

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

TAŞKÖPRİZÂDE KEMALEDDİN EFENDİ’NİN
“UDDETÜ ASHÂBİ’L-BİDÂYETİ VE’N-NİHÂYE”
ADLI ESERİNİN TAHKİK VE TAHLİLİ

Süleyman TAŞ

Danışman: Prof. Dr. Hüseyin ESEN

İZMİR-2020

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

TAŞKÖPRİZÂDE KEMALEDDİN EFENDİ’NİN
“UDDETÜ ASHÂBİ’L-BİDÂYETİ VE’N-NİHÂYE”
ADLI ESERİNİN TAHKİK VE TAHLİLİ

Süleyman TAŞ

Danışman: Prof. Dr. Hüseyin ESEN

İZMİR-2020

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “**Taşköprizâde Kemâleddin Efendi’nin ‘Uddetü Ashâbi’l-bidâyeti ve’n-nihâye’ Adlı Eserinin Tahkik ve Tahlili**” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

....../....../.....

Süleyman TAŞ

İmza

ÖZET

Doktora Tezi

Taşköprizâde Kemaleddin Efendi'nin

“*Uddetü Ashâbi'l-bidâyeti ve'n-nihâye*” Adlı Eserinin Tahkik ve Tahlili

Süleyman TAŞ

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı

Temel İslam Bilimleri Program

Merginânî'nin meşhur eseri *el-Hidâye* üzerine şerh, ihtisar ve hadis tahrirci tarzında onlarca çalışma yapılmış olmasına rağmen, tecrid tarzı çalışmalara pek rastlanmamaktadır. Taşköprizâde Kemaleddin Efendi, *el-Hidâye*'yi illetlerinden arındırarak onun meselelerini derlemiş, ayrıca başka kaynaklardan ilavelerle bu meseleleri zenginleştirmiş ve fetva mecmuası formatında bir eser ortaya koymuştur. ‘*Uddetü Ashâbi'l-bidâyeti ve'n-nihâye fî tecridi mesâili'l-Hidâye*’ (*el-Udde*) diye isimlendirdiği bu eserde, kaynaklardaki muğlak ifadeleri kolaylaştırmış, gerekli gördüğü yerlerde önemli katkılarda bulunmuştur.

Gençliğinden itibaren Osmanlı Devleti'ne bağlı önemli merkezlerde kadılık tecrübesi bulunan musannif, yaşadığı asrın problemleriyle ilgili konularda müstakil bölümler açmış ve dikkat çekici fetvalara imza atmıştır. Bu sebeple Taşköprizâde Kemaleddin Efendi tanıtılmayı, *Udde Kitabı* da yüzyıllardır bulunduğu kütüphanelerin tozlu raflarından kurtarılarak akademyanın hizmetine sunulmayı hak etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Taşköprizâde, Kemaleddin, 'Udde, Hidâye, Tecrid.

ABSTRACT

Doctoral Thesis

Editing and Analysis of

“Uddetu Ashab al-Bidayah ve al-Nihayah” Book

by Tashkoprizadah Kemal al-din Efendi

Süleyman TAŞ

Dokuz Eylul University

Graduate School of Social Sciences

Department of Basic Islamic Sciences

Basic Islamic Sciences Program

Although the book *al-Hidayah* attributed to al-Marginani has been wrote on it several types of explanations brief and the Hadiths documentation, but we do find a study there about in the pattern of abstraction but Tashkoprizadah has made the *al-Hidayah* free from its ills and he added matters which is called *‘Uddetu ashab al-bidayah ve al-nihayah’* it eases the cumprehension of the closed matters and its explanation when he needs there to.

The author that he was appointed in the judiciary in the era of the Ottoman Empire in important centers has placed in his book seperate chapters in the problems of its time and mentioned in his book wonderful fatwa’s so, Tashkoprizadah deserves to be known so his book *‘al-Uddah’* must be getting out from the shelves of the old library in which he will find extent of eras to serve universities.

Keywords: Tashkoprizadah, Kemal al-din, *al-Uddah*, *al-Hidayah*, Tajreed.

TAŞKÖPRİZÂDE KEMALEDDİN EFENDİ’NİN
“UDDETÜ ASHÂBÎ’L-BİDÂYETİ VE’N-NİHÂYE” ADLI ESERİNİN
TAHKİK VE TAHLİLİ

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	xi
TABLolar LİSTESİ	xii
ŞEKİLLER LİSTESİ	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TAŞKÖPRİZÂDE KEMALEDDİN MEHMED EFENDİ

1.1. ADI VE NESEBİ	16
1.2. AİLESİ (TAŞKÖPRİZÂDELER/TAŞKÖPRÜLÜLER)	16
1.3. HOCALARI	20
1.3.1. Taşkoprizâde Ahmed Efendi (901-956/ 1495-1561):	20
1.3.2. Şeyhulislam Ebu’s-suûd Efendi (ö. 982/1574)	23
1.3.3. Şeyh Hâfız Ahmed Buhârî (ö. 994/1586)	25
1.3.4. Aziz Mahmud Hüdâî Efendi (ö. 1038/1628)	25
1.4. ESERLERİ	27
1.4.1. Mevzû’âtu’l-’Ulûm	27
1.4.2. el-İstîâb fî ma’rifeti’l-ashâb Tercümesi:	29

1.4.3. Tarih-i Kaht-ı Mısır Tercümesi:	29
1.4.4. er-Risaletü'l-'aliyye fi'l-ehâdîsi'n-Nebeviyye Tercümesi (Tercüme-i Risâle-i Hüseyin Vâiz):	29
1.4.5. Uddetü ashâbi'l-bidâyeti ve'n-nihâye fi tecridi mesâili'l-Hidâye:	30
1.4.6. Şehnâme	30
1.4.7. Kaside-i Bür'e (Tebrie) Tahmisi	31
1.4.8. Tabakâtu'l-fukahâ	31
1.4.9. Târîh-i Sâf Tuhfetü'l-Ahbâb	32
1.4.10. el-Hâşiye 'alâ Tefsîri'l-Beydâvî	32
1.5. VAZİFELERİ	33
1.5.1 Muidlik/ Mülâzemet	33
1.5.2. Müderrislik	33
1.5.3. Kadılık	34
1.5.4. Kazaskerlik	35
1.6. VEFATI	38
1.7. YAŞADIĞI BÖLGE VE DEVİR	38
1.8. YAŞADIĞI DEVRİN SİYASİ, SOSYAL VE İLMÎ ŞARTLARI	39
1.9. KEMÂLEDDİN EFENDİ'NİN İLMÎ VE AHLAKİ	40
1.10. TASAVVUFÎ YÖNÜ	43
1.11. BAZI FETVALARI VE FIKHÎ GÖRÜŞLERİ	44

İKİNCİ BÖLÜM

UDDE KİTABI

2.1. NÜSHALARIN TANITIMI	47
2.1.1. Millet Kütüphanesi Nüshası (Müellif Nüshası):	47
2.1.2. Antalya Tekelioğlu Nüshası:	50
2.1.3. Manisa Nüshası:	52
2.1.4. Amcazâde Hüseyin Paşa Nüshası:	53
2.1.5. Amasya Nüshası:	55
2.1.6. Fazıl Ahmet Paşa Nüshası:	56

2.1.7. Leipzig Nüshası:	57
2.1.8. Beşir Ağa Nüshası	58
2.1.9. Nüshaların Hattının Genel Özellikleri	58
2.1.10. Nüshaların Değerlendirmesi	60
2.2. TAHKİK HAKKINDA	61
2.2.1. Tahkikte Esas Alınan Nüshalar	61
2.2.2. Tahkikte İzlenilen Yol	62
2.3. KİTABIN TANITIMI	66
2.3.1. Kitabın müellife aidiyeti	66
2.3.2. Kitabın Mukaddimesi	66
2.3.3. Yazılış Sebebi, Maksadı Ve Usulü	67
2.3.4. Edebi Sanatları	69
2.3.5. Dilsel Özellikleri	74
2.3.6. Farsça İfadeler	75
2.3.7. Hatalar	77

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAŞKÖPRİZÂDE KEMALEDDİN EFENDİ'NİN UDDE KİTABI'NDAKİ FIKIHÇILIĞI

3.1. UDDE KİTABI'NIN MUKADDİMESİ	81
3.2. UDDE'NİN KAYNAKLARI	83
3.2.1. Atıfta Bulunduğu Kaynak Eserler	83
3.2.1.1. Temel Kaynaklar:	83
3.2.1.2. Talî Kaynaklar	88
3.2.1.3. Kaynakların Değerlendirmesi	98
3.2.2. Atıfta Bulunduğu Şahsiyetler	99
3.2.2.1. Müçtehit İmamlar	99
3.2.2.2. Fakihler	108
3.3. NAKİLLER	112
3.3.1. Kitap Dışı Nakiller	113
3.3.1.1. Musannifin Kaynakları (Alıntı Yaptığı Kaynaklar)	113

3.3.1.2. Kitap Dışından Nakillerin Şekli	123
3.3.1.3. Dış Nakillerin Sıhhati	124
3.1.3.4. Kitap Dışı Nakillerin Değerlendirmesi	125
3.3.2. Kitap İçi Nakiller	127
3.3.2.1. Kapalı Nakiller	129
3.3.2.2. İç Nakillerin Sıhhati	130
3.3.2.3. İç Nakillerin Değerlendirmesi	131
3.3.3. Tekrarlar	132
3.4. MÜELLİFİN KATKILARI	133
3.4.1. Açıklama Ve İlaveler	133
3.4.1.1. Özel İsimleri Açıklaması	134
3.4.1.2. Bir Hatayı Düzeltmesi	135
3.4.1.3. Kapalı İfadeleri Tefsir Etmesi	137
3.4.1.4. Mukadder Kelimeyi Açıklaması	139
3.4.1.5. Mahzûf Manaları Tefsir Etmesi	139
3.4.1.6. Zamirlerin Merci'ini Belirtmesi	140
3.4.1.7. Muğlak İbareleri İzah Etmesi	140
3.4.1.8. Meseleyi Tasvîr Etmesi	141
3.4.1.9. Hükmü Kayıtlaması	142
3.4.1.10. İbareyi Toparlaması	142
3.4.1.11. Konuyu Özetlemesi	143
3.4.1.12. Lüğavî Beyanları	144
3.4.2. Kanaat Belirtilen Yerler	146
3.4.3. Hatalı İzahlar	150
3.4.4. Müellifin Hidâye'deki Diğer Mezheplere Atfedilen Görüşlere Yaklaşımı	153
3.4.5. Müellifin İlet İlaveleri	155
3.4.6. Hidâye'de Olduğu Halde Udde'de Olmayan Meseleler	155
3.4.6.1. İletlerin Zımnında Terk Edilen Meseleler	156
3.4.6.2. Müstakil Olarak Terk Edilen Meseleler	156
3.4.7. Udde'nin Fetva Usulü	157
3.4.8. Hidâye'ye Veya Usulüne Aykırı Tercih Veya Fetvalar	157

