على نجومه)** لأنهم يخلفونه في الاستيفاء **(وإن أعتقه أحدهم لم يعتق حتى يعتقه الجميع)** أي وإن أعتق المكاتب أحد الورثة لم ينفذ عتقه لعدم الملك وهذا لأن المكاتب لا يملك سائر أسباب الملك فكذا بسبب الورثة وإنما يعتق إذا أعتقه الجميع لأنه يصير إبراء عن بدل الكتابة فإنه حقهم وقد جرى فيه الإرث وإذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما إذا أبرأ المولى إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة لا يصير إبراء عن نصيبه لأننا نجعله إبراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والإعتاق لا يثبت بإبراء البعض أو أدائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه في إبراء الكل لحق بقية الورثة كذا في الهداية **(وإذا عجز المكاتب عن نجم)** أي عن وظيفة من وظائف بدل الكتابة **(نظر الحاكم)** في حاله **(فإن كان له مال يرجو وصوله)** بأن كان له دين يقبضه أو مال في يد آخر غائب يصل إليه لم يعجل بتعجيزه ولكن **(أنظره)** وأمهله **(يومين أو ثلاثة)** لأن في ذلك نظرا للجانبين والثلاث مدة خرجت لإبلاء الأعذار كما في إمهال المديون للقضاء وغيره والأصل فيه قصة موسى مع الخضر صلوات الله عليهما حيث قال في المرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وقوله عليه السلام: "إذا استأذن أحدكم ثلاثا ولم يؤذن له فليرجع"²³² وقال عمر رضي الله عنه: "إذا لم يربح أحدكم في التجارة ثلاث مرات فليحوّل إلى غيرها"²³³ وكذلك قدّر الشرع مدة الخيار بثلاثة أيام للاختيار **(وإن لم يكن له جهة عجزه وعاد إلى أحكام الرق)** ولم يقل عاد إلى الرق لأنه في حال الكتابة مرقوق أيضا وهذا عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان وهو مأثور عن علي رضي الله عنه ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز فإن من عجز عن أداء نجم واحد كان أعجز أداء نجمين وهذا لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضيا دونه بخلاف اليومين والثلاثة لأنه لا بد منها لإمكان الأداء فلم يكن تأخيرا

²³² أبو داود، "الأدب" 127، 128.

²³³ لم أجد. في المصادر الصحيحة.

كتاب الولاء

من الولي وهو القرب يقال كل ما يليك وفي لسان الفقهاء اسم لقرب شرعي مستلزم لآثار مخصوصة من الإرث والعقل وولاية الإنكاح اعلم أن الولاء نوعان ولواء عتاقة وتسمى ولواء نعمة اقتداء بكتاب الله تعالى حيث قال ﴿وإذ تقول للذي أنعم الله عليه﴾²³⁴ أي بالإسلام ﴿وأنعمت عليه﴾²³⁵ أي بالإعتاق وهذا لأن الرق أثر الكفر وإزالة أثره نعمة وولاء موالة فشرع في سبب الأول فقال

(سبب ولواء العتاقة الإعتاق) لإضافته إليه والحكم يضاف إلى سببه وسواء كان يبدل أو بغير بدل أو الكفارة أو اليمين أو للنذر **(وعتق القريب بالشراء والمكاتب بالأداء والمدبر وأم الولد بالموت إعتاق)** لأن جميع ذلك يضاف إليه فيكون من جهته فيدخل تحت قوله عليه السلام: "الولاء لمن أعتق"²³⁶ هذا ما قرره المصنف رحمه الله في شرحه وقال صاحب الهداية وسبب العتق على ملكه في الصحيح حتى لو أعتق قريبه عليه بالوراثه كان الولاء له **(يثبت) الولاء (للمعتق ذكرًا كان أو أنثى)** لإطلاق قوله عليه السلام: "الولاء لمن أعتق"²³⁷

(وإن شرطه لغيره أو سائبة) لأن الشرط مخالف للنص فالشرط باطل والولاء لمن أعتق معنى السائبة أنه أعتق على شرط ألا يكون بينهما ولواء من ساب إذا جرى وذهب كل مذهب **(ولا ينتقل عنه)** أي ولا ينتقل الولاء عن المعتق **(أبدا)** لأنه عتق على ملكه وتأكد السبب من جهته فلا ينتقل عنه **(فإذا مات) المعتق (فهو) الولاء (لأقرب عصبته فيكون لابنه دون أبيه إذا اجتمعا)** والمسئلة موضعها الفرائض **(وإن استتوا في القرب فهم سواء)** في الولاء بناء على أن الاستواء في السبب يوجب الاستواء في المسبب **(وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو جرّ ولواء معتقهن)** بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي عليه السلام والمعنى ليس للنساء شيء من الولاء إلا ولواء ما أعتقنه أو ولواء ما أعتق من أعتقنه أو جرّ ولواء معتقهن فإن قلت هلا استعملت كلمة ما التي يستعمل في ذوات من لا يعقل قلت لأن الرقيق بمنزلة الميت والميت جماد نظيره قوله

²³⁴ سورة الأحزاب، الآية: 37.

²³⁵ سورة الأحزاب، الآية: 37.

²³⁶ البخاري، "الصلاة" 70؛ مسلم "العتق" 5؛ أبو داود، "الفرائض" 12؛ الموطأ، "الطلاق" 25.

²³⁷ البخاري، "الصلاة" 70؛ مسلم "العتق" 5؛ أبو داود، "الفرائض" 12؛ الموطأ، "الطلاق" 25.

تعالى ﴿والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾²³⁸ ألا يرى أنه بعد ما أعتق استعمل كلمة من فقيل أو أعتق من أعتقن لأنه بالعتق صار حياً حكماً ثم ذكر صورة الجر بقوله **(بأن زوجت) امرأة (عندها معتقة الغير فجاءت بولد فولاه لمواليها)** أي لموالي المعتقة لأن الأب عبد لا ولاء له **(فإذا أعتق العبد جرّ ولاء ابنه إلى مواليه)** والأصل فيه الحديث المذكور ليس للنساء من الولاء الحديث **(ولو أعتقت الأم وهي حامل فولدت لا ينتقل)** الولاء عن مواليها **(أبداً)** لأن العتق ورد على الولد لأنه كان موجوداً متصلاً بها وقت العتق فلا ينتقل ولاؤه كما إذا أعتقه قصداً ويعرف ذلك إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من يوم العتق على ما عرف **(وسبب الولاء الموالاة العقد)** ولهذا يقال ولاء الموالاة والحكم يضاف إلى سببه وصورته ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله **(فإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه أو أسلم على يد غيره ووالاه على أن يرثه إذا مات ويعقل عنه إذا جنى)** بأن قال أنت مولاي ترثني إذا متّ وتعقل عني إذا جنيت فقبل الآخر **(فذلك)** أي الموالاة على هذا الوجه **(صحيح فإذا مات ولا وارث له غيره ورثه)** قال الشافعي رحمه الله الموالاة ليس بشيء وذلك قول صاحب النظم "ولا تراث بالموالاة ولا، عقل بها وباطل هذا الولاء" والحجج من الجانبين تعرف في المطولات اعلم أن ولاء الموالاة تخالف ولاء العتاقة بأشياء منها أن في ولاء الموالاة يتوارث من الجانبين إذا اتفقا على توريث كل واحد من صاحبه بخلاف ولاء العتاقة ومنها أن ولاء الموالاة تحتمل الفسخ قبل أن يعقل عنه وولاء العتاقة لا تحتمل ومنها أنه متأخر عن ذي الأرحام وولاء العتاقة مقدم عليهم **(وله)** أي وللمولى الأسفل **(إن يفسخ)** عقد الولاء **(بالقول بحضرة الآخر)** لأنه عقد غير لازم من الجانبين فلكل واحد منهما أن يتفرد بفسخه بغير رضا صاحبه بعد أن يكون بمحضر منه كما في عزل الوكيل قصداً والمراد بالحضرة العلم وإنما شرط العلم لأنه لو جاز نقض أحدهما بدون علم صاحبه يلزمه الغرور والتغير حرام **(وبالفعل)** أي وله **(أن يفسخ عقد)** الولاء **(بالفعل مع غيبته بأن يوالي)** الأسفل رجلاً **(غيره)** فإن هذا نقض العقد مع الأول وإن لم يكن بمحضر منه لأن انتقاض العقد في حق الأول هنا ثبت حكماً بصحة العقد مع الثاني فصار كالعزل الحكمي في الوكالة وهذا إذا لم يعقل عنه **(فإن عقل عنه أو عن ولده فليس له ذلك)** لحصول العوض كالهبة **(وإذا أسلمت المرأة ووالته أو أقرت بالولاء وفي يدها ابن صغير**

تبعها في الولاء) بالصورتين وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يتبعها ولدها وذلك قول صاحب النظم

"إن والدة المرأة ثم ولدت، تبعها المولود فيما عقدت، وإن أقرت أنها مولاة ذاك، يلزم في الطفل الذي في يدها" لهما أن الأم ليس لها ولاية في ماله فكيف يكون لها ولاية في نفسه وله أن الولاء بمنزلة النسب فكان نفعا محضا في حق الصغير فتملك الأم إثباته بالإقرار كقبول الهبة

كتاب الأيمان

اليمين في اللغة عبارة عن القوة قال الله تعالى ﴿لأخذنا منه باليمين﴾²³⁹ وفي الشرع تقوية أحد طرفي الخبر بالمقسم به ثم إن كان على أمر محبوب يكون حاملا وإن كان على أمر مكروه يكون مانعا واليمين بالله مشروع بالكتاب وهو قوله تعالى ﴿تالله لأكيدنَّ أصنامكم يحلفون بالله والله ربنا ما كنا مشركين﴾²⁴⁰ والسنة وهو قوله عليه السلام: "والله لأغزونَّ قريشا"²⁴¹ والإجماع فإن الصحابة ومن بعدهم يحلفون ويستحلفون واليمين بغير الله مشروع وهو تعليق الجزاء بالشرط نحو إن دخلت الدار فأنت حر أو فأنت طالق أو فعليَّ حجة أو عمرة أو ما أشبه ذلك وهو ليس بيمين وضعاً وإنما سمي يميناً عند الفقهاء لحصول ما هو المقصود باليمين بالله تعالى به أي باليمين بغير الله تعالى وهو الحمل على الشرط والمنع عن الشرط فكان يميناً معني (اليمين بالله تعالى ثلاثة غموس) فعول بمعنى فاعل لأنه يغمس صاحبها في الإثم ثم في النار (وهي الحلف على أمر ماض) نحو والله ما فعلت كذا وهو يعلم أنه لم يفعله (أو حال يتعمد فيها الكذب) نحو والله ما لهذا عليّ دين وهو يعلم أن له عليه دين وإنما يأتى فيها صاحبها لقوله عليه السلام: "من حلف على يمين كاذبا أدخله الله النار"²⁴² وقال عليه السلام: "اليمين الغموس تدع الديار بلاقع"²⁴³ أي خالية عن أهلها وإنما تخرب الديار باليمين الغموس لأن صاحبها يموت بشؤم اليمين الكاذبة فإذا لم يكن صاحب الدار موجودا لا بد أن يخرب الدار وهذا مناسبة

²³⁹ سورة الحاقة، الآية: 45.

²⁴⁰ سورة الأنبياء، الآية: 57.

²⁴¹ أبو دود، "الأيمان والنذور" 17.

²⁴² أبو داود، "الأيمان والنذور" 1.

²⁴³ الطبراني، المعجم الأوسط، 56 / 2.

الخراب باليمين الغموس **(ولا كفارة فيها)** أي في اليمين الغموس وقال الشافعي رحمه الله فيها الكفارة وهو محجوج بقوله عليه السلام: "خمس من الكبائر لا كفارة فيهن"²⁴⁴ وذكر منها اليمين الغموس **(ولغو وهو الحلف على أمر يظنه كما قال وهو بخلافه)** كقوله والله ما دخلت الدار وما كلمت زيدا يظنه كذلك وهو بخلافه ويكون في الحال أيضا كقوله والله إن هذا المقبل لزيدٌ فإذا هو عبد الله **(ونرجو أن لا يؤاخذ الله تعالى به)** لقوله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ﴾²⁴⁵ أي لا يعاقبكم الله تعالى بلغو اليمين الذي يحلفه أحدكم فإن قلت نفي المؤاخذة باللغو منصوص في كتاب الله تعالى والمنصوص مقطوع به فما معنى تعليقه بالرجاء قلت إن صورة يمين اللغو تختلف بين العلماء وإنما علق بالرجاء نفي المؤاخذة باللغو في الصورة التي ذكرها وذلك غير معلوم بالنص قطعاً فجاز تعليقه ولأن الرجاء على وجهين رجاء طمع ورجاء تواضع فجاز أنه ذكر ذلك على سبيل التواضع **(ومنعقدة وهي الحلف على أمر في المستقبل بفعله أو بتركه وهي أنواع أربعة)** نوع منها **(ما يجب فيه البر كفعل الفرائض ومنع المعاصي)** لأن فعل الفرائض ومنع المعاصي واجب قبل اليمين فما ظنك بعده **(ونوع منها يجب الحنث فيه كفعل المعاصي وترك الواجبات)** لقوله عليه السلام: "من حلف أن يطيع الله فليطعه ومن حلف أن يعصيه فلا يعصه"²⁴⁶ **(ونوع)** منها **(الحنث فيه خير من البر كهجران المسلم ونحوه)** لقوله عليه السلام: "من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها فليأت التي هي خير منها وليكفر عن يمينه"²⁴⁷ ولأن الحنث ينجر بالكفارة ولا جابر للمعصية **(ونوع)** منها **(هما)** أي الحنث والبر **(على السواء فحفظ اليمين فيها أولى)** لقوله تعالى ﴿ واحفظوا أيمانكم ﴾²⁴⁸ **(وإذا حنث)** في اليمين المنعقدة **(فعليه الكفارة)** لقوله تعالى ﴿ ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان ﴾²⁴⁹ **(إن شاء أعتق رقبة وإن شاء أطعم عشرة مساكين أو**

²⁴⁴ البخاري، "الأيمان والنذر" 16.

²⁴⁵ سورة المائدة، الآية: 89.

²⁴⁶ أبو داود، "الأيمان والنذر" 19.

²⁴⁷ مسلم، "الأيمان" 13.

²⁴⁸ سورة المائدة، الآية: 89.

²⁴⁹ سورة المائدة، الآية: 89.

كساهم كالظهار) الأصل فيه قوله تعالى ﴿فكفارتهم إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو

كسوتهم أو تحرير رقبة﴾²⁵⁰ ذكره بكلمة أو وهي للتخيير فكان الواجب أحد هذه الأشياء الثلاثة

(فإن لم يجد) أي فإن لم يقدر الحائث على أحد الأشياء الثلاثة **(صام ثلاثة أيام متتابعات)** عندنا قراءة ابن مسعود

رضي الله عنه فصيام أيام متتابعات والظاهر أنه قرأ كذلك سماعاً عن رسول الله عليه السلام فصارت قراءته

كالرواية المشهورة عن رسول الله عليه السلام فصحت الزيادة والتقيد بها وقال الشافعي رحمه الله **يُخَيَّرُ**

لإطلاق النص وهو قول صاحب النظم

"وصوم تكفير اليمين مطلق، يجمعه إن شاء أو يفرق،

ثم الكلام في الرقبة والطعام"

والتفصيل في ذلك مر في باب الظهار وأما الكلام في الكسوة فمذكور في الكتب الكبار وبالله التوفيق

(ولا يجوز التكفير قبل الحنث) وقال الشافعي رحمه الله يجزيه بالمال دون الصوم وهو قول صاحب النظم

"وجائز تكفيره بالمال من، قبل أن يحنث بالمال"

والمسئلة تحقيقها يعرف في أصول الفقه

(والقاصد والمكره والناسي في اليمين والفعل سواء) في وجوب الكفارة قال عليه السلام: "ثلاث جدهن جد

وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين"²⁵¹ قوله والفعل أي وفعل الفاعل المحلوف عليه بالقصد والإكراه

والنسيان سواء لأن شرط الحنث هو الفعل ووجود الفعل حقيقة لا يُعَدَمُ الإكراه والنسيان ثم الناسي في

اليمين أن يذهل عن التلفظ باليمين ثم يتذكر أنه تلفظ اليمين ناسياً بأن يقول لغيره إلا تأتينا فيقول بلى والله

غير قاصد لليمين وفي بعض النسخ ذكر الخاطئ مكان الناسي وهذا أن يريد أن يسبح فجرى على لسانه اليمين

²⁵⁰ سورة المائدة، الآية: 89.

²⁵¹ أبو داود، "الطلاق" 9-10.

فصل

(وحروف القسم الواو والباء والتاء) نحو والله بالله تالله لأن ذلك كله المعهود المتوارث والمذكور في القرآن قال الله تعالى ﴿والله ربنا﴾²⁵² وقال ﴿يخلفون بالله﴾²⁵³ وقال ﴿تالله لقد أرسلنا﴾²⁵⁴ وتضمير الحروف فيكون حالفا **(فيقول الله لا أفعل)** كذا لأن حذف الحرف من عادة العرب إيجازا عند أهل البصرة يكون منصوبا بنزع الخافض وعند أهل الكوفة يكون مجرورا ليكون الجر دالا على الحذف واليمين بالله تعالى وبأسماؤه أي واليمين مشروعة بهذا الاسم وباسم آخر من أسمائه كالرحمن والرحيم والقادر والعالم لأن الحلف به متعارف والأيمان مبنية على العرف فما تعارف الناس الحلف به يكون يمينا وما لا فلا وعن هذا روي عن محمد رحمه الله أن أمانة الله يمين لأن العرب يخلفون بذلك عادة **(ولا يحتاج إلى نية إلا فيما يسمى به غيره كالحكيم والعليم)** فيحتاج إلى نية وقيل لا يحتاج في جميع أسمائه إلى نية ويكون حالفا لأن الحلف بغير الله تعالى لا يجوز والظاهر أنه قصد يمينا صحيحة فيحمل عليه فيكون حالفا إلا أن ينوي غير الله تعالى لأنه نوى محتمل كلامه **(وبصفات ذاته كعزة الله وجلاله)** وقدرته وعظمته وكبريائه لأن الحلف بها متعارف **(إلا وعلم الله فلا يكون يمينا)** لأنه غير متعارف **(وكذلك)** لا يكون يمينا قول الخالف **(وبقهر الله وسخطه وغضبه)** لأن الحلف بها غير متعارف اعلم أن السخط لا يوجد إلا من الكبراء والعظماء بخلاف الغضب فإنه يوجد من الأعالي والأداني ثم اعلم أن الغضب غليان دم القلب على وجه يظهر أثره في حماليق العين إرادة الانتقام وإذا أضيف الغضب إلى الله تعالى يراد الانتقام لا الغليان لأن الله تعالى منزّه عنه **(واليمين بغير الله تعالى ليس بحلف)** قال عليه السلام: "من كان حالفا فليحلف بالله أو ليكدر"²⁵⁵ فلا يجوز الحلف بغير الله وإذا لم يجز الحلف بغير الله لا يلزمه كفارة لأنه ليس بيمين **(كالنبي والقرآن والكعبة)** بأن يقول والنبي والقرآن والكعبة أما لو قال أنا بريء من النبي أو من القرآن فيكون يمينا وهذا قوله

²⁵² سورة الأنعام، الآية: 23.

²⁵³ سورة التوبة، الآية: 62.

²⁵⁴ سورة النحل، الآية: 63.

²⁵⁵ ابن حبان، الصحيح، 10/201.

(والبراءة منه يمين) لأنه كفر وتعليق الكفر بالشرط يمين كما إذا قال إن فعلت كذا فأنا يهودي واعلم أنه لو قال أنا بريء من المصحف لا يكون يمينا ولو قال أنا بريء مما في القرآن يكون يمينا والفرق ظاهر وفي الغنية واعلم أن الحلف بغير الله تعالى لا يجوز ثم ترى الجاهل يحلف بروح الأمير وبحياته وبرأسه والذي يقول هذا كأنه لم يتحقق إسلامه فإن عماد الإسلام تعظيم الله تعالى وتعظيم أمره قال صاحب الكشف فيه ولا يصح في الإسلام إلا الحلف بالله قال عليه السلام: "لا تحلفوا بأبائكم ولا بأمهاتكم ولا بالطواغيت ولا تحلفوا إلا بالله ولا تحلفوا بالله إلا وأنتم صادقون"²⁵⁶ ولقد استحدث الناس في هذا الباب في إسلامهم جاهلية نُسيت لها الجاهلية الأولى وذلك أن الواحد منهم لو أقسم بأسماء الله كلها وصفاته على شيء لم يقبل منه ولم يتعدَّ²⁵⁷ بها حتى يقسم برأس سلطانه فإذا أقسم به فتلك عندهم جهد اليمين التي ليس وراءها حلفٌ لحالف وفي النهاية وما اعتاده الناس من الحلف بالفارسية بجان نون وسرتو اعتقد أنه حلف واعتقد أن البر فيه واجب يكفر

(وحق الله ليس بيمين) وعند أبي يوسف رحمه الله أنه يمين لأن الحلف من صفات الله تعالى فكأنه قال والله الحق ولأن الحق به معتاد ولهما أن الحق إذا أضيف إلى الله تعالى يراد به الطاعات فقد قيل لرسول الله عليه السلام: "ما حق الله على عباده فقال: ألا تشركوا به شيئا وتعبدوه وتقيموا الصلاة وتؤتوا الزكاة"²⁵⁸ والحلف بالطاعات لا يكون يمينا لأنه حلف بغير الله تعالى **(والحق يمين)** لأنه من أسماء الله تعالى ولو قال حقا لا يكون يمينا لأنه يراد به تأكيد الكلام وتحقيق الوعد وعن الطحاوي رحمه الله أنه يمين

(ولو قال إن فعلت كذا فعليه لعنة الله تعالى أو هو زاني أو شاربٌ خمر فليس بيمين) لأن الحلف بها غير متعارف **(ولو قال هو يهودي أو نصراني فهو يمين)** لقول ابن عباس رضي الله عنه: "من حلف باليهودية أو النصرانية فهو يمين"²⁵⁹ ولأنه جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقد الشرط واجب الامتناع وقد أمكن جعله واجبا لغيره بجعله يمينا كما قلنا في تحريم الحلال **(ولو قال لعمر الله)** أي بقاء الله تقديره لعمر الله قسمي

²⁵⁶ ابن ماجه، "الكفارات" 2.

²⁵⁷ الصواب "يعتد"

²⁵⁸ البخاري، "اللباس" 101.

²⁵⁹ الترمذي، "النذر والأيمان" 16.

(أو أيم الله) معناه أئمنُ الله عند أهل الكوفة جمع يمين فخففت الهمزة وحذف النون للقسم وعند أهل البصرة هو من حروف القسم معناه والله وأيم صلة **(أو وعهد الله أو ميثاقه أو على نذر أو نذر الله فهو يمين)** أما عمر الله فلأن معناه بقاء الله والبقاء من صفات الذات فكأنه والله الباقي ولأن الله تعالى أقسم به فقال ﴿لعمرك إنهم في سكرتهم يعمهون﴾²⁶⁰ وأما الثاني فلأن الحلف به متعارف وأما العهد فلقوله تعالى ﴿وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها﴾²⁶¹ سمي العهد يميناً، والميثاق²⁶² وأما النذر فلقوله عليه السلام: "النذر يمين وكفارته كفارة يمين"²⁶³ وفي النذر أربع مسائل ذكرها الإمام بدر الدين في فوائد القدوري

(ولو قال أحلف أو أقسم أو أشهد) أو زاد فيها ذكر الله بأن قال أحلف بالله أو أقسم بالله أو أشهد

(فهو يمين) لأن هذه الألفاظ مستعملة في الحلف فجعل حالفاً في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى ﴿قالوا نشهد إنك لرسول الله﴾²⁶⁴ ثم قال ﴿اتخذوا أيمانهم جنة﴾²⁶⁵ والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فيصرف إليه ولذا قيل لا يحتاج إلى النية وقال زفر رحمه الله أحلف وأقسم وأشهد لا يكون يميناً إلا أن يذكر اسم الله تعالى لأنه يحتمل الحلف بالله وبغيره فلا يكون يميناً بالشك والجواب عنه ما مر وهذا إذا ذكر المقسم عليه بأن قال أقسم لأفعلن كذا أو لا أفعل كذا

اعلم أن الحلف في الإثبات لا بد أن يكون مقروناً بكلمة التأكيد وهو اللام والنون حتى لو قال والله أفعل كذا فلم يفعل لا يلزمه الكفارة هذا هو المستعمل من كلام العرب كذا ذكره شارح المجمع وأحاله إلى المحيط

(ومن حرّم على نفسه ما يملكه) بأن قالت حرّمت على نفسي ثوبي هذا أو طعامي هذا

(فإن استباحه) أي لم يصّر محرماً عليه ولكن إن استباحه بأن أقدم عليه فلبس ذلك الثوب أو أكل ذلك الطعام

(أو شيئاً منه) أي مما حرم

²⁶⁰ سورة الحجر، الآية: 72.

²⁶¹ سورة النحل، الآية: 91.

²⁶² والصواب: "والميثاق هو العهد عرفاً"

²⁶³ البيهقي، السنن الكبرى، 14 / 485.

²⁶⁴ سورة المنافقون، الآية: 1.

²⁶⁵ سورة المنافقون، الآية: 2.

(لزمته الكفارة) فقال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه لأن تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا قوله تعالى ﴿يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله﴾²⁶⁶ إلى قوله ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾²⁶⁷ ثم قيل إن النبي عليه السلام: "حَرَّمَ العسل على نفسه وقيل حَرَّمَ مارية"²⁶⁸ والتمسك على الأول ظاهر وكذا على الثاني لأن العبرة لعموم اللفظ لا بخصوص السبب

(وإن قال كل حلال على حرام فعلى الطعام والشراب) فيحنت بأكله وشربه وإن قال إلا أن ينوي غيرهما وقال زفر رحمه الله يحنت كما فرغ لأنه باشر فعلا مباحا والتنفس ونحوه ولنا أن المقصود وهو البر إذ يحصل مع اعتبار العموم فيسقط العموم فينصرف إلى الطعام والشراب للعرف فإنه يستعمل فيما يتناول عادة ولو نوى امرأته دخلت مع المأكول والمشروب وصار موليا فإن نوى امرأته وحدها صدق ولا يحنت بالأكل والشرب هذا في عرفهم وفي عرفنا يكون طلاقا وهذا قوله **(وقيل تطلق امرأته بغير نية وعليه الفتوى)** لغلبة الاستعمال في إرادة الطلاق **(ومن حلف حالة الكفر لا كفارة في حنته)** سواء كان حنته في حال الكفر أو بعد إسلامه لأن الكافر ليس بأهل لليمين لأنها تُعقد لتعظيم الله ولا تعظيم مع الكفر ولا هو أهل لكفارة لأنها عبادة حتى يتأدى بالصوم وليس من أهلها **(ومن نذر)** نذرا **(مطلقا)** بأن قال لله عليّ صوم شهر مثلاً **(فعليه الوفاء به)** لقوله عليه السلام: "من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سَمَى"²⁶⁹

(وكذلك) عليه الوفاء **(إن علقه بشرط فوجد)** ذلك الشرط لإطلاق الحديث ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عند الشرط **(وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجزيه كفارة يمين إذا كان شرطا لا يريد كونه)** كدخول الدار ونحوه فهو خيّر فيه بين الوفاء بما التزم وبين الكفارة بناء على أن كلامه نذر بظاهره يمين بمعناه لأنه قصد به المنع عن إيجاد الشرط إذ المرء بمنيع عن التزام هذه الطاعات بالنذر مخافة أن لا يفي بها فيحيل إلى أيّ جهتين شاء وقيد بقوله إذا كان شرطا لا يريد كونه لأنه إذا كان شرطا يريد كونه كإن شفى الله مرضي أو ردّ غائب لا يجزيه كفارة يمين بل يجب عليه الوفاء بما التزم لأن معنى اليمين غير موجود فيه وهو قصد المنع لأن قصده إظهار

²⁶⁶ سورة التحريم، الآية: 1.

²⁶⁷ سورة التحريم، الآية: 1.

²⁶⁸ مسلم، "الطلاق" 20.

²⁶⁹ ابن ماجه، "الكفارات" 17.

الرغبة فيها جعله شرطاً (ومن قال إن شاء الله) حال كونه (متصلاً بيمينه فلا حنث عليه) والوجه قد مر في كتاب الطلاق بعون الصمد الخلاق

فصل في اليمين في الدخول والسكنى والخروج

(حلف لا يخرج فأمر من حمله فأخرجه حنث) لأن فعل المأمور مضاف إلى الأمر فصار كما إذا ركب دابة فخرجت (وإن أخرجه مكرهاً لا يحنث) لأن الفعل لم ينتقل إليه لعدم الأمر فهو مُحَرَّجٌ وليس بخارج وهذا إذا حمله فأخرجه أما إذا هدده فخرج هو بنفسه فقليل وقيل (وان حمله برضاه لا بأمره الأصح أنه لا يحنث) لأن الفعل إنما يضاف إليه بأمره وقيل يحنث لأنه لما كان متمكناً من الامتناع فلم يمتنع صار كالأمر بالإخراج (حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة فخرج إليها ثم أتى حاجة أخرى لم يحنث) لأنه لم يوجد الخروج لغير ما حلف عليه والإتيان بعد ذلك ليس بخروج (حلف لا يخرج إلى مكة فخرج من داره) حال كونه (يريدها ثم رجع حنث) لوجود الخروج قاصداً إليها وهو الشرط إذ الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج واعلم أنه يشترط للحنث أن يجاوز عُمران مصره على نية الخروج إلى مكة حتى لو رجع قبل أن يجاوز عمران مصره لا يحنث وإن كان على هذه النية (وكذلك الذهاب في الأصح) لأنه عبارة عن الانتقال والذهاب من موضعه قال الله تعالى ﴿إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت﴾²⁷⁰ أي يزيله عنكم فأشبهه الخروج وإنما قال في الأصح احترازاً عن قول نصير ابن يحيى رحمه الله أنه كالإتيان (وفي الإتيان لا يحنث حتى يدخلها)²⁷¹ لأنه عبارة عن الوصول قال الله تعالى ﴿فأتيا فرعون وقولا له﴾²⁷² والمراد الوصول إليه (حلف لا تخرج امرأته) وفي بعض النسخ لا تدخل ولا فرق بينهما (إلا بإذنه فلا بد من الإذن في كل مرة) حتى لو أذن بها مرة فخرجت مرة أخرى بلا إذن حنث لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن فالتقدير لا تخرج امرأته خروجاً إلا خروجاً مقروناً بإذنه فيكون ما وراء الخروج المقرون بالإذن باقياً تحت الحظر العام فيحنث إذا وجد الخروج لا عن إذن لوجود شرط الحنث ولو قال لزوجته لا تدخلني هذه الدار

²⁷⁰ سورة الأحزاب، الآية: 33.

²⁷¹ ولو حلف لا يأتي مكة لم يحنث حتى يدخلها

²⁷² سورة طه، الآية: 44.

(إلا أن آذن لك يكفيه إذن واحد) حتى لو آذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث لأن هذه كلمة غاية فينتهي اليمين به كما إذا قال حتى آذن لك (حلف لا يدخل هذه الدار) فانهدمت الدار

(فصارت صحراء ودخلها حنث ولو قال) لا أدخل (دارا) فدخل دارا خربة (لم يحنث وفي البيت لا يحنث في الوجهين) أي فيما إذا قال لا أدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء وفيما إذا قال لا أدخل بيتا فدخل بيتا خرابا ووجه ذلك أن الدار اسم للعروة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة أي خربة وقد شهدت أشعار العرب بذلك والبناء صفة فيها لأن قوام البناء بها غير أن الوصف معتبر في الغائب وهو المنكر لغو في الحاضر لحصول التعريف بالإشارة على ما عرف وأما البيت فهو اسم لما يبات فيه والعروة إنما تصير صالحة للبيتوتة بالبناء وأنه لا يبقى بعد زواله قال قائلهم الدار دار وإن زالت حوائطها والبيت ليس بيت بعد تهديم (ولو بنى البيت بعد ما انهدم لم يحنث بدخوله) لزوال اسم البيت بعد الانهدام

(وفي الدار يحنث) يعني لو حلف لا يدخل هذه الدار فخرجت ثم بُنيت أخرى فدخلها يحنث لما مر أن الاسم باقٍ بعد الانهدام ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم (جعلت بستانا أو حماما أو مسجدا أو بيتا فدخله لم يحنث) لأنها لم يبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه ولذا لو بنيت دارا أخرى بعد البستان والحمام لا يحنث لما بينا (حلف لا يدخل بيتا لم يحنث بالكعبة) وإن كان لفظ البيت أطلق عليها في قوله تعالى ﴿إِنْ أُولَ بَيْتٍ﴾²⁷³ (والمسجد والبيعة) معبد النصارى (والكنيسة) معبد اليهودي لعدم إطلاق اسم البيت على هذه البقاع عرفا لما بينا أنه اسم لما يُبات فيه وهذا المعنى معدوم فيها (حلف لا يدخل هذه الدار فقام على سطحها حنث) لأن السطح من الدار كسطح المسجد في حق المعتكف والمختار ألا يحنث إن كان الحالف من بلاد العجم وعليه الفتوى (ولو دخل دهليزها) بكسر الدال (وإن كان لو أغلق الباب كان داخلا حنث) لأنه من الدار

(وإلا فلا) أي وإن لم يكن داخلا لو أغلق الباب بل يبقى خارجا لا يحنث لأن الباب لإحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار (ولو كان فيها لم يحنث بالقعود) حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس أن يحنث وهو قول الشافعي رحمه الله لأن الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان أن الدخول لا دوام له لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل

²⁷³ سورة آل عمران، الآية: 96.

(حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه للحال لم يحنث) وقال زفر رحمه الله يحنث لوجود الشرط وإن قل ولنا أن اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقيق البر **(وإن لبث)** على حاله **(ساعة حنث)** لأنه يسمى لابسا لأن الدوام فيما يستدام حكم الابتداء قال الله تعالى ﴿فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين﴾²⁷⁴ سُمي دوام القعود قعودا ولذا يضرب له مدة يقال لبثت يوما بخلاف الدخول فإنه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت فاعرفه **(وكذلك ركوب الدابة وسكنى الدار)** يعني لو حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته أو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته لم يحنث عندنا خلافا لزفر رحمه الله وإن لبث على الركوب والسكنى ساعة حنث إجماعا والوجه ما بينا

(حلف لا يسكن هذه الدار فلا بد من خروجه بأهله ومتاعه أجمع) لأن السكنى عبارة عن الكون في مكان على طريق الاستقرار والدوام فالجالس في المسجد لا يُعدُّ ساكنا فيه والسكون على وجه الاستقرار إنما يكون بالأهل والمتاع والإثاث فإن الرجل يُعدُّ ساكنا في الدار باعتبار أهله يقال فلان يسكن في محلة كذا وسكة كذا ودار كذا وأكثر نهاره في السوق فمهما بقي في الدار شيء من ذلك فالسكنى باقية لأن السكنى يثبت بجميع ذلك فلا ينتفي إلا بنفي الكل حتى قال أبو حنيفة رحمه الله لو بقي وتَدَّ يحنث وقال أبو يوسف رحمه الله يعتبر نقل الأكثر إقامة له مقام الكل وقال محمد رحمه الله يعتبر نقل ما لا بد منه في البيت من أثاث الاستعمال دون ما لا حاجة إليه في الاستعمال وقد استحسّن المشايخ رحمه الله ذلك لأنه أرفق بالناس وفي شرح الهداية والفتوى علة قول أبي يوسف رحمه الله

(وقال له) أي قال رجل لآخر **(اجلس فتغدّ عندي فقال إن تغديت فعبدني حر فرجع وتغدّى في منزله لم يحنث)** لأن كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف إلى الغداء المدعو إليه وهو الغداء عنده بخلاف ما إذا قال إن تغديت اليوم لأنه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ تحرزا عن الفاء الزائدة **(ولو أرادت)** المرأة **(الخروج)** من البيت **(فقال)** الزوج **(لها إن خرجت فأنت طالق فجلست ثم خرجت لم تطلق)** لأن مراد المتكلم الرد عن تلك الخرجة عرفا ومبنى الأيمان على العرف وهذه تسمى يمين الفور وأول من أظهرها أبو حنيفة رحمه الله ولم يسبقه أحد إليها

(ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبده المأذون لم يحنث مديونا كان أو غير مديون) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لكن إذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وإن نوى وإن كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه وقال أبو يوسف رحمه الله في الوجوه كلها يحنث إذا نواه وقال محمد رحمه الله في الوجوه كلها يحنث وإن لم ينه وهذا قول صاحب النظم "مركب عبد المرء مركبه ، في الحنث إن ينو ولا دين به ، وأول الوصفين عند الثاني، شرط ولم يشرطهما الشيباني " والحجج حقها شروح المنظومة

(حلف لا يتكلم فقرأ القرآن وسبح) أي قال سبحان الله **(أو هلل)** أي قال لا إله إلا الله

(لم يحنث) وقال الشافعي رحمه الله يحنث لأنه كلام حقيقة ولنا أنه لا يسمى متكلماً بل قارئاً ومسبحاً ومهللاً ولا فرق بين أن يكون في الصلاة أو غيرها هو الصحيح **(حلف لا يكلمه شهراً فمَنْ حين حلف)** لأنه لو لم يذكر الشهر يتأبد اليمين فذكر الشهر لإخراج ما ورائه فبقي الشهر الذي يلي يمينه داخلاً في الإيجاب عملاً بدلالة حاله وهو غيظ لحقه في الحال بخلاف الصوم لأنه لو لم يذكر الشهر لا يتأبد فكان تعيين الشهر إلى الخالف **(حلف لا يكلمه فكلمه بحيث يسمع إلا أنه نائم حنث)** لأنه كلمه ووصل إلى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما إذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله **(ولو كلم غيره وقصد أن يسمع لم يحنث)** لأنه لم يكلمه حقيقة **(ولو سلم على جماعة وهو)** أي المحلوف عليه **(فيهم حنث)** بناء على أن السلام كلام

(وإن نواهم دونه) أي دون المحلوف عليه **(لم يحنث)** ديانة لعدم القصد ولا يصدق قضاء لأن الظاهر أنه للجماعة والنية لا يُطَّلَع عليها الحاكم **(حلف لا يكلم عبد فلان يعتبر ملكه يوم الحنث لا يوم الحلف)** لأن اليمين عقدت على ملك مضاف إلى فلان فإذا وجدت الإضافة حنث وإلا فلا ولأن اليمين للمنع عن الحنث فيعتبر وقت الحنث **(وكذلك الثوب والدار)** فلو حلف لا ألبس ثوب فلان أو لا أدخل دار فلان يعتبر ملكه يوم الحنث أيضاً لما بينا **(ولو قال لا أكلم عبد فلان هذا)** أو لا ألبس ثوب فلان هذا **(أو)** لا أدخل **(داره هذه)**

(لا يحنث بعد البيع) لانقطاع الإضافة ولا يعادى لذاتها لسقوط عبرتها إلا أن ينوي عينها للتشاؤم بها على ما ورد به الحديث **(وفي الصديق والزوج والزوجة يحنث بعد المعادات والفراق)** لأن الزوجة والصديق يُقصدان بالهجران الأذى من جهتهما فكانت الإضافة للتعريف فكانت الإشارة أولى وقال محمد رحمه الله يحنث في العبد أيضاً إذا كان معيناً لأن المنع قد يكون لعينه وقد يكون لما لكه فيتعلق اليمين بهما وإن أطلق اليمين في الزوجة والصديق لم يحنث عند أبي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله يحنث لأن المانع أذىً من جهتهما ولأبي حنيفة

رحمه الله أن الإضافة يحتمل التعريف دون الهجران ولهذا لم يعينه فلا يحث بالشك ولو لم يكن له امرأة ولا صديق فاستحدث ثم كلمه حث خلافا لمحمد رحمه الله كذا في شرح المصنف رحمه الله

(الحين والزمان ستة أشهر في التعريف والتنكير) فلو حلف أن لا يكلمه الحين أو الزمان أو حيناً أو زماناً ولم ينو فعلى ستة أشهر فلو كلمه قبل مضي ستة أشهر يحث وبعده لا يحث لأن الحين قد يراد به الزمان القليل قال الله تعالى ﴿حين تمسون وحين تصبحون﴾²⁷⁵ والمراد به وقت الصلاة وقد يراد به أربعون سنة قال الله تعالى ﴿هل أتى على الإنسان حين من الدهر﴾²⁷⁶ والمراد به منه أربعون سنة وقد يراد به ستة أشهر قال الله تعالى ﴿تؤتي أكلها كل حين﴾²⁷⁷ والمراد به ستة أشهر وهذا هو الوسط فينصرف إليه وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى واحد وإنما قلنا ولم ينو لأنه إذا نوى شيئاً فهو على ما نوى لأنه حقيقة كلامه **(والدهر الأبدي)** حتى لو قال إن صمت الدهر فعبدي حر فهو على العمر والدليل عليه العرف **(ودهرا قال أبو حنيفة رحمه الله لا أدري ما هو)** أي لا أدري دهر المنكر كم مقداره

(وعندهما رحمه الله كالزمان) يعني ستة أشهر لأنه يستعمل استعماله يقال ما رأيتك منذ شهر ومنذ حين بمعنى واحد وله أنه لم يعرف استمرار العرف للاختلاف في الاستعمال واللغات لا تعرف قياساً والدلائل فيه متعارضة فوجب التوفيق فيه وهذا تنبيه لكل مُقْتِ أن لا يستنكف من التوقف فيما لا وقوف له عليه إذ المجازفة افتراء على الله تعالى بتحريم الحلال أو ضده قال قائلهم إذا أحببت أن تبقى مصون الجاه والقدرة فأكثرُوا قول لا أدري وإن كنت امرأً يدري وروي عن الإمام المالك بن أنس رحمه الله أنه سئل عن أربعين مسألة قال في ستة وثلاثين لا أدري **(والأيام والشهور والسنون عشرة)** فلو قال لا أكلم فلانا الأيام أو الشهور أو السنين فهو على عشرة أيام وعشرة أشهر وعشر سنين عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمه الله الأيام يقع على الأسبوع والشهور على السنة والسنون على العمر لأن اللام لتعريف العهد في الأصل فإذا وجد المعهود كان أحق فالسبعة معهودة في عدد الأيام والسنة في عدد الشهور فإن حساب الأيام والشهور يدور عليهما وليس في السنين معهود فيُصرف إلى تعريف الجنس واستغراقه وهو الأبدي وله أنه جمع معرّف فينصرف إلى

²⁷⁵ سورة الروم، الآية: 17.

²⁷⁶ سور الإنسان، الآية: 1.

²⁷⁷ سورة إبراهيم، الآية: 25.

أقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وفي المنكر ثلاثة فلو قال لا أكلم فلانا أياما أو شهورا أو سنين فهي ثلاثة منها لأنه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول أقل الجمع

فصل في الأكل والشرب

حلف لا يأكل من هذه الحنطة لا يحنث ما لم يغمضها ولو أكل من خبزها أو سويقها لم يحنث وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يحنث بالخبز أيضا للعرف وهذا قول صاحب النظم

" والخبز في يمينه لا يأكل، من هذه الحنطة ليس يدخل "

وله أن له حقيقة مستعملة فإنها تغلى وتغلى وتؤكل غصا وهو الأكل بأطراف الأسنان وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الأصل عنده **(ومن هذا الدقيق)** أي ولو حلف وقال لا أكل من هذا الدقيق

(يحنث بخبزه) لأن أكل الدقيق غير معتاد فانصرف إلى ما هو يتخذ منه وهو الخبز **(دون سقه)** أي لو أكل الدقيق كما هو لا يحنث لتعين المجاز مرادا **(والخبز ما اعتاده أهل البلد)** أي بلد الحالف لأن مبنى الأيمان على العادة والمنع إنما يقع على المعتاد ليتحقق معنى اليمين **(والشواء من اللحم خاصة)** فلو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لأنه المتعارف عند الإطلاق **(والطبخ ما يطبخ من اللحم بالماء)** اعتبارا للعرف وهذا لأن التعميم متعذر إذ المسهل من الدواء مطبوخ ونحن نعلم أنه لم يُرد به ذلك فحملناه على خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء أما المغلية اليابسة فلا يسمى مطبوخا

(ويحنث بأكل مرقه) لأن فيه أجزاء اللحم **(والرأس ما يكبس)** أي يدخل **(في التنور)** من كبس الرجل رأسه في جيبه إذا أدخل **(ويباع في السوق)** أي سوق الحالف لأننا نعلم أنه لم يُرد به رأس كل شيء فإن رأس الجراد والعصفور لا يدخل تحته وهو رأس حقيقة فإذا لم يُرد به الحقيقة وجب اعتبار العرف وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يدخل في اليمين رؤوس الغنم والبقر وقالوا رحمهما الله يختص برؤوس الغنم وهذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان وذلك قوله في المنظومة "والرأس في يمين من لا يشتري، على رؤوس غنم والبقر، وقيل إنه اختلاف العصر، والرأس ما يباع في سوق مصر، **(والرطب والعنب والرمان والخيار والقثاء)** وهو بالفارسية بادرنك والخيار هو المعروف وفي المغرب تفسير القثاء بالخيار تسامح وفي الصحاح القثاء الخيار

(ليس بفاكهة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله الرطب والرمان والعنب فاكهة لأنها يتفكه بها كسائر الفاكهة وله أن هذه الأشياء مما يُتغذى بها ويتداوى بها فأوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في

حاجة البقاء وهذا لأن الفاكهة اسم لما يكون تبعا فما يكون أصلا من وجه من حيث أنه يصلح للغذاء والدواء لا يتناوله اسم الفاكهة لأن جهة الأصالة فيه أوجب قصورا في تبعيته فلا يتناوله اسم التبع عند الإطلاق حتى لو نواها صحت نيته

(والإدام ما يصطبغ به كالخل والزيت) واللحم والبيض والجبن ليس بإدام والملح إدام وهذا عندهما رحمهما الله وقال محمد رحمه الله وهو روايته عن أبي يوسف رحمه الله ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو إدام وهو المختار عملا بالعرف له قوله عليه السلام: "سيد إدام أهل الجنة اللحم"²⁷⁸ ولأن الإدام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض والجبن ونحوه ولهما أن الإدام ما يؤكل تبعا والتبعية بالاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي أن لا يؤكل على الانفراد حكما وتام الموافقة في الامتزاج أيضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة بخلاف اللحم وما تشابهه لأنه يؤكل وحده إلا أن ينويه لما فيه من التشديد **(والغداء من طلوع الفجر إلى الظهر)** لأنه عبارة عن أكل الغداة وما بعد نصف النهار لا يسمى غداة والعشاء من الظهر إلى نصف الليل لأنه مأخوذ من أكل العشاء وأوله بعد الزوال **(والسحور)** بفتح السين من نصف الليل **(إلى طلوع الفجر)** لأنه مأخوذ من السحر فينطلق إلى ما يقرب منه ثم الغداء والعشاء عبارة عن الأكل الذي يُقصد به الشبع عادة فلو أكل لقمة أو لقمتين فليست بشيء حتى يزيد على نصف الشبع فإنه يقال لم أتغدَّ وإنما أكلت لقمة أو لقمتين ويعتبر في كل بلدة عادتهم فلو حلف لا يتغدى فشرب اللبن إن كان حضريا لا يحنث وإن كان بدويا يحنث اعتبارا للعادة كذا في شرح المصنف رحمه الله **(والشرب من النهر الكرع منه)** فلو حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا وهو تناول الماء بالفم من موضعه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله إذا شرب بإناء يحنث لأنه المتعارف المفهوم وله أن كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع إجماعا فمنعت المصير إلى المجاز وإن كان متعارفا وقيل إن أبا حنيفة رحمه الله شاهد العرب بالكوفة يكرعون ظاهرا معتادا فحمل اليمين عليه وهما شاهدا الناس بعد ذلك لا يفعلونه إلا نادرا فلم يخصَّ اليمين به

²⁷⁸ الطبراني، المعجم الأوسط، 8 / 232.

(ومن مائه بالكرع وبإناء) فلو حلف لا يشرب من ماء دجلة فكرع أو شرب منها بإناء يحنث أما في الكرع

فظاهر وأما في الإناء فلأنه بعد الاعتراف يبقى منسوباً إلى دجلة وهو الشرط

(ومن الحب) بضم الحاء المهملة الخائبة **(والبئر بالإناء)** فلو حلف لا يشرب من الحب أو البئر يحنث بالإناء

فيهما وهذا في البئر ظاهر لأنه لا يمكن الشرب منها إلا بالإناء حتى قالوا لو نزل البئر وكرع لا يحنث لأن

الحقيقة والمجاز لا يجتمعان تحت لفظ واحد والحقيقة مهجورة وأما الحُب إن كان ملائناً يمكن الشرب منه لا

يحنث إلا بالكرع عند أبي حنيفة رحمه الله وإن لم يمكن الشرب منه كرعا يحنث بالاعتراف والإناء لتعيينه

(ومن الإناء بعينه) أي ولو حلف لا يشرب من هذا الإناء فهو على الشرب من عينه لأنه المتعارف فيه

(والسمك والألية ليسا بلحم) ولو حلف لا يشتري أو لا يأكل لحماً فأكل أو اشترى لحم سمك أو إلية لا

يحنث لأن لحم السمك ليس بلحم لأن اللحم منشأة من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء وأما الألية فلأنه لا

يستعمل استعمال اللحم ولا يتخذ منه ما يتخذ من اللحم ولا يسمى لحماً عرفاً

(والكرش والكبد لحم) فلو حلف لا يأكل لحماً فأكل الكرش أو الكبد حنث لأنه لحم حقيقة فإن نموه من

الدم **(وقيل في عرفنا ليس بلحم)** وفي بعض النسخ ليسا بلحم فلو أكله لا يحنث وعليه الفتوى لأنه لا يُعدُّ

لحماً **(والشحم شحم البطن دون الظهر)** فلو حلف لا يأكل أو لا يشتري شحماً لم يحنث إلا في شحم البطن

عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يحنث في شحم الظهر أيضاً وهو اللحم السمين وقيل هذا بالعربية

فأما اسم بيه بالفارسية فلا يقع على شحم الظهر بحال وهذا قول صاحب النظم "وليس شحم الظهر شحماً

فاعرفوا، في حق من لا يأكل منه يحلف، وإن يفه بالشحم فالخلاف فيه، وليس حنث عندهم في لفظ بيه " لهما

أن خاصية الشحم موجودة في شحم الظهر وهو الذوب بالنار فصار كشحم البطن وله أن مطلق اسم الشحم

لا يتناول **(حلف لا يأكل من هذا البسر فأكله رطباً لم يحنث وكذلك الرطب إذا صار تمراً)** يعني إذا حلف لا

يأكل من هذا الرطب فصار تمراً فأكله لم يحنث **(وكذا اللبن)** إذا صار **(شيرازاً)** وهو اللبن الرائب إذا استخرج

ماؤه حتى صار الصقراط²⁷⁹ كالفالودج الخاثر يعني إذا حلف لا يأكل من هذا اللبن فصار شيرازاً فأكله لم

يحنث لأن هذه الصفات داعية إلى اليمين

²⁷⁹ الصقراط: اللبن الخاثر (ثخن وغلظ) جدا

(حلف لا يأكل من لحم هذا الحمل فصار كبشا فأكله حنث) لأن حقيقة الحملية ليست بداعية إلى اليمين لأن الامتناع عن لحم أقل من الامتناع عن لحم الكبش وإذا امتنع أن يكون صفة داعية تعينت الذات وإنها موجودة (حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها ودبسها غير المطبوخ) يقال له سيلان لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يخرج منه لأنه سبب له فيصلح مجازا عنه بطريق إطلاق اسم السبب صونا لكلام العاقل عن الإلغاء وقيد الدبس بغير المطبوخ لأنه لا يحنث بالدبس المطبوخ وكذا لا يحنث بالبيذ والخل لأنه ليس بخارج منها حقيقة الحاصل أن ما يخرج من النخلة على وجه الابتداء دخل في يمينه وما يخرج منها بحدوث صنعة جديدة لا يدخل (ومن هذه الشاة على اللحم دون اللبن والزبد) يعني لو حلف ألا يأكل من هذه الشاة فهو على اللحم دون اللبن والزبد لأن عين الشاة مأكول فانصرف اليمين إلى اللحم خاصة فلا يحنث باللبن والزبد (ولا يدخل بيض السمك في البيض) للعرف فلا يدخل بيض السمك إلا بالنية لأنه بيض حقيقة وفيه تشديد على نفسه (والشراء كالأكل) فاليمين على الشراء كاليمين على الأكل وقد عرفت حكم اليمين على الأكل فاعرف حكم اليمين على الشراء

فصل

(حلف ليصعدن السماء أو ليطرحن في الهواء انعقدت يمينه وحنث للحال) وقال زفر رحمه الله لا تنعقد وذلك قول صاحب النظم "والمستحيل عادة لا ينعقد، فيه يمين الناس فاحفظ واجتهد" لزفر رحمه الله أنه مستحيل عادة شبه المستحيل حقيقة فلا تنعقد كما في الحلف على شرب ماء كوز ليس فيه ماء ولنا أن البر متصور حقيقة لأن الصعود إلى السماء ممكن حقيقة ألا ترى أن الملائكة يصعدونه فإذا كان متصورا انعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث في الحال حكما للعجز الثابت عادة كما إذا مات الحالف فإنه يحنث مع احتمال إعادة الحياة (حلف ليأتينه إن استطاع فهي استطاعة الصحة) أي صحة أسباب الإتيان وسلامة الآلات وارتفاع الموانع حتى لو لم يمنع عنه مانع من مرض أو سلطان أو عارض آخر فلم يأت حنث لأنها الاستطاعة من حيث العرف وإن عني استطاعة القضاء وهي عبارة عن القدرة التي يحدثها الله تعالى في العبد مقارنا للفعل الاختياري صدق ديانة فلا يصدق القاضي وقيل يُصدق قضاء أيضا لأنه نوى حقيقة كلامه لأن ذلك مما يقع عليه اسم الاستطاعة (حلف ليأتينه فلم يأت حتى مات حنث في آخر حياته) لأن الحنث إنما يتحقق بالموت إذ البر مرجوُّ قبله

(ولو قال إن أكلت أو شربت أو لبست أو كلمت أو تزوجت أو خرجت ونوى شيئاً بعينه لم يُصدق) قضاء وديانة لأن النية إنما تصح في الملفوظ والطعام والشراب وما يضاهيه غير ملفوظ تنصيها وإنما يثبت اقتضاء والمقتضي لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه (وإن قال) إن أكلت (طعاماً) أو شربت (شراباً أو نحوه) ونوى شيئاً دون شيء (صُديق ديانة) خاصة يعني لا يصدق قضاء لأنه نكرة في محل الشرط فيعم فعملت نية التخصيص إلا أنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء (الريحان اسم لما لا ساق له فلا يحنث بالياسمين) بكسر السين (والورد) لأن الريحان لما له رائحة طيبة ولا ساق لغة وعرفا والياسمين والورد لهما ساق فلا يتناولهما الريحان (وقيل يحنث) بالورد والياسمين (في عرفنا) فإن الريحان اسم لما له رائحة طيبة من النبات عرفا فيحنث بهما (وبنفسج والورد هو الورق) فلو حلف لا يشتري بنفسجاً أو ورداً يقع على الورق اعتباراً للعرف وقيل البنفسج يقع على الدهن (الخاتم الثُّقَرَة ليس بحلي والذهب حلي) فلو حلف لا يلبس حلياً فلبس خاتم فضة لم يحنث لأنه ليس بحلي عرفاً ولا شرعاً حتى أبيع استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم وإن كان من ذهب حنث لأنه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال (وعقد اللؤلؤ ليس بحلي حتى يكون مُرَصَّعاً) فلو حلف لا يتحلى فلبس عقد لؤلؤ غير مرصّع لا يحنث عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما رحمه الله هو أي عقد اللؤلؤ غير المرصع حليٌ فيحنث إذا لبسه (وبه يفتي) وهذا قول صاحب النظم "ولا اللآلي وحدها من الحلي، ما لم تكن بين الحلي فاعقل" والتقيد باللؤلؤ اتفاقاً أو أكثرى لأن عقد الزمرد والزبرجد الغير المرصع على هذا الخلاف لهما أنه حلي حقيقة حتى سُمي به في القرآن قال الله تعالى ﴿وتستخرجون منه حلية وتلبسونها﴾²⁸⁰ وإنما يستخرج من البحر اللؤلؤ وله أنه لا يتحلى به عرفاً إلا مرصعاً ومبنى الأيمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ويفتى بقولهما الآن لأن التحلي به على الانفراد معتاد

(حلف لا ينام على هذا الفراش فجعل عليه فراشا آخر ونام لم يحنث) لأن مثل الشيء لا يكون تبعاً له فقطع النسبة عن الأول (وإن جعل عليه قراماً) وهو ستر فيه رقم ونقوش ينسبط على فراش وكذلك المقرم والمقرمة

²⁸⁰ سورة الفاطر، الآية: 12.

(فنام) عليه (يحنث) لأنه تبع للفراش فيُعَدُّ نائماً عليه **(ومتى جلس على ما يحول بينه وبين الأرض)** كالسباط والحصير فليس يجالس عليها لأنه لا يسمى جالسا على الأرض عرفاً ألا يرى أنهم يقولون إجلس على الحصير ولا تجلس على الأرض بخلاف ما إذا حال بينه وبين الأرض لباسه لأنه تبع له فلا يعتبر حائلاً

(والضرب والكلام والكسوة والدخول عليه يتقيد بحال الحياة) لأن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والإيلام لا يتحقق في الميت والمراد من الكلام الأفهام وأنه يختص بالحي والكسوة يراد به التملك عند الإطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو **(حلف ليضربنه حتى يموت فهو على أشد الضرب)** لأنه المراد في العرف **(حلف لا يضرب امرأته فخنقها أو مدَّ شعرها أو عضَّها أو قرصها حنث)** لأنه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الإيلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة **(حلف لا يصوم فنوى وصام ساعة حنث)** لوجود الشرط إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرات على قصد التقرب **(وإن قال صوما)** أي قال لا أصوم صوما **(لم يحنث إلا بتمام اليوم)** لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعاً وذلك بإنهائه إلى آخر اليوم **(حلف لا يصلي فقام فقراً وركع لم يحنث ما لم يسجد)** لأن الصلاة عبارة عن الأركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلاة بخلاف الصوم لأنه عبارة عن الإمساك وأنه موجود في أول جزء من اليوم وفي الجزء الثاني يتكرر **(وإن قال)** أصلي **(صلاة فبتمام ركعتين)** أي فلا يحنث إلا بتمام ركعتين لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعاً وأقلُّ ²⁸¹ ركعتان للنهي عن البتراء وفي الخلاصة ولو حلف لا يصلي صلاة فصلى ركعتين ولم يقعد قيل لا يحنث وقيل إن عقد يمينه على النفل لم يحنث وإن عقد يمينه على الفرض وهي من ذوات الشئ فكذلك وإن كانت من ذوات الأربع يحنث وهو الأشبه قال البرازي رحمه الله أي الأشبه بالنصوص رواية والراجح دراية فيكون الفتوى عليه فاعرفه **(ومن قال لأمته إن ولدت ولدا فأنت حرة فولدت ولدا ميتا عتقت وكذلك الطلاق)** يعني إن قال لامرأته إذا ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت لوجود الشرط وهو الولادة ألا ترى أنه يقال ولدت ولدا حيا وولدت ولدا ميتا

(ولو قال فهو حر) أي ولو قال إذا ولدت ولدا فهو حر **(فولدت ميتا ثم حيا عتق الحي)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يعتق لأن الشرط قد تحقق بولادة الولد الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا إلى جزاء لأن

²⁸¹ الصواب "وأقل ذلك"

الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء وله أن الشرط ولادة الحي لأنه وصفه بالحرية ومن ضرورتها الحياة فصار كما إذا قال إذا ولدت ولدا حيا فهو حر ولو قال كذلك عتق الحي فكذا هنا بخلاف حرية الأم والطلاق لأنه لم يقيد بالحياة فافترقا

(ومن قال من بشري بقدم فلان فهو حر فبشره جماعة متفرقون عتق الأول) لأن البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه ساراً في العرف وهذا إنما يتحقق من الأول لأن الثاني أخبره بما كان معلوماً له فلا يتغير به بشرة وجهه عند سماعه **(وإن بشره جميعاً عتقوا)** لأن البشارة تحققت من الكل حيث غيروا بشرة وجهه **(ولو قال من أخبرني) بقدم فلان فهو حر (عتقوا في الوجهين)** فيما إذا أخبروه متفرقين وفيما إذا أخبروه مجتمعين وذلك لأن حقيقة الأخبار موجودة من كل واحد لأن الخبر خبر وإن كان عند المخبر علمه بخلاف البشارة لأنها اسم لخبر يغير بشرة الوجه وهذا إنما يتحقق من الأول على ما مر آنفاً

(قال إن تسريت جارية فهي حرة فتسري جارية كانت في ملكه عتقت ولو اشتراها وتسري بها لم تعتق) والفرق أن في المسئلة الأولى يتناولها اليمين لكونها في ملكه وفي المسئلة الثانية لم يتناولها اليمين لأنها لم تكن في ملكه وقال زفر رحمه الله يعتق في الوجهين وهذا قول صاحب النظم "والعتق لو علق بالتسري، صح وكان الفعل فيمن يشتري" له أن ذكر التسري ذكر للملك لأن التسري لا يصح إلا في الملك قلنا الملك يصير مذكوراً ضرورة صحة التسري فيتقدر بقدرها ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها **(حلف لا يتزوج فزوجه غيره بغير أمره فإن أجاز بالقول حنث)** لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء **(وبالفعل)** أي وإن أجاز بالفعل كإعطاء المهر ونحوه لا يحنث في المختار لأن العقود تختص بالأقوال فلا يكون فعله عقداً وإنما يكون رضياً وشرط الحنث العقد لا الرضى وعن محمد رحمه الله أنه لا يحنث في الوجهين وأفتى به بعض المشايخ رحمه الله لأن الإجازة ليست بإنشاء للعقد حقيقة وإنما هو تنفيذ لحكم العقد بالرضي

حكى أن أئمة أسترشنة (أسروشنه) كتبوا إلى أئمة سمرقند وبخارا وسألوا عن هذه المسئلة وقالوا إن علماء عصرنا يختلفون في هذه المسئلة فمنهم من يحنثه بالقول ومنهم من لا يحنثه بها جميعاً فاتفقوا على شيء يجرى عليه ولا يختلف وكان ذلك زمان الشيخ الإمام أبي أحمد العياض رحمه الله بسمرقند والشيخ الإمام محمد بن إبراهيم الضرير الميداني ببخارا وكانت الحضرت ببخارا ف وقعت حادثة اقتضت خروج أئمة سمرقند إلى بخارا

فذكر الشيخ الإمام أحمد العياض رحمه الله لأئمة بخارا فاجتمعوا وتكلموا في هذه المسئلة وجرى الكلام فيها باتفاق الكل بين الشيخ العياض والشيخ الإمام الميداني رحمهما الله وطال الكلام بينهما وامتد من أول النهار إلى ما بعد العصر فلم يتفقوا على شيء ولم يترجح كلام أحدهما على كلام الآخر وكان كلما اتضح كلام أحدهما من جانب اعترض الآخر بما يقوى كلامه فانصرفوا غير متفقين على شيء ثم عادوا إلى ذلك في الغد وتكلموا إلى آخر النهار في ذلك حتى اتفقوا على أنه لا يحنث بالفعل ويحنث بالقول وكتبوا على ذلك فتوى ليكتبوا جوابه وكان الشيخ الإمام أبو أحمد العياض يقول للشيخ الإمام محمد بن إبراهيم رحمه الله ابدأ أنت بكتابة جوابه حتى أكتب أنا بعده وكان الآخر يقول مثل ذلك فطال المنازعة بينهما على وجه التبجيل والاحترام فلم يكتب واحد منهما تقديما لصاحبه وافترقا على ذلك مع اتفاقهم على الجواب أنه لا يحنث بالفعل ويحنث بالقول واستفاض هذا القول فيما بينهم واشتهر كذا ذكره القاضي ظهير الدين رحمه الله في فتاواه

(وإن أمر غيره أن يزوجه حنث) لأن الوكيل في النكاح سفير ومُعَبَّرٌ على ما عرف **(وكذلك)** الحكم **(في الطلاق والعتاق)** فلو حلف لا تطلق امرأته أو لا يعتق عبده فطلق الفضولي امرأته أو أعتق عبده فإن أجاز به بالقول حنث وإن أجاز به بالفعل لا يحنث لما بينا **(حلف لا يزوجه عبده أو أمته يحنث بالتوكيل والإجازة)** لانتقال الفعل بالتوكيل إليه فكأنه بنفسه بعد الحلف والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة **(وكذلك ابنه وابنته الصغيرين)** لولايته عليهما **(وفي الكبيرين لا يحنث إلا بالمباشرة)** لعدم ولايته عليهما فهو كالأجنبي فيتعلق الحنث بحقيقة الفعل **(حلف لا يضرب عبده فوكل به)** أي فجعل وكيلا بضربه فضربه **(حنث)** لأن منفعة ذلك ترجع إلى المالك فيجعل مباشرا لأنه لا حقوق له ترجع إلى الوكيل **(وإن نوى ألا يباشر بنفسه صدق قضاء)** لأنه فعل حسي فإذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق قضاء وديانة بخلاف ما تقدم من النكاح وإخوته لأنه تكلم بكلام يفضي إلى النكاح والطلاق والأمر بذلك مثل التكلم به فقد نوى الخاص من العام فيصدق به ديانة لا قضاء **(ولو حلف لا يضرب ولده فأمره به)** أي بالضرب **(لم يحنث)** لأن منفعته عائدة إلى الولد وهو التثقف والتأدب فلا ينسب إلى الأمر بخلاف ضرب العبد على ما تقدم **(وذبح الشاة كضرب العبد)** فلو حلف لا يذبح شاته فأمر غيره ففعل يحنث في يمينه لما مر **(حلف لا يبيع فوكل به لم يحنث وكذا سائر المعاوضات)** المالية مثل الشراء والإجارة والاستئجار والصلح عن مال والقسمة وذلك لأن العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الخالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من

الآمر وإنما الثابت له حكم العقد **(حلف ليقضين دينه إلى قريب فما دون الشهر وبعيد أكثر من الشهر)** أي حلف ليقضين دينه إلى بعيد أكثر من الشهر لأن ما دون الشهر يُعدُّ قريباً والشهر وما بعده يُعدُّ بعيداً وإنما وضع في الأكثر من الشهر مع أن الحكم في الشهر كذلك لأنه في مقابلة ما دون الشهر **(وإن قال ليقضينه اليوم ففعل وبعضها زيوف أو نبهجة أو مستحقة لم يحنث)** لأنها دراهم إلا أنها معيبة والعيب لا يُعَدُّ الجنس فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح وبردها لا ينتقض الأول المستحق باليمين **(ولو كان رصاصاً أو ستوقه حنث)** لأنها ليسا من جنس الدراهم اعلم أن الزيف ما يردّه بيت المال والنبهجة ما يردّه التجار فالزيف دون النبهجة في الرداءة والستوق بالفتح أردأ من النبهجة وقيل هو معرّب ستو وهو أن يكون داخله نحاساً وخارجة فضة **(حلف لا يقبض دينه متفرقا فقبض بعضه)** أي بعض الدين **(لا يحنث حتى يقبض باقيه)** لأن شرط الحنث قبض جميع دينه متفرقا ولم يوجد إلا ترى أنه لو أبرأ من الباقي أو وهبه لا يكون قابضاً للكل **(وإن قبضه في وزنين متعاقبا لم يحنث)** أي وإن قبض دينه في وزنين لم يتشاغل بينهما إلا بعمل الوزن لم يحنث لأنه قد يتعذر وزن الكل دفعة واحدة فيكون هذا القدر مستثنى من اليمين فلا يحنث وإنما قال متعاقبا لأنه لو اشتغل بين الوزنين بعمل آخر يحنث لأنه تبدل المجلس فاختلف الدفع **(حلف لا يفعل كذا تركه أبدا)** أي يجب عليه ألا يفعله مدة عمره لأنه نفي الفعل مطلقا فيعم الامتناع ضرورة عموم النفي **(وإن قال لأفعله برّ بواحدة)** لأن شرط البر فعل واحد غير عين لأنه في موضع الإثبات وإنما يحنث بوقوع اليأس عن الفعل وذا بهلاك الفاعل أو محل الفعل **(استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل مفسد فهو على حال ولايته خاصة)** لأن المقصود من كل دفع الفساد ودفع الشر بالمنع والزجر وذلك في حال سلطته وولايته فيتقيد بها وزوالها بالموت والعزل **(حلف ليهبته ففعل ولم يقبل برّ في يمينه)** خلافاً لزفر رحمه الله وهذا قول صاحب النظم "ولا تكون هبة في الحلف، إلا بقبض وقبول فاعرف" قاس الهبة بالبيع لأنه تمليك مثله ولنا أنه عقد تبرع فيتم بالتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولأن المقصود إظهار السباحة وذلك يتم به أما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين **(وكذلك القرض والعارية والصدقة)** لأن ذلك تمليك بلا عوض

كتاب الحدود

الحدود جمع الحد وهو لغة المنع ومنه الحداد للبواب لمنعه الناس من الدخول وحدود العقار موانع من وقوع الاشتراك ويسمى اللفظ الجامع المانع حداً لأنه يجمع معاني الشيء ويمنع دخول غيره فيه وحدود الشرع موانع وزواج عن ارتكاب أسبابها وفي الشرع ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله

(وهي عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله تعالى) وفيها معنى اللغة على ما بينا ولا يسمى القصاص حداً لأنه حق العباد وكذا التعزير لأنه ليس بمقدر ثبتت شرعية الحدود بالكتاب والسنة وإجماع الأمة والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾²⁸² وقوله ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾²⁸³ وقوله ﴿والذين يرمون المحصنات﴾²⁸⁴ الآية وغير ذلك من الآي وأما السنة فحديث ماعز والغامدية والعسيف وغير ذلك من الأحاديث المشهورة على ما يأتي في أثناء الأبواب إن شاء الله تعالى وأما إجماع الأمة فمعروف وأما المعقول فهو أن الطباع البشرية والشهوة النفسانية مائلة إلى قضاء الشهوة واقتناص الملاذ وتحويل مقصودها ومحبوبها من الشرب والزنا والتشفي بالقتل وأخذ مال الغير والاستطالة على الغير بالشتيم والضرب خصوصاً من القوي على الضعيف ومن العالي على الداني فاقتضت الحكمة شرع هذا الحدود حسماً لهذا الفساد وزجراً عن ارتكابه ليبقى العالم على نظم الاستقامة فإن إخلاء العالم عن إقامة الزواج يؤدي إلى انحرامه وفيه من الفساد ما لا يخفى وإليه الإشارة بقوله تعالى ﴿ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب﴾²⁸⁵ ومن كلام حكماء العرب القتل أنفى للقتل وأما قولهم الدم لا يغسل بالدم وإنما يغسل بالماء فله محمل آخر هذا

(والزنا وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته) لأن الزنا اسم لفعل محظور والحرمة على الإطلاق في هذا المذكور فقوله وطء الرجل احتراز عن وطء الصبي وقوله المرأة احتراز عن وطء الرجل الرجل فإنه ليس بزناً وإنما لواطه واحتراز أيضاً عن وطء البهيمة وقوله في القبل احتراز به عن الوطء في الدبر وقوله في غير

²⁸² سورة النور، الآية: 2.

²⁸³ سورة المائدة، الآية: 38.

²⁸⁴ سورة النور، الآية: 4.

²⁸⁵ سورة البقرة، الآية: 179.

الملك أي ملك اليمين وملك النكاح احترز به عن الملك وقوله وشبهته احترز به عن شبهة الملك فخرج عنه وطء معتدة الثلاث وأمة أبويه وزوجته إن ظن حلها واعلم أن لفظ الزنا يمد ويُقصر فالقصر لغة أهل الحجاز قال الله تعالى ﴿ولا تقربوا الزنا﴾²⁸⁶ والمد لغة أهل نجد قال الفرزدق أبا حاصر من يَزْن يعرف زناؤه ومن يشرب الخراطوم يصبح مسكرا والنسبة إلى المقصور زنوي وإلى الممدود زناوي كذا في الصحاح

(ويثبت) الزنا عند القاضي **(بالبينة)** لأن البينة حجة على ما عرف وإنما قلنا عند القاضي لأن ثبوت الزنا في الواقع لا يتوقف إلى البينة وكذا إلى الإقرار **(وهي)** أي البينة **(أن يشهد أربعة)** رجال **(على رجل أو امرأة بالزنا)** لقوله تعالى ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾²⁸⁷ شرط الأربعة وللحديث الذي تقدم في اللعان **(فيسألهم القاضي عن ماهيته)** بأن يقول ما الزنا **(وكيفيته)** بأن يقول كيف إكراها أو اختيارا حتى إذا كان بإكراه لا يُحْد **(ومكانه)** بأن يقول أين زنى لاحتمال أن يكون في دار الحرب أو في عسكر أهل البغي فلا يجب الحد **(وزمانه)** أي ويسأل عن زمان الزنا بأن يقول في أي زمان زنى لاحتمال تقادم العهد أو في حال الصبا والجنون **(والمزني بها)** بأن يقول بمن زنى لاحتمال أنه زنى بجارية ابنه أو بمن له ملك أو شبهته فلا يجب الحد وهذا لأن فيه احتيالا للدرء المندوب إليه بقوله عليه السلام: "ادرؤا الحدود ما استطعتم"²⁸⁸ **(فإذا بينوا ذلك)** وفي كنز الدقائق ذكره بكلمة إن وهي انسب من كلمة إذا لأن كلمة إذا تذكر في أمر كائن وكلمة إن تذكر في أمر متردد والزنا قلما يثبت بالبينة **(وذكروا أنها)** أي المزني بها **(محرمة عليه)** أي على الزاني **(من كل وجه وشهدوا به كالليل)** وهو الخشبة التي يكتحل بها **(في المكحلة)** وهي بضميتين وعاء الكحل والجمع مكاحل **(وعُدُّلوا)** أي الشهود **(في السر والعلانية حكم به)** أي حكم القاضي بشهادتهم رجما كان موجب الزنا أو جلدا وإنما لم يكتف أبو حنيفة رحمه الله بظاهر العدالة في الحدود احتيالا للدرء المندوب إليه وكيفية تعديل السر والعلانية مرت في كتاب الشهادات **(وإذا نقصوا)** الشهود **(عن أربعة فهم قذفة)** يُحْدُون للقذف إذا طلب المشهود عليه لأنه تعالى أوجب الحد عند عدم شهادة الأربع

²⁸⁶ سورة الإسراء، الآية: 32.

²⁸⁷ سورة النساء، الآية: 15.

²⁸⁸ ابن ماجه، "الحدود" 5.

(وإن رجعوا قبل الرجم سقط وحدثوا) أما سقوط الرجم فلبطلان الشهادة بالرجوع وأما الحد عليهم فلأنهم قذفة **(وبعد الرجم)** أي وإن رجعوا بعد الرجم **(يضمنون الدية)** لأنهم تسبوا إلى قتله والمسبب تجب عليه الدية كحافر البئر **(وإن رجع واحد فربعها)** لأنه تلف بشهادته ربع النفس **(وإن شهدوا بزنا متقدم و)** قوله **(لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام)** من صورة المسئلة لا من حكمها أي وإن شهدوا بزنا متقدم ولم يكونوا بعيدا عن الإمام حتى لو كانوا بعيدا عنه فمنعهم عن أداء الشهادة بعدهم ثم شهدوا يقبل وإن تقدم الزمان وجواب المسئلة قوله **(لم يقبل الإمام)** شهادتهم لما روي أن عمر رضي الله عنه خطب فقال: "أيما شهود شهدوا بحد متقدم فإنما هم شهود ضغن لا يقبل شهادتهم"²⁸⁹ ولأن هذه الشهادة شهادة تمكنت فيها تهمة فتبطل بيانه أن الشهود إذا عاينوا الفاحشة فهم بالخيار إن شاءوا شهدوا به حسبة لإقامة الحد وإن شاءوا ستروا على المسلم حسبة أيضا فإن اختاروا الأداء حرم عليهم التأخير لأن تأخير الحد حرام فيحمل تأخيرهم على الستر حسبة حملا لحالهم على الأحسن فإذا أخروا ثم شهدوا اتهموا انهم إنما شهدوا بالضغنة حملتهم على ذلك كما قال عمر رضي الله عنه: "وان كان تأخيرهم لا لحسبة الستر ثبت فسقهم ورُدَّت شهادتهم"²⁹⁰ وإنما وضع المسئلة في الشهادة لأن الإقرار لا يبطل بالتقدم لأن الإنسان لا يعادي نفسه فلا يتهم واختلفوا في حد التقدم عن الطحاوي رحمه الله أنه ستة أشهر وأبو حنيفة رحمه الله لم يقدر في ذلك وفوضه إلى رأي القاضي في كل عصر وعن محمد رحمه الله أنه قدره بشهر وهو الأصح **(ويثبت)** الزنا **(بالإقرار)** كما يثبت بالبينه لأنه من حجج الشرع وبه ثبت الأحكام على ما عرف **(وهو أن يقر العاقل البالغ أربع مرات في أربعة مجالس)** من مجالس المقر وقيل من مجالس القاضي **(يرده القاضي في كل مرة حتى لا يراه)** أما اشتراط العقل والبلوغ فلأنها شرط التكليف وأما اشتراط الأربع فمذهبنا وقال مالك والشافعي رحمهما الله يكتفي بالإقرار مرة واحدة وهذا قول صاحب النظم "ومن أقر مرة به يحد، بلا اشتراط أربع من العدد" هما قاسا على سائر الحقوق ولنا حديث ماعز فإنه عليه السلام أخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات في أربعة مجالس فلو ظهر دونها لما أخرها لثبوت الوجوب وأما رده في كل مرة فلأن ماعزا طرده رسول الله عليه السلام في كل مرة حتى توارى بحيطان

²⁸⁹ لم أجد في المصادر الصحيحة.

²⁹⁰ لم أجد في المصادر الصحيحة.

المدينة واعلم أن في قوله يرده القاضي في كل مرة تسامحا لأنه يدل على أن القاضي يرده أربع مرات وليس كذلك بل يرده ثلاث مرات فإذا أقر مرة رابعة لا يرده بل يقبله

(ثم يسأل كما تقدم) أي فإذا أقر أربعاً على ما وصفنا يسأل القاضي الشهود عن الزنا ما هو وكيف وأين زنا وبمن زنا لما بيناه في الشهادة **(إلا عن الزمان)** لأن تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار **(فإذا بين ذلك لزمه الحد)** لتام الحجة **(وإذا رجع عن إقراره قبل الحد أو في وسطه خُلِّي سبيله)** وقال الشافعي رحمه الله يقيم الحد لأنه وجب بإقراره فلا يبطل برجوعه وإنكاره ولنا أن الرجوع خبر محتمل للصدق كالإقرار وليس أحد يكذبه فيه فيتحقق الشبهة في الإقرار والحد يسقط بها **(ويستحب للإمام أن يُلقنه الرجوع يقول الإمام له)** أي للمقر بالزنا **(لعلك وطئت بشبهة أو قبلت أو لمست)** لقوله عليه السلام لما عَزَّ: "لعلك مسستها أو قبلتها"²⁹¹ ولأن فيه احتيالا للدرء وحده إن كان الزاني محصنا بفتح الصاد واسم فاعل من أحصن ولكنه على صيغة المفعول وهذا من الغرائب ونحوه مسهب اسم فاعل من أسهب إذا أكثر في كلامه ولكنه على صيغة المفعول **(الرجم بالحجارة حتى يموت)** لحديث ماعز أنه عليه السلام رحمه وكان محصنا وقال عليه السلام: "لا يحل دم مسلم إلا بإحدى معانٍ ثلاث كفر بعد الإيمان وزناً بعد إحصان وقتل نفس بغير حق"²⁹² وعن عمر رضي الله عنه أن مما أنزل الله تعالى آية الرجم الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجهما البتة وهذا قرآن نُسِخ لفظه وبقي معناه²⁹³ وعلى ذلك إجماع الصحابة رضي الله عنهم

(يخرج) الزاني المحصن **(إلى)** أرض **(فضاء)** كذلك فعل رسول الله عليه السلام لما عَزَّ **(وإن كان ثبت)** الزنا **(بالبينة يبتدئ الشهود ثم الإمام ثم الناس)** كذا روي عن علي رضي الله عنه ولأن البداية بالشهود ضرب احتيال للدرء لأن الشاهد قد يتجاسر على الأداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع عن الشهادة **(فإن امتنع الشهود لا يرجم)** لأنه دلالة الرجوع **(وإن ثبت)** الزنا **(بالإقرار ابتداء الإمام ثم الناس)** كذا روي عن علي رضي الله عنه ورمى رسول الله عليه السلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة وقال إرموها وكانت قد اعترفت بالزنا²⁹⁴

²⁹¹ الحاكم، المستدرک، 5/ 279

²⁹² الشافعي، المسند، 164.

²⁹³ الحاكم، المستدرک، 5/ 278.

²⁹⁴ أبو داود، "الحدود" 24.

(وإن لم يكن) الزاني (محصنا فحده الجلد) وهو ضرب الجلد ومنه الجلد الجلود (ومائة للحر) لقوله تعالى ﴿

الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾²⁹⁵ إلا أنه نسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا (وخمسون للعبد) لقوله تعالى في حق الإماماء ﴿فإن آتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾²⁹⁶ (يضرب بسوط لا ثمرة له) أي لا ذنب له وقيل أي لا عقدة له والأول أصح (ضربا متوسطا) بين المؤلم وغير المؤلم لما روي أن عليا رضي الله عنه: "لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرة"²⁹⁷ والمتوسط بين المتلف وغير المؤلم لإفضاء الأول إلى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار (يفرقه على أعضائه) لأن الجمع في عضو واحد ربما يفضي إلى التلف والحد زاجر لا متلف (إلا رأسه ووجهه وفرجه) لأن الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضا فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وهو إهلاك معنى فلا يشرع حدا (ويجرد عن ثيابه) لأن عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود ولأن التجريد أبلغ في إيصال الألم إليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب (ولا تجرد المرأة إلا عن الفرو والحشو) لأن مبنی حالهن على السر وفي نزع ثيابها كشف عورتها والستر يحصل بدون الحشو والفرو وفيهما منع وصول الألم فينزعان (وإن حفر لها في الرجم جاز) لأنه عليه السلام حفر للغامدية إلى ثديها وإن تركه لا يضر لأنه غير مأمور به (ويضرب الرجل) حال كونه (قائما في جميع الحدود) لقول علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا²⁹⁸ (ولا تجمع على المحصن الجلد والرجم) لأنه عليه السلام رجم ماعزا ولم يجلده ولأنه لا فائدة في الجلد لأن المراد من الحد الزجر وهو لا ينزجر بعد هلاكه وزجر غيره يحصل بالرجم إذ القتل أبلغ العقوبات وهو مذهب عامة العلماء وقال أصحاب الظواهر يجلد ثم يرمي (ولا على غيره) أي ولا يجمع على غير المحصن (الجلد والنفي) وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما حدا والحجج من الجانبين موضعها الكتب المبسوطة (إلا أن يراه الإمام مصلحة فيفعل ما يراه) وذلك تعزيز وسياسة لا حد وهو تأويل ما روي من

²⁹⁵ سورة النور، الآية:

²⁹⁶ سورة النور، الآية: 2.

²⁹⁷ قال الزيلعي: غريب. نصب الراية، 3/ 496؛ ابن أبي شيبة بلفظ: عن أنس قال: كان يؤمر بالسوط فيقطع ثمرة ثم يدق بين حجرين

حتى يلين ثم يضرب به قيل له: في زمن من كان هذا؟ قال: في زمان عمر. المصنف، 5/ 525.

²⁹⁸ عبد الرزاق، المصنف، 7/ 375.

التعذيب عن رسول الله عليه السلام وعن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما فإنه روي عن عمر أنه نف رجلا فلهق بالروم فقال لا أنفي بعده أحدا ولو كان النفي حدا لم يجز تركه

(ولا يقيم المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام) وقال الشافعي رحمه الله له أن يقيمه وذلك قول صاحب النظم "وللموالي أن يقيموا في الزنا، ونحوه العبيد والإيلاء" له أن للمولى ولاية مطلقة عليه كالإمام بل أولى لأنه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الإمام فصار كالتعزير ولنا ما روي عن رسول الله عليه السلام: "أربع إلى الولاية الحدود والصدقات والجمعات والفيء"²⁹⁹ ولأن الحد حق الله تعالى لأن المقصود منه إخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد فيستوفيه من هو ثابت عن الشرع وهو الإمام أو نائبه بخلاف التعزير لأنه حق العبد ولهذا يُعزَّر الصبي وحق الشرع موضوع عنه كذا في الهداية **(وإذا كان الزاني مريضا فإن كان**

محسنا رجم) لأن الإلتلاف مستحق عليه فلا معنى للتأخير **(وإلا وإن)** لم يكن الزاني المريض محسنا **(لا يجلد حتى يبرأ)** كيلا يفضي إلى الهلاك ولهذا أمر بحسم يد السارق ونهي عن القطع في البرد الشديد والحر الشديد **(والمرأة الحامل)** إذا زنت **(لا تحدد حتى تضع حملها)** لأنه يخاف من الحد هلاك ولدها البريء عن الجنابة وروي عن ابن عمر رضي الله عنه همَّ برجم حامل فقال له عليُّ رضي الله عنه: إن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما فيها فحلَّ عنها وإذا وضعت حملها³⁰⁰ **(فإن كان حدُّها الجلد فحتى تتعالى من نفاسها)** أي فحتى تخرج وترتفع من نفاسها وإنما استعمل تتعالى لأنه جعل النجاسة بمنزلة البرء وهذا لأن النفاس نوع مرض فيؤخر إلى زمان البرء بخلاف الرجم لأن التأخير لأجل الولد وقد انفصل وهذا قوله

(وإن كان حدُّها الرجم فعقيب الولادة وإذا لم يكن للصغير من يربيه فمتى يستغنى عنها) أي فيؤخر الحد إلى أن يستغني ولدها عن التربية لأن في التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي عنه عليه السلام أنه قال للغامدية بعد ما وضعت "ارجعي حتى يستغني ولدك"³⁰¹ **(وإحصان الرجم)** وهذا احتراز عن إحصان القذف فإنه غير هذا على ما سيجيء إن شاء الله تعالى **(الحرية)** فلا يرجم المرقوق **(والعقل)** فلا يرجم المجنون

²⁹⁹ ابن شية، المصنف، 5/ 502.

³⁰⁰ ابن أبي شية، المصنف، 5/ 538.

³⁰¹ مسلم، "الحدود" 22.