3.5. İSTİŞHÂTLAR	159
3.5.1. Ayetlerle İstişhât	159
3.5.2. Hadislerle İstişhat	162
3.5.3. İcmâ'	165
3.5.4. Kıyas	168
3.5.5. İstihsan	170
3.5.6. Sahabe Kavli	173
3.5.7. Örf	176
3.5.8. Külli Kaideler	178
3.5.9. Usûl Kâideleri	183
3.6. TA'LİLLER	186
3.7. GÜNDEME DÂİR MÜSTAKİL FASILLAR	189
3.7.1. Bey' Bi'l-Vefâ:	190
3.7.2. Bey'u'l-İne:	190
3.7.3. Mütevellî:	192
3.7.4. Baba ve Vasî'nin Taasarrufları:	192
3.7.5. Kazâ:	192
3.7.6. Beytülmal:	193
3.7.7. Bazı Fer'ler:	193
3.7.7.1. İstihkak:	193
3.7.7.2. Mümteddetü't-tuhr'un İddeti:	193
3.7.7.3. Bazı Davranışlar (El öpme, Ayağa Kalkma, Kucaklaşma):	194
3.8. UDDE'DE ZİKREDİLEN İLGİNÇ FETVALAR	194
3.9. İHTİRAZ KAYITLARI	199
3.10. UDDE' DE FARKLI İLİMLERE DÂİR BEYANLAR	201
3.11. ESERİN ELEŞTİRİSİ	204
3.12. TAŞKÖPRİZÂDE KEMALEDDİN EFENDİ'NİN FIKIHÇILIĞI	
HAKKINDA GENEL DEĞERLENDİRME	207
SONUÇ	210
KAYNAKÇA	212
EK	ek ss.1-599

KISALTMALAR

b.	Oğlu
ö.	Ölüm tarihi
h.	Hicri
m.	Miladî
Nşr.	Neşreden, Neşriyat
Thk.	Tahkik eden
tsz.	Tarihsiz
s.	Sayfa
ss.	Sayfalar
md.	Madde
Bkz.	Bakınız
MEB.	Milli Eğitim Bakanlığı
TTK.	Türk Tarih Kurumu
Ktp.	Kütüphanesi
DİB.	Diyanet İşleri Başkanlığı
DİA.	Diyanet İşleri Başkanlığı Ansiklopedisi
Ünv.	Üniversitesi
TDVY.	Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları
(sav)	Sallallahu aleyhi ve sellem
(ra)	Radıyallahü anh
Hız.	Hazreti
Haz.	Hazırlayan
Vr.	Varak

TABLÖLAR LİSTESİ

Tablo 1: Taşköprizâde Ailesi (Soy Ağacı)	s. 19
Tablo 2: Üstlendiği Vazifeler (Sırasıyla)	s. 37
Tablo 3: Millet Nüshası Genel Bilgileri	s. 48
Tablo 4: Antalya Tekelioğlu Nüshası Genel Bilgileri	s. 51
Tablo 5: Manisa Nüshası Genel Bilgileri	s. 52
Tablo 6: Amcazâde Hüseyin Paşa Nüshası Genel Bilgileri	s. 54
Tablo 7: Amasya Nüshası Genel Bilgileri	s. 55
Tablo 8: Fazıl Ahmet Paşa Nüshası Genel Bilgileri	s. 56



ŞEKİLLER LİSTESİ

Şekil 1: Eserin Müellifin Hattı Olduğuna Dair Belge	s. 49
Şekil 2: Millet Nüshası İlk Sayfa	s. 49
Şekil 3: Millet Nüshası Son Sayfa	s. 50



EK

Taşköprizâde Kemaleddin Efendi'nin '*Uddetü Ashâbi'l-bidâyeti ve'n-nihâye*' adlı
eserinin tahkikli metni ek ss. 1-599



GİRİŞ

Allah Teâlâ insanı en güzel şekilde yaratmış,¹ ona değer vermiş² ve birçok hususta onu diğer mahlûklardan üstün kılmıştır.³

İnsanı diğer canlılardan üstün kılan nimetlerin başında ilim gelmektedir. Bu sebeple dinimizde cehalet ve ehli tenkid edilirken,⁴ ilim ve ehli övülmüş,⁵ âlimler peygamberlerin varisi ilan edilmiştir.⁶

İnsanın hem dünya, hem de ahiret mutluluğunu elde etmesini amaçlayan İslam Dini gerek müspet, gerekse şer’î ilimler arasında ayırma gitmeksizin insanı her ikisine de teşvik etmiştir. Müspet ilimler; fizik, kimya, matematik, astronomi, coğrafya biyoloji gibi dallara ayrılmışken, şer’î ilimler ise temelde; akaid, fıkıh, tefsir, hadis ve tasavvuf gibi kısımlara ayrılmıştır.

Bütün bu ilimlerin hepsi kendi alanlarında büyük öneme hâiz olmakla birlikte insanın doğumundan ölümüne kadar, birey, aile ve toplumsal olarak hayatının her alanını ilgilendirmesi münasebetiyle fıkıh ilmi diğer ilimler arasında özel bir konumda yer almaktadır. Hz. Peygamber (sav); *من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين* ‘Allah kimin hayrını dilemişse onu dinde fakih (kavrayış sahibi) kılar’ buyurmuştur.⁷ Bu sebeple bu ilmin önemine işaret etmek üzere fıkıh alanında yazılan eserlerin başında bu hadis-i şerifi zikretmek gelenek haline gelmiştir.

Kur’an-ı Kerim’de; *يُؤْتِي الْحِكْمَةَ مَنْ يَشَاءُ وَمَنْ يُؤْتَ الْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ خَيْرًا كَثِيرًا وَمَا*

يَذْكُرُ إِلَّا أُولُو الْأَلْبَابِ ‘Allah hikmeti dilediğine verir. Kime hikmet verilmişse ona çok

şey verilmiştir. Bunu ancak selim akıl sahipleri kavrar’ buyurulmuştur.⁸ Birçok

¹ Tîn Sûresi, 95/ 4.

² İsrâ Sûresi, 17/ 70.

³ İsrâ Sûresi, 17/ 70.

⁴ A’râf Sûrei, 7/ 99.

⁵ Mücâdele Sûresi, 59/ 11.

⁶ Ebû Dâvud, İlim, 1, Tirmizî, İlim, 19.

⁷ Buhârî, İlim, 10; Müslim, Zekât, 33.

⁸ Bakara, 2/ 269.

müfessir ve fakih bu ayet-i kerime’de zikri geçen hikmetten fıkıh kastedildiği kanaatinde olduğunu belirtmiştir.⁹

Fıkıh ilmi; İmam Ebû Hanîfe (ö. 150/767) tarafından; معرفة النفس ما لها وما عليها

‘kişinin lehine ve aleyhine olan şeyleri bilmesidir’ şeklinde tanımlanmıştır.¹⁰ Ebû Hanîfe zamanında akaid ve tasavvuf ilmi fıkıh ilminden ayrılarak müstakil bir ilim haline gelmediği için bu şekilde tanımlanması gayet doğaldır. Nitekim İmam’ın kelam alanında kaleme aldığı eserini ‘el-Fıkhu’l-ekber’ diye isimlendirmesi o sırada kelam ilminin fıkıh ilminden ayrı düşünülmemesiyle alakalıdır. Zamanla akaid ve tasavvuf ilimleri fıkıh ilminden ayrılarak müstakil birer ilim halini alınca tanım güncellenmiş ve (عملا) ilavesiyle; ‘kişinin amel cihetinden lehine ve aleyhine olan şeyleri bilmesidir’ şeklinde tanımlanmıştır.

İmam Şâfiî (ö. 204/820) tarafından; العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها

التفصيلية yani; ‘şerî, amelî hükümleri tafsîlî delillerinden istifade ederek bilmek’ şeklinde tanımlanan¹¹ fıkıh zamanımızda yaygın olarak şöyle tanımlanmaktadır:

العلم بالأحكام الشرعية العملية التي استنبطها المجتهدون من الأدلة الشرعية التفصيلية

‘Müçtehitlerin tafsili (cüzî) şer’î delillerden elde ettiği amelî şer’î hükümleri bilmektir.¹²

⁹ Kurtubî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Ebî Bekr b. Ferh el-Kurtubî (ö. 671/1273), **el-Câmi’u liahkâmîl-Kur’ân**, Dâru’l-kütübîl-Mısriyye, Kahire, 1964, Cilt: 3, s. 330; İbn Kesîr, Ebû’l-Fidâ’ İmâduddîn İsmâîl b. Şihâbiddîn Ömer b. Kesîr b. Dav’ b. Kesîr el-Kaysî el-Kureşî el-Busrâvî ed-Dımaşkî eş-Şâfiî (ö. 774/1373), **Tefsîru’l-Kur’ânîl-Azîm**, Dâru Tayyibe, 1999 Cilt: 1, s. 700; el-Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes’ûd b. Ahmed (ö. 587/1191), **Bedâi’u’s-sanâi’ fi tertîbi’s-şerâi’**, Dâru’l-kütübîl-ilmiyye, Beyrut 1986. Cilt: 1, s. 2; İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dımaşkî (ö. 1252/1836), **Reddu’l-muhtâr ale’d-Dürri’l-muhtâr**, Dâru’l-fikr, Beyrut 1992, Cilt: 1, s. 39.

¹⁰ es-Sıgnâkî, Hüsameddin, Hüseyin b. Ali b. Haccâc b. Ali (ö. 711/ 1314), **el-Kâfi Şerhu’l-Pezdevî**, Thk: Fahredin Seyyid Muhammed Kanit, Doktora tezi, Mektebetü’r-rüşd, 2001, Cilt: 1, s. 144; Sadru’s-şerîa, (Sadruşşerîa es-Sânî) Ubeydullâh b. Mes’ûd b. Tâcişşerîa Ömer b. Sadrişşerîa el-Evvel Ubeydillâh b. Mahmûd el-Mahbûbî el-Buhârî (ö. 747/1346), **et-Tavdîh ala’t- Tenkîh**, el-Matba’atü’l-hayriyye, Mısır, 1306, Cilt: 1. s. 68; Molla Hüsrev, Kadı Muhammed b. Ferâmûz (885/1480), **Mir’âtü’l-usûl**, Fazilet Neşriyat, İstanbul, 1307, s. 18; ez-Zuhaylî, Muhammed Mustafa, **el-Vecîz fi’l-fıkhi’l-İslâmî**, Nşr: Dâru’l-hayr, Dimeşk, 2006, Cilt: 1, s. 18.

¹¹ Molla Hüsrev, ss. 20-21; ez-Zuhaylî, Cilt: 1, s. 18.

¹² Zekiyyüddîn Şa’b’an, **Usûlü’l-fıkhi’l-İslâmî**, el-Mektebetü’l-hanîfiyye, Bingazi, tsz, s. 9; Ayrıca bkz: Zeydan, Zeyneddin, **el-Vecîz fi usûli’l-fikh**, Dersaadet, İstanbul, tsz, s. 8.

Hazret-i Peygamber (sav) hayatta iken Müslümanlar dini ondan öğreniyor, bir problemle karşılaştıklarında ona sorarak nasıl hareket edeceklerini belirliyorlardı. Hz. Peygamberin vefatından sonra ise ilim sahibi sahabelere sorarak problemlerini çözmeye çalışıyorlardı. Ancak, özellikle Hz. Ömer devrinde İslam'ın üç kıtaya yayılmasıyla ve yeni yeni kültürlerin İslam'a katılmasıyla yeni meseleler ortaya çıkmış, farklı iklimlerde farklı kanaatler oluşmaya başlamıştır. Fizikî ve sosyal şartların da etkisiyle itikadî ve amelî alanlarda farklı mezhep ve okulların oluşum süreci başlamıştır.

Re'y ekolü olarak Bağdat ve Kûfe'de İmam Ebû Hanîfe¹³ merkezli oluşan Hanefî mezhebi de amelî alanda şöhret bulan ve günümüze dek ulaşan en köklü mezheplerdendir. İmam Ebû Hanîfe'nin talebelerinden itibaren bu ekole mensub binlerce müçtehit yetişmiş ve fıkıh alanında onun usulüne uygun eserler ortaya koymuşlardır. Bu eserlerin bir kısmı metin, bir kısmı şerh, bir kısmı haşiye ve bir kısmı da fetva formatındadır.

Yüzlerce yıl İslam'ın sancaktarlığını yapan Osmanlı Devleti de bu mezhebe mensub âlimlerin yetişmesi noktasında diğer medeniyetlerden geri kalmamış, ilme ve ilim ehline verdiği değerle çok kıymetli âlimlerin yetişmesine ve kıymetli eserler ortaya konmasına imkân sağlamıştır. Taşköprizâde Kemâleddin Mehmed b. Ahmed Efendi (ö.1030/1621) tarafından 1024/1615'de kaleme alınan, fakat halen kütüphane raflarında metruk vaziyette bulunan '*Uddetü ashâbi'l-bidâyeti ve'n-nihâye fî tecrîdi mesâili'l-Hidâye*' adlı¹⁴ eser de bu dönemde, Mergînânî'nin meşhur eseri *el-Hidâye* üzerine yapılmış önemli bir tecrid¹⁵ faaliyetidir. Biz de bu çalışmamızla mahtut haldeki bu kıymetli eseri kütüphane raflarından kurtararak ilim ehlinin hizmetine sunmayı ve müellifi olan Taşköprizâde ailesine mensup Kemâleddin Mehmed Efendi'yi ve fıkıhçı yönünü tanıtmayı amaçladık.

Muhtasaru'l-Kudûrî:

Udde'nin *Hidâye* üzerine, *Hidâye*'nin de Kudûrî üzerine yapılmış bir çalışma olması münasebetiyle Kudûrî hakkında biraz bilgi vermek yerinde olacaktır.

¹³ Ebû Hanîfe Nu'mân b. Sâbit b. Zûtâ b. Mâh (ö. 150/767).

¹⁴ Çalışmamızda bu eserden kısaca '*Udde*' veya '*Udde Kitabı*' şeklinde bahsedeceğiz.

¹⁵ Yani; meseleleri illetlerinden ayıklama.

İmam Ebu'l-Hasen Ahmed b. Muhammed el-Kudûrî'nin¹⁶ (ö. 428/1037) *el-Muhtasar*'ı Hanefî mezhebi kaynakları arasında özellikle ihtimam görmüştür. Hanefîleri ve Hanefî literatürünü eleştiren Hatib'in¹⁷ dahi Kudûrî'yi övmesi onun faziletine şahadet etmektedir.¹⁸ Kâtip Çelebi onun hakkında; متن متين معتبر متداول بين

الأئمة والأعيان 'Kudûrî imamlar ve önemli fakihler arasında elden ele dolaşan güçlü ve muteber bir metindir' demiştir.¹⁹ Nitekim *el-Muhtar*, *Kenzü'd-dekâik*, *Mecma'u'l-Bahreyn*, *Vikayetü'r-rivaye*, *Bidâyetü'l-mübtedî* ve *Mülteka'l-ebhur* ile beraber Hanefî mezhebinin muteber kaynaklarından sayılmış²⁰ ve üzerine otuzu aşkın şerh çalışması yapılmıştır. *Hidâye* de, -metni olan *Bidâyetül-mübtedî*'nin, *Kudûrî* ve *el-Camius-sağir*'den oluşturulduğu düşünüldüğünde- *Kudûrî*'nin şerhi mahiyetinde kabul edilmiştir. Zira *Bidayetü'l-mübtedî*'nin çoğunu *Kudûrî* metni oluşturmaktadır.

Hidâye'nin dışında Haddadi'nin *el-Cevheratü'n-neyyira*'sı ve Meydanî'nin *Lübâb*'ı *Kudûrî*'nin önemli şerhleri arasındadır.

Hanefî literatüründe '*el-Kitâb*' denildiğinde kendisi kasdedilen Kudûrî'nin *Muhtasar*'ı,²¹ fukaha ve ulema arasında manevi bir konuma da oturtulmuştur. Veba ve bela günlerinde Hanefîlerin bu kitabı okuyarak teberrük ettikleri söylenmektedir.²² *Kudûrî*'yi ezberleyenin fakirlikten emin olacağına ve salih bir hocadan okuyup duasını alan kişinin içerisindeki on iki bin mesele sayısınca dirheme Mâlik olacağına inanıldığı zikredilmektedir.²³

***el-Hidâye* Ve Önemi:**

¹⁶ Ebû'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed el-Kudûrî. Çömlek yaptığı veya sattığı veya Kudûr denilen köyde doğduğu için bu nisbetle anılmıştır. **Muhtasar** haricinde **et-Tecrid** ve **et-Takrib** adında iki eseri daha vardır. Çok zahid bir kişiliği vardı. 66 yaşında Bağdat'ta vefat etti ve defnedildi.

¹⁷ Ebû Bekr Ahmed b. Alî b. Sâbit el-Bağdâdî (ö. 463/1071). **Tarîhu Bağdâd** kitabıyla meşhur hadis hafızı tarihçidir. Bkz: Kandemir, M. Yaşar, **Hatîb el-Bağdâdî**, DİA, Cilt: 16, ss. 452-460.

¹⁸ Mesel: الفضل ما شهدت به الأعداء 'Asıl fazilet, düşmanın dahi ikrar ettiğidir.'

¹⁹ Katip Çelebi, Mustafa b. Abdullah (ö. 1067/1657), **Keşfüz-zünûn an esâmi'l-kütübi ve'l-fünûn**, Mektebetül müsenna, Bağdat, 1941, Cilt: 2, s. 1631.

²⁰ Bilmen, Ömer Nasuhi (ö. 1883-1971), **Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu**. Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1988, Cilt: 1, s. 249.

²¹ Çelebi, Cilt: 2, s. 1631.

²² Bkz: el-Merğînânî, Burhaneddîn Ali b. Ebî Bekr el-Ferganî (ö. 593/1197), **el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî**, Thk.: Talal Yusuf, Darü ihyaü't-türasi'l-arabî, Beyrut, tsz, Mukaddime.

²³ **el-Hidâye**, Mukaddime.

Hanefî mezhebinin klasik eserleri arasında *Hidâye* çok önemli bir değere sahiptir. Nitekim *Hidâye* kendisinden önceki fıkıh kitaplarını neshettiği gibi²⁴ kendinden sonraki eserlerin de kendisinden bağımsız kalamadığı, tüm kitaplara kaynaklık eden ve üzerine şerh, haşiye, talik, ihtisar, hadis tahriri vs. çalışmalar yapılmış tartışmasız en önemli fıkıh kitaplarından biridir.

Hanefî mezhebinde fıkıh alanında *Hidâye*'den önce de birçok eser kaleme alınmıştır. İmam Muhammed'in²⁵ (ö. 189/805) *el-Asl (el-Mebsût)*, *el-Cami-i sağır*, *el-Cami-i kebîr*, *es-Siyer-i kebîr*, *es-Siyer-i sağır* ve *ez-Ziyâdât* kitaplarından oluşan ve *Zahiru-r-rivâye* denilen kitapları, Tahâvî'nin (ö. 321/933) *el-Muhtasar'ı*, Hâkim eş-Şehid el-Mervezi'nin²⁶ (ö. 334/945) *el-Kâfi* kitabı, İmam Kudûrî'nin²⁷ (ö. 428/1037) *el-Muhtasar'ı (el-Kitab)*, Şemsü'l-eimme es-Serahsî'nin²⁸ (ö. 483/1090), *el-Kâfi* üzerine şerhi olan *el-Mebsût*'u ve Alaaddin Semerkandî'nin²⁹ (ö. 539/1144) *Tuhfetul-fukeha'sı* bunlardan bazılarıdır. İleride bu kitapların bazılarında bahdedilecektir.

el-Mergînânî (ö. 593/1197):

Hidâye'nin müellifi'nin tam ismi; İmam Burhaneddin, Ebu'l-Hasen, Ali b. Ebi Bekr el-Ferganî el-Mergînânî'dir. Leknevî'nin ifadesine göre Karahanlılar döneminde, hicri 511 (m.1156) yılında şu anki Kırgızistan'ın Fergana bölgesinin Mergînân denilen yerleşim bölgesinde doğmuş, hicri 593 (m. 1197) yılında Semerkant'ta vefat etmiş ve orada defnedilmiştir. Hz. Ebu Bekr'in soyundan olduğu söylenir.³⁰

²⁴ Nitekim hakkında şöyle denmiştir:

إِنَّ الْهَدَايَةَ كَالْقُرْآنِ قَدْ نَسَخَتْ - مَا صَنَّفُوا قَبْلَهَا فِي الشَّرْعِ مِنْ كِتَابٍ

'*Hidâye* şeriat alanında kendinden önceki kitapları neshetmesi cihetinden Kur'an gibidir.'

Yani; Kur'an-ı Kerim kendi dalındaki ilahi kitapların hükmünü kaldırmış olduğu gibi *Hidâye* de kendi dalı olan fıkıh ve şeriat alanında yazılan kitaplarının önüne geçmiştir. Bu ifadede itikadi açıdan bir sıkıntı yoktur. Çünkü teşbih muğayereti gerektirir. Müşebbeh müşebbehün bih'ten farklıdır. Teşbih her yönden değil, bir yöndendir. Bkz: el-Mergînânî, **el-Hidâye**, Mukaddime.

²⁵ Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasen b. Ferkad eş-Şeybânî.

²⁶ Ebû'l-Fazl Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Mervezî el-Belhî el-Hâkim eş-Şehîd.

²⁷ Ebû'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed el-Kudûrî.

²⁸ Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî.

²⁹ Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed es-Semerkandî.

³⁰ Leknevî, Ebu'l-Hasenât Muhammed Abdülhay, **el-Fevâidü'l-behiyye fî terâcimi'l-Hanefiyye**, Mısır, 1324. ss. 141-144; Özel, Ahmet, **Hanefî Fıkıh Âlimleri**, TDVY. Ankara, 1990, ss. 45-68; Koca, Ferhat, **Mergînânî**, DİA, Cilt: 29, ss. 182-183.