(والبلوغ) فلا يرمم الصبي **(والإسلام)** فلا يرمم الكافر **(والدخول وهو الإيلاج)** أي إدخال الخشفة **(في القبل)** على وجهه يوجب الغسل حتى لا يكون محصنا قبل الدخول **(في نكاح صحيح)** حتى لا يكون محصنا بالدخول في النكاح الفاسد **(وهما)** أي الزوج والزوجة **(بصفة الإحصان)** عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة المجنونة أو الصبية لا يكون وكذا إذا كان الزوج موصوفا بالكفر أو المملوكة أو الجنون أو الصبا وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لا تكون المرأة محصنة وإن كان النكاح والدخول موجودين فإن قلت كيف يتصور أن يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة قلت صورته أن يكونا كافرين فأسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الإسلام عليه فإن قلت لم جعلت هذه الأشياء شرط الإحصان قلت أما العقل والبلوغ فلا لأنه لا خطاب بدونها وأما ما وراءهما فلا أن تكامل الجنائية بواسطة تكامل النعمة إذ كفران النعمة تتغلظ عند تكررها وهذه الأشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فينابط به فإن قلت العلم والشرف من أجل النعم فلم لم يشرط له قلت لأن الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي متعذر وإنما لم يعتبر بهما الشرع لأنهما لا يضبطان لأنه ليس لهما حد معلوم أما نعمة الإسلام فمضبوطة ولها حد معلوم **(وأنه)** أي الإحصان **(يثبت بالإقرار)** لأنه حجة في حق المقر **(أو بشهادة الرجلين أو رجل وامرأتين)** لأن الإحصان ليس علة لوجوب الرجم لأنه عبارة عن خصال حميدة وأوصاف جميلة وذلك لا أثر له في العقوبة فلا يشترط لثبوت ما تشترط لوجوب الرجم وإنما الإحصان شرط محض **(أو يكون بينهما ولد معروف بهما)** لأنه دليل ظاهر على الدخول في النكاح الصحيح ولكن يثبت الإحصان

فصل في بيان الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

(ومن وطئ جارية ولده وان سفل وقال علمت أنها عليّ حرام لم يحد) لأن الشبهة حكمية أي فاشتبه عن دليل الشرع وهو قوله عليه السلام: "أنت ومالك لأبيك"³⁰² والأبوة قائمة في حق الجد كذا في الهداية وذكر الفقيه³⁰³ رحمه الله إذا زنى بجارية نافلته والأب في الأحياء وقال ظننت أنها عليّ حرام لا يحد ويثبت للنسب وقال في الكافي ولا يثبت نسب الجد عند قيام الأب

³⁰² ابن ماجه، "التجارات" 64.

³⁰³ هو أبو الليث. فتح القدير 11 / 423

(أو وطئ جارية أبيه وإن علا أو) وطئ جارية (أمه أو) وطئ جارية (زوجته أو) وطئ العبد جارية (سيده أو)

وطئ (معتدة عن ثلاث وقال ظننت أنها حلال لم يحد) الواطئ (ولو قال علمت أنها حرام) عليّ (حدّ في)

الصور كلها أما في الثلاث الأول فلأن بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه في الاستمتاع فكان شبهة اشتباه أي شبهة في حق من اشتبه عليه وليست بشبهة في حق من لم يشتبه عليه ولذا لو قال ظننت أنها على حلال لم يحد ولو قال علمت أنها عليّ حرام وحدّ وأما في المعتدة عن ثلاث فلأن الظن في موضعه لأن أثر الملك قائم في النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في حق إسقاط الحد حتى لو قال علمت أنها حرام عليّ حدّ لزوال الملك المحلل عن المحل من كل وجه فيكون الشبهة منتفية وقد نطق النص بانتفاء الحل قال الله تعالى ﴿فإن طلقها ثلاثا فلا يحل له من بعد﴾³⁰⁴ الآية وإنما وضع في المعتدة عن ثلاث لأنه لو وطئ المبانة بالكنيات في عدتها لا يجب الحد وإن قال علمت أنها حرام عليّ

(وفي جارية الأخ والعم يحد بكل حال) أي سواء قال ظننت أنها حلال عليّ أو قال علمت أنها حرام عليّ لأنه

لا انبساط في المال فيما بينهما والتقيد بالأخ والعم اتفاقي لأن الحكم لا يختلف في إماء سائر المحارم سوى الولاد ولو تزوج محرما ودخل بها لم يجب عليه الحد عند أبي حنيفة رحمه الله ولكن يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك وقالوا رحمهما الله عليه الحد وهو قول الشافعي رحمه الله إذا كان عالما بذلك لأنه عقد لم يصادف محله لأن محله ما يثبت فيه حكمه وحكمه الحل وهو غير ثابت بالإجماع فصار كإضافة العقد إلى الذكر وله أنه عقد صادف محله لأن محله ما هو صالح لحصول المقصود والمقصود من النكاح التوالد والتناسل والأنثى من الآدميات قابلة لذلك وقضية ثبوت الحل أيضا إلا أنه تباعد عنه فأورث شبهة وأنها يكفي لسقوط الحد إلا أنه يجب عليه التعزير ويوجع عقوبة لأنه ارتكب جناية ليس فيها حدّ مقدر فيعزر

(أو استأجر امرأة ليزني بها فزني بها لا تحد عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالوا رحمهما الله يحدّ وهو قول الشافعي

رحمه الله وذلك قول صاحب النظم

"ومن زنى بامرأة مستأجرة، لذاك لم يلزمه حدّ الفجرة"

³⁰⁴ سورة البقرة، الآية: 230.

لهم أن منافع البضع لا يملك بالإجارة فصار وجود الإجارة وعدمها سواء فصار كأنه وطئها من غير شرط وله ما روي أن امرأة استسقت راعيا لبنا فأبى أن يسقيها حتى تمكنه من نفسها ففعلت ثم رفع الأمر إلى عمر رضي الله عنه فدرء الحد وقال ذلك مهرها ولأن الإجارة تملك المنافع ومنافع البضع منافع فأورث شبهة وصار كالمتعة **(أو وطئ أجنبية فيما دون الفرج)** كالتفخيذ والتبطين والإتيان في الموضع المكروه أما في التفخيذ والتبطين فإنما لا يجد لعدم الزنا ولكن يعزّر لمباشرته منكرا ليس فيه شيء مقدر وأما في الإتيان في الموضع المكروه فإنما لا يجد لما يجيء من بعد **(أو لاط)** أي عمل قوم لوط وهو إتيان الذكر الذكر **(فلا حد عليه)** في المسائل الأربع **(ولكن يعزّر فيها)** أما المسائل الثلاث الأولى فالوجه فيها مرّ وأما الأخيرة فالمذكور مذهب أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله هو كالزنا فيُحدّ وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله وفي قول يقتلان لقوله عليه السلام: "اقتلوا الفاعل والمفعول"³⁰⁵ ولهما أنه في معنى الزنا لأنه قضاء الشهوة في محل تشتهي على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجه من الإحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الأحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لأنه ليس فيه إضاعة الولد واشتباه الأنساب وكذا هو أندر وقوعا لانعدام الداعي من أحد الجانبين والداعي إلى الزنا من الجانبين وما رواه محمود على السياسة **(ولو زفّت)** أي بعثت وأرسلت **(إليه غير امرأته فوطئها لا حدّ وعليه المهر)** بذلك حكم عليّ رضي الله عنه ولأن الرجل لا يعرف امرأته أول مرة إلا بأخبار النساء فقد اعتمد دليلا لأن الملك ثابت من حيث الظاهر بأخبارهن **(ولو وجد على فراشه امرأة فوطئها حد)** لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا إلى دليل **(ولو كان)** الزوج **(أعمى)** لأنه يمكنه بالسؤال التمييز وغيره **(إلا أن يدعوها)** أي يدعو الأعمى زوجته **(فقال)** أجنبية **(أنا زوجتك)** فواقعها فحينئذ لا يجد لأن الأخبار دليل حتى لو لم تقل أنا زوجتك لكن إجابته بالفعل يجد كذا في شرح الهداية **(والزنا في دار الحرب والبغي لا يوجب الحد)** أي ولو زنا مسلم في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج إلينا لا يقام عليه الحد عندنا وعند الشافعي رحمه الله يُحدّ لأنه التزم بإسلامه أحكامه أينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام: "لا تقام الحدود في"

³⁰⁵ ابن ماجه، "الحدود" 12.

دار الحرب"³⁰⁶ ولأن المقصود هو الانزجار وولاية الإمام منقطعة فيها فيعري الوجوب عن الفائدة ولا يقام بعد ما خرج لأنها لم ينعقد موجبة فلا ينقلب موجبة (**وواطئ البهيمة**) يعزّر لأنه ليس بزنا ولا معناه فلا يجب الحد فيعزّر لما بينا (**ولو زنى بصبية أو مجنونة حدّ الرجل**) بالإجماع (**ولو طاوعتها عاقلة بالغة لا يحد**) أي ولو زنى صبي أو مجنون بامرأة طاوخته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب الحد وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله وذلك قول صاحب النظم

"ولو أطاعت في الزنا مجنونا، عاقلةٌ حدث به يقينا"

لهما أن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه لأن كلا منهما مؤاخذ بفعله ولنا أن فعل الزنا يتحقق منه حقيقة لا منها لأنه اسم لوطء حرام وهو إمساس العضو العضو وهو منه وهي محله ولهذا سمي هو واطئا وزانيا وهي موطوءة ومزنيّا بها وإنما يجب الحد عليها بالتمكين من فعل الزنا والزنا فعل من هو مخاطب بالكف عنه مؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد

(وأكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطا وأقله ثلاثة) وقال أبو يوسف رحمه الله أكثره خمسة وسبعون سوطا وفي رواية تسعة وسبعين والأصل فيه قوله عليه السلام: "من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين"³⁰⁷ وإذا تعذر تبليغه حدا فهما اعتبرا أدنى الحد وهو حد العبد في الشرب والقذف وهو أربعون فنقصا عنه سوطا وأبو يوسف رحمه الله اعتبر أقل من حدود الأحرار وهو ثمانون فنقص عنه سوطا وهو قول زفر رحمه الله وهو القياس وفي رواية نقص خمسة وهو مأثور عن علي رضي الله عنه فإن قلت أقل التعزير الحبس أو الكلام الحشيش بأن يقول بلغني عنك أنك فعلت كذا وكذا فما معنى قوله وأقله ثلاثة قلت معناه وأقل التعزير من الضرب ثلاث جلادات لا أقله من كل جنس التعزير (**وهي**) أي ضرب التعزير (**أشد الضرب**) لأنه جرى التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي إلى فوت المقصود (**ثم حد الزنا**) لأنه ثبت بدليل مقطوع به وهو الكتاب ولأنه أعظم جريمة حتى وجب فيه الرجم (**ثم الشرب**) لأن سببه متيقن به

(**ثم القذف**) لأن سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا

³⁰⁶ ابن أبي شيبة، المصنف، 5/ 543.

³⁰⁷ البيهقي، معرفة السنن والآثار، 6/ 469.

باب حد القذف

القذف في اللغة الرمي مطلقاً ومنه المقذوفة وقولهم بين قاذف وحاذف أي رام بالحصى وقاذف بالعصا والتقاذف الترامي ومنه الحديث كان عند عائشة رضي الله عنها قَيْتَتَانِ تُغْنِيَانِ بِمَا تَقَاذِفُ بِهِ الْأَنْصَارُ مِنَ الْأَشْعَارِ يَوْمَ بُغَاثٍ³⁰⁸ أي تشامت وفيه معنى الرمي لأن الشتم رميٌ بما يُعيبه ويشينه وفي الشرع رمي مخصوص وهو الرمي بالزنا ومنه الحديث أن هلال بن أمية قذف زوجته أي رماها بالزنا

(وهو ثمانون سوطاً) لقوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾³⁰⁹ والمراد بالرمي القذف بالزنا بالإجماع وفي النص إشارة إليه حيث قال ثم لم يأتوا بأربعة شهداء والزنا هو المختص بأربعة شهداء والنص وإن ورد في المحصنات لكن الحكم في المحصنين دلالة إذ الوجوب ثمة لدفع العار وذا يتحقق في الكل وخصَّهن لأن القذف في الأغلب يقع لهن وهذا إذا كان القاذف حراً وإن كان عبداً فحدُّه أربعون سوطاً لمكان الرق وهو قوله **(للحر وأربعون للعبد ويجب حد القذف بقذف المحصن)** أو المحصنة لما تلونا **(بصريح الزنا)** بأن يقول زנית أو أنت زان أو يا زاني أو نحو ذلك من صريح الزنا قيد به لأن التعريض لا يجب حد القذف حتى لو قال لرجل محصن يا زاني فقال الآخر صدقت لم تحدِّ المصدق أما لو قال للقاذف هو كما قلت يحدِّ وإن لم يكن صريحاً والفرق موضعه شروح الهداية إذا طلبه أي المقذوف الحد لأن فيه حقه من دفع العار فلو لم يطلبه لا يحدِّ إلا أن يطلب غير المقذوف الذي يقع القذف في نسبه كابن المقذوف فيحده القاضي أيضاً **(ويفرق عليه)** لما مر في حد الزنا **(ولا ينزع عنه ثيابه)** لأن سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة **(إلا الفرو والحشو)** لا يمنع إيصال الألم به **(ويثبت بإقراره مرة)** لأن الفرار حجة على المقر **(وبشهادة رجلين)** لأن الشهادة حجة مطلقة **(ولا يبطل بالتقادم والرجوع)** لأن فيه حق العبد والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولا يصح الرجوع بعد الإقرار **(وإحصان القذف العقل والبلوغ)** لأن المجنون والصبي لا يلحقهما العار لعدم تحقق فعل الزنا منهما **(والحرية)** لأنه تنطلق عليه اسم الإحصان قال الله تعالى ﴿فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾³¹⁰ أي الحرائر

³⁰⁸ البخاري، "مناقب الأنصار" 46.

³⁰⁹ سورة النور، الآية: 4.

³¹⁰ سورة النساء، الآية: 25.

(والإسلام) لقوله عليه السلام: "من أشرك بالله فليس لمحصن"³¹¹ **(والعفة عن الزنا)** لأن غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق في كلامه وقوله عن الزنا احتراز عن الوطء الحرام في الملك فإنه لا يخرج الواطئ عن أن يكون محصنا **(ومن قال لغيره يا ابن الزانية أو لست لأبيك حد)** أم في الأولى ففيها إذا كانت أمه محصنة لأنه في الحقيقة قذف لها وأما في الثانية ففيها إذا كان في غضب وذلك لأن معناه لست لأصلك الذي خلقت من مائه وإنما ينقطع نسبه عن صاحب الماء إذا حصل بالزنا **(ولو نفاه عن جده)** بأن قال لست بابن فلان يعني جده **(أو نسبه إليه)** أي إلى جده **(أو إلى خاله أو عمه أو زوج أمه أو قال يا ابن السماء لم يحد)** في هذه الصور كلها أما في الأولى فلأنه صادق في كلامه وأما في الثانية فلأنه قد ينسب إلى الجد مجازا قال الله تعالى ﴿ كما أخرج أبويكم ﴾³¹² الآية وأما في الثالثة فلأن الخال أب لقوله عليه السلام: "الخال أب"³¹³ وأما في الرابعة فلأن العم يسمى أبا قال الله تعالى ﴿ وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق ﴾³¹⁴ وإسماعيل كان عما له وأما في الخامسة فلأن زوج الأم يسمى أبا للتربية وأما في الأخيرة فلأنه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لأن ماء السماء لُقِّبَ به لصفائه وسخائه حتى لو كان رجل اسمه ماء السماء وأراد نسبته إليه قذف اعلم أن ماء السماء هو لقب عامر بن حارث بن ثعلبية الأزدي وهو جد نعمان بن المنذر وإنما لُقِّبَ بماء السماء لأنه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر عطاء وجودا **(ولا يطالب بقذف الميت إلا من يقع القذف بقذفه في نسبه)** وهو الوالد والولد لأن العار يلحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى **(فيثبت للولد وولد ولده)** حال قيام الولد **(وإن كان كافرا أو عبدا)** معنى إذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه وإن كان كافرا أو عبدا أن يطالب بالحد خلافا لزفر رحمه الله وإنما قلنا حال قيام الولد احترازا عن قول زفر رحمه الله فإن عنده لا يثبت الطلب لولد الولد حال قيام الولد وهو قول صاحب النظم رحمه الله

"والابن لو ساهل في قذف الأب، لم يكن لابن الابن حق الطلب"

³¹¹ الدارقطني، السنن، 67/3.

³¹² سورة الأعراف، الآية: 27.

³¹³ قال الزيلعي غريب، وفي "الفردوس" لأبي شجاع الديلمي عن عبد الله بن عمرو ومرفوعا: "الخال والد من لا والد له". نصب الراية،

540/3.

³¹⁴ سورة البقرة، الآية: 133.

³¹⁵ عطف

ويثبت الطلب لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافاً لمحمد رحمه الله وهو قول صاحب النظم

"وليس لابن البنت حق الحد، في حق مؤذيه بقذف الجلد"

والحجج في المسائل مواضعها الشروح المبسوطة

(وليس للابن والعبد أن يطالب أباه وسيداه بقذف أمه) لأن الأب والمولى لا يعاقب بسبب ابنه وعبداه ولهذا لا

يقتلان بهما وهذا من قبيل اللف والنشر تقديره وليس للابن أن يطالب أباه بقذف أمه ولا للعبد أن يطالب

سيده بقذف أمه ونظير اللف والنشر من القرآن قوله تعالى ﴿ جعل لكم الليل والنهار لتسكنوا فيه ولتبتغوا

من فضله ﴾³¹⁶ فقله ﴿ لتسكنوا ﴾ فيه راجع إلى الليل وقوله ﴿ ولتبتغوا ﴾ راجع إلى النهار

(ومن وطئ وطأ حراماً لعينه في غير ملكه) من كل وجه لوطء الأجنبية أو من وجه كوطء الجارية المشتركة

(والملاعنة بولد) الملاعنة بنصب العين وكسرها فالنصب بالنسبة إلى الزوج لأنه لعنها والكسر بالنسبة إليها

لأنها لعنته **(لا يجد قاذفها)** أما في الأولى فلفوات العفة وهي شرط الإحصان ولأن القاذف صادق وأما في

الأخرى فلقيام أمانة الزنا منها وهو الولد الذي لا أب له ففاتت العفة نظراً إليها وهو شرط وإنما قيدنا بقولنا

لعينه لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه حتى لو كان محرماً لغيره يجد لأنه ليس بزنا واحتراز بقوله في ملكه عما

إذا أتى أمته وهي مجوسية أو امرأته وهي حائض فإنه لا يسقط إحصانه لأن الوطء وإن كان حراماً إلا أنه في

ملكه وإنما قيد الملاعنة بالولد لأنه لو قذف امرأة لا عنت بغير ولد يحدُّ لانعدام أمانة الزنا وهذا قوله

(وإن لا عنت بغير ولد حدّ والمستأمن يحدُّ بالقذف) لما فيه من حق العبد وقد التزم إيفاء حقوق العباد وإذا

مات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل **(ولا يصح العفو)** أي عفو المقذوف عنه عندنا خلافاً

له **(ولا يصح الاعتياض)** عندنا خلافاً له قال صاحب النظم "والقذف يجري الإرث فيه والحد، والعفو

أيضاً فهو حق العبد" ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد ولكن الشافعي رحمه الله مال إلى تغليب حق

العبد تقديره لحقه باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع لأن ما في العبد يتولاه مولاه

فيصير حق العبد مرعياً به ولا كذلك عكسه لأنه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع إلا نيابة

³¹⁶ سورة يونس، الآية: 67.

فصل في التعزير وهو التأديب دون الحد

(ومن قال لمسلم يا فاسق يا خبيث) يقال له بالفارسية بليد ووقع في حكاية مهلا يا خبيث إليك يساق الحديث (يا كافر يا سارق يا مخنث عَزَّر) لأنه أذاه وألحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير (وكذلك) يعزَّر إذا قال يا شارب الخمر يا خائن (وكذلك) يعزر في قوله لمسلم (يا حمار يا خنزير إن كان المسبوب فقيها أو علويا) أي منسوباً إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه لأنه يلحقهم الوحشة بذلك قيد به لأنه إذا كان المسبوب من العامة لا يعزر وقيل لا يعزر في الكل وقيل يعزر في الكل في عرفنا والمختار ما ذكره صاحب المختار (ومن حده الإمام أو عزره فمات فهو هدر) لأنه مأمور من جهة الشرع فلا يتقيد بالسلامة كالفساد والبزاع أو نقول استوفي حق الله تعالى بأمره فكان الله تعالى أماته بغير واسطة فلا يجب الضمان (وللزواج أن يعزر زوجته على ترك الزينة إذا أَرادها وترك الإجابة إلى فراشه وترك غسل الجنابة والخروج من المنزل) لأن الأولين يخلان بمقصود النكاح والآخرين معصية وفي بعض النسخ (وترك الصلاة) وفي النهاية ليس له أن يضربها على ترك الصلاة وفي الفتاوى في الضرب على ترك الصلاة روايتان وفي الكشف قالوا يجب أن يكون ضرباً غير مبرح لا يجرحها ولا يكسر لها عظماً ويجتنب الوجه وعن النبي عليه السلام: "علق سوطك حيث تراه اهلك"³¹⁷ وعن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنه: "كنت رابع نسوة عند الزبير بن عوام رضي الله عنه فإذا غضب على إحدانا ضربها بعود المشجب حتى يكسره عليها"³¹⁸

باب حد الشرب الأصل فيه قوله عليه السلام: "من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه"³¹⁹ الحديث (وهو) أي حد الشرب (كحد الزنا كيفية) فيضرب بسوط لا ثمرة له ضرباً متوسطاً ويجرد عن ثيابه دون الإزار وغير ذلك لما مر بيانه (وحد القذف كمية) فيضرب ثمانون سوطاً (وثبوتاً) فيثبت بالإقرار مرة أو بشهادة رجلين لما مر (غير أنه) أي غير أن حد الشرب (يبطل بالرجوع) يعني إذا أقر بشرب الخمر ثم رجع لم يجد لأنه خالص حق الله تعالى (والتقادم في البينة والإقرار) يعني وحد الشرب يبطل بالتقادم سواء ثبت بالبينة

³¹⁷ الطبراني، المعجم الكبير، 10 / 285.

³¹⁸ عبد الرزاق، بلفظ: "أن أسماء بنت أبي بكر أتت إلى أبيها تشكو الزبير فقال: ارجعي يا بنية فإنك إن صبرت وأحسنست صحبتته ثم مات

ولم تنكحي بعده ثم دخلتها الجنة كنت زوجته فيها" المصنف، 11 / 302

³¹⁹ النسائي، السنن الكبرى 5 / 141. الطبراني، المعجم الكبير، 19 / 360.

أو الإقرار **(وذلك)** أي التقادم **(بذهاب السكر والرائحة)** فلو أقر بعد ذهاب رائحتها أو شهدا عليه بعد السكر وذهاب الرائحة لم يجد وقال محمد رحمه الله يجد وهذا قول صاحب النظم "وليس في الشرب بقاء الريح ، شرطا مع الشهود للتصحيح" فالتقادم يمنع قول الشهادة بالإجماع غير أنه مقدر بالزمان عند محمد رحمه الله اعتبارا بحد الزنا لأن التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره فإن من استكثر أكل السفرجل يوجد منه رائحة الخمر كما قيل "يقولون لي أنك قد شربت مدامة، فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا" وعندهما مقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه حين أتى سكران تلتلوه ومزمزه واستنكهوه فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه³²⁰ شرط وجود الرائحة فيكون شرطا وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد رحمه الله كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا تقادم الحد إلا عند قيام الرائحة لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا **(ولو أخذ وريجها)** أي وريح الخمر وهو مؤنث سماعي بجميع صفاتها ومن صفاتها الصهباء

(توجد منه فلما وصل إلى الإمام انقطعت) الرائحة **(لبعد المسافة حد)** في قولهم جميعا لأن هذا عذر فلا يعد تقادما كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يهتم في مثله **(ويجد بشرب قطرة من الخمر وبالسكر من النبيذ)** لقوله عليه السلام: "حُرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب"³²¹ ولإطلاق قوله عليه السلام: "من شرب الخمر فاجلدوه"³²² وعليه إجماع الصحابة رضي الله عنهم **(والسكران)** هو الذي **(لا يعرف الرجل من المرأة والأرض من السماء)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله هو الذي يهذي ويخلط كلامه لأنه المتعارف بين الناس وهو اختيار أكثر المشايخ رحمهم الله وله أن الحد عقوبة فاعتبرت النهاية في سببه احتيالا للدرء ونهاية السكران يغلب السرور على العقل فيسلب عنه التمييز بين شيء وشيء ولا يعقل منطقيا لا قليلا ولا كثيرا لأن ما دون ذلك لا يُعْرَى عن شبهة الصحو **(ولا يجد)** السكران **(حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعا)** لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد كذا في الهداية وهذا صريح منه أن البنج مباح وكذا فخر الإسلام والعلامة النسفي وكثير من العلماء رحمهم الله ذكروا

³²⁰ عبد الرزاق، المصنف، 7/ 370.

³²¹ النسائي، السنن الكبرى، 5/ 107.

³²² النسائي، السنن الكبرى 5/ 141؛ الطبراني، المعجم الكبير، 19/ 360.

البنج من أمثلة المباح وذكر قاضى خان رحمه الله في شرحه للجامع الصغير ناقلا عن أبي حنيفة رحمه الله أن الرجل إذا كان عالما بتأثير البنج في العقل فأكل وسكر يصح طلاقه وعتاقه وهذا يدل على أنه حرام والبنج تعريب بنك وهو نبت له حَبُّ يُسكر وفي الخلاصة وشرب البنج للتداوي لا بأس فإن ذهب عقله لم يجد وإن سكر منه لا يجد عندهما خلافا لمحمد رحمه الله **(ولا يجد حتى يزول عنه السكر)** تحصيلا لمقصود الانزجار **(ولا يجد من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها)** لأن الرائحة محتملة قال الشاعر "سفرجلة تحكى ثدي النواهد، لها عرف ذي فسق وصفرة زاهد، وكذا الشرب قد يقع عن إكراه واضطرار فالاحتمال ثابت والحدود لا تجب مع الاحتمال

كتاب الأشربة

وهي جمع شراب وهو ما يشرب من المائعات وسمي هذا الكتاب بها لما فيه من بيان أحكامها والأشربة منها حرام ومنها حلال المحرم منها أي من الأشربة أربعة الأول **(الخمر وهي النبيء من ماء العنب إذا غلا)** غليانا كاملا بأن صار أسفله أعلاه **(واشتد)** غليانه **(وقذف بالزبد)** أي رماءه وأزاله فانكشف عنه وسكن وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يشترط القذف بالزبد وهذا قول صاحب النظم "لا يجعل العصير خمرا فاعرف، وإن غلا واشتد مالم يقذف" لهما أنه يسمى خمرا بدون قذف الزبد ولأن المؤثر في فساد العقل وتغطيته هو الاشتداد وله أن الغليان بداية الشدة وكما لها بقذف الزبد وسكونه إذ به يتميز الصافي عن الكدر وأحكام الشرع قطعية فيناط بالنهاية كالحل وإكفار المستحل وحرمة البيع

اعلم أن حرمة الخمر ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب قوله تعالى ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ﴾³²³ إلى قوله ﴿فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾³²⁴ فلما نزلت هذه الآية قال عمر رضي الله عنه: "انتهينا يا رب"³²⁵ وعن علي رضي الله عنه: "لو وقعت قطرة من الخمر في البئر فبنيت مكانها منارة لم

³²³ سورة المائدة، 90.

³²⁴ سورة المائدة، 90.

³²⁵ أبو داود، "الأشربة" 1.

أُوذِّنَ عليها ولو وقعت في بحر ثم جفَّ ونبت فيه الكلاء لم أرَّعه" ³²⁶ قال الله تعالى أكَّدَ تحريم الخمر والميسر من وجوه حيث صدرَّ الجملة بإنها وقرنها بعبادة الأصنام ومنه الحديث "شارب الخمر كعابد الوثن" ³²⁷ وجعلها رجسا من عمل الشيطان ولا يأتي منه إلا الشر السحت وأمر بالاجتناب وجعل الاجتناب من الفلاح وإذا كان الاجتناب فلاحا كان الارتكاب خسارا وأما السنة فقوله عليه السلام: "حرمت الخمر لعينها" ³²⁸ وقد تواتر تحريمها عن النبي عليه السلام وأما إجماع الأمة على تحريمها فأظهر من الشمس وأبين من الخمس قال صاحب التبيين رحمه الله بلغني عن بعض اتباع الفلاسفة اليونانية انه قال للسلطان الأعظم باني السلطانية الخمر ليس بحرام ويجوز لك شربه لأن الله تعالى لم يصريح بحرمة وهذا منه كفر محض وقول ردُّ فلعة الله وملائكته ورسله والناس أجمعين على من تكلم بمثل هذه الكلمة اعتقادا وما تعلم هذه الكلمة إلا من جلب أنيسه أخيه الشيطان الرجيم لأن الشيطان أراد أن يكون هذا الشخص رجيا مثله قال إن من أحرق يوما كدسه يتمنى حرق أكداس الأمم ثم شرع في الثاني فقال

(والعصير إذا طبخ فذهب أقل من ثلثيه وهو الطلاء وإن ذهب نصفه فالمنصف وإن طبخ أدنى طبخه فالباذق والكل) أي الطلاء والمنصف والباذق (حرام إذا غلا واشتد وقذف بالزبد) أو إذا اشتد على الاختلاف لأنه رقيق لذيذ مسكر مطرب يجتمع الفساق على شربه كما يجتمعون على شرب الخمر فيحرم شربه دفعا لما يتعلق به من الفساد

والحاصل أن المطبوخ أدنى طبخة هو الباذق وهو معرَّب باده والذي ذهب بالطبخ نصفه هو المنصف والذي ذهب به أكثر من النصف ولكن لم يبلغ الثلاثين هو الطلاء وهذا هو المفهوم من لفظ الكتاب والمشهور أن الطلاء هو الباذق وفي الجامع الصغير الخاني الطلاء هو المثلث العنبي والذي ذهب به الثلثان هو المثلث وسيجيئ بحثه إن شاء الله تعالى **(والسكر)** بفتحتين وهو الثالث من الأشربة المحرمة

³²⁶ لم أجد في المصادر الصحيحة.

³²⁷ عبد الرزاق، المصنف، 9 / 237.

³²⁸ النسائي، السنن الكبرى، 5 / 107.

(وهي النبي من ماء الرطب إذا غلا كذلك) أي حرام لقوله عليه السلام: "الخمير من هاتين الشجرتين وأشار

الكرم والنخل"³²⁹ وعليه إجماع الصحابة رضي الله عنهم ثم شرع في الرابع من الأشربة المحرمة فقال

(ونقيع الزبيب) وهو النبي من ماء الزبيب إذا غلا واشتد **(كذلك)** حرام لما روينا وبيننا **(وحرمتها)** أي وحرمة

هذه الأشياء **(دون)** حرمة **(الخمير)** لأن حرمة الخمير قطعية على ما مر وحرمة هذه الأشياء اجتهادية **(فيجوز**

بيعها) أي بيع هذه الأشياء **(وتضمن)** هذه الأشياء **(بالإتلاف)** خلافا لهما فيها

وذلك قول صاحب النظم "وبيع غير الخمير مما يحرم، من الشراب جائز ومحكم" لهما أن هذه الأشياء حرام

فلا يجوز بيعها كالخمير وله أنها أموال متقومة وما دل الدليل على سقوط تقومها بخلاف الخمير ثم يجب

بالإتلاف عنده القيمة دون المثل لأنه ممنوع من الانتفاع بها للحرمة

(ولا يحد شاربها إلا بالسكر) بضم السين قال عليه السلام: "حرمت الخمير لعينها والسكر من كل شراب"³³⁰

خصّ السكر بالتحريم في غير الخمير **(ولا يكفر مستحلها)** لمكان الاجتهاد **(ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ)** كل

واحد منهما **(أدنى طبخة حلال وإن اشتد إذا شرب منه ما لم يسكر)** أي إذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا

يسكره **(من غير لهو)** ولا طرب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد والشافعي رحمهما الله

حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي وسيجيئ بعبء هذا إن شاء الله تعالى وقيد بقوله من غير لهو لأنه

لو شرب باللهو والطرب فهو حرام بالاتفاق وفي المعزب النبيذ التمر ينبذ في جرة الماء وغيرها أي يغلى وقد

يكون من الزبيب والعسل **(ونبيذ العسل والتين والحنطة والشعير والذرة حلال طبخ أو لا)** إذا لم يشرب للهو

والطرب لقوله عليه السلام: "الخمير من هاتين الشجرتين وأشار إلى الكرم والنخلة"³³¹ خص التحريم بهما

والمراد ببيان الحكم ولأن قليله لا يدعو إلى كثيره وعن محمد رحمه الله أنه حرام **(وفي حد السكران منه روايتان)**

الأصح أنه يحد لأنه في بعض البلاد يجتمع الفسقاء عليه اجتماعهم على الخمير بل فوق ذلك

(وعصير العنب إذا طبخ فذهب ثلثاه حلال وإن اشتد) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد

والشافعي والمالك رحمهم الله حرام وهذا الخلاف **(إذا قصد به التقوى وإذا قصد به التلهي فحرام)** بالاتفاق

³²⁹ عبد الرزاق، المصنف، 9/ 234.

³³⁰ النسائي، السنن الكبرى، 5/ 107.

³³¹ مسلم، "الأشربة" 13.

وعن محمد رحمه الله مثل قولهما وعنه التوقف فيه لهم في إثبات الحرمة قوله عليه السلام: "كل مسكر خمر"³³² وقوله عليه السلام: "ما أسكر كثيره فقليله حرام"³³³ ويروى عنه عليه السلام: "ما أسكر الجرة والجرعة منه حرام"³³⁴ ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلام: "حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب"³³⁵ خص السكر من غير الخمر في التحريم فمن عمم تحريم السكر وغيره فقد خالف النص ولأن السكر هو القدر الأخير وهو حرام عندنا وإنما يحرم القليل من الخمر لأنه يدعو لرقته ولطافته إلى الكثير فأعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غداء فبقي على الإباحة والحديث الأول طعن فيه يحيى بن معين ولأن عامة الصحابة رضي الله عنهم خالفوه فدل على عدم صحته أو هو محمول على الشرب للسكر وروي عن بعض أصحاب حنيفة رحمه الله لأن أقول مرارا هو حلال أحب إلى من أقول مرة وهو حرام ولأن آخر من السماء فأتقطع قطعاً أحب إلى من أن أتناول منه قطرة كذا في الكشف **(ولا بأس بالانتباز)** أي اتخاذ النبيذ **(في الدباء)** وهو القرع قال أبو عبيدة الدباء جمع دبائة وهو القرع **(والحتم)** وهي جرار خضر يؤتى به من نواحي اليمن والواحد حتممة **(والمزفت)** وهو الوعاء المطلي بالزفت وهو القير **(والنقير)** من نقر الخشبة إذا حفرها والنقير الخشبة إلا المنقورة لقوله عليه السلام: "كنت نهيتكم عن الانتباز في الدباء والحتم والمزفت والنقير إلا فانتبذوا فيها واشربوا فإن الظرف لا يحل شيئا ولا يجرمه ولا تشربوا المسكر"³³⁶

(وخل الخمر حلال سواء تخللت) بنفسها من غير إلقاء شيء **(أو خللت بإلقاء)** شيء في الخمر من الملح أو الخل أو غيره وقال الشافعي رحمه الله يكره تحليلها ولا يحل الخل الحاصل به إن كان التخليل بإلقاء شيء قولاً واحداً وإن كان بغير إلقاء شيء فيه فله في الحاصل به قولان له أن في التخليل اقتراباً من الخمر على وجه التحول والأمر بالاجتناب ينفيه ولنا قوله عليه السلام: "نعم الإدام الخل"³³⁷ مطلقاً وقوله عليه السلام:

³³² مسلم، "الأشربة" 73، 74.

³³³ ابن ماجه، "الأشربة" 10.

³³⁴ قال الزيلعي: هذه رواية غريبة ولكن معناها في حديث عائشة: ما أسكر الفرق فملاء الكف منه حرام. نصب الراية، 5/ 15.

³³⁵ النسائي، السنن الكبرى، 5/ 107.

³³⁶ النسائي، السنن الكبرى، 2/ 464.

³³⁷ مسلم، "الأشربة" 166.

خير خلکم خل خمرکم" ³³⁸ ولأن التخليل يزيل الوصف المفسد ويثبت وصف الصلاحية لأن فيه مصلحة قمع الصفراء والتغذي ومصالح كثيرة وإذا زال المفسد الموجب للحرمة حلت كما إذا تخللت بنفسها وإذا تخللت طهر الإناء أيضاً لأن جميع ما فيه من أجزاء الخمر تتخلل إلا ما كان منه خالياً عن الخل فقل يطهر تبعاً وقل يغسل بالخل ليطهر لأنه يتخلل من ساعته كذا في شرح المصنف رحمه الله

كتاب السرقة

وهي في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسار بغير إذن المالك سواء كان المأخوذ مالاً أو غير مال ومنه استراق السمع قال الله تعالى ﴿إِلا من استرق السمع﴾ ³³⁹ أي إلا من رام اختلاسَه سراً ومسروق الشياطين من الملائكة كلامٌ ومنه سرق الشاعر المعنى وسرق التلميذ الصنعة من الأستاذ وفي الشرع ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله **(وهي أخذ العاقل البالغ)** سواء كان مملوكاً أو حُرّاً مسلماً كان أو كافراً **(نصاباً مُحَرَّزاً)** اسم مفعول من أحرزه إذا جعله في الحرز وهو الموضع الحصين المعدّ لحرز الأمتعة أي لحفظها **(أو ما قيمته نصاب ملكا للغير لا شبهة له فيه على وجه الخفية)** الأصل فيه قوله تعالى ﴿السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ ³⁴⁰ وقرأ ابن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا أيماهما وقوله عليه السلام: "من سرق قطعناه" ³⁴¹ وُرُفِعَ إليه عليه السلام سارق فقطعه واجتمعت الأمة على وجوب القطع وإن اختلفوا في مقدار النصاب ولأن المال محبوبٌ عند الكلّ تميل إليه الطباع البشرية خصوصاً عند الضرورة والحاجة ومن الناس من يردّه عقل ولا يمنعه نقل لا تزجرهم الديانة ولا تردهم المروّة والأمانة فلو لا الزواجر الشرعية من القطع والصلب ونحوهما لبأذروا إلى أخذ الأموال مكابرة على وجه المجاهرة أو خفية على وجه الاستسار وفيه من الفساد ما لا يخفى فناسب شرع هذه الزواجر في حق المستسر والمكابر في سرقتي الصغرى والكبرى حسماً لباب الفساد وإصلاحاً لأحوال العباد ولابد من العقل والبلوغ لأن الله تعالى سمى القطع نكالاً وهي عقوبة فيستدعي كون السرقة خيانةً ولا خيانة بلا عقل وبلوغ وإنما كان الحرّ والعبد في القطع سواء لإطلاق النصوص وأما

³³⁸ البيهقي، السنن الكبرى، 8 / 372.

³³⁹ سورة الحجر، الآية: 18.

³⁴⁰ سورة المائدة، الآية: 38.

³⁴¹ أبو داود، "الحدود" 12.

اشتراط النصاب فلما روي أن اليد كانت لا تقطع على عهد رسول الله عليه السلام إلا في ثمن المجنّ وعن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه السلام في الشيء التافه³⁴² ولأنه لا بدّ من اعتبار مال له خطر لتحقيق الرغبة فيه فيجب الزجر عنه أما الحقيق فلا تتحقق الرغبة فيه فلا حاجة إلى الزجر عنه وأمّا اشتراط الحرز فلأنه عليه السلام لم يوجب القطع في حريسة الجبل أي ما يُجرس بالجبل لعدم الحرز وإنّما اشترط أن يكون ملكاً للغير لأنه لو لم يكن كذلك فلا يخلو إمّا أن يكون ملكاً للشارق أو لم يكن ملكاً لأحد ولا قطع فيها إجماعاً وإنّما قال لا شبهة له أي لا شبهة للشارق فيه لأن الحدود تندري بالشبهات على ما مرّ وإنّما قال على وجه الخفية لأن السرقة لا تكون على الجهر

(والنصاب دينار أو عشرة دراهم) وعند الشافعي رحمه الله ربع دينار وهو ثلاثة دراهم لأن القطع ما كان إلا في ثمن المجنّ على عهد رسول الله عليه السلام وأقلّ ما نُقل في تقديره ثلاثة دراهم والأخذ بالأقلّ وهو المتيقّن به أولى ولنا ما روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أن المجنّ الذي قطعت اليد فيه على عهد رسول الله عليه السلام كان يساوي عشرة دراهم³⁴³ فكان الأخذ بالأكثر في هذا الباب أولى احتيالاً لدرء الحدّ وهذا لأن في الأقلّ شبهة عدم الجنائية وهي دائرة للحدّ على أنه روي عنه عليه السلام: "لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم"³⁴⁴ وعن أبي العلاء المعري يد بخمس مئتين من عسجدٍ ضُمنّت، ما بالها قُطعت في ربع دينارٍ وأجابه الكردي رحمه الله بقوله هُنَاكَ مَظْلُومَةٌ غَالَتْ بِقِيمَتِهَا ، وَهَاهُنَا ظَلَمْتُ هَانَتْ عَلَى الْبَارِي وَقَيَّدَ الدَّرَاهِمُ بِقَوْلِهِ **(مضروبة من النقرة)** لأن اسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفاً فلو سرق عشرة تبراً لا يساوي عشرة مضروبة لا يجب القطع وروى الحسن رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله أنّ المضروبة وغيرها سواء والأوّل أصح وإنّما لم يقيّد بقوله جيّد لأنه لو سرق عشرة رديئة يُقطع في أصح الروايات

(والحرز) وهو ما يصير به المال محرّزاً عن أيدي اللصوص **(يكون بالحافظ)** فمن جلس في الصحراء أو في المسجد أو على الطريق وعنده متاعه فهو مُحَرَّز به سواء كان نائماً أو مستيقظاً أمّا إذا كان مستيقظاً فظاهر وأمّا

³⁴² أبو عوانة، المسند، 4/ 114 .

³⁴³ ابن ماجه، "الحدود" 12 .

³⁴⁴ الهيثمي، مجمع الزوائد، 6/ 422 .

إذا كان نائماً فلما روي أنه عليه السلام: "قطع سارق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد"³⁴⁵ ولا فرق بين أن يكون المتاع تحته أو عنده لأنه يعدّ له في ذلك كلّ عرفاً **(وبالمكان)** أي والحِرْز يكون بالمكان وهو ما كان أُعدّ لحفظ الأمتعة **(كالدور والبيوت والخوانيت)** والصناديق **(ولا يعتبر فيه الحافظ)** أي ولا يعتبر في المحرز بالمكان الإحراز بالحافظ لأنه بدونه محرز وهو المكان الذي أُعدّ للحفظ إلا أن القطع لا يجب بالأخذ من الحِرْز بالمكان إلا بالإخراج منه لأنّ يد المالك قائمة مالم يخرج به والمحرز بالحافظ يجب القطع كما أخذه لأن يد المالك زالت بمجرد الأخذ فتمت السرقة **(وإذا سرق من الحمام ليلاً قطع وبالنهار لا يقطع وإن كان صاحبه عنده)** لأنه مأذون له بالدخول فيه نهاراً فاختر الحِرْز ويقطع ليلاً لأنه مَبْنِي للحِرْز وما اعتاده الناس بدخول الحمام بعض الليل فهو كالنهار لوجود الإذن **(وكذلك كلّ حِرْز أذن بالدخول فيه)** كالخانات وخوانيت التجار **(والمسجد والصحراء)** متاعاً وصاحبه عنده قطع لأنه محرز بالحافظ لأن المسجد لا يُبنى لإحراز الأموال فلم يكن المأل محرزاً بالمكان فكان محرزاً بالحافظ فقط **(والجوالق والفُسطاط كالبيت)** فلو سرق من الجوالق والفُسطاط قطع كما لو سرق من البيت لأن المعتبر الحِرْز المعتاد والمعتاد إحراز المتاع بالجوالق والفُسطاط **(فإن سرق الفُسطاط والجوالق لا يقطع)** لأنهما ليسا في حِرْز وإن كان حِرْزاً لما فيهما إلا أن يكون لهما حافظاً فيقطع لوجود الحِرْز **(والحِرْز بالحافظ يقطع بنفس الأخذ وإن كان)** الحافظ **(نائماً)** عليه أو عنده **(والحِرْز بالمكان لا يقطع مالم يخرج به)** والوجه قد مرّ آنفاً **(وتثبت السرقة بما يثبت به القذف)** يعني بإقرار السارق مرّة واحدة وبشهادة رجلين وقال أبو يوسف رحمه الله لا بدّ من إقراره مرّتين وهو قول صاحب النظم لا يقطع السارق بالإقرار إلا إذا ثناه بالترّك له أن الإفراء إحدى الحجّتين فيعتبر بالأخرى وهي البيّنة ولهما أن السرقة تثبت بالإقرار مرّة واحدة فلا حاجة إلى الأخرى كالقصاص والتّشنية في الشهادة منصوص عليه ولأنه يفيد بقليل تهمة الكذب ولا كذلك الإفراء لأنه لا تهمة فيه **(ويسأل)** الإمام **(الشهود عن كيفيتها)** أي عن كيفية السرقة بأن يقول كيف سرقت لجواز أنه نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع وفي هذا الوجه لا يقطع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله

³⁴⁵ أبو داود، "الحدود" 15؛ ابن ماجه، "الحدود" 28.

(وزمانها) أي فيما إذا ثبتت السرقة بالبيّنة يسألها الإمام متى سرق لجواز أنّه تقادم العهد وأنه مانع للقطع إذا ثبت السرقة بالبيّنة وأما إذا ظهرت بالإقرار فلا يحتاج الإمام إلى السؤال عن الزمان لأن تقادم الزمان لا يمنع صحة الإفراز كذا في شرح الهداية **(ومكانها)** لجواز أنه سرق من غير الحرز أو في دار الحرب لأنه لا يقام القطع على من باشر السبب في دار الحرب **(وماهيتها)** لأن السرقة تطلق على أشياء فإن من يستمع إلى كلام الغير سراً يُسمّى سارقاً قال الله تعالى ﴿إِلَّا مَنْ اسْتَرْقَ السَّمْعَ﴾³⁴⁶ ومن لا يعتدل في الرّكوع والسجود يُسمّى سارقاً قال عليه السلام: "إن أسوء الناس سرقة من سرق من صلاته"³⁴⁷

(ولابدّ من حضور المسروق منه عند الإقرار) لأن الإقرار يرتدّ برّد المقرّ له فلا يقطع مالم يصدقه المسروق منه **(والشهادة)** لأن الحماية على مال الغير لا تظهر إلا بخصومته فخصومة المسروق منه شرط لظهور السرقة ولا خصومة بدون الحضور **(والقطع)** لأن هبة المسروق للسارق بعد القضاء قبل القطع يوجب سقوط الحدّ كالهبة قبل القضاء لأن الإمضاء من القضاء في باب الحدود فلا بدّ من حضوره عنده لئلا يلزم استيفاء القطع فيما لا قطع **(وإذا دخل جماعة الحرز وتولّى بعضهم الأخذ قُطعوا إن أصاب كلّ واحد منهم نصاب)** وقال زفر رحمه الله يقطع الحامل وحده لأن الإخراج منه فتمت السرقة به ولنا أن الإخراج من الكلّ معنّى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقيون للدفع فلو امتنع القطع أذى إلى سدّ باب الحدّ وإنّما وضع المسئلة في دخولهم لأنهم إذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة ولكن دخل واحد منهم البيت وأخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل وأخرج المتاع وإنّما وُضع في تولّي البعض لأن تولّي الكلّ يقطعون بالاتفاق وإنّما قال إن أصاب كلّ واحد منهم نصاب لأنه إن كان أقلّ من نصاب لم يقطع لأن القطع يجب على كلّ واحد بجنايته فيعتبر كمالها في حقه

(وإن نقب البيت فأدخل يده فيه وأخرج المتاع أو دخل البيت وناول المتاع آخر من خارج البيت لم يقطع) في صورتين أمّا في الأولى فلاّنه لم يوجد اهتك على وجه الكمال وهو الدخول فصار فيه شبهة العدم فلا يجب الحدّ وأمّا في الثانية فلاّنه الداخل لم يُخرج المتاع لاعتراض يد معتبرة عليه قبل إخراجهِ والخارج لم يوجد منه

³⁴⁶ سورة الحجر، الآية: 18.

³⁴⁷ ابن حبان، الصحيح، 5/ 209.

هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد منهما قوله فأدخل يده وأخرج المتاع إشارة إلى أنه لو دخل هو بنفسه وأخرج المتاع يجب القطع عليه **(وإن ألقاه في الطريق ثم أخذه قطع)** وقال زفر رحمه الله لا يقطع وذلك قول صاحب النظم ولو رمى الداخل ثوباً وأخذه بعد الخروج لم يجب قطع وجذ له أن الإلقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ وبالأخذ من الطريق لا يقطع كما لو أخذه غيره ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السارق لتعدّر الخروج مع المتاع أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلاً واحداً وإذا خرج ولم يأخذ فهو مُضَيِّع لا سارق **(أو حمل على حمارٍ وساقه قطع)** لأن سيره مضاف إليه لسوقه **(وإن أدخل يده في صندوق الصير في)** الصندوق بضم الصاد كذا كان سماعنا **(أو في كُم غيره وأخذ قطع)** لأنه حرز أما الصندوق فحرز بنفسه على ما بينا وأما الكُم فحرز بالحافظ فيقطع

فصل

(ولا قطع فيما يُوجد تافهاً) التافه الحقيق السيئر

(مباحاً في دار الإسلام كالحطب والسمك والصيد) والزرنيج والمغرة والنورة ونحوها لحديث عائشة رضي الله عنها أن اليد كانت لا تقطع على عهد رسول الله عليه السلام في الشيء التافه³⁴⁸ وما هو مباح بصورته حقيق لقلّة الرغبات فيه والطباع لا تَصْنُ به فقلماً يوجد أخذه على كُرهِ من المالك فلا حاجة إلى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع بسرقة ما دون النصاب ويدخل في السمك المالح والطيْر وفي الطير الدجاج والبطّ والحمام لإطلاق قوله عليه السلام: "لا قطع في الطير"³⁴⁹ فإن قلت كون الشيء تافهاً ومباحاً في دارنا معا شرط أم أحدهما كافٍ قلت أحدهما كافٍ فإن الصيد والسمك ليسا بتافهين لكنهما مباحان في الأصل ولا يجب القطع بسرقتهم **(ولا ما يتسارع)** أي ولا يقطع فيما يتسارع **(إليه الفساد كالفاكهة والرطوبة واللحم واللبن)** لقوله عليه السلام: "لا قطع في ثمر"³⁵⁰ المراد به الثمار الرطبة إجماعاً لأنه يتسارع إليها الفساد وقال عليه السلام: "لا قطع في الطعام"³⁵¹ المراد ما يتسارع إليه الفساد لأنه يقطع في الحبوب كالحنطة والشعير قالوا هذا إذا سرق في

³⁴⁸ أبو عوانة، المسند، 4/ 114.

³⁴⁹ عبد الرزاق، المصنف، 10/ 220.

³⁵⁰ أبو داود، "الحدود" 13.

³⁵¹ عبد الرزاق، المصنف، بلفظ: أخبرنا عبد الرزاق عن الثوري عن رجل عن الحسن قال: أتى النبي عليه السلام بسارق سرق طعاماً فلم

يقطعه. 10/ 222.

أيام الخصب أمّا في أيام المجاعة والقحط قال مشايخنا رحمهم الله لا يجب القطع بسرقة الطعام مطلقاً سواء هُيَّءَ للأكل كالخبز واللحم أو لم يهيئ كالحنطة والشعير لأنه يُرَخَّصُ له تناول مال الغير بالقيمة عند المخمصة

(ولا ما يتأوّل) أي ولا يقطع فيما يتأوّل **(فيه الإنكار كالأشربة المطربة)** أي المسكرة من الطرب وهو النشاط

(وآلات اللهو) كالطنبور والبربط والمزمار لأن السارق يصدق دعواه في تأويله الإنكار لأنه ظاهر حال المسلم

بل يجب عليه ذلك لأنه نهى عن المنكر **(ولا)** يقطع **(في سرقة المصحف المحلّي)** وقال الشافعي رحمه الله يقطع

لأنه مال مُتَقَوِّم حتى يجوز بيعه وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله وعنه أيضاً أنه يقطع إذا بلغت الحلية نصاباً

لأنها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها وجه الظاهر أن الأخذ يتأوّل في أخذه القراءة والنظر فيه ولأن

الإحراز لأجل المكتوب ولا مالية له وما وراءه تبع كالجلد والورق والحلية ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية

فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب فإن قلت يجب القطع في الأوراق قبل الكتابة فبعدها أولى لأنها زادت

قلت الفرق بين الحالين ظاهر لأن الأوراق هي المقصودة قبل الكتابة وبعدها صارت تابعة لما فيها وما فيها

ليس بهال كالقلادة تجب فيها القطع فإذا سرق كلباً عليه القلادة لا يقطع لأنها صارت تبعاً للكلب

(والصبي الحرّ المحلّي) لأن الحرّ ليس بهال وما عليه من الحُلّي تبع له وقال أبو يوسف رحمه الله يقطع إذا كان

عليه حُلّي هو نصاب لأنه يجب القطع بسرقة وحده فكذا مع غيره والجواب ما مرّ

(والعبد الكبير) أي ولا يقطع في سرقة العبد الكبير لأنه خداع أو غصب وليس بسرقة وقيد العبد الكبير لأن

في سرقة العبد الصغير يقطع لتحقيق السرقة بحدها وهذا عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقطع وإن كان

صغيراً لا يعقل ولا يتكلّم استحساناً لأنه آدمي من وجه مال من وجه ولهما أنه مال مطلق لكونه منتفعاً به في

الحال إن كان يتكلّم ويمشي أو بعرض أن يصير منتفعاً به بأن كان لا يتكلّم ولا يمشي في الحال إلا أنه انضمّ

إليه معنى الآدميّة **(والزراع قبل حصاده)** أي ولا يقطع في سرقة الزرع قبل حصاده لعدم الحرز

(والثمر على الشجر) لإطلاق الحديث المتقدّم ولعدم الحرز أيضاً وكُتب العلم لأن المقصود ما فيها وذلك

ليس بهال واختلفوا في كتب الأدب فقليل وقيل ولو سرق الجلد والكواغد قبل الكتابة قطع

(ويقطع في الساج) وهو شجر يُعظّم جداً قالوا لا ينبت إلا ببلاد الهند **(والأبنوس)** بالمدّ وفتح الباء

(والصنّدل) والدارجين **(والقنّاء)** بالقصر خشبة يتخذ منها الرماح جمع قناة

(والعود والياقوت والزبرجد والفصوص) لأنها من أعزّ الأموال وأنفسها مرغوبٌ فيها ولا تُوجد مباحة في دار الإسلام بصورها فصارت كالذهب والفضة (وفي الأواني) أي ويقطع في الأواني (المتخذة من الخشب) لأنها بالصنعة التحقت بالأموال النفيسة ألا ترى أنها تحرز (ولا قطع على خائن) نحو أن يخون المودع ما في يده من الشيء المأمون (ولا نباش) من النبش وهو استخراج الشيء المدفون من باب طلب ومنه النباش وهو الذي ينبش القبور ولا على (مُنتهبٍ ولا على مُختلسٍ) الانتهاب أن يأخذ على وجه العلانية قهراً من ظاهر البلد أو القرية والاختلاس أن يأخذ من اليد بسرعة جهراً قال عليه السلام: "لا قطع على خائن ولا مختلس ولا منتهب"³⁵² ولأن الحرز قاصر في حق الخائن لأن المال غير محرز عنه والمنتهب والمختلس مجاهر فلا يكون سارقاً وأمّا النباش فيقطع عند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله لقوله عليه السلام: "من نبش قطعناه"³⁵³ ولأنه سرق مالاً متقوماً من حرز مثله فيقطع ولنا ما روى الزهري أن نباشاً أخذ في زمان مروان بالمدينة والصحابة متوافرون يومئذ فاجمعوا أن لا قطع عليه ولأن اسم السارق لا يتناول له ألا ترى أن العرب أفردوا له اسماً والقطع وجب على السارق نصّاً فلو أوجبناه عليه كان إلحاقاً له به فيكون إيجاب الحدود بالقياس فلا يجوز وما روياه محمول على السياسة (ولا قطع على من سرق من ذي رحم محرم) أمّا في قرابة الولاد فللبسطة في المال وفي الدخول في الحرز أمّا في القرابة المحرمية فللمعنى الثاني أعني الدخول في الحرز وفي الثاني خلاف الشافعي رحمه الله فإنه ألحقها بالقرابة البعيدة والكلام فيه كالكلام في النفقة والعِتاق وقد بيّناه في بابها بعون الصمد الخلاق (أو من سيّده أو من امرأة سيّده أو زوج سيّده أو زوجته) لوجود الأخذ بالدخول عادةً فاختلل الحرز (أو مكاتبه) لأن له في إكسابه حقاً (أو من بيت المال) لأنه مال العامة وهو منهم (أو من الغنيمة) لأن له فيه نصيباً وهو مروئي عن علي رضي الله عنه (أو) سرق (من مال له) أي (للسارق فيه) أي في هذا المال (شركة) لما بيّنا

³⁵² ابن ماجه، "الحدود" 26.

³⁵³ البيهقي، معرفة السنن والآثار "6/ 409.

فصل في كيفية القطع

(ويقطع يمين السارق من الزند) أي الرسغ (ويحسم) الحسم بالحاء والسين المهملتين الكي وذلك بأن يدخل في الذهن الحارّ بعد القطع أمّا القطع فلقوله تعالى: "السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما"³⁵⁴ وأمّا اليمين فلقراءة ابن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا أيانها وأمّا من الزند فلأنه عليه السلام أمر بقطع السارق³⁵⁵ من الزند وأمّا الحسم فلقوله عليه السلام: "فاقطعوه واحسموه"³⁵⁶ ولأنه إذا لم يحسم يفضي إلى التلف لأن الدم لا ينقطع إلا به والحدّ زاجر لا مثلف ولهذا لا يقطع في الحرّ الشديد والبرد الشديد (فإن عاد) فسرق ثانياً

(قطعت رجله اليسرى فإن عاد لم يقطع) ولكن (يحبس حتى يتوب) أي يظهر عليه سياء الصالحين والتائبين وقال الشافعي رحمه الله في الثالثة تقطع يده اليسرى وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام: "من سرق فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه"³⁵⁷ ويروى مفسراً كما هو مذهبه ولأن الثالثة مثل الأولى في كونها جناية بل فوقها لتقدم الزاجر فيكون أدعى إلى شرع الحدّ ولنا قول علي رضي الله عنه: "إني لأستحيي من الله تعالى أن لا أدع له يداً يأكل بها ويستنجي بها ورجلاً يمشي عليها"³⁵⁸ وهذا حاجّ بقیة الصحابة رضي الله عنهم فحجّهم فانعقد إجماعاً ولأنه إهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحدّ زاجر لا مثلف وما روي من الحديث طعن فيه الطحاوي رحمه الله فقال تتبّعنا هذه الآثار فلم نجد شيئاً منها أصلاً أشار بها إلى ما رواه الشافعي رحمه الله من الأحاديث في تصحيح دعواه أو نحمله على السياسة بدليل أنه قال في المرة الخامسة فإن عاد فاقتلوه (فإن كان) السارق (أقطع اليد اليسرى أو أشلّها أو إبهامها) أي أو أقطع إبهام اليسرى أو أشلّها (أو إصبعين) أي أو أقطع إصبعين من اليد اليسرى (سواها) أي سوى الإبهام وفي رواية ثلاث أصابع (أو أقطع) أي أو كان السارق أقطع (الرجل اليمنى) أو أشلّها أو بها عرج يمنع المشي عليها

³⁵⁴ سورة المائدة، الآية: 38.

³⁵⁵ البيهقي، معرفة السنن والآثار " 6 / 413.

³⁵⁶ الدارقطني، السنن، 3 / 28.

³⁵⁷ الدارقطني، السنن، 3 / 102.

³⁵⁸ عبد الرزاق، المصنف، 10 / 186.

(لم تقطع) يده اليمنى ولا رجله اليسرى ومحصل الكلام أنه متى كان السارق بحال لو قطعت يده اليمنى لا ينتفع بيده اليسرى أو لا ينتفع برجله اليمنى لآفة كانت قبل القطع لا يقطع لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشاً أو مشياً وقوام أمر اليد بالإبهام فعدمها أو شللها كشلل جميع البدن ولو كانت إصبع واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء قطع لأن فوات الواحدة لا يوجب نقصاً ظاهراً في البطش بخلاف الإصبعين لأنها كالإبهام في البطش ولو كانت اليمنى شلاء أو ناقصة الأصابع تقطع في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله لا تقطع **(وإن اشترى)** السارق **(المسروق)** بعد ما قضى عليه بالقطع **(أو وهب له)** أي وهب المسروق للسارق بعد ما قضى عليه بالقطع ومعناه إذا سلم المسروق إليه لأن الهبة إذا لم تتصل بالقبض لا يثبت الملك

(أو ادّعه) أي ادّعى السارق أن المسروق ملكه **(لم تقطع)** يد السارق في الصور كلّها عندنا وقال زفر والشافعي رحمهما الله في الصورتين الأوليين تقطع وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله وهذا قول صاحب النظم في مقالة الشافعي رحمه الله والملك بعد الحكم بالقطع إذا صار له لم يسقط القطع يدا لهم أن السرقة قد تمت انعقاداً وظهوراً وبالشراء والهبة لا يتبين قيام الملك وقت السرقة فلم تثبت الشبهة ولنا أن الإمضاء من القضاء في باب الحدود فيشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء فصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء أمّا المسئلة الثالثة وهي ما إذا ادّعى السارق أن العين المسروقة ملكه فيسقط القطع عنه وإن لم يقر بينة عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يسقط بمجرد الدعوى لأنه لا يعجز عنه سارق فيؤدي إلى سد باب الحد ولنا أن الشبهة دائمة وأنها تتحقق بمجرد الدعوى لاحتمال صدقه ولا معتبر لما قاله بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار

(وإذا قطع والعين في يده) أي وإذا قطعت يد السارق والعين المسروق قائمة في يد السارق **(ردّها)** إلى المسروق منه لبقائها على ملكه قال عليه السلام: "من وجد عين ماله فهو أحقّ به"³⁵⁹ والنبى عليه السلام قطع سارق رداء صفوان وردّ الرداء على صفوان³⁶⁰ **(وإن كانت)** العين هالكة **(لم يضمنها)** وقال الشافعي رحمه الله يضمن لأن القطع والضمان حقان قد اختلف سبباًهما فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاز عما نُهي عنه والضمان حق العبد وسببه أخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم أو شرب خمر مملوكة

³⁵⁹ مسلم، "المساقاة" 22.

³⁶⁰ أبو داود، "الحدود" 15؛ ابن ماجه، "الحدود" 28.

للذمي ولنا قوله عليه السلام: "لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه"³⁶¹ ولأن وجوب الضمان ينافي القطع لأنه يتملكه بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الأخذ فتبين أنه ورد على ملكه فينتفي القطع وما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتفي **(ومن قطع في سرقة ثم سرقها وهي بحالها لم يقطع)** وهو رواية الحسن رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام فإن عاد فاقطعوه من غير فصل ولأن الثانية متكاملة كالأولى بل أقبح لتقدم الزاجر وجه الاستحسان أنها صارت غير متقومة في حقه ألا يرى أنه لو استهلكها لا ضمان عليه وما ليس بمتقومة في حقه لا قطع عليه في سرقة وبالرد إلى المالك وإن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط فيه نظراً إلى اتحاد الملك والمحل **(وإن تغير حالها كنسيج الغزل)** أي مثل أن يكون غزلاً فسرقة فقطع فردّه ثم نسج فعاد فسرقة **(قطع)** لأن العين قد تبدل اسماً وصورة ومعنى ولهذا يملكه الغاصب وإذا تبدلت العين انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فيقطع ثانياً

(فصل) في قطع الطريق

(وإذا خرج جماعة) أطلق اسم الجماعة ليتناول المسلم والكافر والحر والعبد **(لقطع الطريق أو) خرج (واحد)** قوي شجاع وقصد قطع الطريق **(فأخذوا وأقبل ذلك)** أي قبل قطع الطريق **(حبسهم الإمام حتى يتوبوا وإن أخذوا مال مسلم أو ذمي وأصاب كلاً منهم نصاب السرقة)** إذا قُسم بينهم بأن أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعداً أو ما يبلغ قيمة ذلك **(قطع)** الإمام **(أيديهم وأرجلهم من خلاف وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم حداً ولا يلتفت إلى عفو الأولياء)** لأنه حق الشرع ولا يصح العفو عن حقوق الله تعالى

(وإن قتلوا وأخذوا المال قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم أو قتلهم) من غير صلب **(أو صلبهم)** من غير قطع الأصل فيه قوله تعالى ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾³⁶² الآية معنى الآية إنما جزاء الذين يحاربون أولياء الله وأولياء رسوله بطريق حذف المضاف لاستحالة محاربة الله تعالى ولأن المسافر في البراري في أمان الله وحفظه متوكلاً عليه فالتعرض له كأنه يجارب الله تعالى وقوله ﴿فساداً﴾ أي مفسدين

³⁶¹ الدارقطني، السنن، 3/ 104.

³⁶² سورة المائدة، الآية: 33.

ويجوز أن يكون مفعولاً له أي للفساد وقوله ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ﴾ مبتدأ وخبره قوله ﴿أَنْ يُقْتَلُوا﴾ وما عطف عليه وأفاد التشديد الواحد بعد الواحد ومعناه أن يقتلوا من غير صلبٍ إن أفردوا القتل وقوله ﴿أَوْ يُصَلَّبُوا﴾ يعني مع القتل أن جمعوا بين القتل وأخذ المال وقوله ﴿تَقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ﴾ يعني إن أخذوا المال وقوله ﴿مِنْ خِلَافٍ﴾ حال من الأيدي والأرجل أي مختلفة وقوله ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ يعني بالحبس إذا لم يزدوا على الإخافة فالمراد من الآية والله تعالى أعلم التوزيع على الأحوال الأربعة روي ذلك عن عليّ وابن عباس والنخعي وابن جبير رضي الله عنهم ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال فالأليق تغلظ الحكم بتغلظها فالحالة الأولى ما إذا أخافوا السبيل ولم يقتلوا ولم يأخذوا مالاً حبسوا وهو المراد من النفي من الأرض فالمحبوس في سجنٍ منفي عن وجه الأرض قال الشاعر "خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها فلسنا من الأحياء فيها ولا الموتى إذا جاءنا السَّجَانُ يوماً حاجة عجننا وقلنا جاء هذا من الدنيا" والحالة الثانية ما إذا أخذوا مالاً على الوصف المذكور قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف يعني اليد اليمنى والرجل اليسرى لثلاثي يؤدّي إلى تفويت جنس المنفعة وشرط أن يكون المأخوذ مال مسلم أو ذمي لتكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قُطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كلّ واحد منهم كيلاً يُستباح طرفه إلا بتناوله مالاً له حظر والحالة الثالثة ما إذا قتلوا ولم يأخذوا مالاً قتلهم الإمام حداً أي سياسةً حتى لو عفا الولي لا يلتفت إلى عفوهِ والحالة الرابعة ما إذا قتلوا وأخذوا المال فالإمام فيهم بالخيار على الوجه الذي بيناه وقال محمد رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله يُقتل أو يُصلَّب ولا يقطع وذلك قول صاحب النظم رحمه الله في الباب الأوّل وقاطع الطريق إن كان قتل وأخذ الأموال منهم وحمل فإنه يُقتل بعد القطع ويوجبان القتل دون الجمع والحجج حقها الكتب المبسوطة ثم اختلفوا في صلبه قال الطحاوي رحمه الله يُقتل ثم يُصلَّب توقياً عن المثلّة وقال الكرخي رحمه الله

(يُصَلَّبُ حَيًّا وَيُطَعَنُ تَحْتَ ثَنَدَوْتِهِ بِالرَّمْحِ) الشدوة بفتح الأوّل والواو أو الضمّ والهمزة مكان الواو والبدال في الحالتين مضمومة ثدي الرجل أو لحم الثدي كذا في المغرب **(حتى يموت)** لأن الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع وهو المقصود **(ولا يُصلَّبُ أكثر من ثلاثة أيام)** لأنه يتغيّر بعدها فيتأذى الناس به وعن أبي

يوسف رحمه الله يترك على الخشبة حتى ينقطع فيسقط ليعتبر به غيره **(وان باشر القتل واحد منهم)** أي من

(أُجْرِيَ الحَدُّ عَلَى الكُلِّ) لأنه جزاء المحاربة وهي تتحقق بأن يكون البعض ردءاً للبعض حتى إذا زُلَّتْ

أقدامهم أنجازوا إليهم وإنما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق **(وإن كان فيهم)** أي في القطاع

(صبيٌّ أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقتول عليه صار القتل للأولياء) يعني سقط الحد وصار القتل للأولياء

فلو عفا الوليُّ أو صالح سقط القصاص وهذا لأن الجناية واحدة قامت بالكلِّ فإذا لم يمكن فعل بعضهم

موجباً صار فعل الباقي بعض العلة فلا يترتب عليه الحكم أما الصبي والمجنون فلما مرَّ في السرقة وأما ذو

الرحم المحرم فلأن القافلة كالحرز فقد حصل الخلل في الحرز في حقهم فسقط الحد فيصير القتل إلى الأولياء

ولهذا لو قطع بعض القافلة على البعض لا يجب الحد لأن الحرز واحد فصارت كدارٍ واحدةٍ كذا ذكره المصنّف

رحمه الله في شرحه

كتاب السير

السير جمع سيرة وهي الطريقة خيراً كانت أو شراً ومنه سيرة العمرين أي طريقتيها ويقال فلان محمود السيرة

وفلان مذموم السيرة بمعنى الطريقة ثم غلبت في لسان الشرع على أمور المغازي وهذا خروج من العموم إلى

الخصوص لأن السيرة مطلق الهيئة ثم صار المراد الهيئة المخصوصة كما أن مالاً في اللغة أعانه في إخراج الماء

عن البئر ثم صار عبارة عن كل معاونة فيكون خروجاً من الخصوص العموم وإنما سمي بها هذا الكتاب لأنه

يُبين فيه سير المسلمين في المعاملة مع الكافرين من أهل الحرب ومع أهل العهد منهم من أهل الذمة والمستأمنين

ومع المرتدين الذين هم اخبث الكفار بالإنكار بعد الإقرار ومع أهل البغي الذين حالهم دون حال المشركين

وإن كانوا جاهلين وسمي كتاب الجهاد لما فيه من المجاهدة مع المخالفين لإعزاز الدين وهدم قواعد المشركين

(الجهاد) وهو بذل الطاقة وتحمل المشقة في سبيل الله مصدر جاهدت العدو مجاهدة وجهاداً إذا حاربت وقاتلته

(فرض عين عند النفير العام كفاية) أي الجهاد فرض كفاية

(عند عدمه) أي عند عدم النفير العام أما فرضية الجهاد فلقوله تعالى ﴿فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾³⁶³ و﴿وقاتلوا المشركين كافة﴾³⁶⁴ و﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله﴾³⁶⁵ ولقوله عليه السلام: "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله"³⁶⁶ وقوله عليه السلام: "الجهاد ماضٍ إلى يوم القيامة"³⁶⁷ أراد به فرضاً باقياً وأما كونه فرض عين إذا كان النفير عاماً فلقوله تعالى ﴿انفروا خفافاً وثقالاً﴾³⁶⁸ أي اخرجوا خفافاً في النفور لنشاطكم به وثقالاً عنه لمشقة عليكم وقيل خفاف لقلّة عيالكم وثقالاً لكثرتها وقيل خفافاً من السلاح وثقالاً منه وقيل ركباناً ومشاة وقيل شباناً وشيوخاً وقيل مهازيل وسماناً وقيل صحاحاً ومراضاً ولأن المقصود إعزاز الدين ونصر شرع سيد المرسلين لا يحصل إلا بإقامة الكل فيفرض على الكل كالصلاة والصوم وأما كونه فرض كفاية عند عدم النفير العام فلأنه ما فرض الجهاد لعينه إذ هو فساد في نفسه لأنه تخريب بلاد الله وتعذيب عباد الله وإنما فرض لإعزاز دين الله ودفع الشر عن عباد الله فإذا حصل المقصود وهو إعلاء حكمة الله وقهر أعداء الله بالبعض وسقط عن الباقي كصلاة الجنّاة ورد السلام وإذا لم يقم به أحد أئمة جميع الناس بتركه لأن الوجوب على الكل **(وقتل الكفار واجب)** للعمومات التي تلونا **(على كل رجل عاقل صحيح حر قادر)** فالرجل اسم ذكر بالغ من بني آدم فاحترز بالرجل عن المرأة وعن الصبي فلا يجب عليهما لتقدم حق الزوج ولسقوط التكليف عنه واحترز بقوله عاقل عن المجنون فإنه لا يجب عليه لما مر واحترز بقوله صحيح عن المريض فلا يجب عليه لعجزه واحترز بقوله حر عن العبد فلا يجب عليه لتقدم حق المولى واحترز بقوله قادر عن الأعمى والمقعّد والأقطع لعجزهم وفيه نزل قوله تعالى ﴿ليس على الأعمى حرج﴾³⁶⁹ الآية

³⁶³ سورة التوبة، الآية: 5.

³⁶⁴ سورة التوبة، الآية: 36.

³⁶⁵ سورة التوبة الآية: 29.

³⁶⁶ البخاري، "استتابة المرتدين" 3.

³⁶⁷ أبو داود، "الجهاد" 33.

³⁶⁸ سورة التوبة، الآية: 41.

³⁶⁹ سورة النور، الآية: 61.

(وإذا هجم العدو) أي أتى بغتة (وجب) الجهاد (على جميع الناس تخرج المرأة والعبد بغير إذن الزوج والسيد)

لأنه صار فرض عين وحق الزوج والسيد لا يظهر في حق فروض الأعيان كالصوم والصلاة بخلاف ما قبل النفي لأن بغيرهما مقنعا فلا ضرورة إلى إبطال حق الزوج والسيد

(ولا بأس بالجعل) الجعل ما يجعل للعامل على عمله ثم سمي به ما يعطى المجاهد ليتعين به على جهاده

(وإذا كان بالمسلمين حاجة) لأن فيه دفع الضرر الأعلى بإلحاق الأدنى والحاجة ألا يكون في بيت المال شيء

من المال فإن كان فيه المال يكره الجعل لأنه يشبه الأجر ولا ضرورة إليه لأن مال بيت المال يُعدُّ لنوائب المسلمين **(وإذا حاصر المسلمون أهل الحرب) أي وإذا دخل المسلمون دار الحرب وجعلوا الكفار في حصار**

(دعوههم إلى الإسلام) لما روي أن النبي عليه السلام ما قاتل قوما حتى دعاهم إلى الإسلام³⁷⁰ ولأنهم ربما

أسلموا فيحصل المقصود بأهون الشرين (فإن أسلموا كفوا عن قتالهم) لقوله عليه السلام: "أمرت أن أقاتل

الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله"³⁷¹ ولأن المقصود إسلامهم وقد حصل **(وإلا) أي وإن لم يسلموا**

(دعوههم إلى أداء الجزية) به أمر رسول الله عليه السلام أمراء الجيوش ولأنه أخذ ما ينتهي به القتال على ما

نطلق به النص (إن كانوا من أهلها) أي من أهل الدعوة إلى قبول الجزية مثل أهل الكتاب والمجوس وعبدة

الأوثان من العجم وأما المرتدون وعبدة الأوثان من العرب فلا فائدة في دعائهم إلى قبول الجزية لأنه لا يقبل

منهم الجزية فيقاتلون إلى أن يسلموا قال الله تعالى ﴿تقاتلونهم أو يسلمون﴾³⁷² **(وبينوا لهم كميتها) أي كمية**

الجزية (ومتى تجب) على ما يعرف في بابه قطعاً للمنازعة وربما لا يقبلونها لجهلهم كميتها وزمان وجوبها فإذا

علموا قبلوا (فإن قبلوها فلهم ما لنا) من عصمة دمائهم وأموالهم (وعليهم ما علينا) أي ويلزم عليهم ما يلزم

علينا لقول علي رضي الله عنه: "إنما بذلوا الجزية ليكون دمائهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا"³⁷³ والمراد بالبذل

القبول بطريق إطلاق اسم المسبب على السبب إذ القبول سبب البذل لأنه يفضي إليه وكذا المراد بالإعطاء

³⁷⁰ عبد الرزاق، المصنف، 5/ 218.

³⁷¹ البخاري، "استتابة المرتدين" 3.

³⁷² سورة الفتح، الآية: 16.

³⁷³ الدارقطني، السنن، 3/ 68.

المذكور في الجزية في قوله تعالى ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾³⁷⁴ **(ويجب أن يدعو من لم يبلغه الدعوة³⁷⁵)** لقوله عليه السلام في وصية أمراء الأجناد: "فادعهم إلى شهادة ألا إله إلا الله"³⁷⁶ ولأنهم إذا لم يعلموا على أي شيء يقاتلون فربما يظنون أنهم لصوص قصدوا أموالهم ولو علموا أنهم يقاتلون على الدين ربما أجابوا وانقادوا الحق فلا يحتاج إلى القتال فإن قاتلهم بغير دعوة هل يجوز قتل وقيل

(ويستحب ذلك) أي الدعوة **(لمن بلغته)** مبالغة في الإنذار ولا يجب ذلك لأنه عليه السلام: "أغار على بني المصطلق وهم غارون"³⁷⁷ **(وإن أبوا)** عن قبول الإسلام والجزية **(استعانوا بالله)** أي طلبوا العون منه تعالى **(وحاربوهم)** لأن الله تعالى هو الناصر لأوليائه والمدمر على أعدائه فيستعان به في كل الأمور

(ونصبوا عليهم المجانيق) جمع منجنيق وهو الذي يرمى به الأحجار ورسول الله عليه السلام نصبه على الطائف³⁷⁸ **(وأفسدوا زروعهم وأشجارهم وغرقوهم)** لأن في جميع ذلك إلحاق الكبت والغيط بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعاً **(ورموهم وإن ترسوا بالمسلمين)** أي وإن اتخذوا بعضنا بمنزلة الترس لأن في الرمي دفع الضرر العام بالذبح عن بيضة الإسلام وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص ولأن بلادهم لا يخلو عن المسلمين الأسارى والتجار فلو امتنع القتال باعتبار ذلك لانسد باب الجهاد

(ويقصدون به الكفار) أي ولكن يقصدون بالرمي الكفار لأنه إن تعذر التميز فعلاً فلقد أمكن قصداً والطاعة بحسب الطاقة **(وينبغي للمسلمين أن لا يغدروا)** والغدر ترك الوفاء والخيانة **(ولا يغفلوا)** والغفل السركة من المغنم **(ولا يمثّلوا)** والمثلة العقوبة وهي قطع عضو من أعضاء الحي وفي الفائق يقال مثلت بالرجل أمثل ومثله إذا سودت وجهه وقطعت أنفه وما أشبه ذلك الأصل فيه قوله عليه السلام: "لا تغدروا ولا تغفلوا ولا تمثلوا"³⁷⁹ والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بهذا الحديث تؤيده ما روي عن عمران بن الحصين رضي

³⁷⁴ سورة التوبة، "الآية" 29.

³⁷⁵ إلى الإسلام

³⁷⁶ البخاري، "الزكاة" 1.

³⁷⁷ مسلم، "الجهاد والسير" 1.

³⁷⁸ الترمذي، "الأدب" 17.

³⁷⁹ الترمذي، "السير" 48.

الله عنه قال ما قام رسول الله عليه السلام فينا خطيباً بعد ما مثل بالعربيين إلا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة³⁸⁰ فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل تأكيد الحرمة

(ولا تقتلوا مجنوناً ولا امرأة ولا صبياً ولا أعمى ولا مقعداً ولا أقطع اليمنى ولا شيخاً فانياً) لنهيه عليه السلام عن قتل الصبيان وحين رأى رسول الله عليه السلام امرأة مقتولة فقال: "هاه ما كانت هذه تقاتل فلم تقتل"³⁸¹ ولأن المبيح للقتل هو الحراب بإشارة هذا النص وهؤلاء لا تقاتلون والمجنون غير مخاطب ولهذا لا يقتل يابس الشق ومقطوع اليد اليمنى ومقطوع اليد والرجل من خلاف والشافعي رحمه الله يخالفنا في الشيخ والمقعد والأعمى لأن الكفر عنده مبيح إذ النصوص نطقت بقتل المشركين فكان مأخذ الاشتقاق علة كما في الزاني والسارق قلنا لما خص المستأمن والذمي وغيرهما لفقدان الحراب دل أن المؤثر ما ذكرنا يؤيد قوله هاه ما كانت هذه تقاتل فلم تقتل **(إلا أن يكون أحد هؤلاء)** المذكورين **(ملكاً أو ممن يقدر على القتال أو يحرض عليه)** أي يرغب على القتال **(أو له رأي في الحرب أو له مال يحث به أو يكون الشيخ من يجبل)** فحينئذ يقتل لتعدي الفساد منهم إلى العباد ففي قتل ملك القوم ولو صغيراً أو امرأة كسر شوكتهم وفي قتل من قاتل أو يرغب به منهم دفع شرهم والاستعانة بالرأي أو المال فوق القتال وقد صح أن النبي عليه السلام قتل يوم أوطاس دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة³⁸² لأنه كان صاحب رأي وقوله ممن يجبل من أحبل الرجل امرأته إذا جعلها حبلى وفي بعض النسخ بالياء من أحال رايه في الأمر والأول هو الأصح ووجهه أوضح

(وإذا كان بالمسلمين قوة لا ينبغي لهم موادة أهل الحرب) ولأنه لا مصلحة في ذلك لما فيه من ترك الجهاد صورة ومعنى أو تأخيره لأن الموادة طلب الأمان وترك القتال قال الله تعالى ﴿ولا تهنوا وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون﴾³⁸³

³⁸⁰ ابن حبان، الصحيح، 10 / 324.

³⁸¹ ابن ماجه، "الجهاد" 30.

³⁸² مسلم، "فضائل الصحابة" 165.

³⁸³ سورة آل عمران، الآية: 139.

(وإن لم يكن لهم قوة فلا بأس به) لقوله تعالى ﴿وإن جنحوا للسلم فاجنح لها﴾³⁸⁴ أي وإن مالوا إلى المصلحة

فويل إليها وصالحهم والمعتبر في ذلك مصلحة الإسلام والمسلمين فيجوز عند وجود المصلحة دون عدمها

(فإن وادعهم) الإمام مدة **(ثم رأى القتال أصلح نبذ إلى ملكهم وقتلهم)** لأنه عليه السلام نبذ المودعة التي

كانت بينه وبين أهل مكة³⁸⁵ ولأن المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وإيفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى

ولابد من النبذ وهو نقض العهد مع إعلامهم تحرزا عن الغدر المنهي عنه ويكتفي بعلم الملك لأنه صاحب

أمرهم **(وإن بدئوا بخيانة وعلم ملكهم بها قاتلهم من غير نبذ)** لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى

نقضه وإنما قال وعلم ملكهم لأنه لو دخل جماعة منهم دارنا فقطعوا الطريق بغير أمر الملك لا يكون نقضا في

حق الجميع لأنه بغير إذن الملك ويكون نقضا في حقهم خاصة فيقتلون كذا ذكره المصنف رحمه الله في شرحه

وفي الهداية وإذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة

وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لأنه بغير إذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم

(ويجوز أن يوادعهم) الإمام **(بمال)** أي بأخذ منهم **(وغيره)** لأنه لما جازت المودعة بلا مال فمعه أحق هذا إذا

كان بالمسلمين حاجة أما إذا لم يكن لهم حاجة فلا يجوز لما بينا من قبل **(وما أخذه)** الإمام من المال

(قبل محاصرتهم فهو كالجزية) فيصرف مصارفها ولا يخمس لأنه في معنى الجزية لأن كل واحد منهما مأخوذة

بغير قتال **(وبعده كالغنيمة)** أي وما أخذه الإمام بعد محاصرتهم فكالغنيمة فيخمس الإمام ويقسم الباقي لأنه

حصل بقوة الجيش **(وإن دفع)** الإمام **(إليهم مالا ليوادعه جاز عند الضرورة)** وهو خوف الهلاك لأن دفع

الهلاك واجب بأي طريق كان وإن لم تكن ضرورة لا يجوز لما فيه من إلحاق المذلة بالمسلمين وإعطاء الدنية في

الدين **(والمرتدون إذا غلبوا على مدينة وأهل الذمة إذا نقضوا العهد كالمشركين)** في المودعة أما المرتدون فلا أن

الإسلام مرجو منهم فيوادعهم لينظروا في أمورهم فربما عادوا إلى الإسلام إلا أنه لا يأخذ منهم مالا لأنه

بمنزلة الجزية ولا جزية عليهم لأنه لا يجوز تأخير قتالهم بمال يؤخذ منهم لما يأتي إن شاء الله تعالى ولو أخذه

³⁸⁴ سورة الأنفال، الآية: 61.

³⁸⁵ البيهقي، السنن الكبرى، 14/ 110-111.

لا يرده لعدم العصمة ولو غلبوا فقد صارت دارهم دار حرب وأموالهم غنيمة وكذلك أهل الذمة لأنهم لما نقضوا العهد صاروا بغيرهم من أهل الحرب ويجوز أخذ المال منهم لأنه يجوز تركهم بالجزية بخلاف المرتدين **(ويكره بيع السلاح والكراع)** أي الخيل **(من أهل الحرب وتجهيزه إليهم قبل المودعة وبعدها)** لأنه عليه السلام نهي عن ذلك ولأن فيه تقويتهم على المسلمين فيمنع من ذلك وكذلك الحديد لأنه أصل السلاح وكذا بعد المودعة لأنها على شرف النقض والانقضاء فكانوا حربا علينا **(وإذا آمن رجل أو امرأة كافرا)** أو جماعة أو أهل مدينة صح أمانهم فلا يحل لأحد من المسلمين قتالهم لقوله عليه السلام: "تتكافأ دمائهم ويسعى بذمتهم أدناهم"³⁸⁶ أي المسلمون يتساوى دمائهم في حكم القصاص والدية لا فضل لشريف على وضع وقوله ويسعى بذمتهم أدناهم يعني يعطي الأمان أقلهم وهو الواحد والمراد بالذمة العهد مؤقتا كان أو مؤبدا وذلك الأمان وعقد الذمة **(فإن كان فيه)** أي في أمانه **(مفسدة أدبه)** أي الآمن **(الإمام)** لإفتائه على رأي الإمام بخلاف ما إذا كان في أمان هذا الواحد نظر للمسلمين ومصلحة لهم حيث لا يؤدبه الإمام لأنه لو انتظر إلى رأي الإمام ربما تفوت المصلحة فكان في الإقدام على الأمان معذورا **(ونبذ إليهم)** دفعا للغدر عن الكفار **(ولا يصح أمان ذمي)** لأنه متهم لأنه يسعى أبدا في تقوية الكفر ولأنه لا ولاية له على المسلمين قال الله تعالى ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾³⁸⁷ **(ولا)** يصح **(أمان أسير ولا تاجر منهم ولا من أسلم عندهم وهو فيهم)** يعني لم يهاجر إلينا لأنهم مقهورون عندهم فلا يخافونهم والأمان يختص بمحل الخوف ولأنهم يجبرون عليه فيعزى الأمان عن المصلحة **(ولا)** يصح أمان **(عبد محجور عن القتال)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله يصح وقول أبي يوسف رحمه الله مضطرب وذلك قول صاحب النظم رحمه الله "ونافذ أمان يُجبر، وحكمه مثبت مقرر"

وإنما وضع المحجور لأنه لو كان مأذونا يصح أمانه اتفاقا لما روي أن عبدا كتب على سهمه بالفارسية مر سيد ورمى به إلى قوم محصورين فرفع ذلك إلى عمر رضي الله عنه فأجاز أمانه وقال إنه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لأن الرمي فعل القاتل لمحمد رحمه الله قوله عليه السلام ويسعى بذمتهم أدناهم واعتبارا

³⁸⁶ البيهقي، معرفة السنن والآثار، 7/ 32.