Mergînânî, anne tarafından dedesi Ebû Hafs Ömer b. Ali ez-Zenderâmasî, Sadrüşşehîd, Necmeddin en-Nesefî, Alâeddin es-Semerkandî'den ders alan Ziyâeddin Muhammed b. Hüseyin el-Bendenîcî, Ebû Muhammed Ziyâeddin Sâid b. Es'ad el-Mergînânî, Şemsüleimme es-Serahsî'nin öğrencisi Osman b. Ali el-Bîkendî, ve Kivâmüddin Ahmed el-Buhârî gibi hocalardan okudu.³¹

Zahîrûddin Muhammed b. Ahmed el-Buhârî, Burhâneddin Mahmûd b. Ahmed el-Buhârî, Kādîhan, ve Ahmed b. Muhammed el-Attâbî ile çağdaştı.³²

Ta'limü'l-müte'allim müellifi Zernûcî, Şemsüleimme el-Kerderî, Celâleddin Mahmûd b. Hüseyin el-Üsrûşenî, Celâleddin Muhammed ve Nizâmeddin Ömer gibi âlimler Mergînânî'den ders almışlardır.³³

Taşköprizâde Ahmed Efendi, Hanefî mezhebi içerisinde Mergînânî'yi ashâb-ı tercîhten kabul etmekten Leknevî onun mezhepte müctehid olduğunu söylemekte, yakın zaman Osmanlı âlimlerinden Seyyid Bey ise eserlerine bakıldığında onun meselede müctehid kabul edilmesinin gerektiğini belirtmektedir.³⁴

Mergînânî Kudûrî'den yaklaşık 160-165 sene kadar sonra vefat etmiştir. Mergînânî, öncelikle Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ı ve İmam Muhammed'in *el-Câmiu's-sağir*'inden derlediği *Bidâyetü'l-Mübtedî* kitabını yazmıştır. Daha sonra bu kitabı detaylı bir şekilde, 80 cilt halinde şerhetmiş ve bu kitabını *Kifâyetü'l-müntehî* olarak isimlendirmiştir. Kitabın çok mufassal olması sebebiyle daha kısa bir şerhe ihtiyaç olduğunu düşünerek *Bidaye*'yi daha kısa şekilde tekrar şerhetmiş ve bu kitabına *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-mübtedî* ismini vermiştir.³⁵

Bu eserler dışında Mergînânî'nin '*et-Tecnîs ve'l-mezîd*' isminde vaki'âta dair bir eseri, '*Muhtârâtü'n-nevâzil*' adlı nevazil fikhına dair bir eseri ve Hac ve ferâize dair birer müstakîl eseri vardır.³⁶

³¹ Bkz: Koca, Ferhat, **Mergînânî**, DİA, Cilt: 29, ss. 182-183.

³² Koca, Ferhat, **Mergînânî**, DİA, Cilt: 29, ss. 182-183.

³³ Bkz: Koca, Ferhat, **Mergînânî**, DİA, Cilt: 29, ss. 182-183; Bkz: Özel, Ahmet, **Hanefî Fıkıh Âlimleri**, TDVY. Ankara, 1990, ss. 45-68.

³⁴ Bkz: Koca, Ferhat, **Mergînânî**, DİA, Cilt: 29, ss. 182-183.

³⁵ **el-Hidâye**, Mukaddime.

³⁶ Bkz: Özel, ss. 45-68.

Hidâye'nin Özellikleri:

Mergînânî tarafından yazılmıştır. Yine kendi telifi olan *Kudûrî* ve *Camîu's-sağîr*'i mezc ederek oluşturduğu *Bidâyeti'l-mübtedî* üzerine yapılmış bir şerhtir. Müellif *Hidâye*'de meseleleri nakli ve akli delillerle gerekçelendirmiş, mezhep içi veya dışı ihtilafı belirtmiş ve konuyu ana hatlarıyla tartışmıştır. Mezhep içi olarak İmameyn veya Sahibeyn diye meşhur iki talebesi Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in ve onlara nisbetle daha aykırı görüşlere imza atan Züfer'in görüşlerine yer vermiştir. (Hasan b. Ziyad ise pek nadir zikredilmektedir.) Mezhep dışında ise kimi zaman İmam Mâlik'e atıfta bulunsa da müellifin asıl hedefinde Şâfiî mezhebi ile Hanefî mezhebi arasındaki ihtilafı konular bulunmaktadır. Yani genel olarak *Hidâye*, Ebû Hanîfe'nin içtihatlarını gerekçeleriyle beyan ederken, mezhep dışı olarak İmam Şâfiî ve mezhep içinde Ebu Yusuf, Muhammed ve Züfer'in hilafını yine gerekçelendirerek belirtmeyi konu edinmiştir.

Mergînânî'nin *Hidâye*'deki metodu şöyledir:

Mergînânî metin veya şerhte önce İmam'ın görüşünü, sonra varsa mezhep içi veya dışı hilafı zikrettikten sonra öncelikle muhalifin delilini sunar. Daha sonra muhalifin gerekçelerine cevap vererek bu delilleri çürütmeye çalışır. Daha sonra İmam'ın görüşünün gerekçelerini akli ve nakli delillerle desteklemeye çalışır.³⁷ Bazen muhalifin görüşüne cevabı en sona da bıraktığı gözlemlenmektedir. Mergînânî mezhep içi hilafı belirtirken -tercihine dair herhangi bir beyanda bulunmadığı durumlarda- gerekçesini sonraya bırakması o görüşü tercih ettiğine işaret etmektedir.³⁸

Hanefî mezhebine ait kaynaklarda genelde 'esahh' olduğu ifade edilen fetva 'sahih' olduğu söylenene tercih edilir.³⁹ Nitekim 'esahh' tafdil sigası olması münasebetiyle sahih'e öncelenmeyi gerektirir. Bununla birlikte sahih'le amel etmeyi de tecviz ederler. Çünkü esahh'ın zıttı sahihtir. Yani esahh değilse de en azından sahih demektir. Sahih diye kayıtlanan fetvanın ise tersiyle amel etmek caiz

³⁷ **el-Hidâye**, Mukaddime; Katip Çelebî, Keşfü'z-zünûn, Cilt: 2, s. 2022.

³⁸ Bkz: el-Meydânî, Abdülganî b. Tâlib b. Hammâde el-Guneymî ed-Dımaşkî (ö. 1298/1881), **el-Lübâb şerhu'l-Kitâb**, Thk.: Muhammed Muhyiddin Abdülhamid, Mektebetü'l-ilmiyye, Beyrut, tsz. Cilt: 2, s. 7.

³⁹ İbn 'Âbidin, Muhammed Emin, **Şerhu Ukûdi resmi'l-müftî** (Ukûd), Merkezü tev'iyeti'l-fikhi'l-İslamî, Haydarabad, 2000, s. 33;

görülmemiştir. Zira sahih'in zıttı fasiddir. Bu sebeple diğer kaynakların aksine İbrahim Halebi ve İbn Abidin sahih'le ameli esahh'la amele önelemektedir.⁴⁰ *Hidâye*'de ise diğer kitapların aksine 'sahih' olduğu söylenen fetvanın tersiyle de amel edilebilir.⁴¹ Mergînânî sahih ifadesini bu hususa riayet ederek dikkatli şekilde kullanmıştır. Sahih diye ifade ettiği fetvaları incelendiğinde zıttı ile de amel edilebilir olduğu gözlemlenmektedir.

Tüm fıkıh kitaplarının sonunda yer verilen Ferâiz bahsi *Hidâye*'de yer almamaktadır. Bunun sebebi; musannifin ferâizi ayrı bir ilim gibi görmesi⁴² ve ferâiz hakkında müstakil bir kitap yazmış olmasıdır.⁴³

Hidâye'de bazı özlü kavramlar belli manalar ifade etmektedir. Bunların bir kısmı şöyledir:

'Asl' denilince İmam Muhammed'in *Mebûsât*'u, 'meşayihimiz' denilince Maverâunnehir uleması, 'el-meşayih' kayıtsız olarak denilince İmam'ı görmemiş olan mezhebin ileri gelen âlimleri, '*el-Kitab*' denilince Kudûrî'nin *Muhtasar*'ı kastedilmiştir. 'Bimâ televnâ' geride geçen ayete, 'bimâ raveynâ' geçen hadise, 'bimâ zekernâ' geride zikredilen akli delillere ve 'limâ beyyennâ' mezkûr akli ve nakli delillerin tamamına delalet etmektedir. 'Kâlû' diyorsa meselenin tartışmalı olduğuna işaret etmektedir. 'Kâle radiyellahu anhu' veya 'Kâle'l-abdu'z-za'îfu' diyorsa musannifin kendisi kastedilmiştir.

Hidâye'de nahiv açısından da bazı farklılıklar gözlemlenmektedir. 'Emmâ'ların cevabında çoğu diltelerce vacip görülen 'fâ' genelde hazfedilmiştir. Diğer klasik eserlerde de sıkça gördüğümüz 'lien/feinne' gibi fiile benzetilen harflerin isimleri bazen hazfedilmiştir. Örneğin; *لأنَّ بالعجز عنده يتبدل الملك* ifadesi gibi...⁴⁴

Hidâye'de bazı hatalar da tesbit edilmiştir. Örneğin bey bahsinin sonunda 'mesail-i müntesera' bölümünde -geride hadis geçmediği halde- geride geçen hadise

⁴⁰ **el-Hidâye**, Mukaddime; İbn 'Âbidin, Ukûd, s. 33.

⁴¹ İbn 'Âbidin, Ukûd, s. 33; **el-Hidâye**, Mukaddime.

⁴² Nitekim Hz. Peygamber (sav) feraiz ilmini öğrenmeyi ve başkalarına öğretmeyi tavsiye etmiş, onun ilmin yarısı olduğunu bildirmiştir. Bkz: Dârimî, 227; İbn Mace, 2719.

⁴³ Kitabının ismi *Kitâb fi'l-ferâiz* (veya *Feraizu'l- Usmani*) olup Süleymaniye Reşid Efendi, (nr. 380, vr. 89b-90a) ve Kayseri Râşid Efendi (nr. 26170) kütüphanelerinde mahtut olarak bulunmaktadır. Bkz. Koca, Ferhat, **Mergînânî**, DİA, Cilt: 29, ss. 182-183.

havale yapılmıştır. Yine ‘kefalet’ bahsinin devamında ‘daman’ faslında İmam Şâfiî ve Ebu Yusuf’un görüşleri birbiriyle karıştırılmıştır. Ayrıca ‘zebâih’ bahsinde musannif hulkum (nefes borusu) ile ‘merî’yi (yemek borusunu) birbiriyle karıştırmış, ‘nüha’ı da yanlış tanımladığı ifade edilmiştir.⁴⁵ İnsan kusur işlemekle muttasıftır.⁴⁶ Kusursuz olan Yüce Allah’tır. Elbette *Hidâye* gibi hacimli ve sistematik bir kitabın faziletleri yanında böylesi ufak tefek hatalar kitabın değerine asla halel getirmez.

Hidâye’de ayrıca bazı konular olması gereken veya bulunması beklenen yerde değil farklı konuların altında yer almıştır. Örneğin ‘bey’ul-‘îne’ meselesi Bey’ bahsi altında yer alması beklenirken orada değil, Kefalet konusu tahtında dile getirilmiştir.⁴⁷ ‘Bey’bil-vefa’dan ise yine farklı bir yerde, (bey’-i câiz adıyla) ‘İkrah’ konusu altında bahsedilmiştir.⁴⁸ İşte üzerine çalıştığımız, Taşkoprizâde’nin *Udde Kitabı*’nın bizce en önemli özelliklerinden biri; bu meseleleri birbirine ulaması ve fetvaları en uygun yere yerleştirmesidir.

el-‘Udde:

Kâtip Çelebi (ö. 1030/1621)⁴⁹ *Keşfu’z-zünûn* adlı eserinde Mergînânî’nin *Hidâye*’si üzerine yapılan çalışmalar hakkında bilgi verirken *Udde*’den şöyle bahsetmiştir:

*Hicrî 1030 yılında vefat etmiş olan Taşkoprizâde diye meşhur Mevlana Kemâleddin Muhammed b. Ahmed el-Rûmî el-Hanefî, Hidâye’nin meselelerini bir cilt şeklinde tertiplemiş ve onu ‘Uddetü ashâbil-bidâyeti ven-nihâyeti fî tecridi mesâilî’l-Hidâye’ diye isimlendirmiştir*⁵⁰

Kitabın isminde her ne kadar ‘*Hidâye*’nin meseleleri’ ifadesi geçse de aslında musannif sadece *Hidâye*’deki meselelerle yetinmemiş, *Hidâye*’de geçmediği halde şerhlerinde veya diğer kitaplarda geçen gerekli gördüğü bazı meseleleri de ilave ederek fetva kitabı formatında bir eser ortaya koymuştur.

⁴⁴ **Hidâye**, Cilt: 3, s. 266; **Udde**, vr, 254b.

⁴⁵ Bkz: Leknevi, Abdulhayy, **Şerhu Leknevi alel-Hidâye**, Mektebetü’l-Büşra, Karaçi, 2014, **Hidâye** mukaddimesi.

⁴⁶ الإنسان محل النسيان

⁴⁷ Leknevi, Cilt: 7, s. 306.

⁴⁸ Bkz: **Hidâye**, Cilt: 3, s. 273.

⁴⁹ Asıl adı Mustafa b. Abdullah’tır. Hacı Halife diye de şöhret bulmuştur.

⁵⁰ Kâtip Çelebi, Cilt: 2, s. 2022.

Hidâye'de ayet veya hadislerin zımnında veya satır aralarında saklı, işaret edilmiş fakat tefekkür edilmeden anlaşılması zor olan bazı fetvaları da muhataba kolaylaştırma maksadıyla satır aralarından ve ifadenin zımnından açığa çıkarmış ve kolaylıkla anlaşılacak şekilde ifade etmiştir.

Müellif konuyu ilgilendirdiğini düşündüğü, fakat *Hidâye*'de başka bir konu altında zikredilmiş olan fetvaları uygun gördüğü yere aktarmış, böylece birbiriyle bağlantılı meseleleri ilgili bablar altında derlemiş, fakat asıl kaynak olan *Hidâye*'deki mahalline atıfta bulunmuştur. Böylece mesele hem daha uygun yerde zikredilmiş, hem de konuyla ilgili delil ve tartışmalar hakkında detaylı bilgi arayan kişinin konuyu nerede bulacağı hususunda kendisine yol gösterilmiş olmaktadır. Örneğin; Bey' bahsinde gerek değerli, gerekse ucuz eşyalar hakkında alış-verişlerin teati (söz söylenmeksizin alış-veriş) suretiyle yapılabileceğini söylerken bu konu altında hiç para ödenmeksizin satma niyetiyle malın sırf teslimiyle de bu teatinin gerçekleşebileceğini, nitekim Mergînânî'nin bu meseleyi burada söylemese de '*el-Vekâletü bi'ş-şira*' bahsinde zikrettiğini nakleder.⁵¹

Yine alış-veriş (bey') konusu altında kabul muhayyerliğinin ortadan kalkma sebeplerini sayarken; 'satıcı icabı oluşturduktan sonra müşterinin ölmesiyle de bu muhayyerliğin ortadan kalktığını' söylemekte ve bunu musannifin '*Vesâya*' bahsinin evvelinde zikrettiğini nakletmektedir.⁵²

Bir başka örnekte yine bey' konusunda 'tek kişinin akdin iki tarafını üstlenemeyeceğini' söyler ve musannifin bunu '*Kitabu'r-Rehn*' konusunun '*Babu mâ yecûzü'r-tihânühü*' başlığı altında zikrettiğini söyler.⁵³

Taşköprizâde kitap içi veya dışı her nereden bir nakil yapsa mutlaka naklettiği kaynak veya baba atıfta bulunmuştur. *Hidâye* içerisindeki meselelerde yapmış olduğu nakilleri genellikle fasıl veya babın sonunda toplamıştır. Taşköprizâde'nin bu tasarrufu, konuları toparlama adına gerçekten kayda değer bir emeğe işaret etmekle birlikte, aynı zamanda araştırmacıya büyük kolaylık sağlamaktadır.

⁵¹ Bkz: Taşköprizâde Kemâleddin Mehmed b. Ahmed (ö. 1030/1621), '*Uddetü Ashâbi'l-bidâyeti ve'n-nihâye fî teecrîdi mesâili'l-Hidâye*, (Udde), mahtut, Millet Kütüphanesi, (34, Ae, Arabi, 580), vr, 157b.

⁵² Udde, vr, 157b.

⁵³ Udde, vr, 157b.

Müellif çalışmasını her ne kadar, meseleleri illetlerinden arındırma anlamına gelen ‘tecrîd’ diye isimlendirse de çoğu defa bir sebeple illet beyanından geri durmadığı görülmektedir.

Taşköprizâde Kemâleddin Efendi’nin *Udde Kitabı*’ndaki fıkıhçılığını inceleyeceğimiz Üçüncü Bölüm’de bu konuları örnekleriyle açıklamaya çalışacağız.

Araştırmanın Konusu:

Çalışmamızın konusu; Taşköprizâde Kemâleddin Efendi’nin *Udde Kitabı*’nın tanıtımı ve onun bu kitap çerçevesinde sergilediği fıkıhçılık örneğidir.

Araştırmanın Amacı:

Çalışmamızın amacını maddeler halinde şu şekilde özetlemek mümkündür:

-Taşköprizâde Kemâleddin Efendi’nin *Udde Kitabı*’nı mahtut nüshaları karşılaştırarak sahih bir ortak metin oluşturmak,

-Oluşturulan metni kitaplaştırarak ilmî ve akademik çevreye tanıtmak ve yeni çalışmalara katkı sağlamak,

-*Udde Kitabı*’nı ve Müellifi Taşköprizâde Kemâleddin Efendi’yi detaylı bir şekilde tanıtmak,

-Müellifin *Udde Kitabı*’nda ortaya koyduğu fikhî performansı değerlendirmek.

İstifade Ettiğimiz Temel Kaynaklar:

Udde Kitabı’nı tahkik aşamasında her ne kadar klasik lügat ve fıkıh kaynaklarının birçoğundan istifade etsek de öncelikle bu kitabın nüshalarından, *Hidâye*’nin⁵⁴ metninden ve meşhur şerhleri İbn Hümâm’a ait *Fethu’l-Kadîr*⁵⁵, Babertî’ye ait *el-Înâye*⁵⁶ ve Bedrettin Aynî’ye ait *el-Binâye*⁵⁷ kitaplarından yoğun bir şekilde istifade ettik.

⁵⁴ el-Merğînânî, Burhaneddîn Ali b. Ebî Bekr el-Ferganî (ö. 593/1197), **el-Hidâye şerhu Bidâyeti’l-mübtedî**, Thk.: Talal Yusuf, Darü ihyaü’t-türasi’l-arabî, Beyrut, tsz.

⁵⁵ İbn Hümam, Kemaleddîn Muhammed b. Abdülvahid es-Sivâsî (ö. 861/1457), **Fethu’l-Kadîr ale’l-Hidâye**, Dâru’l-fikr, Beyrut, tsz.

⁵⁶ Babertî, Muhammed b. Mahmud b. Ahmed Ekmeleddîn Ebu Abdullah er-Rûmî, el-Mısırî (ö. 786/1384), **el-Înâye şerhu’l-Hidâye**, Dâru’l-fikr, tsz.

Dirase bölümünde ise; Ahmet Cevdet Paşa'nın neşrettiği Taşköprizâde Kemâleddin Efendi'nin *Mevzû'âtü'l-ulûm'u*⁵⁸, İbn Kutluboğa'nın *Tacut-terâcim'i*⁵⁹, Kâtip Çelebî'nin *Keşfu'z-zünûn'u*⁶⁰, Mehmet Tahir Bursalı'nın *Osmanlı Müellifleri* kitabı⁶¹, el-Leknevî'nin *el-Fevâidü'l-behiyye'si*⁶², Kureşî'nin *el-Cevahiru'l-mudiyye fî tabakâti'l-Hanefiyye'si*⁶³, Ziriklî'nin *el-A'lâm'ı*⁶⁴, Peçevî'nin *Tarih'i*⁶⁵, Ahmet Özel'in *Hanefî Fıkıh Âlimleri*⁶⁶ ve TDV'nin İslam Ansiklopedisi en çok istifade ettiğimiz kaynaklar arasındadır.

Araştırmanın Önemi:

Taşköprizâde Kemâleddin Efendi'nin eserinin tam ismi; '*Uddetü ashâbi'l-bidâyeti ve'n-nihâye fî tecridi mesâili'l-Hidâye*' şeklindedir. Manası; '*Hidâye*'nin meselelerini illetlerinden arındırarak her seviyede ilim ehlinin kolaylıkla anlayacağı formda sunmak' demektir.

Daha önce de söylediğimiz üzere *Hidâye* üzerine şerh, haşiye, ihtisar ve hadis tahrirci tarzında onlarca çalışma yapıldığı halde tecrid çalışmalarına pek rastlamamaktayız. Meseleleri illetlerinden arındırarak sadece fetva ve hilafı zikretmek anlamına gelen tecrid, ihtisar ile müradif değildir. Çünkü ihtisar sadece illetleri atmakla kalmayıp, birçok meseleyi de atlayarak bir nevi özetleme ve en

⁵⁷ Aynî, Bedreddin, Ebû Muhammed (Ebû's-Senâ) Bedrüddîn Mahmûd b. Ahmed b. Mûsâ b. Ahmed el-Aynî (ö. 855/1451), **el-Binâye şerhu'l- Hidâye**, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut 2000.

⁵⁸ Taşköprizade, Kemâleddin Mehmed b. Ahmed (ö. 1030/1621), **Mevzûâtü'l-ulûm, Miftâhu's-sa'âde ve misbâhu's-siyâde**, Nşr: Ahmed Cevdet, İkdâm Matbaası, İstanbul, 1313.

⁵⁹ İbn Kutlûboğâ, Ebû'l-Adl Zeynüddîn (Şerefüddîn) Kâsım b. Kutluboğâ b. Abdillâh es-Sûdûnî el-Cemâlî el-Mısırî (ö. 879/1474), **Tâcü't-terâcim fî tabakâti'l-Hanefiyye**, Matbaatü'l-Ânî, Bağdat, 1962.

⁶⁰ Katip Çelebi, Mustafa b. Abdullâh el-Kastamonî (ö.1067/1657), **Keşfü'z-zunûn an esâmi'l-kütüb ve'l-fünûn**, Dâru İhyai't-türâsi'l-Arabî, Beyrut tsz.