³⁸⁷ سورة النساء، الآية: 141.

على المأذون له في القتال ولأبي حنيفة رحمه الله أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه لأنهم لا يخافون فلا يلاقي الأمان محله بخلاف المأذون في القتال لأن الخوف منه متحقق **(ولا)** يصح أمان **(صبي مراهق)** فإن كان لا يعقل لا يصح أمانه كالمجنون وإن كان يعقل فإن كان محجورا عن القتال فهو كالعبد وإن كان مأذونا في القتال فقليل لا يصح أمانه لأن قوله غير معتبر كما في الطلاق والعتاق والأصح أنه يصح أمانه بالاتفاق لأنه تصرف دائرين النفع والضرر كالبيع والشراء فيملكه بعد الإذن **(وإذا فتح الإمام بلدة قهرا)** فهو بالخيار **(إن شاء قسمها بين الغانمين)** كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر **(أو أقر)** الإمام **(أهلها عليها ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج)** أي ووضع الإمام على أهل البلدة المفتوحة الجزية على رؤوسهم والخراج على أراضيهم فالجزية يراد بها خراج الأرض وخراج الرأس أعني الجزية هذا كذلك فعل عمر رضي الله عنه سواد العراق بإجماع من الصحابة رضي الله عنهم وفي كل ذلك من فعل رسول الله عليه السلام وفعل عمر رضي الله عنه قدوة فيتخير الإمام قيل الأول أولى عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة لتكون عدة في الزمان الثاني ثم الإمام في الأسارى بالخيار بين ثلاثة أشياء وهذا قوله **(فإن شاء)** الإمام **(قتل الأسارى)** الذين نهينا عن قتلهم لأن فيه حسم مادة الفساد **(أو استرقهم)** لأن فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لأهل الإسلام **(أو تركهم أحرارا ذمة)** أي ذوي **(ذمة للمسلمين)** لما تقدم وهذا في غير المشركين من العرب وفي غير المرتدين لأنه لا يجوز استرقاقهم ولا وضع الجزية عليهم ولا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف ويحيى إن شاء الله تعالى **(ولا يفادون)** بضم الدال **(بأسرى المسلمين)** وقالوا رحمهما الله يفادون بهم وهو قول الشافعي رحمه الله لأن فيه تخلص المسلم وهو أولى من قتل الكافر وله أن فيه تقوية الكفر وتكثير سوادهم لأنه إذا رجع إليهم يعود حربا علينا ودفع شر حرا به خير من استنقاذ الأسير المسلم لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف إلينا والإعانة بدفع أسيرهم إليهم مضاف إلينا **(ولا)** يفادون **(بالمال)** الذي يؤخذ منهم لما بينا ومفاداة النبي عليه السلام يوم بدر عاتبه تعالى عليها بقوله ﴿لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم﴾³⁸⁸ فجلس عليه السلام وأبو بكر رضي الله عنه يكيان وقال عليه السلام: "لو نزل بنا من السماء عذاب لما نجا

³⁸⁸ سورة الأنفال، الآية: 68.

فيه إلا عمر رضي الله عنه لأنه أشار بقتلهم دون الفداء"³⁸⁹ والقصة معروفة **(إلا عند الحاجة إليه)** أي إلى المال فحينئذ يجوز المفاداة بالمال للاستعداد للجهاد ولأن المعتبر المصلحة وهي فيما ذكرنا

(وإذا أراد الإمام العود ومعه مواشي يعجز عن نقلها ذبحها وحرقها) ولا يعقرها خلافاً للمالك رحمه الله وهذا قول صاحب النظم

"لو شق إخراج المواشي عقرت، ونحن قلنا ذبحت وسعرت"

ولا يتركها خلافاً للشافعي رحمه الله له أنه عليه السلام نهي عن ذبح الشاة إلا للمأكلة ولنا أن العقر مثله وذبح الشاة جائز لغرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكة الأعداء وصار كقطع الشجر وتخريب البناء أما الحرق قبل الذبح فمنهي عنه لما فيه من تعذيب الحيوان **(ويحرق الأسلحة)** والأمتعة أيضاً وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف الكفار عليه إبطالاً للمنفعة عليهم وههنا مسألة يجب حفظها وهي ما إذا وجد المسلمون في دار الحرب حيات وعقارب ينزعون حمّة العقرب وأنياب الحية دفعاً لضررها عنهم ولا يقتلونهم لئلا ينقطع نسلهم وفيه منفعة الكفار وقد أمرنا لضده **(ولا يقسم غنيمة)** وهي اسم ما يؤخذ من أموال الكفار على وجه القهر والغلبة فما يؤخذ منهم هدية أو سرقة أو خلسة فليس بغنيمة وهو للأخذ خاصة

(في دار الحرب) بل يخرجها إلى دار الإسلام فيقسمها وقال الشافعي رحمه الله لا بأس بذلك وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا وعنده يثبت ويبتني على هذا الأصل عدة مسائل قاله صاحب النظم

"ومنه كانت قسمة الغنيمة في دارنا وثمة مستقيمة" والحجج حقها الكتب المبسوطة

(ولا يجوز بيعها قبل القسمة) أي ولا يجوز بيع الغنيمة قبل القسمة في دار الحرب لأنه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بينا الأصل **(ومن مات قبلها)** أي قبل القسمة **(من الغانمين في دار الحرب فلا سهم له وإن مات بعد إحرازها بدارنا فنصيبه لورثته)** لأن الإرث يجري في الملك ولا ملك قبل الإحراز وإنما الملك بعده وقال الشافعي رحمه الله من مات قبل استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بينا الأصل

³⁸⁹ محمد بن إبراهيم النسابوري، الأوسط "6 / 237.

(والردء) بكسر الراء العونُ (والمقاتل في الغنيمة سواء) لا ستوائهم في السبب وهو المجاوزة³⁹⁰ أو شهود الوقعة على ما عرف

(وإذا لحقهم) أي وإذا لحق الجيش (مدد) والمدد ما يمد به الشيء أي يزداد ويكثر ومنه أمد الجيش إذا أرسل إليه زيادة (في دار الحرب شاركوهم فيها) أي شارك المدد الجيش في الغنيمة وإنما أسند الفعل إلى الجماعة لأن المدد يقع على الجماعة وقال الشافعي رحمه الله لا يشارك المددُ الجيشَ وقد بينا الأصل وإنما ينقطع حق المشاركة عندنا بالإحراز بدار الإسلام (وليس للسوقة) أي لأهل سوق الجيش (سهم من الغنيمة إلا أن يقاتلوا) لعدم السبب في حقهم وهو المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارساً أو راجلاً (وإذا لم يكن للإمام ما يحمل عليه الغنائم أو دعها الغانمين) ولا يشترط رضاهم بل يودعها الإمام جبراً (ليخرجوها إلى دار الإسلام ثم يقسمها) لأنه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص وهذه رواية السير الكبير وفي رواية السير الصغير لا يجبرهم الإمام لأنه ابتداء إجارة فصار كما إذا نفقت دابة في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة وإنما وضع فيما إذا لم يجد الإمام حمولة لأنه إذا وجد في المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لأن الحمولة والمحمول مالههم وكذا إذا كان في بيت المال فضل حمولة لأنه مال المسلمين

(ويجوز للعسكر أن يعلفوا في دار الحرب ويأكلوا الطعام) كالخيز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن (ويدهنوا بالدهن ويقاتلوا بالسلاح ويركبهم الدواب ويلبسوا الثياب إذا احتاجوا إلى ذلك) وقوله إذا احتاجوا متعلق بالمسائل كلها فالحاجة شرط في الصور الستة عند المصنف رحمه الله وهذا رواية السير الصغير وفي رواية السير الكبير لا يشترط الحاجة في الثلاث الأولى وجه الأول أنه مشترك فلا يباح به إلا للحاجة كما في السلاح والدواب والثياب ووجه الأخرى قوله عليه السلام في طعام خير كلوه واعلفوه ولا تحملوه ولأنه يتعذب عليهم حمل العلف والطعام إلى دار الحرب والميرة منقطعة عنهم فبقي أصل الإباحة بخلاف السلاح فإنهم يستصحبون فانعدم دليل الحاجة وقد تمس إليه فيعتبر حقيقتها والدابة والثوب مثل السلاح (فإذا خرجوا إلى دار الإسلام لم يجز لهم شيء من ذلك) لزوال الحاجة بالخروج إلى دار الإسلام

(ويردون ما فضل معهم قبل القسمة) ليقسم على مستحقه

(ويتصدقون بعدها) أي بعد القسمة وهذا إذا كانوا أغنياء فإن كانوا فقراء ينتفعون به لأنه صار في حكم

اللقطة

فصل

(ينبغي للإمام أن يعرض الجيش عند دخوله دار الحرب ليعلم الفارس من الراجل) حتى لا يقع النزاع في

قسمة الغنيمة (فمن مات فرسه بعد ذلك) أي بعد الدخول في دار الحرب (فله سهم فارس) ومن دخل راجلا

فاشترى فرسا فقاتل عليه فله سهم راجل وجواب الشافعي رحمه الله على عكسه وهذا قول صاحب النظم:

"ودار أهل الحرب والإسلام، واحدة في جملة الأحكام"

فمنه لا يغني دخول الدرب، ذا فرس إن مات قبل الحرب"

الحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة إلى دار الحرب وعنده حالة انقضاء الحرب في رواية عنه وشهود الواقعة

في أخرى وهو الظاهر عنه له أن السبب هو القهر والقتال فتعتبر حالة الشخص عنده والمجاورة وسيلة إلى

السبب كالخروج من البيت ولنا أن المجاوزة نفسها قتال لأنه يلحقهم الخوف بها وذلك لأن المجاوزة بنية

القتال يحصل بها إرهاب الكفار وغيظهم قال الله تعالى ﴿ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله﴾³⁹¹ وقال

تعالى ﴿ولا يطؤون موطئا يغيظ الكفار﴾³⁹² وقد حصل ذلك لمجاورة الدرب لا نفس القتال ولهذا شارك الردء

المباشر في الغنيمة لحصول الإرهاب بالكل

(وإن باعه أو وهبه أو رهنه بعد ما دخل دار الحرب فارسا أو كان فرسه مئرا) المهر ولد الفرس والمهرة إنثاه

(أو) كان (فرسه مريضا لا يقدر القتال عليه فله سهم راجل) أما في الصور الثلاث الأولى فلأن الإقدام على

هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاورة القتال فارسا وأما في الصورتين الأخريين فظاهر ومن

جاوز راجلا ثم اشترى فرسا فقاتل عليه فله سهم راجل لما قلنا أن الاعتبار للمجاورة ويقسم الغنيمة أخماسا

أربعة منها بين الغانمين للفارس سهمين وللراجل سهم وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله للفارس

³⁹¹ سورة الأنفال، الآية: 60.

³⁹² سورة التوبة، الآية: 120.

ثلاثة أسهم للفارس سهمان في الغنيمة وبالثلث أوجبنا تميمية لهما ما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهماً³⁹³ وله ما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أعطى للفارس سهمين وللراجل سهماً³⁹⁴ فتعارض فعلاه فيرجع إلى قوله: للفارس سهمان وللراجل سهم **(ولا يسهم لبغل ولا راحلة)** أي ولا يقسم لأجل البغل والحمل ويكون صاحبهما كالراجل لأن الإرهاب لا يحصل بهما إذ لا يقاتل عليهما **(والمملوك والصبي والمكاتب يرضخ لهم)** أي يعطى لهم شيء قليل من رضح فلان من ماله إذا أعطاه قليلاً من كثير دون سهم إذا قاتلوا لما روي أنه عليه السلام كان لا يسهم للعبد والصبي³⁹⁵ وكان يرضخ له تحريضا على القتال والمكاتب بمنزلة العبد وإنما قال إذا قاتلوا لأنهم إذا لم يقاتلوا لا يرضخ لهم **(وللمرأة)** أي يرضخ للمرأة **(إن دوات الجرحى)** وقامت على المرضى لأنها عاجزة من حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الإعانة مقام القتال بخلاف العبد لأنه قادر على حقيقة القتال **(وللذمي)** أي يرضخ للذمي **(إن أعان المسلمين أو دهم على عورات الكفار)** وعلى **(الطريق)** لأن فيه منفعة المسلمين **(والخمس الآخر)** يقسم **(ثلاثة أسهم)** سهم **(لليتامي والمساكين)** أي وسهم للمساكين **(وأبناء السبيل)** أي ولهم لأبناء السبيل **(ومن كان من ذوي القربى بصفتهم يقدم عليهم)** أي ومن كان فقيراً أو مسكيناً أو ابن سبيل من ذوي قرابة النبي عليه السلام يدخل في فقراء المسلمين ومساكنهم وأبناء السبيل منهم يقدمون ولا يدفع إلى أغنياء ذوي القربى في شيء من الغنيمة وقال الشافعي رحمه الله لهم خمس الخمس يستوي فيهم غنيهم وفقيرهم يقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير ولنا أن الخلفاء الأربعة قسموه على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة يؤيده ما قال عليه السلام: "يا معشر بني هاشم إن الله تعالى كره لكم غسالة الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس من الغنيمة"³⁹⁶ والعوض إنما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء

³⁹³ الترمذي، "السير" 6.

³⁹⁴ مسلم، "الجهاد والسير" 57.

³⁹⁵ مسلم، "الجهاد" 140.

³⁹⁶ أبو داود، "الخراج والإمارة والفيء" 19-20.

(وإذا دخل جماعة لهم منعة) أي قوة وشوكة **(دار الحرب فأخذوا شيئاً)** خمس وإن لم يأذن لهم الإمام لأنه مأخوذ قهراً وغلبة فكان غنيمة **(وإلا فلا)** أي وإن لم يكن منعة بأن دخل الواحد والاثنان بغير إذن الإمام فأخذوا شيئاً لم يخمس وقال الشافعي رحمه الله يخمس لأنه مال حربي أخذ قهراً فكان غنيمة والخمس مشروع فيها ولنا أن الخمس وظيفة الغنيمة وهي المأخوذ قهراً وغلبة لا اختلاسا وسرقة والمتلصص لا يأخذ إلا بحيلة والقهر لا يقع بالحلية **(ويجوز التنفيل)** التنفيل إعطاء شيء زائد على سهام الغانمين والنفل الزيادة

(قبل إحراز الغنيمة وقبل أن تضع الحرب أوزارها) أوزار الحرب آلاتها وأثقالها التي لا يقوم إلا بها كالسلاح والكرع قال الأعمشي "وأعددت للحرب أوزارها، رماحاً وطوالاً وخيلاً ذكوراً" وسميت أوزارها لأنه لما لم يكن بدٌّ من جرها فكأنها تحملها وتستقل بها فإذا أنقصت فكأنها وضعتها وقيل أوزارها أاثامها يعني حتى يترك أهل الحرب وهم المشركون شوكتهم ومعاصيهم بأن يسلموا كذا في الكشف

(فيقول الإمام من قتل قتيلاً) وهذا من قبيل تسمية الشيء باعتبار ما يؤول إليه **(فله سلبه ومن أصاب شيئاً فله**

ربعه) ونحو ذلك الأصل فيه أن التحريض مندوب إليه قال الله تعالى ﴿يا أيها النبي حرّض المؤمنين على

القتال﴾³⁹⁷ وهذا نوع تحريض **(وبعد الإحراز)** أي إحراز الغنيمة بدار الإسلام **(ينفل)** أي يحرض الإمام

(من الخمس) لأنه لا حقّ للغانمين فيه فإن قلت فيه إبطال الأصناف الثلاثة قلت إنها جاز هذا باعتبار أن

المنفل له جعل واحداً من الأصناف الثلاثة فلم يكن فيه حينئذ إبطال الأصناف الثلاثة إذ يجوز صرف الخمس

إلى الواحد الأصناف الثلاثة **(وسلب المقتول سلاحه وثيابه وفرسه وآلته وما عليه ومعه من قماش)** وما أما

إذا كان مع غلامه أو على فرس آخر من أمواله فهو غنيمة للكل **(وإذا لم ينفل بالسلب فهو من جملة الغنيمة)**

والقاتل وغيره فيه سواء وقال الشافعي رحمه الله السلب للقاتل إذا كان من أهل أن يسهم له وقد قتله مقبلاً

لقوله عليه السلام: "من قتل قتيلاً فله سلبه"³⁹⁸ والظاهر أنه نصب الشرع لأنه بعث له كقوله عليه السلام:

"من غيّر دينه فاقتلوه"³⁹⁹ فيكون السلب للقاتل سواء شرط الإمام أو لم يشرط ولنا أنه مأخوذ بقوة الجيش

فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه السلام لحبيب بن سلمة: "ليس لك من سلب

³⁹⁷ سورة الأنفال، الآية: 65.

³⁹⁸ البخاري، "فرض الخمس" 18.

³⁹⁹ ابن حبان، الصحيح، 10/327.

قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك"⁴⁰⁰ وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني لما رويناه كقوله عليه السلام يوم فتح مكة من ألقى سلاحه فهو آمن

فصل في استيلاء الكفار

(وإذا استولى الكفار على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها) وقال الشافعي رحمه الله لا يملكونها وذلك قول صاحب النظم رحمه الله:

"ولا يصير مالنا بالقهر، والأخذ والنقل لأهل الكفر"

والحجج مواضعها أصول الفقه

(فإن ظهرنا عليهم فمن وجد ملكه قبل القسمة أخذ بغير شيء وبعدها بالقيمة إن شاء) لقوله عليه السلام فيه: "إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة"⁴⁰¹ **(وإن دخل)** تاجر دار الحرب **(فاشتره)** وأخرجه إلى دار الإسلام **(فمالكه)** الأول بالخيار **(إن شاء أخذه بثمانه)** الذي اشتراه التاجر **(وإن شاء ترك)** لأنه يتضرر بالأخذ مجانا ألا يرى أنه دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلنا **(وإن وهب له)** أي للتاجر **(أخذه)** المالك القديم **(بالقيمة)** لأنه ثبت له ملك خاص بالهبة فلا يزال إلا بالقيمة فإن قلت هذا الملك ثبت للموهوب له بغير عوض بخلاف ما لو ثبت لأحد الغزاة بالقسمة لأن هذا الحق إنما تعين بإزاء ما انقطع من حقه عما في أيدي الباقيين قلت ها هنا أيضا ثبت له هذا الملك بعوض معنى لما أن المكافأة مقصودة في الهبة وإن لم يكن مشروطة فجعل ذلك المعنى معتبرا في إثبات حقه في القيمة والدليل عليه ما روي عن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله عليه السلام أنه قال: "من أولى معروفا فليكافئ به فإن لم يستطع فليذكره فإن ذكره فقد شكره"⁴⁰² فكان المكافأة بالذكر كالعوض **(وإن غلب بعض أهل الحرب بعضا وأخذوا أموالهم ملكوها)** لاستيلائهم على مال مباح فإن ظهرنا عليها فأخذناها ملكناها كسائر أموالهم

⁴⁰⁰ الطبراني، بلفظ: "إنما للمرء ما طبت به نفس إمامه" المعجم الأوسط، 7 / 379.

⁴⁰¹ الدارقطني، السنن، 3 / 351.

⁴⁰² البيهقي، شعب الإيمان، 6 / 515.

(ولا يملكون علينا مكاتبينا ومدبرينا وأمهات أولادنا وأحرارنا) ونملك عليهم جميع ذلك لأن الأصل للآدمي الحرية إلا أن الشرع جعل محلاً للملك جزاء عن استنكافه عن طاعة الله تعالى وذلك في حق الكافر دون المسلم لأن الملك في الرقاب بناء على الرق ولا رق علينا وفي المال بناء على المالية والكل فيه سواء **(وإن أبق إليهم عبد لمسلم)** فدخل إليهم فأخذه **(لم يملكوه)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يملكونه وذلك قول صاحب النظم:

"لو أبق العبد إلى الكفار ، لم يكن بالأخذ لأهل الدار "

لهما أن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو أخذه من دار الإسلام ملكوه وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لأن سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكيناً له بالانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوماً بنفسه فلم يبق محلاً للملك بخلاف المتردد لأن يد المولى باقية لقيام يد أهل الدار فمنع ظهور يده فإن قلت كيف تظهر يد العبد على نفسه وقد خلفت يد الكفرة يد المولى بدون واسطة لأن دار الحرب في أيديهم قلت إن بين الدارين حداً لا يكون في يد أحد وعند ذلك تظهر يد العبد على نفسه ولأن يد الدار يد حكمية ويد العبد يد حقيقة فلا يندفع بيد الدار كذا في شرح الهداية

(وإذا خرج عبيدهم إلينا مسلمين فهم أحرار وكذلك إن ظهرنا عليهم وقد أسلموا) لأنه عليه السلام: "قضى بعق عبيد خرجوا من الطائف وقد أسلموا وقال عتقاء الله"⁴⁰³ لأنه أحرز نفسه بالتحاقه بمنعة المسلمين ويده أسبق من يد المسلمين **(وإذا اشترى)** الكافر **(المستأمن عبداً مسلماً وأدخله دار الحرب عتق عليه)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يعتق لأن الإزالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر فبقي في يده عبداً وله أن تخلص المسلم عن ذل الكافر واجب ما أمكن وقد تعذر جبره على ذلك فأقمنا تباين الدارين مقام الإعاق كما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب أقمنا ثلاث حيض مقام التفريق

(وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان لا يعترض بشيء من دماءهم وأموالهم) لأن فيه غدراً بهم وأنه منهي عنه **(وإن أخذ)** المسلم المستأمن **(شيئاً)** من أموالهم **(تصدق به)** لأنه ملكه بإمر محذور وهو الغدر والخيانة وسبيله التصديق به لأنه ملك خبيث بخلاف الأسير لأنه غير مستأمن ولم يلزم ترك التعرض لهم فيباح له التعرض

⁴⁰³ أبو داود، "الجهاد" 126.

فصل

(وإذا دخل الحربى في دارنا بأمان يقول له الإمام إن أقمت سنة وضعت عليك الجزية) الأصل أن الحربى لا يمكن من الإقامة في دارنا إلا بأحد معنيين أما الاسترقاق أو الذمة لأنه ربما يطلع على عورات المسلمين فيدل عليها ولا يمنع من المدة اليسيرة لقوله تعالى ﴿ وإن أحد من المشركين استجارك ﴾ إلى قوله ﴿ ثم أبلغه مأمنه ﴾⁴⁰⁴ ولأن في منعهم قطع الجلب والميرة وسد باب التجارة وربما منعوا تجارنا من الدخول إليهم وفيه من الفساد ما لا يخفى وإذا كان لا يجوز المقام الكثير ويجوز القليل فلا بد من الحد الفاصل فقد رنا بالسنة لأنها مدة تجب فيه الجزية فيكون الإقامة لمصلحة الجزية **(فإن أقام) أي فإن مكث الحربى سنة بعد مقالة الإمام (صار ذميا) لالتزامه شرط الإمام **(فتوضع عليه الجزية ولا يمكنه)** من العود إلى دار الحرب لأن عقد الذمة لا ينقض كيف وإن فيه قطع الجزية وجعل ولده حربيا علينا وفيه مضرة للمسلمين وكذلك يصير ذميا إن وقت له أي إن وقت الإمام للحربى المستأمن دون السنة كالشهر والشهرين فأقام لأنه يصير ملتزما أو اشترى أرض خراج فأدّى خراجها لأن خراج الأرض كخراج الراس فإذا التزم صار ملتزما المقام في دارنا وإنما قال فأدّى خراجها لأنه بمجرد الشراء لا يصير ذميا لأنه قد يشتريها للتجارة **(أو تزوجت الحربية المستأمنة بذمي)** وإنما صارت به ذمية لأنها التزمت المقام معه تبعا للزوج **(ولو تزوج حربى مستأمن ذمية لا يصير ذميا)** لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع إلى بلده فلم يكن ملتزما المقام**

اعلم أن الخراج اسم لما يخرج من غلة الأرض ثم يسمى ما يأخذ السلطان خراجا فيقال أدّى فلان خراج أرضه وأدّى أهل الذمة خراج رؤوسهم يعني الجزية كذا في المغرب قال صاحب الكشف الخراج ما تخرجه إلى الإمام من زكاة أرضك وإلى كل عامل من أجرته وجعله وقيل الخراج ما لزمك أداؤه والخرج ما تبرعت به

به

⁴⁰⁴ سورة التوبة، الآية: 6.

فصل في الجزية

وهي اسم لما يؤخذ من أهل الذمة والجمع الجزى مثل اللحية واللحى وإنما سميت بها لأنها تجزى عن الذمي أي تُقضى وتُكفى عن القتل فإنه إذا قبلها سقط عنه القتل وهي ثابتة بالكتاب وهو قوله تعالى ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾⁴⁰⁵ والسنة وهي ما روي أنه عليه السلام أخذ الجزية من مجوس هجر⁴⁰⁶

(والجزية ضربان) الأول (ما يوضع بالتراضي) أي برضى الإمام ورضى من وضع عليه (فلا يتعدى عنها) لأن الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي إلى غير ما وقع عليه (وجزية) أي والثاني جزية (يضعها الإمام إذا غلب على الكفار وأقرهم على ملكهم فيضع على الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهما) يأخذ منه في كل شهر أربعة دراهم (وعلى المتوسط أربعة وعشرين درهما) في كل شهر درهمن (وعلى الفقير اثني عشر درهما) في كل شهر درهما هكذا روي عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم من غير نكير من غيرهم فكان إجماعا وما روي أنه عليه السلام قال لمعاذ: "خذ من كل حالم وحاملة دينارا أو عدله له معافر"⁴⁰⁷ فهو محمول على الصلح ألا يرى أنه قال وحاملة ولا جزية على النساء إلا في الصلح واختلفوا في حد الغنى والمتوسط والفقير فقليل من يملك عشرة آلاف درهم فصاعدا والمتوسط من يملك مائتي درهم فصاعدا إلى عشرة آلاف والفقير من لا يملك مائتي درهم والمختار أن تنظر في كل بلد إل حال أهله وما يعتبرونه في ذلك فإن عادة البلاد في ذلك مختلفة واعلم أن المعتبر في الغنى والفقير أكثر السنة فلو كان غنيا في نصف الحول وفقيرا في نصف الحول يؤخذ منه جزية الوسط **(وتجب) الجزية (في أول الحول يؤخذ في كل شهر بقسطه) وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله تجب في آخره اعتبارا بالزكاة ولنا أنها وجبت لإسقاط القتل فتجب للحال كالواجب بالصلح عن دم العمد **(ويوضع على أهل الكتاب) يهوديا كان أو نصرانيا من العرب أو العجم** لقوله تعالى ﴿من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية﴾⁴⁰⁸ الآية **(والمجوس)** لأنه عليه السلام وضع الجزية على المجوس⁴⁰⁹**

⁴⁰⁵ سورة التوبة، الآية: 29.

⁴⁰⁶ البخاري، "الجزية" 1؛ أبو داود، "الخراج" 31؛ الدارمي، "السير" 58.

⁴⁰⁷ بالفتح مثله من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه الترمذي "الزكاة" 5؛ أبو داود، "الزكاة" 5؛ النسائي، "الزكاة" 8.

⁴⁰⁸ سورة التوبة، الآية: 29.

⁴⁰⁹ البخاري، "الجزية" 1.

(وعبد الأوثان من العجم) لأنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية على رجالهم كالكتابي والمجوسي ولأنه لما جاز إبقاؤهم على الكفر بأحد الشيئين جاز بالآخر وهو الجزية وقيد بقوله من العجم لأنها لا توضع على عبدة الأوثان من العرب وهذا قوله دون العرب **(والمرتدين)** لأن كفرهما قد تغلظ أما مشركو العرب فلأن النبي عليه السلام نشأ بين أظهرهم والقرآن نزل بلغتهم والمعجزة في حقهم أظهر وأما المرتدون فلأنهم كفروا بربههم بعد ما هدوا للإسلام ووقفوا على محاسنه فلا تقبل من الفريقين إلا الإسلام أو السيف زيادة في العقوبة **(ولا جزية على صبي ولا امرأة)** لأنها وجبت عن القتل أو القتال وهما لا يقتلان ولا يقتلان لعدم الأهلية **(ولا مجنون)** لما قلنا **(ولا عبد ولا مكاتب)** لأنه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا يجب فلا يجب بالشك **(ولا)** جزية على **(زمن)** يقال زمن الرجل يزمن زمانة وهو عدم بعض أعضائه أو تعطيل قواه **(ولا أعمى ولا مقعد ولا شيخ كبير)** لما قلنا **(ولا)** جزية على **(الرهابيين المنعزلين)** عن اختلاط الناس وفي رواية يوضع عليهم الجزية إذا كانوا يقدرّون على العمل هو الذي ضيّعها فصار كتعطيل الأرض الخراجية ووجه الوضع عنهم أنه لا قتل عليهم إذا كانوا لا يخاطبون الناس والجزية في حقهم لإسقاط القتل وفي ديوان الأدب الرهبان جمع راهب وقد يقال للواحد رهبان ويجمع على الرهابيين **(ولا)** جزية على **(فقر غير معتمل)** خلافاً للشافعي رحمه الله له إطلاق حديث معاذ رضي الله عنه ولنا أن عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وكان ذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم⁴¹⁰ وقيد الفقير بقوله غير معتمل لأنها تجب على الفقير المعتمل بالاتفاق وهو الصحيح القادر على الكسب **(وتسقط)** الجزية **(بالموت والإسلام)** خلافاً للشافعي رحمه الله فيهما وهذا قول صاحب النظم "لا تسقط الجزية بالإسلام والموت، بل تؤخذ بالتمام" والحجج من الجانبين تعرف في الكافي والهداية وبالله التوفيق والهداية

⁴¹⁰ قال قطلوبوغا: وفي الهداية "أن عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وكان ذلك بمحض... " قال المخرجون: لم نجد إلا ما روى أبو عبيد في "الأموال" أن عمر بعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم ثمانية وأربعين درهماً وأربعة وعشرين واثني عشر". والله اعلم وليس في استثناء ولا أنه بمحض من الصحابة. قاسم بن قطلوبوغا، التعريف والأخبار، 3/ 324.

(وإذا اجتمعت حولان) أي جزيتا حولين فحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه كما في قوله تعالى ﴿وسئلوا القرية﴾⁴¹¹ ولهذا المعنى أنث الفعل **(تداخلت)** فلا تجب إلا جزية واحدة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله لا تتداخلان فتجب جزيتان وذلك قول صاحب النظم رحمه الله "وتسقط الجزية إذا تكرر، إن مرَّ حولان أو أكثر" لهم أن مضي المدة لا تأثير له في إسقاط الواجب كالديون ولأبي حنيفة رحمه الله أنها عقوبة على الكفر والأصل في العقوبات التداخل كالحُدود ولأنها للزجر والزجر عن الماضي محال **(وينبغي)** أن تؤخذ الجزية على وصف الذل والصغار كما قال تعالى ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾⁴¹² وذلك بأن يأتي بها بنفسه ماشيا غير راكب ويسلمها وهو قائم والمتسلم⁴¹³ جالس وإن يتلثل ثلثلة ويؤخذ بتليبس ويقال له أَدَّ الجزية يا ذمي وإن كان يؤديها ويزحَّ في قفاه وذلك قوله **(أن يؤديها بنفسه قائما)** ويكون **(الأخذ قاعدا ويقال له أَدَّ الجزية يا عدو الله)** تحقيقا لمعنى الصغار **(ولا ينقض عهدهم إلا باللاحاق بدار الحرب أو ان يغلبوا على موضع فيحاربوننا فيصير احكامهم كالمرتدين)** معناه في الحكم بموته باللاحاق وذلك لأنهم صاروا حربا علينا فيعري عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب **(إلا أنه إذا ظفرنا بهم نسترقهم ولا يجبرهم على الإسلام)** بخلاف المرتد وهذا لأن تقريره على الكفر جائز وقته غير لازم لأنه لم يلتزم الإسلام وإنما يلتزم أحكامه بالذمة فلا بأس بأن يعود إلى الذمة **(ويؤخذ أهل الذمة بما يتميزون به عن المسلمين في ملابسههم)** فلا يلبسون رداء ودرعا ولا قلنسوة مثل قلنسوة المسلمين ولا حُفّا مثل حُفهم ويُمْنَعون عن لباس يختص به أهل العلم والشرف **(ومراكبهم ولا يركبون الخيل)** فيركبون حمارا أو بغلا صغيرا كالحمار ويركبون على السرج الذي في قربوسه مثل الرمانة وفي الجامع الصغير كهية الأَكْف **(إلا للضرورة)** فإن دعت الضرورة يركبون على ما وصفنا وينزلون في مجامع الناس والضرورة مثل ذهاب المريض إلى موضع يحتاج إليه

⁴¹¹ سورة يوسف، الآية: 82.

⁴¹² سورة التوبة، الآية: 29.

⁴¹³ القابض

(ولا يحملون السلاح) وفي الهداية ولا يعملون بالسلاح وإنما يؤخذون بذلك إظهاراً للصغار عليهم ولأن المسلم يكرّم والذمي يُهان فلا يبدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم يكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز الحاصل أنه يجب تمييزهم بما يُشعر بذُهم وصغارهم بما يتعارفه أهل كل بلدة وزمان

(ولا يحدث كنيسة) وهي متعبد اليهود **(ولا)** يحدث **(بيعة)** وهي متعبد النصارى لقوله عليه السلام: "لا إخصاء في الإسلام ولا كنيسة"⁴¹⁴ الإخصاء بالمد والكسر هو الاعتزال عن النساء كما يفعله الرهبان فكأنه خصى معنى والمراد بقوله ولا كنيسة أحداثها بدار الإسلام **(ولا)** يحدث **(صومعة)** للتخلي فيها لأنها بمنزلة البيعة **(في دار الإسلام)** لا في الأمصار ولا في القرى **(وتعداد القديمة)** أي البيع والكنائس القديمة **(إذا انهدمت)** لأن الأبنية لا تبقى دائمة ولما أقرهم الإمام فقد عهد إليهم الإعادة والمراد من القديمة ما كانت قبل فتح الإمام ومصالحتهم على إقرارهم على بلدهم وأراضيهم ولا يشترط أن يكون في زمن الصحابة والتابعين لا محالة

(ويؤخذ من نصارى بني تغلب) وهم قوم من نصارى العرب وكان لهم شوكة وقوة فطالبهم عمر رضي الله عنه بالجزية فأبوا وخاف عمر رضي الله عنه أن يلحقوا بالروم فيصيروا عوناً لهم وطلبوا أن يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الصدقات بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم

(ضعف زكاة المسلمين ويؤخذ من نسائهم) ولا يؤخذ من صبيانهم لأن الصلح على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعف وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يؤخذ من نسائهم كما لا يؤخذ من صبيانهم لأنه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولا جزية على النسوان ولنا أنه مال وجب بالصلح والمرأة من وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لأنه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية ألا يرى أنه لا تراعى فيها شرائطها من وصف الصغار وغيره

(وكذلك يضعف العشر في أراضيهم) لأن عمر رضي الله عنه صالحهم كذلك

(ومولاهم في الجزية والخراج كمولى القريشي) أي معتق بني تغلب في الجزية وفي خراج الأرض كمولى القريشي يعني إذا أعتق القريشي عبداً كافراً يؤخذ منه الجزية ولا يعتبر حاله بحال مولاه فكذا معتق التغلبي يؤخذ منه الجزية إذا كان كافراً ولا يضاعف عليه وقال زفر رحمه الله يضاعف عليه لقوله عليه السلام: "مولى

⁴¹⁴ البيهقي، السنن الكبرى، 14 / 438.

القوم منهم"⁴¹⁵ ولنا أن هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالأصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانيا (وتصرف الجزية والخراج وما يؤخذ من بني تغلب ومن الأراضي التي أُجلى أهلها عنها) يقال جلى عن الوطن إذا خرج عنه وأجلى عن الوطن في معناه

(وما أهده أهل الحرب إلى الإمام في مصالح المسلمين كأرزاق المقاتلة وذرايعهم وسد الثغور) جمع ثغر وهو موضع المخافة من العدو (وبناء القناطير والجسور) القنطرة ما لا يرفع والجسر ما يرفع (وعطاء القضاة) العطا ما يكتب في الديوان لكل من قام بأمر من أمور الدين (والمدرسين والمفتين والعلماء والعمال على قدر الكفاية) لأنه مال بيت المال فإنه وصل إلى المسلمين من غير قتال وهو مُعدٌّ لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الآباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا إلى الاكتساب فلا يتفرغون للقتال واعلم أن الكاف في قوله كأرزاق المقاتلة إشارة إلى أن له مصارف أخر كعمارة المساجد والرباطات وردم ما يشق من الأنهار

فصل في العشر والخراج

(أرض العرب أرض عشر وهي ما بين العذيب) وهو ماء لتميم (إلى أقصى حجر) بفتح الحاء والجيم (باليمن) وقوله (بمهرة) بفتح الميم وسكون الهاء أبو قبيلة ينسب إليها الإبل المهرية تفسير قوله إلى أقصى حجر وهذا طوله وأما عرضه فهو ما بين يبرين ودهناء ورمل عالج إلى مشارق الشام وذلك قوله (إلى حد الشام) كذا في شرح الهداية وقال الإمام خوهر زاده قوله إلى حد الشام بيان العرض أو بيان الطول فلو كان قوله من العذيب إلى أقصى حجر بيان العرض يكون قوله من العذيب إلى الشام بيان الطول كما يقال في حد بخارا من طواويس إلى ديمون وإلى أختند يكون أحدهما بيان الطول والآخر بيان العرض إلى هنا قوله والقول ما قالت حذام وفي كتاب العشر والخراج إلى أقصى صخر باليمن وهو مهرة وبه ظهر أن من روي إلى أقصى حجر باليمن بسكون الجيم وفسره بالجانب وقد صرف لوقوع صخر موقعه وإنما كانت أرض العرب أرض العشر لأن النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب والأرض لا تخلو من أحد الحقين فدل أنها عشرية

⁴¹⁵ البخاري، "الفرائض" 24؛ أبو داود، "الزكاة" 29؛ الدارمي، "السير" 82.

(والسواد) أي وسواد العراق وبه صرَّح الإمام التمرثاشي رحمه الله وإنما سمي سوادا لخضرة أشجاره وزروعه والأشجار الكثيرة ترى سوادا من بعيد **(أرض خراج وهي ما بين العذيب إلى عقبة حلوان)** اسم بلد وهذا عرضه **(ومن العث)** بفتح العين وسكون اللام قرية موقوفة على العلوية وهو أول العراق شرقي دجلة **(أو التغلبية)** وهي من منازل البادية ووضعها موضع العث في حد السواد خطأ **(إلى عبّادان)** وهذا طوله وعبادان اسم قرية ليس ورائها قرية وفي المثل ليس وراء عبادان قرية وإنما يضرب هذا المثل إذا وصل الكلام إلى نهاية لا يمكن الزيادة بعد ذلك وإنما كانت أرض السواد أرض خراج لأن عمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم **(وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز تصرفهم فيها)** لما بينا أن الإمام إذا فتح أرضا قهرا له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج فبقي الأراضي مملوكة لأهلها وإنما قال وأرض السواد مملوكة لأهلها مع أن أرض العرب مملوكة لأهلها أيضا لأن في أرض العرب الغالب عدم الملك لأنهم يسكنون في البرية فأما أرض العراق فالغالب في أرضهم الملك فلذا قال مملوكة **(وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة)** أي قهرا وغلبة **(وقسمت بين الغانمين فهي عشرية)** لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج بخلاف الخراج فإنه يجب بالخارج تقديرا أيضا بالتمكن من الزراعة **(وما فتحت عنوة وأقر أهلها عليها أو صالحهم فهي خراجية)** لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به **(سوى مكة شرفها الله تعالى)** وكان القياس في أرض مكة أن يكون خراجية لأنها فتحت عنوة لكن رسول الله عليه السلام لم يوظف عليها الخراج فكما لا رق على العرب فكذا لا خراج على أراضيهم **(ومن أحياء مواتا يعتبر بحيزها)** أي بقربه فإن كانت من حيز أرض الخراج فهي خراجية وإن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية وهذا عند أبي يوسف رحمه الله لأن حيز الشيء يُعطى له حكمه كفناء الدار وحريم البئر فكان القياس في البصرة أن يكون خراجية لأنها من حيز أرض الخراج إلا أن الصحابة رضي الله عنهم وظفوا عليها العشر فترك القياس لإجماعهم وهذا قوله **(والبصرة عشرية بإجماع الصحابة رضي الله عنهم)** وقال محمد رحمه الله إن أحياء بماء العشر فعشرية وإن أحياء بماء الخراج فخراجية لأن الخراج لا يوضع على المسلم إلا بالتزامه فإذا ساق إليها ماء الخراج فقد التزم الخراج وإلا فلا **(ولا يجمع عشر وخراج في أرض واحدة)** وقال الشافعي رحمه

الله يجمع بينهما لأنها حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه السلام: "لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم"⁴¹⁶ ولأن أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفي بإجماعهم حجة **(ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج)** لأن عمر رضي الله عنه لم يوظف مكررا **(والعشر يتكرر)** لا يتحقق عشرا إلا بوجوبه في كل خارج **(وإذا غلب الماء على أرض الخراج أو انقطع)** الماء عنها **(أو أصاب الزرع آفة فلا خراج)** لأن المعتبر في الخراج النماء التقديري من الزراعة كما في الأرض المستأجرة وفي العشر حقيقة الخارج وفيما إذا أصاب الزرع آفة فات النماء التقديري وهو التمكن في بعض السنة وكونه ناميا في جميع السنة شرط كما في الزكاة **(وإن عطلها مالکها فعليه خراجها)** لأن التمكن كان ثابتا وهو الذي فوّته وفي شرح المصنف رحمه الله اعلم أن الخراج كان وظيفة في الجاهلية كفاية للمقاتلة وكانت رسم كسرى فصارت شريعة لنا بإجماع الصحابة رضي الله عنهم **(والخراج نوعان مقاسمة فيتعلق بالخارج كالعشر)** وهو أن يعين الإمام على أهل بلدة فتحها فيجعل على أراضيهم مقدار ربع الخارج أو ثلاثة أو نصفه ولا يزيد على النصف لأن التقدير ورد بالنصف وهو ما روي أن رسول الله عليه السلام أعطى خيبر لأهلها بالنصف⁴¹⁷ حكمه حكم العشر إلا أنه يوضع موضع الخراج لأنه خراج حقيقة **(ووظيفة ولا يزداد على ما وظّفه عمر رضي الله عنه وهو على كل جريب)** الجريب أرض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون ذراعا بذراع الملك كسرى وأنه يزيد على ذراع العامة بقبضة وهو سبع قبضات **(يبلغه الماء صاع)** مما يزرع فيها **(ودرهم وفي جريب الرطبة خمسة دراهم والكرم والنخل المتصل)** أي الذي يتصل بعضها ببعض على وجه يكون كل الأرض مشغولة به **(عشرة دراهم)** هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه فإنه بعث عثمان بن حنيف رضي الله عنه حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة عليه مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب ووضع ذلك على ما قلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان إجماعا منهم **(وما لم يوظفه عمر رضي الله عنه)** كالأزغران والبستان وغير ذلك **(يوضع عليه بحسب الطاقة)** لأنه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه

⁴¹⁶ قال الزيلعي: ذكر ابن الجوزي هذا الحديث في "الموضوعات"؛ وقال البيهقي: هو حديث باطل، ويحيى متهم بالوضع. نصب الراية،

(ونهايتها نصف الخارج) أي ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لأن التنصيف عين الإنصاف (وينقص من ذلك) أي مما وظّفه عمر رضي الله عنه (عند العجز) بقلة الرّيع (ولا يزداد) عما وظّفه عمر رضي الله عنه (عند الطاقة) بأن كثر ريعها قال عمر رضي الله عنه: "لعلكم حملتُم الأرض ما لا تطيق فقالا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لأطاقن" ⁴¹⁸ فهذا يدل على جواز النقصان وأما الزيادة عند زيادة الرّيع فلا يجوز عند أبي يوسف رحمه الله ويجوز عند محمد رحمه الله

وهذا قول صاحب النظم

"ولا يزداد في خراج الأصل، بكونها مطيقة للفضل،

(وإذا اشترى المسلم أرض الخراج إذا سلم الذمي أخذ منه الخراج) لأنه وظيفة الأرض فلا تتغير بتغير المالك وقد صح أن الصحابة رضي الله عنهم اشتروا أراضي الخراج وكانوا تودون خراجها فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه من المسلم من غير كراهة لما فرغ من بيان الكفر الأصلي شرع في أحكام الكفر العارضي فقال

فصل في بيان أحكام المرتدين

(يحبس المرتد ثلاثة أيام) لأنها مدة ضربت لإبلاء الأعذار قيل هذا إذا استمهل أما إذا لم يستمهل فيقتل من ساعته في ظاهر الرواية (ويعرض عليه الإسلام) قالوا العرض ليس بواجب لأنه بلغته الدعوة والكافر إذا بلغته الدعوة لا تجب أن يعاد عليه ولكنه يستحب ذلك لأن الظاهر إنها ارتد بشبهة دخلت عليه أو ضيم أصابه فيكشف ذلك عنه ليعود إلى الإسلام وهو أهون من القتل وهذا قوله (ويُكشف شبهته) التي وقعت في أمر دينه (فإن أسلم) فهو المراد (وإلا) أي وإن أبى عن الإسلام (قتل) لقوله عليه السلام: "من بدّل دينه فاقتلوه" ⁴¹⁹ ولقوله عليه السلام: "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى معان ثلاث" ⁴²⁰ الحديث والحر والعبد سواء لإطلاق الدليل (فإن قتله أحد قبل العرض لا شيء عليه) لأنه مستحق للقتل بالكفر فلا ضمان عليه فإن قلت يشكل هذا بما إذا قُتل من عليه القصاص قبل القضاء بالقتل يجب القصاص ولا يكون حل دمه للولي

⁴¹⁸ البيهقي، السنن الكبرى، 72 / 12.

⁴¹⁹ البخاري، "الجهاد" 149.

⁴²⁰ البخاري، "الديات" 6.

شبهة قلنا إن دم من عليه القصاص مباح في حق الولي غير مباح في حق غير الولي فأما دم المرتد فمباح في حق الكل فلا شيء بقتله ولا يكون حل دمه للولي شبهة في غير الولي

(وإسلامه أن يأتي بالشهادتين ويتبرأ عن جميع الأديان سوى دين الإسلام أو عما انتقل إليه) لحصول المقصود بذلك فإن عاد فارتد فحكمه كذلك وهكذا أبداً لأننا إنما نحكم بالظاهر قال عليه السلام هلا شققت عن قلبه وكان رسول الله عليه السلام يقبل من المنافقين ظاهر الإسلام ولأن توبته قبلت أول مرة بإظهار الإسلام وأنه موجود فيها بعد فيقبل **(ويزول ملكه)** أي ملك المرتد **(زوالاً مراعى)** والمراد بالزوال المراعى أن يكون أمر الزوال موقوفاً إلى أن يتبين حال المرتد وبيانه في قوله **(فإن أسلم)** المرتد **(عاد ملكه)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول ملكه لأنه مكلف محتاج فيلزم أن يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله أنه كافر مقهور تحت أيدينا مباح الدم وأنه يوجب زوال الملك والمالكية إلا أنه يرجى إسلامه وهو مدعو إليه فتوقفنا في أمره فإن صار كأن لم يكن مسلماً

(وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاظه عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت الديون) التي عليه وقال الشافعي رحمه الله يبقى ماله موقوفاً كما كان لأنه نوع غيبة فأشبه الغيبة في دار إسلام ولنا أنه باللاحق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام لانقطاع ولاية الإلزام كما هي منقطعة عن المولى فصار كالموت إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بقضاء القاضي لاحتمال العود إلينا فلا بد من القضاء ولأنه انقطاع الحقوق باللاحق مختلف فيه فيتوقف حكمه على القضاء بخلافه من المجتهدين فإذا قضى به ثبت موته الحكمي فيترتب عليه أحكام الموت وهي ما ذكرنا كالموت الحقيقي

(ونقلت أكسابه في الإسلام إلى ورثته المسلمين وأكساب الردة فيء) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله كلاهما لورثته وقال الشافعي رحمه الله كلاهما فيء لأنه مات كافراً والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا أمان له فيكون فيئاً ولهما أن ملكه في الكسبين بعد الردة باقٍ عندهما على ما بينا فينتقل بموته إلى ورثته ويستند إلى ما قبيل الردة إذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم المسلم وله أن الاستناد ممكن في كسب الإسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن في كسب الردة لأنه وجد بعدها فلا يتصور استناده إلى ما قبلها

(وتقضى ديون الإسلام من كسب الإسلام وديون الردة من كسبها) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يُقضى من الكسبين لأنهما عندهما ملكه وله أنه يقضى كل دين مما اكتسبه في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم

(وتصرفه في أمواله إن أسلم نفذ وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطل) اعلم أن تصرفات المرتد أربعة أقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاء والطلاق وقبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة ومختلف في توقفه كالبيع والشراء والإعتاق والرهن والهبة والوصية وقبض الديون فعند أبي حنيفة رحمه الله إن أسلم نفذت وإن مات أو قُتل أو لحق بدار الحرب بطلت وعندهما هي جائزة وهو بناء على اختلافهم في ملكه على ما بينا والمسئلة حقها الكتب المبسوطة **(وإن عاد مسلماً فما وجده في يد وارثه من ماله أخذه)** أي وإن عاد المرتد إلى دار الإسلام مسلماً بعد الحكم بلحاظه فما وجده في يد وارثه من ماله بعينه أخذه ولكن إنما يعود إلى ملكه بقضاء أو رضا وهذا لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه وإذا عاد مسلماً احتاج إليه فيقدم عليه بخلاف ما إذا أزاله الوارث عن ملكه وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه لأن القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض وإنما قلنا بعد الحكم بلحاظه لأنه لو عاد المرتد مسلماً قبل القضاء به جُعل كأن لم يلحق وكأنه لم يزل مسلماً فيأخذ ما يأخذ من ماله بغير قضاء ورضا ويضمن ما أتلّفه

(وإسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال زفر والشافعي رحمهما الله إسلامه ليس بإسلام وارتداده ليس بارتداد وقال أبو يوسف رحمه الله وإسلامه إسلام وارتداده ليس بارتداد وإنما قيد الصبي بالعاقل لأن الصبي الغير العاقل لا يصح ارتداده والحجج تعرف في الكافي والهداية **(ويجبر على الإسلام)** والجبر أعم من أن يكون بالحبس أو بالتهديد وإنما يجبر لما فيه من النفع له

(ولا يقتل) لأنه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مريحة عليهم **(والمرتدة لا تقتل)** وقال الشافعي رحمه الله تقتل لإطلاق من بدّل دينه فاقتلوه ولنا أن النبي عليه السلام نهي عن قتل النساء⁴²¹ ولم يفصل بين المرتدة والكافرة الأصلية ولأن كفرها الأصلي لا يبيح دمها لأنها ليست من أهل القتال فكذلك الكفر الطاري **(وتحبس وتضرب في كل يوم حتى تسلم)** لأنها امتنعت عن إيفاء حق الله بعد الإقرار فتجبر على إيفاء بالحبس

⁴²¹ البخاري، "الجهاد" 146.

كما في حقوق العباد وتضرب مبالغة في الكل على الإسلام ولأنه لم يجز قتلها وقد ⁴²² جريمة عظيمة ولا حد فيها فتعزر **(ولو قتلها إنسان لا شيء عليه)** ويعزر لإطلاق الأذن من صاحب الشرع **(وتصرفها في مالها جائز)** إن كانت في دار الإسلام لأنها تصرفت في خالص حقها لأن عصمة المال تبع عصمة النفس وعصمة نفسها لم تزل وبعد اللحاق زالت عصمة نفسها ولهذا لا تسترق ما دامت في دار الإسلام لأن دار الإسلام ليست بدار استرقاق **(وإن لحقت أو ماتت فكسباها لورثتها)** إذ ملكها ثابت فيهما لما بينا فينتقلان إلى ورثتها لما فرغ من بيان الجهاد مع الكفار شرع في بيان الجهاد مع المسلمين فقال

فصل في البغاة

وهي جمع الباغي كالغزاة جمع الغازي وهم قوم من المسلمين خرجوا من طاعة الإمام الحق ظاهرين أنهم على الحق والإمام على الباطل متمسكين في ذلك بتأويل فاسد فإن لم يكن له تأويل فحكمهم حكم اللصوص **(إذا خرج قوم من المسلمين عن طاعة الإمام وتغلبوا على بلد دعاهم) الإمام (إلى) العود (إلى الجماعة وكشف شبهتهم)** لأن عليا رضي الله عنه بعث ابن عباس رضي الله عنه يدعو حرورا وناظرهم قبل قتالهم ويستحب ذلك لأنه أهون الأمرين فلعلهم أن يرجعوا به فإن رجعوا أو أجابوا تمّ المراد وحصل الالتيام وإن قالوا فعلنا لظلمك فالإمام يمتنع عن الظلم ولو لم يمتنع وقتلهم فالتام لا يعينون الإمام ولا البغاة وإن قالوا فعلنا لأن الحق معنا وادعوا الولاية فله أن يقتلهم وعلى الناس أن يعينوه **(ولا يبدأهم بقتال)** لأنهم مسلمون **(فإن بدؤوهم قاتلهم) الإمام (حتى يفرق جمعهم)** قال الله تعالى ﴿فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي﴾ ⁴²³ الآية ولأنهم ارتكبوا معصية بمخالفة الجماعة فيجب صدّهم عنها **(فإن اجتمعوا وتعمسكروا بدأهم)** دفعا لشركهم ولأن في تركهم تقوية لهم تمكيننا من أذى المسلمين ثم إذا قاتلهم **(فإن كان لهم فئة)** أي جماعة **(أجهز على جريحهم)** أي أسرع قتله وأتمه **(واتّبع مولاهم)** لأن الواجب أن يقتلهم حتى يعودوا إلى الحق قال الله تعالى: "حتى تفيئ إلى أمر الله" ⁴²⁴ أي حتى ترجع وإذا كان لهم فئة ينحازون إليها لا تزول بغيتهم لأنهم ينحازون إلى فئة ممتنعة من البغاة فيعودون إلى القتال وإن لم يكن له فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتّبع على مولاهم

⁴²² ارتكبت

⁴²³ سورة الحجرات، الآية: 9.

⁴²⁴ سورة الحجرات، الآية: 9.

لاندفاع الشر دونه **(ولا يسى لهم ذريتهم ولا يغنم لهم ما لهم)** لأنهم مسلمون والإسلام عاصم **(ويحبسها)** أي ويحبس الإمام أموالهم **(حتى يتوبوا فردها عليهم أما الحبس)** فلدفع شرهم بكسر شوكتهم وأما الرد بعد التوبة فلزوال الموجب للحبس **(ولا بأس بالقتال بسلاحهم وكراعهم عند الحاجة)** إليه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وذلك قول صاحب النظم

"وخيل أهل البغي والسلاح، لنا بها قتالهم جناح"

له أن مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به إلا برضاه ولنا أن عليا كرم الله وجهه قسم السلاح فيما بين الصحابة رضي الله عنهم بالنصرة⁴²⁵ وكانت قسمته للحاجة لا للتملك ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي أولى والمعنى فيه الحاق الضرر الأدنى لدفع الأعلى **(وما جباه البغاة)** أي أخذه وجمعه البغاة **(من العشر والخراج لم يأخذه الإمام ثانيا)** لأن الإمام لم يجمعهم والجباية بالحماية **(فان صرفوه في وجهه)** فقد وصل الحق إلى المستحق **(والا)** أي وان لم يصرفوه في وجهه **(أفتى أهله أن يعيدوه فيما بينهم وبين الله تعالى)** لأنه ما يصل إلى مستحقه وفي زكاة الهداية⁴²⁶ وإذا أخذ الخوارج وصدقه السوائم لا شيء عليه وأفتوا بان يعيدوا الصدقة دون الخراج لأنهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة والزكاة مصرفها الفقراء ولا يصرفونها إليهم **(وإذا قتل العادل الباغي ورثه وكذلك أن قتله الباغي وقال أنا على حق وان قال أنا على باطل لم يرثه)** لأنه قتله بغير حق ولا تأويل وقال أبو يوسف رحمه الله لا يرث الباغي العادل في الوجهين لأنه قتل بغير حق فيتعلق به حرمان الإرث كغير الخاطئ ولنا إجماع الصحابة على نحو ما قلنا

كتاب الكراهية

يقال كرهت الشيء كراهية فهو مكروه إذا لم تُردّه ولم ترضه وسماه القدوري في مختصره بالخطر والإباحة لأن الخطر المنع والإباحة الإطلاق وفيه بيان ما منع منه الشرع وما أباحه وسماه بعضهم الاستحسان لأن فيه بيان ما حسنه الشرع وما قبحه وبعضهم يسميه كتاب الزهد **(المكروه عند محمد رحمه الله حرام)** إلا أنه لما لم يجد فيه نصا لم يطلق عليه الحرمة

⁴²⁵ في المختار، بالبصرة،

⁴²⁶ يعني في كتاب الزكاة في الهداية

(وعندهما إلى الحرام أقرب) لتعارض الأدلة فيه وتغليب جانب الحرمة لقوله عليه السلام: "ما اجتمع الحلال والحرام إلا وقد غلب الحرام الحلال"⁴²⁷ قالوا معناه دليل الحل ودليل الحرمة **(النظر إلى العورة)** مطلقا سواء كانت عورة الأجنبية أو الأجنبية **(حرام)** الأصل فيه قوله تعالى ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم﴾⁴²⁸ وقوله تعالى ﴿وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن﴾⁴²⁹ الآية معناه يسترنها من الانكشاف لئلا ينظر إليها الغير نقلا عن المفسرين وقال عليه السلام: "ملعون من نظر إلى سواة أخيه"⁴³⁰

(إلا عند الضرورة) فالضرورات تبيح المحظورات ألا ترى أن الله تعالى أباح شرب الخمر وأكل الميتة ولحم الخنزير ومال الغير حالة المخمصة **(كالطبيب والخاتن والخافضة للجارية)** كالختن للغلام وجارية مخفوضة أي محتونة **(والقابلة وقد بينا العورة في كتاب الصلاة)** وهي ما تحت سرته إلى ركبته والسرة ليست بعورة والركبة عورة **(وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا العورة)** لأن المنهي عنه النظر إلى العورة دون غيرها وعليه الإجماع وقد قبل أبو هريرة رضي الله عنه سُرة الحسن بن علي رضي الله عنه وقال: "هذا موضع قبّله رسول الله عليه السلام"⁴³¹ وقال عليه السلام لجرهد: "وَارِ رُكْبَتَكَ أما علمت أن الركبة عورة"⁴³²

(وتنظر المرأة من المرأة والرجل إلى ما ينظر الرجل من الرجل) أما جواز المرأة فلانعدام الشهوة غالبا وللضرورة في الحمامات وغيرها وأما نظرها إلى الرجل فلاستوائهما في إباحة النظر إلى ما ليس بعورة ولأن الرجال يمشون بين الناس بإزار واحد **(وينظر) الرجل (من زوجته وأمته التي تحل له إلى جميع بدنها)** الأصل فيه قوله عليه السلام: "غُضَّ بصرُك إلا عن زوجتك وأمتك"⁴³³ لأن ما فوق ذلك من المس والغشيان مباح

⁴²⁷ عبد الرزاق، المصنف، 7 / 199.

⁴²⁸ سورة النور، الآية: 30.

⁴²⁹ سورة النور، الآية: 31.

⁴³⁰ عبد الرزاق، المصنف، 7 / 194.

⁴³¹ ابن حبان، الصحيح، 15 / 420.

⁴³² لم أجد بهذا اللفظ. لفظ الحديث هكذا "هَرَّ عليك أما علمت أن الفخذ عورة" أحمد، 3 / 478؛ أبو داود بلفظ: "كان جرهد من أصحاب الصفة أنه قال: جلس رسول الله عليه السلام عندنا وفخذي منكشفة فقال: أما علمت أن الفخذ عورة؟" "الحمام" 1.

⁴³³ ابن ماجه، "النكاح" 28.

فالنظر أولى إلا أن الأفضل أن ينظر⁴³⁴ كل واحد منهم إلى عورة صاحبه لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "قُبِضَ رسول الله عليه السلام وما رأى ما مني وما رأيت ما منه"⁴³⁵ أي ما رأى عورتي وما رأيت عورته ولقوله عليه السلام: "إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير"⁴³⁶ ولأنه يورث النسيان لورود الأثر به وكان ابن عمر رضي الله عنه يقول الأولى أن ينظر ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة **(وينظر من ذوات محارمه وأمة الغير إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين)** الأصل فيه قوله تعالى ﴿ولا يبدین زینتهن إلا لبعولتهن﴾⁴³⁷ الآية والمراد مواضع الزينة بطريق حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه ومواضع الزينة ما ذكره في الكتاب فالرأس موضع الإكليل والصدر موضع الوشاح والعضد الدمليج والساق موضع الخلخال ويدخل في ذلك الساعد والذراع والأذن والشعر والعنق والقدم لأن كل ذلك موضع الزينة بخلاف البطن والظهر والفخذ لأنها ليست مواضع الزينة **(ولا بأس بأن تمس ما يجوز النظر إليه إذا أمن الشهوة)** لأن المسافرة معهن حلال بالنص ويحتاج في السفر إلى مسهن في الإركاب والإنزال وعن رسول الله عليه السلام أنه كان إذا قدم من مغازيه قبل رأس فاطمة رضي الله عنها وعن أبي بكر رضي الله عنه قبل رأس عائشة رضي الله عنها ولأن المحرم لما كان لا يُشْتَهَى على عادة حلّت له محل الرجل وقيد بقوله إذا أمن الشهوة لأنه إذا لم يأمن ينبغي أن يغضّ بصره فإن من وقع حول الحمى يوشك أن يقع فيه

(ولا ينظر إلى الحرة الأجنبية إلا إلى الوجه والكفين إن لم يخف الشهوة) لقوله تعالى ﴿ولا يبدین زینتهن إلا ما ظهر منها﴾⁴³⁸ قال عليّ وابن عباس رضي الله عنهما: "ما ظهر من الكحل والخاتم"⁴³⁹ والمراد موضعها وهو الوجه والكف كما مر أن المراد بالزينة المذكورة موضعها ولأن في إبداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذًا وإعطاء وهذا صريح على أنه لا يباح النظر إلى قدمها وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه

⁴³⁴ أن لا ينظر

⁴³⁵ الطبراني، بلفظ: "ما رأيت عورة رسول الله صلى الله عليه وسلم قط" المعجم الأوسط، 3/ 107.

⁴³⁶ ابن ماجه، "النكاح" 28.

⁴³⁷ سورة النور، الآية: 30

⁴³⁸ سورة النور، الآية: 30

⁴³⁹ ابن أبي شيبة، المصنف، 3/ 541.

يباح لأن فيه بعض الضرورة **(فإن خافها)** أي فإن خاف الشهوة **(لا يجوز)** النظر إلى الوجه لإطلاق قوله عليه السلام: "من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صُبَّ في عينه الآنك يوم القيامة"⁴⁴⁰ **(إلا للحاكم والشاهد)** فإنه يجوز للحاكم إذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد إذا أراد الشهادة عليها النظر إلى وجهها وإن خاف أن يشتهي للحاجة إلى إحياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة **(ولا يجوز أن يمس ذلك)** أي وجه الأجنبية وكفها **(وإن أمن الشهوة)** لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لأن فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام: "من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع كفه جمرة يوم القيامة"⁴⁴¹

(والعبد مع سيده كالأجنبي) لأن خوف الفتنة منه مثلها من الأجنبي وبل أكثر لكثرة الاجتماع والنصوص الحرمة مطلقة والمراد من قوله تعالى: "أو ما ملكت أيمانهم"⁴⁴² الإيلاء دون العبد قال الحسن **(والفحل والخصي والمجبوب سواء)** لقول عائشة رضي الله عنها الخضاء مثله فلا يبيح ما كان حراما قبله ولأنه فحل يجامع وكذا المجبوب لأنه يساحق وينزل فلا تؤمن الفتنة كالفحل **(ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أو شيئا منه أو يعانقه)** وقال أبو يوسف رحمه الله لا بأس بالتقبيل والمعانقة وذلك قول صاحب النظم

"وليس بالعناق والتقبيل، بأس هذان من التبجيل"

له ما روي أنه عليه السلام: "عانق جعفر حين قدم من الخبشة وقبّل بين عينيه"⁴⁴³ ولهما ما روي أنه عليه السلام نهى عن المكامعة⁴⁴⁴ وهي المعانق ومن المكامعة وهي التقبيل وما رواه محمود على قبل التحريم **(ولا بأس بالمصافحة)** فإنها سنة قديمة متوارثة بين المسلمين من لدن الصدر الأول إلى يومنا هذا قال عليه السلام: "من صافح أخاه المسلم وحرّك يده تناثرت ذنوبه"⁴⁴⁵

⁴⁴⁰ قال الزيلعي: قلت غريب. نصب الراية، 4/ 540.

⁴⁴¹ قال الزيلعي: غريب. 4/ 540.

⁴⁴² سورة المعارج، الآية: 30.

⁴⁴³ أبو داود، "الأدب" 145، 146. البيهقي، السنن الكبرى، 10/ 284.

⁴⁴⁴ أبو داود، "اللباس" 8.

⁴⁴⁵ أبو داود، بلفظ: "ما من مسلمين يلتقيان فيتصافحان إلا غُفر لهما أن يتفرقا" "الأدب" 142، 141.

(ولا بأس بتقبيل يد العالم والسلطان العادل) لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يقبلون أطراف رسول الله عليه السلام ولو لم يكن جائزا لما تركهم أن يفعلوا ذلك **(ويحل للنساء لبس الحرير ولا يحل للرجال)** لما روي عدة من الصحابة رضي الله عنهم فيهم عليّ كرم الله وجهه أن النبي عليه السلام خرج ويأحدي يديه حرير وبالأخرى ذهباً وقال: "هذان حرامان على ذكور أمتي حلّان لإناثها"⁴⁴⁶ **(إلا مقدار أربعة أصابع كالعلم)** لما روي أنه عليه السلام نهي عن لبس الحرير إلا موضع إصبعين أو ثلاثة أو أربعة⁴⁴⁷ أراد الأعلام ولأن الناس اعتادوا لبس الثياب وعليها الأعلام في سائر الأزمان والمعنى فيه أنه تبع للثوب فلا حكم له **(ولا بأس بتوسده)** الوسادة المخذة قد وسد به الشيء فتوسد إذا جعلته تحت رأسك **(وافتراشه)** وقالوا رحمهما الله يكره لعموم النهي وذلك قول صاحب النظم

"توسّد الديباج والحرير، والافتراش جائز التعريف" وله ما روي أنه عليه السلام جلس على مرفقة حرير⁴⁴⁸ وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنه مرفقة حرير ولأن القليل من الملبوس مباح كالأعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموزجا كذا في الهداية يعني أن القليل من المستعمل لما كان معفوا فكذا القليل من الاستعمال على جهة الإهانة كما في التصاوير على البساط فإنه يجوز الجلوس عليه ولا يجوز لبس التصاوير

(ولا بأس بلبس ما سداه إبريسم ولحمته قطن أو خزّ) ولأن الثوب بالنسج والنسج باللحمة فتعتبر اللحمة دون السدا فما كان سداه حريرا ولحمته غيره يجوز لبسه في الحرب وغيره بالإجماع وما كان بالعكس يجوز في الحرب خاصة بالإجماع أيضا للضرورة لأنه أدفع لمضرة السلاح وأهيب في عين العدو لبريقه وقال أبو يوسف وقال محمد رحمهما الله لبس الحرير في الحرب جائز لما روى الشعبي رحمه الله أن النبي عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج⁴⁴⁹ ولأنه أدفع لمضرة السلاح وأهيب في عين العدو فمست الحاجة إليه وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز لعموم النهي والحرام لا يحل إلا للضرورة وقد اندفعت بالمخلوط وما رواه محمول على

⁴⁴⁶ ابن ماجه، "اللباس" 19.

⁴⁴⁷ مسلم، "اللباس" 12.

⁴⁴⁸ مسلم، "اللباس" 96.

⁴⁴⁹ ابن ماجه، "الجهاد" 21.

المخلوط ولحمة الثوب بالفتح والضم يقال في المثل **أُحْمُ ما سديت أي أتمم ذلك الذي شرعت فيه وهذا مثل يضرب لأجل الإتمام بعد الشروع في الأمر والخز اسم دابة تعيش في الماء ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خَزاً بالفارسية إبرسيم جانور در دريا**

(ويجوز للنساء التحلي بالذهب والفضة ولا يجوز للرجال) لما روينا من الحديث إلا الخاتم بفتح التاء **(والمنطقة والحلية السيف من الفضة وكتابة الثوب من ذهب أو فضة وشد الأسنان بالفضة)** أما الخاتم والمنطقة وحلية السيف فلما روي أنه عليه السلام أجاز ذلك وقد كان له خاتم نقشه محمد رسول الله محمد سطر ورسول الله سطر⁴⁵⁰ ونهي عليه السلام عن التختم بالذهب⁴⁵¹ ثم التختم بالفضة سنة لمن يحتاج إليه كالسلطان والقاضي ومن معناهما ومن لا حاجة إليه فتركه أفضل ويكره التختم بالحديد والصُّفْر للرجال والنساء لأنه حلية النار وقد نهى عنه وأما كتابة الثوب فلما بينا في العلم الحرير وكرهه أبو يوسف رحمه الله بناء على اختلافهم في الإناء المفضض وأما شد الأسنان فمذهب أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يجوز بالذهب أيضاً وهذا قول صاحب النظم

"ولا تشدّ سنه بالذهب، وجوّزا في وصل أنف بذهب"

لهما أن العرفجة أصيب أنفه يوم كلاب فاتخذ أنفا من فضة فأنتن فأمره رسول الله أن يتخذ أنفا من ذهب وله أن الضرورة في الأسنان يندفع بالأدنى وهو الفضة ولا كذلك في الأنف فافترقا

(ويكره أن يلبس الصبي الذهب والحرير) لأنه لما حرم اللبس حرم الإلباس كالخمر لما حرم شربه أي حرم سقيه **(ولا يجوز استعمال آنية الذهب والفضة للرجال والنساء)** أي لا يجوز الأكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام: "من شرب من إناء الذهب والفضة إنما يجرّج في بطونه نار جهنم"⁴⁵² وإذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان وغيره لأنه في معناه

(ولا بأس بآنية العقيق والبلور والزجاج والرصاص) وقال الشافعي رحمه الله يكره لأنه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لأنه ما كان من عادتهم التفاخر لغير الذهب والفضة

⁴⁵⁰ البخاري، "اللباس" 52؛ مسلم، "اللباس" 55.

⁴⁵¹ البخاري، "اللباس" 45؛ مسلم، "اللباس" 31.

⁴⁵² مسلم، "اللباس" 2.

(ويجوز الشرب في إناء المفضض) أي المرصع بالفضة والتفضيض سيم كوفت كردن

(والجلوس على السرير المفضض) وهذا إذا كان يتقى موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الأخذ وفي السرير موضع الجلوس وقال أبو يوسف رحمه الله يكره ذلك لأنه إذا استعمل جزءاً من الإناء استعمل كله فيكره كما إذا استعمل موضع الذهب والفضة وله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب

فصل في الاحتكار

وهو مصدر احتكرت الشيء إذا جمعته وحبسته والاسم الحكرة بضم الحاء وقيل هو افتعال من حكر إذا ظلم وفي الشرع حبس الطعام للغلاء ومدة الاحتكار قيل سنة وقيل شهر ولا يكون محتكراً بأقل من شهر **(ويكره احتكار أقوات آدميين)** كالحنطة والشعير **(والبهائم)** كالتبن والقت **(في موضع يضر بأهله)** الأصل فيه قوله عليه السلام: "الجالب مرزوق والمحتكر ملعون"⁴⁵³ ولأن فيه تضيقاً على الناس فيكره وهذا إذا كان في موضع يضر بأهله بأن كانت البلدة صغيرة فإن لم يضر بأهله بأن كان في مصر كبير فلا يكره لأنه حابس ملكه من غير إضرار بغيره وتخصيص الاحتكار بالأقوات قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله كل ما أضرَّ بالعامّة فحبسه فهو احتكار وإن كان ذهباً أو فضة أو ثوباً وعن محمد رحمه الله لا احتكار في الثياب **(ولا احتكار في غلة ضيعته ولا ما جلبه)** من بلد آخر أما الأول فلأنه خالص حقه ولم يتعلق به حق العامة ألا ترى أن له ألا يزرع فكذلك له ألا يبيع وأما الثاني فالمذكور قول أبي حنيفة رحمه الله لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمع في المصر وجلب إلى فنائها وقال أبو يوسف رحمه الله يكره لإطلاق ما روي

(وإذا رفع إلى القاضي حال المحتكر يأمره ببيع ما يفضل عن قوته وعياله) أي وعن قوت عياله لأنه في مقدار قوته وقوت عياله غير محتكر وبترك قوتهم على اعتبار السعة **(فإن امتنع)** المحتكر عن بيع ما يفضل عن قوته وقوت عياله **(باع عليه)** دفعاً للضرر عن الناس **(ولا ينبغي للسلطان أن يُسعر على الناس)** لقوله عليه السلام: "لا تسعروا فإن الله تعالى هو المسعر القابض الباسط الرزاق"⁴⁵⁴

⁴⁵³ ابن ماجه، "التجارات" 6؛ الدارمي، "البيع" 12.

⁴⁵⁴ أبو داود، "الإجارة" 49؛ ابن ماجه، "التجارات" 27.

(إلا أن يتعدى أرباب الطعام تعديا فاحشا في القيمة فلا بأس بذلك بمشورة أهل الخبرة) لأن فيه صيانة حقوق المسلمين (ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمرًا) لأن المعصية لا يقوم بعينه بل بعد تغيره وفي كتاب الأشربة للإمام السرخسي رحمه الله ولا بأس ببيع العصير ممن يتخذه خمرًا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يكره وعلى هذا بيع العنب وبيع الكرم لا بأس به وفي أنوار الشافعي رحمه الله وكره بيع العنب ممن يتوهم أنه يتخذ خمرًا وحرم ممن يتحقق منه كبيع الأمرد ممن عرف باللواط (ومن حمل خمر الذمي طاب له الأجر) عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يكره ذلك لأنه إعانة على المعصية وفي الحديث: "لعن الله في الخمر عشرة" ⁴⁵⁵ وعدّ منهم حاملها وله أن المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به ومحمل الحديث الحمل لقصد المعصية حتى لو حملها للإراقة أو للتخليل جاز (ولا بأس ببيع السّرقين) لأنه منتفع به إذ هو يلقي في الأرض لاستكثار الربيع فكان مالا والمال محل البيع بخلاف العذرة فإنه لا ينتفع بها إلا بعد الخلط وبعد الخلط يجوز بيعها هو المختار (ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع أرضها) وقالوا رحمهما الله لا بأس ببيع أرضها وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص بها فصار كالبناء وله قوله عليه السلام: "مكة حرام لا يباع رباعها ولا يورث" ⁴⁵⁶ ولأنها حرة محترمة لأنها فناء الكعبة وقد ظهر أثر التعظيم فيها حتى لا ينقّر صيدها ولا يختل خلها ولا يعصّد شوكتها فكذا في حق البيع بخلاف البيع لأنه خالص ملك الباني

(ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات إلا قول العدل حرا كان أو عبدا) ذكرا أو أنثى ووجه الفرق أن المعاملات يكثر وجودها فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي إلى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان أو فاسقا كافرا كان أو مسلما عبدا كان أو حرا ذكرا كان أو أنثى أما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز أن يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل إلا قول المسلم العدل لأن الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له أن يلزم المسلم بخلاف المعاملات لأن الكافر لا يمكنه المقام في دارنا إلا بالمعاملة ولا يتهيأ له المقام إلا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة كذا في الهداية وهل يقبل قول المستور ففيه روايتان ثم إن

⁴⁵⁵ أبو داود، "الإشارة" 2.

⁴⁵⁶ الدارقطني، السنن، 2/ 656.

المعاملات كالأخبار بالذبيحة والوكالة والهبة والهدية والإذن ونحو ذلك والديانات كالأخبار بجهة القبلة وطهارة الماء **(ويقبل في الهدية والإذن قول الصبي والعبد والأمة)** وذلك في الهدية بأن يقول الصبي أو العبد هذا هدية هده فلان إليك وفي الإذن بأن يقول أذن لي وليي أو مولاي في التجارة فإنه يجوز البيع والشراء وكذلك بقول الأمة دفعني مولاي لك يصح قولها ويحل وطئها وإنما يقبل شهادتهم فيهما للحاجة إلى ذلك وعليه الناس من لدن الصدر الأول إلى يومنا **(ويعزل عن أمته بغير إذنها وعن زوجته بإذنها)** لأنه عليه السلام نهي عن العزل عن الحرة إلا بإذنها وقال لمولى الأمة: "عزل عنها إن شئت" ⁴⁵⁷

(ويكره استخدام الخصيان) لأن الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنع وهو مثله محرمة **(واللعب بالنرد والشطرنج وكلّ هو)** لأنه إن قامر فهو ميسرٌ وإلا فهو عبث وهو والكل حرام وقال عليه السلام: "كل لعب ابن آدم حرام إلا ثلاث ملاعبة الرجل امرأته ورُمِيَّه عن قوسه وتأديبه فرسه" ⁴⁵⁸ وقال عليه السلام لست من ددٍ ولا الدد مني وددٌ بالتخفيف كيد هو اللعب **(ووصل الشعر بشعر آدمي)** أي يكره ذلك لقوله عليه السلام: "لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة" ⁴⁵⁹ فالواصلة التي توصل شعرها بشعر آخر والمستوصلة التي توصل لها ذلك بطلبها والواشمة التي تشم في الوجه أو الذراع وهو أن يغرز الجلد بإبرة ثم يحشَى بكحل أو نيل فيزرق والمستوشمة التي يفعل ذلك بطلبها

(وإن يدعو الله إلا به) أي ويكره أن يدعو الله تعالى إلا به فلا يقول في دعائه أسألك بفلان وأسألك بحق أنبيائك ورسلك لأنه لا حق للمخلوق على الخالق **(ويقول في دعائه أسألك بمعقد العز من عرشك)** أي يكره أن يدعو الله تعالى هكذا وللمسئلة عبارتان الأولى هذه والثانية مقعد العز بتقديم القاف على العين ولا شك في كراهة الثانية لأنه من القعود وكذا الأولى في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا بأس به وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله وهذا قول صاحب النظم "ومعقد العز العرش إذا، دعا به المرء فلا بأس بذا" له أنه مأثور عن النبي عليه السلام روي أنه كان من دعائه: "اللهم إني أسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى

⁴⁵⁷ مسلم، "النكاح" 134.

⁴⁵⁸ أبو داود، "الجهاد" 23.

⁴⁵⁹ مسلم، "اللباس" 119؛ أبو داود، "الترجل" 5.

الرحمة من كتابك وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك التامة"⁴⁶⁰ وجه الظاهر أنه يوهم تعلق عزه بالعرش والعرش محدث وصفات الله تعالى جميعها قديمة فكان الاحتياط في الإمساك عنه وما رواه خبر واحد لا يترك به الاحتياط **(واستماع الملاهي حرام)** كالضرب بالقضيب والدفع والمزمار وغير ذلك لما روي أنه عليه السلام قال: "استماع الملاهي معصية والجلوس عندها فسق والتلذذ بها من الكفر"⁴⁶¹ أي والتلذذ بالنعمة من الكفر وهذا خرج مخرج التهديد والتشديد وتغليظ الذنب فإن سمعه بغتة يكون معذورا ويجب أن يجتهد أن يسمعه⁴⁶² لما روي أنه عليه السلام أدخل إصبعيه في أذنيه لئلا يسمع صوت الشباب⁴⁶³

(ويكره تعشير المصحف ونقطه) لقول ابن مسعود رضي الله: "جرّدوا القرآن"⁴⁶⁴ ويروى "جرّدوا المصاحف" وفي التعشير والنقط ترك التجريد والتعشير هو سردن آيت نشان كردن وقال الإمام خوهر زاده رحمه الله وإنما قال جرّدوا لأنه لو أعرب يكون فيه ترك القراءة الأخرى كما في قوله لما صبروا يجوز التشديد وبدون التشديد بكسر اللام هذا

(ولا بأس بتحليلته) أي بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه **(ونقش المسجد)** لأن في ذلك ترغيب الناس إلى الجماعة وتعظيم بيت الله تعالى **(ولا بأس بدخول الذمي المسجد الحرام)** وقال الشافعي رحمه الله يكره وهذا قول صاحب النظم

"ويُمنع الذمي ذو الإجرام، عن اقتراب المسجد الحرام"

له قوله تعالى ﴿إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا﴾⁴⁶⁵ ولأن الكافر لا يخلو عن جنابة والجنب يجنب المسجد ولنا ما روي أنه عليه السلام أنزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار⁴⁶⁶ ولأن الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي إلى تلوّث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء أو طائفتين عراً كما كانت عادتهم

⁴⁶⁰ قال الزيلعي ناقلا عن ابن الجوزي هذا حديث موضوع بلا شك. نصب الراية، 4/ 584.

⁴⁶¹ لم أجد في المصادر الصحيحة.

⁴⁶² ألا يسمعه

⁴⁶³ أبو داود، "الأدب" 60.

⁴⁶⁴ ابن أبي شيبة، المصنف، 2/ 241.

⁴⁶⁵ سورة التوبة، الآية: 28.

⁴⁶⁶ ابن ماجه، "الصيام" 52؛ البيهقي، السنن الكبرى، 3/ 471.

في الجاهلية **(ولا بعبادته)** أي ولا بأس بعبادة الذمي لأنه نوع برٍّ وما نُهيينا عن ذلك وصح أنه عليه السلام عاد يهوديا مرض في جواره⁴⁶⁷ **(والسنة تقليم الأظفار ونتف الإبط وحلق العانة)** وهذه من سنن الخليل صلوات الله عليه وفعلها نبينا عليه السلام وأمر بها **(والشارب)** أي والسنة حلق الشارب **(وقصه)** أي **(وقص الشارب حسن)** وإنما كان حلق الشارب سنة لقوله عليه السلام أحفوا الشارب والإحفاء الاستئصال وروي جزوا الشارب وإنما كان قصه حسنا لأن فيه تحسينه فيستحسن قال في الخلاصة وينبغي أن يأخذ الرجل من شاربته حتى يوازي الطرف الأعلى من الشفة العليا ويصير مثل الخاصب **(ولا بأس بدخول الحمام للرجال والنساء إذا أتزر وغضّ بصره)** أما جواز دخول الحمام فلتوارث الناس ذلك من غير تكبر وفيه النظافة والزينة وأما اتخاذ الإزار فلا إقامة وجوب الستر وأما غض البصر فلا احتراز عن الوقوع في المحرم

فصل

(يجوز المسابقة على الأقدام والخيول والبغال والحمير والإبل وبالرمي) الأصل فيه قوله عليه السلام: "لا سبق إلا في خف أو نصل أو حافر"⁴⁶⁸ والمراد بالخف الإبل والنصل الرمي وبالحافر الفرس والبغل والحمير وعن الزهري رحمه الله أنه قال: "كانت المسابقة بين أصحاب رسول الله عليه السلام في الخيل والركاب"⁴⁶⁹ والأرجل ولأنه مما يحتاج إليه في الجهاد وكل ما هو من أسباب الجهاد فتعلمه مندوب إليه **(فإن شرط فيه)** أي في السبق وفي بعض النسخ "فيها" أي في المسابقة **(جُعِلَ من واحد الجانبين أو ثالث لأسبقهما فهو جاز)** وذلك مثل أن يقول أحدهما لصاحبه إن سبقتني أعطيتك كذا وإن سبقتك لا آخذ منك شيئا أو يقول الثالث أيكما سبق فله كذا أو يقول للرامي أيكما أصاب الهدف فله كذا وإنما جاز في هذين الوجهين لأنه تحريض على تعليم الجهاد ولقوله عليه السلام: "المسلمون عند شروطهم"⁴⁷⁰ وهذا استحسان والقياس ألا يجوز لأنه تعليق المال بالخطر **(فإن شرط)** جُعِلَ **(من الجانبين فهو قمار)** وهو حرام بالنص

⁴⁶⁷ البخاري، "الجنائز" 80.

⁴⁶⁸ ابن ماجه، "الجهاد" 44؛ الترمذي، "الجهاد" 22.

⁴⁶⁹ ابن أبي شيبة، المصنف، 6/532.

⁴⁷⁰ البخاري، "الإجارة" 14؛ أبو داود، "الأفضية" 12.