⁶¹ Bursalı, Mehmet Tahir (1861-1925), **Osmanlı Müellifleri**, Matbaa-i Amire, İstanbul, 1333.

⁶² el-Leknevî, Ebû'l-Hasenât Muhammed Abdülhay b. Muhammed Abdilhalîm b. Muhammed Emînillâh es-Sihâlevî el-Leknevî (1848-1886), **el-Fevâidü'l-behiyye fî terâcimi'l-Hanefiyye**, Mısır 1324.

⁶³ el-Kureşî, Ebû Muhammed Muhyiddîn Abdülkâdir b. Muhammed b. Muhammed el-Kureşî el-Mısırî (ö. 775/1373), **el-Cevahiru'l-mudiyye fî tabakati'l-Hanefiyye**, Thk. Abdulfettah Muhammed el-Hulv, Hicr yy, 1993.

⁶⁴ Ziriklî, Hayruddîn (ö. 1396/1976), **el-A'lâm, Kâmusu Terâcîmi li Eşheri'r-Ricâl ve'n-Nisâi mine'l-Arab ve'l-Müsta'ribîn ve'l-Müsteşrikîn**, Dâru'l-İlm li'l-Melâyîn, Beyrut 2002.

⁶⁵ Peçevî, İbrahim Efendi, **Tarih-i Peçevî**, (Hz: Bekir Sıtkı Baykal), Kültür ve Turizm Bakanlığı, 1000 Temel Eser Serisi, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1982.

⁶⁶ Özel, Ahmet, **Hanefî Fıkıh Âlimleri**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2006.

temel metni ortaya çıkarma çalışmasıyken, tecrid; sadece illetleri atmakla yetinme, meseleleri ise eksik bırakmaksızın ortaya dökme ameliyesidir.

Kâtip Çelebi, Taşköprizâde'den daha önce İbn Akreb namıyla meşhur Ebul-Melîh Muhammed b. Osman (ö.774) tarafından yazılmış *er-Ri'aye fi tecdîdi mesaili'l-Hidâye* isminde bir tecrid çalışması daha olduğundan bahsetmektedir.⁶⁷ Kitap mahtut olarak Rağıp Paşa Kütüphanesi 504 numarada mevcuttur. Ancak eserin üzerinde müellifin ismi Kâtip Çelebi'nin belirttiği şekilde değil, kitabın baş kısmında sadece İmam es-Siğnaki olarak, sonunda ise; Muhammed b. Ali b. Muhammed el-Ezrakî şeklinde zikredilmiştir. Kitap, *Udde*'den farklı olarak sadece *Hidâye* fetvalarından oluşmakta, eser içi veya dışı bir nakil veya farklı bir tasarruf içermemektedir.

Udde Kitabı ise sadece bir tecrid faaliyetinden öte bir fetva mecmuası formatındadır. Taşköprizâde, *Hidâye*'den illetleri çıkarmakla yetinseydi bunu elbette herhangi birimiz de kolaylıkla yapabilirdi ve yapılan bu faaliyet takdire şayan bir ameliye olarak kabul görmezdi. Ancak müellif küçük yaşından itibaren vermeye başladığı *Hidâye* dersleri neticesinde sağladığı fikhî birikimini bir eserde toparlamaya niyet etmiş ve fırsatını bulduğunda bu niyetini hayata geçirmiştir. Eseri incelendiğinde onun *Hidâye* ve şerhlerinin meselelerine son derece vakıf olduğunu anlamaktayız. Nitekim konuların sonlarına yerleştirdiği fetva nakilleri, *Hidâye*'de hangi meselenin hangi konuda geçtiğini çok iyi bildiğini göstermektedir. Müellifin bu iç nakiller esnasında bir meseleyi bir yerden alıp başka bir yere koyarken *Hidâye*'deki yerini de belirtmesi meseleyi yerinde incelemek isteyen araştırmacılara da kolaylık sağlamaktadır.

Ayrıca *Udde*'deki fetvalar sadece *Hidâye* ve şerhleriyle sınırlı olmayıp, birçok klasik Hanefî eserlerle beslenmiştir. Diğer kaynaklarda satır aralarında veya meselelerin zımında üstü kapalı olarak geçen fetvalar *Udde*'de daha açık ve anlaşılabilir şekilde ifade edilmektedir. Musannifin de gönlünden geçtiği gibi *Udde* kadı ve müftüler için devamlı yanlarında bulundurması gereken bir nevi el kitabı hüviyetindedir. Dolayısıyla dört yüz yıldır kütüphane raflarında mahtût ve metruk kalmayı asla hak etmemektedir.

⁶⁷ Kâtip Çelebi, *Keşfüz-zünûn*, Cilt: 2, s. 2022.

Araştırmanın Kapsamı ve Yöntemi:

Çalışmamıza *Udde Kitabı*'nın nüshalarını toplamakla başladık. Yurt içi ve yurtdışı kütüphanelerde tespit ettiğimiz toplam sekiz farklı nüshayı elde ettikten sonra bu nüshalar arasında müellif yazısı olduğuna kanaat ettiğimiz Millet Kütüphanesi nüshasını merkeze aldık. Amasya nüshası Sultânî hattatlar tarafından yazıldığı ve tarih olarak müellif nüshasına yakın olduğu için, Manisa nüshası hattı okunaklı olduğu için, Antalya nüshası hattı diğer nüshalara kıyasla daha zor olmasına rağmen daha hatasız olması sebebiyle çalışmamızda bu nüshalara itibar ettik. *Udde Kitabı Hidâye* ve şerhleri temelli bir eser olduğu için en doğru metni oluşturabilmek için ihtiyaç anında zikri geçen bu kaynaklara da müracaat ettik.

Çoğu klasik yazma eserlerde olduğu gibi *Udde Kitabı* da paragraf ve noktalama işaretlerinden hâli şekilde yazılmış bulunmaktaydı. Metni oluştururken gerekli gördüğümüz yerde hareke ve şedde gibi işaretlerle ibarenin okunmasını kolaylaştırdığımız gibi, yanlış anlamayı engellemek için İSAM tahkik kurallarına uygun noktalama işaretleriyle eseri güncel formata sokmaya gayret ettik. Konuları - anlam bütünlüğünü dikkate alarak- paragraflamak suretiyle daha tertipli bir hale getirdik. Bu arada gerek nüshaların minhüvat kayıtlarından, gerekse haşiye ve lügat kaynaklarından istifade ederek kapalı kelime veya muğlak ifadeleri ta'lik şeklinde açıklamaya çalıştık.

Bilgisayar formatına aktardıktan sonra eseri baştan sona tekrar inceleyerek musannifin emeğini araştırdık. Aldığı fetvayı niçin aldığını, terkettiğini niçin terkettiğini, illetlerden arındırılmış bir kitapta niçin illet zikrettiğini, bazı tartışmalara niçin daldığını, yaşadığı zaman diliminin güncel şartlarının fikhî nasıl etkilediğini araştırdık.

Tüm bu araştırmalarımız neticesinde çalışmamızı 'Giriş', üç 'Bölüm', 'Sonuç' ve '*Udde Kitabı*'nın metnini içeren bir 'Ek' şeklinde planladık.

Giriş kısmında araştırmamızın konusu, amacı, önemi ve yöntemi üzerinde durduk.

Birinci Bölüm'de şöhreti babası Ahmet Efendi ile perdelenen, ama gerek üstlendiği önemli devlet görevleri, gerekse ortaya koyduğu ilmi eserleriyle pek babasını aratmayan Taşköprizâde Kemâleddin b. Ahmed Efendi'yi tanıtmayı amaçlıyoruz.

İkinci Bölüm’de *Udde Kitabı* nüshaların özellikleri ve tahkikte izlediğimiz yol hakkında bilgi vermeye çalışacağız.

Üçüncü Bölüm’de ise; Taşköprizâde Kemâleddin Efendi’nin *Udde Kitabı*’nda sergilediği fıkıhçılık özelliğini, eserin kaynaklarını, musannifin yapmış olduğu nakilleri, istişatları, ta’lilleri, ihtirazları, müstakil olarak açmış olduğu fasılları ve ilginç fetvaları tanıtmaya çalışacağız.

Sonuç bölümünde çalışmamız neticesinde ulaştığımız kazanımları kısaca özetlemeye çalışacak, Ek’te ise *Udde Kitabı* üzerine yapmış olduğumuz tahkik çalışmasını arz edeceğiz.

Konuya başlamadan önce, bir müddet danışmanlığımı yapan Prof. Dr. Mustafa YILDIRIM’a, tezimi dikkatle inceleme nezaketi gösteren Prof. Dr. Muammer ERBAŞ, Doç. Dr. Necdet ŞENGÜN, Doç. Dr. Mehmet Dirik, Doç. Dr. Ahmet Aydın ve Dr. Recep Özdirek’e ve özellikle çalışmamın her aşamasında bana rehberlik eden danışman hocam Prof. Dr. Hüseyin Esen’e teşekkürü bir borç bilirim.

BİRİNCİ BÖLÜM

TAŞKÖPRİZÂDE KEMÂLEDDİN MEHMED EFENDİ

1.1. ADI VE NESEBİ

Taşköprizâde Kemaleddîn Efendi (ö.1030/1621) aslen Kastamonu ilinin Taşköprü ilçesine mensup ilmî geleneğe sahip bir ailenin üyesi olarak hicrî 959 veya 960/ miladi 1553 yılında İstanbul’da dünyaya gelmiştir.⁶⁸

Tam adı; Taşköprizâde Kemâleddin Mehmed b. İsamuddin Ahmed b. Muslihiddin Mustafa b. Hayreddin Halil b. Kasım er-Rûmî el-Hanefî’dir.⁶⁹

Asıl adı Mehmed, lakabı Kemâleddîn’dir. Taşköprizâde namıyla meşhur aileye mensup olduğu için daha ziyade ‘*Taşköprizâde Kemâleddîn*’ diye meşhur olmuştur. Bazı kaynaklarda adı Kemal şeklinde zikredilmektedir.⁷⁰ Bunun sebebinin, lakabı Kemâleddin’in kısaltılmış şekilde ifade edilmesi olduğu aşikârdır.

Babası ‘*Miftâhu’s-sa’âde*’ ve ‘*eş-Şekâiku’n-Nu’mâniyye*’ sahibi Taşköprizâde Ahmed Efendi ailenin en meşhuru olup ‘Taşköprizâde’ ismi mutlak/sade olarak kullanıldığında kastedilen âlimdir.⁷¹ Kemâleddin Efendi’nin ailesinden ve hocalarından bahsederken babası hakkında daha fazla bilgi verilecektir.

‘er-Rûmî’ nisbeti ‘Anadolu’lu’ manasındadır.⁷² İmam-ı Azam Ebû Hanîfe mezhebine mensub bir âlim ve kadı olması münasebetiyle ‘el-Hanefî’ diye vasıflanmıştır.

1.2. AİLESİ (TAŞKÖPRİZÂDELER/TAŞKÖPRÜLÜLER)

⁶⁸ Bursalı, Mehmet Tahir, **Osmanlı Müellifleri**, (Haz.: A.F. Yavuz, İ. Özmen), İst. tsz., Cilt: 2, ek, vâv.; İpşirli, Mehmet, **Taşköprizâde Kemâleddin Efendi**, DİA (Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi), Ankara: TDV Yay., 1989, Cilt: 40, ss. 152-154.

⁶⁹ Bkz: Çelebi, Cilt: 2, s. 2022.

⁷⁰ Örneğin Peçevî, Sultan I. Ahmed döneminin ünlü bilginlerinden bahsederken kendisinden; ‘Rumeli Kazaskeri Mevlana Kemal Efendi’ diye bahseder. Bkz: Peçevî İbrahim Efendi, **Tarih-i Peçevî**, Cilt: 2, ss. 334, 350.

⁷¹ Akgündüz, Said Nuri, “Osmanlı’da Ebû Hanîfe Algısına Bir Örnek Olarak Taşköprizâde’nin Mevzûâtı’l-Ulûm’u”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı: 19, 2012, s. 345.

⁷² Ayverdi, İlhan, “**Misalli Büyük Türkçe Sözlük (Kubbealtı Lügati)**”, İstanbul 2005, Cilt: 3, Rûmî.

Kemâleddin Mehmed Efendi'nin babası; Ahmed Efendi (1495-1561), dedesi; Muslihuddin Mustafa Efendi (1453-1529), büyük dedesi ise; Hayreddin Halil Efendi (ö. 879/1474)'dir. Aile, Cengiz Han'ın batıya akınları sebebiyle Orta Asya'dan hicret ederek Afganistan ve İran üzerinden Anadolu'ya gelmiş ve Kastamonu'nun Taşköprü ilçesine yerleşmişlerdir.⁷³

Dedesi Muslihuddîn Mustafa Efendi (ö. 935/1529) medrese eğitimini tamamladıktan sonra, Bursa, Ankara, Edirne, Üsküp ve İstanbul medreselerinde ve meşhur Sahn-ı Semân medresesinde müderrislik yapmıştı. Bir müddet Yavuz Sultan Selim'e hocalık da yapan Mustafa Efendi tefsir, hadis, fıkıh usulü, şiir ve edebiyat gibi ilimlerde derin bir ilme sahipti.⁷⁴

Dedesinin kardeşi Kıvâmüddin Kâsım Efendi, (ö. 919/513) de çok meşhur olmasa da âlim bir zât olup Ahmet Efendi ondan bir müddet ders almış ve ondan çok şey öğrendiğini ifade etmiştir.⁷⁵ Vücuda dair bir risalesi olduğu zikredilmektedir.⁷⁶

Taşköprizâde Kemâleddin Efendi'nin büyük dedesi Molla Hayreddin Halil b. Kasım Efendi (ö. 879/1474) Kastamonu'nun Taşköprü ilçesindeki Muzafferiyeye medresesinde müderrislik yapmıştır.⁷⁷ Aileye mensup olanlara Taşköprülüzâdeler veyâ Taşköprizâdeler denilmesinin sebebi Hayreddin Halil Efendi'nin Taşköprü'lü olmasıdır.⁷⁸ Evlatları ve torunları Osmanlı Devleti'ne tabi birçok merkezde önemli vazifeler yapacak olan Halil Efendi hayatı boyunca memleketi Kastamonu'dan dışarı çıkmamıştır.⁷⁹

Mutlak olarak Taşköprizâde denildiğinde ailenin en meşhur üyesi Ahmed Efendi anlaşılmakla birlikte ikinci sırada Kemâleddin Efendi şöhret bulmuştur.

Taşköprizâde Kemâleddin Efendi'nin evlatları da ilim geleneğini devam ettirerek önemli vazifelerde bulunmuştur. Birinci oğlu Şeyh Mehmed Efendi,

⁷³ Taşköprizade, Ahmed, **Şakâik'un Numaniyye fi ulemai'd-Devleti'l-Osmaniyye**, (Şekâik) Neşre hazırlayan: A. Subhi Furat, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1985. s. 390.

⁷⁴ Taşköprizade, **Şekâik**, s. 390.

⁷⁵ Taşköprizade, **Şekâik**, ss. 393-394.

⁷⁶ Çelebi, Katib, **Süllemü'l-vusul ila tabakatü'l-fuhul**, (Thk; Mahmud Abdulkadir Arnavut, Takdim: Ekmeleddin İhsanoğlu), Mektebetü İrsika (İrcica), Şamile, İstanbul, 2010, Cilt: 3, s. 20.

⁷⁷ Taşköprizade, **Şekâik** 391-393.

⁷⁸ Bkz: Unan, Fahri, **"Taşköprülü-Zâde Ve Mevzû'âtü'l-Ülûm'u"**, <http://yunus.hacettepe.edu.tr/~unan/akademik35.html#Sayfa%20Sonu>. Erişim: 3,11, 2019.

⁷⁹ M. Münir Aktepe, "Taşköpri-zâde", **MEB İslam Ansiklopedisi**, Cilt: 12, Sayı: 1, ss. 41-46.

Sun‘ullah Efendi’den (ö. 1021/1612)⁸⁰ mülâzemet⁸¹ almış olup Sahn müderrisliğine kadar yükselmiştir. Ancak Rebîülâhîr 1010/1601’de vebadan ölmüş, dedesinin ve babasının medfun bulunduğu Âşık Paşa Camii hazîresine defnedilmiştir.⁸²

Diğer oğlu İbrâhim Efendi müderrislik ve kadılıklarda bulunduktan sonra Anadolu ve Rumeli kazaskerliği yapmış, Mekke’de 1657’de vefat ederek Cennetü’l-muallâ’ya defnedilmiştir. Onun evlatlarından Ahmed Efendi, Süleymaniye Dârülhadişi müderrisliğine kadar yükselmiş, sonrasında Halep kadılığına atanmış, fakat görevine başladıktan kısa bir zaman sonra vefat etmiştir. (1076/1665). Diğer oğlu Yahyâ Çelebi de çeşitli medreselerde müderrislik yapmıştır (ö. 1080/1669).⁸³

eş-Şekâ’iku’n-Nu ‘mâniyye sahibi Taşköprizâde Ahmed Efendi’nin Kemâleddin Mehmed Efendi’den başka Muhyiddin, Ebû Hâmid Mehmed, Şemseddin ve Zeynüddin isminde oğulları bulunmaktadır. Talebesi ve damadı Bahâeddinzâde Abdullah Efendi, Ebüssuûd Efendi’nin mülazimi olmuş, 992/1584’de Rumeli kazaskeri ve 995/1587’te Mısır kadısı olmuş, sonrasında (996/1588’da) Mekke kadısı olarak tayin edilmiş ve aynı yıl içerisinde vefat etmiştir.⁸⁴

Taşköprizâde ailesi genel itibariyle müderrislik görevi ile meşgul olmayı kadılığa tercih etmiş ve ilmiye aileleri arasında şöhret bulmuşlardır. Aile üyelerinin eser telifiyle meşgul oldukları, aynı zamanda şiir, edebiyat ve hat gibi sanat dallarıyla ilgilendikleri bilinmektedir.

Belirli bir mezarlığı olmayan ailenin bazı fertleri Fatih yakınlarında Âşık Paşa Camii hazîresine defnedilmiştir. Aile, Osmanlılar’da âlimlerin ismi başına getirilen Muslihuddin, Şemsüddin, Nizâmüddin, Hayreddin, Kemâleddin, İsâmüddin, Kivâmüddin gibi sıfatları kullanmayı gelenek olarak sürdürmüştür.⁸⁵

⁸⁰ 1553’da İstanbul’da doğmuştur. Kanûnî Sultan Süleyman devri kazaskerlerinden İskilipli Molla Câfer Çelebi’nin oğludur. III. Mehmet ve I. Ahmed dönemlerinde şeyhülislamlık yapmıştır. Kaynaklarda –tartışmalı bir şahsiyet olmakla birlikte- samimi, dürüst ve azli pahasına doğruyu söylemekten çekinmeyen bir şahsiyet olarak zikredilir. Bkz: İpşirli, **Sun‘ullah Efendi**, DİA, Cilt: 37, ss. 530-532.

⁸¹ İlmiye sınıfının görev almadan evvel meslekî staj yapmaları ve görev bekleme süreçleri için kullanılan terim. Bkz: İpşirli, **Mülâzemet**, DİA, Cilt: 31, ss. 537- 539.

⁸² Bkz: İpşirli, **Taşköprizâdeler**, DİA, Cilt: 40, s. 154.

⁸³ Bkz: İpşirli, Cilt: 40, s. 154.

⁸⁴ Atâî, Nev’izâde, **Zeyl-i Şekâik (Hadâiku’s -Şekâik)**, TBMM Kütüphanesi, s. 305.

⁸⁵ İpşirli, **Taşköprizâdeler**, DİA, Cilt: 40, s. 154.

Aşağıda Taşköprizâde ailesinden tespit edebildiğimiz şahsiyetlerin soy ağacını çıkarmaya çalıştık. Daha kolay algılanabilmesi için tablo şeklinde sunmak daha isabetli olacaktır.

Tablo 1: Taşköprizâde Ailesi (Soy Ağacı)

	Hacı Safa Ef.	
	Kasım Ef.	
	Hayrettin Halil Ef. (ö. 879/1474) Taşköprü Muzafferiyeye medresesi müderrisi	
	Muslihiddin Mustafa Ef. (ö. 935/1529) (Sahn-ı Seman müderrisi, Yavuz Sultan Selim'in hocası)	Kıvameddin Ef. (<i>Şakâik</i> Sahibi Ahmed Efendi'nin amcasıdır. Bir müddet ona ders vermiştir.)
	İsâmuddin Ahmed Ef. (1495-1561) (<i>Şakâik</i> Sahibi)	Nizameddin Mehmed
	Kemâleddin Mehmed Ef. (ö. 1030/1621) (<i>Udde</i> Sahibi)	Şemseddin Mehmed Ebu Hamid Zeyneddin Muhyiddin
Şeyh Mehmed (ö. 1601) (Sahn müderrisi)	İbrahim Ef. (ö. 1657) Müderrislik ve kadılık yaptı. (Anadolu ve Rumeli kazaskerliği)	
	Ahmed Ef. (1076/1665). (Süleymaniye Dârül-hadis'i müderrisliği ve Halep Kadılığı yaptı.)	Yahya Çelebi Ef. (ö. 1080/1669).

Kaynak: Taşköprizâde, **Mevzû`âtu'l-ulûm**, Cilt: 1, s. 53, 54; Cilt: 2, ek, vâv; İpşirli, **Taşköprizâdeler**, DİA, Cilt: 40, s. 154'den üretilmiştir.

(Yukarıdaki tabloda koyu renkli isimler yukarıdan aşağıya doğru babadan oğula sıralanmıştır. Aynı satırdakiler kardeşlerdir. Bu isimler Taşköprülü ailesine ait bizim tespit edebildiğimiz ilim adamlarıdır.)

1.3. HOCALARI

Taşköprizâde'nin çocukluğu ve gençliği hakkında çok fazla bilgiye sahip olmamakla birlikte, ilmiye geleneğine sahip bir aileye mensubiyeti ve ciddi bir çevrede yetişmesi münasebetiyle daha küçük yaştan itibaren ilim tahsiliyle meşgul olduğunu kolaylıkla söyleyebiliyoruz.