(إلا أن يكون بينهما محلل بفرس كفي) بالتشديد أي نظير (لفرسهما) يتوهم سبقه لهما (إن سبقهما أخذ منهما) الجُعْل (وإن سبقاه لم يعطهما) شيئاً (وفيا بينهما أيهما سبق أخذ من صاحبه) وإنما جاز ذلك لأن المحلل خرج من أن يكون قماراً فيجوز وإنما قيد بفرس كفي لهما لأنه لو لم يكن الفرس المحلل مثلها لا يجوز لأنه لا فائدة في إدخاله بينهما فلا يخرج من أن يكون قماراً (وعلى هذا التفصيل إذا اختلف فقيهان في مسألة وأراد الرجوع إلى شيخ وجعل على ذلك جُعلاً) لأن في ذلك حثاً على العلم والدين يقوم بالعلم كما يقوم بالجهاد فلما جاز في الجهاد جاز في العلم

فصل في الكسب

الأصل فيه قوله عليه السلام: "طلب الكسب فريضة على كل مسلم"⁴⁷¹ ولأنه لا يتوصل إلى إقامة الفرض إلا به فكان فرضاً لأنه لا يتمكن من أداء العبادات إلا بقوة بدنه بالقوت عادة وخلقة قال الله تعالى ﴿وما جعلناهم جسداً لا يأكلون الطعام﴾⁴⁷² وتحصيل القوت بالكسب ولأنه يحتاج في الطهارة إلى آلة الاستقاء والآنية ويحتاج إلى الصلاة إلى ما يستر عورته وكل ذلك إنما يحصل عادة بالكسب والرسول عليهم السلام كانوا يكسبون فآدم عليه السلام زرع الحنطة ونوح عليه السلام كان نجاراً وإبراهيم عليه السلام كان بزازاً ودود عليه السلام كان يصنع الدرع وسليمان عليه السلام يصنع المكاتل من الخوص وزكريا عليه السلام كان نجاراً ونبينا محمد عليه السلام رعى الغنم وكان الصديق رضي الله عنه بزازاً وعمر رضي الله عنه يعمل في الإديم وعثمان رضي الله عنه كان تاجراً وعلي رضي الله عنه كان يكتسب ولا يلتفت إلى جماعة أنكروا ذلك وقعدوا في المساجد أعينهم طامحة وأيديهم مادية إلى ما في أيدي الناس يُسَمُّون أنفسهم المتوكلة وليسوا كذلك يتمسكون بقوله تعالى ﴿وفي السماء رزقكم وما توعدون﴾⁴⁷³ وهم بمعنى الآية وتأويلها جاهلون فإن المراد به المطر الذي هو سبب إثبات الرزق ولو كان الرزق ينزل علينا من السماء لما أمرنا بالاكْتِسَاب والسعي في الأسباب والدلائل في هذا الباب كثيرة يضيق كتابنا عن الاستيعاب والله الهادي إلى الصواب

⁴⁷¹ الطبراني، المعجم الأوسط، 9/ 278.

⁴⁷² سورة الأنبياء، الآية: 8.

⁴⁷³ سورة الذاريات، الآية: 22.

(وأفضله) أي وأفضل الكسب **(الجهاد)** لأن فيه الجمع بين حصول الكسب وإعزاز الدين وقهر عدو الله تعالى **(ثم التجارة)** لأن النبي عليه السلام حثَّ عليها فقال: "إن الله يحب التاجر الصدوق"⁴⁷⁴

(ثم الحرثة) لقوله عليه السلام: "الزراع يتاجر ربه"⁴⁷⁵ وقال عليه السلام: "اطلبوا الرزق تحت خبايا"⁴⁷⁶

الأرض **(ثم الصناعة)** لأنه عليه السلام حرَّض عليها فقال: "الحرفة أمان من الفقر"⁴⁷⁷ وقال عليه السلام: "إن الله يحب المؤمن المحترف"⁴⁷⁸ ومن العلماء من فضل الزرع على التجارة لأنها أعم نفعاً قال عليه السلام: "ما من مسلم يغرس غرساً أو يزرع فياًكل منه إنسان أو طير أو بهيمة إلا كانت له صدقة"⁴⁷⁹ روي أن رجلاً مرَّ بأبي الدرداء وهو يغرس شجرة جوزة فقال أنغرس هذه وأنت شيخ كبير تموت غداً أو بعد غدٍ وهذه لا تطعم إلا في كذا وكذا عما قال ما عليَّ أن يكون في آخرها ويأكل منها غيري وذكر أبو الوفاء البغدادي رحمه الله في كتاب المقامات أنه مرَّ أنوشروان على شيخ يغرس شجر الزيتون فقال له ليس هذا أو أن غرسك الزيتون وهو شجر بطيء الأثمار وأنت شيخ هرم فأجاب فقال غرس من قبلنا وأكلنا فنغرس ليأكل من بعدنا فقال أنوشروان زه أي أحسنت وكان إذا قال زه يعطي من قيل له أربعة آلاف درهم فقال أيها الملك كيف تتعجب من غراسي واستبطاء ثمرته فما أسرع ما أثمرت فقال زه فزيد أربعة آلاف أخرى فقال أيها الملك كل شجرة يثمر في العام مرة وقد أثمرت شجرتي في ساعة مرتين فقال زه فزيد مثلها ومضى أنوشروان وقال إن وقفنا عليه لم يكفه ما في خزانتنا كذا ذكره الإمام الطيبي رحمه الله في شرح المشكاة ثم إن الكسب أنواع أربعة فشرع فيه وقال **(ومنه)** أي ومن الكسب **(فرض وهو الكسب بقدر الكفاية لنفسه وعياله وقضاء ديونه)** لما بينا أنه لا يتوصل إلى إقامة الفرض إلا به فإن ترك الاكتساب بعد ذلك وسعة قال عليه السلام: "من أصبح آمناً في

⁴⁷⁴ لم أجد بهذا اللفظ. أخرجه الترمذي بلفظ: التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء. "اليوع" 4.

⁴⁷⁵ قال الزيلعي: حديث واحد في هذا الباب بلفظ: "الزراع مأجور به" قلت غريب جداً. نصب الراية، 4/ 399.

⁴⁷⁶ الطبراني، المعجم الأوسط، 9/ 44.

⁴⁷⁷ لم أجد.

⁴⁷⁸ الطبراني، المعجم الأوسط، 9/ 431.

⁴⁷⁹ الطبراني، المعجم الكبير، 4/ 199.

سربه معافى في بدنه وعنده قوت يومه فكأنما حيّز له الدنيا بحذافيرها"⁴⁸⁰ وإن اكتسب ما يدخره لنفسه وعياله فهو في سعة فقد صح أنه عليه السلام ادّخر قوت عياله سنة

(ومستحب وهو الزيادة على ذلك لبواسي به فقيرا أو يجازي به قريبا) قال عليه السلام: "خير الناس من ينفع الناس"⁴⁸¹ وقال عليه السلام: "الناس عيال الله في الأرض وأحبهم إليه أنفعهم لعياله"⁴⁸²

(ومباح وهو الزيادة للتجمل) قال عليه السلام: "نعم المال الصالح للرجل"⁴⁸³ وقال عليه السلام: "من طلب الدنيا حلالا متعففا لقي الله تعالى ووجهه كالقمر ليلة البدر"⁴⁸⁴ (ومكروه وهو الجمع للتفاخر) والتكاثر والبطر والأشر (وإن كان من حل) قال عليه السلام: "من طلب الدنيا مفاخرًا مكاثرا لقي الله تعالى وهو عليه غضبان"⁴⁸⁵ (والأكل على مراتب) أربعة (فرض وهو ما يدفع به الهلاك) لأنه لإبقاء البيئة إذ لا بقاء لها بدونه وبه يتمكن من أداء الفرض ويوثر على ذلك قال عليه السلام: "إن الله تعالى ليؤجر العبد في كل شيء حتى اللقمة يرفعها إلى فيه"⁴⁸⁶ فإن ترك الأكل والشرب حتى هلك فقد عصى لأن فيه إلقاء النفس إلى التهلكة وأنه منهي في محكم التنزيل (ومأجور عليه وهو ما زاد عليه ليتمكن من الصلاة قائما ومن الصوم) أي وليتمكن من الصوم لأن الاشتغال بما يتقوى به على الطاعة طاعة وسئل أبو ذر رضي الله عنه عن أفضل الأعمال فقال الصلاة وأكل الخبز إشارة إلى ما قلنا (ومباح وهو ما زاد على ذلك) إلى الشبع (لتزداد قوة البدن) قال عليه السلام: "المؤمن القوي خير من المؤمن الضعيف"⁴⁸⁷ (وحرام وهو الأكل فوق الشبع) لأنه إضاعة المال وإمراض للنفس وتبذير وإسراف قال عليه السلام: "ما ملأ ابن آدم وعاء شرا من البطن لحسب ابن آدم

⁴⁸⁰ الترمذي، "الزهد" 34

⁴⁸¹ قال العجلوني: لم أر من ذكر أنه حديث أو لا، فليراجع لكن معناه صحيح وفي أحاديث ما يشهد لذلك كحديث: "الخلق عيال الله وأحبهم إلى الله أنفعهم لعياله" فافهم ويشهد له ما رواه القضاعي عن جابر رضي الله عنه كما في الجامع الصغير بلفظ: "خير الناس أنفعهم للناس" كشف الخفاء، 1/ 348.

⁴⁸² الطبراني، المعجم الأوسط، 6/ 253.

⁴⁸³ ابن حبان، الصحيح، 6/ 8.

⁴⁸⁴ ابن أبي شيبة، المصنف، 4/ 470.

⁴⁸⁵ البيهقي، شعب الإيمان، 7/ 298.

⁴⁸⁶ أحمد بن حنبل، 1/ 177.

⁴⁸⁷ ابن ماجه، "السنة" 10.

لقمات يقمن صلبه"⁴⁸⁸ قيل لعمر رضي الله عنه: "ألا تتخذ جوارشا فقال وما الجوارش قالوا هاضوما يهضم الطعام قال سبحانه الله أو يأكل المسلم فوق الشيع"⁴⁸⁹ **(إلا إذا قصد التقوي على صوم الغد)** لأن فيه فائدة **(أو لئلا يستحي الضيف)** لأنه إذا أمسك لم يشيع الضيف ويستحي فلا يأكل حياء وخجلا فلا بأس بأكله فوق الشيع لئلا يكون ممن أساء القرى وهو مذموم في العقل والشرع والعرف **(ولا يجوز الرياضة بتقليل الأكل حتى يضعف عن أداء العبادات)** لأن ترك العبادة لا يجوز فكذا ما يفضي إليه فأما تجوير⁴⁹⁰ النفس على وجه لا يعجز عن العبادات فهو مباح ومنه رياضة النفس وبه يصير الطعام مشتهى بخلاف الأول فإنه إهلاك النفس **(ومن امتنع)** من أكل **(الميتة حالة المخمصة أو صام ولم يأكل حتى مات أثم)** لأنه أتلف نفسه والميتة حالة المخمصة أما حلال أو مرفوع الإثم فلا يجوز الامتناع عنه إذا تعين لإحياء النفس وإذا كان يأثم بترك أكل الميتة فما ظنك بترك الذبيحة وغيرها من الحلالات حتى يموت جوعا **(ومن امتنع من التداوي حتى مات لم يأثم)** لما فيه من التوكل على الله تعالى وفي الخلاصة رجل استطلق بطنه أو رمدت عيناه فلم يعالج حتى أضعفه ومات لا إثم عليه فرق بينه وبين ما إذا صام ولم يأكل وهو قادر عليه حتى مات حيث يأثم والفرق أن الأكل مقدار قوته فرض لأن فيه شفاء بيقين فإذا ترك كان متلفا نفسه ولا كذلك المعالجة لأن الصحة بالمعالجة غير معلوم **(فلا بأس بالتفكه بأنواع الفواكه)** لقوله تعالى ﴿كلوا من طيبات ما رزقناكم﴾⁴⁹¹ وفيه نزل قوله تعالى ﴿ولا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم﴾⁴⁹² **(وتركه أفضل)** لأنه سبب القهر للنفس الأمارة ولئلا يدخل تحت قوله تعالى ﴿أذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا﴾⁴⁹³ **(وتخاذ) ألوان (الأطعمة) أكثر من قدر الحاجة (ووضع الخبز على المائدة أكثر من قدر الحاجة سرف)** لأنه من عادة المسرفين وعدّه عليه السلام من أشراط الساعة وفي منتخب الإحياء قال رسول الله عليه السلام: "سيأتي بعدكم قوم يأكلون أطايب الدنيا وألوانها وينكحون أجمل النساء وألوانها ويلبسون ألين الثياب وألوانها

⁴⁸⁸ ابن ماجه، "الأطعمة" 50.

⁴⁸⁹ البيهقي، شعب الإيمان، 5/38.

⁴⁹⁰ تجوير

⁴⁹¹ سورة طه؛ الآية: 81.

⁴⁹² سورة المائدة، الآية: 87.

⁴⁹³ سورة الأحقاف، الآية: 20.

ويركبون قَرَّةَ الخيل وألوانها لهم بطون من القليل لا تشبع وأنفس بالكثير لا تقنع عاكفين على الدنيا يغدون ويروحون إليها اتخذوها آلهة من دون إلههم وربا دون ربهم إلى أمرهم ينتهون وهواهم يتبعون⁴⁹⁴ فعزيمة من محمد بن عبد الله لمن أدرك هذا الزمان من عقب عقبكم وخلف خلفكم أن لا يسلم عليهم ولا يعود مرضاهم ولا يتبع جنائزهم ولا يوقر كبيرهم فمن فعل ذلك فقد أعان على هدم الإسلام

(ومسح الأصابع بالخبز والسكين بالخبز ووضع المملحة على الخبز مكروه) لأن فيه ترك إكرام الخبز قال عليه السلام: "أكرموا الخبز فإنه من بركات السماوات والأرض"⁴⁹⁵ وقال عليه السلام: "ما استخف قوم بالخبز إلا ابتلاههم الله تعالى بالجوع"⁴⁹⁶ قال في الوجيز ومن أكرم الطعام لا ينتظر إلى الإدام وفي الخلاصة قال أبو القاسم الصفار رحمه الله لا أخذ في نية الذهاب إلى الضيافة سوى أن أرفع المملحة من الخبز وقال صاحب الجواهر رحمه الله كنت في ديار خوارزم في وليمة سألوا عن هذه المسئلة عن واحد من أئمة خوارزم فأجاب وقال ناقلا عن أستاذه أكر كاسه ير است بذويده جاي است

(وسنن الطعام بالبسملة في أوله والحمد لله في آخره) للأخبار الواردة فيه

(وغسل اليدين قبله وبعده) قال عليه السلام: "الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي اللمم"⁴⁹⁷ والمراد بالوضوء هنا غسل اليدين **(ويبدأ)** في غسل اليدين **(بالشباب قبله)** لأن احتمال التلويث فيهم أكثر **(وبالشيوخ بعده)** لأن الإكرام فيه قالوا ولا يمسح يده قبل الطعام بالمنديل ليكون أثر الغسل باقيا وقت الأكل ويمسحها بعده ليزول أثر الطعام بالكلية **(ويجب اتخاذ أوعية)** جمع وعاء وهو الظرف **(لنقل الماء إلى البيوت)** لكونه موصلا إلى إقامة الواجب **(ومن الخزف أفضل)** لأنه أقرب إلى التواضع وفي الحديث "من اتخذ أواني بيته خزفا زارته الملائكة"⁴⁹⁸ ويجوز اتخاذها من نحاس أو رصاص ولا يجوز من الذهب والفضة لما مر

⁴⁹⁴ الطبراني، المعجم الكبير، 8 / 107.

⁴⁹⁵ الطبراني، المعجم الكبير، 22 / 335.

⁴⁹⁶ ابن ماجه، "الأطعمة" 52.

⁴⁹⁷ الطبراني، المعجم الأوسط، 8 / 81.

⁴⁹⁸ لم أجد.

(وينفق على نفسه وعياله بلا سرف ولا تقتير) ولا يتكلف لتحصيل جميع شهواتهم ولا يمنعهم جميعا ويتوسط

قال تعالى ﴿والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما﴾⁴⁹⁹

(ومن اشتد جوعه حتى عجز عن طلب القوت ففرض على كل من علم به أن يطعمه أو يدل عليه من يطعمه)

صونا له عن الهلاك فإن امتنعوا عن ذلك حتى ماتوا اشتركوا في الإثم قال عليه السلام: "ما آمن بالله من مات

شبعان وجاره إلى جنبه طائر"⁵⁰⁰ وقال عليه السلام: "أيما رجل مات ضياعا بين قوم أغنياء فقد برئت منهم ذمة

الله تعالى وذمة رسوله عليه السلام"⁵⁰¹ وإن أطعم واحد سقط عن الباقيين

(فإن قدر على الكسب لزمه أن يكتسب) لما بينا **(وإن عجز عنه لزمه السؤال)** فإنه نوع اكتساب لكن لا يحل

إلا عند العجز قال عليه السلام: "السؤال آخر كسب العبد"⁵⁰² **(فإن ترك السؤال حتى مات أثم)** لأنه ألقى

نفسه إلى التهلكة فإن السؤال يوصله إلى ما يقوم به نفسه في هذه الحالة كالكسب ولا ذل في السؤال في هذه

الحالة فقد أخبر الله تعالى عن موسى وصاحبه أنها أتيا أهل قرية استطعما أهلها **(ومن كان قوت يومه لا يحل**

له السؤال) لأن السؤال مذلة وقد قال عليه السلام: "ليس للمؤمن أن يذل نفسه إلا للضرورة"⁵⁰³ ولا ضرورة

إذا كان له قوت يومه **(ويكره إعطاء سؤال المسجد)** لما ورد في الأثر ينادى مناد يوم القيمة فليقم بغض الله

فيقوم سؤال المسجد **(وإن كان لا يتخطى الناس ولا يمشي بين يدي المصلين لا يكره)** وإن كان يمر بين يدي

المصلي ويتخطى رقاب الناس يكره لأنه إعانة على أذى الناس حتى قيل هذا فلس يكفره سبعون فلسا

(ولا يجوز قبول هدية أمراء الجور) لأن الغالب في ما لهم الحرمة وأنه يقوم مقام الكل **(إلا إذا علم أن أكثر ماله**

حلال) لما بينا أن الأكثر يقوم مقام الكل فإن كان صاحب تجارة أو زرع فلا بأس به لأنه أموال الناس لا يخلو

عن قليل حرام فالمعتبر الغالب وكذلك أكل طعامهم وفي شرح المشكاة أختلف في عطية السلطان والصحيح

إن غلب في يده الحرام من ذلك الجنس لم يحل وإلا حلَّت

⁴⁹⁹ سورة الفرقان، الآية: 67.

⁵⁰⁰ والصواب "جائع" ابن أبي شيبة، المصنف، 6/ 164.

⁵⁰¹ أحمد بن حنبل، 2/ 33.

⁵⁰² لم أجد.

⁵⁰³ أبو يعلى، المسند، 2/ 537.

(وليمة العرس سنة) قديمة وفيها مثوبة عظيمة قال عليه السلام: "أولم ولو بشاة"⁵⁰⁴ وفي المثل المشهور الكريم إذا تزوج بكريمة فترك الوليمة ذميمة **(وينبغي للرجل)** إذا دُعي **(أن يجيب وإن لم يفعل أثم)** قال عليه السلام: "من لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله"⁵⁰⁵ فإن كان صائماً أجاب ودعا وإن لم يكن صائماً أكل ودعا وإن لم يأكل أثم وجفا لأنه استهزاء بالمضيف وفي المثل المشهور من لم يأكل طعامك لم يأخذ ذمامك وفي شرح المشكاة اختلف العلماء في الإجابة إلى وليمة النكاح ف قيل واجبة فيأثم التارك بلا عذر وقيل مستحبة هذا في الحضور وأما الأكل فمستحب إذا لم يكن صائماً وأما الإجابة إلى غير الوليمة فمستحبة وفي هذا الحديث أعني قوله "من دُعي فلم يجب فقد عصى الله ورسوله" دلالة على وجوب الإجابة مطلقاً سواء كانت دعوة النكاح أو غيرها **(ولا يرفع منها شيئاً ولا يعطي سائلاً إلا بإذن صاحبها)** بناء على أن المباح له أن يأكل على ملك المبيع ولا يجوز له الرفع والإعطاء من ملك الغير إلا بإذنه **(ومن دعي إلى وليمة عليها فهو إن علم به لا يجيب)** أي لا يحضر لأن حق الدعوة لم يلزمه هاهنا لأنه لم يخالف السنة **(وإن لم يعلم حتى حضر إن كان يقدر على منعهم فعل)** لأنه نهي عن منكر وإلا أي وإن لم يقدر منعهم **(فإن كان اللهو على المائدة لا يقعد)** لأن استماع اللهو حرام والإجابة سنة والامتناع عن الحرام أولى من الإتيان بالسنة **(وإن لم يكن)** على المائدة **(إن كان مقتدياً به لا يقعد)** لأن فيه شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين وما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال ابتليتُ هذا مرة فصبرتُ كان قبل أن يصير مقتدياً به **(وإن لم يكن)** مقتدياً به **(فلا بأس بالقعود)** لأن إجابة الدعوة سنة فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة **(والكسوة)** أنواع أربعة **(منها فرض وهو ما يستر العورة ويدفع الحر والبرد)** لأنه لا يقدر على أداء إلا بستر العورة وخلقته لا يتحمل الحر والبرد فيحتاج إلى دفع ذلك بالكسوة فصار نظير الطعام والشراب فكان فرضاً **(وينبغي أن يكون من القطن والكتان)** لأنه أبعد من الكبر **(بين النفيس والدين)** لئلا يحتقر في الدين ويأخذ الكبر في النفيس وقد نهي عنه عن لبس الشهرتين وهو ما كان في نهاية النفاسة وما كان في نهاية الخساسة وخير الأمور أوساطها كلا طرفي كل الأمور ذميم **(ومستحب وهو ستر العورة وأخذ الزينة)** قال عليه السلام: "إن الله يحب أن يرى أثر نعمه على عبده"⁵⁰⁶

⁵⁰⁴ مسلم، "النكاح" 80.

⁵⁰⁵ مسلم، "النكاح" 110.

⁵⁰⁶ الترمذي، "الأدب" 54.

(ومباح وهو الثوب الجميل للترزين) في الجُمع والأعياد ومجامع الناس فقد روي أنه كان لرسول الله عليه السلام جبة فنكَّ يلبسُها في الجُمع والأعياد والوفود⁵⁰⁷ (إلا أن في تكلف ذلك في جميع الأوقات صلفا ومشقة) وربما يغيب بعض المحتاجين فالتحرز عنه أولى (ومكروه وهو اللبس المتكبر) لأن الكبر حرام وما يكون وسيلة إليه يكون حراما اعلم أنه أن يرى الإنسان أنه أكبر من غيره كبر وإظهار ذلك إلى الفعل فاحفظ عن رؤيته (ويستحب الأبيض من الثياب) لقوله عليه السلام: "خير ثيابكم البيض"⁵⁰⁸ وقال عليه السلام: "إن الله يحب الثياب البيض"⁵⁰⁹ (ويكره الأحمر) والمعصفر بناء على أن أكثر الناس اليهود والنصارى ذلك (والسنة إرخاء طرف العمامة بين كتفيه قدر شبر) هكذا فعله رسول الله عليه السلام (وقيل إلى وسط الظهر وقيل إلى موضع الجلوس) والكل منقول من الصحابة والأئمة رضي الله عنهم أجمعين (وإذا أراد أن يجدد لفها نقضها كما لفها) يعني كورا كورا فإن ذلك حسن من رفعها عن رأسه وإلقائها على الأرض دفعة واحدة للعادة الفاشية بين الصلحاء والعرف المستمر بين العلماء والله الهادي إلى الصواب (والكلام منه ما يوجب أجرا كالنسيح وأمثاله) مثل التكبير والتهيل وقراءة القرآن والأحاديث النبوية وعلم الفقه قال الله تعالى ﴿والذاكرين الله والذاكرات أعد الله لهم مغفرة وأجرا عظيما﴾⁵¹⁰ والآيات والأحاديث كثيرة في هذا الباب (وقد يأنم به) أي بالكلام الموجب الأجر (إذا فعله في مجلس الفسق وهو يعلمه) أي الذاكر بعمل الفسق بناء على أن عصيان الرب مع ذكره أعظم (وإن سبح فيه للاعتبار) والإنكار (فحسن) وكذا من سبح في السوق بنية أن الناس غافلون مشغولون بأمور الدنيا وهو مشغول بالنسيح وهو أفضل من تسبيحه وحده في غير السوق قال عليه السلام: "ذاكر الله في الغافلين كالمجاهد في سبيل الله"⁵¹¹

(ويكره فعله للتاجر عند فتح متاعه) لأنه يكون تعظيما للمتاع وما ينبغي لأحد أن يعظم متاعه بالنسيح (ويكره الترجيع بقراءة القرآن والاستماع إليه) لأنه يشبه بفعل الفسقة حال فسقهم وهو التغني ولم يكن هذا

⁵⁰⁷ قال الزيلعي: غريب بهذا اللفظ. رواه البيهقي بلفظ: "أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يلبس بُردَ جُبَّة في كل عيد" السنن الكبرى،

56 / 5.

⁵⁰⁸ ابن ماجه، "الجنائز" 13؛

⁵⁰⁹ أبو داود، "الطب" 14؛ ابن ماجه، "الجنائز" 38.

⁵¹⁰ سورة الأحزاب، الآية: 35.

⁵¹¹ البزار، المسند، 166 / 5.

في الابتداء ولهذا كره في الأذان **(وقيل لا بأس به)** لقوله عليه السلام: "زَيَّنُوا الْقُرْآنَ بِأَصْوَاتِكُمْ"⁵¹² وقال عليه السلام: "ليس منا من لم يتغنَّ بالقرآن"⁵¹³ وكان يقرأ القرآن عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله بالألحان

(وعن النبي عليه السلام أنه كره رفع الصوت عند قراءة القرآن والجنائز والزحف والتذكير فما ظنك به) أي برفع الصوت **(عند الغناء الذي يُسمونه وجداً)** أي عند سماع الغناء المحرم الذي يسمونه وجداً ويقولون الوجد مصادفة وحالة يُثْمِرُها السماع وهو وارد عقيب السماع يجده المستمع من نفسه وفي أوائل كتاب السير من الفتاوى الظهيرية كان أصحاب رسول الله عليه السلام يكرهون الصوت عند ثلاث الجنائز والقتال والذكر والمراد بالذكر الوعظ قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله فيه بيان كراهة الصوت عند سماع القرآن أو الوعظ فتبين به أن ما يفعله الذين يدعون الوجد والمحبة مكروه لا أصل له في الدين وتبين أنه يمنع المتشفة وحماقي أهل التصوف مما يعتادونه من رفع الصوت وتخريق الثياب عند السماع لأن ذلك مكروه في الدين عند سماع القرآن والوعظ فما ظنك عند سماع الغناء **(وكره أبو حنيفة رحمه الله قراءة القرآن عند القبور)** لأنه لم يصح عنده في ذلك شيء عن النبي عليه السلام ولم يكره محمد رحمه الله **(وبه نأخذ للعادة)** الفاشية وهي من إحدى الحجج وعملاً بالأخبار الواردة فيه ومنه أي ومن الكلام **(ما لا أجر فيه ولا وزر كقولك قم واقعد ونحو ذلك)** مثل أكلت وشربت لأنه ليس بعبادة ولا معصية **(وقيل لا يكتب عليه)** لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: "إن الملائكة لا تكتب إلا ما كان فيه أجر أو زور"⁵¹⁴ وقيل يكتب لقوله تعالى ﴿وَنُكْتَبُ مَا قَدَّمُوا وَآثَرَهُمْ﴾⁵¹⁵ ثم يُمحى ما لا جزاء فيه ويبقى ما فيه جزاء **(ومنه ما يوجب الإثم كالكذب والنميمة والغيبة)** بكسر الغين والشتيمة لأن كل ذلك معصية حرام بالنقل والعقل **(والكذب محظور)** أي حرام

⁵¹² البخاري، "التوحيد" 52؛ ابن ماجه، "صفة الصلاة" 83؛ أبو داود "سجود القرآن" 20.

⁵¹³ البخاري، "التوحيد" 44؛ أبو داود، "سجود القرآن" 20.

⁵¹⁴ قال الشيخ شعيب الأرناؤوط: هذا أثر ابن عباس، لم نقف عليه. الاختيار لتعليل المختار، م. الشيخ شعيب الأرناؤوط، 4/ 200.

⁵¹⁵ سورة يس، الآية: 12.

(إلا في القتال للخدعة وفي الصلح بين اثنين وفي إرضاء الأهل وفي دفع الظالم عن الظلم) لقوله عليه السلام:

لا يصلح الكذب إلا في ثلاث في الصلح بين اثنين وفي القتال وفي إرضاء الأهل⁵¹⁶ ودفع الظالم عن الظلم من باب الصلح وفي الكشف وعن ابن مسعود رضي الله عنه: "لا يصلح الكذب في جد ولا هزل ولا أن يعد أحدكم صبيه ثم لا ينجزه"⁵¹⁷ اقرأ إن شئت قوله تعالى ﴿وكونوا مع الصادقين﴾⁵¹⁸ فهل فيها من رخصة والتعريض بالكذب يكره كقولك لرجل كُف فيقول أكلت يعني أمس وإنما كره لأنه كذب في الظاهر وقيل لا بأس به لأنه صادق في قصده قال عليه السلام: "إن في المعارض لمدوحة عن الكذب"⁵¹⁹ قال الفقيه أبو الليث رحمه الله معارض الكلام أن يتكلم الرجل بكلمة يظهر من نفسه شيئاً ومراده شيء آخر فقد روي عن رسول الله عليه السلام أنه كان إذا أراد سفراً ورى بغيره⁵²⁰ يعني يُظهر من نفسه أنه يريد الخروج إلى ناحية أخرى فيقول كيف الطريق إلى موضع كذا ثم خرج إلى موضع آخر وفي المدارك ما خرج رسول الله عليه السلام في غزوة إلا ورى عنها بغيرها إلا في غزوة تبوك ليستعد الناس تمام العدة إلا الحاجة لما بينا

(ولا غيبة لظالم) يؤذي الناس بقوله وفعله قال عليه السلام: "اذكروا الفاجر بما فيه لكي يحذره الناس"⁵²¹

(ولا إثم في السعي به) إلى السلطان لأن يزره لأنه من باب النهي عن المنكر ومنع الظلم

(ولا غيبة إلا للمعلومين فإن اغتاب أهل قرية فليس بغيبة) حتى لو قال إن أهل قرية كذا قوم سوء لا يكون غيبة

لأن فيهم البر والفاجر **(وإذا أدى الفرائض وأحب أن يتنعم بمنظر حسن وجوار جميلة فلا بأس به)** فإن النبي

عليه السلام تسرى بهارية أم إبراهيم مع ما كان عنده من الحرائر وعلي بن أبي طالب رضي الله عنه استولد أم

محمد بن الحنفية مع ما كان عنده من الحرائر والأصل قوله تعالى ﴿قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده﴾⁵²²

الآية **(وكره محمد رحمه إرخاء الستر على البيت)** لأنه نوع كبر ولأنه من عادة الأعاجم قال عليه السلام:

⁵¹⁶ الترمذي، "البر والصلة" 26؛ أبو داود، "الأدب" 50.

⁵¹⁷ عبد الرزاق، المصنف، 11/116.

⁵¹⁸ سورة التوبة، الآية: 119.

⁵¹⁹ البخاري، "الأدب" 16.

⁵²⁰ مسلم، "التوبة" 54 بلفظ: فلما يريد غزوة إلا ورى بغيرها أي أوهم غيرها.

⁵²¹ الطبراني، المعجم الكبير، 19/418.

⁵²² سورة الأعراف، الآية: 32.

"وإياكم وزيّ الأعاجم"⁵²³ (ولا بأس بستر حيطان البيت للبرد ويكره للزينة) لأن الأول للمصلحة والثاني للتكبر (ومن قنع بأدنى الكفاية وصرف الباقي ما ينفعه في الآخرة فهو أولى) لأن ما عند الله خير وأبقى

كتاب الصيد

هو الاصطياد ويُطلق على ما يصاد ويجمع على صيود لأن المصدر قد يُطلق على المفعول ومنه الخلق والعلم يُطلق على المخلوق والمعلوم قال تعالى ﴿هذا خلق الله﴾⁵²⁴ أي مخلوقه ولهذا قلنا إذا قال وَعَلَّمَ اللهُ لا يكون يميناً لأن المراد معلومه (وهو) أي الصيد بمعنى الاصطياد (جائز) بالكتاب وهو قوله تعالى ﴿وإذا حللتُم فاصطادوا﴾⁵²⁵ وقوله تعالى ﴿وحُرِّمَ عليكم صيد البرِّ ما دمتم حُرماً﴾⁵²⁶ والسُّنَّة وهو قوله عليه السلام: "الصيد لمن أخذ"⁵²⁷ وقوله عليه السلام لعدي بن حاتم: "إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل"⁵²⁸ الحديث وعلى إباحته انعقد الإجماع (بالجوارح المعلمة والسَّهام المحددة لما يحلُّ أكله لا كله) كالظبي (وما لا يحلُّ أكله) كالضبع والثعلب (جلده وشعره والجوارح) في معناه قولان أحدهما أن يكون جارحاً بِنابه أو مخلبه فيكون من الجرح بمعنى الجراحة والثاني الكواسب قال الله تعالى ﴿ويعلم ما جرحتم بالنهار﴾⁵²⁹ أي كسبتم ويمكن الحمل عليهما فيشترط أن تكون من الكواسب التي تجرح بيقين (ذو ناب) من السَّباع (ومخلب) أي وذو مخلب من الطيور الأصل فيه قوله تعالى ﴿وما علَّمتم من الجوارح مكليين﴾⁵³⁰ فالجوارح ما قلنا ومكليين أي مسلطين واسم الكلب لغة ينطلق على سبع حتى الأسد فيجوز الاصطياد بكل ذي نابٍ من السباع لعموم الآية إلا ما كان نجس العين كالخنزير لأنه لا يحل الانتفاع به

⁵²³ عبد الرزاق، المصنف، 11 / 84.

⁵²⁴ سورة اللقمان، الآية: 11.

⁵²⁵ سورة المائدة، الآية: 2.

⁵²⁶ سورة المائدة، الآية: 96.

⁵²⁷ قال الزيلعي: غريب. نصب الراية، 5 / 39.

⁵²⁸ مسلم، "الصيد والذبائح" 1.

⁵²⁹ سورة الأنعام، الآية: 60.

⁵³⁰ سورة المائدة، الآية: 4.

(ولا بدّ فيه من الجرح) لما تلونا فلو قتله صدماً أو خنقاً لم يؤكل لعدم الجرح **(وكون المرسل أو الرامي مسلماً أو كتابياً)** وهذا لأن الاصطياد كالذبح ولا يجوز ذبح غيرهما **(وذكر)** أي ومن **(ذكر اسم الله تعالى عند الإرسال أو الرمي)** لقوله عليه السلام: "إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله تعالى فكل" ⁵³¹ شرط التسمية لحلّ الأكل **(وأن يكون)** أي ولا بدّ من أن يكون **(الصيد ممتنعاً)** لأن الصيد اسم للممتنع ولأن الجرح إنّما يجعل ضرورة العجز عن الذكاة الاختيارة والعجز إنّما يكون في الممتنع حتى لو كان مستأنساً لا يحل بذكاة الاضطرار **(ولا يتواري عن بصره ولا يقعد عن طلبه)** لأنه عليه السلام: "كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي وقال لعلّ هوامّ الأرض قتلته" ⁵³² ولأن احتمال الموت بسبب آخر موجود فلا يحلّ به والموهوم كالمحقق لما مرّ إلا أنه سقط اعتباره إذا لم يقعد عن طلبه لأنه لا يمكن الاحتراز عنه في الحديث كُله ما أصميت يُقال أصميت الصيد إذا رميته فقتلته وأنت تراه ورميت الصيد فأنميته إذا غاب عنك ثم مات ⁵³³ **(وتعليم ذي الناب)** كالكلب ونحوه **(ترك الأكل والمخلب)** أي وتعليم ذي المخلب كالبازي والصقر ونحوهما **(الإجابة إذا دعي)** روي ذلك عن ابن عباس رضي الله عنه ولأن بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليترك **(ويُرجع في معرفة التعليم إلى أهل الخبرة)** بالكسر أي التجربة **(بذلك)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله إن ترك الأكل ثلاث مرّات يكون معلماً وهذا قول صاحب النظم "علمه يُعرف بالاجتهاد، لا يشترط الثلاث من إعداد" والحجج تُعرّف في الكتب المبسوطة

(فان اكل) الكلب أو الفهد (أو ترك) البازي الإجابة إذا دعي (بعد الحكم بتعليمه حكم بجهله وحرم ما بقي من صيده قبل ذلك) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يحرم إلا الذي أكل منه وهذا قول صاحب النظم "معلم منه لصيد أكل، يحرم ما قد صاده من قبل" لهما أن الأكل ليس يدلّ على الجهل فيما تقدّم لأن الحرمة قد يُنسى ولأنّا حكمنا بحلّ جسده قبل ذلك بالاجتهاد فلا ينقض بالاجتهاد مثله وله أن بالأكل علمنا جهله لأن الصيد حرفة وقُلّ ما يُنسى فلما أكل علمنا أنه لم يكن معلماً فيحرم جميع ما صاده قبل ذلك لأنه صيد كلب لم يُعلم وتثبت الحرمة فيما بقي من صيده لأن ما أكل لم يبق محلاً للحكم والاجتهاد ويترك

⁵³¹ مسلم، "الصيد والذبائح" 1.

⁵³² الطبراني، المعجم الكبير، 19 / 125.

⁵³³ البيهقي، السنن الكبرى، 9 / 239.

بمثله قبل حصول المقصود وهو الأكل كاجتهاد القاضي إذا تبدّل قبل القضاء وما كان في المفازة من صيده فحرام بالإجماع كذا ذكره المصنّف رحمه الله في شرحه **(وإن ترك التسمية ناسياً يحلّ)** لقوله عليه السلام: "رُفِعَ عن أمتي الخطأ والنسيان"⁵³⁴ الحديث قيّد به لأنه لو تركها عمداً لا يحلّ وسنذكره إن شاء الله تعالى

(ولو رمى بسهم واحد صيوداً أو أرسله) أي أرسل كلبه **(على صيود فأخذها)** أي الصيود **(أو أحدها)** أي أخذ أحد الصيود **(يحلّ)** بهذه التسمية التي سمّاها عند الإرسال لأن الذبح تبع بالإرسال ولهذا يشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لأن الثاني يصير مذبوحاً بفعل غير الأول فلا بدّ من تسمية أخرى حتى لو أضجع إحداهما فوق الأخرى وذبحهما مرة واحدة يحلّ بتسمية واحدة **(أو أرسل كلبه إلى صيد فأخذ غيره)** أي أخذ غير ما أرسل عليه من غير عدول ولا مكث **(حلّ)** صيده عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يحلّ وهذا قول صاحب النظم:

والكلب إن صاد سوى ما عيّنه، مُرسله مُحَرَّمَةٌ مُبَيَّنَةٌ

وقيّد بقوله **(مادام في جهة إرساله)** لأنه لو عدل عن جهته يميناً أو شمالاً أو مكث ثم أتبعه فأخذه لم يؤكل بالإجماع لانعدام حكم الإرسال له أنّه أخذ بغير الإرسال إذ الإرسال مختصّ بالمشار إليه ولنا أنه شرط غير مفيد لأن مقصوده حصول الصيد إذ لا يقدر على الوفاء به لأنه لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عيّنه فسقط اعتباره **(ولو أرسله)** أي الكلب **(ولم يُسمّ ثم زجره)** أي المرسل أغرى كلبه بالصياع عليه **(وسمّي أو أرسله مسلم فزجره مجوسي أو بالعكس)** أي أرسله مجوسيّ فزجره مسلم **(فالمعتبر حالة الإرسال)** لأن الحكم مضاف إلى الإرسال وما بعده تقوية له أو تحريض الكلب فيعتبر حالة الإرسال فإذا صدر صحيحاً لا ينقلب فاسداً وإذا صدر فاسداً لا ينقلب صحيحاً بالزجر وكلّ من لا يجوز ذكاته كالمرتدّ والمحرم وتارك التسمية عامداً في هذا بمنزلة المجوسي **(وإن أكل منه الكلب لم يؤكل)** لقوله عليه السلام: "فإن أكل منه الكلب فلا تأكل فإنما أمسك على نفسه"⁵³⁵ **(ولو شرب من دمه)** ولم يأكل من لحمه أكل لأنه أمسك الصيد لصاحبه وهذا من غاية

⁵³⁴ ابن ماجه، "الطلاق" 16.

⁵³⁵ البيهقي، السنن الكبرى، 14 / 129.

علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح **(ولو أخذ منه قطعة فرماها ثم أخذ الصيد وقتله ثم أكل ما ألقاه أكل)** لأنه لم يبق صيداً حتى لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لا يضره فهذا أولى **(وإن أكل منه البازي)** بتشديد الياء وتخفيفها يؤكل لما مرَّ أن آية تعلّمه الإجابة عند الدعوة فأكله لا يدل على أنّه غير مُعلّم **(وإن أدركه لا يحلّ إلا بالتذكية)** حتى مات لم يؤكل **(وكذلك في الرمي)** لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل إذ المقصود هو الإجابة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا إذا تمكّن من ذبحه أمّا إذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه ففيه تفصيلٌ يعرف في الهداية فعليك به **(وإن شاركه كلب لم يذكر اسم الله تعالى عليه)** يريد به عمداً **(أو كلب مجوسيّ)** أو كلب غير معلّم **(لم يؤكل)** لقوله عليه السلام لعديّ بن حاتم: "وإن شارك كلبك كلب فلا تأكل فإنك إنما سمّيت على كلبك ولم تسمّ على كلب غيرك" ⁵³⁶ ولأنه اجتمع المحرّم والمبيح فيغلب المحرّم احتياطاً **(ولو سمع حسّاً فظنه آدمياً فرماه أو أرسل عليه كلبه فإذا هو صيدٌ أكل)** لأنه لا اعتبار بظنه مع كونه صيداً حقيقة وكذلك لو ظنه حسّاً صيدٌ فتبين كذلك حلّ لأنه صيد وقد قصده فيحلّ **(وإن وقع الصيد في الماء أو وقع على سطح أو جبل أو سنانٍ رمح ثم تردّي)** أي سقط منه **(إلى الأرض لم يؤكل)** لأنه المتردّي وهو حرام بالنصّ ولأنه احتمال الموت بغير الرمي إذ الماء مهلك وكذا السقوط على هذه الأشياء **(ولو وقع ابتداءً على الأرض أكل)** لأنه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سدّ باب الاصطياد **(وفي طير الماء إن أصاب الماء الجرح لم يؤكل وإلا)** أي وإن لم يُصبه **(أكل)** لإمكان الاحتراز عن الأوّل دون الثاني **(ولا يؤكل ما قتلته البندقة)** وهي طينة مدوّرة يقال لها بالفارسية كمان كره **(والحجر والعصا والمعارض بعرضه)** المعارض سهم بلا ريشٍ يجري عرضاً غالباً لأن كلّ ذلك في معنى الموقوزة وهو حرام بالنصّ **(وإن خرق)** المعارض **(بعده أكل)** لقوله عليه السلام: "ما أصاب بحدّه فكلّ وما أصاب بعرضه فلا تأكل" ⁵³⁷ **(وإن رماه بسيف أو سكين فأبان عضواً منه أكل)** الصيد لو جرد الجرح في الصيد وهو ذكاته **(دون العضو)** لقوله عليه السلام: "ما أبين من الحي فهو ميت" ⁵³⁸ والشافعي رحمه الله وإن أباح المبان والمبان منه إلا أنه محجوج به **(وإن قدّه)** أي قطعه **(نصفين أكلا)** لأن المبان منه ليس بحيٍّ إذ لا يتوهم بقاء حياته

⁵³⁶ البخاري، "الوضوء" 33؛ مسلم، "الصيد والذبائح" 1.

⁵³⁷ مسلم، "الصيد والذبائح" 1؛ النسائي، "الذبائح والصيد" 23.

⁵³⁸ الترمذي، "الصيد" 12؛ أبو داود، "الصيد" 23-24.

(وإن قطعه أثلاثاً أكل الكلّ إن كان الأقلّ من جهة الرأس) لما بيّنا بخلاف ما إذا كان الأقلّ ممّا يلي العجز لأنه يتوهم حياته فلا يؤكل (ومن رمى صيداً فأثخنه) أي أوهنه وأضعفه (ثم رماه آخر فقتله لا يؤكل) لأن بالإثخان صارت ذكاته اختيارية فصار بالجرح الثاني ميتة وهذا إذا كان بحال ينجو من الرمية الأولى ليكون موته مضافاً إلى الثانية وإن كان بحال لا يسلم من الأولى بأن قطع رأسه أو نقر بطنه يحلّ لأن وجود الثانية كعدمها (ويضمن) الثاني للأول (قيّمته غير نقصان جراحة) لأنه بالرمي أتلّف صيداً مملوكاً له لأنه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوض بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الإتلاف (وإن لم يشخنه الأول أكل) الصيد لأنه صيد على حاله (وهو للثاني) لأنه هو الذي أخذه قال عليه السلام: "الصيد لمن أخذ"⁵³⁹

كتاب الذبائح

هي جمع الذبيحة وهي المذبوحة وكذلك الذبح بالكسر

(الذكاة) نوعان (اختيارية وهي الذبح في الحلق واللّبة) واللّبة المنحر والجمع اللبّاب (واضطرارية وهي الجرح في أيّ موضع اتّفق) من بدن المذبوح والثاني كالبدل عن الأول لأنه لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأول وهذا آية البدلية وذلك لأن الأول أعْمَلُ في إخراج الدم والثاني أقصُر منه فاكتفي به عند العجز عن الأول إذ التكليف بحسب الوُسْع (وشرطهما) أي شرط الذكاة الاختيارية والاضطرارية (التسمية) لقوله تعالى ﴿ فاذكروا اسم الله عليها ﴾⁵⁴⁰ والمراد حالة النحر بدليل قوله ﴿ فإذا وجبت جنوبها ﴾⁵⁴¹ أي سقطت بعد النحر ولما مرّ من حديث عديّ رضي الله عنه (وكون الذابح) صاحب ملّة التوحيد إمّا اعتقاداً كالمسلم أو دعوة كالكتابي فإنّ الكتابي يدّعي التوحيد وذلك قوله (مسلماً أو كتابياً) مطلقاً سواء حريياً أو ذمياً أمّا كون الذابح مسلماً فلقوله تعالى ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾⁵⁴² خطاباً للمسلمين أمّا الذمي فلقوله تعالى ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب حلّ لكم وطعامكم حلّ لهم ﴾⁵⁴³ والمراد به مذكاهم لأن الطعام الغير المذكي يحلّ من أيّ كافر كان ولو مجوسياً

⁵³⁹ قال الزبيلي: غريب. نصب الراية، 5/ 39.

⁵⁴⁰ سورة الحج، الآية: 36.

⁵⁴¹ سورة الحج، الآية: 36.

⁵⁴² سورة المائدة، الآية: 3.

⁵⁴³ سورة المائدة، الآية: 5.

ولقوله عليه السلام في المجوس: "سُنُوا بِهِمْ سَنَةَ أَهْلِ الْكِتَابِ غَيْرَ نَاكِحِي نِسَائِهِمْ وَلَا أَكْلِي ذَبَائِحِهِمْ"⁵⁴⁴ فدل على حل ذبائح أهل الكتاب **(فإن ترك التسمية)** حال كونه **(ناسياً حلّ)** ولو تركها عامداً لا يحلّ وقال الشافعي رحمه الله تحلّ في الوجهين وقال مالك رحمه الله لا يحلّ في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي والحجج موضعها الشروح المبسوطة **(وإن أضجع شاة وسمّى فذبح غيرها بتلك التسمية لم يؤكل وإن ذبح بشفرة)** بفتح الشين وهو السكين العظيم **(أخرى أكل)** وكذا لو أخذ سهماً وسمّى ثم وضعه فأخذ غيره ولم يسمّ لا يحلّ ولو سمّى على سهم فأصاب صيدا آخر حلّ والفرق أن التسمية في الذبح مشروطة على الذبيحة قال الله تعالى ﴿فاذكروا اسم الله عليها﴾⁵⁴⁵ فإذا تبدّلت الذبيحة ارتفع حكم التسمية عليها وفي الرمي والإرسال التسمية مشروطة على الآلة قال عليه السلام: "إذا رميت سهمك وذكرت اسم الله عليه فكلّ"⁵⁴⁶ وقال إنّما سمّيت على كلبك فها لم تبدّل الآلة فالتسمية باقية وإذا تبدّلت ارتفع حكمها فاحتاج إلى تسمية أخرى **(ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى اسم غيره وأن يقول)** عند الذبح **(اللهم تقبل من فلان)** لأن الشرط هو الذكر الخالص لقول ابن مسعود رضي الله عنه جرّدوا التسمية⁵⁴⁷ فإن ذكر اسم غير الله فيما إن ذكر موصولاً به أو مفصلاً فإن فصل فلا بأس به وذلك بأن ذكره قبل التسمية أو قبل الإضجاع أو بعد الذبح لأنه لا مدخل له في الذبيحة وإن ذكره موصولاً فيما أن يكون معطوفاً أو لم يكن معطوفاً فإن كان معطوفاً حرمت لأنه أهّل به لغير الله تعالى بأن يقول بسم الله واسم فلان أو بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال ولو رفعها لا يحرم لأنه كلام مستأنف غير متعلّق بالذبيحة فإن كان مفصلاً غير معطوف بأن قال بسم الله محمد رسول الله لا يحرم لأنه لما لم يُعطَف لم توجد الشركة فيقع الذبح خالصاً لله تعالى إلا أنّه يكره لوجود القران صورة فيتصوّر بصورة المحرمة **(والسنة نحر الإبل وذبح الشاة والبقر النحر)** قطع العروق في أسفل العُنُق عند الصدر والذبح قطع العروق في أعلى العنق تحت اللحيين

⁵⁴⁴ الموطأ، "الذكاة" 24؛ ابن أبي شيبة، المصنف، 2/ 435.

⁵⁴⁵ سورة الحج، الآية: 36.

⁵⁴⁶ مسلم، "الصيد والذبائح وما يؤكل لحمه" 7.

⁵⁴⁷ قال الزيلعي غريب، نصب الراية، 4/ 470.

(فإن عكس) فذبح الإبل ونحر البقر والغنم **(كره ويؤكل)** قال الله تعالى ﴿فصلّ لرّبك وانحر﴾⁵⁴⁸ المراد نحر الجزور وقال إن الله تعالى ﴿يأمركم أن تذبحوا بقرة﴾⁵⁴⁹ وقال ﴿وفديناه بذبح عظيم﴾⁵⁵⁰ والذبح ما يذبح وكان كبشاً وهذا هو المتوارث من فعل رسول الله عليه السلام والصحابة رضي الله عنهم إلى يومنا هذا وإنّما كرهه إذا عكس لمخالفة السنّة وإنّما يؤكل لوجود شرط الحلّ وهي قطع العروق وإنهار الدم

(والعروق التي تُقطع في الذكاة) أربعة **(الحلقوم)** وهو مجرى النفس وقيل مجرى الطعام والشراب **(والمريء)** وهو مجرى الطعام وقيل مجرى النفس **(والودجان)** الودج عرق في العنق وهو مجرى الدّم الأصل فيه قوله عليه السلام: "أفرّ الأوداج بما شئت"⁵⁵¹ وهو اسم جمع فيتناول ثلاثة وهو المريء والودجان ولا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فثبت قطع الحلقوم اقتضاء فإن قطعها حلّ الأكل لوجود الذكاة

(فإن قطع ثلاثة منها) أي من العروق الأربعة أي ثلاثة كانت **(أكل)** بناءً على أن الأكثر يقوم مقام الكلّ وفيه اختلاف بين الأئمة الثلاثة رحمة الله عليهم وحاصله ما ذكره صاحب المنظومة في باب الأقوال الثلاثة "والمذبح المريء والحلقوم، والودجان عدد معلوم وبالثلاث يكتفي الشيخ وعن يعقوب أيضاً ذاك يُروى فاعلمن" وشرطه الحلقوم فيما يُروى أيضاً ويُروى فيه عنه أخرى أن يُقطع الحلقوم والمريء وودج ليؤكل الذكي والشرط في أكثر كلّ مفرد من هذه الأربع عن محمد رحمه الله **(ويجوز الذبح بكلّ ما أفري)** أي قطع والفري القطع **(الأوداج وأنهر الدم)** الإنهار الإسالة بسعة وكثرة من النهر وهو المجرى الواسع ومنه النهار لأنه اسم لضوء واسع مُتمدّد من طلوع الشمس إلى غروبها لقوله عليه السلام: "أفرّ الأوداج بما شئت"⁵⁵² ولقوله عليه السلام: "ما أنهر الدم وأفري الأوداج فكلّ ما خلا السنّ والظفر فإنهما مدى الحبشة وكانوا يذبحون بهما قائمين"⁵⁵³ **(إلا السنّ القائم والظفر القائمة)** لما روينا

⁵⁴⁸ سورة الكوثر، الآية: 2.

⁵⁴⁹ سورة البقرة، الآية: 67.

⁵⁵⁰ سورة الصافات، الآية: 107.

⁵⁵¹ أبو داود، "الأصاحي" 14-15؛ ابن ماجه، "الذبائح" 5.

⁵⁵² أبو داود، "الأصاحي" 14-15؛ ابن ماجه، "الذبائح" 5.

⁵⁵³ البخاري، "الشركة" 3.

(وَيُسْتَحَبُّ أَنْ تُحَدَّ الشَّفْرَةُ) لقوله عليه السلام: "إذا قتلتم فأحسنوا القِتْلَةَ وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبْحَةَ وَلْيُحَدَّ شُفْرَتُهُ وَلْيُرْخَ ذَبِيحَتُهُ"⁵⁵⁴ والشَّفْرَةُ هو السكين العظيم وإنَّما وضع فيها وإن كان الذبح بالسكين الصغير يجوز لأنه يحصل الذبح بالشَّفْرَةِ سريعاً فلا يوجد تعذيب الحيوان

(ويكره أن يبلغ بالسكين النخاع أو يقطع الرأس ولكن يؤكل) لنهي النبي عليه السلام عن نخع الشاة إذا ذبحت وفي قطع الرأس تعذيب الحيوان بلا فائدة وإنَّما يؤكل لحصول المقصود والنخاع خيطٌ أبيضٌ في جوف عظم الرقبة يمتدُّ إلى الصُّلب والضم والفتح لغة ومن قال هو عرق فقد سهأ إنَّما ذلك النخاع بالبَاء لا بالنون وهو يكون في القفاء من بَخَعِ الشاة إذا بلغ ذلك الموضع **(ويكره سَلْخُهَا قَبْلَ أَنْ تَبْرَدَ)** أي سكن اضطرابها لما فيه من تألم الحيوان وبعد ذلك لا ألم فلا يكره **(وما استأنس من الصيد فذكاته اختيارية)** للقدرة عليها

(وما توحَّش من النعم فاضطرارية) أي فذكاته اضطرارية للعجز عن الاختيارية والذكاة الاضطرارية الجرح في أي موضع كان **(وإن كان في بطن المذبوح جنين ميت لم يؤكل)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله إذا تمَّ خلقه أكل وهو قول الشافعي رحمه الله قال صاحب النظم

"إن الجنين مفرد بحكمه، لا يتذكى بذكاة أمه" لهم قوله عليه السلام: "ذكاة الجنين ذكاة أمه"⁵⁵⁵ أي تنوب ذكاة الأم عن ذكاة الجنين كما يقال لسان الوزير لسان الأمير وبيع الوصي بيع اليتيم ولأنه جزء أمه يتغذى بغذائها فيتذكى بذكاتها وله أنه يحتمل أن يكون ميتاً بذبح أمه وأن يكون قبله فلا يحل بالشك والمراد بالحديث التشبيه أي ذكاة الجنين كذكاة أمه ألا يرى أنه ذكر الجنين أولاً ولو كان المراد النيابة يكون ذكر النائب أولاً كما في ما استشهد به ومثل هذا يُذكر للتشبيه يقال مشبه فلانٍ مشبه أب وخطَّ فلان خطَّ أبيه وقال القائل فعيناك عيناها وجيدك جيدها سوى أنَّ عظم الساق منك دقيق والمراد التشبيه وهذا التأويل على رواية النصب أظهر وعلى رواية الرفع احتمال التشبيه أيضاً كقوله تعالى: "وَجَنَّةٌ عرضها السموات والأرض" فنحمل عليه توفيقاً **(وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه (طهر جلده ولحمه))** لأنَّ بالذكاة نزول الرطوبات المنجَّسة فيطهر كما في الدباغ

⁵⁵⁴ مسلم، "الصيد والذبائح" 57.

⁵⁵⁵ أبو داود، "الأصاحي" 17-18؛ ابن ماجه، "الذبائح" 15.

(إلا الخنزير والآدمي) فإن الذكاة لا تعمل فيها لنجاسة عين الخنزير وكرامة الآدمي كما لم يعمل الدبابة في

جلدهما

فصل فيما يحلّ أكله وما لا يحلّ

(ولا يحلّ أكل كل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور) لأنه عليه السلام نهي عن أكل كل ذي مخلبٍ

من الطيور وأكل ذي ناب من السباع⁵⁵⁶ وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف إليهما فيتناول سباع الطيور والبهايم لا كل ما له مخلب أو ناب والسبع كل جارح قاتل منتهب متعدّد عادة كالأسد والنمر والفهد والذئب والثعلب والذئب والقرد واليربوع وابن عرس والسنور البري والأهلي وذو المخلب من الطير الصقر والبازي والنمير والعقاب والشاهين والحداثة ثم الناب من الأسنان ما يلي الرباعيّات والمخلب للطائر كالظفر للإنسان والمراد به سلاح هو المخلب (ولا الحشرات) أي ولا يحلّ أكل الحشرات مثل الضبّ والزنبور والعقرب والحية والفأرة لأن جميع ذلك من الخبائث فيحرّم لقوله تعالى ﴿ويحرّم عليهم الخبائث﴾⁵⁵⁷

(ولا الحمر) جمع حمار (الأهلية) احترز بها عن غير الأهلية (ولا) يحلّ أكل (البغال) بكسر الباء جمع بغل

(ولا) يحلّ أكل (الخيال) لقوله تعالى ﴿والخيال والبغال والحمر لتركبوها وزينة﴾⁵⁵⁸ خرجت في معرض الامتنان فلو جاز أكلها لذكره لأن نعمة الأكل أعظم من نعمة الركوب ولأنه عليه السلام: "نهي عن لحوم الخيل والحمر الأهلية والبغال"⁵⁵⁹ قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لحم الخيل حلال لما روي أنه عليه السلام نهي يوم حنين عن لحوم الحمر والبغال والحمر الأهلية وأذن في الخيل⁵⁶⁰ وله ما تلونا من الآية ونهيه عليه السلام عن لحوم الخيل والبغال والحمر الأهلية ولأن الخيل أشدّ إرهاباً وإزعاباً للعساكر والمراكب بالنسبة إلى غيره من المراكب بدليل تخصيصه بين ما يتقوى به في قوله غرّ سبحانه ﴿وأعدوا لهم ما استطعتم من قوّة ومن

⁵⁵⁶ البخاري، "الذبائح" 29.

⁵⁵⁷ سورة الأعراف، الآية: 157.

⁵⁵⁸ سورة النحل، الآية: 8.

⁵⁵⁹ البخاري، "المغازي" 38.

⁵⁶⁰ البخاري، "الذبائح" 27.

رباط الخيل ﴿٥٦١﴾ وإلى هذا وقعت الإشارة بقوله عليه السلام: "الخيّل معقود بنواصيها الخير إلى يوم القيامة" ^{٥٦٢} ولأنّ انكسار العُدّة في الوقائع وانهازم الطُّغاة في المعارك إنّما يكون بتعاقبِ حملات تزلّتهم عن المقام وتعجلهم الانهازم يتيسّر للخيلة دون الرجالة فتكون حرمة أكله احتراماً له وكراهة ذبحه احتشاماً له ولأنّ في إباحتِه تقليل آلة الجهاد فإن قلت حِلّه كما هو تقليل لآلة الجهاد فكذلك تقليل لآلة الشرّ والفساد لأنّه آلة محاربة الكفّار وقطع الطرق وتخريب الديار وإحراق البلدان واسترقاق الأحرار قلت حلّ ذبحه إنّما يكثر في أفراس المسلمين لا في ذبح خيول المشركين فيكون تأثيره في تقليل آلة الجهاد وأكثر من تأثيره في تقليل آلة الشرّ والفساد وأمّا ما روي أنه عليه السلام نهى يوم خيبر عن لحم الحمر الأهلية وأذن في الخيل فمعارض لما رويناه والترجيح للمحرّم (ويكره الرخم) جمع رخمة طائراً يقع يشبه النسر في الخلقة (والبغاث) صغار الطير كالعصافير ونحوها ويقال في باء البغاث اللغات الثلاث (والغراب) أي الغراب الأسود وكذا الغداف لأنها تأكل الجيف فكانت من الخبائث (والضبّ) يقال له بالفارسية سوسماياي (والسُّلحفاة) لأن الضبّ والسُّلحفاة من الخبائث (ويجوز غراب الزرع) لأنه يلتقط الحبّ وليس سباع الطير (والعقّوق) قال أبو يوسف رحمه الله سألت أبا حنيفة رحمه الله عن العقّوق فقال لا بأس به فقلت إنه تأكل الجيف فقال إنه يختلط بشيء آخر فصار كالدجاج (والأرنب) ويجوز أكل الأرنب لأن النبي عليه السلام أكل منه حين أُهدي إليه مشوياً وأمر أصحابه بالأكل منه ولأنّه ليس من السباع ولا من آكلة الجيف فأشبهه الطيّب قال تاج الشريعة رحمه الله في شرح الهداية روي أنّ الأرنب كانت امرأة لا تغتسل من الحيض فمسخت فعلى هذا الأفضل ألا يؤكل الأرنب. والجراد لقوله عليه السلام: "أُحِلَّتْ لَنَا مِيتَتَانِ وَدَمَانِ" ^{٥٦٣} أما المِيتَتَانِ فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال فإن قلت هذا الحديث مخالف لقوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكَ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ﴾ ^{٥٦٤} ولما روي أنّه سئل عليّ رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض وفيها الميتة فقال كُلُّهُ ^{٥٦٥} وهذا عدّ من فصاحته ودلّ على إباحتِه

^{٥٦١} سورة الأنفال، الآية: 60.

^{٥٦٢} مسلم، "الإمارة" 96.

^{٥٦٣} ابن ماجه، "الأطعمة" 31.

^{٥٦٤} سورة الأعراف، الآية: 133.

^{٥٦٥} الدارقطني، السنن، 3/ 529.

(ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك والجريث) بكسر الجيم وتشديد الراء نوع من السمك

(والمارماهي) صحيح بتحريك الراء لاجتماع الساكنين في غير حده يقال له بالتركي ايلن بلى وقال الشافعي

رحمه الله جميع حيوانات البحر حلال لقوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ لَكُم صِيدَ الْبَحْرِ﴾⁵⁶⁶ من غير فصل ولنا قوله تعالى ﴿

وَيَحْرِمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَاثُ﴾⁵⁶⁷ والطباع السليمة تستخبث غير الشك (ولا يؤكل الطافي منه) أي من السمك وقال

مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس به لإطلاق ما رويانا ولنا ما روي عنه عليه السلام أنه قال: "ما نضب عنه

الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا أو ما طفا فلا تأكلوا"⁵⁶⁸ والطافي هو الذي مات في الماء حتف أنه اسم فاعل

من طفا الشيء فوق الماء يطفو طفواً إذا علا

كتاب الأضحية

وهي بضم الهمزة وكسرهما اسم لما يذبح أيام النحر بنية التقرب لله تعالى وجمعها الأضاحي وكذلك الضحية

بفتح الصاد وكسرهما وجمعها ضحايا كهدية وهدايا واعلم أن القرب المالية نوعان نوع بطريق التملك

كالصدقات ونوع بطريق الإتلاف كالإعتاق ففي الأضحية اجتمع المعنيان فإنها تقرب بإراقة الدم وهو إتلاف

ثم تصدق باللحم وهو تملك (وهي واجبة) أي الأضحية واجبة يعني تضحية الأضحية بحذف المضاف لأن

الأضحية اسم العين والعين لا توصف بالوجوب فلا بد من الفعل (على كل مسلم مقيم موسر شاة) أما

الوجوب فمذهبنا في الأصح وقال الشافعي رحمه الله سنة وهو رواية عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وذلك

قول صاحب النظم في باب الشافعي رحمه الله

"وعنده لا تجب الأضحية في الشرع، وهي سنة مرضية"

⁵⁶⁶ سورة المائدة، الآية: 96.

⁵⁶⁷ سورة الأعراف، الآية: 157.

⁵⁶⁸ الدارقطني، السنن، 3/ 525.

له قوله عليه السلام: "من أراد أن يُضَحِّي فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئاً"⁵⁶⁹ والتعليق بالإرادة ينافي الوجوب وقوله عليه السلام: "ضَحُّوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم عليه السلام"⁵⁷⁰ ولنا قوله عليه السلام: "من وجد سعةً ولم يضحَّ فلا يقربنَّ مسجدنا"⁵⁷¹ وإلحاق مثل هذا الوعيد لا يكون إلا بترك الواجب ولأنه لا تصح الإضافة إليه إلا إذا وُجدت فيه لاحالة ولا وجود إلا بالوجوب فيجب تصحيحاً للإضافة كما في يوم الفطر وصدقته وشرط كونه مسلماً لأنها عبادة فلا تصح من الكافر وإنما شرط كونه مقيماً لأن أدائها يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها تفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة وإنما شرط كونه موسراً لما روينا من اشتراط السعة ولقوله عليه السلام: "لا صدقة إلا عن ظهر غنى"⁵⁷² والمراد الغنى المشروط لوجوب صدقة الفطر **(وإن اشترك سبعة في بقرة أو بدنة)** البدنة في اللغة الإبل خاصّة وفي الشريعة الإبل والبقرة سمّيت بدنة لضخامتها من بدن إذا ضخّم **(جاز إن كانوا من أهل القرية)** يعني إذا كانوا مسلمين **(ويريدوها)** أي يريدون القرية حتى لو كان أحدهم كافراً أو أراد اللحم لا القرية لا يجزئ واحداً منهم لأن الدم لا يتجزأ ليكون بعضه قربةً وبعضه لا فإذا خرج البعض عن أن يكون قربةً خرج الباقي والأصل في جواز الشركة ما روى جابر رضي الله عنه قال: "نحرنا مع رسول الله عليه السلام البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة"⁵⁷³ ويجزئ عن أقل من سبعة بالطريق الأولى ولا يجزئ عن أكثر لأن القياس ألا يجزئ إلا عن واحدة لأنه إراقة واحدة إلا أننا تركنا القياس بما روينا وأنه مقيد بالسبعة فلا يزداد عليه **(ولو اشترى بقرة للأضحية ثم اشترك فيها ستة)** أجزأه استحساناً وقال زفر رحمه الله لا يجوز وهو القياس لأن أعدّها للقرية فلا يجوز بيعها وفي الشركة بيعها وجه الاستحسان أن الحاجة ماسة إلى ذلك لأنه قد لا يجد إلا بقرةً ولا يجد شركاء فيشتريها ثم يطلب الشركة بعد ذلك فجوزناه للحاجة والأحسن أن يطلب الشركاء قبل الشراء لئلا يكون راجعاً عن القرية

⁵⁶⁹ مسلم، "الأضاحي" 42.

⁵⁷⁰ ابن ماجه، بلفظ: "قال أصحاب رسول الله عليه السلام: يا رسول الله م هذه الأضاحي؟ قال: "سنة أبيكم إبراهيم" قالوا: فما لنا فيها يا رسول الله؟ قال: "بكل شعرة حسنة" قالوا: فالصوف يا رسول الله؟ قال: "بكل شعرة من الصوف حسنة" "الأضاحي" 3.

⁵⁷¹ ابن ماجه، "الأضاحي" 2.

⁵⁷² البخاري، "الزكاة" 18.

⁵⁷³ مسلم، "الحج" 350.

(ويقسمون لحمها بالوزن) لأن اللحم موزون **(ويجزئ فيها ما يجزئ في الهدى)** وهو الشيء من الكل وهو من الغنم ماله سنة ومن البقر ماله سنتان ومن الإبل ماله خمس سنين قال القائل الثنايا ابن حوّل وابن ضعف وابن خمس من ذوي ظلفٍ وخُفٍّ الأصل فيه قوله عليه السلام: "ضحّوا بالثنايا إلا أن يعسرَ على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن ويدخل في الغنم المعز وفي البقر الجاموس لأنه من جنسه

(وتختصّ) الأضحية **(بأيام النحر)** لأن القرية بإراقة دم غير معقولة وإنما شرعت بأيام مخصوصة فتختصّ بها **(وهي ثلاثة)** العاشر من ذي الحجة والحادي عشر والثاني عشر **(أفضلها أولها)** لما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها⁵⁷⁴ وقد قالوه سماعاً لأن الرأي لا يهتدى إلى المقادير **(فإذا مضت هذه)** الأيام ولم يذبح **(فإن كان فقيراً)** والحال أنّه **(قد اشتراها تصدّق بها حيّة)** لأنها غير واجبة على الفقير فإذا اشتراها بنية الأضحية تعيّن للجوب والإراقة إنّما عرفت قرابة في وقت معلوم وقد فات فيتصدّق بعينها **(وإن كان غنياً تصدّق بثمنها اشتراها أولاً)** لأنها واجبة عليه فإذا فات وقت القرابة في الأضحية يتصدّق بالثمن إخراجاً له عن العهدة كما في الجمعة إذا فاتت يقضي الظهر **(ويدخل وقتها بطلوع الفجر أول أيام النحر إلا أنّ أهل المصر لا يضحّون قبل صلاة العيد)** لقوله عليه السلام: "من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تمّ نسكه وأصاب سنة المسلمين"⁵⁷⁵ فقال عليه السلام: "إنّ أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثمّ الأضحية"⁵⁷⁶ وهذا الشرط في حق من تجب عليه الصلاة أمّا من لا تجب عليه الصلاة وهم أهل السواد فيجوز ذبحه بعد طلوع الفجر وهذا لأن العبادة لا يختلف وقتها بالمصر وعدمه كسائر العبادات أمّا شرطها فيجوز أن يختلف ألا يرى أنّ الظهر يُمنع من فعلها يوم الجمعة قبل صلاة الإمام ولا يُمنع ذلك في السواد كذا هذا **(ويأكل منها)** أي ويأكل المضحي من لحم أضحيته **(ويطعم الأغنياء والفقراء ويدّخر)** لقوله عليه السلام: "كنت نهيتكم عن أكل لحوم الأضاحي فكلوا منها وادّخروا"⁵⁷⁷ ومتى جاز أكله وهو غني جاز أن يؤكل غنياً **(ويكره أن يذبحها كتابي)** لأنه عمل هو قرابة وهو ليس من أهلها ولو

⁵⁷⁴ الموطأ بلفظ: الأضحى يومان بعد يوم الأضحى. "الضحيايا" 12

⁵⁷⁵ البخاري، "الأضاحي" 1؛ مسلم، "الأضاحي" 4.

⁵⁷⁶ البخاري، "الأضاحي" 1؛ مسلم، "الأضاحي" 4.

⁵⁷⁷ الترمذي، "الأضاحي" 14؛ ابن ماجه، "الأضاحي" 16.

أمره فذبح جاز لأنه من أهل الذكاة والأولى أن يذبح بنفسه **(ولو ذبح أضحية غيره بغير أمره جاز)** استحساناً ولا يجوز قياساً وهو قول زفر رحمه الله وهذا قول صاحب المنظومة رحمه الله "ولو بشاة الغصب ضحى ودفع قيمته، لم يُجزه ما قد صنّع" له أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فيضمن كما إذا ذبح شاة قصاب وإذا ضمن لا يُجزئ به عن الأضحية وجه الاستحسان أنه لما اشتراها للأضحية فقد تعيّنت للذبح لتعينها للأضحية حتى وجب عليه أن يُضحّي بها بعينها في أيام النحر ويكره أن يبدّل بها غيرها فصار المالك مستعيناً بكلّ من يكون أهلاً للذبح آذناً له دلالة لأنه يفوت بمضي هذه الأيام وعساه يعجز عن إقامتها لعوارض فصار كما إذا ذبح شاة شدّ القصاب برجلها **(ولو غلطا فذبح كلّ واحد منهما أضحية الآخر جاز)** لما بيّنا فيأخذ كلّ واحد منهما أضحية من صاحبه مذبوحةً ومسلوخةً ولا يضمنه لأنه وكيله فيما فعل دلالة كما مرّ فإن كانا قد أكلا ثم علما فليتحلّل كلّ واحد منهما صاحبه ويجزئهما وهذا معنى قوله **(ويتحلّلان)** وذلك لأنه لو أطعم كلّ واحد منهما صاحبه في الابتداء يجوز فكذا له تحلله في الانتهاء **(وإن تشاحا)** أي إن تخاصم كل واحد منهما صاحبه **(ضمن كلّ)** واحد **(لصاحبه قيمة لحمه)** لأن التضحية لما وقعت لصاحبه كان اللحم له ومن أئلف لحم أضحية غيره يضمنه ثم يتصدّق كلّ واحد منهما بما أخذ من القيمة لأنه بدل لحم الأضحية فصار كما لو باع أضحيته

كتاب الجنائيات

وهي جمع جنائية والجنائية كل فعل محرّم شرعاً سواء حل بهال أو نفس إلا أن في اصطلاح الفقهاء مطلق اسم الجنائية يقع على الفعل في النفس والأطراف فإنهم خصوا الفعل في المال باسم الغصب والسرقه والقتل اسم لجرح مؤثر في إزهاق الروح ثم القصاص مشروع ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة وإجماع الأمة أما الكتاب فقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص﴾⁵⁷⁸ الآية وقوله تعالى ﴿ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً﴾⁵⁷⁹ أي أثبتنا لوليه سلطنة القتل وأما السنة فقوله عليه السلام: "ومن قتل عبده قتلناه"⁵⁸⁰ وقوله

⁵⁷⁸ سورة البقرة، 178.

⁵⁷⁹ سورة الإسراء، 33.

⁵⁸⁰ الترمذي، "الديات" 17؛ أبو داود، "الديات" 7؛ ابن ماجه، "الديات" 23.

عليه السلام: " كتاب الله القصاص"⁵⁸¹ وعليه الإجماع والعقل والحكمة يقتضي شرعيته أيضا فإن الطباع البشرية والأنفس الشريرة تميل إلى الظلم والاعتداء ترغب في استيفاء الزائد على الابتداء سيما سكان البوادي وأهل الجبل العادلين عن سنن العقل والعدل كما نقل من عاداتهم في الجاهلية فلو لم تشرع الأجزية الزاجرة عن التعدي والقصاص من غير زيادة ولا انتقاص يتجرأ ذوو الجهل والحمية والأنفس الآبئة على القتل في الابتداء وأضعاف ما جني عليهم في الاستيفاء فيؤدي ذلك إلى الفساد بين العباد فاقتضت الحكمة شرع العقوبات الزاجرة عن الابتداء في القتل والقصاص المانع من استيفاء الزائد على المثل فورد الشرع بذلك لهذه الحكمة حسما مادة هذا الباب فقال ﴿ ولکم فی القصاص حياة یا أولی الألباب ﴾⁵⁸² إذا عرفنا هذا جئنا إلى مسائل الكتاب

(القتل المتعلق به الأحكام خمسة) قيد به لأن أنواع القتل مما لا يتعلق به الحكم لا ينحصر بخمسة كقتل الحربي والقتل قصاصا والقتل صلبا في قطاع الطريق والقتل رجما في حق الزاني المحصن

(عمد وشبه عمد وخطأ وما أجري مجراه وقتل بسبب) بيان الحصر أن القتل لا يخلو إما أن يكون مباشرة أو لا فإن لم يكن مباشرة فهو القتل بسبب وإن كان مباشرة فإما أن يكون عمدا أو خطأ فإن كان عمدا فإما أن يكون بسلاح وما شابهه في تفريق الأجزاء أو بغير ذلك فإن كان بسلاح فهو العمد وإن كان بغيره فهو شبه العمد وإن كان خطأ فإما إن كان حالة اليقظة أو حالة النوم فإن كان حالة اليقظة فهو الخطأ وإن كان حالة النوم فهو الذي أجري مجراه فإن قتل المکره ليس مباشرة من المکره وقد جعلتموه عمدا حتى أوجبتم عليه القصاص قلت لما كان المکره مسلوب الاختيار لم يُصَفْ الفعل إليه فجعلناه كالألة في يد المکره وانتقل فعله إليه فكأن المکره قتلَه بآلة أخرى فصار مباشرة تقديرا وشرعا

(فالعمد أن يتعمد الضرب بما يفرق الأجزاء كالسيف واللبطة والنار) يعني القتل العمد أن يتعمد ضربه بسلاح كالسيف والخنجر أو ما يجري مجرى السلاح كليطة القصب والمحدد من الخشب والناظر لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك

⁵⁸¹ البخاري، "الصلح" 8؛ ابن ماجه، "الديات" 16؛ أبو داود، "الديات" 28.

⁵⁸² سورة البقرة، الآية: 179.

(وحكمه) أي حكم القتل العمد **(المأثم)** لقوله تعالى ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها﴾⁵⁸³ وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه إجماع الأمة **(والقود)** لقوله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾⁵⁸⁴ والمراد به العمد لأنه لا قصاص في غيره وقوله عليه السلام: "العمد قود"⁵⁸⁵ أي حكمه أو موجهه **(إلا أن يعفو الأولياء)** لأن الحق لهم **(أو وجوب المال)** أي وحكم القتل العمد القود أو وجوب المال **(عند المصالحة برضى القاتل في ماله)** لأن الحق له فإذا صالح عنه بعوض ورضى خصمه جاز كما في سائر الحقوق وإنما يجب في مال القاتل لقوله عليه السلام: "لا تعقل العاقلة عمداً ولا صلحاً"⁵⁸⁶ وهذا عمد وصلاح فلا تتحمله العاقلة فتجب في ماله والأصل فيه قوله تعالى ﴿فمن عفى له من أخيه شيئاً فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان﴾⁵⁸⁷ والمراد به الصلح وهذا لأن موجب العمد القود عينا فلا يجب المال إلا بالصلح برضى القاتل **(أو صلح بعضهم أو عفو)** أي وحكم القتل العمد وجوب المال أيضاً عند صلح بعض الأولياء أو عند عفو بعضهم **(فتجب بقية الدية على العاقلة)** يعني إن صالح بعض الأولياء أو عفا بعض الأولياء سقط القصاص وانقلب نصيب الباقيين مالا وهذا لأنه حق مشترك بين الورثة وإذا كان مشتركاً بينهم فلكلّ منهم العفو عن نصيبه والصلح عنه كغيره من الحقوق فإذا صالح البعض أو عفا تعذر القصاص لأنه لا يتجزأ وقد سقط البعض فيسقط الباقي ضرورة فإذا سقط انقلب نصيب الباقي مالا لثلاث سقط لا إلى عوض ولا يجب على القاتل لأن الشرع ما أوجبه عليه كما مر ولا التزمه فيجب على العاقلة لأنه وجب بغير قصد من القاتل فصار كالخطأ وليس للعافي منه شيء لسقوط حقه بعفوه **(أو عند تعذر استيفائه)** أي وحكم القتل العمد وجوب المال أيضاً عند تعذر استيفاء القصاص من القاتل **(لشبهة قتل الأب ابنه فتجب الدية في ماله)** أي في مال الأب في ثلاث سنين وهذا لأن الأب لا يقتل بابنه لقوله عليه السلام: "لا يقاد الوالد لولده"⁵⁸⁸ ولأنه جزؤه فأورث شبهة في القصاص فسقط وإذا سقط تجب الدية في ماله لأنه عمد وتجب

⁵⁸³ سورة النساء، الآية: 93.

⁵⁸⁴ سورة البقرة، الآية: 178.

⁵⁸⁵ أبو داود، "الديات" 15؛ ابن ماجه، "الديات" 8.

⁵⁸⁶ ابن أبي شيبة، المصنف، 5/405.

⁵⁸⁷ سورة البقرة، الآية: 178.

⁵⁸⁸ ابن ماجه، "الديات" 22؛ الترمذي، "الديات" 9.

(في ثلاث سنين) لما سيأتي إن شاء الله تعالى **(ولا كفارة في العمد)** وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله تجب لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمس منها إليه في الخطأ فكان أدعى إلى إيجابها وذلك أن الكفارة شرعت ماحية للإثم والإثم في العمد أكثر ولنا قوله عليه السلام: "خمس من الكبائر لا كفارة فيهن الإشراك بالله وعقوق الوالدين والفرار من الزحف وقتل النفس بغير الحق واليمين الغموس"⁵⁸⁹ ولأن الله تعالى لم يوجبها منه حيث لم يذكرها ولو وجبت لذكرها كما ذكرها في الخطأ **(وشبهه)** أي وشبه العمد **(أن يتعمد الضرب بها لا يفرق الأجزاء كالحجر والعصا واليد)** وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد أن يتعمد الضرب بها لا يقتل غالبا كالسوط والعصا الصغيرة لأن معنى العمدية قاصرة فيهما لما أنه لا يقتل عادة ويقصد به غير القتل كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد أما الذي لا يلبث فلا يتقاصر عن عمل السيف في إزهاق الروح فيكون عمدا وروي أن يهوديا رضخ رأس جارية بالحجر فأمر النبي عليه السلام بالقصاص⁵⁹⁰ وله قوله عليه السلام: "ألا إن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا"⁵⁹¹ وفيه مائة من الإبل من غير فصل بين عصا وعصا ولأن الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه إذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا إلى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغير

(وموجبه) أي موجب شبه العمد على القولين **(الإثم)** لأنه قتل عن قصد **(والكفارة)** لشبهه بالخطأ **(والدية المغلظة)** وفي بعض النسخ مغلظة **(على العاقلة)** لأن كل دية تجب بالقتل من غير صلح ولا عفو البعض فإنها تجب على العاقلة على ما يأتي في الديات وسنين كيفية وجوبها وقدرها ثمة إن شاء الله تعالى **(وهو عمد فيها دون النفس)** أي ما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيها دونها لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص إتلافه بآلة دون آلة **(والخطأ أن يرمي شخصا يظنه صيدا أو حربيا فإذا هو مسلم)** وهذا خطأ في القصد وليس بخطأ في الفعل لأنه قصد القتل وقد وجد القتل **(أو يرمي غرضا فيصيب آدميا)** وهذا خطأ في الفعل لأن فعله كان رميا إلى الغرض وقد صار قتلا فيكون خطأ في الفعل

⁵⁸⁹ البخاري، الأيمان، 16.

⁵⁹⁰ البخاري، "الطلاق" 24؛ أبو داود، "الديات" 10؛ النسائي، "القسامة" 13.

⁵⁹¹ ابن ماجه، "الديات" 5؛ النسائي، "القسامة" 34.

(وموجبه الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾⁵⁹² والسرف فيه أنه لما أخرج نفساً مؤمنة من جملة الأحياء لزمه أن يدخل نفساً مثلها في جملة الأحرار لأن إطلاقها من قيد الرق كإحيائها من قبل. إن الرقيق ملحق بالأموال إذ الرق أثر من آثار الكفر والكفر موت حكماً أو من كان ميتاً فأحييناه ولهذا منع من تصرف الأحرار وهذا مشكل إذ لو كان كذلك لوجب في العمد أيضاً لكن يحتمل أن يقال إنما وجب عليه ذلك لأن الله تعالى أبقي للقاتل مؤمنة حيث لم يوجب القصاص فأوجب عليه مثلها رقبة مؤمنة كذا ذكره العلامة النسفي رحمه الله في المدارك ولا إثم فيه لقوله عليه السلام: "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان"⁵⁹³ الحديث وقيل المنفي إثم القتل وإنما يآثم من حيث ترك الاحتراز والتسبب حالة الرمي ولهذا أوجب الكفارة **(وما أجري مجراه)** بضم الميم أي وما أجري مجرى الخطأ **(مثل النائم ينقلب على إنسان فقتله فهو كالخطأ)** أي أنه قاتل خطأ تقديراً في الشرع لكنه دون الخطأ حقيقة فإنه ليس من أهل القصد أصلاً وإنما وجبت الكفارة لترك التحرز عن نوم في موضع يتوهم أن يصير قاتلاً والكفارة في فعل الخطأ إنما تجب لترك التحرز أيضاً **(والقتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه فيعطب به إنسان وموجبه الدية على العاقلة)** لأنه سبب التلف وهو متعمد فيه فأنزل موقعاً دافعاً فوجبت الدية على العاقلة وإنما قيد بقوله في غير ملكه لأنه لو فعله في ملكه لا يضمن ما تلف به لأنه مأذون في فعله فلم يكن متعمداً فيه وإنما قال فيعطب به إنسان لأنه لو هلك به غير الآدمي يضمن من ماله لا غير أي لا إثم فيه لعدم القصد ولا كفارة عليه لأنه لم يقتل حقيقة وإنما ألحقناه بالقاتل في حق الضمان فبقي ما وراءه على الأصل وكل ذلك أي العمد وشبه العمد والخطأ وما أجري مجراه يوجب حرمان الإرث إلا القتل بسبب لقوله عليه السلام: "لا ميراث لقاتل"⁵⁹⁴ والمسبب ليس بقاتل ولا منهم وهو منهم في الخطأ لاحتمال أنه قصد ذلك في الباطن

(ولومات في البئر غمًا) بأن احتقن من هواء البئر **(أو جوعاً فهو هدر)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله يضمن الحافر منها وقال أبو يوسف رحمه الله يضمن في الغم دون الجوع لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع أما الجوع فلا يختص بالبئر ولمحمد رحمه الله أن الجوع أيضاً بسبب الوقوع إذ لولاه لكان الطعام قريباً منه وله

⁵⁹² سورة النساء، الآية: 92.

⁵⁹³ ابن ماجه، "الطلاق" 16.

⁵⁹⁴ ابن ماجه، "الديات" 14؛ عبد الرزاق، المصنف، 9/398.

أنه لم يمت بالوقوع فلا يضمن وإنما مات لمعنى في نفسه وهو الجوع والغم وذلك غير مضاف إلى الحافر فلا يكون مسيباً **(والكفارة عتق رقبة مؤمنة)** أي إعتاق رقبة مؤمنة **(فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين)** لقوله تعالى ﴿فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾⁵⁹⁵ ولا يجزئ فيها الطعام لأن الكفارات لا تعلم إلا نصاً ولا نص فيه **(ويقتل الحر بالحر والعبد)** أي ويقتل الحر بالعبد أما قتل الحر بالحر فلقوله تعالى ﴿الحر بالحر﴾⁵⁹⁶ وأما قتل الحر بالعبد فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى ﴿الحر بالحر والعبد بالعبد﴾⁵⁹⁷ ومن ضرورة هذه المقابلة أن يقتل الحر بالعبد ولأن مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرف العبد بخلاف العبد بالعبد لأنها يتساويان وبخلاف العبد يقتل بالحر لأنه تفاوت إلى نقصان ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدین يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه من الهداية **(والرجل)** أي ويقتل الرجل **(بالمرأة والكبير بالصغير)** لإطلاق النصوص **(والمسلم بالذمي)** خلافاً للشافعي رحمه الله وله قوله عليه السلام: "لا يقتل مؤمن بكافر"⁵⁹⁸ ولنا ما روي أنه عليه السلام: "قتل مسلماً بذمي"⁵⁹⁹ أو لأن المساواة في العصمة ثابتة نظراً إلى التكليف أو الدار والمراد بما روى الحربي **(ولا يقتلان)** أي المسلم والذمي **(بالمستأمن)** لعدم التساوي فإنه غير محقون الدم على التأييد **(والصحيح)** أي ويقتل الصحيح **(بالزمن والأعمى)** لما تقدم من العمومات ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني فإن قلت ينبغي ألا يقتل الصحيح بالزمن وأمثاله لأنه هالك من وجه ولهذا لا يجوز إعتاقه في الكفارة قلت الموجب للقصاص قتل المعصوم مؤبداً كما ذكرنا والزمن بهذه المثابة وإنما لا يجوز إعتاق الرقبة لأنها اسم للبنية السليمة

⁵⁹⁵ سورة النساء، الآية: 92.

⁵⁹⁶ سورة البقرة، الآية: 178.

⁵⁹⁷ سورة البقرة، الآية: 178.

⁵⁹⁸ ابن ماجه، "الديات" 21.

⁵⁹⁹ الدارقطني، السنن، 3/ 58.

(ولا يقتل الرجل بولده ولا بعبده ولا بعبده ولده ولا بمكاتبه) لقوله عليه السلام: "لا يقاد والد بولده ولا

سيد بعبده"⁶⁰⁰ ولأنه لا يجب لنفسه على نفسه قصاص ولا لولده عليه لما تقدم والمدير وأم الولد كالعبد

(ومن ورث قصاصا على أبيه سقط) مثل أن يقتل رجل مطلقة ولها منه ابن لا يقتل هذا الابن أباه لأجل قتل

أمه وإنما يسقط القصاص لحرمة الأبوة **(والأم والأجداد)** وإن علوا **(والجدات)** وإن علون **(من أي جهة كانوا**

كالأب) في سقوط القصاص لما بينهما من الجزئية **(ومن جرح رجلا عمدا ومات منها)** أي من هذه الجراحة

(فعليه القصاص) يعني من جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش فمات منها بأن لم يعرض له عارض آخر

يضاف موته إليه فعليه القصاص لوجود سبب القتل منه وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فيضاف إليه

(ولا يستوفي القصاص إلا بالسيف) لقوله عليه السلام: "لا قود إلا بالسيف"⁶⁰¹ أي بالسلاح فيه معنيان

أحدهما نفى الاستيفاء والثاني الوجوب وقال الشافعي رحمه الله يفعل به مثل ما يفعل إن كان فعلا مشروعا

فإن مات به وإلا تجزئ رقبته وهو محجوج بما روينا **(ولا قصاص على شريك الأب)** بأن قتل ابنه مع أجنبي

(والمولى) بأن قتل عبده مع أجنبي **(والخاطئ)** أي ولا قصاص على شريك الخاطئ بأن رمى رجلا عمدا ورمى

آخر خطأ فأصاب رمى كل واحد منهما ومات من ذلك فلا قصاص على واحد منهما **(والصبي والمجنون وكل**

من لا يجب القصاص بقتله) أي لا يجب القصاص على شريك هؤلاء في القتل بناء على أن القصاص لا يتجزأ

فإذا سقط عن أحد الشريكين لمعنى سقط عن الآخر ضرورة عدم التجزئ **(وإذا قتل عبد الرهن فلا قصاص**

حتى يجتمع الراهن والمرتهن) لأن للراهن ملك الرقبة والمرتهن ملك اليد فيشترط حضورهما وذكر في العيون

والجامع الصغير لفخر الإسلام رحمه الله لا قصاص وإن اجتمعا لجهالة وئي الاستيفاء وقضي عليه بالدية في

ثلاث سنين **(وإذا قتل المكاتب عن وفاء)** أي عن مال يفي بدل كتابته **(وله ورثة غير المولى فلا قصاص أصلا)**

أي سواء اجتمعوا مع المولى أو لم يجتمعوا لاشتباه من له الحق لأنه المولى إن مات عبدا والوارث إن مات حرا

والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فاشتبه الولي فتعذر الاستيفاء قيد بقوله عن وفاء لأنه لو لم يترك

وفاء فالقصاص للمولى لأنه مات عبدا بالإجماع وقيد بقوله وله ورثة لأنه لو قتل عن وفاء ولا وارث له غير

⁶⁰⁰ ابن ماجه، "الديات" 22؛ الترمذي، "الديات" 9 دون قوله: ولا سيد بعبده.

⁶⁰¹ ابن ماجه، "الديات" 25.

المولى فله القصاص لأن حق الاستيفاء له حرامات أو عبداً والحكم واحد وهو القود واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة وقال محمد رحمه الله لا قصاص لاشتباه سبب الاستيفاء بالولاية أو بالرق وجوابه ما مر

(وإذا كان القصاص بين كبار وصغار فللكبار الاستيفاء) أي استيفاء القصاص يعني للكبار أن يقتلوا القاتل قبل بلوغ الصغار عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله ليس للكبار ذلك وذلك قول صاحب المنظومة "والأخذ بالقصاص للكبار، يطلق قبل كبر الصغار" فلا ينفرد أحدهم كالحاضر مع الغائب وله أن القصاص لا يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ وهي القرابة فيثبت لكل واحد منهما كملاً كولاية الإنكاح والعفو من الصغير غير محتمل بخلاف الكبيرين لأن احتمال العفو من الغائب ثابت وهذا قوله

(وليس للحاضر الاستيفاء دون الغائب) أي إذا كان القصاص بين الكبيرين وأحدهما غائب فليس للحاضر الاستيفاء لأن احتمال العفو من الغائب حال استيفاء القصاص قائم فلو استوفى لكان استيفاء مع الشبهة وإذا لا يجوز **(وإذا قتل ولي الصبي)** أي قريبه **(والمعتوه)** أي وإذا قتل قريب المعتوه بأن كان للمعتوه ابن مثلاً فقتل **(فلأب)** أي فلأب الصبي والمعتوه **(أو القاضي أن يقتل)** القاتل **(أو يصالح وليس له)** أي للأب أو القاضي العفو **(والوصي يصالح لا غير)** أي لا يقتل ولا يعفو أما الأب فله ولاية على نفس من عليه القصاص وهذا من بابه شرع لأمر راجع إليها وهو التشفي فيليه كالإنكاح وإذا ثبت له ولاية القتل ثبت له ولاية الصلح لأنه أنفع للصبي وليس له أن يعفو لأنه إبطال الحق بغير عوض وأما القاضي فلا لأنه بمنزلة السلطان ومن قتل ولا ولي له فللسلطان أن يستوفي القصاص فكذلك القاضي وأما الوصي فلا يملك العفو لما ذكرنا ولا القصاص لأنه لا ولاية على النفس فتعين الصلح صيانة للحق عن البطالان الله المستعان

(ولا قصاص في التخنيق والتغريق) حتى لو خنق رجلاً فمات أو غرق صبياً أو بالغاً في الماء حتى مات فلا قصاص عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله عليه القصاص وهي مسألة القتل بالثقل وذلك قول صاحب النظم رحمه الله "وما على القاتل بالثقل، والخنق والتغريق قتل فاعقل" فإن تكرر منه ذلك فللإمام أن يقتله سياسة لأنه سعى في الأرض بالفساد وهذا قوله

(إلا أن يتكرر ويقتل الجماعة بالواحد) أي إذا قتل الجماعة واحدا اقتصَّ من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه لو تمالأ⁶⁰² عليه أهل صنعاء لقتلتهم به⁶⁰³ وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان إجماعاً وإنما يقتص جميعهم إذا وجد من كل واحد منهم جرح صالح لإزهاق الروح فأما إذا كانوا نظاراً أو معينين بالإمساك والأخذ فلا قصاص **(والواحد بالجماعة)** أي وإذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل بجماعتهم **(اكْتفاء)** فلا شيء لهم غير ذلك وقال الشافعي رحمه الله إن قتلهم على التعاقب يقتل بأولهم ويقضي بالديات لمن بعد الأول وإن قتلهم معا يقرع بينهم ويقضي بالقود لمن خرجت قرعته وبالدية للباقيين والحجج تعرف في المطولات **(وإن قتله ولي أحدهم)** أي وإن قتل القاتل ولي أحد المقتولين **(سقط حق الباقيين)** لفوات محل الاستيفاء فصارت كموت العبد الجاني **(وإذا مات القاتل سقط القصاص)** لما مر آنفاً **(ومن رمى إنساناً عمداً فنفذ)** السهم **(منه إلى)** إنسان **(آخر وماتاً فالأول عمد)** لأنه تعمد رميه وفيه القصاص على ما مر **(والثاني خطأ)** لأنه لم يقصده وهذا خطأ في الفعل كأنه رمى غرضاً فأصاب آدمياً ورميه وإن كان شيئاً واحداً إلا أن المحلين مختلفان فنزل الفعل الواحد منزلة فعلين مختلفين لعدد الأثر فينفرد كل واحد بحكمه

فصل

(ولا يجري القصاص في الأطراف إلا بين مستوي الدية إذا قطعت من المفصل وتمثلت) القصاص عبارة عن المساواة وأصله من قصَّ أثره واقتصه إذا أتبعه ومنه القاصُّ ولأنه يتبع الآثار والأخبار الأصل قوله تعالى والجروح قصاص أي والجروح ذات قصاص وهي المقاصَّة وأنه يقتضي المماثلة فكل ما يمكن رعاية المماثلة فيه يجب القصاص وما لا فلا فإن الأطراف يسلك فيها مسلك الأموال فلا يجري القصاص في الأطراف بين الرجل والمرأة ولا بين الحر والعبد لاختلافهما في القيمة وهي الدية ولا بين العبيد لأنهم إن تفاوتت قيمتهم فظاهر وإن تساوت فذلك مبني على الحرز والظن ولا يثبت به القصاص وكذا لا يجري إذا قطع العضو من غير المفصل بأن قطع اليد من نصف الساعد لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه

⁶⁰² تعاون

⁶⁰³ الموطأ، "العقول" 13.

(ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر) لعدم المساواة لأنها ينقبضان وينبسطان **(إلا أن تقطع الحشفة)** الحشفة ما فوق الختان من رأس الذكر يعني لو قطع الحشفة يجب فيها القصاص لإمكان المائلة لأنها بمنزلة المفصل في العضو **(ولا) قصاص (في عظم إلا السن)** لما روي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما أنها قالوا: "لا قصاص في عظم إلا السن وفي السن القصاص" ⁶⁰⁴ لقوله تعالى ﴿والسن بالسن﴾ ⁶⁰⁵ **(فإن قلع يقلع وإن كسر يبرد)** بالمبرد بقدر ما كسر تحقيقاً للمساواة حتى لو كان السن بحال لا يمكن برده لا قصاص وتجب الدية في ماله كذا ذكره المصنف رحمه الله في شرحه وقال في المبسوط وإن كان قلع السن فإنه لا يقلع سنه قصاصاً لتعذر اعتبار المائلة فيه فربما تفسد به لثأته **(ولا قصاص في العين)** أي في قلع العين لتعذر المساواة وقلعها أن تبرع حدقتها بعروقتها **(إلا أن يذهب ضوئها وهي قائمة)** فحينئذ يمكن القصاص **(فيوضع على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة المحمأة حتى يذهب ضوئها)** وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم ولأنه طريق إلى استيفاء القصاص فيسلك **(ولا يقطع الأيدي باليد وتجب ديتها)** يعني إذا قطع رجلان يد رجل فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي رحمه الله تقطع يداهما وذلك قول صاحب النظم "ثم اليدان تقطعان باليد، وسائر الأطراف فاحفظ واجتهد" وصورة المسئلة إذا أخذنا سكيناً واحداً ووضعاه في جانب واحد من يده وأمرأه على مفصل يده حتى أبانا يده والحجج من الجانبين تعرف في الكتب المبسوبة الله الموفق **(ومن قطع يميني رجلين قطعاً يمينه وأخذاً منه دية الأخرى بينهما)** يعني لو قطع واحد يميني رجلين فحضرنا فلهما أن يقطعا يده ويأخذاً منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معاً أو على التعاقب والشافعي رحمه الله في التعاقب يقطع بالأول وفي القران يقرع لأن اليد استحقها الأول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة فيقطع لمن خرجت قرعته ويكون الأرض للآخر قلنا إن حق كل واحد منهما ثابت في كل اليد لتقرر السبب لكل منهما وكونه مشغولاً بحق الأول لا يمنع تقرر السبب في حق الثاني فصار كما لو قطع العبد يميني رجلين على التعاقب فإنهما يستحقان رقبته بخلاف الرهن لأن فيه إثبات يد الاستيفاء حكماً فإذا ثبت للأول استحقال ثبوته للثاني

⁶⁰⁴ ابن أبي شيبة، بلفظ: "ليس في العظام قصاص ما خلا السن والرأس" المصنف، 5/ 379.

⁶⁰⁵ سورة المائدة، الآية: 45.

كما في الاستيفاء الحقيقي وإنما وضع في يميني رجلين لا لو قطع يمين رجل ويسار آخر تقطع يدها وبها وكذلك إن قطعها من واحد **(فإن قطعها أحدهما مع)** غيبة الآخر **(فلاآخر دية يده)** لأن الحاضر استوفي حقه وبقي حق الغائب وتعذر استيفاء القصاص فصار إلى الدية **(وإذا كان القاطع أشلّ أو ناقص الأصابع فالمقطوع إن شاء قطع)** اليد **(المعيبة)** ولا شيء له غير ذلك لأنه رضي به كمن رضي بالردى عوض الجيد

(وإن شاء أخذ دية يده) لأنه تعذر أن يستوفي حقه تاما فعدل إلى العوض وهذا كمن غصب مثليا فأتلفه ثم انقطع عن أيدي الناس فللمالك أن يأخذ القيمة كذا هذا **(وكذلك)** يخير المشجوج **(إن كان رأس الشاج أصغر)** فإن شاء المشجوج يقدر شجته مساحة وإن شاء أخذ الأرش لتعذر الاستيفاء كملا للتعدي إلى غير حقه وهذا لو استوفي المشجوج مثل حقه في المشاجة مما بين قرني الشاج كان هذا أزيد في الشين من الأول لأن تلك المشاجة لم تأخذ قرني المشجوج لكبر رأسه وهي تأخذ ما بين قرني الشاج لصغر رأسه فيزداد في الشين وإن اقتصر على ما يكون مثل الأول في الشين كان دون حقه من المشاجة فيتخير إن شاء أخذ الأرش وإن شاء اقتصر على ما يكون مثل الأول في الشين وإن كان دونه في المشاجة كذا في شرح الهداية

(فإن كان) رأس الشاج **(أكبر فالمشجوج)** بالخيار أيضا **(إن شاء أخذ بقدر شجته وإن شاء أخذ أرشها)** لأنه لو أخذ ما بين قرني الشاج يزداد شين الشاج لطول الشجة وليس له ذلك فيتخير لما مر فإن قلت ينبغي أن يقتصر بلا اعتبار صغر الرأس وكبره كما في الأنف قلت الله تعالى أوجب القصاص ثمة مطلقا حيث قال والأنف بالأنف والأذن بالأذن أما هاهنا قال والجروح قصاص فلا بد من المساواة اعلم هاهنا ستة مسائل فالمصنف رحمه الله ذكر منها أربعة ولم يذكر ثنتين ونحن نذكرهما إن شاء الله المسئلة الأولى قوله

(ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل البرء) والمسئلة الثانية قوله **(أو خطأ بعده)** والمسئلة الثالثة قوله **(أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ)** قبل البرء والمسئلة الرابعة قوله **(أو عمدا بعد البرء)** أي قطع يد غيره عمدا ثم قتله عمدا بعد البرء قوله **(أخذ بالأمرين)** أي ففي هذه المسائل الأربعة أخذ القاطع بالقطع والقتل جميعا ففي المسئلة الأولى يجب في اليد نصف الدية وفي النفس القصاص وفي الثانية في اليد النصف وفي النفس الدية وفي الثالثة القصاص في القطع والدية في القتل وفي الرابعة القصاص فيهما لأنها متغايران حكما وفي المسئلة الأولى والثانية تعذر جمعها لتغاير الفعلين وتغاير حكمهما وكذا في الثالثة والرابعة لتخلل البرء بينهما والمسئلة الخامسة ما إذا كان القطع والقتل كلاهما خطأين من غير برء بينهما ففيها يكتفى بدية واحدة بالاتفاق فاعتبر

الكل جناية واحدة فدخل دية اليد في دية النفس لأنها متجانسان والجمع بينهما ممكن ولا قاطع للسرائر والمسئلة السادسة ما إذا كان القطع والقتل كلاهما عمدين ولم يتخلل بينهما بُرء ففيها يقطع ثم يقتل عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله يقتل ولا يقطع وذلك قول صاحب المنظومة رحمه الله

"في القطع ثم القتل عمدا للولي، فعلهما وخالف في الأول" والحجج موضعها بحث الأداء والقضاء من أصول الفقه **(ومن قطع يد غيره فعفا عن القطع ثم مات فعليه الدية في ماله)** أي ومن قطع يد غيره فعفا ذلك الغير أعني المقطوع يده عن القطع ثم مات المقطوع يده من ذلك القطع فعلى القاطع الدية من ماله

(ولو عفا) المقطوع يده (عن القطع أو عن الشجة وما يحدث منه) ثم مات من ذلك (فهو عفو عن النفس)

وهذه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله هو عفو عن النفس في المسئلتين جميعا لأن العفو عن القطع أو عن الشجة عفو عن موجهه وموجهه القطع لو برأ والقتل لو سرا فكان عفوا عن أيهما تحقق وصار كما إذا عفا عن الجناية فإنه يتناول الجناية المقتصرة والسارية كذا هذا وله أنه قتل نفسا معصومة عمدا فيجب القصاص قياسا والعفو وقع عن القطع لا عن القتل إلا أنا استحسنا وقلنا يجب الدية في ماله لوجود صورة العفو وذلك يوجب شبهة وهي دائرة للقصاص بخلاف العفو عن الجناية لأنه يعم لأنه اسم جنس وبخلاف قوله وما يحدث منه لأنه صريح في العفو عن القتل **(وإذا حضر أحد الوليين)** يعنى إذا كان للقتيل وليان حاضر وغائب وأقام الحاضر البينة على القتل ثم حضر الآخر الغائب **(فإنه)** أي فإن الحاضر **(يعيد البينة)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله حضور الغائب كافٍ في استيفاء القصاص ولا يحتاج إلى إعادة البينة وذلك قول صاحب المنظومة "ولا يقيد حاضر بحجة، إذا أخوه غاب عن خصومة، فإن يعد لا بد من إعادته، ليقبلا واكتفينا بحضرته" وأجمعوا أن الحاضر لا يقتصر حتى يحضر الغائب ولو كان القتل خطأ لا يعيدها بالإجماع لهما أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين لما عرف فينتصب أحد الورثة خصما عن الباقي وله أن القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة ألا يرى أنه يثبت بعد الموت والميت ليس بأهله بخلاف الدين لأنه من أهل الملك في الأموال لما عرف وإذا كان طريقه الإثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقي فيعيد البينة بعد حضوره **(رجلان أقر كل واحد منهما بالقتل)** أي بأنه قتل فلانا **(فقال الولي قتلتهما)** جميعا **(فله قتلتهما ولو كان مكان الإقرار شهادة فهو باطل)** أي لو شهدوا على رجل أنه قتله وشهد آخرون على آخر أنه يقتله وقال الولي قتلتهما جميعا بطل ذلك كله والفرق أنه كذب الشهود حيث قال قتلاه وكذب المقرين حيث قال قتلتهما

وتكذيب الشهود تفسيق لهم والفسق يمنع قبول الشهادة وتكذيب المقرّ في بعض ما أقرّ به لا يبطل إقراره في الباقي فافترقا **(رمى مسلماً فارتد)** المرمي إليه العياذ بالله **(ثم وقع به السهم ففيه الدية)** على الرامي عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا شيء عليه لأنها يعتبران حالة الإصابة لأنها حالة التلف الموجب للعقوبة وحالة التلف أسقط عصمة نفسه بالردة فكأنه أبرأ الرامي فصار كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت وله أنه صار قاتلاً برمييه وأنه متقوم معصوم عند الرمي لوجوده قبل الردة وقضيته وجوب القصاص إلا أن اعتبار حالة القتل أورث شبهة لردته فسقط القصاص فيجب الدية وأبو حنيفة رحمه الله يعتبر حالة الرمي ألا يرى أنه لو رمى إلى صيد ثم ارتد ثم وقع به السهم ولو كفر بعد الرمي قبل الإصابة أجزأ عنه وذلك دليل أن المعتبر حالة الرمي كذا في شرح المصنف رحمه الله **(ولو كان المرمي) إليه (مرتداً فأسلم)** فيما بين الرمي والوصول **(لا شيء عليه)** أي على الرامي بالإجماع لأن الرمي ما وقع سبباً للضمان لأن المرمي غير متقوم فلا ينقلب سبباً بعد ذلك **(ولو رمى عبداً فأعتقه)** مولاه ثم أصابه السهم فمات **(ففيه) تجب (القيمة)** على الرامي عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يجب عليه تمام القيمة بل يجب عليه فضل ما بين قيمته مرمياً وغير مرمي حتى لو كانت قيمته قبل الرمي خمسين وصارت بعده عشرين فعليه دفع ثلاثين وذلك قول صاحب النظم "لو كان بين الرمي والوصول، عتق فما القيمة للبطول" وقيل قول أبي يوسف رحمه الله مع أبي حنيفة رحمه الله وهو المذكور في الهداية وشرح المصنف رحمه الله والحجج من الجانبين تعرف في الكتب المبسوطة

كتاب الديات

لما كانت الجنائية موجبة والدية موجبةا رتب الموجب على الموجب ثم الديات جمع الدية وهي لغة مصدر ودى القاتل المقتول إذا أعطى إليه المال بدلا عن النفس ثم سمي ذلك المال بالدية تسمية بالمصدر والتاء في آخرها عوض عن الواو في أولها كما في العدة والأرض اسم للواجب فيما دون النفس الأصل فيه قوله تعالى ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾⁶⁰⁶ وقوله عليه السلام: "في النفس المؤمنة مائة من الإبل"⁶⁰⁷ أي يجب بسبب قتل النفس المؤمنة مائة من الإبل

⁶⁰⁶ سورة النساء، الآية: 92.

⁶⁰⁷ النسائي، السنن الكبرى، 6/ 373.

(الدية المغلظة خمس وعشرون بنت مخاض) وهي التي تمت له سنة وطعنت في السنة الثانية

(ومثلها) خمس وعشرين (بنت لبون) وهي التي طعنت في السنة الثالثة (وحقاق) أي ومثلها خمس وعشرون

حقاق جمع حقة بكسر الحاء وهي الداخلة في السنة الرابعة (وجذاع) أي ومثلها خمس وعشرون جذاع جمع

جذعة بتحريك الذال وهي الداخلة في السنة الخامسة وفي بعض النسخ وجذع جمع جذعة أيضا

اعلم أن دية شبه العمد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله مائة من الإبل أرباعا على ما ذكر وعند محمد

والشافعي رحمهما الله ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولاد لما روي أن

رسول الله عليه السلام قضى في دية شبه العمد ثلاثين جذعة وثلاثين حقة وأربعين خلفات⁶⁰⁸ ولهما ما روي

أن رسول الله عليه السلام قضى في الدية من الإبل أرباعا ومعلوم أنه لم يرد به الخطأ لأنها تجب في الإبل أخماسا

ولأنه لا خلاف أن الواجب مقدر بمائة من الإبل فقد قال عليه السلام: "في نفس المؤمن مائة من الإبل"⁶⁰⁹

فلو أوجبنا الخلفات لزدنا على المائة من وجهه لأن الحمل حيوان من وجهه

(وغير المغلظة) من الدية (عشرون ابن محاض ومثلها بنات محاض) ومثلها (حقاق) ومثلها (جذع) هكذا

روي عن ابن مسعود رضي الله عنه وهذا يعرف توفيقا فصار كالمرفوع إلى النبي عليه السلام ولأن الخطأ أخف

فناسب التخفيف في موجهه وذلك بما ذكرنا (أو ألف دينار) أي تجب الدية من الذهب في الخطأ وشبه العمد

ألف دينار وهذا بالاتفاق لما روي أنه عليه السلام: "قضى في العين هكذا"⁶¹⁰ وعليه انعقد الإجماع

(أو عشرة آلاف درهم) كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل وقال الشافعي رحمه الله من الدراهم اثني عشر ألفا

وذلك قول صاحب النظم "ودية الحر الحنيف المسلم، هي اثنتا عشرة ألف درهم" له أن النبي عليه السلام

قضى بذلك ولنا ما روي عن رسول الله عليه السلام: "أنه قضى بالدية في قتل بعشرة آلاف درهم"⁶¹¹ والأخبار

إذا تعارضت فالأخذ بالمتيقن أولى

⁶⁰⁸ أبو داود، "الديات" 17.

⁶⁰⁹ أبو داود، "الديات" 16.

⁶¹⁰ لم أجد في المصادر الصحيحة.

⁶¹¹ قال الزيلعي: غريب. نصب الراية، 5/ 130.

(ودية المرأة نصف ذلك) أي نصف دية الرجل فيجب في مثلها خمسة آلاف درهم وفي قطع يدها ألفان

وخمسةائة هكذا روي عن عمر وعليّ وابن مسعود رضي الله عنهم

(ولا تغليظ إلا في الإبل) حتى لو قضى الدية من غير الإبل لم يُغلظ لأن الشرع ورد به ومعنى التغليظ أن

يوجب شيئاً في شبه العمد لا يوجب في الخطأ ثم إن صفة التغليظ ليست من حيث العدد بل من حيث السن

(ودية المسلم والذمي سواء) وقال الشافعي رحمه الله دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي

ثمان مائة درهم وقال مالك رحمه الله دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم والحجج تعرف في الكافي

والهداية والله ولي الهداية

(وفي النفس الدية) يستوي فيه الصغير والكبير والوضيع والشریف والمسلم والذمي لاستوائهم في الحرمة

والعصمة **(وكذا الأنف)** لقوله عليه السلام: "في النفس الدية وفي الأنف الدية"⁶¹² ولأن في قطع الأنف إزالة

الجمال على الكمال وهو مقصود لأن كل خجل الوجه فيه قصار النفس باعتباره كاهلاك **(والذكر)** أي وفي

قطعه الدية لأنه يفوت به منفعة الإيلاج والإيلاد واستمساك البول وغير ذلك **(والحشفة)** أي وفي قطع الحشفة

الدية لأنها أصل في منفعة الإيلاج والدفق والقصة كالتابع له **(والعقل)** أي وفي العقل إذا ذهب بالضرب

الدية لأن منفعته أعظم المنافع وبه ينتفع لندياه وأخراه ومنافعه أعظم من أن يحصى وأكثر من أن يُبلى

(والشم والذوق والسمع والبصر) لأن كل واحد منها منفعة مقصودة وقد قضى عمر رضي الله عنه بأربع

ديات في ضربة واحدة⁶¹³ ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر **(واللسان)** أي وفي قطع اللسان الدية

لفوات منفعة مقصودة وهو النطق **(وبعضه إذا منع الكلام)** أي وكذا يجب كل الدية في قطع بعض اللسان إذا

منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وإن كانت الآلة قائمة ولو عجز عن النطق ببعض الحروف فإن عجز عن

الأكثر يجب كل الدية لأنه فات منفعة الكلام وإن قدر على أكثرها فحكومة العدل لحصول الإفهام لكن مع

خلل **(والصلب إذا منع الجماع)** أو انقطع مائه أو احدودب لأن الجماع منفعة مقصودة يتعلق بها مصالح جمّة

فإذا فات وجب دية كاملة وبانقطاع الماء يفوت جنس المنفعة وكذا لو أحده لأنه فوّت الجمال على الكمال وهو

⁶¹² النسائي، "القسامة" 47.

⁶¹³ البيهقي، السنن الكبرى، 12 / 147.

استواء القامة فلو زالت الحدوبة لا تجب شيء لزوال الموجب **(وكذا)** يجب الدية **(إذا أفضاها)** أي جعل مسلكيها واحدا **(فلم تستمسك البول)** لأن استمسك البول منفعة مقصودة فتجب الدية بزوالها **(ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء خطأ ففيه دية واحدة)** لاتحاد الجنس وقد تقدم في باب الجنائيات **(وما في البدن اثنان)** كالعينين واليدين والرجلين وتُدبِّي المرأة **(ففيها الدية وفي أحدهما نصف الدية)** لقوله عليه السلام: "في العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الأذنين الدية وفي الشفتين الدية وفي الأنثيين الدية"⁶¹⁴ وفي كتاب عمرو ابن حزم وفي العينين الدية وفي إحداهما نصف الدية ولأن في تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة أو تفويت الجمال على الكمال فيجب كمال الدية وفي تفويت أحدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية **(وما فيه أربعة)** كأشفار العينين وهي منابت الشعر **(ففي أحدها ربع الدية)** لأنه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع القذى والأذى **(وفي كل أصبع)** من أصابع اليد أو الرجل تجب **(عشر الدية)** لقوله عليه السلام: "في كل أصبع عشر من الإبل"⁶¹⁵ والأصابع كلها سواء **(وتقسم دية)** الإبل **(على مفاصلها)** ففي كل أصبع فيها مفصلان ففي أحدهما نصف ديتها وما فيها ثلاث مفاصل ففي أحدها ثلثها اعتبارا بانقسام دية اليد على أصابعها **(والكف تبع الأصابع)** حتى لو قطعها مع الكف تجب نصف الدية فحسبُ لأن منفعة البطش بالأصابع والكف تبع لها **(وفي كل سن نصف عشر الدية)** لقوله عليه السلام: "في كل سن خمس من الإبل"⁶¹⁶ والأسنان كلها سواء الثنايا والأنياب والأضراس لإطلاق الحديث والأسنان كلها اثنان وثلاثون عشرون منها أضراس وأربع أنياب وأربع ضواحك وأربع ثنايا قالوا وأسنان الكوسج ثمانية وعشرون **(فإن قلعها فنبتت مكانها)** أي مكان السن المقلوعة سن **(أخرى سقط أرشها)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله عليه الأرض كاملا لأن الجناية قد تحققت والحادثة نعمة مبتدئة من الله تعالى وله أن هذه الجناية عدمت معنى لأن الجمال والمنفعة عاد إليه فصار كما إذا قلع سن صبي فنبت لا تجب الأرض بالإجماع **(وفي شعر الرأس إذا حلق فلم ينبت تجب الدية)** لأنه أزال الجمال على الكمال **(وكذلك اللحية)** إذا حلقت فلم تنبت تجب الدية لأنه تفوت به منفعة الجمال قال عليه السلام: "إن ملائكة السماء

⁶¹⁴ النسائي، السنن الكبرى، 6/ 373.

⁶¹⁵ الترمذي، "الديات" 4.

⁶¹⁶ النسائي، "القسماء" 38؛ السنن الكبرى 6/ 370.

يقولون سبحانه من زين الرجال باللحي والنساء بالذوائب"⁶¹⁷ ويروى بالقرون **(والحاجبان)** إذا حلقا ولم ينبتا تجب الدية لفوات الجمال على الكمال **(والأهداب)** أي وكذلك إذا حلقت شعور العينين تجب الدية وفي أحدها ربع الدية لأنه يفوت الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الأذى عن العين إذ هو يندفع بالأهداب كما يندفع بالأشفار **(واليد إذا شلت)** أي وكذلك تجب الدية إذا شلت اليد **(والعين إذا ذهب ضوئها)** لأنها إذا عدمت المنفعة فقد عدمت معنى فتجب الدية على ما بينا

(وفي الشارب ولحية الكوسج وثديي الرجل وذكر الخصى والعين ولسان الأخرس واليد الشلاء والعين العوراء والرجل العرجاء والسن السوداء والأصبع الزائدة وعين الصبي ولسانه وذكره إذا لم تعلم صحته) أي صحة كل واحد من العين والذكر واللسان بنظر في العين وحركة في الذكر وكلام في اللسان **(حكومة عدل)** مبتدأ وخبره مقدم عليه وهو قوله وفي الشارب إلى آخره والحكومة اسم من الاحتكام وتفسيرها سيجيء في المتن وراء الورق الآتي إن شاء الله تعالى وأما الشارب فلأنه تابع للحية فصار كبعض أطرافها وأما لحية الكوسج فلأنها ليست جمالا كاملا وهذا إذا فسد المنبت فإن نبتت حتى استوت كما كان لا تجب لأنه لم يبق أثر الجناية وأما ثديي الرجل فلأنه لا منفعة فيه ولا جمال وأما ذكر الخصى والعين واليد الشلاء ولسان الأخرس والعين العوراء والرجل العرجاء فلعدم فوات المنفعة ولا جمال في السن السوداء ولا منفعة في الأصبع الزائدة وإنما وجبت حكومة عدل تشريفا للآدمي لأنه جزء منه وأما أعضاء الصبي إذا لم يعلم صحتها وسلامة منفعتها فلا تجب الدية فيها بالشك والسلامة وإن كانت ظاهرة فالظاهر لا يصلح حجة للإلزام واستهلال الصبي ليس بكلام بل مجرد صوت وصحة اللسان تعرف بالكلام والذكر بالحركة والعين بما يستدل به على النظر فإذا عرف صحة ذلك فهو كالبالغ في العمد والخطأ

(وإذا قطع اليد من نصف الساعد ففي الكف نصف الدية وفي الزائد حكومة عدل) لأن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين **(ومن قطع أصبعا فشلت)** أصبع **(أخرى ففيها الأرش)** عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله عليه القصاص في الأولى والأرش في الثانية وذلك قول صاحب النظم "لو أصبغ شلت بقطع الأصبع، ففيها الأرش ولما يقطع،

⁶¹⁷ قال الألباني: موضوع. سلسلة الأحاديث الضعيفة، 52 / 13.

وأوجبا في الأولى القطع وفي، التي تشل أرش فاعرف" لهما أن الجناية متعدد لوقوعها على محلين فسقوط القصاص في أحدهما لا يوجب السقوط في الآخر كما لو قطع أصبعاً عمداً وأصبعاً أخرى بجنبها خطأ وله أن هذه جناية واحدة في ذاتها ومحلها لكن أثرها سرى إلى الآخر فلما صار بعض موجبها مالا وهو الأرض في الثانية سقط القصاص عن الأول و انقلب مالا لعدم التجزي بخلاف ما استشهدا به لأنها جنايتان متغايرتان ذاتا ومحلا **(وعمد الصبي والمجنون خطأ)** وفيه الدية على العاقلة وقال الشافعي رحمه الله عمده عمد حتى تجب الدية في ماله وذلك قول صاحب النظم رحمه الله

"ومقتضى عمد الصبي دية في ماله ولا تدِّي عاقلته، وفيه تكفير ومنع الإرث، ومثله المجنون عند البحث" الحاصل أن الصبي أو المجنون إذا قتل إنساناً بسلاح عمداً لا يجب القصاص إجماعاً أما في أحكام الآخر فله حكم القتل العمد عنده وحكم القتل الخطأ عندنا ويبتني عليه أن الدية على عاقلته عندنا وعنده في ماله وأن الصبي إذا قتل مورثه عمداً أو خطأ لا يحرم عن الميراث عندنا خلافاً له وأن لا كفارة عليه عندنا خلافاً له والحجج تطلب في الكتب المبسوطة

فصل

(والشجاج عشرة الحارصة) بالحاء والصاد المهملتين وهي **(ما يحرص الجلد)** أي يخدشه ويشقه قليلاً ولا يخرج الدم من حَرَصَ القَصَّاءُ الثوب أي شقه في الدق وفي بعض النسخ وهي التي تشق الجلد وهذا ظاهر **(ثم الدامعة)** بالعين المهملة التي تخرج ما يشبه الدمع ولا يسيله بل يجتمع في موضع الجراحة كالدمع في العين وقيل التي تُظْهِرَ الدم ولا تسيله كالدم في العين **(ثم الدامية التي تخرج الدم)** وتسيله **(ثم الباضعة تبضع اللحم)** أي تقطعه وقيل هي التي تقطع الجلد **(ثم المتلاحمة)** وهي التي تأخذ في اللحم وتقطعه من الباضعة وفي المغرب المتلاحمة هي الشجة التي تشق اللحم دون العظم ثم يتلاحم بعد شقها ثم تتألم وتتلاصق قال الأزهري رحمه الله الأوجه أن يقال اللاحمة أي القاطعة للحم وإنما سميت بذلك على ما يؤل إليه على التفأل

(ثم السمحاق) وهي التي تصل السمحاق **(وهي جلدة)** رقيقة **(فوق العظم تصل إليها الشجة ثم الموضحة)** وهي التي **(توضح العظم)** أي تكشفه وتبينه **(ثم الهاشمة)** وهي التي **(تمشمه)** أي تكسر العظم **(ثم المنقلة)** وهي **(ما تنقله)** أي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوِّله **(ثم الآمة)** بالمد وتشديد الميم **(التي تصل إلى أم الدماغ)**

وهو الذي⁶¹⁸ فيه الدماغ وإنما قيل للشجة آمة على ذات أمّ كعيشة راضية وهذه هي العاشرة فتلك عشرة كاملة قالوا ثم الدامغة بالغين المعجمة وهي التي تخرق الجلد وتصل إلى أم الدماغ ولم يذكرها محمد رحمه الله إذ لا فائدة في ذكرها لأنه لا تعيش معها وليس لها حكم مفرد ولم يذكر الحادثة والدامغة لأنها لا يبقى لها أثر غالبا والشجة التي لا أثر لها لا حكم لها **(ففي الموضحة القصاص إذا كانت عمدا)** لقوله تعالى ﴿والجروح قصاص﴾⁶¹⁹. ولأنه عليه السلام قضى في الموضحة بالقصاص ولأنه يمكن أن ينهى السكين إلى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص **(وفي الباقي)** من الشجاج أعني الشجاج التسعة لا قصاص لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لأنه لا حد نهى السكين إليه ولأن في الثلاثة الأخيرة أعني الهاشمة والمنقلة والآمة كسر العظم ولا قصاص فيه ولكن في الشجاج الست أعني من الحارصة إلى السمحاق **(حكومة عدل)** لأنه ليس فيها أرش مقدر ولا يمكن إهدارها فتجب حكومة عدل وهذا رواية عن أبي حنيفة رحمه الله **(وروي)** عن محمد رحمه الله في الأصل وهو ظاهر الرواية **(فيما قبل الموضحة)** من الشجاج الست أنه يجب

(يجب القصاص) لأن الأصل الجراحات القصاص قال الله تعالى ﴿والجروح قصاص﴾⁶²⁰ إلا إذا تعذر ولم يتعذر هنا لأن استيفاء القصاص هنا لا يحتاج إلى كسر العظم ولأنه يمكن اعتبار المساواة فيه إذ ليس فيه كسر العظام ولا خوف هلاك غالبا فيسبر غورها بمسبار ثم يتخذ حديد بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص **(وفي الموضحة الخطأ نصف عشر الدية)** وهي خمس من الإبل **(وفي الهاشمة العشر)** أي عشر الدية **(وفي المنقلة عشر ونصف عشر)** أي عشر الدية ونصف عشرة الدية **(وفي الآمة الثلث)** أي ثلث الدية **(وكذا الجائفة)** وهي الطعنة التي بلغت الجوف **(فإذا نفذت فثلثان)** لما روى عمرو بن حزم رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال: "في الموضحة خمس من الإبل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشر وفي الآمة ثلث الدية"⁶²¹ وعنه عليه السلام: "في الجائفة ثلث الدية"⁶²² وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت

⁶¹⁸ الجلد الرقيق

⁶¹⁹ سورة المائدة، الآية: 45.

⁶²⁰ سورة المائدة، الآية: 45

⁶²¹ الدارقطني، السنن، 3/ 125؛ عبد الرزاق، المصنف، 9/ 307.

⁶²² الدارمي، "الديات" 12.

بثلثي الدية⁶²³ ولأنها إذا نفذت فهي جائفتان (والشجاج يختص بالوجه والراس لغة والجائفة يختص بالجوف والجنب والظهر وما سوى ذلك جراحات ففيها حكومة عدل) لأنها غير مقدرة ولا مهددة⁶²⁴ فتجب حكومة عدل وفي الإيضاح الجائفة ما يصل إلى الجوف من الصدر والظهر والبطن وما وصل من الرقبة إلى الموضع الذي إذا وصل إليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة وفي الكافي الجائفة يختص بجوف الرأس أو جوف البطن ثم شرع في تفسير حكومة العدل فقال (وهو أن يقوم) المجروح (عبدا سالما) من هذه الجراحة (وسليما) أي ويقوم جريحا السليم اللديغ فكأنهم تفألوا له بالسلامة (فما نقصت الجراحة من القيمة يعتبر من الدية) مثلا إذا كان قيمته سالما مائة ومع أثر الجراحة صارت تسعين ونقص من القيمة عشرها فتجب من الدية عشرها وهذا عند الطحاوي رحمه الله لأن الحر لا يمكن تقويمه والقيمة للعبد كالدية للحر فما أوجب نقصا في أحدهما اعتبر الآخر وقال الكرخي رحمه الله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لأن ما لا نص فيه يُرد إلى المنصوص عليه وقال بعضهم ينظر إلى مقدار ما يحتاج إليه من النفقة إلى أن يبرأ هذه الجراحة وهذا ليس بشيء والفتوى على قول الطحاوي رحمه الله كذا في فتاوى قاضي خان وقال شيخ الإسلام والأصح قول الكرخي رحمه الله (ومن شج رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه دخل فيه أرش الموضحة) أي ومن شج رجلا موضحة خطأ فذهب بها عقله أو شعر رأسه ولم ينبت دخل في الدية أرش الموضحة عندنا وقال زفر رحمه الله لا يدخل وذلك قول صاحب النظم رحمه الله "لو ذهب العقل بشج وغرم، للنفس فالأرش به أيضا لزم" والحجج تعرف في الكتب المبسوبة

(وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه لم يدخل) تحت أرش الموضحة يعني إذا ذهب بالموضحة هذه المنافع وجب الأرش فيها كوجوب الدية لأن منفعة كل عضو من هذه الأعضاء مختصة به لا يتعدى إلى غيره فأشبهه الأعضاء المختلفة بخلاف العقل فإن منفعته يتعدى إلى جميع الأعضاء وطريق معرفة ذهاب هذه الأشياء عُرف في موضعه (ولا يقتص من الموضحة والطرف حتى يبرأ) لما روي عن عمرو بن شعيب رضي الله عنه: "أن رسول الله عليه السلام نهي أن يقتص من جرح حتى ينتهي"⁶²⁵ يعني كاروى بآخر رسيد

⁶²³ البيهقي، "السنن الكبرى" 12 / 145.

⁶²⁴ لأن التقدير بالتوقيف وهو إنما ورد فيما يختص بها أي بالوجه والراس

⁶²⁵ الدارقطني، السنن، 3 / 13.

(ولو شجبه فالتحمت ونبت الشعر سقط الأرش) عند أبي حنيفة رحمه الله لزوال الموجب وهو الشين وقال أبو يوسف رحمه الله عليه أرش الألم لأن الشين وإن زال فالألم الحاصل ما زال فيقوم الألم وقال محمد رحمه الله عليه أجرة الطبيب لأنه إنما الزمه أجرة الطبيب وضمن الدواء بفعله فصار كأنه أخذ ذلك من ماله

فصل في الجنين

وهو الولد ما دام في الرحم من: جنّه إذا ستره

(ومن ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ففيه غرّة خمسون دينارا) بيان للغرة **(على العاقلة ذكرها كان)** الجنين **(أو أنثى)** لما روي أن امرأة ضربت بطن ضربتها فألقت جنينا ميتا فحكم النبي عليه السلام على عاقلة الضاربة بالغرة⁶²⁶ سُمّي دية الجنين غرة لأنها أول شيء تجب في الآدمي وغرة الشيء أوله ومنه غرة الشهر **(وإن ألقت)** أي الجنين **(فالدية)** أي دية الرجل إن كان ذكرا ودية المرأة إن كان أنثى يعني فتجب الدية الكاملة على العاقلة وعليه الكفارة **(وإن ألقت ميتا)** أي وإن ألقت الجنين ميتا **(ثم ماتت)** الأم **(فديتها والغرة)** أي فعليه دية الأم لقتل الأم وغرة للجنين وقد صح أنه عليه السلام قضى في هذه الصورة هكذا **(وإن ماتت)** الأم من الضربة **(ثم ألقت ميتا فلا شيء فيه)** أي فعليه دية في الأم ولا شيء في الجنين وقال الشافعي رحمه الله تجب الغرة في الجنين لأن الظاهر موته بالضرب ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه لا يخنق بموتها إذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك **(وإن ماتت)** الأم من الضربة **(ثم خرج)** الجنين بعد ذلك **(حيا ثم مات فديتان)** دية في الأم ودية في الجنين لأنه قتل نفسين **(ولا كفارة في الجنين)** وعند الشافعي رحمه الله تجب الكفارة فيه لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النصوص المطلقة فلا يتعدها **(وما يجب فيه)** أي في الجنين **(موروث عنه)** لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب منها لأنه قاتل وفي جنين الأمة أي إذا ضربها رجل فألقت جنينا **(نصف عشر قيمته)** إذا كان ذكرا

(لو كان حيا) وعشر قيمته لو كان أنثى لأن الواجب في جنين كالقيمة من العبد فيعتبر به وغرة الجنين في مال الضارب لأن العاقلة لا يعقل العبيد فإن قلت فيما ذكرتم تفضيل الأنثى على الذكر ولا تفضيل لها عليه في الديات قلت هذا تسوية لا تفضيل لها لأن القيمة هنا كالدية ودية الأنثى على النصف من دية الذكر فصار

⁶²⁶ البخاري، "الطب" 46.

العشر من هذه مثل نصف العشر من الذكر وضمان الجنين إنما وجب باعتبار قطع النسل والذكر والأنثى فيه سواء

فصل فيما يحدثه الرجل في الطريق

(ومن أخرج إلى طريق العامة روشنا) وهو الرف (أو ميزابا) مفعال من وزب إذا سأل (أو كنيفا أو دكانا

فلرجل من عرض الناس) العرض بضم العين وسكون الراء الجانب والمراد هنا أحد الناس وأفرادهم

(أن ينزعه) لأن المرور في الطريق العام مشترك بين جميع الناس بأنفسهم ودوابهم فله أن ينقضه كما في الملك

المشترك وإذا بنى فيه أحدهم شيئا كان لكل واحد منهم نقضه كذا هذا (فإن سقط على إنسان فعطب فالدية

على عاقلته) لأنه تسبب إلى التلف وهو متعدي فيه بشغل طريق المسلمين وهواه بما ليس له حق الشغل ولو فعل

ذلك بأمر السلطان لا يضمن لأنه صار مباحا مطلقا لأنه نائب عن جماعة المسلمين

(وإن أصابه طرف الميزاب الذي في الحائط فلا ضمان) عليه لأنه غير متعدي فيه لما أنه وضعه في ملكه وإن أصابه

الطرف الخارج ضمن لأنه متعدي فيه ولا ضرورة لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط فإن أصابه الطرفان جميعا وعلم

ذلك وجب النصف وهذا النصف كما إذا أجرحه سبع وإنسان ولو لم يعلم أي طرف أصابه يضمن النصف

اعتبارا للحالين

(ثم إن كان لا يستضر به أحد جاز له) أي للذي عمله (الانتفاع به) لأن له حق المرور ولا ضرر فيه لأحد

فيلحق ما هو في معنى المرور بالمرور (وإذا كان يستضر به) أحد (يكره) لأن الإضرار بالناس حرام عقلا

وشرعا قال عليه السلام: "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"⁶²⁷ (وليس لأحد من أهل الدرب) وهي السكة

الواسعة (الغير النافذ أن يفعل ذلك) أي الروشن وغيره (إلا بأمرهم) أي بإذن أرباب السكة لأنه ملك مشترك

بينهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال سواء كان ملازقا أو غير ملازق فلا يجوز التصرف أضربهم أو

لم يضر إلا بإذنهم قيد بقوله الغير النافذ لأن له التصرف في الطريق النافذ إلا إذا أضرب لأنه يتعذر الوصول إلى

إذن الكل (ولو وضع جمرًا في الطريق ضمن ما أحرق) لأنه متعدي فيه (فإن حركته الريح إلى موضع آخر) ثم

أحرق شيئا (لم يضمن) ما أحرق في ذلك الموضع لتفسخ الريح فعله (إلا أن يكون) اليوم (يوم ريح) فحينئذ

⁶²⁷ ابن ماجه، "الأحكام" 17.

يضمن ما أحرق لأنه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى إليها فيجعل كمباشرته **(وكذا صب الماء)** أي إذا صب الماء في الطريق فعطب به إنسان أو دابة وكذا إذا رش الماء أو توضعاً لأنه متعدي فيه بإلحاق الضرر بالمارة هذا إذا كان في الطريق الغير النافذ حتى لو كان في النافذ لا يضمن **(وربط الدابة)** أي إذا ربط لغير الروث والبول فرائث أو بالت فعطب به إنسان ضمن لأنه متعدي فيه **(ووضع الخشبة)** بأن وضع خشبة على الطريق فأخذ جميع الطريق فعطب بها إنسان فديته على عاقلته وإن تلفت بها بهيمة فضاهاها في ماله لأنه متعدي فيه فيضمن ما يولد منه غير أن العاقلة يتحمل النفس دون المال **(وإلقاء التراب)** على الطريق **(وانخاذ الطين)** على الطريق على هذا الطريق فتأمل

فصل في الحائط المائل

(وإذا مال حائط إنسان إلى طريق العامة فطالبه بنقضه مسلم أو ذمي فلم ينقضه في مدة أمكنه حتى سقط ضمن ما تلف به) من نفس أو مال والقياس أن لا يضمن لأن الميلاق وشغل الهواء ليس بفعله فلم يباشر القتل ولا سببه فلا ضمان عليه وجه الاستحسان أن الحائط لما مال إلى الطريق فقد اشتغل هواء المسلمين بملكه ورفع يده فإذا طوّل بتفريغ عليه فإذا امتنع صار متعدياً بمنزلة ما لو وقع ثوب إنسان في حجره يصير متعدياً بالامتناع عن التسليم إذا طوّل به كذا هذا قيد بالطلب لأنه إذا سقط قبل الطلب لا يضمن لأن ميلان الحائط ليس من صنعه فلم يكن متعدياً فيه وبعد الطلب صار بامتناعه متعدياً وقيد بمدة الإمكان لأنه لو سقط بعد ما شرع في هدمه من وقت الطلب لم يضمن وصورة الطلب أن يقول إن حائطك هذا مائل فاهدمه ولو قال له ينبغي لك أن تهدمه فهذا ليس بإشهاد عليه وبلى هو مشورة ثم ما تلف به من النفوس تجب الدية ويتحملها العاقلة وما تلف به من الأموال كالدواب والعروض تجب ضمانها في ماله لأن العواقل لا يعقل المال **(ولو مال إلى دار جاره فالمطالبة له وللساكن)** أما الجار فلأن الحق له على الخصوص وأما الساكن فلأن مطالبة إزالته ما شغل الدار فكذا ما أشغل هواها **(وإن بناء مائلاً ابتداء فسقط ضمن من غير طلب)** لأنه متعدي بالبناء في هواء مشترك على ما بينا **(ويضمن الراكب ما أوطأت الدابة)** الصحيح وطأت الدابة لأنك تقول أوطأت فلانا الدابة إذا ألقيته لها حتى وضعت عليه رجلها **(بيدها أو رجلها أو كدمت)** الكدم العض بمقدم الإنسان **(أو صدمت)** الصدم أن تضرب الشيء بجسدك ومنه الكلب إذا قتل الصيد صدماً لا يؤكل

(ولا يضمن ما نفحت) أي ما ضربت **(بذنبها أو رجلها)** الأصل فيه أن المرور في الطريق العام مباح بشرط السلامة لأن له فيه حقا فكان مباحا وفيه حق العامة لكونه مشتركا بينهم فقيدناه بشرط السلامة نظرا للجانيين ومراعاة للحقين والإيطاء وأخواته مما يمكن الاحتراز عنه لكونه بمرأى من عينه فيصح التقييد بها والنفحة لا يمكن الاحتراز عنها حالة السير لأنها من خلفه فلا يتقيد بها فان أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضا لأنه يمكنه الاحتراز عنه بأن لا يقف وهذا كله فيما إذا كان في الطريق أما إذا كان يسير في ملكه فإن وطئت بيدها أو رجلها ضمن وإن كدمت أو نفحت بيدها أو رجلها أو ضربت ببدنها لا يضمن كذا في شرح الهداية

(وإن راثت في الطريق) أو بالت فيه **(وهي تسير أو أوقفها لذلك)** أي للروث والبول فلا ضمان لما تلف به لأنه لا يمكنه الاحتراز عن ذلك أما حالة السير فظاهر وكذلك إذا أوقفها لذلك لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف **(وإن أوقفها لغيره ضمن)** أي وإن أوقف الدابة لغير الروث والبول فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن لأنه يمكنه الاحتراز عن ذلك بترك الإيقاف **(والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها)** لأن نفحتها غائبة عن نظر القائد فلا يمكن الاحتراز عنه وكذلك السائق يضمن ما أصابت بيدها دون رجلها في الأصح وإليه مال أكثر المشايخ رحمهم الله لأن رجلها وإن كانت بمرأى من عينه لكن ليس منها ما يمنعها به عن النفحة فلا يمكن الاحتراز عنه بخلاف الكدم لأنه يمكنه كبجها بلجامها **(وقيل يضمن)** السائق

(نفحة الرجل) لأنها بمرأى من السائق فيمكنه الاحتراز عنه وهذا هو الذي ذكره القدوري رحمه الله في مختصره وإليه مال بعض المشايخ رحمهم الله **(وإذا وطئت دابة الراكب بيدها ورجلها يتعلق به حرمان الإرث والوصية وتجب الكفارة)** لأن الراكب مباشر فيه لأن التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فإن سير الدابة مضاف إليه وهذا بخلاف السائق والقائد فإنهما مسببان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء وكذا الراكب في غير الإيطاء وهذه الأشياء أعني حرمان الإرث والوصية ووجوب الكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب

(ولو ركب دابة فنخسها) يقال نخس الدابة نخسا من باب منع إذا طعنها بعود ونحوه

(آخر) أي فطعنها رجل آخر فأصابت رجلا على الفور **(فالضمان على الناحس)** أي على الطاعن لأن من عادة الدابة النفحة والثوبة عند النخسة فكان مضافا إليه والراكب مضطر في ذلك فلم يصير سيرها مضافا إليه فصار الناحس هو السبب **(وإن اجتمع السائق والقائد أو السائق والراكب فالضمان عليهما)** لأن كل واحد منهما مسبب الضمان **(وقيل)** الضمان **(على الراكب)** خاصة لأنه مباشر على ما قدمنا والسائق مسبب والإضافة إلى

المباشر أولى كما في الحافر مع الملقى (وجميع مسائل هذا الفصل إن كان الهالك آدمياً فالدية على العاقلة) لأنه يتحمل الدية في الخطأ تخفيفاً على القاتل مخافة استئصال ماله وهذا دون الخطأ في الجناية فكان أولى بالتخفيف (وإن كان) الهالك (غيره) أي غير آدمي كالدواب والعروض (ففي مال الجاني) لأن العاقلة لا يتحمل ضمان المال (وإذا اصطدم فارسان أو ماشيان) أي ضرب أحدهما الآخر بجسده (فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) وهذا استحسان وقال زفر والشافعي رحمهما الله تجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر وهو القياس وذلك قول صاحب النظم في مقالة الشافعي رحمه الله "وقال في المصطدمين هلكا، نصف الضمان ساقط إذ شركا" والحجج من الجانبين وفروع المسئلة المذكورة في الهداية من أراد فليطالعها (ولو تجاذبا) تفاعل من الجذب (حبلا فانقطع) الحبل (وماتا فإن وقعا على ظهرهما فهما هدر) لأن موت كل واحد منهما مضاف إلى فعله وقوة نفسه لا قوة صاحبه (وعلى وجههما) أي وإن سقطا على وجههما (فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) لأنه سقط بقوة صاحبه (وإن اختلفا) بأن سقط أحدهما على وجهه والآخر على ظهره (فدية الواقع على وجهه على عاقلة الواقع على ظهره) لأنه مات بقوة صاحبه وهدر دم الذي وقع على ظهره لأنه مات بقوة نفسه (وإن قطع آخر الحبل فماتا فديتهما على عاقلته) أي فدية المتجاذبين على عاقلة قاطع الحبل لأنه مضاف إلى فعله وهو القطع فكان مسببا

فصل في جناية العبد والجناية عليه

(إذا جنى العبد خطأ فمولاه إما أن يدفعه إلى ولي الجناية فيملكه) أي الولي العبد (أو يفديه بأرشها) أي بأرش الجناية لأن الأصل في الخطأ العاقلة تخفيفاً على المخطئ ولا عاقلة للعبد إلا مولاه لأنه هو المستتر به وإنما لم يلزمه المال حتماً لأنه واحدٌ ورباً لا يقدر على ذلك فيتخير بين الدفع والفداء تخفيفاً له لكن الأصل هو الدفع ولهذا يسقط بموت العبد قبل اختياره الفداء وأما بعده فالحق انتقل إلى ذمة المولى فلا يسقط

(وكذلك) تخير المولى بين الدفع إلى ولي الجناية الثانية والفداء (إن جنى) العبد (ثانياً وثالثاً) معناه إذا جنى بعد الفداء من الأول لأنه لما فده فقد طهر عن الجناية وصارت كأن لم تكن فتكون هذه جناية مبتدأة وكذا الثالثة والرابعة وإنما فسرنا المسئلة بقولنا بعد الفداء لأنه إذا لم يفده من الجناية الأولى ثم جنى أخرى كانت المسئلة عين المسئلة الثانية وهي قوله (وإن جنى) العبد (جنايتين) قبل الفداء فمولاه بالخيار (فإما أن يدفعه إليهما يقتسمانه) أي العبد المدفوع (على قدر حقيهما أو يفديه بأرشهما) لأن تعلّق الجناية الأولى برقبته لا يمنع تعلّق

الثانية بها كالديون المتلاحقة **(فإن أعتقه) المولى (قبل العلم) بالجناية (ضمن الأقل من قيمته ومن الأرض وبعد العلم بضمن جميع الأرض)** لأن في الأول قوّت حقه فيضمنه وحقه في أقلهما ولا يصير مختاراً للفداء لأنه لا اختيار له بدون العلم وفي الثاني صار مختاراً لأن الإعتاق يمنعه من الدفع فالإقدام عليه اختيار منه للآخر **(وفي المدبر وأم الولد يضمن الأقل من قيمتهما ومن الأرض)** لما روي عن عبيدة بن الجراح رضي الله عنه أنه قضى بجناية المدبر على مولاه وهو أمير الشام⁶²⁸ وكان القضاء بمحضّر من الصحابة رضي الله عنهم من غير تكير فصار إجماعاً ولأن المولى صار مانعاً من تسليمه في الجناية بالتدبير والاستيلاء من غير اختيار لفداء فصار كما إذا دبره وهو لا يعلم بالجناية وإنما لزم الأقل لأن الأرض إن كان أقل فلا حق لولي الجناية غير الأرض وإن كانت القيمة أقل فلم يتلف بالتدبير إلا الرقبة **(وإن عاد) المدبر (فجنى وقد دفع) المولى (القيمة) إلى ولي الأولى (بقضاء فلا شيء عليه ويشارك الثاني الأول)** أي ويشارك ولي الجناية الثانية ولي الأولى فيما أخذ لأن جنيات المدبر وإن تعددت لا توجب إلا قيمة واحدة لأنه لم يمنع إلا رقبة واحدة والضمان متعلق بالمنع فصار كأنه دبره بعد الجنيات ولأن دفع القيمة كدفع العبد ودفع العبد لا يتكرّر فكذا القيمة ويتضاربون بالحصص بالقيمة كما مرّ **(وإن دفع) المولى القيمة (بغير قضاء فإن شاء الثاني شارك الأول وإن شاء اتبع المولى ثم يرجع المولى على الأول)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا شيء على المولى سواء دفع القيمة بقضاء أو بغيره

وذلك قول صاحب النظم رحمه الله

"مدبر يقتل إنساناً خطأ، ودفعت قيمته بلا قضاء،

ثم أباد ثانياً فللولي بنصفها قالوا اتبع الأول،

وإن يشأ يتبع المولى به، وذلك قول الشيخ لا أصحابه"

لهما أنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كلّ الحق إلى مستحقه وصار كما إذا دفع بالقضاء وله أن المولى جانٍ بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعاً وولي الأولى ضامن بقبض حقه ظلماً فيتخير

⁶²⁸ ابن أبي شيبة، المصنف، 5/ 396.

(ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته) لأن العبد أنقص حالاً من الحرّ والنصّ الوارد في دية لا يكون وارداً في دية العبد فقدّر بقيمته لأنه أعدل **(ولا يزداد)** قيمته **(على عشرة آلاف درهم)** كما لا يزداد عليها دية الحرّ وهذا لأنّ الآدمي الحرّ أشرف من الرقيق ولم يزد بدل الإشراف على عشرة آلاف درهم فلا يزيد بدل الأخسّ عليها أيضاً **(إلا عشرة)** يعني إذا كانت قيمته عشرة آلاف درهم ينقص عنها عشرة دراهم إظهاراً للتفاوت بين الأخسّ والأشرف وتقدير النقصان بعشرة بقول ابن مسعود رضي الله عنه "لا يبلغ بقيمة العبد دية الحرّ وينقص عشرة دراهم منه"⁶²⁹ وهذا كالمروي عن رسول الله عليه السلام لأنّ المقادير لا تُعرف قياساً وإنّما طريق معرفتها التوقيف والسماح من صاحب الوحي

اعلم أنّ في ظاهر هذا اللفظ إشكالاً لأنه يقتضي أن لا يزداد على عشرة آلاف إلا عشر وليس المراد ذلك ويمكن أن يقال له العامل في المستثنى ليس قوله لا يزداد بل العامل فيه محذوف يعني بل يؤخذ عشرة آلاف إلا عشرة **(وفي الأمة خمسة آلاف إلا عشرة)** يعني إذا كانت قيمة الأمة المقتولة أزيد من الدية يقضي بخمسة آلاف درهم وينقص عنها عشرة دراهم وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله تجب قيمته بالغة ما بلغت وذلك قول صاحب النظم رحمه الله في مقالة أبي يوسف رحمه الله "وقيمة العبد القتيلة تلزم بالغة ما بلغت فاعلموا"

(وإن كانت قيمته) أي قيمة العبد المقتول **(أقلّ من ذلك)** أي من عشرة دراهم **(فعليه قيمته)** بالإجماع لهما أنّ الضمان بدل المالية ولهذا تجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية وصار كقليل القيمة وكالغصب حتى لو غصب عبداً قيمته أزيد من الدية وهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى: "ودية مسلّمة إلى أهله"⁶³⁰ أوجبها مطلقاً وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولأنّها جناية على نفس آدمي فلا يزيد على عشرة آلاف كالحُرّ ولأنّ فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً وفيه معنى المالية والآدمية أعلاهما فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعدّد الجمع بينهما وضمان الغصب باعتبار المالية إذ الغصب لا يرد إلا على المال وأمّا قليل القيمة فالواجب بمقابلة الآدمية أيضاً إلا أنّه لا نصّ فيه فقدّرناه

⁶²⁹ ابن أبي شيبة، المصنف، 5/ 368.

⁶³⁰ سورة النساء، الآية: 92.

بقيمته رأياً إذ هو الأعدل وفي كثير القيمة نصّ لأنه ورد في الحرّ عشرة آلاف إلا أنّا نقصنا دية العبد من ذلك إظهاراً لشرفه وانحطاطاً لرتبة العبد عنه **(وما هو مقدّر من الدية مقدّر من قيمة العبد)** ففي يد العبد خمسة آلاف إلا خمسة وهذا لأن القيمة في العبد كالدية في الحرّ على ما عُرِف وهذا المذكور في المتن هو المروي عن محمد رحمه الله والصحيح أنّه يجب في قطع يده نصف قيمته بالغة ما بلغت كذا في شرح الهداية

باب القسامة

هي اسم بمعنى الإقسام ثم قيل للأيمان التي يُقسم على أهل المحلّة إذا وُجد قتيل فيها وهي مشروعة بالإجماع والأحاديث التي تأتيك أثناء المسائل إن شاء الله تعالى

(القتيل كلّ ميّت به أثر) أي أثر القتل لأنه إذا لم يكن به أثر فالظاهر والغالب أنه مات حتف أنفه وليس بقتيل فلا يتعلّق به يمين ولا ضمان وأثر القتل جرح أو أثر ضرب أو خنق أو خروج دم من عينه أو أذنه لأن الدم لا يخرج منها عادةً إلا بفعل أمّا إذا خرج من فمه أو دُبره أو ذكره فليس بقتيل لأن الدم يخرج من هذه المواضع من غير فعل عادةً **(إذا وُجد)** الميّت الذي به أثر القتل في محلّة **(لا يُعلم قاتله)** قيّد به لأنه إذا عُلِمَ قاتله تعلّق الحق به وسقطت القسامة **(وادّعى وليّه)** أي وليّ القتل **(القتل على أهلها)** أي على جميع أهل المحلّة قيّد بدعوى الوليّ لأن الحق له فشرط دعواه **(أو على بعضهم عمداً أو خطأً ولا بيّنة)** قيّد به لأن المدّعي لو كانت له بيّنة فلا قسامة **(يختار منهم)** أي يختار الوليّ من أهل المحلّة **(خمسین رجلاً)** فيه إشارة إلى تعيين الخمسين من أهلها إلى الوليّ والحصص بهذا العدد ثبت بالسنة **(يخلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً)** هذا على سبيل الحكاية عن الجميع وأمّا عند الحلف فيحلف كلّ واحد منهم ما قتلْتُ ولا علمتُ له قاتلاً لجواز أنه قتله وحده فيتجرّأ على يمينه بالله ما قتلناه يعني جميعاً قال الإمام خواهر زاده رحمه الله وهذا لأنه لو حلف فقال بالله ما قتلناه فلو قتل منفرداً صحّ قوله ما قتلناه فأمّا إذا قال ما قتلْتُ وقد قتل مع آخر لا يكون بارّاً في يمينه ولهذا لو حلف لا يقتل فلاناً فقتله مع آخر يحنث فقوله ما قتلْتُ مأمون عن الحيلة والتزوير

(ثمّ يقضي بالدية على أهل المحلّة) أي على عاقلتهم لما روي عن عمر رضي الله عنه قضى هكذا وهذا في الخطأ وأمّا في العمد فإن حلفوا غرّموا الدية وإن نكلوا يُحبّسون حتى يحلفوا وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله إن كان هناك لوث أي علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدّعي من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أنّ أهل المحلّة قتلوه استحلف الأولياء خمسين يميناً أنّ أهل المحلّة قتلوه ثمّ يقضي

بالدية على المدعى عليه سواء كانت الدعوى بالعمد وهو أحد قولَي الشافعي رحمه الله وإن لم يكن لوث فمذهبه كمذهبنا إلا أنه لا يكرّر اليمين بل يردّها على الوليّ فإن حلفوا لا دية عليهم **(وكذلك)** تجب الدية والقسامة على أهل المحلّة **(إن وُجد بدنه)** أي بدن القتيل **(أو أكثره)** سواء كان معه الرأس أو لا **(أو نصفه مع الرأس)** لأن النصّ وردّ في البدن وللاكثر حكم الكلّ تعظيماً للآدمي وإنما قيّد بالأكثر وبالرأس لأن الموجود لو كان أقلّ البدن أو النصف بلا رأس لا يكون في حكم القتيل **(فإن لم يكن فيهم)** أي في أهل المحلّة **(خمسون)** رجلاً **(كرّرت الأيمان عليهم ليتّم خمسون)** لما روي أن عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وإفي عليه تسعة وأربعون رجلاً فكرّر اليمين على واحد منهم حتى تمّت خمسين ثم بالدية⁶³¹ **(ومن أبي)** أي نكل عن اليمين **(منهم حبس حتى يحلف)** لأن اليمين فيه مستحق لذاته تعظيماً لأمر الدّم ولهذا يجمع بينه وبين الدية **(ولا يقضي بالدية بيمين الولي)** لأنه لا يستحق بيمينه المال المبتذل فلأن لا تستحق النفس المحترمة أولى **(ولا يدخل في القسامة صبي ولا مجنون)** لأنها ليسا من أهل اليمين **(ولا عبد ولا امرأة)** لأنها ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها **(وإن ادّعى الوليّ القتل على غيرهم)** أي على غير أهل المحلّة **(سقطت عنهم القسامة)** لأنّ غيرهم صاروا مدعى عليهم **(ولا تقبل شهادتهم)** أي شهادة أهل المحلّة **(على ذلك)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله مقبولة وذلك قول صاحب النظم رحمه الله "من وجد القتيل في محلّة وهو ادّعى فيما سواهم قتله فجاء بعض هؤلاء الجملة يشهد" فالشيخ يردّ قوله لهما **(إنّ الولي)** بادّعائه القتل على غيرهم برّاء عن التهمة فقبلت شهادتهم وله أن الخصومة كانت متوجّهة إليهم فلا تقبل شهادتهم وإن خرجوا عن الخصومة كالوكيل بالخصومة إذا شهد بعد العزل والوصي إذا شهد بعد الخروج عن الوصية **(وإن وُجد)** القتيل **(على دابة يسوقها إنسان فالدّية على عاقلة السائق)** لأن الدّابة في يده فكأنّه وُجد في داره وكذا القائد والراكب ولو اجتمعوا فالدية على عاقلتهم لأن الدابة في أيديهم **(وإن وُجد في دار إنسان فالقسامة عليه وعلى عاقلته إن كانوا حضوراً)** وقال أبو يوسف رحمه الله لا قسامة على العاقلة لأن ربّ الدار أخصّ بالدار من غيره فصار كأهل المحلّة لا يشاركهم في القسامة غيرهم ولهما أن الحضور يلزمهم نصرة البقعة كما يلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة

⁶³¹ عبد الرزاق، المصنف، 35/10.

(وإلا) أي وإن لم تكن العاقلة حضوراً (كثرت الأيمان عليه) أي على صاحب الدار لأن التدبير في الملك الخاص إلى المالك (والدية على عاقلته) لأن نصرتهم وقوته بهم (وإن وجدت بين قريتين فعلى أقربهما منه) أي من القتل لما روي أنه عليه السلام أمر في مثله بأن يُذرع بين القريتين⁶³² وهذا (إذا كانوا لا يسمعون الصوت) لأنه يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصّروا فأما إذا كانوا لا يسمعون الصوت ولا يلحقهم الغوث فلا شيء عليهم (ولو وجد في السفينة فالقسامة على الملاحين والركاب) جمع راكب لأنها في أيديهم وهذا على قول أبي يوسف رحمه الله ظاهر لأنه يرى القسامة على الملاك وأما على قولهما فالسفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة ولا كذلك الدار والمحلة فافترقا (وفي مسجد محلة) أي وإن وجد القتل في مسجد محلة فالقسامة (على أهلها) لأن التدبير فيه إليهم (وفي الجامع والشارع الأعظم) أي ولو وجد القتل في المسجد الجامع والطريق الأعظم (الدية في بيت المال ولا قسامة) لأن المقصود بالقسامة نفي تهمة القتل وذا لا يتحقق في حق العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين (ولو وجد) القتل (في برية) بتشديدين (أو في وسط الفرات فهو هدر) لأنه لا يد لأحد عليه ولا مملوك لأحد ولا يسمع الصوت منه أهل مصر ولا قرية فكان هدرًا اعلم أن ذكر الوسط ليس بقيد وكذلك ذكر الفرات ليس بقيد حتى لو كان في نهر عظيم يجري به الماء فلا شيء فيه (وإن كان) القتل (محتسباً) بكسر الباء وفتحها إذ الاحتباس لازم ومتعدّد (بالشاطئ) الشاطئ كرانة وادي (فعلى أقرب القرى منه) أي من ذلك المكان إن كانوا يسمعون الصوت لأنهم أخصّ به من غيرهم ألا يرى أنهم يشربون منه ويوردون عليه دوابهم فكانوا أخصّ بنصرتهم فتجب عليهم كأهل المحلة

كتاب المعادل

وفي أكثر النسخ باب المعادل

(وهي جمع معقلة) كالمكارم جمع مكرمة (وهي الدية) وتسمى الدية عقلاً لأنها تعقل الدماء من أن تسفك (والعاقله الذين يؤدونها) الأصل في وجوب الدية على العاقلة قوله عليه السلام: "لأولياء الضاربة في حديث الجنين قوموا فدوه"⁶³³ ولأن النفس القتل محرمة مكرمة لا وجه إلى الإهدار والخاطيء معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظراً إلى الآلة فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه وفي إيجاب مال عظيم إجحافه واستئصاله فيصير

⁶³² أحمد بن حنبل، 3 / 3989.

⁶³³ الطبراني، المعجم الكبير، 1 / 193.

عقوبة فضم إليه العاقلة تحقيقاً للتخفيف وإنما خصوا بالضم لأنه إنما قصّر بقوة وتلك بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به **(ويجب عليهم)** أي على العاقلة **(كل دية وجبت بنفس القتل)** كالخطأ وشبه العمد وهو احتراز عما وجب بالصلح والاعتراف أو سقط القتل فيه بشبهة كالأب وإنما وجبت دية العمد على العاقلة لحديث الجنين وقضى عمر رضي الله عنه بالدية في الخطأ على العاقلة بحضرة الصحابة رضي الله عنهم من غير خلاف⁶³⁴ **(فإن كان القاتل من أهل الديوان)** وهم الجيش الذين كُتِب أساميتهم في الديوان وهي الخريطة من دَوْن الكتب إذا جمعها لأنها قطع مجموعة من القراطيس ويروى أن عمر رضي الله عنه أول من دَوَّن الدواوين⁶³⁵ أي رَتَّب الخرائط **(فهم عاقلته يؤخذ من عطايهم)** أي وظائفهم وفي بعض النسخ من أعطيتهم الأعطيات والأعطية جمع العطاء وهو ما يدفع من بيت المال للجندي سنة والرزق ما يدفع للجندي كل شهر وفي القدوري العطية للمقاتلة والرزق للفقراء **(في ثلاث سنين)** من وقت القضاء لا من وقت القتل وهذا الحكم والتقدير مروي عن رسول الله عليه السلام محكي عن عمر رضي الله عنه⁶³⁶ **(سواء خرجت) عطايهم (في أقل)** من ثلاث سنين **(أو أكثر)** لأن وجوبها في العطاء للتخفيف فهو حاصل في أي وقت كان هذا إذا كانت العطايا من السنين المستقبلية بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء بالدية ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء ولو خرج عطايا ثلاث سنين مستقبلية في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية لأنها بعد الوجوب **(فإن لم يكن) القاتل (من أهل الديوان فقبيلته)** أي فعاقلته قبيلته أي عشائره وأقاربه وهم عصبته من النسب لأن نصرته بالقبيلة وهي المعتبرة في التعاقل **(تقسم) أي تقسم الدية عليهم (في ثلاث سنين لا يزداد الواحد على أربعة دراهم)** في ثلاث سنين **(وينقص منها)** أي من الأربعة ورواية القدوري رحمه الله أنه لا يزداد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة لكن الأصح ما ذكر في المتن وهو أنه لا يزداد الواحد على أربعة دراهم في ثلاث سنين هكذا نص محمد رحمه الله فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلاث درهم وذلك لأن الأصل فيها التخفيف وتجب صلة فقدروه في كل سنة بالدرهم لأنه أقل المقدرات أو يزداد عليه ثلاث درهم وهو المختار ليكون الأكثر من

⁶³⁴ البيهقي، السنن الكبرى، 200 / 12.

⁶³⁵ البيهقي، السنن الكبرى، 189 / 12.

⁶³⁶ البيهقي، السنن الكبرى، 192-191 / 12.

الأقل وما لم يبلغ النصف فهو في حكمه كذا في شرح المصنف رحمه الله **(فإن لم تبلغ القبيلة كذلك)** لما ذكرنا من قسمة الدية عليها بأن كانوا قليلا **(ضم إليهم أقرب القبائل نسبا)** تحرزا عن الإجحاف وتحقيقا لمعنى التخفيف ويضم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصابات الأخوة ثم بنوهم ثم الأعمام ثم بنوهم وأما الآباء والأبناء فقليل وقيل **(وإن كان ممن يتناصرون بالحرف فأهل حرفته وإن تناصروا بالحلف فأهله)** لما بينا أن المعنى فيه التناصر **(ويؤدي القاتل كأحدهم)** لأن القاتل هو الفاعل فلا معنى لإخراجه ومؤاخذه غيره وقال الشافعي رحمه الله لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا قلنا إيجاب الكل إجحاف به ولا كذلك إيجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء عنه أولى قال الله تعالى ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾⁶³⁷ **(ولا عقل على الصبيان والنساء)** لأنها ليسا من أهل النصرة وعن عمر رضي الله عنه: "لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة"⁶³⁸ **(ولا يعقل كافر عن مسلم ولا بالعكس)** أي ولا يعقل مسلم عن كافر أيضا لعدم التناصر بينهما **(وإذا كان للذمي عاقلة فالدية عليهم)** لأن التعاقل يبتني على التناصر والموالاته وإذا لا يكون عند اختلاف الملة وإنما يكون عند اتحادها والكفر كله ملة واحدة **(وإلا ففي ماله)** أي وإن لم يكن للذمي عاقلة فالدية في ماله في ثلاث سنين كما قلنا في المسلم وهذا لأن الواجب عليه إنما يتحول إلى العاقلة إذا وجدت فإذا لم يكن بقي عليه **(وعاقلة المعتق قبيلة مولاه)** لأن نصرته بهم ويؤيد ذلك قوله عليه السلام: "إن مولى القوم منهم"⁶³⁹ **(وعاقلة مولى الموالاته مولاه وقبيلته)** لأن عقد الموالاته عقد يتناصرون به **(وولد الملاعنة)** إذا جنى **(يعقل عنه عاقلة أمه)** لأن نسبته إليهم فينصرونه **(فإن ادعاه الأب بعد ذلك رجع عاقلة الأم على عاقلة الأب)** لأنه ظهر أن الدية كانت واجبة على عاقلة الأب حيث أكذب نفسه وبطل اللعان وثبت نسبه منه فقوم الأم تحملوا مضطرين عن قوم الأب ما كان عليهم فيرجعون به عليهم في ثلاث سنين من حين قضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب

⁶³⁷ سورة الفاطر، الآية: 18 .

⁶³⁸ قال الزيلعي: غريب. نصب الراية، 5 / 207 .

⁶³⁹ أبو داود، "الزكاة" 29 .

(ويتحمل العاقلة خمسين دينارا فصاعدا وما دونها في مال الجاني) لما روينا أنه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة وهي خمسون دينارا وعن عمر رضي الله عنه مرفوعا وموقوفا لا يعقل العاقلة عمدا⁶⁴⁰ ولا عبدا ولا اعترافا ولا صلحا⁶⁴¹ وما دون أرش الموضحة وأرشفها نصف عشر الدية وهو خمسون دينارا ولأن التحمل على العاقلة إنما كان للتحرز عن الإجحاف وهو في الكثير دون القليل والقدر الفاصل بينهما ما ورد به الشرع وهو ما ذكرنا (ولا يعقل العاقلة ما اعترف به الجاني) لما روينا أنفا (إلا أن يصدقوه) أي إلا أن يصدق عاقلة المقرّ المقرّ فإذا صدقوه فقد رضوا فيلزمهم برضاهم (وإذا جنى الحر على العبد خطأ فعلى عاقلته) لأنها بدل النفس فتكون على العاقلة كما في الحر

كتاب الوصايا

وهي جمع وصية الوصية والوصاية اسمان في معنى المصدر ومنه قوله تعالى ﴿حين الوصية﴾⁶⁴² ثم سمي الموصى به وصية ومنه قوله تعالى ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾⁶⁴³ وفي الشريعة تملك مضاف إلى ما بعد الموت

اعلم أن ركن الوصية قوله أوصيت بكذا أو شرطها كون الموصي أهلا للتمليك والموصى له أهلا للتملك وحكمها أن يملكه الموصى له ملكا جديدا كما يملك بالهبة

(الوصية مندوبة) وقال بعض الناس واجبة على كل من له يسار لقوله تعالى ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت﴾⁶⁴⁴ الآية مشروعة لنا لا علينا وما شرع لنا يكون مندوبا إليه بمنزلة النوافل من العبادات وأما قوله تعالى ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت﴾⁶⁴⁵ الآية فعند أكثر مشايخنا رحمهم الله أنه نسخ بقوله عليه

⁶⁴⁰ كما في قتل الأب ابنه

⁶⁴¹ البيهقي، السنن الكبرى، 12/180؛ ابن أبي شيبة، المصنف، 5/405.

⁶⁴² سورة المائدة، الآية: 106.

⁶⁴³ سورة النساء، الآية: 11.

⁶⁴⁴ سورة البقرة، الآية: 180.

⁶⁴⁵ سورة البقرة، الآية: 180.

السلام: "إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث"⁶⁴⁶ وهذا حديث مشهور تلقته العلماء بالقبول وبمثله يجوز نسخ الكتاب عندنا

(وهي مؤخرة عن مؤنة الموصي) مثل التجهيز والتكفين (وقضاء ديونه) على ما يأتي في الفرائض إن شاء الله تعالى (وهي مقدرة بالثلاث يصح للأجنبي مسلماً كان أو كافراً بغير إجازة الورثة) لما روي أن سعد بن وقاص رضي الله عنه مرض بمكة فعاده رسول الله عليه السلام فقال يا رسول الله إني لا أخلف إلا بنتاً أفأوصي بجميع مالي قال لا قال أفأوصي بثلاثي مالي قال لا قال بنصفه قال لا قال فبثلثه قال الثلث والثلث كثير لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون"⁶⁴⁷ ولقوله عليه السلام: "إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم تضعونه حيث شئتم"⁶⁴⁸ وفي رواية حيث أحسستم ولقوله عليه السلام: "لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر له مال يوصي فيه أن يبيت ليلتين إلا ووصيته تحت رأسه"⁶⁴⁹ وهذه الأحاديث تدل على شرعية الوصية وتنفي وجوبها وعلى أنها مقدرة بالثلث بغير إجازة الورثة وعلى أنها تصح للمسلم والكافر

(وما زاد على الثلث وللقاتل والوارث بإجازتهم) أي والوصية بما زاد على الثلث والوصية لقاتله مطلقاً سواء كان عمداً أو خطأ بعد أن كان مباشرة والوصية للوارث تصح بإجازة الورثة إذا كانوا كباراً بناءً على أن الامتناع كان حقهم وهم أسقطوه إذا أجازوا وصورة الوصية للقاتل أن المجروح إذا أوصى للجراح والمراد بالوارث الوارث بالفعل لا بالقوة حتى لو كان له أخ أو ابن أخ فأوصى للأخ أو لابن الأخ ثم وُلد له ابنٌ جازت الوصية فالمعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت (ولا تصح) الوصية (إلا لمن يصح تبرُّعه) فلا يصح من الصبي والمجنون والمكاتب والمأذون لأن الوصية تبرع محض لا يقابله عوض مالي ولا نفع دنيوي فصار كالهبة

⁶⁴⁶ ابن ماجه، "الوصايا" 6.

⁶⁴⁷ البخاري، "المرضى" 13، الترمذي، "الوصايا" 1؛ الموطأ، "الوصية" 4.

⁶⁴⁸ ابن ماجه، "الوصايا" 5؛ ابن أبي شيبة، المصنف، 6/228.

⁶⁴⁹ البخاري، "الوصايا" 1؛ مسلم، "الوصايا" 1؛ الترمذي، "الوصايا" 3.

(ويستحب أن ينقص من الثلث) لقول علي رضي الله عنه: "لأن أوصي بالخمسة أحب إلي من أوصي بالربع ولأن أوصي بالربع أحب إلي من أن أوصي بالثلث"⁶⁵⁰ ولأن فيه صلة القرابة بترك حقه لهم ولا صلة فيما إذا أوصى بالثلث تاماً لأنه استوفي حقه فلا صلة **(وإن كانت الورثة فقراء لا يستغنون بنصيبهم فتركها أفضل)** لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام: "أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح"⁶⁵¹ وإن كانوا أغنياء أو كانوا يستغنون بميراثهم"⁶⁵² قيل الوصية أولى بما دون الثلث لإطلاق قوله عليه السلام الثلث كثير وقيل بخير لأن الوصية صدقة وتركها صلة والكل خير فيتخير بين الخيارين

(وتصح الوصية للحمل) بأن يقول أوصيت بهذا الحمل فلانة **(وبه)** أي وتصح الوصية بالحمل بان يقول أوصيت بحمل جاريتي هذه لفلان إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية **(وبأمه دونه)** أي وتصح الوصية بأم الحمل دون الحمل يعني إذا أوصى بجاريتته لفلان إلا حملها صحت الوصية أما الأولى فلأن الوصية استخلاف من وجه لأنه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين يصلح خليفة في الإرث فكذا في الوصية فإن قلت القبول شرط في الوصية والجنين ليس من أهله فكيف تصح له الوصية قلت الوصية تشبه الهبة وتشبه الميراث فلشبهها بالهبة يشترط القبول إذا أمكن ولشبهها بالميراث سقط إذا لم يمكن عملاً بالشبهين وأما الثانية فلأنه بعرض الوجود إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية وبأبها أوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا يصح في غير الوجود كالثمره فلأن يصح في الموجود أولى كذا في الهداية وأما الثالثة وهي إذا أوصى بجاريتته لفلان إلا حملها فإنها صحت الوصية والاستثناء لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً فإذا أفرد الأم بالوصية صح أفرادها وإنما قلنا إن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً لأن مفهوم الجارية يغير مفهوم الحمل فإن قلت لما لم يتناوله اللفظ فلم يصح الاستثناء قلت بسبب التزوي بزيتها كما في استثناء إبليس فإنه من الجن واستثنى من الملائكة وهما الحمل جزء الأم فهذه الملابس والتبعية جاز الاستثناء ولأن صحة الاستثناء لا يحتاج إلى التناول لفظاً ولهذا لو قال لفلان علي ألف درهم إلا قفيز حنطة صح الاستثناء وإن كان صدر الكلام لم يتناولها

⁶⁵⁰ عبد الرزاق، المصنف، 9/66؛ ابن أبي شيبة، 6/228.

⁶⁵¹ الكاشح الذي أضمر العداوة في كشحه وهي ما بين الخاصرة إلى الضلع

⁶⁵² الطبراني، المعجم الكبير، 3/203.

(ويعتبر في المال والورثة الموجودة عند الموت) حتى لو أوصى بثلث ماله ولا مال له ثم اكتسب مالا ومات فللموصى له ثلث ما هو موجود عند الموت من المال ولو أوصى وله مال ثم مات ولا مال له فلا شيء للموصى له بناء على أن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال وعدمه عند الموت لا قبله وكذلك الورثة لا اعتبار بمن مات قبله لا بإجازته ولا برده لأن المال إنما ينتقل إليهم بعد الموت فلا اعتبار بغير المالك (وقبول الوصية بعد الموت) حتى لو أجازها قبله أو ردها فليس بشيء لأن حكمه وهو ثبوت الملك إنما يثبت بعد الموت فلا اعتبار بما يوجد قبله (وبه يملك) أي وبقبول الموصى له الوصية بعد موت الموصي يثبت الملك له في الموصى به قبضه أو لا وقال الشافعي وزفر رحمهما الله لا حاجة إلى القبول كالإرث إذ الوصية أخته ولنا أن الوصية إثبات ملك جديدة ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقوله وأما الورثة فخلافه على ما عرف (إلا أن يموت الموصى له بعد) موت (الموصي فيملكها الورثة) والقياس بطلان الوصية لما بينا إلا أنا استحسنا وقلنا يملكها الورثة لأن الوصية تمت من جهة الموصي تماما لا يلحقه الفسخ من جهته والتوقف لحق الموصى له فإذا مات دخل في ملكه كما إذا مات المشتري والخيار له قبل الإجازة فإن المبيع يدخل في ملكه كذا هذا (وللموصي أن يرجع عن الوصية بالقول) بأن قال رجعت عن وصيتي (والفعل) بأن باع أو وهب أو قطع الثوب الموصى به أو ذبح الشاة الموصى بها وإنما صح الرجوع لأنه تبرع لم يتم لأن تمامه بالموت والقبول على ما بينا فيجوز الرجوع قبل التمام لأنه لو لم قبل تمامه لم يكن تبرعا (وفي الجحود خلاف) فعند أبي يوسف رحمه الله رجوع وعند محمد رحمه الله ليس برجوع وقال وجحد ما أوصى رجوع فاعلم لأبي يوسف رحمه الله أن الرجوع نفى في الحال والجحود نفى في الحال والماضي فأولى أن يكون رجوعا ولمحمد رحمه الله أن الرجوع إثبات في الماضي ونفى في الحال والجحود نفى في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة والفتوى على قول محمد رحمه الله (وإذا قبل الوصي الوصية ثم ردها في وجهه) أي في وجه الموصي (فهو رد) لأنه ليس للموصي ولاية إلزام التصرف بغير اختياره (وإلا فلا) أي وإن لم يردها في وجه الموصي بل ردها في غير وجهه فليس برد لأن الميت مضى سبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته فلا يجوز رده (وإن كان) الوصي (عاجزا ضم إليه القاضي وصيا آخر) رعاية لحق الموصي والورثة (وإن كان الوصي عبدا أو كافرا أو فاسقا استبدل به) أي أخرجه القاضي عن الوصية ونصب غيره اعلم هذا اللفظ يشير إلى صحة

الوصية لأن الاستبدال يكون بعد الصحة وقبل الصحة باطلة في هذه الصور وجه الصحة ثم الاستبدال أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على أصلنا وولاية الكافر في الجملة إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى ويمكنه من الحجر بعدها والمعادة الدينية الباعثة للكافر عن ترك النظر في حق المسلم وإتهام الفاسق بالخيانة فيخرج القاضي عن الوصاية ويقيم غيره مقامه إتماماً للنظر **(وإن أوصى إلى عبده⁶³³ وفي الورثة كبار لم يصح)** الإيصاء لأن للكبير أن يمنعه عن التصرف في نصيبه فتخلو الوصية عن فائدتها وإنما قال وفي الورثة كبار لأنهم إن كانوا صغاراً جازت عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يجوز

وذلك قول صاحب النظم رحمه الله

"وجائر للمرء نصب عبده، وصّى صبيان له من بعده"

لهما أن في صحة هذه الوصية إثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع وعكس الموضوع وله أنه مخاطب مستبذ بالتصرف فيكون أهلاً للوصية ولا ولاية لا حد عليه فإن الصغار وإن كانوا ملاكاً لكن ليس لهم ولاية المنع من التصرف ولا منافاة والظاهر أن شفقتهم عليهم أكثر من الأجنبي **(وليس لأحد الوصيين أن يتصرف دون صاحبه)** عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله يتفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء وذلك قول صاحب النظم "وفي الوصيتين إذا الفرد فعل، ما كان من تصرف جاز العمل" لأبي يوسف رحمه الله أن الوصية خلافه وذلك إنما يكون إذا ثبت للخليفة مثل ما كان للمستخلف ولهما أن الموصي ما رضي إلا برأيها وهذا لأن الولاية إنما تثبت بتفويضه فيراعى وصفه وهو الاجتماع وفي اجتماع رأيها مصلحة فيتقيد به لأنه شرط مفيد بخلاف الضروريات هي المستثناة بقوله

(إلا في تجهيز الميت ومؤنة الصغار) من طعامهم وكسوتهم **(والخصومة)** في حقوق الميت **(ورد الوديعة والمغصوب وقضاء ديونه وعتق عبد بعينه)** وتنفيذ وصيته بعينها أما تجهيز الميت فلا في تأخير فسادته حتى كان للجار فعله وكذا مؤنة الصغار لأنه يخاف عليهم جوعاً وعرياناً والخصومة لا يمكن الاجتماع عليها وأما باقي الصور فالاجتماع والانفراد فيه سواء لأنها لا يحتاج إلى الرأي

⁶³³ أي فوض التصرف إلى عبده في ماله بعد موته

(وإن مات أحدهما أقام القاضي مكانه آخر) وهذا بالاتفاق أما عندهما فظاهر لأن الواحد لا ينفرد بالتصرف وأما عند أبي يوسف رحمه الله فلأن الواحد وإن كان يملك التصرف لكن الموصي قصد أن يخلفه اثنان في حقوقه وقد أمكن تحقيق قصده بنصب وصي آخر فينصب (وإذا أوصى الوصي إلى آخر فهو وصي في الترتين) تركته وتركته الميت الأول وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يكون وصيا في تركته الميت الأول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحياة ولا يجوز للوصي القيم إيصاءه إلى سواه فاعلم ولنا أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة إليه فيملك الإيصاء إلى غيره والحجة بتمامها في شرح المصنف رحمه الله

(ويجوز للوصي أن يحتال) أي يقبل الحوالة (بمال اليتيم إن كان) الاحتيال (أجود) بأن كان أملى أو أيسر قضاء أو أعجل وفاء لأنه أنظر لليتيم والولاية نظرية وإن كان الأول أملاً لا يجوز لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه (ويجوز بيعه وشراؤه لنفسه إن كان فيه نفع للصبي يعني يجوز بيع) وصي الأب شيئاً من ماله من الصبي ويجوز شراء الوصي عينا من مال الصبي لنفسه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله لا يجوز وإنما وضع في الوصي لأن الأب لو باع مال الصغير من نفسه بمثل القيمة أو بغبن يسير يجوز لوفور شفقتهم وقيدنا بوصي الأب لأن وصي القاضي لا يملك ذلك اتفاقاً لأنه وكيل ولا يجوز بيع الوكيل وشراؤه لنفسه وقيد بقوله وفيه نفع للصبي بأن اشترى ما يساوي عشرة بخمسة عشر أو باع ما يساوي خمسة بعشرة لأنه لو لم يكن فيه نفع على ما فسر لا يجوز اتفاقاً كذا في الحقائق هما قاسا على الوكيل وله أنه قربان مال اليتيم بالتي هي أحسن فيجوز بالنص وصار كالأب (وليس له) أي للوصي (أن يقترض ماله) أي مال اليتيم (وللأب ذلك) أي اقترض مال اليتيم لأن الأب يملك شراء مال الصبي بمثل قيمته ولا كذلك الوصي وكذلك الأب له أن يأخذ مال الصبي عند حاجته بقدر حاجته ولا كذلك الوصي

(وليس لهما) أي للوصي والأب (إقراضه) أي إقراض مال اليتيم (وللقاضي ذلك) أي إقراض مال اليتيم لأن القرض تبرع ابتداء معاوضة انتهاء فجعل معاوضة في حق القاضي لقدرته على الاستخراج بواسطة الحبس وغيره وتبرعا في حقهما لعجزهما نظرا واحتياطا في مال اليتيم (والوصي أحق بمال الصبي من الجد) وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله الجد أحق لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فتقدم على وصيه ولنا أن بالإيصاء ينتقل ولاية الأب إليه فكانت ولايته قائمة معنى فيتقدم عليه كالأب نفسه وهذا لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد بدل على أن تصرفه أنظر لبنينه من تصرف أبيه

(وشهادة الوصي للميت لا يجوز) للتهمة لأنه يثبت لنفسه ولاية القبض وإنما قال للميت لأن شهادته على الميت لا يجوز⁶⁵⁴ إذ لا تهمة في ذلك **(وللورثة)** أي ويجوز شهادة الوصي للورثة **(إن كانوا كبارا)** لعدم التهمة **(ولا يجوز)** شهادة الوصي **(إن كانوا)** أي الورثة **(صغارا)** للتهمة اعلم أنه لو شهد الوصيان لوارث كبير في مال اليتيم لم يجز وإن كان في غير مال اليتيم جاز وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله إن شهدا لوارث كبير يجوز في الوجهين وأما الشهادة للصغار فلا يجوز بحال والمسئلة تحقيقها في الكتب المبسوطة

(ولا يجوز) شهادة الوصي **(بعد العزل وإن لم يخاصم)** يعني أن وصي الميت إذا عزله القاضي ونصب وصيا آخر فشهد المعزول للميت بهال لا تقبل شهادته بناء على أن الوصي خصم قائم مقام الميت فيما كان للميت بقبول الوصاية وبعد العزل وإن لم يبق خصما لكن استندت شهادته إلى وقت كان خصما فلا يصير شاهدا في تلك الحادثة بدا

فصل في الوصية بالسكنى والخدمة وغيرهما

(ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره وبغلتها) أي بغلة عبده وداره **(أبدا ومدة معلومة)** هذا عندنا وعند أبي ليلى رحمه الله لا يجوز شيء من ذلك لأن المنافع الحاصلة بعد موته ليست بمملوكة فلا يصح تملكها لغيره ولنا أن المنافع يصح تملكها في حالة الحياة بعوض وبغير عوض فكذا بعد المات للحاجة إلى ذلك كما في الأعيان ثم إن الموصى له يملكها على ملك الموصي كما قلنا في الوقف ويجوز موقتا ومؤبدا كما في الإعارة والإجازة **(فإن خرجا)** أي العبد والدار **(من الثلث استخدم)** في صورة الوصية بخدمة عبده **(وسكنى)** في الوصية بسكنى داره **(واستغل)** في الوصية بالغلة لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة **(وليس له أن يؤاجر بها)** أي وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد والدار وقال الشافعي رحمه الله له ذلك والحجج من الجانبين تعرف في الهداية **(وإن لم يكن له مال غيرهما خدم الورثة يومين والموصى له يوما)** لأن حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كالوصية بالعين **(فإذا مات)** الموصى له **(عاد إلى الورثة)** أي إلى ورثة الموصي لأنه أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى من غير مرضاته وذلك لا يجوز

⁶⁵⁴ ولفظه "لا" سهو من طغيان القلم

(ومن أوصى بثمره بستانه فله الثمرة الموجودة عند موته وإن قال أبداً فله ثمرته ما عاش ولو أوصى بغلة بستانه فله الحاضرة والمستقبلة) والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفاً فلا ينتظم المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد أما الغلة فينتظم الموجود وما سيوجد مرة بعد أخرى عرفاً يقال فلان يأكل من غلة بستانه وأرضه وداره ويراد به الموجود وما ستوجد عرفاً (وإن بصوف غنمه أو بأولادها أو بلبنها فله الموجود عند موته) يعني للموصى له ما في بطون الغنم من الولد وما في ضرعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء (قال أبداً أو لم يقل) لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم من الثمرة والغلة والفرق في الهداية والله ولي التوفيق والهداية

(والعتق في المرض) أي مرض الموت (والهبة والمحاباة وصية) والمراد أنه وصية في حق الاعتبار من الثلث ومزاحمة أصحاب الوصايا في الضرب لا حقيقة الوصية لأن الوصية إيجاب بعد الموت وهذا متجزئ قبل الموت واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة به (والمحاباة إن تقدمت على العتق فهي أولى) أي المحاباة أولى من العتق فتنفذ المحاباة فإن فضل شيء تُصَرَّف إلى العتق صورة المسئلة باع المريض عبداً قيمته مئتان بمائة ثم أعتق عبداً قيمته مائة ولا مال له سواهما يصرف الثلث إلى المحاباة ويسعى المعتق في كل قيمته لورثته

(وإن تأخرت) المحاباة عن العتق (شاركته) أي المحاباة العتق صورة المسئلة أعتق عبداً قيمته مائة ثم باع عبداً قيمته مئتان بمائة يقسم الثلث وهو المائة بينهما نصفين فالعبد المعتق يعتق نصفه محاباً ويسعى في نصف قيمته وصاحب المحاباة يأخذ العبد الآخر بمائة وخمسين وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله العتق أولى في المسئلتين لأنه لا يلحقه الفسخ وله أن المحاباة أقوى لأنها ثابتة في ضمن عقد المعاوضة لكن إن وجد العتق أولاً وهو لا يحتمل الرفع يزاحم المحاباة كذا في شرح الوقاية لصدر الشريعة رحمه الله (ومن أوصى بحقوق الله تعالى قدمت الفرائض) منها وإن أخرها الموصي في الوصية كالحج والزكاة والكفارة لأن الفرائض أهم من النافلة والظاهر منه البداية بالأهم (وإن تساوت) الحقوق في القوة (قدم ما قدمه الموصي إن ضاق عنها الثلث) لأن الظاهر أنه يبدأ بالأهم والثابت بالظاهر كالثابت بالنص ولو خص على تقديم ما بدأ به لزمننا تقديمه كذا هنا (وقيل يبدأ بالحج ثم الزكاة) لأن الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال وقيل يُبدأ بالزكاة ثم بالحج لأنه تعلق بها حق العباد فكانت أولى

(ثم الكفارات) وإنما قدم الحج والزكاة عليها لمزيتها عليها في القوة إذا جاء فيها من الوعيد ما لم يأت في الكفارة **(ثم صدقة الفطر)** لأن وجوب صدقة بالخبر ووجوب ما قبلها بالقرآن **(ثم الأضحية)** وإنما قدم صدقة الفطر على الأضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الأضحية **(وما ليس بواجب يقدم على ما قدمه الموصي)** لأن تقديمه يدل على أهميته عنده على ما مر

فصل في الوصية بثلث المال

(ومن أوصى لرجل بثلث ماله لرجل والآخر بسدسه ولم تجز الورثة فالثلث بينهما أثلاثا) لأن الثلث ضعفا السدس فقد أوصى لأحدهما بسهمين والآخر بسهم **(وإن أوصى له بثلثه ولآخر بثلثه أو بنصفه أو بجميعه فالثلث بينهما نصفان)** وهذا كله إذا لم تجز الورثة أما الأولى فبالإجماع لاستوائهما في قدر الوصية والثلث لا يتبع لهما فيستويان فيه وأما الثانية والثالثة فمذهب أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله في المسئلة الثانية يقسم الثلث بينهما على خمسة أسهم ثلثه للموصى له بالنصف وسهمان للموصى له بالثلث وفي المسئلة الثالثة يقسم الثلث بينهما على أربعة أسهم ثلثه للموصى له بالجميع وسهم للموصى له بالثلث وهذا مبني على أصل مختلف فيه وأشار المصنف رحمه الله إليه بقوله **(ولا يضرب⁶⁵⁵ الموصى له بما زاد على الثلث)** عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما رحمهما الله يضرب بجميع ما أوصى لأن الموصى قصد شيئين الاستحقاق⁶⁵⁶ والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل كما في المحابة والسعاية والدراهم المرسله وله أن الوصية بما زاد على الثلث باطلة في حق الاستحقاق لعدم الإجازة فبطل في حق التفضيل كالمحابة بخلاف مواضع الإجماع على ما عرف في موضعه ثم قوله ولا يضرب الموصى له يقال ضرب في ماله سهما إذا جعل وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث أي يأخذ منه شيئا قال صاحب الينابيع رحمه الله معناه بلغوا الزيادة على الثلث ويجعل كأنه أوصى له بالثلث لا غير ثم استثنى عن هذا الأصل هذه الأشياء الثلاثة فقال

(إلا في المحابة والسعاية والدراهم المرسله) فإن الإمام أبا حنيفة رحمه الله يوافق وأبا يوسف ومحمدا رحمهما الله في هذه الفصول والفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين هذه الصور الثلاث وبين غيرها ما ذكره الصدر الشريعة

⁶⁵⁵ لا يعطى

⁶⁵⁶ على الورثة فيما زاد على الثلث عناية

رحمه الله في شرح الوقاية ثم قال وهذا فرق دقيق شريف صورة المحاباة أن يكون لرجل عبدان قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يباع واحد منهما بمائة درهم والآخر بخمسمائة درهم فإن خرج ذلك من ثلث ماله أو أجازت الورثة جاز ذلك وإن لم يكن له مال عندهما ولم يجز الورثة جازت محاباتها بقدر الثلث فيكون الثلث بينهما أثلاثا يضرب الموصى له بالألف بحسب وصيته وهي الألف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا وجب أن لا يضرب الموصى له بالألف على قياس قوله بأكثر من خمسمائة وستة وستين وثلثي درهم لأن عنده الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب إلا بالثلث وهذا ثلث ماله وصورة السعاية أن يعتق المريض عبدا قيمته مثل نصف ماله وأوصى الآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فإن العبد يضرب بقيمته في الثلث بالغة ما بلغت وصورة الدراهم المرسله أن يوصى لرجل بألف والآخر بخمسمائة ولم تجز الورثة فالموصى له بالألف لا يضرب في الثلث بألف والموصى له بخمسمائة فيكون الثلث بينهما أثلاثا والإرسال والإطلاق معنى يقال أرسل البعير إذا أطلقه والمراد بالدراهم المرسله المطلقة أي غير مقيدة بأنها ثلث أو نصف أو نحوهما

(ومن أوصى بسهم من ماله فله السدس) عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على الثلث إلا أن يجيز الورثة **(وبجزء أعطاه الوارث ما شاء)** أي يقال للوارث أعط ما شئت لأنه مجهول والجهالة لا يمنع صحة الوصية فالبيان إلى الوارث **(فلو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابنان فله الثلث)** لأنه إذا أخذ الثلث كان مثل نصيب ابنه ولو أخذ النصف كان أكثر ولو أوصى بنصيب ابنه فهي باطلة لأنه وصية بهال الغير لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد موت الأب بخلاف المثل لأن مثل الشيء غيره **(ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه فهلك ثلثها وبقي ثلثها وهو)** أي والحال أن الثلث **(يخرج من الثلث)** أي من ثلث ماله فله جميعه **(وكذلك المكيل والموزون والثياب إذا كانت من جنس واحد وإن كانت)** الثياب أجناسا **(مختلفة فله ثلث الباقي وكذلك العبيد)** يعني وإن كان الموصى به عبيدا فهلك ثلثاه وبقي ثلثه وهي تخرج من ثلث ما بقي من ماله فله ثلث ما بقي من العبيد وكذلك الدور وهذا عندنا وقال زفر رحمه الله له ثلث الباقي في الجميع لأن كل واحد مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي منه عليها وصار كما إذا كانت التركة أجناسا مختلفة ولنا في الجنس الواحد يمكن جمع حق أحدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع الوصية مقدمة

فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدراهم بخلاف الأجناس المختلفة لأنه لا يمكن الجمع فيها جبراً فكذا تقدماً **(ومن أوصى بثلثه) أي بثلث ماله (لزيد وعمرو وعمرو ميت فالثلث لزيد)** لأن الميت ليس

بأهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من أهلها كما إذا أوصى لزيد وجدار **(وإن قال)** ثلث مالي

(بين زيد وعمرو) ميت (فنصفه) أي فنصف الثلث (لزيد) لأن اللفظ يقتضي التنصيف بينهما ألا يرى أن من

قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث

(ولو أوصى لرجل بألف من ماله وله) مال (عين ودين والألف يخرج من ثلث العين دفعت إليه) لأنه أمكن

تنفيذ الوصية من الثلث الذي هو محلها من غير إضرار بالورثة فينفذ **(وإلا)** أي وإن لم يخرج من العين

(أخذ ثلث العين وثلث ما يحصل من الدين حتى يستوفيها) لأن الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه

بالعين بخس في حق الورثة لأن للعين فضلاً على الدين وإنما يعتدل النظر بما ذكرنا **(ومن أوصى بثلثه لفلان**

وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين) وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين

وذلك قول صاحب النظم رحمه الله

"واسم المساكين ينال المثنى، لا الواحد المفرد فيما أوصى، ففصل وضع في فلان وفي المساكين على ذا الشأن،

فجعلنا نصفين في صنفين، وعنده بالثلث والثلثين" له أن المساكين جمع وأقله في الميراث اثنان والوصية أخت

الميراث ولهما أن الجمع المحلّ بالألف واللام يراد به الجنس ويبطل الجمعية لقوله تعالى ﴿لا يجل لك النساء﴾⁶⁵⁷

فيراد به الواحد وعلى هذا لو أوصى بثلثه للمساكين فعند محمد رحمه الله لا يجوز صرفه إلى واحد وعندهما يجوز

(ولو أوصى لرجلين كل واحد منهما بمائة ثم قال لآخر اشتركتك معها فله ثلث كل مائة) لأن الشركة

للمساواة لغة وقد أمكن إثباته بين الكل بما قلنا لاتحاد المال لأنه نصيب كل واحد منهم ثلثا مائة ولو أوصى

لرجل بمائة والآخر بخمسمائة ثم قال لآخر اشتركتك معها فله نصف ما لكل واحد لأنه تعذر المساواة بين

الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواة كل واحد عملاً بلفظ الشركة بقدر الإمكان كذا في شرح المصنف

رحمه الله

⁶⁵⁷ سورة الأحزاب، الآية: 52.

(ولو قال لورثته لفلان على دين فصدقوه بصدق إلى الثالث) معناه إذا ادعى أكثر من ذلك وكذبه الورثة وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق ووجهها يُكشف في الكافي والهداية (وإن أوصى لأجنبي ووارث فالنصف لأجنبي وبطل نصف الوارث لأنه) أوصى بما يملك وما لا يملك فيصح فيما يملك ويبطل في الآخر بخلاف الوصية للحي والميت لأن الميت ليس بأهل للتملك فلا يكون مزاحما أما الوارث فأهل لها حتى تصح بإجازة باقي الورثة فيصلح مزاحما

فصل في الوصية للأقارب وغيرهم

(والجيران الملاصقون) حتى لو أوصى بجيرانه أن يدخل الملاصقون بداره عند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله وقالوا رحمهما الله الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الوصي ويجمعهم مسجد المحلة لأن هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تأبد ذلك بقوله عليه السلام: "لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد"⁵⁵⁸ وقد فسروه بكل من سمع النداء وله أن الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع يُصرف إلى أخصّ الخصوص وهو الملاصق (والأصهار كل ذي رحم محرم من زوجته) لما روي أن النبي عليه السلام لما تزوج صفية أعتق كل ذي رحم منها إكراما لها وكانوا يُسمون أصهار النبي عليه السلام⁵⁵⁹ (والأختان زوج كل ذي رحم محرم منه) لأن ذلك يسمى ختنا والمسئلة فيما إذا أوصى لأصهاره وأختانه (والأهل بالزوجة) فلو أوصى لأهل فلان فهي على زوجته عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله كل من يعوله وتجمعه نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال تعالى ﴿وأتوني بأهلكم أجمعين﴾⁵⁶⁰ وله أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة شهد بذلك قوله تعالى ﴿وسار بأهله﴾⁵⁶¹ ومنه قولهم تأهل ببلده كذا والمطلق ينصرف إلى الحقيقة (والآل أهل بيته) فلو أوصى لآل فلان فهي لأهل بيته لأن الآل القبيلة التي ينسب إليها (وأهل نسبه من ينسب إليه من جهة الأب) لأن النسب إلى الآباء وجنس أهل بيت أبيه لأن الشخص يتجنس بأبيه فابن التركي تركي وابن الهندي هندي وإن أوصى لأقربائه أو لذي قرابته أو لأرحامه

⁵⁵⁸ البيهقي، السنن الكبرى، 4/ 172؛ الدارقطني، السنن، 2/ 96-97.

⁵⁵⁹ أبو داود، "العتق" 2. بلفظ: "تزوج جويرة..."

⁵⁶⁰ سورة يوسف، الآية: 93.

⁵⁶¹ سورة القصص، الآية: 29.

(أو لذي أرحامه أو لأنسابه) جمع نسب أي الذي ينسب إليه **(فهم اثنان فصاعدا)** لأن أقل الجمع في الوصية اثنان كالميراث **(من كل ذي رحم محرم منه غير الوالدين والمولودين وفي الجدر وايتان ويعتبر الأقرب فالأقرب)** كما في الميراث وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رحمهما الله الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام وهو أول أب أسلم وأول أب أدرك الإسلام على حسب ما اختلف فيه المشايخ رحمهم الله وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب فإنه أدرك الإسلام ولم يسلم لهما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقة مواضع الخلاف وله أن الوصية أخت الميراث وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في إقامة واجب الصلة وهي مختص بذوي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الأولاد فإنهم لا يسمون أقرباء ومن سمي والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لأن القريب في عرف الإنسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره كذا في الهداية

(فإن كان له عمان وخالان فالوصية لعميه) عند أبي حنيفة رحمه الله اعتبارا للأقرب كما في الإرث وعندهما بينهما إرباعا إذ هما لا يعتبران الأقرب **(وإن كان عم وخالان فله)** أي فللعلم النصف أي نصف الوصية **(ولهما النصف)** أي وللخالين نصف الوصية لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث **(وإن قال لذي قرابته ولذي نسبه)** فلفظ الفرد **(فكذلك)** أي لا يختلف الحكم بين ذكر لفظ الجمع وبين لفظ الفرد **(إلا أن الواحد يستحق الكل)** أي كل الوصية فيما إذا ذكر بلفظ الفرد بخلاف ما إذا ذكر بلفظ الجمع حيث يستحق الواحد النصف ففي مسألة العم والخالين يستحق العم الجميع لما قلنا **(فإن لم يكن له ذو رحم محرم بطلت الوصية)** بناء على أن المقصود من الوصية للقرابة تلافي ما فرط في إقامة واجب الصلة وهو يختص بذوي الرحم المحرم منه **(ولو أوصى لبني فلان وهو)** أي فلان **(أبو قبيلة لبني تميم فهي للذكور والإناث)** عند محمد رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يختص الذكور وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وذلك قول صاحب النظم رحمه الله

"والمرء يوصي لبني فلان، وهو أب الرجال والنسوان،

فهو على الخصوص للذكور، واشترك الكل لذوي الشبان،

واضطرب القول عن النعمان"

وهذا إذا كانوا يحصون **(وإن كانوا لا يحصون فهي باطلة)** لأنه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه إلى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكاً في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم

(وإن كان أبا صلب فالوصية للذكور خاصة) عند أبي حنيفة رحمه الله وكان يقول أولاً هي للذكور والإناث وهو قولهما كذا في شرح المصنف رحمه الله **(وإن أوصى لأيتام بني فلان)** الأيتام جمع يتيم وهو اسم لصغير مات أبوه لقوله عليه السلام: "لا يُتَمَّ بعد الحلم"⁶² **(أو عميانهم)** العميان والعمى جمع أعمى **(أو زمنائهم)** جمع زمن وهو المقعد **(أو أراملهم)** جمع الأرملة وهي المرأة البالغة التي كان لها زوج فارقها أو مات عنها دخل بها أو لم يدخل وقيل هي التي لا زوج لها ولا نشترط إن كان لها زوج وهم يُحصون **(فهي للفقراء والأغنياء)** جميعاً لأنه أمكن تحقيق التملك في حقهم والوصية تملك **(وإن كانوا لا يحصون فهي للفقراء خاصة)** لأن المقصود من الوصية القرية وهي في سد الخلة وردّ الجوعة وهذه الأسامي تشعر بتحقيق الحاجة فجاز حملها على الفقراء **(ولو أوصى لورثة فلان فللذكر مثل حظ الأنثيين)** اعتباراً بالميراث لأن اسم الورثة دل عليه **(وإن قال لولد فلان فالذكر والأنثى سواء)** لأن الاسم ينتظم الكل انتظاماً واحداً **(ولا يدخل أولاد الابن مع أولاد الصلب)** لثلاثي يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز **(ويدخل)** أولاد الابن **(عند عدمهم)** أي عند عدم أولاد الصلب عملاً بالمجاز **(دون أولاد البنت)** لأنهم ليسوا بأولاد فلان **(أوصى لمواليه فهي)** الوصية **(لمن أعتقه في الصحة والمرضى ولأولادهم)** من الرجال والنساء لأنهم ينسبون إليه بإعتاق وجد منه **(ولا يدخل مولى الموالاة ولا مولى الموالى)** لعدم جواز الجمع بين الحقيقة والمجاز **(إلا عند عدمهم)** لعدم لزوم الجمع **(وإن كان له موال أعتقوه وأعتقهم فهي)** أي الوصية **(باطلة)** لأن اللفظ مشترك ولا عموم له ولا قرينة تدل على أحدهما وفي بعض كتب الشافعي أن الوصية لكل تم الكتاب بعون الله الملك الوهاب على يد أضعف العباد جامي بن بايزيد غفر الله له ولوالديهما وأحسن إليهما وإليه المرجع والمآب في تاريخ سنة 959

الحمد لله على التمام وللرسول أفضل السلام اللهم بارك لصاحبه واغفر لكاتبه ولمن قال آمين

⁶² أبو داود، "الوصايا" 9.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI

ABDULGANÎ KARABÂĞÎ’NİN ŞERHU’L-MUHTÂR ADLI
KİTABININ EDİSYON KRİTİĞİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ
(DEĞERLENDİRME)

CİLT III

Abdulkadir KABDAN

DOKTORA TEZİ

ADANA / 2014

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI**

**ABDULGANÎ KARABÂĞÎ'NİN ŞERHU'L-MUHTÂR ADLI
KİTABININ EDİSYON KRİTİĞİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ
(DEĞERLENDİRME)**

CİLT III

Abdulkadir KABDAN

Danışman: Prof. Dr. Nasi ASLAN

DOKTORA TEZİ

ADANA / 2014

Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne;

Bu çalışma, jürimiz tarafından Temel İslam Bilimleri Anabilimdalında
DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Nasi ASLAN
Danışman

Üye : Prof. Dr. Mustafa ÖZTÜRK

Üye : Doç. Dr. Osman GÜMAN

Üye : Doç. Dr. Hayri KAPLAN

Üye : Yard. Doç. Hasan AKKANAT

ONAY

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim elemanlarına ait olduklarını onaylarım.

..../...../2014

Prof. Dr. Yıldırım Beyazıt ÖNAL
Enstitü Müdürü

NOT: Bu tezde kullanılan ve başka kaynaktan yapılan bildirişlerin, çizelge, şekil ve fotoğrafların kaynak gösterilmeden kullanımı, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki hükümlere tabidir.

ÖZET

ABDULGANÎ KARABÂĞÎ'NİN ŞERHU'L-MUHTÂR ADLI KİTABININ

EDİSYON KRİTİĞİ

Abdulkadir KABDAN

Doktora Tezi Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. Nasi ASLAN

Mayıs 2014, 739 sayfa

Bu çalışma edisyon kritik yani tahkik diye isimlendirilen bir çeşit literatür değerlendirme çalışmasıdır. Araştırmamıza konu olan eser, Hanefî mezhebi alanında yazılmış, dört meşhur metinden birisi olarak kabul edilen *el-Muhtâr* isimli eserin şerhlerinden *Şerhu'l-Muhtâr*'dır. Osmanlı fakihlerinden Abdulganî Karabâğî Efendiye ait olan bu el yazma eserin edisyon kritiğini yaparak müellifin usulünü ve eserin muhtevasını değerlendirdik.

Çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm giriş, araştırmanın amacı, kapsamı, yöntemi ve müellif Abdulganî Karabâğî'nin hayatı hakkındadır. İkinci bölümde eserin yazılış nedeni, ihtiva ettiği konular ve bu konuların işleniş tarzından bahsedilmiştir. Üçüncü bölümde Karabâğî'nin fikhî tercihleri, mezhep içi tercihleri bu tercihlerde kullandığı lafızlar ve diğer mezheplere yaptığı atıflar ele alınmıştır. Son bölüm olan dördüncü bölümde ise *Şerhu'l-Muhtâr*'ın eldeki mevcut nüshası ve tahkikte izlenen yol anlatılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Karabâğî, Hanefî Fıkhi, Şerhu'l-Muhtâr, Tahkik

ABSTRACT**THE CRITICAL EDITION AND EVALUATION OF THE BOOK
ENTITLED SHARH AL MOKHTÂR BY ABDULGANÎ KARABAGHÎ****Abdulkadir KABDAN****Supervisor: Prof. Dr. Nasi ASLAN****May 2014, 739 page**

This work is a critical edition, in other words an evaluation of a kind of literature named investigation. The subject of the work which we searched is about Sharh al-Mokhtâr; an expound of the work called el-Mokhtâr. This work was written in the field of Hanefi sect and was accepted one of the four passages. We have evaluated the style of the author and the contents of the work by making additional critic. This manuscript work belongs to Abdulgânî Karabâghî Efendi; one of the Ottoman faqihs.(religion scholar)

Our work consists of the four chapters. The first part is introduction and it includes the aim of research, subjects it covers, techniques and the life of the author Abdulgani Karabagi. In the second part the reasons for why it's written, its content, the subject it covers and how it's used. This part includes the fhikhi choices of Karabaghi, the choices inside sects and the attributions made to other sects. In the last and third part, the current copy of the work Şerhul Mukhtar and the ways used in ascertainment is expressed.

Key Words: Karabâghî-Hanafion al-fiqh, sharh al-Mukhtâr-evaluation

ÖNSÖZ

Temel İslam Bilimleri alanında yapılan akademik çalışmalarda müracaat edilen kaynakların azami ölçüde birinci el kaynak olması araştırmanın orjinallliği, güvenilirliği ve derinliği konusunda önemli bir fikir verir. Günümüzde bu kaynaklara ulaşmak teneffüs ettiğimiz havaya ulaşmak kadar kolay hale gelmiştir. Ancak bu kaynakların günümüze kadar geliş serüvenini tetkik ettiğimiz zaman bunun zannedildiği kadar kolay olmadığı görülür. Üstelik bu kaynakların tamamının bahsettiğimiz bu zorlu süreci tamamladığını söyleyebilmemiz ne yazık ki mümkün değildir. Bu bağlamda kütüphanelerin raflarında Temel İslam Bilimleri alanında ilim dünyasının istifadesine sunulmayı bekleyen birinci el kaynakların, tahkiki yapıp basılanlara nispetle daha fazla olduğunu iddia etsek mübalağa etmiş olmayız. Buna ilaveten sahip olduğumuz kıymetli mirastan bir kısmının resmi kayıtlarda olduğu halde kütüphanelerdeki yerlerinde olmayışı veya kütüphanelerin tozlu raflarındaki birçok eserin resmi kayıtlara girmemiş olması vehametini boyutlarını bir kat daha artırmaktadır.

Geçmişte Bağdat kütüphanelerinin başına gelen yıkım ve talanın gelecekte mevcut kütüphanelerin başına gelmeyeceğine dair elimizde bir garanti yoktur. Bu bakımdan kütüphanelerin tozlu raflarında neşredilmeyi bekleyen binlerce kıymetli eserin edisyon kritiğinin (tahkik) yapılarak yayına hazırlanması ve araştırma yapan ilim adamlarının istifadesine sunulması, ilim dünyasına çok önemli katkı sağlayacaktır. Öte yandan böyle bir çalışma ecdadımızdan bize intikal eden manevi mirasımıza sahip çıkma anlamına geleceğinden aidiyet şuurunu pekiştirecek ve onlara karşı vefa borcunu ödemek suretiyle manevi sorumluluğu yerine getirmenin vicdani rahatlığını hissettirecektir.

Binaenaleyh asırlardan beri Hanefî fıkhnın el kitabı olarak okutulan, klasik fıkıh metinleri denince akla gelen ilk metinlerden biri olan Abdullah b. Mahmud Mevsılî'nin (ö.683) *el-Muhtâr li'l-Fetvâ*'sı üzerine bir Türk fıkıh âlimi Abdulganî Karabağî Efendi tarafından kaleme alınmış ve günümüze kadar gelmiş olan *Şerhu'l-Muhtâr* isimli bu kıymetli şerhin/eserin edisyon kritiğini yaparak ilim dünyasına kazandırmanın bu sahada önemli eksiği doldurarak büyük katkı sağlayacağı kanaatindeyiz.

Bu çalışmamda bana rehberlik yapan tez danışmanım Prof. Dr. Nasi ASLAN beye şükranlarımı sunuyorum. Ayrıca jüri üyeleri, Prof. Dr. Mustafa ÖZTÜRK, Doç.

Dr. Hayri KAPLAN, Doç. Dr. Osman GÜMAN ve Yard. Doç. Hasan AKKANAT'a; Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Araştırma Görevlisi Mustafa HAYTA ve Kayseri Dini Yüksek İhtisas Merkezi Eğitim Görevlilerinden Mehmet KÖSE ve Muhammed Âdem SALİH'e, hadislerin tahriri konusunda bana yardımcı olan Kayseri Dini Yüksek İhtisas Merkezi 10. ve 11. Dönem kursiyelerine, Kütüphane görevlileri Şevki SARI ve Mustafa KARAÇ'a ayrı ayrı şükranlarımı sunarım. Çalışmam esnasında bana sürekli destek olan eşim ve çocuklarıma hassaten teşekkürlerimi sunuyorum.



İÇİNDEKİLER

ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
KISALTMALAR LİSTESİ	ix

BÖLÜM I

GİRİŞ

1.1. Araştırmanın Amacı ve Önemi	1
1.2. Araştırmanın Kapsamı	2
1.3. Araştırmanın Yöntemi	2
1.4. Abdulganî Karabâğî'nin Hayatı	2
1.5. <i>el-Muhtâr</i> 'ın Önemi ve Şerhleri	6

BÖLÜM II

ŞERHU'L-MUHTÂR'IN YAZILIŞ NEDENİ, MUHTEVASI VE ÖZELLİKLERİ

2.1. <i>Şerhu'l-Muhtâr</i> 'ın Yazılış Nedeni	10
2.2. <i>Şerhu'l-Muhtâr</i> 'ın Muhtevası	11
2.3. <i>Şerhu'l-Muhtâr</i> 'da Konuların İşleniş Tarzı, Tertibi, Özellikleri	11
2.3.1. Konuların İşleniş Tarzı ve Konuların tertibi	12
2.3.2. Karabâğî'nin Mevsılî'ye İtiraz Ettiği Noktalar	15
2.3.3. Sarf-Nahiv Kaideleri	18
2.3.4. Usul-i Fıkıh	19
2.3.5. <i>Şerhu'l-Muhtâr</i> 'da Küllî Kaide ve Zâbıtarlar	20
2.3.6. <i>Şerhu'l-Muhtâr</i> 'ın Kaynakları	32

2.3.6.1. Tefsir Kaynakları	33
2.3.6.2. Hadis Kaynakları.....	34
2.3.6.3. Fıkıh Kaynakları.....	35
2.3.7. Şerhu'l-Muhtâr'da İstifade Edilen Diğer Fıkıh Kaynakları	40

BÖLÜM III

KARABAĞI'NİN ŞERHU'L-MUHTÂR'DAKİ FIKHÎ TERCİHLERİ

3.1. Mezhep İçi Tercihler ve Bu Tercihlerde Kullanılan İfadeler.....	47
3.1.1. Fetva Lafzı ve Türevleri.....	47
3.1.2. Fetva Kelimesi Dışında Kullanılan Tercih Lafızları.....	48
3.2. Şerhu'l-Muhtâr'daki Tercihlerle Diğer Hanefî Kitaplarındaki Tercihlerin Mukayesesi	51
3.3. Diğer Mezheplere Yapılan Atıflar	53
3.4. Şerhu'l-Muhtâr'ın Özellikleri	55

BÖLÜM IV

ŞERHU'L-MUHTÂR'IN EDİSYON KRİTİĞİ

4.1. Şerhu'l-Muhtâr'ın Mevcut Yazma Nüshası.....	57
4.2 Şerhu'l- Muhtâr Tahkîkinde Takip Edilen Yöntem.....	62

BÖLÜM V

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME.....	66
KAYNAKÇA	68

KISALTMALAR LİSTESİ

b.	: ibn/oğlu
bkz.	: bakınız
c.	: cilt
DİA	: <i>Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi</i>
krş.	: karşılaştırınız
MEB	: Milli Eğitim Bakanlığı
nşr.	: neşreden
s.	: sayfa
SBED	: <i>Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi</i>
sy.	: sayı
TDVY	: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları
thk.	: tahkik eden
trc.	: tercüme eden
ts.	: tarihsiz
UÜİFD	: <i>Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi</i>
vrk	: varak
Yay.	: Yayınları
yy.	: yayın yeri yok

BÖLÜM I

GİRİŞ

1.1. Araştırmanın Amacı ve Önemi

Temel İslam Bilimleri alanında kaynak olma vasfını kazanmış eserlerin tamamı çok uzun ve zor bir süreçten geçerek elimize ulaşmıştır. Fıkıh bağlamında düşündüğümüzde Hanefî literatürü, Hanefî mezhebinin esasını teşkil eden Ebû Hanîfe'ye (ö.150/760) ait ictihad ve fetvalar, onun ictihad ehli talebeleriyle ders halkasında birlikte ele alıp tartıştıktan sonra ortaya çıkan çözümleri yine talebelerine yazdırmak suretiyle başlamıştır.

Bahse konu olan bu kaynakların tamamının başlangıçta el yazma olduğu bilinen bir gerçektir. Dolayısıyla bunlardan ancak muhafaza edilebilenler günümüze kadar intikal edebilmiş, çok daha fazlası ise sahip çıkılamadığı için ya tahrip olup tamamen okunamaz hale gelmiş ya da tarihin tozlu raflarında kaybolup gitmiştir. Değer biçilemeyecek kadar kıymetli olan bu zengin mirası ilim dünyasına kazandırmanın yolu edisyon kritik metodudur. Bu doğrultuda yapılan çalışmalar sayesinde Temel İslam bilimleri alanındaki binlerce esere bir tuşa basmakla ulaşabilir hale gelmiş bulunmaktayız.

Bu açıdan bakıldığında gerek kurucu imamlar döneminde yazılan fıkıh metinleri, gerekse Osmanlı'nın şerh ve haşiyeler döneminde kaleme alınan ve içlerinde Karabâğî'nin *Şerhu'l-Muhtâr*'ı da olmak üzere klasik eserleri ilim dünyasına kazandırmak amacıyla yapılan bu çalışmaların önemi daha iyi anlaşılabacaktır. Yazma eserlerin tahkikinin yapılarak neşredilmesi aynı zamanda geçmiş ile gelecek arasında köprü kurmak anlamına gelecek önemli bir misyonu yerine getirecektir. Binaenaleyh bu çalışmamızla zikrettiğimiz hedeflerin yanında şu sorulara cevap aramış olacağız.

Eser niçin yazılmıştır?

Eserin özellikleri ve orijinal yönleri nelerdir?

Fürû-i fıkıh içerisinde nasıl bir konuma sahiptir?

1.2. Araştırmanın Kapsamı

Çalışmamıza konu olan Hanefî mezhebine ait bu eserin edisyon kritiğinin yapılarak doğru bir metin ortaya konması ile hükümlere delil olarak zikredilen hadislerin kaynaklarına ulaşip müellifin istifade ettiği diğer kaynakların tespit edilmesi literatür kapsamında, ortaya çıkan eserin metod ve muhtevasının tanıtılarak özelliklerinin ortaya konması ise değerlendirme kapsamında ele alınacaktır.

Birinci aşama olarak niteleyebileceğimiz edisyon kritik kapsamında eserin doğru okunup yazılması sağlanacak, eserde adı geçen kaynaklarla adından hiç bahsedilmeyen fûru fıkıh kaynakları ile hadislerin tahriri yapılarak dipnotta belirtilecektir. Çalışma tek nüsha üzerinde yapılacağı için okunmasında problem olan kelime veya cümleler müellifin bizzat isim vererek alıntı yaptığı kaynaklarla veya adından hiç bahsetmeyip bizim alıntı yaptığını tespit ettiğimiz kaynaklardan karşılaştırılarak doğru okunması sağlanacaktır. Bu esnada değerlendirmeye esas teşkil edebilecek hususlar tespit edilip değerlendirilme aşamasında sistematik olarak sunulacaktır.

1.3. Araştırmanın Yöntemi

Müellifin hayatı hakkında elde edebildiğimiz nispette bilgiler derlenerek kayda geçirilmiştir. Araştırmamıza konu olan eserin başka nüshalarına ulaşamadığı için müstensih nüshası temin edilerek sadece bu nüsha üzerinde çalışılacaktır.

Eser metninin tahkiki yapılırken başta müellifin zikrettiği kaynaklar olmak üzere Hanefi fıkıh kaynakları esas alınarak en doğru metin oluşturulmaya çalışılmıştır. Eserde zikredilen ayetlerin sure isimleri ve ayet numaraları tespit edilerek dipnotta gösterilmiştir. Aynı şekilde eserde geçen hadisler başta Kütüb-i Tis’a olmak üzere diğer sünen, musannef ve hadis kaynaklarındaki yerleri tespit edilerek dipnotta gösterilecektir.

Eserin genel bir değerlendirilmesi yapılmıştır. Araştırmanın yöntemi konusu dördüncü bölümde ele alınan “*Şerhu’l-Muhtâr*”ın Tahkikinde Takip Edilen Yöntem başlığı altında detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

1.4. Abdülganî Karabâğî’nin Hayatı

Şerhu'l-Muhtâr müellifi Abdulganî Karabâğî'nin hayatı ile ilgili yapmış olduğumuz araştırmada doğum tarihi, tahsil hayatı, hocaları ve vefat tarihi ile ilgili detaylı ve kesin bilgilere ulaşamadık. Abdulganî Karabâğî, Osmanlı'nın şerh ve haşiyeler açısından en parlak dönemi diyebileceğimiz hicrî 850- 950 yılları arasında yaşadığı tahmin edilen Türk asıllı bir fıkıh âlimidir. İsminden yola çıkarak yapmış olduğumuz araştırmadan bir sonuç alamayınca değişik metodları deneyerek hayatına ulaşmaya çalıştık.

Tabakât kitaplarında önce Karabâğî'ye nispet edilen müelliflerden hareket ederek, sonra da Karabâğî nispetini kaldırıp Abdulganî isminden yola çıkarak kapsamlı bir araştırma yaptık. Netice itibariyle Karabâğî'ye nispetle Karabâğî olarak anılan âlimlerin çoğunun ya vefat tarihleri farklılık arzetymekte yahut Karabâğî nispetleri aynı olmasına rağmen isimleri uymamaktadır. Ayrıca mezkûr müelliflerin hiçbirinin eserleri içerisinde *Şerhu'l-Muhtâr* bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu yolla da Abdulganî Karabâğî'nin hayatına dair herhangi bir somut malumatı elde edememiş bulunmaktayız.

Tabakât kitaplarından yapmış olduğumuz bu araştırmanın yanında başta Prof. Dr. Mustafa BAKTİR, Prof. Dr. M. Sadi ÇÖĞENLİ, Prof. Dr. Ahmet ÖZEL gibi Osmanlı fakihleri alanında çalışmalar yapan hocalarımızla, özellikle de *el-Muhtâr* üzerine ta'likat çalışması yapan Prof. Dr. Orhan ÇEKER hocamızla yaptığımız ikili görüşmelerde de müellifin hayatıyla ilgili somut bir sonuç elde edemedik. Nitekim *el-Muhtâr* üzerinde tahkik çalışması yapan muasır âlimlerden Suriyeli Said BEKTAŞ, çalışmasının *el-Muhtâr Üzerinde Yapılan İlmî Çalışmalar* bölümünde, *el-Muhtâr* üzerine yapılan onbeş şerhi müellifleri ile birlikte tanıtmış, bu çalışmaları yapanlardan birisi olan Abdulganî Karabâğî'den bahsederken sadece adını ve eseri *Şerhu'l-Muhtâr*'ın ismini vermekle yetinmiştir.¹ Karabâğî'nin vefat tarihi ile ilgili olarak da eserin sonunda müstensih tarafından istinsahın bitiriliş tarihi olarak belirtilen h.959 'u esas alıp bu tarihten önce vefat ettiği bilgisini vermiştir.

Eserin nüshaları konusunda ise Kayseri Raşit Efendi Kütüphanesini adres göstererek müellifin hayatına dair herhangi bir malumat vermemiştir. Bu doğrultuda Said Bektaş'la yapmış olduğumuz görüşmede çalışmamız hakkında bilgi verip müellifin hayatı hakkında malumat sorduğumuzda kendisinin de müellif hakkında herhangi bir bilgiye ulaşamadığını beyan etmiştir.

¹ Abdullah b. Mesud Mevsilî, *el-Muhtâr li'l-Fetvâ*, thk. Said Bektaş, Dârü's-Sirac, Medinet'ül-Münevvere 2012. s.37.

Yapmış olduğumuz bu araştırmalar neticesinde Abdulganî Karabâğî'nin hayatı ile ilgili kesin veriler elde edememiş olsak da çok önemli ipuçlarına ulaşmış bulunmaktayız. Kayseri Raşit Efendi El Yazma Eserler Kütüphanesinde uzun yıllar müdür olarak çalışmış, önce Raşit Efendi Kütüphanesindeki el yazma eserlerin kataloğunu daha sonra da içerisinde bulunan yaklaşık üçyüzellibin mahtût eseri müellifiyle birlikte tanıttığı Dünya Kütüphanelerindeki el yazma eserler hakkında “*Dünya Kütüphanelerinde Mevcut İslâm Kültür Tarihi İle İlgili Eserler Ansiklopedisi*” adıyla çok hacimli bir eser yazan Ali Rıza Karabulut (ö.2009), Abdulganî Karabâğî'yi tanıtırken şöyle demiştir: ولعله ابن أبي القاسم القره حصارى “tahminen O (yani Abdulganî Karabâğî), Ebu'l-Kâsım el-Karahisârî'dir.”² Karabulut'un bu tezini de gözönünde bulundurarak Abdulganî Karabâğî'nin hayatı, özellikle Karahisârî ile aynı kişiler olup olmadığını tespit etmek amacıyla detaylı bir araştırma yaptık. Neticede Karabâğî hakkında herhangi bir bilgiye ulaşamadığımız gibi onun Karahisârî olduğu iddiasının iki sebepten mümkün olmadığı kanaatine ulaştık.

Birincisi, Abdulganî Karabâğî'nin Ebu'l-Kâsım Karahisârî'den sonra yaşamış olmasıdır. Karahisârî'nin ölüm tarihi tahmini hicrî 730 dur.³ Karabâğî'nin vefat ve ölüm tarihiyle ilgili kesin bilgiye sahip olmadığımızı ifade etmiştik. Ancak tahkik esnasında *Şerhu'l-Muhtâr*'ı baştan sona okuyunca içerisindeki bazı bilgilerden hareketle yapmış olduğumuz değerlendirmeler Karabâğî'nin h. 850-950 tarihleri arasında yaşadığını ortaya koymaktadır. Nitekim Abdulganî Karabâğî, tahkikini yapmış olduğumuz *Şerhu'l-Muhtâr* isimli eserinde “*Kitâbü'n-Nikâh*” bölümüne kadar olan kısmı birinci cilt olarak nitelendirmiş ve bölümün sonunda eserin bu cildini bitirdiği tarihi zikrederek şu bilgileri vermiştir:

تم المجلد الأول بعون الله تعالى وحسن توفيقه قُبِّلَ ظهر يوم عرفة من سنة تسع وثمانين وثمانمائة من الهجرة النبوية

“Allah'ın yardım ve inayeti ile birinci cildin yazma işi, hicrî 889 yılı arefe günü öğleye doğru bitmiştir.”⁴

² Ali Rıza Karabulut, *Dünya Kütüphanelerinde Mevcut İslam Kültür Tarihi İle İlgili Eserler Ansiklopedisi*, Mektebe Yayınları, Kayseri, ts. III. 1811.

³ Ömer Rıza Kehhale, *Mu'cemü'l-Müellifin*, Müessesetü'r-risâle, yy. 1993.IV.103. (h.717 tarihinde hayattaydı)

⁴ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk.164a.

Bu sözlerin müstensih'e ait olma ihtimali ise neredeyse mümkün değildir. Zira müstensih Cami b. Bâyezid eserin sonunda kendi ismini zikrederek vermiş olduğu bilgide şöyle der:

تم الكتاب بعون الله الملك الوهاب على يد أضعف العباد جامي بن بايزيد غفر الله له ولوالديهما وأحسن إليهما وإليه

المرجع والمآب في تاريخ سنة 959

“Kitabın istinsahı, Melik ve Vahhâb olan Allah’ın inâyeti ile kulların en zayıfı olan (ki Allah O’na ve anne babasına rahmet eylesin) Câmi b. Bâyezid eliyle h.959 tarihinde tamamlanmıştır. Dönüş sadece O’nadır.”⁵

Bu önemli bilgiler ışığında eserin birinci cildini yazma işinin h.889 tarihinde bittiği anlaşılmaktadır. Kitabın tamamının istinsah edilme işinin bittiği tarih ise müstensih Câmi b. Bâyezîd tarafından eserin sonunda h.959 olarak belirtilmiştir. Her iki tarihi bilginin yani birinci cildin sonunda verilen h.889 tarihi ile eserin sonunda verilen h. 959 tarihlerinin müstensih'e ait olma ihtimali ise çok uzaktır. Çünkü iki tarih arasında 69 sene gibi uzun bir süre vardır ki bir eserin birinci cildi ile ikinci cildinin istinsahının bu kadar uzun sürede yapılması düşünülemez. Demek ki müellifimiz Abdulganî Karabâğî h.889 yılında henüz hayatta idi. Bu veriler Abdulganî Karabâğî’nin, vefat tarihi yaklaşık h.730 olarak verilen Hattâb b. Ebu’l-Kâsım Karahisârî ile aynı zâtlar olma ihtimalini tamamen ortadan kaldırmaktadır.

İkinci hususa gelince, Karahisârî’nin *el-Muhtâr* üzerine yapmış olduğu şerh incelendiğinde Karabâğî’nin şerhiyle benzer yönleri olsa da tamamen farklı olduğu görülür.⁶ Eseri tanıtırken fıkıh kaynakları bölümünde de belirttiğimiz gibi Karahisârî’nin *Muhtâr* şerhi Karabâğî’nin önemli kaynaklarından.

Bu itibarla, şayet Ali Rıza KARABULUT’un iddia ettiği gibi Karabâğî ile Karahisârî aynı kişiler olsaydı, üzerinde çalışma yaptığımız *Şerhu’l-Muhtâr*’la, bir nüshasını temin ederek zaman zaman karşılaştırma yaptığımız Karahisârî’nin *Şerhu’l-Muhtârı*’nın da aynı olmaları iktiza ederdi. Oysa tetkik edildiği zaman Karahisârî’nin şerhi ile Karabâğî’nin şerhlerinin tamamen farklı oldukları görülür. Hatta Karahisârî’nin eseri, şerhten ziyade bir hâşiyeyi andırmaktadır. Çünkü Karahisârî eserinde *Muhtâr*

⁵ Abdulganî Karabâğî, *Şerhu’l-Muhtâr*, Raşit Efendi Kütüphanesi, Kayseri, nr.412, vrk.283b.

⁶ Hattâb b. Ebu’l-Kâsım el-Karahisârî e’r-Rûmî, *Şerhu’l-Muhtâr*, Millet Devlet Kütüphanesi, Cârullah, nr.712.

metnini şerhedeceği zaman قوله “müellifin şu sözü...” ifadesini kullanarak sadece ihtiyaç duyduğu yerleri şerhetmiştir. Dolayısıyla zikretmiş olduğumuz bu iki sebepten dolayı Ali Rıza Karabulut’un, Abdulganî Karabâğî ile Ebu’l-Kâsım Karahisârî’nin aynı kişiler olduğu iddiasının isabetli olması mümkün gözükmemektedir. Kanaatimizce Ali Rıza Karabulut da tabakat kitaplarında yapmış olduğu araştırma neticesinde herhangi bir bulguya ulaşamayınca böyle bir ihtimali gündeme getirmiştir.

Şayet Karabâğî’nin eseri *Şerhu’l-Muhtâr*’ını başından sonuna kadar okumuş olsaydı bizim biraz önce sunduğumuz bu tarihi bilgiler Karabulut’un böyle bir iddiada bulunmasına imkân vermezdi.

Karabâğî’nin eserinde sürekli olarak Buhâra, Semerkant, Belh gibi şehirlerden bahsetmesi ve bazı örnekleri de bu bölgelerden veriyor olması onun bu coğrafi bölgede yaşamış olduğunu göstermektedir.⁷

Netice itibariyle bu kadar önemli bir eseri yazmış olan bir âlimin sadece eserinin mukaddimesinde ismini vererek başka hiçbir yerinde kendisinden bahsetmemiş olmasını müellifin engin tevazuundan olduğunu söyleyebiliriz.

1.5. *el-Muhtâr*’ın Önemi ve Şerhleri

Hanefî mezhebinin kurucusu Nûman b. Sâbit Ebû Hanîfe (ö.150), muhîtinde karşılaşılan meseleler ve kendisine yöneltilen sorularla ilgili olarak hayatı boyunca birçok ictihadda bulunmakla birlikte bunları yazmadığı gibi ictihad metodunu açıkladığı herhangi bir kitap da kaleme almamıştır. Ebû Hanîfe fikhî meseleleri ictihad ehlinde oluşan talebeleri ile birlikte tartışıyor, ortaya çıkan sonuçları da onlara yazdırıyordu. Bu şekilde bir taraftan Hanefî mezhebinin çeşitli konularla ilgili görüşleri toplanırken bir taraftan da ortaya çıkan ictihadların belli kitap ve bab başlıkları altında bir araya getirilerek tasnif ve tedvini sağlanıyordu.⁸ Ebû Hanîfe’den (ö.150) sonra gelen talebeleri Ebû Yusuf (ö.182), Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî (ö.189) ve Züfer b. Hüzeyl (ö.158) gibi önde gelen talebeleri de bu geleneği devam ettirerek hocalarının görüşleriyle birlikte kendi görüşlerini de imlâ ettirerek talebelerine aktarmayı

⁷ Karabâğî, kabirlerin lahd şeklinde olması konusunda görüşünü belirttikten sonra bu uygulamanın Buhârâ’da tatbik edilen bir uygulama olduğundan bahseder. *Şerhu’l-Muhtâr*, vrk.38a; Yine alışveriş bölümünde dirhem ve dinardan bahsederken Buhâra dirhemi veya Semerkand dirhemi gibi örnekler vermektedir. *Şerhu’l-Muhtâr*, vrk. 67b.

⁸ Hanefî Mezhebi ve literatürü hakkında geniş bilgi için bkz. Ali Bardakoğlu, *DİA*. “Hanefî Mezhebi” XXVI, 1-21; Ahmet Özel, *DİA*. “Hanefî Mezhebi Literatür” XXVI, 21-26.

sürdürmüşlerdir. Böylece Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin (ö. 189) derlediği, kendisinden tevâtür ve şöhret yoluyla nakledildikleri için “*zâhirü'r-rivâye*” olarak bilinen *el-Asl (el-Mebsût)*, *ez-Ziyâdât*, *el-Câmiu'l-Kebîr*, *el-Câmiu's-Sağîr*, *es-Siyerü'l-Kebîr* ve *es-Siyerü's-Sağîr* adlı eserler Hanefî fıkhnın en güvenilir kaynaklarını oluşturmuşlardır. Şeybânî'nin âhad yolla rivâyet edildikleri için “*Nâdirü'r-Rivâye*” diye anılan ve Ebû Yûsuf'un başta *Kitâbü'l-Harâc*'ı olmak üzere bugüne ulaşan birkaç kitabı da Hanefî literatürünün oluşmasında önemli katkısı bulunan ilk eserlerdir.

Abbasîler döneminde Hanefî fıkhnın geniş bir coğrafyaya yayılması ve nüfuz kazanmasından sonra mezhep görüşlerini özetle, delillere yer vermeden ele alan birtakım muhtasar metinler yazılmaya başlanmıştır. Bu muhtasar metinler zaman içinde birçok âlim tarafından şerhedilmiş, daha sonraki âlimlerin görüş ve fetvalarını da içeren fetâva, nevâzil ve vâkîât kitapları ile fıkıh sahasında zengin bir literatür oluşmuştur.

Hanefî mezhebinde el kitabı mahiyetinde yazılan ilk kitap olan Ebû Cafer et-Tahâvî'nin (ö.321) *el-Muhtasar*'ı, Hâkim eş-Şehîd'in (ö.334) *el-Kâfî*'si, Şemsüleimme es-Serahsî'nin (ö.490) adı geçen eseri şerhederek yazmış olduğu *el-Mebsût*'u, bu dönemin en hacimli eserlerindendir.

Kudûrî'nin (ö.428), Hanefî mezhebinin en meşhur el kitaplarından biri olan *el-Muhtasar*'ı, Semerkandî'nin (ö.539) *Tuhfetü'l-Fukahâ*'sı ve Semerkandî'nin talebesi olan Kâsânî'nin (ö.587) *Bedâiü's-Sanâi*' ve Merginânî'nin (ö.593) *el-Hidâye*'si de bu dönemde en çok rağbet gören eserlerdendir.

Müteahhirîn devri Hanefî âlimleri arasında şöhret bulan iki metin vardır. Bu metinlerden biri Muzafferüddin İbnü's-Saatî'nin (ö.694) *Mecmau'l-Bahreyn* adlı eseridir. Diğeri de Abdullah b. Mahmûd el-Mevsîlî'nin (ö.683) *el-Muhtâr*'ı olup Ebû Hanîfe'nin görüşleri esas alınarak yazılmış bir muhtasardır. *el-Muhtâr* halka fıkı en kolay yoldan anlatmak için yazılmış bir metindir. Eser yine müellif tarafından *el-İhtiyâr li'ta'lîli'l-Muhtâr* adıyla şerh edilmiştir. Bu şerhte, özellikle sık sık karşılaşılan bazı meselelerin ilavesi yanında Hanefî imamları arasındaki görüş ayrılıklarına ve fikhî ta'lillere de yer verilmiş, ihtilaflı konularda fetvaya esas olan görüşe yer yer işaret edilmiştir.

el-Muhtâr, Hanefî fıkında önemli bir konuma gelip güvenilen bir kaynak olunca birçok âlim onunla yakından ilgilenmiş, daha iyi anlaşılması için onun üzerine şerhler yazmıştır. *El-Muhtâr* üzerine yapılan şerhleri şöyle sıralayabiliriz.

(1) **el-İhtiyar li'ta'lîlî'l-Muhtar:** Müellif Mevsilî'nin bizzat kendisinin yazmış olduğu orta hacimli bir eser olan bu şerh defalarca basılmıştır. İlk baskısı ise Mahmud Ebû Dakîka (ö. 1355) gözetimindeki Halep baskısıdır. Bu baskı daha sonra Ezher Matbaası tarafından h. 1372 yılında yeniden neşredilmiştir.⁹

(2) **et-Tevcîh li'Şerhi'l-Muhtâr:** Mevsilî'nin talebesi olan Cemâlettin Ebû İshâk İbrâhîm b. Ahmed el-Mevsilî el-Hanefî (ö. 700) tarafından yapılmıştır.

(4) **Şerhu'l-Muhtâr:** Hattâb b. Ebu'l-Kâsım el-Karahisârî (ö.730). Karahisârî'nin yazmış olduğu bu eser daha çok bir haşiye konumundadır. Zira bütün cümleler şerh edilmemiş olup müellif ihtiyaç duyduğu yerleri "كذا قوله" sözüyle şerh etmiştir.

(5) **Şerhu'l-Muhtâr:** Tebyînü'l-Hakâik sahibi Fahrud-dîn Osmân b. Ali ez-Zeylaî (ö. 743) tarafından yazılmıştır.

(6) **Et-Tahrîr, Muhtasarü'l-Muhtâr:** Ebu'l-Abbâs Ahmed b. Ali b. Mansûr ed-Dımişkî (ö. 782) tarafından yazılmış olup tamamlanamamıştır.¹⁰

(7) **Nazmü'l-Muhtâr:** Tâcü'd-Dîn Abdullah b. Ali es-Sincârî (ö. 800).

(8) **Şerhu'l-Muhtâr:** Şemsü'd-Dîn eş-Şübrüsî el-Hanefî Muhammed b. el-Hasen b. Ali eş-Şazelî (ö.847).

(9) **Şerhu'l-Muhtâr:** Emîr Hâc Muhammed b. Muhammed el-Halebî (ö. 879).

(10) **Şerhu'l-Muhtâr:** el-Allâme Kâsım Kutluboğa (ö. 879).

(11) **et-Ta'rîf ve'l-İhbâr bi'Tahrîci Ehâdisi'l-İhtiyâr Şerhü'l-Muhtâr:** el-Allâme Kâsım Kutluboğa (ö. 879). Kutluboğa bu çalışmasında çoğunlukla Zeylaî'nin *Nasbu'r-Ra'ye*'sinden de yararlanarak el-İhtiyâr'da geçen hadislerin tahricini yapmıştır.

(12) **Şerhu Kitâbi'l-Ferâiz mine'l-Muhtâr:** Zeynü'd-Dîn Ebû Muhammed Abdu'r-Rahmân b. Ebû Bekir el-Aynî el-Hanefî (ö. 893)

(12) **Feyzü'l-Gaffâr fî Şerhi'l-Muhtâr:** Muhammed b. İbrâhîm b. Ahmed es-Semedisî (ö. 932).

(13) **el-İsâr lihalli'l-Muhtâr:** Çivizâde diye bilinen İmam Muhyî'd-Dîn Muhammed b. İlyâs eş-Şehîd' e (ö. 953) ait nefis bir şerhtir.

⁹ Mevsilî eserinin önsözünde bu şerhi niçin yazdığını şöyle izah eder: "...*el-Muhtâr* elden ele yayılıp fakihler onunla meşgul olmaya başlayınca fıkıh talebeleri benden *el-Muhtâr*'daki meselelerin mana ve illetlerine işaret eden, kendisine ihtiyaç duyulan fer'î konuları açıklayan, Hanefî mezhebindeki ihtilafları ortaya koyan bir şerh yazmamı istediler... Ben de bu isteklerine cevap olarak "*el-İhtiyâr li'ta'lîlî Muhtâr*" ismini verdiğim bir şerh yazdım". Abdullah b. Mahmud el-Mevsilî, *el-Muhtâr li'l-Fetvâ*, thk. Said Bektaş, Dârü's-Sirac, el-Medinetü'l-Münevvere, 2012. s. 25-27.

¹⁰ Hâcî Halîfe, Mustafa b. Abdullah, *Keşfu'z-Zunûn an Esâmî'l- Kutubi ve'l- Funûn*, Dârü'l-Fikir, Beyrut 1999. II, 514.

(14) *el-İsâr Şerhu'l-Muhtâr*: Yunus b. Muhyi'l-Kaysarî es-Sadrî.

(15) *Şerhu'l-Muhtâr*: 359 varaktan oluşan, her sahifede 17 satır bulunan ve 872 tarihinde yazılmış olan bu nüshanın müellifi bilinmemektedir. Bu nüshanın bir sureti Ümmü'l-Kurâ üniversitesi İlmî Araştırmalar Merkezinde 384 nolu kayıta bulunmaktadır.¹¹

(16) *Şerhu'l-Muhtâr*: Abdulganî Karabâğî, (ö. 959'dan önce).

Ayrıca, Muhammed Zeynüddin Abdurrahman b. Ebu Bekir el-Aynî (ö. 893) eserin *ferâiz* bölümünü şerh etmiştir. Celal Yeniçeri, *el-Muhtâr'ı*, Mehmet Keskin de *el-İhtiyâr'ı* Türkçeye tercüme etmişlerdir. Orhan Çeker ise *el-Muhtâr* üzerine bir talik çalışması yapmıştır.

¹¹ el-Mevsilî, *el-Muhtar li'l-Fetva* thk. Said Bektaş, s. 34.

BÖLÜM II

ŞERHU'L-MUHTÂR'IN YAZILIŞ NEDENİ, MUHTEVASI VE ÖZELLİKLERİ

2.1. Şerhu'l-Muhtâr'ın Yazılış Nedeni

Hanefi literatüründe çok önemli bir konuma ulaşmış ve daha sonra bizzat musannif tarafından şerh edilmiş olan böyle bir fıkıh metnine, müellifin şerhine rağmen Abdulganî Karabâğî'nin yeni bir şerh yazmaya teşebbüs etmesi, onun bu girişimini makul gerekçelere dayandırma zarureti de beraberinde getirmiştir. Nitekim Karabâğî bu gerekçeyi iki önemli sebep belirterek izah eder.

Birincisi, *el-İhtiyâr*'da bulunan uzun açıklamalar yerine daha muhtasar bir şerh vücuda getirmek, ikincisi de konuların sunumunda takdim ve te'hirler yaparak daha sistematik bir eser ortaya koymaktır.

Karabâğî *Şerhu'l-Muhtâr*'ı niçin yazdığını eserin mukaddimesinde şöyle açıklamaktadır: “Büyük âlimlerin ve fazilet sahibi kimselerin katıldığı ilim meclislerinden bir mecliste bulunmuştum. Onlar kendi aralarında, ilmî meseleleri müzakere ederlerken ilmî konuların silinip gittiğinden ve ilim adamlarının azalmaya başladığından söz ediyorlardı. Bu konuya fıkıh ilmini de dahil ederek, fıkıh ilminin temelden sarsıldığını dile getiriyorlardı. Sonra onlardan birisi, benim fıkıh konusunda yed-i tûlâ (maharet) sahibi olduğumu iddia ederek bana iltifatta ve hüsnü zanda bulundu. Ben:

“Bazı zanlar günahtır, benim ismimden başka bir şeyim yoktur” deyince o kişi bana, “Benim inancım odur ki, bunu terk etmen sana yakışmaz. İnsanların gayretleri dağları yerinden oynatır. Fıkıh alanında bir ışık yakarsan, hakikate giden yola bir alamet de sen koymuş olursun” dedi ve ulemâ katında kabul gören ve birçok önemli meseleleri ihtiva eden *el-Muhtâr* kitabına şerh yazmamı işaret etti. Zira *el-Muhtâr*'ın meselelerini açıklayan, onun delillerinin yorumları üzerindeki kapalılığı gideren bir şerhin mevcut olmadığını, musannif el-Mevsılî'nin şerhetmiş olduğu *el-İhtiyâr* isimli şerhin ise lafızların ve manaların beyanına yer vermekte kafi ve vafi olmakla birlikte, şerhin tertip ve düzeninde bazı meselelerde takdim ve tehirlerin bulunduğu, bazı delillerde kısaltma

(icaz) yoluna gidilirken bazılarında da uzatmalar yapıldığı hususlarında tenkitlerini ifade ederek zor da olsa bu işe koyulmam gerektiğini söyledi. Ben de istişare ve istihareden sonra Allah'tan mağfiret talep ederek, okuyuculardan hata ve nisyanlarımı düzeltmelerini umarak ve onlardan amellerin Allah'a arz edileceği günde fayda verecek dualarını bekleyerek onun bu talebine cevap verdim ve şerhe başladım...”¹²

2.2. *Şerhu'l-Muhtâr*'ın Muhtevası

Mevsılî'nin *el-Muhtâr*'ı üzerine yazılmış olan yaklaşık onbeş şerhten biri de Karabâğî'nin yazmış olduğu *Şerhu'l-Muhtâr* isimli eseridir. Hanefi mezhebinde yazılmış diğer fıkıh kitapları ile karşılaştırdığımızda *Şerhu'l-Muhtâr*'ın daha küçük hacimli muhtasar bir fıkıh kitabı olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim kendisi de *Şerhu'l-Muhtâr*'ın mukaddimesinde kitabı yazma nedenini açıklarken Mevsılî'nin şerhinin bazen gereksiz açıklamalar ihtiva ettiğinden bahsetmekte, dolayısıyla kendi şerhinin daha vecîz olacağı iddiasında bulunmaktadır.

Ferâiz (miras hukuku) hariç fıkıhın bütün konuları kitapta mevcuttur. Ferâiz kitabını niçin eserine almadığına dair herhangi bir açıklama yapmamıştır. Ancak şerh ve hâşiyeler dönemi olarak nitelendirebileceğimiz bu dönemde ferâizle alakalı müstakil risale ve kitaplar yazıldığı için birçok Hanefî fıkıh kitabında ferâiz bölümü bulunmamaktadır.¹³ Mesela Sirâcî'nin¹⁴ ferâiz konusunda yazmış olduğu *Sirâciyye'si* bunun en güzel örneklerindendir.

Şerhu'l-Muhtâr'a mukayeseli bir fıkıh kitabı diyebiliriz. Çünkü *Şerhu'l-Muhtâr*'da, genelde Hanefi ve Şafii, bazen de Mâlikî mezheplerinin görüş ve gerekçeleri, özelde ise Hanefî mezhebinin imamları arasındaki görüş ve gerekçe farklılıkları ele alınmaktadır. Bu anlamda *Şerhu'l-Muhtâr*'ı, Hanefî mezhebinin görüşlerini esas alarak Şâfiî mezhebinin görüşleriyle karşılaştıran, aynı zamanda da hükümlerin delillerini zikreden müdellel bir fıkıh kitabı olarak tanımlayabiliriz.

2.3. *Şerhu'l-Muhtâr*'da Konuların İşleniş Tarzı, Tertibi, Özellikleri

¹² Karabâğî, *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 2a.

¹³ Ferâizi kitabına almayan tek müellif Karabâğî değildir. Nitekim Hanefi mezhebinin en şöhretli kitabı olan *Hidâye*'de ve *Hidâye*'nin meselelerini özetleyerek muhtasar hale getiren *Vikâye*'de de bu bölüm yoktur.

¹⁴ Muhammed b. Muhammed es-Secâvendî'nin (ö. 596) Ferâiz ilmine dair müstakil olarak telif ettiği risalesidir.

2.3.1. Konuların İşleniş Tarzı ve Konuların tertibi

İmam Muhammed'in (ö. 189) kitaplarından sonra elimizde bulunan en eski Hanefi fıkhi metinleri, yine *Zâhirü'r-Rivâye* adıyla bilinen İmam-ı Muhammed'in eserlerini özetleyen kitaplardır. Müelliflerin muasır olduğu *Muhtasar*'ların ilki Tahâvî'ye¹⁵ (ö. 321), ikincisi Hâkîm eş- Şehîd'e (ö. 334), üçüncüsü ise Kerhî'ye (ö. 340) aittir. Tahâvî'nin *Muhtasar*'ı Cassâs (ö. 370) tarafından, Hâkîm eş- Şehîd'in *Muhtasar*'ı Serahsî (ö. 490) tarafından, Kerhî'nin *Muhtasar*'ı ise Kudûrî (ö. 428) tarafından şerh edilmiştir.¹⁶ Tamamı hicri IV. asra ait olan bu muhtasarların, konuları işlerken takip ettikleri metot kendinden sonraki Hanefi metinlerini etkilemiş, işlenen konuların çeşidi bakımından aralarında büyük farklar olmasa da tertibi bakımından bir takım farklar söz konusu olmuştur.

Hanefi fıkıh kitaplarının konu tertibinde dikkate değer en önemli farklılık, nikâh ile bey' (alış-veriş) konularının işleniş yerleridir. *Şerhu'l-Muhtâr*'ın da içinde bulunduğu Kerhî ve Tahâvî'nin *Muhtasarlari*, *Kudûri*, *el-Muhtâr*, *Mecma'u'l-Bahreyn* gibi kitaplar, ibadet konularından hemen sonra bey' konusunu ele almış, nikâhla ilgili konuları ise daha sonra ele almışlardır. Yukarıda sayılan kitapların aksine, İmam Muhammed'in *el-Câmiu's-Sağîr* ve *el-Câmiu'l- Kebîr* kitapları başta olmak üzere, Hâkîm eş-Şehîd'in *Muhtasari*, *Bedâi*, *Hidâye*, *Kenz* ve *Dürerü'l-Hukkâm* gibi kitaplar ise ibadet konularından hemen sonra Nikâh konusunu ele almış bey' konusunu ise daha sonra işlemişlerdir. İbnü-Hümmâm (ö. 861) bu tercihin gerekçesini şöyle açıklar: "Nikâh, ibadete diğer konulardan daha yakındır. Öyle ki nikâhla iştigal etmek sırf ibadet maksadıyla inzivaya çekilmekten daha faziletlidir. Bu nedenle de *Hidâye* sahibi nikahı ibadet konularının hemen peşi sıra zikretmiştir."¹⁷

Abdulganî Karabâğî de kendisine kadar gelen hanefî fakihlerin bu geleneğini bozmayıp ibadet bölümünden sonra alışveriş konusunu ele alarak nikah konusunu daha sonra işlemiştir.

¹⁵ Tahâvî, Hâkîm ve Kerhî muasır olsalar da, özellikle de kurucu imamların kitapları olmak üzere Hanefî mezhebine büyük hizmetler yapmış Ebu'l-Vefâ el-Afgânî, Tahâvî'nin *Muhtasar*'ının diğer iki *Muhtasar*'dan önce olduğunu söylemiştir. Bkz. *Muhtasar-ı Tahâvî* mukaddimesi, Lecnetu İhyâ el-meârifî'un- Nu'mâniyye, Haydarabad 1370, s. 5.

¹⁶ Anılan şerhlerin en meşhuru olan Serahsî'nin *el- Mabsût*'u uzun yıllar önce, Cassâs'ın şerhinin tamamı ise 2010 yılında güzel bir tahkikle 8 cilt olarak basılmıştır. Bu şerhlerden en şansız diyebileceğimiz Kudûrî'nin şerhi ise bir kısmı Necmeddin Güney tarafından olmak üzere yüksek lisans tez olarak tahkik edilmiş ancak maalesef henüz basılmamıştır. Konya, 2006.

¹⁷ İbnü'l-Hümmâm, *Fethu'l- Kadîr*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2009. III, 176. Benzer gerekçeler için bkz. İbn Nüceym, *el-Bahrü'r- Râ'ik*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1997. III, 136.

Karabâğî geleneksel fıkıh anlayışını sürdürerek kendisinden önceki kitaplardaki nakilleri tahkik etmeden eserine almayı tercih etmiştir. Abdesti bozan şeyler bölümünde Hanefîlere göre kusmanın abdesti bozacağı hükmünü delilleriyle birlikte anlattıktan sonra, Şafiîlere göre kusmanın abdesti bozmayacağını söyleyip delillerinin de şu hadis olduğunu iddia eder:

روي عن النبي عليه السلام أنه قاء فلم يتوضأ

“Kustuğu halde abdest almadığı Peygamber (a.s)’den rivayet edilmiştir.”

Ancak yapmış olduğumuz araştırmada bu hadisi hadis kaynaklarında bulamadık. Zeylaî bu hadis için “garîb” ifadesini kullanmıştır.¹⁸ Bazı muhakkikler de bu hadis için Şâfiî’nin *el-Ümm*’ünü kaynak göstermişlerse de mezkûr hadis *el-Ümm*’de de bulunmamaktadır.

Konular işlenirken hemen bütün klasik fıkıh kaynaklarında olduğu gibi önce ünite diyebileceğimiz konu (كتاب) kitap olarak ele alınmış, ardından ferî konular (فصل) ünite diyebileceğimiz konu (كتاب) kitap olarak ele alınmış, ardından ferî konular (فصل) ünite diyebileceğimiz konu (كتاب) kitap olarak ele alınmış,

başlığı altında verilmiştir. Fasıllardan sonra da (باب) ifadesiyle ana konunun alt başlıkları ele alınmıştır.

Örneğin, diğer fıkıh kitaplarında olduğu gibi *Şerhu’l-Muhtâr*’da ilk konu “*kitâbu’-tahâret*” (temizlik kitabı) ana başlığı altında verilmiş, ardından buna bağlı konular “faslu sü’ri’l-âdemiyyi ve’l-feres” (insan ve atların artığı bölümü), “faslu’l-gusl” (gusül bölümü), “faslu’l-mâ” (su ile ilgili hükümler bölümü), “bâbu’t-teyemmüm” (teyemmüm bölümü), “bâbu’l-mesh” (mestler üzerine mesh), bâbu’l-hayz (hayz bölümü) şeklinde sıralanmıştır. Aynı durum “*kitâbu’s-salât*” ve diğer bölümler için de geçerlidir.

Şerhu’l-Muhtâr’da hangi konu işleniyorsa öncelikle o konuya ana başlık olan kavramın lügat anlamı verilmiş, bazen bunu desteklemek üzere şiiirlerden delil getirilmiş, daha sonra da bu kavramın ıstılah tarifi yapılmıştır.¹⁹ Konunun önemi

¹⁸ Fahrettin Osman b. Ali ez-Zeylaî, *Nasbü’r-Râye Tahrîcû-ehâdîsi’r-Rivâye*, thk. Eş-Şeyh Ahmed, Dârü’l-Mektebeti’l-İlmiyye, Beyrut 1996, I, 84.

¹⁹ Teyemmüm konusu işlenirken تیمم kelimesinin yönelmek anlamına geldiğini söyledikten sonra bu manayı şiiirden istişhad ederek delillendirir: وهو في اللغة القصد قال الشاعر: إذا يمت أرضا (Şerhu’l-Muhtâr, vrk.7a).

doğrultusunda yapacağı açıklama ve yorumlara alt yapı teşkil edecek şekilde izahlar yapılarak konunun âyetten ve hadisten delilleri zikredilip istidlal yönünün açıklanmış olması da *Şerhu'l-Muhtâr*'ın özelliklerindendir.²⁰

Elimizdeki mevcut *el-Muhtâr* metinlerinde, Şâfiî gibi mezhep dışı müçtehit; Züfer, Ebû Yusuf ve İmam Muhammed gibi mezhepte müctehid olan imamların muhalefetini gösteren birtakım rûmuzlar konmuştur.²¹ Ancak bu rûmuzlar Karabağı'nın *Şerhu'l-Muhtâr*'ında, Karahisârî'nin (ö. 730) *Muhtâr şerhinde* ve Çivizâde'nin (ö. 953) *el-İsâr li'Halli'l-Muhtâr* isimli şerhlerinde bulunmamaktadır. Karabâğî, *Şerhu'l-Muhtâr*'ın ilk sayfasında bir fihrist içinde kitâb, fasıl ve bab başlıklarını varak numarasıyla birlikte vermiştir.

Şerhu'l-Muhtâr içerisinde bazı kısaltmalar bulunmaktadır. Bu kısaltmalar ve açılımları şunlardır:

مع: محال

رحم: رحمه الله

عم: عليه السلام

أبوح: أبو حنيفة

رض: رضي الله عنه

ح: حينئذ

ردح: رمي الحجر، الذبح، الحلق

ق: أحق

²⁰ Namaz konusuna giriş yapılırken bu metod takip edilmiştir. Önce namazın önemi, hangi delillerle farz olduğu, inkâr edenin dinden çıkacağı, farziyyet sebebi, salat kelimesinin sözlük anlamı, beş vakit namazın istidlal yönü izah edilmiştir. Karabâğî, *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 9b.

²¹ Mevslî Ebû Hanife'ni görüşlerini yansıtan *el-Muhtâr*'da, س harfi ile Ebû Yusuf'un, ه harfi ile İmam Muhammed'in, م harfi ile Ebû Yusuf ve Muhammed'in, ز ile İmam Züfer'in, ف harfi ile de İmam Şafii'nin muhalefetinin olduğunu belirtmiştir. Fakat okuyucu bu rumuzlarla sadece muhalefetin varlığını anlamakta, muhalefetin ne olduğuna vakıf olamamaktadır.

2.3.2. Karabâğî'nin Mevsilî'ye İtiraz Ettiği Noktalar

Karabâğî'nin konuları işlerken en dikkat çeken yönlerinden biri zaman zaman metin müellifi Mevsilî î'yi (ö. 683) tenkit etmesidir. Bu tenkidi bazen arapça gramer yönünden yaparken bazen de doğrudan metin ve mana açısından yapmaktadır. Mevsilî'ye yönelttiği eleştirileri;

“Musannifin ibaresi eksiktir”

عبارة المصنف رحمه الله قاصرة

“Musannifin ibaresinde problem vardır”

في عبارة المصنف رحمه الله نظر

gibi ifadeler kullanarak yapmıştır. Karabâğî'nin *Şerhu'l-Muhtâr*'da Mevsilî'ye yaptığı eleştirileri ve bu eleştirilerin mahiyetini birkaç örnekle izah etmek konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

Örnek1: Karabâğî *Şerhu'l-Muhtâr*'ın “Kitâbü'l-Hac” bölümünde ziyaret tavafının yapılışını anlatırken Musannifin *el-Muhtâr* metninde kullandığı,

وان لم يكن طاف للقدوم رمل وسعى

“Şayet hacı, kudüm tavafı yapmamışsa remel ve sa'y yapar” şeklindeki ifadesini tenkit ederek şöyle der:

قلت في أداء المصنف رحمه الله فتور وفي عبارته قصور

“Ben derim ki musannifin bu cümlesinde problem, ibaresinde de eksiklik vardır. Musannif bu cümleyi:

فان لم يرمل في طواف القدوم ولم يسع بين الصفا والمروة بعده يرمل فيها ويسعى بعدها

“...şayet hacı kudüm tavafında remel yapmamış ve tavaftan sonra da Safâ ile Merve arasında sa'y yapmamışsa ziyaret tavafında remel yapıp tavaftan sonra da sa'y yapar” şeklinde söyleseydi “cümle daha doğru olurdu.”²² Karabâğî'nin eleştirisi

manayı çok fazla etkilemese de cümlenin yapısıyla alakalıdır. Görüldüğü gibi Karabâğî'nin çözüm olarak ileri sürdüğü cümle, maksadı ifade etmesi bakımından daha isabetlidir.

²² *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 59b.

Örnek 2: Mevsilî “Salat” bölümünde kible yönünü bilmeyen kişinin namazı nasıl kılması gerektiğini anlatırken “kıblenin ne yönde olduğunu bilmeyen kimse, kibleyi araştırarak namazı kılsa, sonra da hata etmiş olduğunu anlasa namazı iade etmez” dedikten sonra,

وإن صلى بغير اجتهاد فأخطأ أعاد

“Ancak araştırma yapmadan kılsa sonra hata ettiğini anlasa namazı iade eder”

der ve وإلا فلا “araştırma yapmadan namaz kılan kişi hata etmezse namazı iade etmez”

ifadesini kullanır. Yani “kible yönünü bilmeyen kimse araştırma yapmaz da namazı kılar da kibleye isabet etmiş olursa namazı iade etmez. Çünkü kibleye yönelme işinde isabet etmiştir” der. Karabâğî’nin eleştirisi de tam bu noktadadır. Bu görüşün doğru olmadığını söyleyen Karabâğî, kibleyi bilmeyen kimsenin araştırma yapmadan namaz kılması durumunda kibleye isabet etmiş olsa bile namazını iade etmesi gerektiğini söyler. Bu konuda Ebû Yûsuf’tan da böyle bir rivayet olduğunun söylendiğini dile getiren Karabâğî bunu hayretle karşılar.²³

Ancak yapmış olduğumuz araştırmada Karabâğî’nin itirazına sebep olan ve şerh ederken *el-muhtâr* metni olarak verdiği وإلا فلا ibaresinin elimizdeki mevcut *el-*

Muhtâr nüshalarında olmadığını tespit ettik. Esasen Mevsilî, Karabâğî’nin itirazına konu olan bu hususu *el-Muhtâr* şerhi *el-İhtiyâr li’ta’lîl-i’l-Muhtâr*’da izah etmiştir. Karabâğî’nin itirazına sebep olan bu cümlemin, zaman zaman atıfta bulunduğu *el-Muhtâr*’ın farklı nüshalarında bulunduğunu tahmin etmekteyiz.

Örnek 3: Karabâğî, *el-Muhtâr*’ın “Kitâbü’s-Savm” bölümünde geçen:

ومن خاف المرض أو زيادته أفطر وقضى

“Kim hastalıktan veya hastalığın artmasından korkarsa orucu bozar...” cümlesini tenkit ederek,

فاعلم أن في عبارة المصنف رحمه الله نظرا

“Bilesin ki, musannifin ibaresinde problem vardır” der ve bu cümlemin şöyle olması gerektiğini söyler:

²³ Şerhu’l-Muhtâr, vrk. 176a.

“İbarenin doğru şekli musannifin şöyle söylemesi idi:

ومن خاف زيادة المرض إن صام أفطر وقضى

“Kim oruç tuttuğu takdirde hastalığının artmasından korkarsa orucunu yer ve kaza eder.” Çünkü musannifin ibaresinden hastalıktan endişe eden kişinin de orucu yiyebileceği hükmü çıkar ki bu doğru değildir. Zira orucu yemeye müsaade edilen kişi oruç tuttuğu takdirde hasta olmaktan endişe eden değil, hali hazırda hasta olup, oruç tuttuğu takdirde hastalığının artmasından endişe eden kişidir.²⁴

Örnek 4: Bir başka yerde Karabâğî, abdest alınabilecek suları sayarken Mevsılî’nin *الورد وبكل مائع طاهر كالخل وماء الورد* “...sirke ve gülsuyu gibi temiz ve akıcı olan herşey ile abdest caizdir” cümlesine itiraz eder. Bu cümlenin *وبكل مائع طاهر مزيل* “...her akıcı olan, temiz ve pisliği gideren su ile abdest caizdir” şeklinde olması gerektiğini, zira süt ve balın da temiz ve akıcı olduğunu ancak necaseti giderme özellikleri olmadıkları için bunlarla abdest almanın caiz olmadığını söyledikten sonra, musannifin gül suyu ve sirkeyi örnek vermesinin tatmin edici olmadığını söyler.²⁵

Örnek 5: Mevsılî’nin *şirket-i inândan* bölümünde kârı doğrudan akde bağladığını belirttikten sonra bunun doğru olmadığını söyleyen Karabâğî, *şirket-i mudârebede* olduğu gibi *şirket-i inânda* da kârın bazen amel karşılığında da olabileceğini söyler.²⁶

Örnek 6: Karabâğî sarf ilmi açısından bir kelimenin iştikakı konusunda Mevsılî’yi eleştirir. *الآجر* (kiralayan) kelimesinin iştikakının yanlış olduğunu çünkü bu kelimenin hiçbir zaman *فاعل* kalıbında *آجر* şeklinde kullanılmayıp *مفعول* kalıbında *şeklin* *موجر* şeklinde olması gerektiğini söyler.²⁷

²⁴ Şerhu’l-Muhtâr, vrk. 51b.

²⁵ Şerhu’l-Muhtâr, vrk. 13a.

²⁶ Şerhu’l-muhtâr, vrk. 140b.

²⁷ Şerhu’l-Muhtâr, vrk. 85a.

2.3.3. Sarf-Nahiv Kaideleri

Şerhu'l-Muhtâr bir fıkıh kitabı olmasına rağmen içerisinde diğer fıkıh kitaplarına nispetle dikkat çekecek şekilde çok daha fazla sarf-nahiv kuarallarına temas edildiği görülmektedir. Öyle ki Karabâğî bazen bir nahivci gibi arapça kuralları en ince detaylarıyla dahi izah etmekten kaçınmamıştır. Nitekim namazda okunacak teşehhüdü anlatırken bu konudaki iki rivayeti ele alarak tartışır. Bunlardan birisi İbn Abbâs'tan rivayet edilmiş olup şöyledir:

التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا

Teşehhüdle ilgili diğer rivayet ise İbn Mesûd'dan gelmiş olup o da şöyledir:

التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته

Karabâğî bu rivayetleri önce usûl açısından değerlendirir. Şâfiî'nin de kabul ettiği İbn Abbas'tan gelen rivayeti değerlendirirken râvî İbn Abbâs'ın bu teşehhüdü muhtemelen çocukluk döneminde ezberlediğini iddia ederek teşehhüd metnindeki eksikliğin bu sebeple olabileceğini savunur. Daha sonra İbn Mesûd rivayetini tercih sebebini açıklarken İbn Mesûd'un rivayet ettiği bu teşehhüdü doğrudan Hz. Peygamber'den öğrenip rivayet ettiğini dolayısıyla tercihe şayan olduğunu iddia eder. Bu açıklamalardan sonra Karabâğî bu idiasını desteklemek için meseleyi gramer açısından ele alarak izahatta bulunur. İbn-i Mesûd okuyuşunun Arapça grameri açısından daha kapsamlı olduğunu iddia ederek şu açıklamayı yapar:

(السلام) ifadesi (سلام عليك) ifadesinden daha kapsamlıdır. Çünkü (السلام)

(سلام) kelimesinin başında bulunan (ال) takısı cins için olup bütün selamları kapsar. (سلام) kelimesi ise nekra olduğu için tek bir selamı ifade eder. Ayrıca bu cümle atıf vâvı kullanılarak kurulduğu takdirde, atıf harfinden sonra gelen matuf dediğimiz her bir kelime müstakil olarak övgü ve senayı gösterir. Çünkü ma'tuf, ma'tufun aleyhin aynı değildir. Hâlbuki cümle atıfsız inşa edilip (سلام) kelimesi de nekre olduğu takdirde,

والله والرحمن والرحيم لا، Nitekim bir kimse,

أفعل كذا “Allah’a ve Rahmân’a ve Rahîm’e yemin olsun ki şu işi yapmayacağım” dese,

sonra o işi yapsa bu kişinin üç ayrı kefarete ödemesi gerekir. Çünkü atıf yoluyla ifade

edilen her bir yemin müstakil bir yemin cümlesi olarak kabul edilir. Şayet atıfsız olarak والله الرحمن الرحيم لا أفعل كذا “Rahman, Rahim Allah’a yemin olsun ki şu işi yapmayacağım” dese de o işi yapsa bir kefarete gerekir. Çünkü bu durumda cümle tek bir hüküm ifade ettiği için tek bir yemin mesabesindedir.”²⁸

Karabâğî, kitâbü’l-hünsâ bölümünde الحنثي kelimesinin iştikakından bahsettikten sonra şöyle der: الحنثي kelimesindeki elif müenneslik elifi olmayıp ilhâk elifidir. Çünkü bu kelime ism-i tasgîr yapıldığında elif düşmektedir. Şayet müenneslik elifi olsaydı ism-i tasgîr yapılırken bu elif sâkıt olmazdı”.²⁹

2.3.4. Usul-i Fıkıh

Klasik fıkıh kitaplarında olduğu gibi Karabâğî’nin *Şerhu’l-Muhtâr*’da da zaman zaman usûl-i fıkıh kurallarına atıfta bulunulmuştur. Kavâid ve zavâbit dediğimiz kurallar kadar olmasa da usulü fıkıh alanına giren konulara işaret edilmiş, bazan de usulü fıkıh kaynaklarının referans gösterildiği olmuştur.³⁰ Mutlakın mukayyede hamledilmesini bu kabilden bir örnek saymak mümkündür. Şöyle ki:

Karabâğî, alışveriş yapan kimselerin fiyatta ihtilafa düşmeleri durumunda “şayet mebi (satılan mal) helak olmuşsa müşterinin sözü geçerlidir” hükmünü zikrettikten sonra bu durumda İmam Muhammed’in görüşünün karşılıklı yeminleşmeyi gerektirdiği yönünde olduğunu belirttikten sonra Ebû Hanife ile Ebû Yusuf’a göre ise yeminleşmeye gerek olmadığı yönünde olduğunu ifade eder. Karabâğî bu tartışmayı, İbn Mesûd’dan rivayet edilen iki rivayet bağlamında açıklar. Bunlardan birincisi şöyledir:

إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا

“Alış-veriş yapan kimseler ihtilaf ederlerse karşılıklı yeminleşir ve (semen ve mebi) iade ederler.”³¹ Bu rivayette ihtilaf esnasında mebiin mevcut olup olmaması konusunda bir kayıt bulunmadığı için mutlaktır. İmam Muhammed bununla amel etmiştir.

²⁸ *Şerhu’l-Muhtâr*, vrk. 20a.

²⁹ *Şerhu’l-Muhtâr*, vrk. 150a. Ayrıca bkz. *Şerhu’l-Muhtâr*, vrk. 18a-274b.

³⁰ Sulh kitabında konuyu anlattıktan sonra إلى هذا أشار فخر الإسلام رحمه الله في أصول الفقه “..bu konuya Fahrü’l-

İslam Pezdevî (r.a) usûl-i fıkıhta işaret etmiştir.” Bkz. *Şerhu’l-Muhtâr*, vrk. 137b.

³¹ Ebû Dâvud, “el-büyû ve’l-icârât” 72.

İkinci rivayet ise şöyledir:

إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادًا

“Alış-veriş yapan kimseler ihtilafa düşer de mal da bizâtihi mevcut olursa karşılıklı yeminleşir ve (semen ile mebii) iade ederler” Mebiin mevcut olma şartı zikredilmek suretiyle mukayyed olan bu rivayetle de Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf amel etmişlerdir.

Görüldüğü gibi birinci hadiste sadece ihtilafa düşmekten bahsedilerek ihtilafa konu olan mebî ve semenin mevcut olup olmaması zikredilmemiş, ibare mutlak olarak beyan edilmiştir. İkinci rivayette mebii ve semenin mevcut olması kaydıyla ihtilaf olması durumunda karşılıklı yeminleşmekten bahsedilerek hüküm ortaya konmuştur. Yani hadis mukayyedir. Karabâğî burada meseleyi usulü fıkıh açısından değerlendirerek şöyle der: “Mutlak ve mukayyed hadislerin ravileri aynı ise mutlak mukayyede hamledilir. Zira mutlak rivayette râvînin mukayyed lafzı unutma ihtimali sözkonusudur” Bu görüşüyle Karabâğî Ebû Hanîfe ile Ebû Yusuf’un yanında yer almıştır.³²

Katır ve merkebin atıkları olan suların meşkûk sayılmasını, umre ibadetinin sünnet olduğuna, bazı necasetlerin muhaffefe olmasını, delillerin teâruzu ile izah eder. Yeminden dönmeden önce keffaret verilmeyeceğini söylerken usul-i fıkıh kaynak olarak gösterir.³³

2.3.5. *Şerhu’l-Muhtâr*’da Küllî Kaide ve Zâbıtarlar

“kavâid” olup (قواعد) “kâide” kelimesinin çoğulu (قاعدة) kökünden türeyen “münferit meselelere ait hükümlerin dayandığı ana fikir ve cüz’îlerin hükümlerine uygun düşen küllî (tümel) önermeler”³⁴ şeklinde tarifi yapılmıştır. İslam fıkında küllî kaide ve zâbıtarların önemli bir yeri vardır. Fıkıhla uğraşan bir kimse bu kaideler sayesinde, fıkıhın dağınık cüzî meselelerini bir araya getirir ve konuları ayrı bile olsa benzer meselelerin hükümlerini bilir. Küllî kaidelerin bazıları hadis metinlerinden

³² *Şerhu’l-Muhtâr*, vrk. 113a.

³³ *Şerhu’l-Muhtâr*, vrk. 215b.

³⁴ Bkz. Baktır, Mustafa, “Kâide” *DİA*. XXIV, 205-210. Farklı tarifler için Bkz. Ali Haydar, *Dürru’l-Hükkâm*, İstanbul 1912, s. 27; Zerkâ, *Medhal*, II, 946; Zeydan, Abdülkerim, *el-Vecîz fi Şerhi Kavaidi’l-Fıkhıyye*, Müessetur’r-Risale, Beyrut 2001, 11; Zekiyyuddin Şaban, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, çev.: İ. Kafi Dönmez, TDVY. Ankara 1996, s. 28.

ibarettir.³⁵ Bunun dışındaki küllî kaidelerin ilk defa kimler tarafından söylendiği bilinmese de İslam Hukuku'nun geliştiği asırlarda, büyük hukukçuların eliyle tedrici olarak ortaya çıkıp tekâmül ettiği kabul edilmektedir.

Küllî kaideler, özellikle de Hanefi mezhebi için düşünüldüğünde, kurucu imamlar tarafından ortaya konulmuş fer'i hükümleri belli kurallar altına sokmak suretiyle, mezhep dışına çıkmadan yeni meselelere çözüm üretmeyi kolaylaştırmak için Hanefi fakihleri tarafından geliştirilmiştir.³⁶

Kerhî (ö. 340), Ebü'l-Leys es-Semerkandî (ö. 373) ve Debbûsi (ö. 430) tarafından içerisinde küllî kaideleri toplayan özel kitaplar te'lif edildiği gibi, Hanefi fakihleri, ibadet konuları dâhil olmak üzere fıkhnın tamamında bu kaideleri kullanmışlardır. Külli kaidelere verilen benzer önemi *Şerhu'l-Muhtâr*'da da görmek mümkündür. Karabâğî genellikle hükümlerin dayandığı gerekçeleri ve ilkeleri anlatırken küllî kaideleri ve zavâbiti kullanmıştır.

Zâbitalar (ضابطة) Fıkhnın tek bir konusu altında birçok fer'i hükmü bir araya getiren fıkhi kuraldır. Zâbita bu yönüyle kaideden ayrılmaktadır. Çünkü kaide tanımında da açıklandığı gibi, hükmü fıkhnın tek bir konusunda değil birçok konuda geçerli olan kurallardır.³⁷ Kaide ile zâbita arasında zikredilen bu farka rağmen, kimi fakihler bu iki kavramı birbirinin yerine kullanmışlardır. Örneğin Mevsılî *el-Muhtâr*'da

³⁵Örneğin, “الخراج بالضمنان”، “لا ضرر ولا ضرار” Zarar vermek ve zarara zararlar karşılık vermek te yoktur., “البينة على المدعي واليمين على من أنكر” Tazmin misli mallarda misliyle, kıyemi mallarda kıymetiyle olur., “بeyyine iddia sahibine, yeminde inkar edene aittir, hadisleri aynı zamanda küllî kaide olarak kabul görmüştür. Suyûtî, *el-Eşbâh* adlı kitabında zikrettiği kaidelerden her birinin hadislerden aslının olup olmadığı konusunda özel bir gayret sarf ettiğini söylemiştir. Bkz. Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-Nazâir fî Kavâid ve Fur'i Ş-Şafiyye*, Mektebetü Nizâr Mustafa el-Baz, Riyad 1997, I, 6.

³⁶Bu alanda derli toplu ilk risaleyi yazmış olan Kerhî, risalesinde Hanefi mezhebinde mezhep imamlarının cüz'i meselelerde verdikleri hükümleri inceleyip, onlar arasındaki ortak illetleri bularak külli kaideler haline getirmiş ve bunlara الأصل (Asl) diyerek 39 tane asıl'dan bahsetmiştir. Ebu'l-Hasen el-Kerhî'nin bu risalesi, kendisinden sonra fıkhi külli kaideler ile ilgili yapılan çalışmaların temelini oluşturmuştur. Külli kaideleri ilk olarak tedvin edenler Hanefilerdir. Suyûtî (ö. 911) ve İbn Nuceym'in (ö. 970) “*el-Eşbâh ve'n-Nazâir*” adlı kitaplarında anlattıklarına göre, “Hanefi âlimlerinden Kerhî'nin de çağdaşı olan Ebu Tâhir ed-Debbâs, Hanefi mezhebinin esaslarını on yedi kaidede toplamıştı. Bunu duyan Şafii alimlerinden Ebu Said El-Herevi, gözleri görmeyen Ebu Tâhir'in yanına gider. Ebu Tâhir her akşam insanlar camiden çıktıktan sonra bu kaideleri sesli olarak tekrar ediyordu. Ebu Said gizli olarak insanlar mescitten çıktıktan sonra bir hasıra sarılıp Ebu Tâhir'in kaideleri tekrar etmesini bekledi. Ebu Tahir bunlardan yedi tanesini tekrar ettiğinde, Ebu Said'in içeride olduğunu fark etti. Onu döverek dışarı çıkardı ve artık bildiği kaideleri sesli olarak tekrar etmeme kararı aldı. Ebu Said el-Herevi ise duymuş olduğu bu yedi kaideyi ezberleyerek Kadı El-Huseyn'e (?)'ye aktardı. Ebu'l-Huseyn ise bunlardan ilham alarak Şafii mezhebinin dört kaidede topladı.” Bkz. İbn Nuceym, *el-Eşbâh*, s. 10; Suyûtî, *el-Eşbâh*, I, 10. Anılan rivayeti bu iki kitapta nakledildiği gibi kabul edip doğruluğunu tartışmayı bir tarafa bırakacak olursak, Şafii alimlerinin de bu hikayeyi nakletmiş olmaları, bu konuda Hanefi mezhebi alimlerinin öncü olduğunu bizlere ispatlamaktadır.

³⁷ İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-Nazâir*, s. 192; Ali Haydâr, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul 1912, I, 27.

selem akdinin hangi tür mallarda caiz olacağını anlatırken,

كل ما يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه

“Özelliklerinin zabtı ve miktarının bilinmesinin mümkün olduğu her şeyde selem caizdir.”

kâidesini zikretmiştir. Karabâğî *Şerhu'l-Muhtâr*'ında Mevsilî î'nin *Muhtâr* metninde zikretmiş olduğu bu kuralı açıklarken “musannif küllî bir kâide zikrederek selem bütünü konularını bunun üzerine bina etmiştir” diyerek söze başlamıştır.³⁸ Mevsilî î'nin bahsettiği bu kural, sadece selem akdinde geçerli olduğu için zâbitanın tarifine uymaktadır. Bununla birlikte Karabâğî bu kurala zâbita yerine küllî kaide demiştir. Sonuç olarak fakihlerin, birçok cüz'ünün hükmünü kapsamına alan külli önermeler için, kaide, zâbita ve asıl tabirlerini kullandıkları söylenebilir. Karabâğî *Şerhu'l-Muhtâr*'da bu üç tabirden en fazla *el-asl* (الأصل) demeyi tercih etmiştir

Bu bölümde *Şerhu'l-Muhtâr*'da geçen kaideler ve zâbitalar verilecektir. Kaideler verilirken, en temel kaideler olarak kabul edilen ve fıkhnın tüm meselelerinin aslında kendilerine ircâ edilebildiği³⁹ aşağıdaki beş kaide esas alınarak zikredilecek, akabinde bu beş kaidenin fer'i sayılabilecek diğer kaideler, sonra da zâbitalar sıralanacaktır.

I. Bir işten maksat ne ise hüküm ona göre. ⁴⁰ الأمور بمقاصدها

II. Zarar izâle olunur. ⁴¹ الضرر يزال

III. Âdet muhakkemdir. ⁴² العادة محكمة

³⁸ Karabâğî, *Şerhu'l-Muhtâr*, vr. 77a.

³⁹ Suyûtî, *el-Eşbâh*, I, 5.

⁴⁰ Mecelle'nin birinci maddesi fıkhnın tarifine ayrılmış olup bu kaide ikinci madde olarak zikredilmiştir. Mecelle'de bulunan kaidelere göz atınca bu kaidelerin birbiri ardına dizilişinde bir insicamsızlık görülmektedir. Bu hususa dikkat çekenlerden biri olan Mustafa ez-Zerkâ, bu kaideleri şerh ederken önce bunları asli ve fer'i kaideler olarak ikiye ayırmış ardından aynı konu ile alakalı kaideleri birbiri ardına getirmiştir. Mesela: Mecelle'nin 60. kaidesi olan “Kelamın i'mali ihmalden evladır” إعمال الكلام

61. maddesi olan الأصل في الكلام الحقيقة 12. kaidesi olan “Kelamda tercih edilen hakiki anlamdır” أولى من إهماله

62. kaidesi olan “Kelam i'mal kullanılmayınca mecaza gidilir.” إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز

edilemeyince ihmal edilir.” إذا تعذر إعمال الكلام يهمل kaideleri aynı konuda bir zincirin halkaları gibi iken

Mecelle'de ayrı yerlerde zikredilmiştir. Zerkâ'ya göre Mecelle'de 40 asli 59 tane ise fer'i kaide vardır. Bkz. Zerkâ, *el-Medhalü'l-Fıkhî'l-Âmm*, Dârü'l-Kalem, Dımeşk 2004. II, 977-978.

⁴¹ Mecelle'nin 20. Maddesidir.

IV. Şek ile yakîn zâil olmaz.⁴³

اليقين لا يزول بالشك

V. Meşakkat teysiri celbeder.⁴⁴

المشقة تجلب التيسير

Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir. الأمور بمقاصدها

Bu temel kaide *Şerhu'l-Muhtâr*'da geçmemektedir. Ancak “akitlerde muteber olan maksat ve manadır, lafızlar ve kalıplar” değil anlamına gelecek, Mecelle'nin de 3. maddesi olarak yer alan⁴⁵ والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني kaidesi farklı lafızlarla *Şerhu'l-Muhtâr*'ın altı yerinde geçmektedir. Bu kaideyi, hükmün gerekçesi olarak zikrettiği bir yerde Karabâğî şöyle der: “Eğer sulh, ikrar yoluyla olur bu da malın mal ile sulhu şeklinde gerçekleşirse; muhayyerlik, şüf'a hakkı gibi bey' akdinde geçerli olan hakların tamamı geçerli olur. Çünkü bu, karşılıklı rızaya dayanarak malın mal ile değiştirilmesi demek olan alışveriş hükmündedir. İtibar lafızlara değil manalaradır.”⁴⁶

Şek ile yakîn zâil olmaz

اليقين لا يزول بالشك

Bu kâide *Şerhu'l-Muhtâr*'da بالشك فلا يزول الثابت باليقين şeklinde geçmektedir.⁴⁷ Yine bu kâidenin fer'i sayılabilecek olan ve kitâbü'l-me'zûn bölümünde geçen فالظاهر لا يصلح حجة فالتظاهر لا يصلح حجة konusunda zikredilir.⁴⁸ Ancak bu kaide istishâbü'l-hâl kuralına ters düşmektedir. Kitâbü'l-me'zûn'da geçen,

“Sarihin bulunduğu yerde delaletle amel edilmez.”⁴⁹ الدلالة لا معتبر بها عند وجود الصريح

“Sarihin karşısında delalet etki etmez.”⁵⁰ الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح

⁴² Mecelle'nin 36. Maddesidir.

⁴³ Mecelle'nin 4. Maddesidir.

⁴⁴ Mecelle'nin 17. Maddesidir.

⁴⁵ Kaide Mecelle'de şu lafızlarla geçmektedir. والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني

⁴⁶ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 136a.

⁴⁷ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 149b.

⁴⁸ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 270a. Bu kâidenin istishâbü'l-hâle delâlet eden ibâresi;

şeklindedir. أن ظاهر الحال - إستصحاب الحال - حجة للدفع لا للإثبات

⁴⁹ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 105a.

gibi kâideler de “الشك لا يزول بالثبوت” “şekk ile yakin zail olmaz” kaidesinin altında değerlendirilebilecek kaidelerden olup *Şerhu'l-Muhtâr*'da yer almaktadır.

Yine bu temel kaideye bağlı olarak *Şerhu'l-Muhtâr*'da geçen şu kaideleri zikredebiliriz:

الثابت بالبينّة كالثابت معاينة

“Delil ile sabit olan, görerek sabit olan gibidir.”⁵¹

العمل بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه

“Daha güçlü bir delilin olmadığı yerde zahir ile hükmetmek vaciptir.”⁵²

والاستخبار فوق التحري

“Sorarak öğrenmek araştırmanın fevkinde bir öneme sahiptir.”⁵³

غلبة الظن دليل العمل به

“Zann-ı gâlip, amel etmek için delildir.”⁵⁴ veya

غلبة الظن دليل في الشرعيات

“Zann-ı gâlip şer’î konularda delildir.”⁵⁵ kâideleri de bu cümledendir.

بناء الأضعف على الأقوى جائز

“zayıfın kuvvetli üzerine bina edilmesi caizdir” Nafile namaz kılan kimsenin farz kılan kimseye iktidâ edebileceği zikredildikten sonra bu kâide ile gerekçelendirilmiştir.⁵⁶

⁵⁰ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 152b. Mecelle’de tercümesi verilen kaidenin orijinali şöyledir:

الكaidenin özet olarak anlamı şudur: “İrade beyanında sarîh bir ifade yoksa halin delaletine itibar edilir, ancak sarîh bir ifade varsa artık delaletin bir anlamı kalmaz.” Bkz. Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, I, 63-65; Zerkâ, *Medhal*, II, 985.

⁵¹ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 101a.

⁵² *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 17b.

⁵³ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 17b.

⁵⁴ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 8b.

⁵⁵ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 13b.

⁵⁶ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 23b.

الضرر يزال Zarar izâle olunur

لا بد من دفع الضرر فيندفع “zarar ortadan kaldırılır” veya

“zararı ortadan kaldırmak gerekir”⁵⁷ şeklinde yer almıştır. *Şerhu'l-Muhtâr*'da

bu kaidenin fer'i sayılabilecek kaideler şu şekilde geçmektedir.

دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص

“Genel zarar özel zarara katlanmak suretiyle önlenir” anlamına gelen bu kaide, *Şerhu'l-Muhtâr*'da kitâbü's-siyer bölümünde geçmektedir. Karabâğî bu kaide ile gerekçelendirdiği bir hükmü şöyle izah eder: “Düşmanlar bizden birilerini kalkan olarak kullansalar, düşmana nişan alınarak atış yapılır. Çünkü genel bir zararın def'i için, özel bir zarar tercih edilir.”⁵⁸

القديم ترك على قدمه

“Kadîm kıdemi üzere terkedilir.”

Bu kaide *Şerhu'l-Muhtâr*'da sadece bir yerde geçmektedir.⁵⁹

المشقة تجلب التيسير Meşakkat kolaylığı celbeder

Beş temel kaideden biri olarak sayılan bu kaide, *Şerhu'l-Muhtâr*'da bu şekliyle geçmemektedir. Bununla beraber bu kaidenin fer'i sayılabilecek aşağıdaki kaideler *Şerhu'l-Muhtâr*'da yer almıştır.

Mecelle'de “zaruretlar mahzurlu şeyleri mubah hale getirir” anlamındaki

الضرورات تبيح المحظورات

sîgasıyla yer alan kaide bu şekliyle *Şerhu'l-Muhtâr*'ın sadece bir yerinde geçmektedir. Karabâğî bu kaideyi, insanların birbirlerinin avret yerlerine bakmasının caiz olmadığını, bunun ancak zaruret halinde mümkün olabileceğini zikrederken bu hükme gerekçe olarak zikretmiştir.⁶⁰

⁵⁷ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 71b.

⁵⁸ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 238a.

⁵⁹ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 161b.

⁶⁰ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 249a.

Kâide *Şerhu'l-Muhtâr*'da geçtiği şekliyle, “zaruretlar şeriatın kurallarından istisna edilir” anlamına gelmektedir. Karabâğî bu kuralı, cünüp olan kimsenin mescide giremeyeceği hükmünü zikrettikten sonra suyun mescidde olması ve suyu mescidden çıkartacak kimsenin bulunmaması durumunda cünüp kimsenin mescide girebileceği hükmünü gerekçelendirmek için zikreder.⁶¹

Şerhu'l-Muhtâr'da geçen, الطاعة بحسب الطاقة “Taata, güç nispetindedir”⁶² veya

“şeriat, yapılmasında güçlük olan şeyi bizden kaldırmıştır” والشرع رفع عنا ما هو متعذر

أن الطاعة بحسب الطاقة

“itaat güç nispetindedir” gibi kaideler de, ayakta namaz kılmaya muktedir olamayan kimsenin namazını oturarak kılmasına müsaade edilebileceği konusunda hükme gerekçe olarak zikredilmiştir.⁶³

Bu kaideler de المشقة تجلب التيسير “meşakkat kolaylığı celbeder” kaidesinin fer'i durumundadır.

العادة محكمة **Âdet hakemdir**

Şerhu'l-Muhtâr'da örf ile ilgili kullanılan küllî kaideler diğerlerine göre daha fazladır. Bu temel kaide⁶⁴ العادة محكمة *Şerhu'l-Muhtâr*'da geçmemektedir.

Ancak bu kaidenin fer'i sayılabilecek aşağıdaki kaideler *Şerhu'l-Muhtâr*'da farklı bölümlerde hükümlere gerekçe olarak yerini almıştır.

“Âdeten talep edilen şey nasla şart kılınmış gibidir”

المطلوب عادة كالمشروط نصا

⁶¹ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 5a.

⁶² *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 238a.

⁶³ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 30a.

⁶⁴ Bu kaide (العادة محكمة) Mecelle'nin 36. maddesi olarak yerini almıştır.

“Âdet haline gelen şey, nas kabul edilir.”

المعتاد كالمخصوص

“Örf karşısında kıyas terkedilir.”

القياس يترك بالتعامل

“Nas olmayan yerde örfle itibar edilir.”

وما لا نص عليه يعتبر فيه العرف

“Âdet geniş kapsamlıdır.”

العادة جرت بالتوسعة

“Örfle sabit olan şey, şartla sübut bulmuş gibidir.”

والثابت عادة كالثابت شرطاً

“...örfle itibar ederek”

اعتباراً بالعرف

“...örfle amel ederek”

عملاً بالعرف

Yukarıdaki kaidelerde genel olarak tarafların akit esnasında özellikle zikretmedikleri konularda tartışma yaşanması halinde örf ve âdetin hakem sayılacağı ifade edilmektedir.

Nitekim Karabâğî alışveriş bölümünde alışverişin caiz olabilmesi için semen ve mebî'in malum olması gerektiğini belirttikten sonra şöyle der: “Bir kimse alışverişte on dirhem, on dinar deyip sadece semeni zikredip semenin özelliğini zikretmese, yani dirhem ve dinarın Buhara dinarı mı veya Semerkant dinarı mı olduğunu söylemese örf geçerlidir. Yani o bölgede alışveriş esnasında hangi dinar kullanılıyorsa o geçerlidir.”⁶⁵

الإشارة المفهومة من الأخرس حجة

“Dilsiz bir kimsenin anlam ifade eden işareti hüccet kabul edilir.”

Mecellenin 70.maddesi olan bu kaide, Karabâğî bu kaideyi dilsiz bir kimsenin işaretinin alış-verişte işaretinin evet yerine geçeceğini söylerken gerekçe olarak zikredilmiştir⁶⁶.

الفعل أقوى والبقاء أسهل

“Bir işe başlamak devam etmekten daha zordur.”

⁶⁵ Şerhu'l-Muhtâr, vrk. 67b.

⁶⁶ Şerhu'l-muhtâr, vrk. 69a.

Bir akdi icra ederken veya ibadeti ifa ederken muhakkak bulunması gereken bazı şartların sonradan ortadan kalkması halinde akdin fasit olmayacağını ifade eden bu kaide⁶⁷ Mecelle'nin 56. Maddesi olarak zikredilmiştir.⁶⁸ Bu kâide *Şerhu'l-Muhtâr*'da, başlanmış nafile bir ibadetin gerek edâ gerekse kazâ olarak tamamlanmasının lüzumundan bahsedilirken zikredilmiştir.

الغنم بالغرم

“Külfet nimete, nimet külfete göredir.”

Buluntu köle bahsinde hükme gerekçe olarak zikredilen bu kaideye göre, bulunan kölenin harcamalarının beytü'l-mâle ait olduğu belirtilmiş, fakat bu kölenin ölmesi durumunda bulan kişinin mirasçı olacağı, aynı zamanda onun cinayetinden de bulan kişinin sorumlu olduğu ifade edilmiştir.⁶⁹

الغرم بالغنم

“Mazarrat, menfaat mukabilindedir.”

“Bir şeyin menfaatine nâil olan o şeyin zararına da katlanması gerekir” anlamına gelen bu kâide, ödünç alınan bir şeyin iade edilirken tahakkuk edecek ücretin ödünç alan kimseye ait olduğu belirtilerek bu hükme gerekçe olarak gösterilmiştir.⁷⁰

الخارج بالضمان

“Bir şeyin nef'i damânı mukabilindedir”⁷¹ yani, “bir şey telef olduğu takdirde hasarı kime ait ise o kimsenin uhdesinde kabul edilip bu şekliyle damânı o şeyin intifâi karşılığında olur.”

⁶⁷ Bu kaide başlangıçta caiz olan bir şeyin devamında öncelikli olarak caiz olmasını ifade eder. *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 26a.

⁶⁸ Kaidenin geniş anlamı ve örnekleri için bkz. Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, I, 126-127; Zerkâ, *Medhal*, II, 1022.

⁶⁹ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 136b.

⁷⁰ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 156b.

⁷¹ Mecelle'nin 87. Maddesi olan “Külfet nimete, nimet de külfete göredir”

النعمة النعمة بقدر النعمة والنقمة بالنقمة kaidesi ve 85. Maddesi olan “bir şeyin menfaati tazmin sorumluluğu mukabilindedir” الخراج بالضمان kaideleri de aynı anlama gelmektedir. Nitekim Ali Haydar her iki kaidenin, *Mecâmi'u'l-Hakâik*'teki aslının الغرم بالغنم olduğunu söylemektedir. Bkz. Ali Haydar, I, 188-189. Kaidenin anlamı ve diğer kaidelerle ilişkisi için bkz. Zerkâ, *Medhal*, II, 1036-1038.

Karabâğî rehin bölümünde borçlu olan kimsenin rehin verdiği köleyi âzâd etmesi durumunda âzâdının geçerli olduğunu, borcu hemen ödemesi gerekiyorsa alacaklının bunu isteme hakkının olduğunu, vâdeli ise borcunu te’hir edebileceğini, borçlu fakir ise kölenin kıymetinden ve borçtan az olanı tedârik için çalışarak ödemesi gerektiğini söyleyerek bunu الخراج بالضمان kâdesiyle gerekçelendirir.⁷²

أن المتبرع لا يلزمه ما لم يلتزمه

“Bir işi gönüllü olarak üstlenen kimse ancak üstlendiği kadar sorumlu olur”

Şerhu’l-Muhtâr’ın sadece bir yerinde bu manaya atıf yaparak geçmektedir. *Mecelle*’de bu kaideye yer verilmemiştir. Vekâlet, kefâlet, karz, iâre ve teberru akitlerinin tamamında tatbik edilmeye uygun olan bu kaide, hibe bölümünde Karabâğî tarafından hükme gerekçe gösterilerek şöyle açıklanmıştır: “Hibenin gerçekleşebilmesi için kabz olması gerekir. Kabz olmadan mülkiyet olmaz. Şayet kabz olmadan mülkiyet gerçekleşecek olsaydı,

للزم المتبرع شيء لم يلتزمه وهو التسليم
olurdu.”⁷³

إذا اجتمع المحرم والمبيع فيغلب المحرم

“Haram ve helal bir araya gelirse haram öncelenir.”

Av konusunda “mecûsî bir kimsenin av köpeği ile üzerine besmele çekilmeden av hayvanına gönderilmiş olan bir av köpeğinin birlikte bir av yakalamaları durumunda bu avın haramlığına hükmedilir” görüşü zikredildikten sonra hüküm bu kâide ile gerekçelendirilmiştir.⁷⁴

الساقط لا يعود

“Sakit olan şey avdet etmez.”

Bir kimsenin vazgeçtiği bir hakkını tekrar talep etmesinin caiz olmadığını ifade eden bu kaide⁷⁵ *Mecelle*’nin 51. maddesi olmuştur.

⁷² *Şerhu’l-Muhtâr*, vrk. 92b.

⁷³ *Şerhu’l-Muhtâr*, vrk. 152b.

⁷⁴ *Şerhu’l-Muhtâr*, vrk. 258b.

⁷⁵ Kaidenin geniş anlamı ve örnekleri için bkz. Ali Haydar, *Dürerü’l-Hükkâm*, I, 117-119; Zerkâ, *Medhal*, II, 1028-1029.

Karabâğî havale bölümünde borcu üstlenen kimsenin ancak ölmesi veya iflas etmesi durumunda alacaklının alacağını esas borçludan isteyebileceğini belirttikten sonra Şafii'nin "hakkının zâyi olacağından korksa da alacaklının alacağını isteyemeyeceği" görüşünü zikreder. Çünkü berâet ancak yeni bir sebeple değişebilir. Karabâğî, Şafii'ye ait bu hükmü bu kural ile gerekçelendirmiştir.⁷⁶

Karabâğî, cüz'i hükümleri mümkün olduğu kadar belli asıllar altında toplamaya özel gayret göstermiştir. Nitekim *Şerhu'l-Muhtâr*'da zikredilen pek çok fıkhi kaide/zâbıta böyle bir çabanın varlığını ortaya koymaktadır. Karabâğî, zâbıta olarak zikrettiği kurallara bazen الأصل فيه "bu konuda asıl şudur" diyerek başlamış, bazen de doğrudan kâideyi zikrederek hükme gerekçe olarak sunmuştur. Zavâbit niteliğinde olan kâidelerin hepsini burada zikretme imkânımız olmadığı için bazı örnekler sunulacaktır.

والأصل أن كل ما يفوت لا إلى بدل يؤدى بالتيمم مع وجود الماء وكل ما يفوت إلى بدل لا.

"Bu konuda asıl şudur: Aslın zail olması halinde yerine bedelin ikame edilemediği durumlarda su bulunsa da teyemmüm yapılabilir. Aslın yerine bedeli olan yerlerde ise teyemmüm caiz olmaz."⁷⁷

أن التصرف يقتصر على موضع الإضافة والتعدي إلى ما ورائه ضرورة عدم التجزي

"Tasarruf, ilgili olduğu yere hasredilir, bunun ötesine geçmesi, tasarrufun parçalanmasının mümkün olamaması zorunluluğundandır"⁷⁸

القدرة على البدل قدرة على المبدل

"Bedele güç yetirmek bedelin yerine geçen şeye güç yetirmek demektir."⁷⁹

⁷⁶ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 135a.

⁷⁷ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 8a. Bu zabıtaya göre, vakit namazları ile Cuma namazı için teyemmüm yapılamaz. Bayram namazı ve cenaze namazları için ise teyemmüm yapılabilir.

⁷⁸ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 207b. Karabâğî, kölenin bir kısmını âzâd etme durumunda ortaya çıkacak işkâli tartışırken bu durumda kölenin tamamının âzâd olacağını söyledikten sonra, alışveriş ve hibede olduğu gibi kölenin âzâd edilmesinde de mülkiyetin bölünebileceğini söyledikten sonra bu zâbitayı zikrediyor.

⁷⁹ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 8b. Teyemmüm konusunda zikredilen bu zâbıta ile şu hüküm gerekçelendirilir: "Abdest almak için su bulamayan kimse imkânı varsa suyu satın alarak abdest alır. Çünkü suyu alacak imkânı olan kimse suyu temin etmeye imkânı olan kimse gibidir."

ولا يجوز أداء البدل مع القدرة على الأصل

“Aslı yapmaya güç yettiğinde bedeli yapmak caiz değildir.”⁸⁰

أن المغلوب في مقابلة الغالب كالمعدوم

“Gâlip karşısında mağlup yok hükmündedir.”⁸¹

ولالأكثر حكم الكل

“Çoğunluk tamamın hükmünü alır.”⁸²

أن الضمان بدل المالية

“Tazmin maliyetin bedelidir.”⁸³

والمعلق بشرطين لا يثبت بأحدهما

“İki şarta bağlı olan bir şey, şartlardan biriyle sâbit olmaz.”⁸⁴

أن الإشارة بالأصابع يفيد العلم بالعدد في مجرى العادة

“Parmaklarla yapılan işaret örfen sayılarla bilgiyi ifade eder.”⁸⁵

أن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء

“Akdin sonrasındaki icazet, akdin öncesindeki izin gibidir.”⁸⁶

⁸⁰ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 33a. Cuma namazı bölümünde zikredilen bu zabıta, Züfer'in “cuma namazını kılmaya imkânı olduğu halde öğle namazını kılmamanın caiz olmadığı” görüşünün gerekçesi olarak zikredilmiştir.

⁸¹ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 177b. Süt emme yoluyla evlenme yasağından bahsederken *el-Muhtâr* metninde geçen “Bir kadının sütü su, ilaç ve koyun sütü ile veya bir başka kadının sütü ile karışsa hüküm çoğunluğa göredir” bu hükmü açıklarken Karabâğî şöyle der: “...bize göre galip karşısında mağlup yok hükmündedir.”

⁸² *Şerhu'l-Muhtâr*'ın birçok yerinde hükümlere gerekçe olarak zikredilmiştir. Bunlardan birinde şöyle geçer: “Ziyaret tavafını yapan kimse, tavafın ilk dört şavtını terkederse ihram yasağından kurtulamaz. Çünkü çoğunluk bütün hükmündedir.” *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 59b.

⁸³ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 274b. *Şerhu'l-Muhtâr*'da “Bir kimse hatâen bir köleyi öldürse de kölenin kıymeti diyetten düşük olsa İmâmeyn'e göre kölenin kıymetini ödemesi gerekir.” hükmüne gerekçe olarak bu kâide zikredilmiştir.

⁸⁴ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 165b. Karabâğî “bir kimsenin evlendiği kadının başkasından olan kızıyla evlenmesinin haramlığı, hem o kadınla zifafa girmiş olma şartına hem de o kızın kendi evinde olma şartına bağlıdır” görüşünü قیل ile zikrettikten sonra bu kâide ile gerekçelendirir.

⁸⁵ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 182a. Elinin üç parmağını işaret ederek eşine “sen böyle boşsun” diyen kimsenin talakının geçerli olduğu bu kâide zikredilerek temellendirilmiştir.

الحكم يضاف إلى العلة لا إلى الشرط

“Hüküm şarta değil illete izafe edilir.”⁸⁷

والمقادير لا تعرف إلا سماعاً

“Miktarlar ancak nakil yoluyla bilinir.”⁸⁸

2.3.6. *Şerhu'l-Muhtâr*'ın Kaynakları

Yapmış olduğumuz karşılaştırma ve araştırma neticesinde Karabâğî'nin *Şerhu'l-Muhtâr*'ını kaynak bakımından çok zengin bulduğumuzu ifade edebiliriz. Eserin akışı içerisinde ismini sık sık tekrarladığı kaynaklar olduğu gibi sadece bir defa bahsettiği kaynaklar, hatta hiç adından bahsetmediği halde kendisinden cümleyi hiç değiştirmeden alıp naklettiği kaynakların varlığından da bahsedebiliriz. Bu kaynakların ne olduğu, Karabâğî'nin bunlardan ne kadar istifade ettiği, doğrudan iktibas ettiği ibarelerde aldığı kaynağın ismini verip vermediği gibi sorulara cevap verilmesinin *Şerhu'l-Muhtâr*'ın tahlili noktasında önemli olduğunu düşünüyoruz. Ayrıca bu yolla, *Şerhu'l-Muhtâr*'ın kaynaklarından söz ederken, Karabâğî'in yanında bulundurduğu kitapların ne olduğu konusunda da kesin olmasa bile önemli ipuçları elde edilmiş olacaktır. Çünkü imkan dahilinde yapacağımız karşılaştırmalarla, iktibas edilen ibarelerin alındığı kaynakla harfiyen örtüştüğü tespitinin yapılması, ilgili kaynağın muhtemelen Karabâğî'nin elinin altında olduğu sonucunu doğuracaktır. Yine yapılacak karşılaştırmalarla Karabâğî'nin *Şerhu'l-Muhtâr*'ında müstensihsten kaynaklanan bazı hatalar düzeltilmiş olacaktır.

Şerhu'l-Muhtâr'da ismi geçen kaynaklar genel itibarıyla fıkıh kaynaklarıdır. Ancak bunun yanında çok az da olsa diğer alanlarla ilgili kaynaklara da atıfta

⁸⁶ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 223a. Karabâğî bu kâideyi, yemin bölümünde şu mesele üzerine zikretmiştir: “Bir kimse evlenmeyeceğine dair yemin etse de bir başkası onu evlendirse, bu kimse de sözüyle bu evliliği onaylasa yeminini bozmuş olur. Çünkü bir kimseye akdin sonrasında verilen icazet akdin başında verilen izin gibidir.”

⁸⁷ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 213b.

⁸⁸ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 29a. Karabâğî bu zâbitayı hamileliğin en uzun süresini tahdid için söylemiştir. Hanefi mezhebinde bu konuda Hz. Âişe'den gelen, hamileliğin en fazla iki yıl süreceğini ifade eden ve hükmen merfu' kabul edilen hadise binaen, hamileliğin en uzun süresinin iki sene olduğu kabul edilmiştir. Günümüzde hamileliğin en uzun süresinin dokuz ayı geçmeyeceği anlaşıldığından Hz. Âişe'nin konu hakkındaki rivayetinin hükmen merfu' olmadığı, içtihadı veya o dönemde edinilen tecrübeye dayandığı kabul edilmelidir. Aynı zâbita, namazlarda okunacak ilave sürelerin miktarların ne olduğu ile hayız ve nifasın asgari süresi-en uzun süresi gibi miktar bildiren konularda da kullanılmıştır. Bu zâbita “Miktarlara görüş ile ulaşılmaz” şeklinde geçmiştir.

bulunulmuştur. Buna göre, *Şerhu'l-Muhtâr*'ın kaynaklarını, tefsir, hadis ve fıkıh kaynakları olmak üzere üç başlık altında ele alabiliriz. Bununla birlikte *Şerhu'l-Muhtâr*'da anılan fıkıh kaynakları fazla olduğu için sadece en çok istifade edilen kaynaklar üzerinde detaylı bir şekilde durulacak, diğerlerine kısaca temas edilecektir.

2.3.6.1. Tefsir Kaynakları

Tespit ettiğimiz kadarıyla *Şerhu'l-Muhtâr*'da, Cârullah Mahmûd b. Ömer Ebu'l-Kasım ez- Zemahşerî'nin (ö. 538) *el-Keşşâf an Hakâiki Gavâmidi't-Tenzîl ve Uyûni'l-Ekâvîl fî Vücûhi't-Te'vîl* adlı tefsirine on yerde atıfta bulunulmuştur. Bu atıfları ya قال

صاحب الكشف “*Keşşâf* sahibi şöyle demiştir” diyerek, yahut da كذا في الكشف “*Keşşâf*’ta da böyledir” diyerek yapmıştır. *Keşşâf*’tan yapılan nakiller genelde dile müteallik meselelerdir. Bununla birlikte, bir defada üç kere boşama ile hayız halinde boşama hakkındaki şâz görüşler için de bu kitaba atıfta⁸⁹ bulunulmuştur.⁹⁰ *Keşşâf*’tan yapılan bu alıntıların bir kısmı içerik yönüyle yapılmış olmakla birlikte bazıları birebir alıntılardır.⁹¹

Şerhu'l-Muhtâr'da referans gösterilen bir diğer tefsir Ebu'l-Berekât en-Nesefî'nin (ö. 710) *Medârikü't-Tenzîl ve Hakâikü't-Te'vîli*'dir. Adı geçen tefsirden sekiz yerde alıntı yapılmış olup bu alıntılar genellikle كذا في المدارك “*Medârik* tefsirinde de böyledir” şeklindedir.

قال العلامة النسفي “Allame Nesefî şöyle demiştir” diyerek nakilde bulunduğu da olmuştur. Nitekim bir yerde harfî iktibas yaparak

فقال العلامة النسفي رحمه الله في تفسيره المسمى بمدارك التنزيل وحقائق التأويل

⁸⁹ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 179b.

⁹⁰ Bir defada üç kere boşama ile hayızlı iken boşamanın geçerli olduğu konusunda Zemahşerî'nin, mezhebi olan Hanefi mezhebinden farklı bir görüşü yoktur. Yani ona göre de boşama üç kere sayılır ve adet halinde boşama geçerlidir. Bkz. Zemahşerî, *Tefsîrü'l-Keşşâf an Hakâiki Gavâmidi't-Tenzîl ve Uyûni'l-Ekâvîli fî Vücûhi't-Tenzîl*, thk. Muhammed Abdüs-Selâm Şahin, Dârul-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1995. VI, 141-142.

⁹¹ Karabâgî, namazı terk eden kadına kocasının ta'zîr cezası verip veremeyeceği konusunda iki rivayetin olduğunu söyledikten sonra Zemahşerî'nin görüşünü naklederek şöyle der: “Kişi namaz kılmayan eşini, bir yerini yaralamadan ve kırmadan yüzüne vurmayacak şekilde dövebilir”. *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 230b. Diğer alıntılar için bkz. *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 124b, 179b, 186b, 197b, 216a, 232b.

“Allame Neseî (Allah rahmet etsin) *Medârikü't-Tenzîl ve Hakâikü't-Te'vîl* isimli eserinde şöyle demiştir.” diyerek söze başlamış ve tefsirdeki ibareyi aynen nakletmiştir.⁹²

2.3.6.2. Hadis Kaynakları

Anlaşıldığı kadarıyla Şerhu'l-Muhtâr'da zikredilen hadisler Karabâğî öncesi Hanefi kitaplarında olduğu gibi doğrudan fıkıh kaynaklarından alınmıştır. Yaklaşık olarak Karabâğî'nin yaşadığı asırda başlayan Hanefi fıkıh kitaplarındaki hadis ve rical tenkidi *Şerhu'l-Muhtâr*'da görülmez.⁹³ Ancak nadiren de olsa râvilerin sıhhatiyle alakalı görüş beyan ederek tercihlerde bulunur.⁹⁴

Karabâğî hırsızın elinin nasıl kesilmesi gerektiği bölümünde, Hanefî mezhebinin “hırsızlık yapan kimsenin önce sağ eli kesilir, yine hırsızlık yaparsa sol ayağı kesilir, üçüncü kez hırsızlık yaparsa tevbe edene kadar hapsedilir” görüşünü zikrettikten sonra, İmam Şâfî'ye göre üçüncü defa hırsızlık yapan kimsenin sol elinin, dördüncü defa hırsızlık yapan kimsenin ise sağ ayağının kesileceğini söyler. Şâfî'nin istidlâli olan;

من سرق فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه

“Kim hırsızlık yaparsa kesin, yine hırsızlık yaparsa yine kesin, yine yaparsa yine kesin”⁹⁵ rivayetle ilgili olarak “Tahâvî bu hadisi hadis kaynaklarında bulamadım demiştir” diyerek Şâfî'nin kabul ettiği bu rivayeti hadis kaynaklarında araştırmadan Tahâvî'yi kaynak göstererek tenkit eder. Hâlbuki bu hadis dipnotta da belirttiğimiz

⁹² Karabâğî, Hac bölümünde Safa ile Merve'den bahsederken *Medârik* tefsirinden harfî alıntı yaparak şöyle der: Allâme Neseî (rahimehüllah) *Medârikü't-Tenzîl ve Hakâikü't-Te'vîl* isimli tefsirinde şöyle demiştir: Safâ tepesinde İsâf, Merve'de ise Nâile isminde iki put vardı. Rivayete göre bunlar bir kadın ve bir erkek idiler. Zina ettiler ve taş oldular. İnsanlar ibret alsın diye Safâ ile Merve'ye bu iki taş dikildi. Fakat aradan uzun bir zaman geçtikten sonra insanlar sa'y yaparken bu iki taşa dokunmaya başladılar. İslam gelip putları kırıp yok edince Müslümanlar cahiliyye âdetidir diyerek Safâ ile Merve arasında sa'yetmeden kaçındılar. Ayette geçen فلا جناح ifadesiyle bu sakınca ortadan kaldırılmış oldu.

فلا جناح ifadesi aynı zamanda Safâ ile Merve arasında sa'y yapmanın Malîk ve Şâfî'nin dediği gibi

rükün olmadığının bir delilidir. *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 57b.

⁹³ El-İhtiyâr hadislerinin tahririni yapan Hafız Kâsım b. Kutluğboğa Karabâğî'nin muasırıdır. (ö. 879).

⁹⁴ Ribâ konusunda hurmanın hurma ile satışından bahsederken بيع الرطب بالتمر “yaş hurmanın kuru hurma ile satışının Ebû Hanîfe'ye göre caiz olduğunu, İmâmeyn'e göre câiz olmadığını” söyler. Sonra İmamların istidlal ettikleri hadisleri zikreder. Ebû Hanîfe'nin görüşünü tercih eden Karabâğî, İmâmeyn'in görüşüne medâr olan hadisi rivayet eden râvilerden, Zeyd b. Ayâş (r.a)'ın zayıf olduğunu söyleyerek tercih sebebini belirtir. *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 76b.

⁹⁵ el-İmam Hâfız Ali b. Ömer Dârakutnî, *Sünenü Dârakutnî*, thk. Şeyh Âdil Ahmed Abdü'l-Mevcûd, Dârü'l-Ma'rife, Beyrut 2001. III, 102.

üzere Dârakutnî'nin *Sünen*'inde mevcuttur. Diğer taraftan bazı mevzu rivayetleri doğrudan eserine almış olması hadis rivayeti açısından gerekli hassasiyeti göstermediğini hadis rivayetine dair bu değerlendirmesinin tamamen mezhep anlayışından kaynaklandığını ortaya koymaktadır.⁹⁶ Nitekim *Şerhu'l-Muhtâr*'daki hadislerin kaynaklarını araştırırken bazı rivayetleri muteber kaynaklarda bulamayışımız, Karabâğî'nin hadisleri doğrudan kendisinden önceki fıkıh kaynaklarından alıp hiç sorgulamadan eserine alıp naklettiğini göstermektedir.

2.3.6.3. Fıkıh Kaynakları

(1) *el-İhtiyâr liTa'lîl'l-Muhtâr*

Eserin yazılış nedeni bölümünde izah ettiğimiz gibi Abdulganî Karabâğî *Şerhu'l-Muhtâr*'ı *el-İhtiyâr*'da gördüğü bazı eksiklikleri gidererek daha muhtasar ve sistematik bir şerh yazmak gayesiyle kaleme aldığını ifade etmektedir. Ancak bu, Karabâğî'nin Mevsılî'nin şerhi olan *el-İhtiyâr*'dan tamamen bağımsız bir şerh yazdığı anlamına gelmemektedir. Şerh ve hâşiyeler dönemi diyebileceğimiz Hicrî VII. Ve VIII: yüzyıllarda yazılan şerhlere baktığımız zaman birbirlerinden tamamen müstakil olduklarını söylememiz oldukça zordur. Aynı durum tefsir hadis alanlarında yazılan şerh ve haşiyeler için de geçerlidir. Bu sebeple Karabâğî'nin *Şerhu'l-Muhtâr*'ı ile Mevsılî'nin *el-İhtiyâr*'ını karşılaştırdığımızda harfi harfine uyuşan birçok ifade ve ibare bulmak mümkündür. Hatta çoğu yerde kendi açıklamasını Mevsılî'nin açıklamasıyla destekleyerek “كذا في شرح المصنف” “Musannifin şerhinde de böyledir” ifadesini kullanmıştır. Ancak bir karşılaştırma yapacak olursak *Şerhu'l-Muhtâr*'la *el-İhtiyâr* arasında bariz farklılıkların olduğu görülür.

Herşeyden önce *Şerhu'l-Muhtâr*, *el-İhtiyâr*'a nazaran daha muhtasar bir eserdir.

Şerhu'l-Muhtâr metni, *el-İhtiyâr*'a kıyasla zamirlerin merciini tayin konusunda daha kolay, ibaresi akıcı bir üslupla yazılmıştır. *el-İhtiyâr*'da Şâfiî mezhebine ait görüşlerin detaylarına değinilmeyip sadece fıkıh tercihleri zikredilmiş, *Şerhu'l-Muhtâr*'da ise çoğu zaman Şafiî'nin görüşleri delilleriyle birlikte verilmiştir. *el-Muhtâr*'da mezhep içi (İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed) ve mezhep dışı (İmam Şâfiî ve Züfer) görüşlere rumuzlarla işaret edilirken Karabâğî'nin *Şerhu'l-Muhtâr*'ında

⁹⁶ استماع صوت الملاهي معصية والجلوس فيها فسق والتلذذ منها كفر rivayeti hiçbir hadis kitabında bulunamamıştır. Karabâğî bu rivayetle ilgili hiçbir kritik yapmadan kendinden önceki kaynaklardan alarak doğrudan nakletmiştir. *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 252a.

böyle bir usüle rastlanmamıştır.

(ii) *Şerhu'l-Muhtâr* شرح المختار

Hattâb b. Ebu'l-Kâsım el-Karahisârî'ye⁹⁷ (ö. 730) ait olan bu şerh Karabâğî'nin *Şerhu'l-Muhtâr*'da ismini hiç zikretmediği ancak kendisinden birçok harfî alıntı yaptığı en önemli kaynaklardandır. Öyle ki, Karabâğî'nin *Muhtâr* şerhi, Mevsilî'nin *el-İhtiyâr*'ı ile Karahisârî'nin şerhi esas alınarak yazılmış diyebiliriz. Karahisârî'nin *Şerhu'l-Muhtâr*'ı da tahkiki henüz yapılmamış mahtut eserlerdendir. Ancak bir nüshasını temin ederek çalışmamız esnasında zaman zaman karşılaştırmalar yapıp doğru bir metin oluşturmaya çalıştık.

(iii) *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedi* الهداية شرح بداية المبتدي

Burhaneddin Ali b. Ebi Bekr el-Merğînânî'nin (ö. 593) *Bidâyetu'l-Mübtedi* isminde, İmam Muhammed'in (ö. 189) *el-Câmiu's-Sağîr*'i ile Kudûrî'nin (ö. 428) *Muhtasar*'ını birleştirerek oluşturduğu metin üzerine yazdığı şerhin adıdır. *Hidâye* Hanefi mezhebinin en önemli fıkıh kitaplarından birisidir. Bunun en büyük delili, bütün bir fıkıh tarihi boyunca hiçbir kitaba nasip olmayacak kadar üzerinde ihtisar, şerh, hâşiye, ta'lik ve tahric türünden sayısız çalışmanın yapılmış olmasıdır.⁹⁸ Merğînânî, ilim talebelerinin İmam Muhammed'in *el-Câmi'u's-Sağîr*'i ile Kudûrî'nin *Muhtasar*'ına olan ilgilerini görünce bu iki kitabın meselelerini *Bidâyetu'l-Mübtedi* adında bir kitapta birleştirmiş ardından bu kitabını *Kifâyetü'l-Müntehâ* ismiyle 80 cildi bulduğu söylenen büyük bir hacimle şerhetmiştir.⁹⁹ *Hidâye* mukaddimesinde söylediği gibi, *Kifâye*'nin gayet uzun olması ve ilim ehline ilgi gösterilmeyeceği endişesi ile *Bidâye*'yi *Hidâye* isminde tekrar şerh etmiştir.¹⁰⁰ *Hidâye* kendisinden sonra telif edilen bütün Hanefî kitaplarında referans olarak kabul edilmiş, muhtemelen içeriği üzerine yapılan çalışmalarla tüketilemediği için geçen asra kadar şerh edilmeye devam edilmiştir.¹⁰¹ Karabâğî'nin *Hidâye*'ye olan ilgisi kendisinden önce ve sonra gelen âlimlerden aşağı

⁹⁷ *Keşfu'z-Zünun*, V, 284.

⁹⁸ *Hidâye*'yi tanıtan kitaplarda *Hidâye*'nin bu özelliğine vurgu yapmak için şu beyitler dile getirilmiştir.

(إن الهداية كالقرآن قد نسخت - ما صنفوا قبلها في الشرع من كتب - فاحفظ قواعدها واسلك مسالكها - يسلم مقالك من زيف ومن كذب)

Keşfu'z-Zunûn, II, 816.

⁹⁹ *Hidâye* ver şerhleri için bkz. Taşköprizâde Ahmed b. Mustafa, *Miftahu's-seâde ve Misbâhu's-siyâde fi Mevzûâtî'l-Ulum*, Daru'l-Kutbi İlmiyye, Beyrut 2002, s. 237-246.

¹⁰⁰ İbnü'l-Hümmâm, *Fethu'l-Kadîr*, I, 6-7.

¹⁰¹ Abdulhayy el-Leknevî'nin (ö. 1304) şerhi muhtemelen *Hidâye*'nin son şerhlerinden birisidir. Bu şerh hicri 1417'de Pakistan'da basılmıştır.

olmamıştır. Nitekim *Şerhu'l-Muhtâr*'da yaklaşık yüz yerde *Hidâye* ve şerhlerine atıflarda bulunmuş, kimi zaman açıkça isim vermese de *Hidâye*'nin ibarelerini olduğu gibi iktibas etmiştir. Bazan “daha geniş bilgi isteyen *Hidâye*'ye müracat etsin” diyerek, bazan de “mesele delilleriyle birlikte *Hidâye*'de vardır” “bu konu *Hidâye*'de de böyledir” diyerek *Hidâye*'yi referans göstermiştir. *Şerhu'l-Muhtâr*'da *Hidâye* yanında *Hidâye* şerhlerine de bolca müracaat edilmiştir. Karabâğî'nin *Hidâye* şerhlerine olan atıflarına bakılınca bu şerhlerin onun elinde mevcut olduğu söylenebilir. *Şerhu'l-Muhtâr*'da referans gösterilen *Hidâye* şerhleri şunlardır:

(iv) *en-Nihâye* النهاية: Husâmuddin Huseyin b. Ali es-Siğnâkî'nin (ö. 711)

şerhidir. Söylenildiğine göre *Hidâye* üzerine yazılan ilk ve en geniş şerhtir.¹⁰² Karabâğî bir görüşü dile getirdikten sonra ya görüşünü desteklemek amacıyla كذا في النهاية “Nihâye’de de böyledir” diyerek, yahut da kendi görüşüne muhalif olan görüşü وفي النهاية “Bu konu Nihâye’de şöyledir” diyerek alıntı yapar.¹⁰³

(v) *el-Kifâye Şerhu'l-Hidâye* الكفاية شرح الهداية: Celâluddîn b. Şems el-Harezmî el

Kürlânî'nin (ö.?)¹⁰⁴ şerhidir. *Nihâye* sahibi es-Siğnâkî ve *Keşfu'l-Esrâr* sâhibi Abdulaziz el-Buhârî'nin (ö. 730) öğrencilerindendir.¹⁰⁵ Karabâğî *Şerhu'l-Muhtâr*'ında yaklaşık doksan yerde *Hidâye* ve *Hidâye* şerhlerini kaynak olarak gösterir. *Hidâye* şerhlerini ayrı ayrı zikretmek yerine *Şerhu'l-Hidâye* tabirini kullanmayı tercih etmiştir. Buna rağmen *el-Kifâye*'nin ismini zikrederek de bahsettiği olmuştur.

¹⁰² *Keşfu'z- Zunûn*'da Siğnâkî'nin *Hidâye* sahibinin öğrencisi olduğu kayıtlıdır. Ancak yaşadıkları döneme bakılınca Merginânî ile Siğnâkî arasında hoca talebe ilişkisinden söz etmek mümkün değildir. Bkz. *Keşfu'z- Zunûn* V, 562; Taşköprüzâde, *Miftahu's-Seâde*, II, 240. El-Leknevî, Abdulhayy, *el-Fevâidu'l-Behiyye fî Terâcimi'l-Hanefiyye*, thk. Ahmed Zu'bî, Daru'l- Erkâm b. Ebi'l- Erkâm, Beyrut 1008, s. 106-107.

¹⁰³ Karabâğî gasb konusunda şöyle der: “mağsub helak olur da gâsip ile mâlik mahkemelik olurlarsa; mağsubun kıymeti konusunda söz, yeminle birlikte gasıbdır. Fakat mâlik mağsubun kıymetinin fazla olduğuna delil getirirse o zaman mâlikin sözüne itibar edilir ve hüküm ona göre verilir. Gâsip mağsubun kıymetinin fazla olmadığına delil getirirse bu kabul edilmez. *Nihâye*'de şöyle denmiştir: “İmamlarımızdan biri yeminin iskatı için bunun kabul edileceğini söylemiştir” *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 157a.

¹⁰⁴ “*Mesâdiru İbn Âbidîn*” adlı kitapla Hanefî mezhebi kitaplarını güzel bir şekilde tanıtan Luey el-Halilî, *el-Kifâye* sahibinin vefatını hicri 676 olarak vermiştir. Bkz. Luey el-Halilî, *Âlâu'l- Muhâr fî Tahrîcî Mesâdiru İbn Âbidîn*, Dâru'l-Feth, Amman 2010, II, 666-668. Ancak bu tarihin doğru olmadığını düşünüyoruz. Zira el-Kürlânî'nin biyografisini anlatan âlimlerin tamamı onun, *Nihâye* sahibi es-Siğnâkî (ö. 710) ve Abdulaziz el-Buhârî'den (ö. 730) ders okuduğunu söylemişlerdir. Ölüm tarihleri dikkate alındığında 676 tarihinin el-Kürlânî'nin ölüm tarihi olarak verilemeyeceği açık olup bu tarih muhtemelen hicri 750 civarı olmalıdır.

¹⁰⁵ Abdulhayy, el-Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye fî Terâcimi'l-Hanefiyye*, thk. Ahmed Zu'bî, Daru'l- Erkâm b. Ebi'l- Erkâm, Beyrut 1998, s. 100-101.

(vi) *el-Înâye* العناية

Ekmeluddin el-Bâbertî'nin (ö. 786) şerhi olup Karabâğî'nin fıkıh kaynaklarındandır.

(vii) *Fevâidü'l-Kudûrî* فوائد القدوري

Karabâğî, *Fevâidü'l-Kudûrî*'yi kaynak olarak gösterirken;

وذكر الإمام بدر الدين في فوائد القدوري

“İmam Bedreddin *Fevâidü'l-Kudûrî*'de şöyle demektedir” ifadesini kullanır. Yapmış olduğumuz araştırmada *Fevâidü'l-Kudûrî* isimli eserin Karabâğî'nin İmam Bedreddin olarak zikrettiği Bedrettin Muhammed b. Mahmûd el-Kerderî'ye (ö.651) ait olmayıp Ebû Bekir Hâherzâde'ye (ö. 483) ait olduğu tespit edilmiştir. Karabâğî, Hâherzâde lakabıyla anılan İmam Bedreddin (ö. 651) ile yine Hâherzâde olarak biline Ebûbekir Hâherzâde'yi (ö. 483) karıştırmıştır. Nitekim *İslâm Ansiklopedisi* Hâherzâde maddesinde bu konuya temas edilirken şöyle denmiştir: “...Öte yandan aynı kütüphanenin Nâfiz Paşa bölümünde bulunan (nr. 274) *Fevâidü'l-Kudûrî*'nin üzerinde yine müellif olarak Hâherzâde lakabıyla tanınan Bedrettin Muhammed b. Mahmûd el-Kerderî'nin (ö. 651) adı yazılı ise de yapılan incelemede bu eserin de Ebû Bekir Hâherzâde'ye (ö. 483) ait olduğu anlaşılmıştır.”¹⁰⁶

Sonuç olarak Karabâğî'nin *Fevâidü'l-Kudûrî* sahibi diye bahsettiği Hâherzâde lakaplı kişinin, İmam Bedreddin Mahmûd el-Kerderî (ö. 651) olmayıp, yine aynı lakapla (Hâherzâde lakabıyla) bilinen Ebû Bekir Hâherzâde (ö. 483) olduğu anlaşılmıştır.

Hâherzâde, Ebû Bekir b. Muhammed b. Hüseyin b. Muhammed el-Buhârî (ö. 483) *Şerhu Muhtasari'l-Kudûrî*, *Fevâidü'l-Kudûrî*, gibi eserlerin sahibi Hâherzâde, *Şerhu'l-Muhtâr*'ın kaynakları arasında yer almaktadır.

(viii) *Şerhu Vikâyeti'r-Rivâye fî Mesâilî'l-Hidâye* شرح وقاية الرواية في مسائل الهداية

Vikâye, Tâcuşşerîa Mahmud b. Ahmed el-Mahbûbî'nin (ö. 673) kitabıdır. Kitabını torununun ezberlemesi için *Hidâye*'nin meselelerini özetleyerek oluşturmuştur.

¹⁰⁶ Ferhat Koca, “Hâherzâde”, *DİA*. XV, 135.

Kitap Hanefi mezhebinde meşhur olmuş ve dört muteber fıkıh metninden biri olarak kabul edilmiştir. Başta Tâcuşşerîa'nın torunu olmak üzere pek çok fakih *Vikâye* üzerine şerh yazmıştır.¹⁰⁷ Karabâğî *Şerhu'l-Muhtâr*'da *Şerhu'l-Vikâye* diyerek pek çok defa bu metne ve şerhine atıfta bulunmuştur. Bahsi geçen şerhin *Vikâye* sahibinin torunu olan aynı zamanda *Vikâye*'yi *en-Nükâye* isminde özetleyen Sadruşşerîa Ubeydullah b. Mesûd el-Mahbûbî (ö. 747) olduğunu Karabâğî'nin her defasında قال صدر الشريعة رحمه الله في شرح الوقاية

“Sadrü's-Şerîa (r.h) *Vikâye* şerhinde şöyle demiştir” ifadesinden tespit etmiş bulunuyoruz. Karabâğî *Şerhu'l-Vikâye*'nin dışındaki kaynakları ya sadece eser ismini vermiş veya müellifin adını zikrederek kaynak göstermiştir. *Şerhu'l-Vikâye*'yi kaynak gösterirken ise her defasında müellif Sadrü's-Şerîa ile birlikte zikretmiştir. Böylece *Vikâye*'nin birçok şerhi içerisinde Sadrü's-Şerîa'nın şerhinden alıntı yaptığına işaret etmiştir.¹⁰⁸

(ix) *Hulâsatu'l-Fetâvâ* خلاصة الفتاوى

Tahir b. Ahmed Abdurreşîd el-Buhârî'nin (ö. 542) kitabıdır. Müellif, kitabının mukaddimesinde söylediğine göre bu alanda *Hizânetu'l-Vâkıât* ve *en-Nisab* isminde iki kitap yazmış, ardından öğrencilerinin isteği ile anlaşılması daha kolay olsun diye bu iki kitabın meselelerini kapsayan *Hulâsa*'yı kaleme almıştır. Ayrıca müftülerin, aradıkları konulara daha kolay ulaşabilmeleri için her bölümün başında orada işleyeceği konuları ve fasılları özet olarak vermiştir.¹⁰⁹

Şerhu'l-Muhtâr'da, özellikle güncel mevzûların ele alındığı yerlerde *Hulâsa*'dan alıntı yapılmıştır. Karabâğî, fâsid icâre bölümünde *el-Muhtâr* metnindeki “ücret karşılığında hac yapma, Kur'an okuma, müezzinlik ve imamet gibi ibadetleri yapmak üzere icârenin caiz olmadığı” görüşünü zikrettikten sonra bu hükmün detaylarını şöyle açıklar: “Kuran okuma veya ibadetler karşılığında ücret alma; bir kimsenin, benim adıma hac ibadeti yapman veya Kuran okuman mukabilinde seni şu kadar ücret karşılığında kiraliyorum, demesidir. Ancak icare kelimesini kullanmazsa bu caizdir. *Hulâsa*'da şöyle denmiştir: İcare kelimesi olmasa bile müezzin ve imamın ezan ve imameti karşılığında bir ücret alması caiz değildir. Ancak insanlar bu kişinin

¹⁰⁷ *Vikâye* ve şerhleri hakkında bkz. *Keşfu'z-Zunûn*, II, 806;807,808. Halîlî, *Mesâdiru İbn Âbidîn*, II, 680-685.

¹⁰⁸ Karabâğî'nin *Şerhu'l-Vikâye*'den yapmış olduğu alıntılar için bkz. *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 90a, 124b.

¹⁰⁹ Tâhir b. Ahmed Abdurreşîd el-Buhârî, *Hulâsatu'l-Fetâvâ*, Diyanet İşleri Başkanlığı Kütüphanesi, nr. 2454, vrk. 5.

ihtiyaçlarına vakıf olur da biriktirmiş oldukları şeyleri hediye olarak verirlerse bunda bir beis yoktur. Çünkü bu, ücret demek değildir.”¹¹⁰

(x) *El-Kâfi Şerhu'l- Vâfi* الكافي شرح الوافي

Ebu'l-Berekât Abdullah b. Ahmed Hâfızuddin en-Nesefî'nin (ö. 710) kitabıdır. Nesefî, öncelikle *el-Vâfi* ismini verdiği kitabında İmam Muhammed'in (ö. 189) *el-Câmi'u's- Sağîr*, *el-Câmi'u'l-Kebîr* ve *ez-Ziyâdât* adlı kitaplarının meselelerini bir araya getirmiş ardından bu kitabı *el-Kâfi* ismiyle şerh etmiştir.¹¹¹ *El-Kâfi*, *Şerhu'l-Muhtâr*'da kendisinden en fazla istifade edilen kaynaklardan bir tanesidir. Karabâğî çoğu zaman كذا في الكافي “*Kâfi*'de de böyledir”, قال صاحب الكافي “*Kâfi* sahibi şöyle demiştir” قال في الكافي “(hoca) *Kâfi*'de şöyle dedi” ifadelerini kullanmıştır. Sadece bir yerde كذا في شرح الوافي “*Vâfi* şerhinde de böyledir” ibaresiyle alıntı yapmıştır. Yaklaşık on yerde كذا في الهداية والكافي “*Hidâye* ve *Kâfi*'de böyledir” diyerek *Şerhu'l-Muhtâr*'da çokça istifade ettiği bu iki temel kaynağı beraber anmıştır. Bu türden alıntılar *Kâfi*'nin, Karabâğî'nin elinin altında olduğuna delalet etmektedir.¹¹²

2.3.7. Şerhu'l-Muhtâr'da İstifade Edilen Diğer Fıkıh Kaynakları

Şerhu'l-Muhtâr'da, yukarıda ismi zikredilen kitapların dışında kendisinden istifade edilen başka fıkıh kaynakları da bulunmaktadır. Bu kaynaklardan aşağıda kısaca bahsedeceğiz.

(i) *Tuhfetu'l-Fukahâ* تحفة الفقهاء: Alâuddîn Muhammed b. Ahmed es-

Semerkindî'nin (ö. 539) kitabıdır. Kudûrî'nin *el-Muhtasarı*'na bazı meseleleri ekleyerek oluşturmuştur.¹¹³ Kitap, Kâsânî (ö. 583) tarafından *Bedâ'iu's-Sanâ'i' fî*

¹¹⁰ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 88a.

¹¹¹ *Keşfu'z-Zunûn*, II, 789. Kitap henüz mahtut haldedir. Ancak doktora tezi olarak birkaç araştırmacı tarafından tahkik edilmektedir.

¹¹² Karabâğî, *el-Kâfi*'den bazen kendi görüşünü desteklemek için alıntı yaparken bazen de *el-Muhtâr*'ın görüşüne muhalif görüşleri beyan etmek için alıntı yapmıştır. Nikâhta vekâlet konusunda *el-Muhtâr* metninde “Bir kimse nikâhın iki tarafını asâleten ve vekâleten üstlenebilir. Bir kadın kendisini evlendirmek için bir erkeği vekil tayin edebilir. *el-Kâfi*'de şöyledir: Bir kadın kendisini evlendirmek için bir erkeği vekil tayin etse de o erkek de kadını kendine nikahlasa bu caiz değildir. Çünkü kadın erkeği kendisini başkasıyla nikâhlamak üzere vekil kılmıştır, kendisine nikâhlasmın diye vekil kılmamıştır.” *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 170a.

¹¹³ Bkz. es-Semerkindî, *Tuhfetu'l-Fukahâ*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1984, I, 3-4.

Tertîbi's-Şerâ'i adıyla şerh edilmiştir. Kitaptan, *et-Tuhfe* ismiyle bir yerde bahsedilmektedir.

(ii) **Manzûmetü'n-Nesefî fi'l-Hilâf** منظومة النسفي في الخلاف: Necmeddin en-Nesefî'nin (ö. 537) kitabıdır. İsminde de anlaşıldığı gibi Hanefi mezhebi içindeki ihtilaflı konular ile Şafiî ve Malik'in görüşlerini nazım tarzında işlemiştir. Toplam 2669 beyitten oluşmaktadır. Manzûme kendisinden sonra telif edilen pek çok fıkhi metne esas teşkil etmiştir. Nitekim Karabâğî'nin *Şerhu'l-Muhtâr*'da kendisinden çokça istifade ettiği İbnü's-Sââtî'nin *Mecma'u'l-Bahreyn* adlı eseri, Kudûrî'nin *el-Kitâb*'ı ile Manzûme'den müteşekkildir. *Şerhu'l-Muhtâr*'da, Manzûme ve şerhlerine birçok kez atıfta bulunulmuştur. Yirmiden fazla yerde kaynak gösterilen bu eserlerden alıntı قال صاحب المنظومة “nazım sahibi şöyle demiştir” şeklinde yapılmıştır. Nesefî'nin Manzûme'siyle birlikte şerhleri de Karabâğî'nin kaynakları arasındadır. *Şerhu'l-Muhtâr*'da ismi anılan *Manzûme* şerhleri şunlardır:

(a) **el-Müstesfâ** المستصفى: Ebu'l-Berekât Hâfızuddin en-Nesefî'nin (ö. 710) *Manzûme* üzerine yazdığı şerhtir. Nesefî daha sonra bu şerhini *el-Musaffâ* adında özetlemiştir.¹¹⁴ Karabâğî *Şerhu'l-Muhtâr*'da her iki kaynağa da atıfta bulunmuştur.

(b) **Hakâiku'l-Manzûme** الحقائق المنظومة: Ebu'l-Mehâmid Muhammed el-Efşencî'nin (ö. 671) şerhidir.¹¹⁵

(iii) **Ebü İshâk es-Saffâr el-Buhârî el-Hanefî** (ö. 534), Karabâğî'nin kaynakları arasındadır. Ölüye telkin yapmanın caiz olduğunu söylerken es-Saffâr'ı kaynak göstermiştir.¹¹⁶

(iv) **el-Mebsût** المبسوط: Şemsu'l-Eimme Ebu Bekr Muhammed b. Muhammed es-

¹¹⁴ Nesefî, *Musaffâ* adlı kitabının sonunda şunları söylemektedir: “Manzûme üzerine gayet faydalı olan *el-Müstesfâ* adlı şerhi yazdıktan sonra bazı öğrencilerim bu şerhin çok uzun olduğunu, hacmi daha küçük bir kitap haline getirmem için bana ricada bulundular. Bende onların hatırını kırmamak için orta hacimli *el-Musaffâ* adlı kitabı kaleme aldım.” Bkz. Nesefî, *el-Musaffâ*, yy. ts. vrk. 205.

¹¹⁵ Bkz. *Keşfu'z-Zunûn*, II, 695; Luey el-Halilî, *Âlâu'l-Muhâr fî Tahrîcî Mesâdiru İbn Âbidîn*, Dâru'l-Feth, Amman 2010, II, 612-619.

¹¹⁶ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 177b.

Serahsî'nin (ö. 490) el-Hâkim eş-Şehîd'in (ö. 334) *el-Kâfi* adlı muhtasarı üzerine yazdığı otuz ciltlik dev eseridir. Serahsî'nin *el-Mebsût*'u Karabâğî'nin en önemli kaynaklarından. *Şerhu'l-Muhtâr*'da hem doğrudan eserin ismi olan المبسوط ile hem de müellifin ismi السرخسي adıyla tasrih edilerek kendisinden alıntılar yapılmıştır. Karabâğî bu alıntıları bazen hiç sorgulamadan eserine almıştır. Bunun en çarpıcı örneği, daha önceki fıkıh kaynaklarında olmadığı halde Serahsî'nin *el-Mebsût*'unda zikredilen, aynı koyundan süt emen çocukların sütkardeş olacağına dair Buhârî sahibi Muhammed b. İsmâil'in (ö. 256) fetva verdiği dair rivayeti Serahsî'den alıp aynen nakletmesidir. Karabâğî, *el-Muhtâr* metninde geçen "bir koyundan emenler arasında sütkardeşliği cereyan etmez" hükmünü şerh ederken şöyle der: "Çünkü insan ile hayvan arasında cüz'iyet sözkonusu değildir. Esasen haramlık cüz'iyete itibarladır." Karabâğî buraya kadar olan açıklamasını Mevsilî'nin el-İhtiyâr'ından aynen alıp nakletmiştir. Ancak bundan sonra *el-Muhtâr*'da olmayan şu rivayeti zikretmiştir:

"Hadis sahibi Muhammed b. İsmâil (ö.256) aynı koyundan süt emmekle sütkardeşliğin olacağına dair fetva vermiş ve bu nedenle Ebû Hafs el-Kebîr (ö. 217) onu Buhârâ'dan çıkarmıştır."¹¹⁷

(v) **El-Vecîz** الوجيز : Ebu Hâmid Muhammed b. Muhammed el-Gazzâlî'nin (ö.

505) furûu fıkha dair yazdığı üç eserinden en kısa olanıdır. İsminde de anlaşıldığı gibi, gayet özlü olan bu kitabında, Gazzalî başta Ebu Hanîfe olmak üzere Malik ve diğer mezheplerin görüşüne de değinmiş, görüş sahiplerine işaret etmek için rumuzlar kullanmıştır. *Şerhu'l-Muhtâr*'da Vecîz ismi üç yerde geçmiştir.

(vi) **Ez-Zehîra** الذخيرة: Malikî fakihlerinden Şihabü'ddin Ahmed b. İdrîs el-

Karâfî'ye (ö. 684) ait olan bu eser Karabâğî'nin Mâlikî mezhebine ait görüşlerini naklettiği kaynaktır.

Ebû Abdullah Muhammed b. Ömer b. Vâkid es-Sehmî el-Eslemî'nin (Vâkidî ö. 822) *Kitâbü'l-Megâzî*'si ile Ebû Bekir Muhammed b. İshâk b. Yesâr b. Hıyâr'ın (İbn İshâk ö. 768) *es-Sîretü'n-Nebeviyye* gibi eseri de *Şerhu'l-Muhtâr*'da zikredilen kaynaklardandır.

¹¹⁷ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 177b. Bu konu *el-Mebsût*'ta biraz daha detaylı bir şekilde anlatılmıştır. Bkz. Şemsu'l-Eimme Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl es-Serahsî, *el-Mebsût*, Dâru'l-Marife, Beyrut ts. III, 125.

Karabâğî salât-i havf (korku namazı) bahsinde siyer bilgisi verirken Zâtü'r-Rik'a seferinde Hz. Peygamber'in (a.s) bu namazı kıldırıldığından bahsetmiş ve kaynak olarak da bu iki tarihçinin sadece isimlerini zikretmiştir.¹¹⁸

Karabâğî'nin *Şerhu'l-Muhtâr*'ında eser veya müellifin ismini zikrederek vermiş olduğu kaynakların yanında adından diğerleri kadar bahsetmese de başta es-Saffâr, Ebû Abdullah Muhammed b. Abdullah b. Ahmed el-İsfehânî (ö. 339)¹¹⁹ ile Ebû Cafer el-Hinduvânî'yi (ö. 362) zikredebiliriz. Ayrıca *Şerhu'l-Câmi'il-Kebîr* sahibi Süleyman b. Nâsir b.Imrân el-Ensârî (ö. 512) ve Neseî'nin (ö. 537) *et-Talebe fî İstilahâtî'l-Fıkhiyye alâ Mezhebi Elfâzi Kütübi'l-Hanefiyye* isimli eserleri de Karabâğî'nin kaynakları arasındadır.

Karabâğî'nin kaynaklarını özellikle de fıkıh kaynaklarını zikrettikten sonra bundan sonraki bölümde *Şerh'ul-Muhtâr*'ın fikhî tercihleri ve bu tercihlerde kullandığı lafızlar izah edilecektir.

¹¹⁸ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 35b.

¹¹⁹ Ahmed b.Hanbel'den El-Müsned'i dinlemiş olan es-Saffâr muhaddistir. Şemsü'd-Dîn Muhammed b. Ahmed b. Osman, ez-Zehebî, *Siyer-i A'lâmi'n-Nübelâ*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrût 1998, XV, 437.

BÖLÜM III

KARABAĞI'NİN ŞERHU'L-MUHTÂR'DAKİ FİKHÎ TERCİHLERİ

Malum olduğu üzere Hanefi mezhebinde yazılan metin kitaplarının esasını İmam Muhammed'in (ö. 189) *zâhiru'r-rivâye* adıyla bilinen kitapları teşkil etmektedir.¹²⁰ *Zâhiru'r-rivâye* kitapları hicrî dördüncü asırda önce özetlenmiş,¹²¹ ardından özetlenen bu kitaplar hicrî IV. ve V. asırlarda fakihler tarafından şerh edilmiştir. Sonraki süreçte Cassas (ö. 370), Kudûrî (ö. 428) ve Serahsî (ö. 490) gibi Hanefi mezhebinde öncü sayılan şarihlerin yazdıklarının ışığında, yine *Zâhiru'r-Rivâye* kitapları esas alınarak yeni metinler oluşturulmuştur. Metin yazarları, kitap mukaddimelerinde te'lif gerekçelerini izah ederken, az sözle insanların ihtiyaç duyduğu daha fazla meseleyi bir araya getirme,¹²² önceki kitapların meselelerini ihtiva etme,¹²³ ezberlemeye imkân verecek kadar kısa olma,¹²⁴ sadece müfta bih görüşleri esas alma¹²⁵ ve diğer mezheplerin görüşlerine de atıfta bulunma gibi saiklerle bu metinleri oluşturduklarını belirtmişlerdir. Bu gerekçeler arasında, mezhepte muteber görülmüş ve kendisi ile fetva verilmeye layık görüşü belirleme önemli bir işlevdir. Bu işlevi önemli hale getiren nedenler arasında, Hanefi mezhebinin sadece Ebu Hanife'nin görüşleri ile sınırlandırılmayıp, fıkhi meleke ve ehliyet bakımından diğer mezhep imamlarından geri sayılamayacak Ebu Yûsuf ve İmam Muhammed gibi müçtehitlerin görüşlerini de kapsıyor olmasıdır.

Hanefi fetva usulünde fetva verirken her ne kadar Ebu Hanife'nin *Zâhiru'r-*

¹²⁰ *Zahiru'r-Rivaye* diye bilinen kitaplar şunlardır: *el-Camiu's-sağîr*, *el-Camiu'l-Kebîr*, *es-Siyeru'l-Kebîr*, *es-Siyeru's-Sağîr*, *ez-Ziyâdât* ve *el-Mebsût* diye de bilinen *el-Asl* kitaplarıdır. Bu kitapların tamamı İmam Muhammed'e aittir. Mezkûr kitaplara *Zahiru'r-Rivaye* denilmesinin sebebi, bu kitapların Muhammed'den tevatür veya meşhur yollarla nakledilmiş olmasındadır. Bkz. *İbn Âbidîn*, Muhammed Emîn, *Şerhu Manzûmati Ukûdi Resmî'l-Muftî*, (*Mecmûati Resâilu İbn Âbidîn içinde*), yy. ts. I, 16.

¹²¹ *Muhtasar* diye bilinen bu eserlerden ilki Tahâvî'ye (ö. 321), ikincisi Hâkim eş-Şehid'e (ö. 334), üçüncüsü ise Kerhî'ye (ö. 340) aittir.

¹²² Bkz. Mahmud, Burhânü'sşerîa, *Vikâyetü'r-Rivâye Fi Mesâili'l-Hidâye* (Sadruşşerîa şerhiyle beraber), thk. Salah Mahmud Ebu'l- Hâc, Müessesetu'l-Verrâk, Amman 2006, II, 4.

¹²³ Bkz. İbrahim, Halebî, *Multekâ'l- Ebhur*, thk. Vehbî Süleyman el- Gâvicî, Muessesetu'r- Risâle, Beyrut 1989, s. 9-10

¹²⁴ Bkz. İbn Sââtî, *Mecmeu'l- Bahreyn* vr. 2; Sadruşşerîa Ubeydullah, en- *Nukâye (Fethu Babi'l-Înâye şerhiyle)* thk. Ahmed İzzî İnâye IV, Dâru'l- Beydâ- Dâru İhyâu't- turas el Arabî, Beyrût 2005, I, 21-24.

¹²⁵ Bkz. Mevsilî, *el-İhtiyar*, I, 36.

Rivâye kitaplarında yer alan görüşleri esas olsa da aşağıda belirtilen sebeplerden dolayı mezhebin resmi görüşünün ne olduğunun tespiti, özellikle de hicrî V. asırdan sonra gelen Hanefi âlimleri için ayrı bir ehemmiyet arz etmiştir:

- 1-Kimi konularda Ebu Hanife'ye ait herhangi bir görüşün nakledilmemesi,
- 2-Aynı konuda Ebu Hanife'den birkaç rivayetin nakledilmesi,
- 3-Zahiru'r-rivaye kitapları dışında kalan rivayetlerin tercih edilmesini gerektiren bir sebebin olması,
- 4-Ebû Hanife ile öğrencilerinin yaşadıkları şartların farklı olması nedeniyle öğrencilerinin görüşü ile fetva verilmesini iktiza etmesi,
- 5-Umûmu'l-belvâ, zarûret ve örf gibi esasını maslahatın teşkil ettiği gerekçelerle Ebû Yûsuf ve Muhammed'in görüşlerini tercih etmeyi gerektirecek en azından bu gerekçeleri dikkate alarak rivayetleri değerlendirecek bir durumun olması,
- 6-Ele alınan konunun nevâzil diye tabir edilen mezhep imamları zamanında görülmemiş bir mesele olması. Hanefi mezhebi içinde bu türden meselelerin sayısı az değildir. Yukarıda sayılan etkenler, eldeki görüşlerden birini tercih etmek ve fetvanın bu veya şu görüşe göre olması gerektiğini belirleme ihtiyacını doğurmuştur.¹²⁶

Fetvâ usulü konusunda anlattığımız bu kurallar Mevsilî'nin *el-Muhtâr* ve şerhi *el-İhtiyâr lita'lîl-Muhtâr* ile bu şerhi kendisine doğrudan referans alan, Karabâğî'nin *Şerhu'l-Muhtâr*'ında da geçerlidir. Ancak Karabâğî'nin yer yer Mevsilî'den farklı düşündüğü veya *el-İhtiyâr*'da bahsedilmeyen bazı konuları gündeme getirdiği de olmuştur. Bunlara birkaç örnek verelim:

Örnek 1: Mevsilî *el-İhtiyâr*'ın el-cenâiz bölümünde telkin ile ilgili bilgi verirken telkinin sadece ölmek üzere olan kimseye yapılacağından bahsederek kabre konmuş olan ölüye telkinden hiç bahsetmez. Karabâğî ise cenaze bölümünde “ölümü yaklaşmış olan kimse kibleye çevrilir ve kelime-i şهادet telkin edilir” dedikten sonra

¹²⁶ Hanefi mezhebinde racih ile mercuh olan görüşü temyiz etmek hiçte kolay değildir ve hakikatte ciddi bir fıkhi birikimi gerektirir. Nitekim Ahmet Cevdet Paşa ve arkadaşları Mecelle'nin hazırlanış gayesini de açıkladıkları mazbatada bu gerçeği şöyle dile getirmiştir “...Bilindiği gibi fıkıh ilmi sahili olmayan bir deniz gibidir ve problemleri çözmek için gerekli olan inci mesabesindeki içtihatları çıkartmak ciddi bir ilmi maharet ile külli bir melekeyi gerektirir. Özellikle de Hanefi mezhebinde farklı tabakalara mensup birçok müçtehit görüş beyan etmiş olup aynı meselede birden fazla görüş ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte Şafî mezhebinde olduğu gibi bu görüşler bir süzgeçten geçirilmemiş yani dağınık vaziyette kalmaya devam etmiştir. Bu kadar farklı görüşler arasından sahih görüşü temyiz etmek ve seçilen içtihadı probleme tatbik etmek hiç te kolay değildir....” Bkz. *Mecelle*, Hikmet Yayınları, İstanbul ts. s. 8.

telkin konusunu tartışır.

“ölülerinize kelime-i şehâdeti telkin ediniz”¹²⁷ hadisindeki ölü kelimesinin gerçek ölü olmayıp ölüm kendisine yaklaşmış olan kimse olduğu şeklinde yorumlar. Dolayısıyla telkinin de ölmek üzere olan kimseye yapılması gerektiğini savunarak “Ölen kimse mü’min olarak ölmüşse telkine zaten ihtiyacı yoktur, şayet kafir olarak ölmüşse telkinin bir faydası olmaz” dedikten sonra وقيل إنه مجرى على “telkinin gerçekten ölüye yapılacağı da söylendi” diyerek yeni bir yaklaşımla konuyu ele alır. Telkinin aynı zamanda ölüye de yapılabileceği görüşünün Şafii mezhebine ait bir görüş olduğunu belirterek Kâdîhân’ın “...ölüye yapılacak telkinin faydası yoksa zararı da yoktur” görüşünü zikreder. Daha sonra İmam Zahid Saffâr’ın (ö. 339) “ölüye yapılacak telkin meşrudur, çünkü kişi kabre konduktan sonra ruhu iade olunur ve söylenenleri de anlar” şeklindeki görüşünü naklederek ölüye yapılacak telkinin meşrûiyyeti yönünde fikir beyan eder.¹²⁸ Böylece hem Mevsılî’nin görüşü karşısında bir görüş beyan etmiş hem de Şafii’nin görüşünü kabul ettiğini açıkça ifade etmiştir.

Örnek 2: Karabâğî, necaset konusunda balığın kanının necis olup olmadığını tartışırken, Ebû Yusuf’a göre balığın kanının necis olduğunu belirttikten sonra bu görüşün Mevsılî tarafından da tercih edildiğini söyler.¹²⁹ Karabâğî ise والأصح أنه ليس بنجس “esahh olan necis olmamasıdır” diyerek balığın kanının temiz olduğu fikrini tercih ettiğini belirtir. Gerekçesini balığın kanının gerçekte kan olmadığını iddia ederek açıklar.¹³⁰

Örnek 3: Mevsılî, الصحيح es-Sahîh olan görüşe göre kadınların ayaklarının namazda avret olmayıp namaz dışında avret olduğunu söylerken, Karabâğî, أصح olan

¹²⁷ Ebûl-Hüseyn, Müslim b. Haccâc, *Mevsûatü’s-Sünneti’l-Kütübî’s-Sitte ve Şürûhühâ, Sahîh-i Müslim*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992. “el-Cenâiz” 1.

¹²⁸ *Şerhu’l-Muhtâr*, vrk. 36a.

¹²⁹ “Balığın kanına gelince Ebû Yûsuf’a göre وأما دم السمك فعن أبي يوسف رحمه الله أنه نجس وهو المختار عند المصنف رحمه الله necistir. Musannife göre benimsenen de bu görüştür.”

¹³⁰ *Şerhu’l-Muhtâr*, vrk. 13a.

görüşe göre kadınların ayaklarının namaz dışında da avret olduğu görüşünü savunur.¹³¹

Örnek 4: “Bir kadın kendine denk olmayan birisiyle evlenirse velînin mahkemeye müracat edip aralarını tefrik etme yetkisi vardır” hükmünü açıklarken Mevsilî’nin de tercih ettiği “hâkimin hüküm verinceye kadar nikâhın sahih olduğu” görüşünü zikrettikten sonra kendi tercihinin şöyle açıklar: “Ebû Hanîfe’den gelen bir rivayete göre bu nikâh sahih değildir. Nitekim Kâdîhân’a göre de esah olan budur. Zamanımızda da tercih edilen görüş budur. Çünkü her velî mahkemeye usulüne uygun bir şekilde müracaat edemez. Her hâkim de adaletle hüküm veremez. İşte bu fesad kapısını kapatmak için kendisine denk olmayan birisiyle evlenen kadının nikâhının sahih olmaması gerekir.”¹³²

3.1. Mezhep İçi Tercihler ve Bu Tercihlerde Kullanılan İfadeler

Karabâğî, mezhep içinde fetvaya esas olan görüşü belirlerken diğer Hanefi fakihlerinin de yaptığı gibi tek bir ifade ile yetinmemiş farklı lafızlar kullanmıştır. Bu lafızları, فتوى lafzından türemiş olanlarla olmayanlar şeklinde iki kısımda ele alacak, ardından Karabâğî’nin mezhep imamlarından nakledilen görüşler arasındaki tercihlerine değineceğiz.

31.1. Fetva Lafzı ve Türevleri

Tespit ettiğimiz kadarıyla Şerhu'l-Muhtâr’da görüşler arasında tercih yapılırken fetva lafzı ve türevlerinden kullanılan ifadeler şunlardır¹³³:

el-Fetvâ alâ (الفتوى على): Fetva lafzının harfi cer olan (على)’ye takdim edilerek verildiği yerlerden birisinde Karabâğî şöyle demiştir: Teşrik tekbirleri arefe günü sabah namazından sonra başlayıp kurban bayramının birinci günü ikindi namzına kadar sekiz vakit devam eder. İmameyne göre ise kurban bayramının dördüncü günü ikindi namazına kadar devam eder. Karabâğî الفتوى على قولها "fetva İmameynin görüşü

¹³¹ Şerhu'l-Muhtâr, vrk. 17a.

¹³² Şerhu'l-Muhtâr, vrk. 171a.

¹³³ Hanefi kitaplarında kullanılan tercih lafızlarını (alâmâtü'l-iftâ), Muhammed Fıkhî Edebu'l-Müftî adlı halen mahtut halde bulunan risalesinde şöyle saymıştır:

“به يفتى، وعليه الفتوى، وبه يعتمد، وعليه الاعتماد، وبه تأخذ، وعليه العمل اليوم، وعليه عمل الأمة، وهو الصحيح، وهو الأصح، وهو الظاهر، به يفتى، وعليه الفتوى، وبه يعتمد، وعليه الاعتماد، وبه تأخذ، وعليه العمل اليوم، وعليه عمل الأمة، وهو الصحيح، وهو الأصح، وهو الظاهر، وهو الأوجه” Bkz. Fıkhî, Muhammed, *Risâletün fi Edebi'l-Müftî*, Süleymaniye Ktp. Serez, 3924, vr. 17-18.

üzere'dir"¹³⁴ diyerek bunu tercih etmiştir.

Aleyhi'l-fetvâ(عليه الفتوى): Harf-i cerrin takdim edilerek kullanıldığı tercih

bildiren bu lafız meâni ilmine göre fetva lafzının harf-i cerden önce zikredildiği lafızdan farklı olmalıdır. Zira bilindiği gibi, sonradan zikredilmesi gereken bir lafzın öncelenmesi hasr ifade eder. Buna göre “aleyhi'l-fetvâ” ifadesinin anlamı, “fetva yalnızca bu görüşe göredir” demek olacaktır. Bu lafzın kullandığı yerlerden birisinde Karabâğî şöyle der: “Mâ-i müsta'mel Şafii ve Mâlikî'ye göre hem temiz hem de temizleyicidir. İmam Muhammed şöyle demiştir: “Mâ-i müsta'mel temizdir, ancak temizleyici değildir. و عليه الفتوى "fetvâ bu minvaldedir"¹³⁵

Yuftâ bi/bihi(يُفتى به) : Fiilin harf-i cerden önce getirildiği bu ifade, “onunla fetvâ verilmiştir” anlamına gelmektedir. Aynı tarz ifadenin zahir isimle kullanıldığı da vakidir.

Örneğin, hisseli gayrimenkulün vakfedilmesi İmam Muhammed'e göre caiz değildir. Çünkü hibe ve sadaka gibi vakıf anında kabz iktiza eder. Müşâ olan mallarda bu caiz değildir. Ebû Yusuf'a göre ise câizdir. O'na göre vakıf mülkiyeti iskat etmekle gerçekleşmiş olur. Ancak و يفتى بقول محمد "fetvâ İmam Muhammed'in görüşüne göre verilir"¹³⁶

Bihî yuftâ (به يفتى): Harf-i cerin fetva lafzından önce getirilmesi şeklindedir. Bu ifade de “aleyhi'l-fetvâ” ifadesinde olduğu gibi hasr ifade etmektedir. Buna göre bu ifadenin anlamı: "fetva yalnızca bu görüşe göredir" demektir. Süs eşyası kullanmamaya yemin eden kişi inci gerdanlık takmış olsa Ebû Hanîfe'ye göre yemini bozmamış olur. İmameyn'e göre ise yemini bozmuş olur, و به يفتى "fetvâ sadece bu görüşe göredir."¹³⁷

3.1.2. Fetva Kelimesi Dışında Kullanılan Tercih Lafızları

Şerhu'l-Muhtâr'da fetva lafzı dışında tespit ettiğimiz mezhep görüşlerini ifade eden tercih lafızları şunlardır.

¹³⁴ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 35a.

¹³⁵ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 6a.

¹³⁶ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 151a.

¹³⁷ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 222a.

Bihî ne'huzu (به نأخذ): Bu ifade *Şerhu'l-Muhtâr*'da bir yerde geçmektedir.

Karabâğî, Ebû Hanîfe'ye göre kabirlerde Kur'an okumanın mekruh olduğu görüşünü zikrettikten sonra, İmam Muhammed'e göre bunun caiz olduğunu söyler. وبه نأخذ "Biz de bu görüşü benimsiyoruz" ifadesiyle tercihini belirtir. Ancak bir husus dikkatlerden kaçmamaktadır. وبه نأخذ ifadesi ne Mevsılî'nin *el-Muhtâr*'ında ne de *el-İhtiyâr*'ında geçmektedir. Karabâğî bu ifadeyi *el-Muhtâr*'ın farklı bir nüshasından almış olmalı ki doğrudan *el-Muhtâr* metninde zikretmiştir.¹³⁸

es-Sahih (الصحيح) *Şerhu'l-Muhtâr*'da, esas alınan görüşün ne olduğunun tespitinde kullanılan lafızların başında gelmektedir. Bu ifadenin kullanıldığı yerlerin birisinde Karabâğî şöyle der: "Sehiv secdesi bazılarına göre sünnettir. Sahih olan vacip olmasıdır. Çünkü sehiv secdesi tıpkı hacda işlenen cinayetlerin telafisi olan dem gibi namazdaki bir eksikliği gidermektedir."¹³⁹

el-Esah (الأصح): *Şerhu'l-Muhtâr*'da tercih lafzı olarak yaklaşık kırkbeş yerde kullanılmıştır. Bunlardan birisinde şöyle denilmiştir: "Alış-veriş yapan kimseler satım bedeli ve satım konusunda ihtilafa düşerlerse delil getirmeleri durumunda bu delil kabul edilir. Delil getiremezlerse karşılıklı yemin ettirilirler. Bu yemin ile alış-veriş akdi hâkim tarafından feshedilir. Alış-veriş akdinin hâkimin feshetmesine ihtiyaç olmadan kendiliğinden feshedildiğini savunanlar da olmuştur. Ancak esah olan birinci görüştür. (yani alış-verişin hâkim tarafından feshedilmesi)"¹⁴⁰

el-Muhtâr (المختار): Seçilmiş görüş anlamına gelen bu ifade ile *Şerhu'l-Muhtâr*'ın yaklaşık otuzbeş yerinde fetva tercihi yapılmıştır. Bu tercihlerden bir kısmı Mevsılî'ye ait olup Karabâğî'nin kendisinin de tercih ettiği görüşlerdir. Diğer bir kısmı da doğrudan Karabâğî'nin kendi tercihleridir. Bunlardan birisinde Karabâğî şöyle demiştir: "Bir kimse evlenmeyeceğine dair yemin etse de bir başkası kendisinin emri olmadan o kimseyi evlendirse, evlenmeyeceğine dair yemin eden kimse buna sözlü olarak izin vermişse yeminini bozmuş olur. Ama evlendirildiği kadının mehrini ödemek

¹³⁸ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 256a.

¹³⁹ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 27b.

¹⁴⁰ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk.112b.

suretiyle fiilî olarak izin vermişse benimsenen görüşe göre yeminini bozmuş olmaz.¹⁴¹

Bir başka yerde ise şöyle der: “Çöllerdeki kuyulara deve, sığır ve davar pislikleri düştüğünde bakılır; şayet pisliği gören kimse, bu pisliğin çok olduğu kanaatına varırsa kuyu pis olur. Şayet pisliğin çok olduğu kanaatı hasıl olmazsa kuyu pis olmaz. Bu mezhep sahibi (Ebû Hanîfe’nin) görüşüdür. Musannif nezdinde muhtâr olan da budur.”¹⁴² Bu ifadeyle Karabâğî’nin de bu görüşü tercih ettiğini anlıyoruz.

Vel-i’timad ale hâzâ (والاعتماد على هذا): Fetva tercihini ifade etmek için *Şerhu’l-*

Muhtâr’ın sadece bir yerinde kullanılmıştır. Kitâbü’l-ıtk (köle azad etme) bölümünde “bir kimse kölesine –ey kardeşim! –ey oğlum! derse, *Zâhirü’r-Rivâye* görüşe göre kölesi âzâd olmaz. Ebû Hanîfe’den gelen şâz bir görüşe göre âzâd olmuş olur. Ancak itimad edilen görüşe göre âzâd olmamasıdır.” diyerek bu ifadeyi kullanmıştır.¹⁴³

Ve huve’l-mu’temed (وهو المعتمد) : Bu ifade de yukarda geçtiği üzere kendisinden türetilen i’timad masdarında olduğu gibi sadece bir yerde, tilâvet secdesi bahsinde kullanılmıştır.

Fetva ve fetva ile alakalı konuların ele alındığı *Resmü’l-Müftî* veya *Edebü’l-Müftî* kitaplarında yukarıda verilen fetva tercihinde kullanılan lafızlardan her birinin aynı derecede olmadığı yazılıdır. Buna göre, ifade es-sahih, el-esah, el-ezhar, el-eşbeh gibi fetva lafzı ile birlikte verildiğinde fetva lafzının kullanılmadığı ifadelerden daha kuvvetlidir. *به يفتى* ifadesi, harf-i cerin sonra zikredildiği *عليه الفتوى* veya *به يفتى* ifadesinden

daha kuvvetlidir. *es-sahîh* (الصحيح) ifadesi ile *el-esah* (الأصح) ifadesi aynı müellif

tarafından aynı meselede kullanıldığında *el-esahh* tabiri ile yapılan tercih daha kuvvetli sayılır. Zira bu durumda aynı meselede biri sahih diğeri ise daha sahih iki görüş bulunmaktadır. Bu iki ifade iki ayrı müellif tarafından aynı meselede kullanıldığında, *es-sahîh* ifadesi ile yapılan tercih daha kuvvetli sayılır. Zira bu durumda *el-esah* diyen müellif diğeri müellif tarafından yapılan tercihin sahih olduğunu onaylamış olduğu halde *es-sahîh* diyen müellife göre diğeri görüş fasit olabilir.¹⁴⁴

¹⁴¹ *Şerhu’l-Muhtâr*, vrk. 223a.

¹⁴² *Şerhu’l-Muhtâr*, vrk. 6b.

¹⁴³ *Şerhu’l-Muhtâr*, vrk. 206b.

¹⁴⁴ Bkz. Destinâî, *Edebü’l-Müftî*, Süleymaniye Kütüphanesi, Esad Efendi bl., nr. 3782, vr. 3.; el-Fıkhî, Muhammed el-Aynî, *Risâletun fi Edebi’l-müftî*, Süleymaniye Kütüphanesi, Serez bl., nr. 3924, vr. 10-11; İbn Âbidîn, *Resmü’l-Müftî*, I, 37-40.

Fetva tercihlerinde kullanılan lafızlar arasındaki kuvvet derecesi, bu ifadeleri kullanan âlimlerden daha çok bu ifadelere göre fetva veren veya fetva naklinde bulunan kimseleri ilgilendirmektedir. Destînâî'nin *Edebü'l-Müftîn* adlı kitabındaki şu sözleri, anılan fetva lafızları arasındaki derece farkının ne olduğu bilgisinin, daha çok fetva verenleri ilgilendirdiğini kanıtlamaktadır:

“Fıkıh kitaplarında imamlardan yapılan rivayetin peşi sıra müellif; bu görüş daha sahihtir, filan bu görüşle fetva verdi, bu görüşle fetva vermekte bir beis yoktur veya fetvada bu görüş alınmıştır şeklinde bir ifade kullanmışsa, tercih edilen görüşe muhalif, insanlar için uygulaması daha kolay bir rivayetle fetva verebilirsin. Buna mukabil müellif, ilgili rivayeti verdikten sonra, sahih görüş budur veya fetva bu görüşe göredir veya bu görüşle fetva verilmiştir gibisinden bir ifade kullanmışsa, aksi rivayet insanlar için tatbiki daha kolay olsa da başka bir rivayetle fetva vermen caiz olmaz.”¹⁴⁵

Bizim için burada önemli olan Karabâğî'nin *Şerhu'l-Muhtâr*'da kullandığı tercih lafızları arasında bir fark görüp görmediği noktasındadır. Bu da ancak eser üzerinde yapılacak bir başka çalışmayla ortaya konulabilecektir.

Sonuç olarak, *Şerhu'l-Muhtâr*'da fetva tercihi yapılırken farklı ifadelerin kullanıldığı ortadadır. Hatta bazen fetva kelimelerini kullanmadan da tercihini belirttiğini de görmekteyiz. Kullanılan bu lafızların, tercih edilen görüşün aksi ile fetva verilemeyeceğini ifade edecek şekilde diğerinden farklı olup olmadığını kesin bir şekilde belirlemek, bizim tarafımızdan mümkün olmamıştır. Bununla birlikte edebu'l-müftî kitaplarındaki bir kısmı yukarıda da verilen kuralları *Şerhu'l-Muhtâr*'a tatbik ederek lafızları bu kurallara göre yorumlamak suretiyle bir sonuca varmak da mümkündür.

3.2. *Şerhu'l-Muhtâr*'daki Tercihlerle Diğer Hanefî Kitaplarındaki Tercihlerin

Mukayesesi

Mezhep imamlarından gelen rivayetler arasında veya mezhep imamlarından herhangi bir görüşün nakledilmediği konularda, meşayih diye tabir edilen fakihlerin görüşleri arasında Karabâğî tarafından yapılan tercihlerin, diğer Hanefî kitaplarındaki tercihlerle örtüşmesi veya farklı olması, konumuz açısından önem arz etmektedir. Zira böyle bir karşılaştırma Karabâğî'nin fıkıh anlayışının bizim için daha anlaşılır hale gelmesine katkı yapacağı gibi, tercihlerinde istifade ettiği kaynaklarla uyum oranı da

¹⁴⁵ Destînâî, *Edebü'l-Müftîn*, vrk. 3.

anlaşılmış olacaktır. Burada öncelikle tüm Hanefi kaynakları ile bir karşılaştırma yapma imkânımız olmadığı için Karabâğî'den önce yaşamış olan hanefî fakihlerinden ve *Şerhu'l-Muhtâr*'da kendilerinden azami derecede istifade edilmiş; *Hidâye*, Sadruşşerîa'nın *Vikâye* şerhi ve *Kâfî* olacaktır. *Şerhu'l-Muhtâr*'daki tüm tercihleri karşılaştırma tezimizin sınırlarını aşacağı için bir örnek vermekle yetineceğiz. Vereceğimiz örnek Karabâğî'nin fetva tercihlerinde diğer fakihlerden farklı bir duruşunun olup olmadığı konusunda ipuçları elde edeceğimizi umuyoruz.

Karabâğî'nin mezhep içindeki tercihleri noktasında vereceğimiz örnek kurucu imamlar da dâhil olmak üzere ilk dönem Hanefiler ile sonraki Hanefiler arasında farklı tercihlerin olduğu nafaka bahsinden vermek istiyoruz. Bilindiği gibi, İslam'da evli kadının nafakası kocasına aittir. Ancak kadının hakkı olan nafaka neye göre belirlenecektir?

Burada üç seçenek karşımıza çıkmaktadır:

- a. Kocanın mali durumu esas alınır.
- b. Kadının mali durumu esas alınır
- c. Her ikisinin mali durumu esas alınır.

Karabâğî bu meselede, Mevsilî'nin *el-Muhtâr* metninde zâhirü'r-rivaye olarak zikrettiği, aynı zamanda Şâfîi'nin de görüşü olan birinci şıkkı zikrettikten sonra sonra, *Hidâye*, *Kâfî*, *Şerhu'l-Vikâye* ve *Dürer*¹⁴⁶ gibi fıkıh kitaplarının tercihi olan üçüncü şıkkı tercih ederek وعليه الفتوى “fetva da buna göredir” cümlesiyle üçüncü şıkkı tercih ettiğini

ortaya koymuştur. Hanefi mezhebinin büyük âlimleri de zahiru'r-rivâyede nakledilen görüşü tercih etmişlerdir. Karabâğî meseleyi ele alırken öncelikle nafakada kadının durumu esas alınır diyen Malik'in görüşüne âdetâ şu âyetle “İmkânı olan imkânına göre harcama yapsın.”¹⁴⁷ “nafaka kadının haline göre değil, kocanın haline göre belirlenir” diyerek cevap vermiştir. Malik'in gerekçesi ise Hz. Peygamber'in Ebu Süfyân'ın karısı Hind'e söylediği “Kocanın malından maruf şekilde kendine ve oğluna yetecek kadar al”¹⁴⁸ sözüdür. Nafaka belirlenirken fetva da her ikisinin durumu da dikkate alınır. Yani ikisi de zengin ise zenginlik nafakası, ikisi de fakir ise fakirlik nafakası gerekir. Kadın fakir, koca zengin ise bu durumda kadının nafakası, zengin kadınların nafakasının

¹⁴⁶ Bkz. *Hidâye* (İnâye ve Fethu'l-Kadîr ile beraber), IV, 341-344; *Kâfî*, I, vr. 170; *Şerhu'l-Vikâye*, III, 128-129; *Dürer*, I, 413.

¹⁴⁷ Talak, 7.

¹⁴⁸ *Ebû Dâvud*, “el-Menâsik” 57.

altında, fakir kadınların nafakasının üstünde bir nafaka olur.”¹⁴⁹

Karabâğî'nin meseleyi ele alış tarzına bakılınca, öncelikle nafakada kocanın mali durumunun da etkili olacağına dair Malik'e cevap verdiğini, bunu ispatladıktan sonra da sadece kocanın haline itibar edilmeyeceğini, Hind hadisinin delalet ettiği gibi, kadının haline de bakmak gerektiğini belirterek fetvanın buna göre olacağını söylediğini görüyoruz. Bununla birlikte *Şerhu'l-Muhtâr*'da genelde zahiru'r-rivaye olarak imamlardan nakledilen görüşe özellikle vurgu yapıp Kerhî vb. âlimlerin tercihlerine işaret edildiğini müşahade ediyoruz.

Karabâğî'nin *Şerhu'l-Muhtâr*'da Hanefi mezhebi içindeki görüşlerden birini tercih etmesi ile alakalı yukarıda verilen örnekten şu sonuçlara ulaşabiliriz.

a. Yapılan tercihler genel olarak Hanefi mezhebinde muteber kabul edilen kitapların tercihiyle örtüşmektedir.

b. Tercihler “fetva buna göredir veya sahih olan budur” demekle beraber çoğu zaman gerekçeleri ile birlikte verilmiştir.

c. Fetva usulünde zahiru'r-rivâye görüşleri esas olsa da bazen farklı gerekçelerle mezhep imamlarından nisbeten daha zayıf kanallarla gelen nâdiru'r-rivaye sayılan görüşler tercih edilebilmiştir.

3.3. Diğer Mezheplere Yapılan Atıflar

(İ) Şafii Mezhebi: *Şerhu'l-Muhtâr*'ın özelliklerinden bahsederken eserin kısmen mukayeseli metodla yazılmış bir fıkıh kitabı olarak kabul edilebileceğini söylemiştik. Bu meyanda eserde ele alınan konuların neredeyse tamamı Şâfiî fıkıhı ile karşılaştırmalı ve müdellel olarak ele alındığı söylenebilir. *Şerhu'l-Muhtâr*'da dört yüzden fazla yerde Şafii mezhebinin görüşüne atıfta bulunulmuştur. Çoğu yerde Şâfiî mezhebinin görüşleri delilleri ile birlikte zikredilerek verilmiştir.

Örneğin, tedavi maksadı olmaksızın, bilerek alkol alan ve sarhoş olan kimsenin eşini boşaması hakkında Karabâğî *Şerhu'l-Muhtâr*'da şöyle der: “Sarhoşun boşamasını geçerli sayarız. Boşamanın geçerli olmasının sebebi, onu içki içmekten alı koymak içindir. Benc¹⁵⁰ içip sarhoş olan kimsenin talâkı ise geçerli olmaz. Çünkü benc

¹⁴⁹ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 199b.

¹⁵⁰ Sarhoşluk verecek bir tür bitki.

mubahtır. Sarhoşun talâkını geçerli saymayan Şafîî'nin delili, uyuyan kimsede olduğu gibi, sarhoşun da kastının eksik olmasıdır. ”¹⁵¹

Bu ifadelerden Şâfiî'ye göre sarhoşun boşamasının geçerli sayılmadığı açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Ancak başta *el-Ümm* olmak üzere Şafîî kitaplarına müracaat ettiğimizde Şafîî'ye göre sarhoşun boşamasının geçerli ve mezhepte müftabih olan görüşün de bu doğrultuda olduğu görülmektedir.¹⁵² Bununla birlikte Râfiî, Şafîî'nin öğrencisi olan Müzenî'den (ö. 270) hocasının kadim görüşünde sarhoşun boşamasını geçerli saymadığını nakletmiştir.¹⁵³

Hanefi hilâfiyât kitaplarından *Manzûme*'de sarhoşun boşaması konusunda Şâfiî'nin farklı bir görüşte olduğuna dair bir ifade yer almazken, *Uyûnu'l-Mezâhib*'te kendisinden bir rivayette Şafîî'nin sarhoşun boşamasını geçerli saymadığı söylenmiştir.¹⁵⁴ Bu meseleyi özel olarak tahlil eden Kudûrî, Hanefi mezhebinden Tahâvî (ö. 321) ve Kerhî'nin (ö. 340) sarhoşun boşamasını geçerli saymadığını, bu görüşün Şafîî'nin iki görüşünden biri olduğunu söylemiştir. Bütün bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere Karabâğî, Şafîî'den naklettiği bu görüşte tamamen hatalı sayılamaz. Bununla birlikte *Hidâye*'nin¹⁵⁵ yaptığı gibi, bu görüşün Şafîî'nin iki görüşünden biri olduğunu söylemiş olsaydı daha isabetli olurdu.

(ii) Malikî Mezhebi: Karabâğî *Şerhu'l-Muhtâr*'da Şafîî'ye göre Malikî mezhebine çok az yer vermiştir. Yaklaşık 43 yerde Mâlikî mezhebinin görüşüne atıfta bulunmuştur. Şafîî mezhebinin görüşlerini delilleriyle birlikte zikretmiş olmasına rağmen Mâlikî mezhebinin sadece görüşlerini vermekle yetinmiş çok az yerde delillerini zikretmiştir. Mezhep içerisinde de zaman zaman tenkit ve tercihler yapan Karabâğî, bir yerde Mâlikî mezhebinin görüşünü eleştirmiştir. Ricî talak bahsinde rica't esnasında kocanın şahid getirmesinin Hanefî mezhebinde müstehab olduğunu

¹⁵¹ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 180a.

¹⁵² Şafîî *el-Ümm*'de ويحوز طلاق السكران "sarhoşun boşaması caizdir" demek suretiyle bu meseledeki kanaatini açıkça ifade etmiştir. Nevevî, Şafîî'nin kitaplarında sarhoşun boşamasının geçerli olduğu yönünde açık ifadeler bulunduğunu, mezhepte müfta bih görüşün bu olduğunu söylemiş ancak Şafîî mezhebinde, Müzenî, İbnü's-Süreyc gibi fakihlerin bu boşamayı geçerli saymadıklarını belirtmiştir. Bkz. Ebu Zekeriyâ Yahya b. Şeref en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, thk. Adil Abdulmevcûd, Ali Muhammed Muavved, Dâru Âlemi'l-Kutub, Riyad 2003, VI, 59.

¹⁵³ "وأما السكران فيقع طلاقه في الظاهر المنصوص" Bkz. Abdülkerîm b. Muhammed er-Râfiî, *el-Azîz Şerhu'l-Vecîz*, nşr. Âdil Ahmed Abdulmevcûd, Beyrut 1997, VIII, 564. Râfiî, Şafîî mezhebinde müftabih olan görüşün bu olduğunu söyledikten sonra Ebu Hanife'nin de aynı kanaatte olduğunu belirtmiştir.

¹⁵⁴ Bkz. Kivâmuddin Muhammed, Kâkî, *Uyûnu'l-Mezâhib*, Dâru'l-Kutubu'z-Zâhiriyye Kütüphanesi, nr. 8641, vr. 17.

¹⁵⁵ Bkz. *Hidâye*, III, 470.

zikrettikten sonra, Şâfiî'ye isnad edilen iki görüşten birinde de ric'atte şahid getirmenin vacip olduğunu söyler. Sonra Mâlik'in görüşünün de şahid getirmenin vacip olduğu yönünde olduğunu ifade eden Karabâğî açıklamasını şöyle sürdürür: "Mâlik'in bu görüşüne şaşılır. Çünkü Mâlik nikâhta şahidi şart koştukça ric'î talaktan dönüşte şart kılmaştır. Mâlik, Kuran'da ric'î talaktan bahsedildikten sonra "aranızdan adil şahidler getirin"¹⁵⁶ âyetinin şahid getirmenin vacip olduğuna delalet ettiğini savunur."¹⁵⁷

(iii) Zâhirî Mezhebi: *Şerhu'l-Muhtâr*'da Hanbelî mezhebinin görüşüne hiç yer verilmezken Zâhirî mezhebine sadece iki yerde atıfta bulunulmuştur. Hudûd bölümünde Hanefîlere göre zina eden kimseye muhsan olması durumunda sadece recm cezası uygulanacağı, ayrıca celde cezası verilmesinin bir anlamının olmadığı ifade edildikten sonra Zâhirîlere göre zina eden kişinin muhsan olması durumunda her iki cezanın da uygulanması gerektiği belirtilir.¹⁵⁸

Bir başka yerde, ribâ hadisinde belirtilen altı maddedeki ribâ olma illetinin başka maddelere de sirayet edeceğinde icmâ edilmiş olmasına rağmen Zâhirîlere göre kıyas geçerli olmadığı için ribânın sadece hadiste ifade edilen altı maddede sözkonusu olduğu ifade edilmiştir.¹⁵⁹

3.4. *Şerhu'l-Muhtâr*'ın Özellikleri

1-Eser, Hanefi fıkının önemli kaynakları olan başta *el-Hidâye* ve *Hidâye* şerhleri gibi dönemin meşhur fıkıh kitapları ile *el-İhtiyâr* ve Karahisârî'nin *el-Muhtâr* şerhinin bir özeti mesabesindedir.

2-Arapça metin, diğer fıkıh kitaplarının aksine daha akıcıdır. *El-İhtiyâr* okunurken zamirlerin mercii hususunda yaşanan zorluklar *Şerhu'l-Muhtâr*'da neredeyse yok denecek kadar azdır. Bu anlamda metin muhtasar, ama aynı zamanda kolaydır.

3-Karabâğî, ihtiyaç hissettiği yerlerde fıkıh usulü kaidelerine atıflarda bulunmuştur.

4-Küllî kâideler ve zavâbita çokça yer verilmiştir.

¹⁵⁶ Talak, 2.

¹⁵⁷ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 187a.

¹⁵⁸ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 226b.

¹⁵⁹ *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 75b.

5-Eser Hanefi mezhebi ile Şafii mezhebinin görüşlerini karşılaştırmalı olarak ele alan mukayeseli bir fıkıh kitabı, Hanefi mezhebinin delilleriyle birlikte Şafii mezhebinin delillerini zikrettiği için de müdellel bir fıkıh kitabı olarak kabul edilebilir.

Az da olsa Malikî mezhebinin görüşlerine de yer verilen eserde, Hanbelî mezhebinin görüşünden hiç bahsedilmemiştir.

6-Fıkhî hükümlerin delilleri olan hadisler nakledilirken yer yer hadis usulü ve sahabe kavline dair bilgiler vermiştir.

7-Gerek metin gerekse manada problem görülen yerlerde *el-Muhtâr*'ın diğer nüshalarına atıflarda bulunulmuş ve alternatif ibareler zikredilmiştir.

8- Cümle yapısı ve mana açısından Mevsilî'nin ibaresini yeri geldikçe tenkit etmiş, kendisine göre doğru olarak kabul ettiği şekli belirtmiştir.

9-Lügat, tefsir ve fıkıh kaynaklarına atıflarda bulunmuş, bazen müellif ismini bazen de eser ismini zikrederek alıntılar yapmıştır.

10-İhtiyaç gördüğü yerde Arapça gramere hatta belağat kaidelerine temas etmiştir.

11-Hilâfiyyat türü manzum eserlerden alıntılar yapmıştır.

12-Eserde az da olsa Farsça deyimlere ve kelimelere rastlamak mümkündür.

13-Eserde bir fıkıh kitabına nispetle azımsanmayacak ölçüde hikâye anlatılmıştır.

14-Rivayet ettiği hadislerde rical ve metin tenkidinde bulunmamış, hadis rivayetlerini çoğunlukla ya hadislerin bir bölümünü alarak veya mana rivayeti ile gerçekleştirmiştir.

15-Konu sonlarında الجامع veya الحاصل ifadeleriyle mevzuyu özetlenmiştir.

16-Zaman zaman mezhep görüşlerini uzlaştırmaya izahlar yapmıştır.

BÖLÜM IV

ŞERHU'L-MUHTÂR'IN EDİSYON KRİTİĞİ

4.1. *Şerhu'l-Muhtâr*'ın Mevcut Yazma Nüshası

Tahkik çalışmalarında yöntemle ilgili yazılan eserlere baktığımızda bu sahada gerçekleştirilen ilmî çalışmaların birden fazla nüsha üzerinde karşılaştırmalı olarak yapılması gerektiği üzerinde durulur. Sağlıklı bir sonuca ulaşmak için en doğru yöntemin bu olduğu tartışılmaz bir gerçektir. Ancak bir tahkik çalışmasını her zaman bu yöntemle yapmak mümkün olmamaktadır. Zira nüshaları birbiriyle karşılaştırarak çalışma yapmak için birden fazla nüshaya ulaşılması icap etmektedir. Fakat tahkik edilen eser tek nüsha ise çalışmanın da sadece bu nüsha üzerinde yapılma zorunluluğu hâsıl olmaktadır. İşte biz de böyle bir zorunluluk karşısında tek nüsha üzerinde bir tahkik çalışması gerçekleştirmiş bulunmaktayız. Zira üzerinde çalışma yaptığımız eserin sadece Kayseri Raşit Efendi Kütüphanesinde **412** numara ile kayıtlı bulunan Abdulganî Karabâğî'ye ait *Şerhu'l-Muhtâr* isimli tek bir nüshası mevcuttur. Eserin müellifi Abdulganî Karabâğî'nin hayatı ile ilgili söylediklerimiz eser için de geçerlidir. Yani hem eser tek nüsha hem de müellifin hayatı ile ilgili bilgiler çok kısıtlıdır. Zira yapmış olduğumuz araştırmalarda *Şerhu'l-Muhtâr*'dan bahseden bütün kaynaklar sadece Raşit Efendi kütüphanesinde bulunan bu yazma nüshaya işaret etmiş, başka bir nüshadan bahsetmemişlerdir. Başta Türkiye'deki el yazma eserler kütüphaneleri olmak üzere İslam ülkelerindeki hatta dünyadaki yazma eserlerin kataloğunu çıkaran ve yaklaşık üç yüz elli bin yazma eseri ansiklopediye kaydeden merhum Ali Rıza Karabulut, Abdulganî Karabağı'ye ait *Şerhu'l-Muhtâr*'dan bahsederken sadece Raşit Efendi Kütüphanesindeki 412 numarada kayıtlı mahtut esere işaret etmiştir. İhtimal ki bugüne kadar eser üzerinde tahkik çalışması yapılamamış olmasının nedenlerinden biri de budur. Yine *el-Muhtar* üzerinde tahkik çalışması yapan Said Bektaş, "*el-Muhtâr*

Üzerinde Yapılan İlmi Çalışmalar” bölümünde aynı nüshaya işaret etmiştir.¹⁶⁰

Nüshanın sonunda, kitabın hicrî 959 tarihinde Câmi b. Bayezid isminde bir şahıs tarafından istinsah edildiği yazmaktadır.¹⁶¹ Buna göre elimizde mevcut olan nüshanın, müellif vefat ettikten kısa bir süre sonra istinsah edildiği anlaşılmaktadır. Çünkü müellif, Kitâbü'l-Büyû'nun sonunda birinci cildi yazma işini hicrî 889 tarihinde bitirdiğini söylemektedir.¹⁶² Karabâğî'nin hayatı bölümünde de temas ettiğimiz gibi bu bize müellifin vefat tarihi konusunda ipucu vermektedir. Müellifin vefat tarihinin h.900-950. yıllar olduğunu tahmin etmekteyiz.

Toplam 283 varak olan nüshanın her sayfasında 19 satır bulunmaktadır. Kitap rik'a özelliklerini taşıyan okunaklı bir hat ile yazılmış olup *el-Muhtâr* metnine ait cümlelerin üstü kırmızı mürekkeple çizilmiş ve böylelikle şerh ile metnin daha kolay ayırt edilmesi sağlanmıştır.

Kitabın başında fihrist yapılmış, burada “kitap” “fasıl” ve “bab” başlıkları verilerek hangi konunun kaçınıcı varakta olduğu belirtilmiştir: Nüshanın ilk sayfalarından başlayarak sonuna kadar çoğu zaman Arapça, bazen de Osmanlıca hamış (açıklama cinsinden notlar) görülmektedir. Ancak bu notların müstensih tarafından yazıldığı ihtimali gözardı edilmemelidir.

Nüshanın en önemli özelliklerinden birisi hiçbir yerinde eksiklik veya düşme bulunmamasıdır. Ancak nüshada “*kitâbü'l-ferâiz*” bölümü bulunmamasına rağmen, müellif zaman zaman “ferâiz konusunda geleceği üzere” gibi atıflar yapmaktadır.¹⁶³ Bu da müellifin müstakil bir Ferâiz risalesi yazdığı ihtimalini düşündürmektedir.

¹⁶⁰ Ali Rıza Karabulut, *Dünya Kütüphanelerinde Mevcut İslam Kültür Tarihi İle İlgili Eserler Ansiklopedisi*, Mektebe Yayınları, Kayseri, ts. III, 1811; Abdullah b. Mahmud el-Mevsilî, *el-Muhtar li'l-Fetva* thk. Said Bektaş, Dârü's-Sirac, el-Medinetü'l-Münevvere, 2012. s.33.

¹⁶¹ Nüshanın sonunda müstensihin şu ibareleri bulunmaktadır:

تم الكتاب بعون الله الملك الوهاب على يد أضعف العباد جامى بن بايزيد غفر الله له ولوالديهما وأحسن إليهما وإليه المرجع والمآب في تاريخ سنة 959
الحمد لله على التمام وللرسول أفضل السلام اللهم بارك لصاحبه واغفر لكتابه ولمن قال آمين

“Kitabın istinsahı, Melik ve Vahhâb olan Allah’ın inâyeti ile kulların en zayıfı olan (ki Allah O’na ve anne babasına rahmet eylesin) Câmi b. Bâyezid eliyle h.959 tarihinde tamamlanmıştır. Dönüş sadece O’nadır.” *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 283b.

¹⁶² Kitâbü'l-Büyudan sonra müellifin şu ifadeleri yer almaktadır:

تم المجلد الأول بعون الله تعالى وحسن توفيقه قُبِّلَ ظهر يوم عرفة من سنة تسع وثمانين وثمانمائة من الهجرة النبوية على يدي جامع الفقير إلى الله الغني
أصلح الله شأنه ثم أنه بتمام هذا المجلد في هذا اليوم المبارك قد تغال بفألٍ حسن أحسن الله أحواله آمين

¹⁶³ Konuların sıralamasında “Kitâbü'l-Vesâyâ” nüshanın son bölümü olmasına rağmen müellif;

على ما يأتي في الفرائض إن شاء الله تعالى

“ferâiz bölümünde geleceği üzere” ifadesini kullanmıştır. Bkz. *Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 164a.

بسم الله الرحمن الرحيم
 الحمد لله الذي على معالي الدين وأظهر شعائر الشرح المتين وبعث سيد المرسلين
 خاتم النبيين على كافة الناس اجمعين صلى الله عليه وعلى آله الطيبين الطاهرين
 أما بعد فقد حضرت محمداً بن محافل الفضلاء الكرام ومجيب بن محاسن العلماء العظام كلاً
 الله جل جلاله الكرام وقد كانوا يتذاكرون فيما بينهم العلوم والبطاسع عالمها وانوارها ونبشرونها
 في الخفا من دعايتها وانتقام قواها وانما فوا الى ذلك ذكر الحقيقة ترفع بنينا وتضعف اركانها
 وقالوا قد اشرى على الدروس ورسته واشقى ولم يبق من حذبه الا قوم يسلكون عجن كانه لم يكن بين الحق
 والافتراء انيس ولم يسم بكنه سائر فزعم بعضهم ان في البقرة يد الطواني اعطاه الله خير الاخرة
 والاولى فقلت ان بعض لظن انهم اذ ليس لي الا رسم فقال اعتقاد فيكون كذا الله اعلم ذلك كذا
 بهم الرجاء تقع الجوار فلو ابريت في الحقيقة لمعا يكون على الحق علماً ثم اشار الى بكتبة الشيخ كمال الخمار
 والارواح فيه كتاب الاختيار وهو كتاب جليل لم يورد فيج لا يفي مقداره ولا يشع غباراً سمحاً مسائل
 شريفة وزوائد طيبة اعترف الفضلاء باعتبارها واعترفوا من تيار بحار كتاب مقبول عند العلماء مسلم
 عند الفقهاء مخاطبة ازراره وعاب بقوله قال واصاب اراكن على شفا خطير مهور بالادوة وقد كان
 من فضول طلبت على كرامه دليله على حاجتها الى دليل وليس له شرح يبين صورته ايله و
 يكشف الغشاخ عز وجل دلائله نعم قد بين المصنف طيب الله مجده ونور مفعده في شرحه الاختيار ومعارفه
 ومرتج فيه ما بينه الا انه لم يكن حسب المرام في الترتيب والتنظام وبذلك وقع فيه التقديم في بعض المسائل
 والناخير في بعض والايجاز في بعض الدلائل التطويل في بعضها فاجبت المصنف لوجوب حقه ورجوعه
 الحيا عند وميعن برقة فشرعت فيه بعد الاستحسان والاستيفان ارجاء من الله الكريم العفو عن وآمل
 من انظرين فيه اصلاح مواضع الشبه والنسب والارسل وبعاء يفتح يوم غرض الاعمال والرموز والسماء وهو

4.2 Şerhu'l- Muhtâr Tahkîkinde Takip Edilen Yöntem

Şerhu'l-Muhtâr tahkiki yapılırken bu alanda meşhur olan muhakkiklerin tahkik alanında yazmış oldukları müstakil kitaplarla, tahkik ettikleri kitaplarda edindikleri usuller özenle incelenmiştir. Özellikle de tahkik usulü konusunda yazdıkları ile öncü kabul edilen Abdusselam Harun'un "*Tahkîku'n-nusûs ve Neşruha*" adlı kitabı ile İmamü'l-hameyn Cüveynî'nin (ö. 478) "*el-Matlab, el-Giyasî ve el-Burhân*" gibi kitaplarını tahkik eden Abdulazim Dîb gibi muhakkiklerin bu alanda yazdıkları dikkate alınmıştır. Bu bağlamda Abdulazim Dîb'in tahkik: "*Kitabı müellifinin istediği gibi ortaya çıkartmak veya müellifinin bıraktığı şekliyle veya ona en yakın bir şekilde kitabı yeniden hazırlamak*"¹⁶⁴ manasına gelen sözüne binaen kitabın imkân ölçüsünde en doğru bir şekilde inşa edilmesine gayret edilmiştir. Bunu gerçekleştirirken nüshada doğru okunamayan ibareler, başta Mevsîlî'nin *el-İhtiyâr*'ı olmak üzere Karahisârî'nin Şerhu'l-Muhtâr'ı ve Karabağî'nin Şerhul-Muhtâr'da istifade ettiği kaynaklara ve Karabağî öncesi Hanefi fıkıh kitaplarına başvurularak doğru bir şekilde yazılmaya çalışılmıştır. İbareleri doğru yazmak konuyu en doğru bir şekilde anlamayı gerektirdiğinden bu noktada ciddi bir mesai harcanmıştır.

Tahkîk çalışmalarında en önemli aşamalardan sayılan, kitabın ve müellifin ismi ile kitabın söz konusu müellife nispetinin tespiti gibi araştırmalar Şerhu'l-Muhtâr için problem olmamıştır. Zira müellifin ve eserin ismi hem kitabın fihrist kısmında bizatihi müellif tarafından kaydedilmiş hem de müellifin yaptığı mukaddime kısmında zikredilmiştir. Böylece eserin isminin Şerhu'l-Muhtâr olduğunda ve kitabın Abdülganî Karabâğî'ye ait olduğu hususunda da bir tereddüt oluşmamıştır.¹⁶⁵

¹⁶⁴ "إخراج الكتاب على الصورة التي أرادها له مؤلفه" bkz. Dîb, Abdulazim, *Nihâyetü'l-Matlab Fi Dirâyeti'l-Mezheb Mukaddimesi*, Dâru'l-Minhâc, Cidde 2007, s. 347. Benzer tarifler için bkz. Abdusselâm Harun, *Tahkîkun'Nusûs ve Neşruhâ*, Mektebetü'l-Hancî, Kahire 1997, s. 42.

¹⁶⁵ Fihrist kısmının üstünde sayfa ortalanarak şu cümle yazılmıştır.

شرح المختار للفاضل عبد الغني قرا باغي رحمه الله

"Muhterem Abdulganî Karabâğî'nin Muhtâr Şerhi"

Müellif mukaddimede adet olduğu üzere hamdele ve salveleden sonra kitabı niçin yazdığını belirttikten sonra tevazu ile yine ismini zikrederek kendinden şöyle bahsetmektedir.

والكاتب المفتقر إلى الله المغني العبد عبد الغني ثبته الله تعالى على طريقته المثل وورقة في الدارين الفوز بالدرجة الزلفى

"Eseri yazan, kulunu zenginleştiren Allah'a muhtac olan Abdulganî'dir (Allah onu sıratı müstakiminde sabit kılıp iki cihanda kurtuluş ve yüce derecelerle mükâfatlandırсын)" Şerhu'l-Muhtâr, vrk. 2a.

Şerhu'l-Muhtâr'ın tahkikinde takip edilen usul ve metodu aşağıda belirtildiği şekilde maddeler halinde sıralamak mümkündür:

1-Nüshanın temini: *Şerhu'l-Muhtâr* nüshası elektronik ortamda Raşit Efendi kütüphanesinden temin edilip sayfaları kontrol edilerek eksiksiz olduğu tespit edilmiştir.

2-Tahkikte en önemli iş metni düzgün olarak okumaktır. Tahkikini yaptığımız nüshayı yazmaya başladıktan itibaren daha sonraki süreçlerle beraber en az dört defa baştan sona okuyup her okuyuşumuzda yazdığımız nüshayla el yazma nüshasını mukayese edip hataları düzeltme imkanı bulmuş olduk.

3-Nüsha elektronik ortamdan bilgisayar ortamına aktarıldıktan sonra içerisinde geçen ayet ve hadisler dipnota yazılacak şekilde hazır hale getirilmiştir. Bu esnada yaklaşık olarak 1700 dipnot çıkarılmıştır.

4-Tahkîk esnasında, müellif veya müstensihden kaynaklı hata gibi görülen yerleri düzeltme hususunda iki yol izlenmiştir. Elimizde başka nüsha olmadığı için kesinlikle düzeltilmesi gerektiğine inandığımız yerler, *el-İhtiyar*, *el-Hidâye*, Karahisârî'nin *Şerhu'l-Muhtâr*'ı, *el-Binâye* ve *el-Înâye* gibi eserlerle karşılaştırmak suretiyle düzeltilerek yazılmıştır. Buna karşılık mecazi müenneslerde müellifin fiili müzekker kullandığı yerlerde fiiller müennes sîgasıyla değiştirilmeyip aynen müzekker sîgasıyla yazılmıştır.¹⁶⁶ İbarelerde hata olduğu tespit edilen bazı yerlere dipnotla الصواب

kelimesiyle işaret edilmiştir. Dipnotlardaki şerh ve haşiyeler doğrudan açıklama şerh veya haşiye şeklinde verilmişse bunlar doğrudan müellifin kendisine aittir. Ancak الصواب kelimesiyle düzeltme yapılmış ise bunlar bize aittir. Bu doğrultuda yapmış olduğumuz düzeltmelerin tamamını dipnotta vermeyi uygun bulmadık. Bu takdirde

¹⁶⁶ Abdulganî *Şerhu'l-Muhtâr*'da failin mecâzî müennes olduğu yerlerde genelde müzekker fiil kullanmıştır. Örneğin, ibadetin niyetsiz caiz olmadığı ifade edilirken والعبادة لا يجوز إلا بالنية demiştir. Yine vasi'nin şehadetinden bahsederken ويجوز شهادة الوصي للورثة diyerek muzari kalıbını müzekker kullanmıştır. Bu gibi yerlerde kesinlikle metne müdahale etme cihetine gidilmemiştir. Ancak müstensihden kaynaklandığını tahmin ettiğimiz gramer hatalarını da düzelterek vermeyi uygun bulduk: Mesela bir yerde تقعد النساء أربعين denmiştir. Hâlbuki bu cümle تقعد النساء أربعين şeklinde olması icap etmektedir. (*Şerhu'l-Muhtâr* vrk. 11b).

Bir başka yerde لأنها لصلايتها لا يتداخلها denmiştir. Bu cümle لا يتداخلها şeklinde olmalıdır. (*Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 12b) Bu hataları bazen *el-Muhtâr* metninde de görmekteyiz. Bu durumda hatalar elimizdeki *el-Muhtâr* metinlerinden yararlanılarak düzeltme cihetine gidilmiştir.

Muhtâr metninde لا يصل الماء تحته تجري yerine لا يصل الماء تحته تجري olması gerektiği gibi. (*Şerhu'l-Muhtâr*, vrk. 10a)

birçok yerde dipnotun metinden daha uzun olma ihtimali söz konusu olacak, bu ise okuyucunun metinle olan bağının zayıflamasına sebebiyet verecektir.

5-*Şerhu'l-Muhtar*'da zikredilen bütün âyetlerin Mushaf'taki yerleri dipnotlarda sûre ismi ve âyet numaralarıyla birlikte gösterilmiştir.

6- En önemli aşama olan hadislerin kaynaklarında bulunması hususunda yani hadislerin tahriri sürecinde şu metot izlenmiştir: Hadis önce *Kütüb-i Tisa'* kaynaklarında araştırılmış, bu kaynaklarda olduğu tespit edilmişse hadis kitaplarındaki kaynağına gidilerek bizzat kaynağında görülerek dipnotta gösterilmiştir.¹⁶⁷ Şayet *Şerhu'l-Muhtâr*'da zikredilen hadis *Kütüb-i Tisa'*'da geçmiyorsa o zaman sırasıyla; en-Nesâî'nin (ö. 303) *es-Sünenü'l-Kübrâ'sı*, ed-Dârakutnî'nin (ö. 385) *es-Sünen'i*, Ebû Avâne'nin (ö. 316) *Müsned'i*, el-Beyhakî'nin (ö. 458), *Şuabü'l-İmân'ı*, Abdurrezzak es-San'ânî'nin (ö. 611), *el-Musannef'i*, et-Taberânî'nin (ö. 360), *el-Mu'cemü'l-Evsat ve el-Mu'cemü'l-Kebîr'i*, İbn-i Ebî Şeybe'nin (ö. 235), *Kitâbü'l-Musannef fi'l-Ehâdîsi ve'l-Âsâr'ı*, Ebû Abdullah Muhammed b. Abdullah en-Nisabûrî el-Hâkim'in (ö. 404), *el-Müstedrek ale's-Sahîhayn'i*, Alâüddîn Ali b. Belbân el-Fârisî'nin (ö. 739), *Sahîh'i İbn-i Hibbân'ı*, gibi hadis kaynaklarına müracat edilmiştir.

Hadislerin sıhhati ile ilgili yapılan değerlendirmeler Cemalüddin ez-Zeylaî'nin (ö. 762) *Nasbu'r-Râye* adlı eserinden alınarak dipnotlarda gösterilmiştir. Ayrıca bu konuda Kasım b. Kutluğboğa'nın (ö. 879) *et-Ta'rîf ve'l-İhbâr'ı* ile muasır âlimlerden Şuayb Arnavut'un *el-Muhtâr* üzerine yaptığı tahkik ve tahrir çalışması olan *el-İhtiyarî'ta'lil'l-Muhtâr'a* müracaat edilmiştir. Hadislerin çoğu mana yönüyle rivayet edildiği için zaman zaman hadisın orijinal metni hadis kitabında geçtiği şekliyle

....بلفظ“...hadis bu kaynakta şu lafızda geçmektedir” anlamına gelen ifadeyle

dipnotta gösterilmiştir. Sahih ve muteber hadis kaynaklarında bulunamayan hadisler dipnotta لم أجد في المصادر الصحيحة “sahih hadis kaynaklarında bulamadım” cümlesiyle belirtilmiştir.

Hadislerin kaynakları gösterilirken Muhammed Fuâd Abdülbakî'nin “*el-Mu'cemu'l-Müfehres li'l-Ehâdîs*” ismiyle Arapçaya çevirdiği *Concordance* isimli

¹⁶⁷ Tahrîc işlemi bir taraftan hadis ilminde ciddi bir altyapıyı gerektirirken diğer taraftan başlı başına bir mesai harcanmasını iktiza etmektedir. Ayrıca *Şerhu'l-Muhtâr*'da hadisler dikkate alındığından bu hadislerin genel itibarıyla *Hidâye*'de zikredildiği görülmektedir. Bu anlamda Zeylaî'nin *Nasbu'r-Râye*'sinden yeteri kadar istifade edilmiştir. Ancak hadislere doğrudan kaynaklarına ulaşarak dipnota yazılmıştır.

Kütüb-i Tisa' fihristi esas alınıp kaynaklara ulaşılmıştır.

Tespit edilen hadisler dipnotta gösterilirken şu usul takip edilmiştir: *Buhârî*, *Ebû Davûd*, *İbn-i Mâce*, *Tirmizî*, *Nesâî*, ve *Dârimî*'de geçen hadisler, **kitab ismi** ve **bâb numarası** yazılarak, *Müslim* ve *Muvatta*'da geçen hadisler **kitab** ismi ve **hadis numarası** belirtilerek, Ahmed b.Hanbel'in (ö. 241) *el-Müsned*'inde olduğu tespit edilen hadisler ise cild ve sayfa numarası gösterilerek verilmiştir.

Kütüb-i Tisa' dışındaki eserlerde ulaşılan hadisler ise Ahmed b. Hanbel'in *Müsned*'inde olduğu gibi cilt ve sayfa numarası belirtilerek gösterilmiştir.

7-Kitapta geçen anlamı açık olmayan veya okunamayan kelimeler başta Karabâğî öncesi Hanefi kitaplarına başvurmak suretiyle açıklanmaya ve doğrusu yazılmaya çalışılmıştır. Düzeltilen her kelime veya cümle eserin hacmini daha çok artıracığı ve metinden çok dipnota mahkûm edeceği düşüncesiyle dipnotta gösterilmemiştir

8-*el-Muhtâr* metni kırmızı renkte parantez içerisinde verilmiş böylece metin ile şerhin birbirinden daha iyi ayırt edilmesi sağlanmıştır.¹⁶⁸

9-Gerekli görülen yerlere hareke konmuştur.

¹⁶⁸ Karabâğî *Şerhu'l-Muhtâr*'da *el-Muhtâr* metnine ait olan cümlelerin üst kısmını kırmızı çizgiyle işaretlemiştir.

BÖLÜM V

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Ebû Hanîfe'nin fetvaları ile başlayıp bu fetvâların yazılı hale getirilmesi ve bize intikal sürecinde, *zâhirü'r-rivâye* ve *nâdirü'r-rivâye* olarak isimlendirilen Hanefî mezhebine ait literatür, hicrî IV. asırdan itibaren içerisine Hanefî fukahasına ait sonradan meydana gelen fetva ve görüşleri (nevâzil ve vakîât) de ilave ederek klasik dönemini tamamlamış, daha sonra bu döneme kadar belirginleşip doktrin haline gelen mezhep görüşleri şerh, haşiye ve nazım türü çalışmalarla ihtiyaca göre yeniden şekillenerek mevcut konumuna ulaşmıştır. Üzerinde çalıştığımız eser Osmanlı'nın şerh ve haşiyeler döneminde yazılmış Hanefî fıkhnın klasik kaynaklarından. Takriben 700 yıl önce yazılmış olan bu el yazma eserin edisyon kritiğinde ulaşmış olduğumuz sonuçları maddeler halinde şöyle özetleyebiliriz:

1-Hakkında geniş bilgiye ulaşamadığımız müellif Abdulganî Karabâğî, Osmanlı döneminde Buhâra bölgesinde yaşamış, fıkıh alanında yazmış olduğu eseriyle Hanefî fıkıh literatürüne katkıda bulunmuş olan bir Türk âlimidir.

2-Eser klasik bir fıkıh kitabı üslubunda o güne kadar telif edilen şerhlerden yararlanılarak yazılmış adeta bir şerhler muhtasarı görünümündedir.

3-Hanefî mezhebine ait bir eserin şerhi olmakla birlikte, genellikle Şafii, kısmen de Mâlikî mezhebinin görüşlerini delilleriyle birlikte ele alıp Hanefî fıkhıyla karşılaştırması esere ayrı bir özellik katmıştır.

4-Müellif eserinde iktibas ettiği kaynakları bazan müellifin veya eserin adını zikrederek bazan de her ikisini birlikte belirtmek suretiyle kaynak gösterme geleneğine büyük katkıda bulunmuştur.

5-Eser, aynı metin üzerine yazılmış onbeş şerhten biridir. Müellif, metin musannifi Mevsîlî'nin kendi eseri üzerine yaptığı şerhi çok uzun ve sistematik olmamakla tenkit ederek muhtasar bir şerh yazma iddiası ile yola çıkmış ve hedefine ulaşmış diyebiliriz. Zira Karabâğî'nin yazmış olduğu Şerhu'l-Muhtâr incelendiğinde

eserin hem muhtasar hem de daha kolay anlaşılır bir üslupta kaleme alınmış olduğu görülür.

6-Karabâğî'nin tenkit edebileceğimiz yönü, bazı rivayetleri sorgulamadan eserine almış olmasıdır. Bunlar içerisinde hadis olarak sunulan rivayetler olduğu gibi hikâye ve menkıbe türünden yapılan nakiller de bulunmaktadır. Özellikle muhaddis Buhârî'ye isnad edilen aynı koyundan süt emenlerin sütkardeş olacağı görüşünü hiç değerlendirmeden doğrudan nakletmiş olması bu konuda gösterilecek tipik bir örnektir. Karabâğî bu rivayeti doğrudan el-Mebhut'tan alarak hiç kritik etmeden eserine almıştır.

8-Karabâğî eserinde kavâid ve davâbit dediğimiz kaidelere oldukça fazla yer vermiştir.

Sonuçta Hanefî mezhebine göre yazılmış olan Abdulganî Karabâğî'nin mezkûr eseri *Şerhu'l-Muhtâr'ın*, diğer *Muhtâr* şerhlerinden farklı olarak Şâfiî, kısmen de Mâlikî mezhebinin görüşlerini delilleriyle birlikte mukayeseli bir metodla sistematik olarak ele alan ve diğer şerhlere nispetle daha muhtasar bir fıkıh kitabı olduğunu söyleyebiliriz. Müellifin *Şerhu'l-Muhtâr* adlı eserinin tahkikini yapmakla Hanefî Fıkıh literatüründe adı geçmeyen ve kütüphane raflarında kalmış veciz bir şerhi ortaya çıkarıp ilim dünyasının istifadesine sunmuş olduk.

KAYNAKÇA

- Abdulgaki, Muhammed Fuâd, *el-Mu'cemu'l-Müfehres li Elfâzi'l-Kur'âni'l-Kerim*, Dâru'l-Hadis, Kahire. 1996.
- Abdusselâm, Harun, *Tahkîku-n'Nusûs ve Neşruhâ*, Mektebetu'l-Hancî, Kahire 1997
- Aclûnî, İsmâil b. Muhammed b. Abdü'l-Hâdî, *Keşfü'l-Hafâ ve Müzîlü'l-İlbâs*, thk. Şeyh Muhammed, Abdü'l-Azîz el-Hâlidî, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 2001.
- Afgânî, Ebu'l-vefâ, "Mukaddime", *el-Câmi'ü'l-Kebîr* Lecnetu İhyâi'l-meârifî'un-Nu'mâniyye- Matbaatu'l- İstikâme, 1356 h.
- Ağırman, Cemal "İlmî Araştırmalarda Dipnot Gösterimi Üzerine" *Diyanet İlmi Dergi*, I, 2004 .
- Ali Haydar, *Düreru'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul 1912.
- Attâbî, Muhammed b. Ömer, *Cevâmiu'l-Fıkıh*, Millet Genel Kütüphanesi, Feyzullah bl. nr. 702
- Aynî, Bedrettin, Muhammed b. Ahmed, *el-Binâye fî Şerh'il-Hidâye*, thk. Emin Salih Şa'ban, Dâru'l-Kütüb el-ilmiyye, Beyrut 1971.
- Bâbertî, Muhammed b. Muhammed Ekmelüddin, *el-İnâye Şerhu'l-Hidâye*, thk. Abdurrezzak Galib el- Mehdi, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2003.
- Bahcivan, Seyit "Yazma Eserlerin Tahkikinde Metodolojik Problemler" *Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, XXI, 61-90. 2006.
- Baktır, Mustafa, "Kâide" *DİA*. XXIV. 205-210.
- Bardakoğlu, Ali, "Hanefî Mezhebi" *DİA*. XXVI. 1-21.
- Beyhakî, Ebû Bekir Ahmed b. El-Hüseyn, *Ma'rifetü's-Süneni vel-Âsâr*, thk. Seyyid Kesrevî Hasan, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2010:
- _____ *Şuabü'l-İmân*, thk. Muhammed Saîd, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2000.
- _____ *es-Sünen'ül-Kübrâ*, Dâru'l-Fikir, Beyrut ts.
- Buhâri, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail, el- *Câmiu's-sahîh el-Musned min Hadîsi Rasulillah ve Sunenihi ve Eyyâmihî*, thk. Muhibiddin el-Hâtîb, el-Matbaatu's-

Selefiyye, Kahire 1400 h.

Buhâri, Abdüalziz, *Keşfü'l- Esrâr an Usuli Fahri'l-İslam el- Bezdevî*, thk. Muhammed el Mu'tasım, Dâru'l- Kitâb el- Arabî, Beyrût 1997

Burhânuddin İbn Mâze, Ebu'l-Meâlî Mahmud b. Ahmed, *el-Muhîti'l-Burhânî Fi'l-Fıkhi'n-Nu'amânî*, thk. Abdulkerim Sâmi el-Cündî, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2004

Burhânuşşerîa, Mahmud, *Vikâyetü'r-Rivâye Fi Mesâili'l-Hidâye* (Sadruşşerîa şerhiyle beraber), thk. Salah Mahmud Ebu'l- Hâc, Müessesetu'l-Verrâk, Amman 2006

Cici, Recep, "Osmanlı Klasik Dönemi Fıkıh Kitapları", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, III, 2005.

Dârakutnî, Hâfız Ali b. Ömer, *Sünen-ü Dârakutnî*, thk. Şeyh Âdil Ahmed Abdü'l-Mevcûd, Dârü'l-Ma'rife, Beyrut 2001.

Dârimî, Ebû Muhammed Abdullah Abdurrahmân, *Mevsûatü's-Sünneti'l-Kütübi's-Sitte ve Şürûhühâ, Sünenü'd-Dârimî*, Çağrı Yayınları İstanbul 1992.

Debûsî, Ebû Zeyd Ubeydullah b. Ömer b. İsa *Takvîmu'l-Edille*, thk. Halil Muhyiddin el Miss, Daru'l- Kütübi'l- İlmiyye, Beyrut 2007

Dîb, Abdulazim, "Mukaddime" *Nihâyetü'l-Matlab Fi Dirâyeti'l-Mezheb* Dâru'l-Minhâc, Cidde 2007

Dirican Hilal, "el-Mevsılî'nin el-Muhtâr İsimli Eserindeki İmam-ı Şafii'ye Ait Görüşlerin Tahkiki" (*basılmamış yüksek lisans tezi*), Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

Dusrî, Müslim b. Muhamed, "Umûmu'l-Belvâ" Dirâse Nazariyye Tatbikiyye, Mektebetü'r-Rüşd, Riyâd 2000

Ebû Avâne, Ya'kub b. İshâk el-Esferânî, *Müsned'ü Ebî Avâne*, thk. Eymen b. Ârif ed-Dımeşkî, Dârü'l-Ma'rife, Beyrut 1998.

Ebû Dâvûd, Süleyman b. el-Eş'as, *Mevsûatü's-Sünneti'l-Kütübi's-Sitte ve Şürûhühâ, Sünen-i Ebî Dâvûd*, Çağrı Yayınları İstanbul 1992.

Ebû Ya'lâ, Ahmed b. Ali b. El-Müsennâ et-Temîmî, "Müsned'ü Ebî Ya'lâ", thk. Hamdi Abdü'l-Mecîd es-Silfî, Dârü İhyâi't-Türâsi'l-Arabiyye, Beyrut 2002.

Fârisî, Alâuddîn Ali b. Belbân, *Sahîh'i İbn Hibbân*, thk. Şuayb el-Arnâvut, Müessesetü'r-

Risâle, Beyrut 1997.

Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed, *el- Vecîz (el- Azîz şerhiyle beraber)*, thk. Ali Muhammed Muavved-Adil Ahmed Abdulmevcût, Dâru'l- Kütübi'l- İlmiyye, Beyrut 1997.

Güney, Necmeddin, "Kudûri'nin Şerhu Muhtasari'l- Kerhî Adlı Eserinin Siyer Bölümünün Edisyon Kritiği" *Basılmamış Yüksek Lisans Tezi*, Konya 2006

Hâcî Halîfe, Mustafa b. Abdullah, *Keşfu'z-zunun an Esâmî'l- Kütübi ve'l- Funûn*, Dâru'l-Fikir, Beyrut 1999.

Hâkim, Ebû Abdullah, Muhammed b. Abdullah en-Nisabûrî, *el-Müstedrek ale's-Sahîhayn*, thk. Mahmûd Matracî, Dârü'l-Fikir, Beyrut 2002.

Halebî, İbrahim, *Multekâ'l- Ebhur*, thk. Vehbî Süleyman el- Gâvicî, Muessesetü'r- Risâle, Beyrut 1989.

el-Halilî, Luey, *Âlâu'l- Muhâr fi Tahrîcî Mesâdiru İbn Âbidîn*, Dâru'l-Feth, Amman 2010

Heysemî, Nûreddin Ali b. Ebû Bekir, *Mecmaü'z-Zevâid ve Menbeü'l-Fevâid*, thk. Abdullah Muhammed ed-Dervîş, Dârü'l-Fikir, Beyrut 1994.

Hindî, Alâuddîn Ali el-Müttakî b. Hüsâmeddin, *Kenzü'l-Ummâl fî Sünen-i Akvâli ve'l-Ahvâl*, thk. Mahmûd Ömer ed-Dımyetî, cilt, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1971.

İbn Âbidîn, Muhammed Emin, *Raddu'l- Muhtâr*, Dâru İhyâu't- Turâsi'l-Arabî, thk. Muhammed Subhî Hasen Hallak- Âmir Hüseyin, Beyrut ts.

İbn Ebî Şeybe, Ebû Bekir Abdullah b. Muhammed, *Kitâbü'l-Musannef fi'l-Ehâdîsi ve'l-Âsâr*, thk. Muhammed Abdusselam Şahin, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1995.

İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Saîd el-Endelüsî, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, İdâratü't-Tabati'l-Müniriyye, thk. Muhammed Münîr ed-Dimeşkî, Kahire 1353 h.

İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l- Kadîr*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2009.

İbn Kudâme, Muvaffakuddin Muhammed b. Ahmed, *el-Muğnî*, thk. Abdullah Muhsin et-Türkî, Abdulfettah Muhammed el-Hulv, Dâru âlemi'l-Kütüb, Riyad 1997.

- İbn Mâce, Ebû Abdullah Muhammed b. Yezîd, *Mevsûatü's-Sünneti'l-Kütübi's-Sitte ve Şürûhühâ, Sünen'i İbn-i Mâce*, Çağrı Yayınları İstanbul 1992.
- İbn Melek, Abdüllatif b. Abdülaziz, *Şerhu'l- Menar ve Havaşihî min İlmi'l-usul*, Âsitane Kitap evi, İstanbul ts.
- İbn Nüceym, *el- Bahri'r-Râ'ik Şerhu Kenzi'd- Dekâik*, thk. Zekerîyya Umeyrât, Daru'l-Kütübi'l- İlmiyye, Beyrut 1997.
- İbn Nüceym, Zeynüddin İbrahim, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, thk. Muhammed Mutî' el-Hâfiz, Dâru'l-Fikr, Dimaşk 1999.
- İbn Receb el-Hanbeli, Abdurrahman b. Ahmed, *Takrîru'l -Kavâid ve Tahrîru'l -Fevâid*, thk. Meşhûr b. Hasen, Dâru İbn Affân, yy. ts.
- İbnü's-Sââtî, Ebü'l-Abbâs Muzafferüddîn Ahmed b. Ali b. Tağlib el-Ba'lebekkî *Mecma'u'l-Bahreyn ve Mülteka'n-Neyyireyn* (İbn Melek şerhiyle beraber), Süleymaniye Kütüphanesi Damad İbrahim Paşa bl. nr. 557
- Ahmed b. Hanbel, *Mevsûatü's-Sünneti'l-Kütübi's-Sitte ve Şürûhühâ, Müsned'ü Ahmed b. Hanbel*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.
- Kâkî, Kıvâmuddin Muhammed, *Uyûnu'l-Mezâhib*, Dâru'l-Kütübü'z-Zâhiriyye Kütüphanesi, nr. 8641.
- Karabulut, Ali Rıza – Karabulut, Ahmet Turan, *Dünya Kütüphanelerinde Mevcut İslâm Kültür Tarihi İle İlgili Eserler Ansiklopedisi*, Mektebe Yayınları, Kayseri ts.
- Kârâfi, Şihabüddin Ahmed b. İdris, *ez- Zehîra*, thk. Said Arab, Dâru'l- Garbi'l- İslâmî, Beyrut 1994.
- _____ *el-Furûk*, thk. Ömer Hasen el-Kayyâm, Müessesetü'r-Risale, Beyrut 2003.
- Karahisârî, Ebu'l-Kâsım, *Şerhu'l-Muhtâr*, mahtut, Millet Genel Kütüphanesi, Cârullah, Nr.712.
- Kâsânî, Alâüddin Ebu Bekr Mesûd, *Bedâ'iu's-Sanâ'i' fî Tertîbi's-Şerâ'i'* Müessesetü't-Târihi'l-Arabî, Beyrut 2000.
- Kehhâle, Ömer Rıza, *Mu'cemü'l-Müellifîn*, Müessesetü'r-Risâle, yy. 1993.
- Kudâî, el-Kâdî ebû Abdullah Muhammed b. Selame, *Müsnedü's-Şihâb*, thk. Hamdi Abdü'l-Mecîd es-Sıflî, Dâru'r-Risâleti'l-Âlemiyye, Dimeşk, 2010.

Kudûrî, Ebu'l-Hüseyn Ahmed b. Ca'fer, *et-Tecrîd*, thk. Muhammed Ahmed Sırac, Ali Cumua, Dâru's-selâm, Kahire 2004.

Kutluğboğa, Kâsım b. Muhammed el- Hanefî, *et-Ta'rîf ve'l-İhbâr bi Tahrîci Ehâdîs'il-İhtiyâr*, thk. Ebû Mâlik Cihâd b. Seyyidü'l-Mürşidî, el-Fârukü'l-Hadisiyye, Kâhire 2012.

Leknevî, Abdulhayy, *Şerhul-Hidâye*, thk. Nuaym Eşref Nûr Ahmed, İdâratu'l-Kur'an ve'l-Ulûmu'l-İslâmiyye, Karatşi 1417 h.

_____ *el-Fevâidu'l-Behiyye fi Terâcimi'l- Hanefiyye*, thk. Ahmed Zu'bî, Daru'l- Erkâm b. Ebi'l- Erkâm, Beyrut 1998.

Luey el-Halilî, Âlâu'l- Muhâr fi Tahrîcî Mesâdiru İbn Âbidîn, Dâru'l-Feth, Amman 2010.

Mâlik b. Enes, *Mevsûatü's-Sünneti'l-Kütübi's-Sitte ve Şürûhühâ*, el-Muvatta, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.

_____ *el-Muvatta' li'l-İmâm Mâlik bi rivâyet'i Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî*, thk. Takiyyüddîn en-Nedvî, Dârü'l-Kalem, Dimeşk 2011.

Mevsılî, Abdullah b. Mesud, *el İhtiyâr li Ta'lîli'l- Muhtâr*, thk. Şuayb Arnavut, Dâru'r-Risaleti'l Alemiyye, Beyrut 2009.

Mevsılî î, Abdullah b. Mesud, *el-Muhtar li'l-Fetvâ*, thk. Said Bektaş, Dârü's-Sırac, Medinet'ül-Münevvere 2012:

Meydânî, Abdulğani, el-Guneymî *el-Lübâb fi Şerhi'l-Kitâb*, thk. Abdurrezzak el-Mehdî, Beyrut 2002.

Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmûz *Dürerü'l-Hükkâm fi şerhi Ğureri'l-Ahkâm*, Fazilet Neşriyat, İstanbul 1973.

Müslim, Ebü'l-Hüseyn, Müslim b. Haccâc, *Mevsûatü's-Sünneti'l-Kütübi's-Sitte ve Şürûhühâ, Sahîh-i Müslim*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.

Nedvî, Ali, *el-Kavaidu'l-Fıkhiyye Mefhumuha Neşe'tüha Tetavvurâtühâ*, Dâru'l-Kalem, Dimeşk 1994.

Nesâî, Ebû Abdurrahman Ahmed b. Şuayb, *Mevsûatü's-Sünneti'l-Kütübi's-Sitte ve Şürûhühâ, Süneni'n-Nesâî*, Çağrı Yayınları İstanbul, 1992.

- _____ *es-Sünenü'l-Kübrâ*, thk. Şuayıp Arnavut, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 2001.
- Nesefî, Ebu'l-Berekât Hâfızuddin, *Keşfu'l-Esrâr şerhi'l- Musannıfı ale'l- Menâr*, Daru'l- Kütübi'l- İlmiyye, Beyrut ts.
- _____ *el-Kâfi Şerhu'l-Vâfi*, Dâru'l-Kutubi'l-Vataniyye ez-Zâhiriyye, nr. 9684.
- Nesefî, Necmeddin Ebu Hafs Ömer, *Manzûmetü'n-Nesefî fi'l-Hilâf*, thk. Hasan Özer, Mektebet'ül-İrşad, İstanbul 2010.
- Neseî, Ebû Abdurrahman Ahmed b. Şuayıp, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, thk. Şuayıp Arnavut, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 2001.
- Nevevî, Ebû Zekerîyya Yahya b. Şeref, *Ravdatu't-Tâlibîn*, thk. Adil Ahmed, Dâru Âlemi'l- Kütüb, Riyad 2003.
- Nisabûrî, Ebû Bekir Muhammed b, İbrahîm b. Münzir, *el-Evsat mine's-Süneni've'l- İcmâi ve'l-İhtilâf*, thk. Yâsir b. Kemâl, Dârü'l-Felâh Mısır 2010.
- Özel, Ahmet “Hanefî Mezhebi (Literatür)” *DİA*. XXVI, 21-26.
- Özer, Salim, “Debûsî'nin el-Esrâr fi'l-Usul ve'l-Fürû Adlı Eserinin Tahkik ve Tahlili”, *Basılmamış doktora tezi*, Kayseri 1997.
- er-Râfîi, Abdulkerîm b. Muhammed *el-Azîz Şerhu'l-Vecîz*, nşr. Âdil Ahmed Abdulmevcûd, Beyrut 1997.
- Sadruşşerîa, Ubeydullah b. Mesûd, *en-Nukâye* (Fethu Babi'l-Înâye şerhiyle) thk. Ahmed İzzî İnâye, Dâru'l-Beydâ- Dâru İhyâü't- Tûras el Arabî, Beyrût 2005.
- Sadruşşehîd, Husâmuddin Ömer b. Abdulaziz (ö. 536), *Şerhu Edebi'l-Kâdîlil Hassâf*, thk. Muhyî Hilal Serhân, Matbaatu'l-İrşâd, Bağdat 1977.
- San'ânî, Abdurrezzak, *el-Musannef*, thk. Habiburrahman el-A'zamî, el-Meclisu'l-İlmî, Karachi 1972.
- Semerkandî, Alâuddin, *Tuhfetu'l-Fukahâ*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1984.
- Serahsî, Şemsu'l-eimme Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl *el- Meksûr*, Dâru'l-Marife, Beyrut ts.
- _____ *el Usûl*, thk. Ebü'l- Vefa el- Afgânî, Daru'l-Fikr, Beyrut 2005.
- Suyûtî, Celalüddin Abdurrahman, *el-Eşbâh ve'n-Nazâir fî Kavâid ve Fur'i's-Şafiyye*, Mektebetü Nizâr Mustafa el-Baz, Riyad 1997.

Şâfiî, Muhammed b. İdrîs, *el-Ümm*, thk. Rif'at Fevzî Abdulmuttalib, Dâru'l-Vefâ, Kahire 2001.

_____ *Müsnedü'l-İmâmi's-Şâfiî*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut ts.

Şeyh Bedreddin, Mahmûd b. İsrâil, *Câmiu'l-Fusûleyn*, Süleymaniye Ktp. Hâlid Efendi bl. nr. 119

_____ *Teshîl*, Süleymaniye Ktp. Damad İbrahim Paşa bl. nr. 553.

_____ *Letâifu'l-İşârât*, Süleymaniye Ktp. Yeni Cami bl. nr. 540.

Şeyhîzâde, Abdurrahman b. Muhammed, *Mecma'u'l-enhur fî Şerhi Mültekâ'l-Ebhur*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1998.

Taberânî, Ebû'l-Kâsım Süleyman b. Ahmed, *el-Mu'cemü'l-Evsat* thk. Mahmûd et-Tahhân, Mektebetü'l-Meârif, er-Riyâd 1985.

Taberî, Ebû Ca'fer Muhammed b. Cerir, *Târîhu't-Taberî, Târîhu'l-Ümem ve'l-Mülûk*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1971.

Tahâvî, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed b. Selâmet, *Şerhu Müşkili'l-Âsâr*, thk. Şuayb Arnavut, Dâr'ü Risâleti'l-Âlemiyye, Dımeşk 2006.

_____ *Şerh'u-Maâni'l-Âsâr*, thk. İbrahim Şemseddin, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 2001.

Tahtâvî, Ahmed, *Hâşiyetu't-Tahtâvî ale Merâki'l-Felâh*, thk. Abdulkerim Atâ II, Dâru'l-Kübâ, Şam 2001.

Teftezânî, *Şerhu't- Telvîh ale't Tavdîh li Metni't-Tenkîh*, Dâru'l- Kutubi'l- İlmiyye, Beyrut ts.

_____ *Şerhu't- Telvîh ale't Tavdîh li Metni't Tenkîh*, Dâru'l- Kutubi'l- İlmiyye, Beyrut ts.

Taşköprîzâde, Ahmed b. Mustafa, *Miftahu's-seâde ve Misbâhu's- Siyâde fî Mevzûâtî'l-Ulûm*, Dâru'l- Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2002.

_____ *eş-Şekâiku'n-Nu'maniyye fî Ulemâi'd-Devleti'l-Osmâniyye*, Dâru'l-Kütübi'l-ilmiyye, Beyrut 1975.

Temîmî, Abdulkadir Takiyyüddin, *et-Tabakâtü's-Seniyye fî Terâcimi'l-Hanefiyye*,

Süleymaniyye, Veliyyüddin Efendi bl. nr. 1609.

Tirmizî, Ebû İsâ Muhammed b. İsâ b. Sevrat, *Mevsûatü's-Sünneti'l-Kütübi's-Sitte ve Şürühühâ, Süneni't-Tirmizî*, Çağrı Yayınları İstanbul, 1992.

Wensinck, *Concordance*, çev. Abdülbâki, Muhammed Fuad, *el-Mu'cemu'l-Müfehres li Elfâzi'l-Hadîsi'n-Nebevî*, Matbaat'ü Berîl, Londra 1936.

Yaylalı, Davud "Mevsilî" *DîA*. XXIX, 487.

Zehebî, Şemsü'd-Dîn Muhammed b. Ahmed b. Osman, *Siyer-i A'lâmi'n-Nübelâ, Müessesetü'r-Risâle*, Beyrût 1998

Zekiyyuddin Şaban, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, çev. İ. Kafi Dönmez, *TDVY*. Ankara 1996.

Zemahşeri, Cârullah Mahmûd b. Ömer b. Muhammed, *Tefsîrü'l-Keşşâf an Hakâiki Gavamidi't-Tenzîl ve Uyûni'l-Ekâvîli fî Vücûhi't-Tenzîl*, thk. Muhammed Abdüs-selâm Şahin, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1995.

Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhalu'l-Fıkhi'l-Âmm*, Dâru'l-Kalem, Dımaşk 2004.

Zeylaî, Clâleddîn Ebû Muhammed Abdullâh b. Yûsuf el-Hanefî, *Nasbü'r-Râye Tahrîcü Ehâdis'il-Hidâye*, thk. Ahmed Şemseddîn, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1996.

Zeylaî, Fahrettin Osman b. Ali, *Tebyinu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, thk. eş-Şeyh Ahmed, Dâru'l-Kütüb el-İlmiyye, Beyrut 1971.

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı ve Soyadı : Abdulkadir KABDAN
Doğum Yeri ve Yılı : 1966, Kayseri
E-mail : abdulkadirkabdan@hotmail.com

EĞİTİM DURUMU

Doktora (2010-2014) :Çukurova Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü.
Yüksek Lisans (2010-2013) :Erciyes Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü.
Lisans (1984-1988) : Erciyes Üniv. İlahiyat Fak.
Lise (1981-1984) : Kayseri İmam-Hatip Lisesi

İŞ TECRÜBESİ

(2011- -----) : Kayseri Dini Yüksek İhtisas Merkezi Müdürü
(2005-2006) :Kayseri Eğit. Merk. Arapça/Tefsir dersleri öğretmenliği
(2002-2005) : Kayseri Diyanet İhtisas Kursu.
(2001-2002) : Kayseri/Talas'da ilçe vaizlik
(1994-2000) : Almanya'da Din Görevliliği
(1991-1994) : Kayseri Felahiye ilçesine vaizlik
YABANCI DİL :Arapça-İngilizce