Kemâleddin Efendi öncelikle babasından ve onun arkadaşlarından dersler aldı. Özellikle Şeyhülislâm Ebüssuûd Efendi'den uzun müddet tefsir okudu ve onun muîdi olarak yanında mülâzemet görevinde bulundu. Ayrıca Şeyh Hâfız Ahmed Buhârî ve Aziz Mahmud Hüdâyî Efendi'den dersler alarak ilim tahsilini ilerletti.⁸⁶

Şimdi en meşhur hocaları hakkında biraz bilgi verelim.

1.3.1. Taşköprizâde Ahmed b. Mustafa Efendi (901-956/ 1495-1561):

Kemâleddin Efendi'nin babasıdır. Künyesi Ebu'l-hayr, lakabı İsamüddin'dir. Aslen Türk olup Bursa'da doğmuş ve Ankara'da büyümüştür. Arapça, fıkıh ve edebiyat tahsili yapmıştır.⁸⁷

Müderris olarak birçok yerde görev yapmış, fıkıh, hadis ve Arapça dersleri vermiştir.⁸⁸ 958/1551 yılında İstanbul kadısı olarak tayin edilmiş, üç sene kadar görev yaptıktan sonra iltihaplanma neticesinde gözlerinin kör olmasıyla görevinden ayrılmıştır.⁸⁹ 16 Nisan 1561'de vefat ederek Fatih, Âşık Paşa Camii hazîresindeki Seyyid Velâyet Türbesi civarında defnedilmiştir.⁹⁰

⁸⁶ Taşköprizâde **Mevzû'atu'l-ulûm**, Cilt: 2, ek, vâv; İpşirli, **Taşköprizâde Kemâleddin Efendi**, DİA, Cilt: 40, s. 152.

⁸⁷ Zirikî, Hayruddîn (ö. 1396/1976), **el-A'lâm, Kâmusu Terâcîmi li Eşheri'r-Ricâl ve'n-Nisâi mine'l-Arab ve'l-Müsta'ribîn ve'l-Müsteşrikîn**, Dârü'l-İlm li'l-Melâyîn, Beyrut 2002, Cilt: 1, s. 257.

⁸⁸ Zirikî, Cilt: 1, s. 257.

⁸⁹ Zirikî, Cilt: 1, s. 257.

⁹⁰ Yavuz, Yusuf Şevki, **Taşköprizâde Ahmed Efendi**, DİA, Cilt: 40, ss. 151-152.

Bazı eserleri şunlardır:

Miftâhu's-Sa'âde ve Misbâhu's-siyâde fî mevzû'at'ul-ulûm

İlimler tarih ve tasnifiyle ilgili biyo-bibliyografik⁹¹ ve ansiklopedik bir kitap olup, eseri Arapça olarak kaleme almıştır.

Kitap Osmanlı ilim zihniyetinin beslendiği literatürü kapsamlı bir şekilde belirtmiş, bu ilmin ulaştığı seviyeyi bibliyografya disiplini içinde ortaya koymuş, şeri ilimlerin yanısıra müspet ilimleri de kapsamlı bir şekilde tasnif etmiş, bu yönüyle sonrasındaki birçok çalışmaya ilham kaynağı olmuş önemli bir eserdir.

Eser dört mukaddime, iki bölüm ve yedi kısımdan meydana gelmiştir. Mukaddimelerde ilmin değeri, ilim tahsilinin fazileti, ilim talebesi ve hocanın vazifeleri, ilim ahlâkı ve bilgi edinme yolları gibi konular işlenmektedir. Her ilmî disiplini yerine göre tanım, konu, ilkeler, pedagojik amaç ve genel yararları bakımından ele alan Taşköprizâde o disiplinin tarihi veya otoriteleriyle ilgili genel bilgiler vermekte, daha sonra da o alanın başlıca literatürünü tanıtmaktadır.⁹²

Taşköprizâde Ahmed Efendi ömrünün sonlarına doğru *Medinetü'l-ulûm* adıyla *Miftâhu's-sa'âde*'nin bir özetini yazmıştır. Bu kitap Süleymaniye Kütüphanesi Hâlet Efendi, no. 791 ve Köprülü Kütüphanesi, no. 13872'da bulunmaktadır.⁹³

Taşköprizâde Mehmed Kemâleddin Efendi bazı ilavelerde bulunarak bu eseri *Mevzûatu'l-ulûm* adıyla Türkçe'ye tercüme etmiştir.⁹⁴

Şekâiku'n-Nu'mâniyye fî ulemâi'd-Devleti'l-Osmâniyye

Osmanlı Devleti'nde yetişen Hanefî ulema ve meşayihinin hayatları ve eserleri hakkında yapılan ilk biyografi çalışması olan bu eser musannifi tarafından bu alanda büyük bir boşluğun bulunması sebebiyle kaleme alınmıştır.⁹⁵ Taşköprizâde, âlimlerin menkibelerine düşkün olduğunu, Arap ve İran âlimlerinin menkibelerinin kaleme alındığı halde Osmanlı ulemâsına dair böyle bir eserin bulunmadığını belirterek ulemâdan (muhtemelen Zenbillizâde Fudayl Çelebi) birinin ricası üzerine

⁹¹ Biyo-bibliyografi; eserlerin yazarı veya yazarları hakkında yaşam öyküsel kısa bilgi içeren bibliyografya eserlere denir. Bkz: <https://www.dersimiz.com/terimler-sozlugu/biyobibliyografya-bio-bibliography-nedir-ne-demek-42804>, (29.11.2019).

⁹² Kutluer, İlhan, **Miftâhu's-Saâde**, DİA, Cilt: 30, ss. 18-19.

⁹³ Kutluer, Cilt: 30, ss. 18-19.

⁹⁴ Bursalı, Cilt: 1, ss. 454- 456; Samî, Şemseddin, **Kâmûsu'l-a'lâm**, İstanbul, 1306, Cilt: 4, s. 2985.

⁹⁵ Mecdî, Mehmed (ö. 999/1591), **Şekâik Tercümesi**, ss. 524, 525.

Şekâ'ik'ı yazdığını belirtmiştir.⁹⁶ Arap edebiyatının tabakat geleneğine göre ve Arapça olarak kaleme alınan *Şekâik* gerçek manada biyografi yazma geleneğini başlatmıştır. Telifinden sonra eser pek çok defa çoğaltılmış, her ay bu kitabın istinsahıyla geçimini temin edenler olmuştur.⁹⁷

Şekâik üzerine birçok zeyl ve tekmileler yazılmış, Müellif henüz hayatta iken tercümeleri yapılmaya başlanmıştır. Eser üzerine onlarca akademik çalışma yapılmış, makaleler yazılmıştır ve yazılmaya devam etmektedir.

Muhtesibzâde Mehmed Hâkî tarafından müellifin hayatında ve onun izniyle *Hadâiku'r-reyhan* ismiyle, Derviş Ahmed Efendi *ed-Devhatü'l-irfaniyye fî ravzati'l-Osmaniyye* ismiyle, Mehmed b. Sinâneddin *Menâkıbü'l-ulema* ismiyle, Seyyid Mustafa *Hadâiku'l-beyân fî tercemeti Şeâiki'n-nu'mân* ismiyle, İbrâhim b. Amâsî *el-Hadâik* adıyla Türkçe'ye tercüme edilmiştir. Mecdi Mehmed Efendi'nin *Hadâiku's-Şekâik* adlı çevirisi bunların en başarılısı kabul edilmektedir.⁹⁸

Ferâiz-i Taşköprizâde

Miras hukukuna dair yazılmış bir eserdir. İki matlab ve hatime'den oluşur.⁹⁹

Erbe'in-i Taşköprizâde

Hz. Peygamber (sav)'den sadır olan şaka ve latifeleri toparlamıştır. أحمد الله

حمدًا يليق بجانب جلاله.. الخ şeklinde başlar.¹⁰⁰

Câmi'u'd-dürer Şerhi

Muhsin Kayseri Efendi'nin ferâiz ilmine dair eserini şerh etmiştir.¹⁰¹

Tabakâtu'l-fukahâ

Ziriklî, eserin Taşköprizâde Kemâleddin Efendi'ye ait olduğunu söylemekteyse de¹⁰² bahsi geçen matbu eser üzerinde kitap İsamuddin Ahmed Efendi'ye nisbet edilmiştir. Bu eserin Kınalızade Ali Efendi'ye ait olduğu da

⁹⁶ Özcan, Abdülkadir, *eş-Şekâiku'n-Nu'mâniyye*, DİA, Cilt: 38, ss. 485-487.

⁹⁷ Atâî, s. 357.

⁹⁸ *Şakaik* üzerine yazılan tekmile ve tercümeler hakkında daha fazla bilgi için bkz: Özcan, Abdülkadir, *eş-Şekâiku'n-Nu'mâniyye*, DİA, Cilt: 38, ss. 485-487.

⁹⁹ Çelebi, Cilt: 2, s. 1250.

¹⁰⁰ Çelebi, Cilt: 2, s. 1250.

¹⁰¹ Çelebi, Cilt: 2, s. 1251.

¹⁰² Ziriklî, Cilt: 6, s.8.

söylenmektedir.¹⁰³ Mektebetü'l-merkeziyyeti'l-âmme tarafından 1961'de Musul'da basılmıştır.

***Târih-i Taşköprizâde*¹⁰⁴**

Adından tarih kitabı olduğu anlaşılmaktadır.

er-Risâle fil hikmeti'l- ameliyye şerhi:

Azudüddin İcî'nin (ö. 756/1355) eserini henüz gençken şerhetmiştir.¹⁰⁵

el-Fevâ'idü'l-Ğıyâsiyye Şerhi

Azudüddin İcî'nin, Sekkâkî'ye ait *Miftâhu'l- 'ulûm* adlı eserinin meânî, beyân ve bedî'e dair bölümlerinin muhtasarı olarak kaleme aldığı eserin şerhidir.¹⁰⁶

***Risaletü'sifâ fi edvâi'l-vebâ*¹⁰⁷**

Salgın hastalıkların tedavisine dairdir.¹⁰⁸

1.3.2. Şeyhulislam Ebu's-suûd Efendi (ö. 982/1574)

Asıl ismi Muhammed olmakla birlikte Ebu's-suûd Efendi olarak meşhur olmuştur. Hoca Çelebi, Şeyhulislam, Müftilenâm, Sultanü'l-müfessirîn gibi ünvanlarla anılır.¹⁰⁹ Aslen İskilip'li Bayramî-Şemsi Tarikatı şeyhi Yavsî lakaplı Muhyiddin Muhammed Efendi'nin oğlu, Ali Kuşçu'nun yeğeni veya kızımdan torunudur. İstanbul'un Müderris (Metris) semtinde 1490'da dünyaya gelmiştir.¹¹⁰

Müeyyedzâde Abdurrahman Efendi, İbn Kemal Paşazâde ve Mevlanâ Seydi Karamanî'den dersler aldı. Hocası Seydi Karamanî'nin kızı Zeyneb Hanım'la evlenen Ebüssuûd Efendi Yavuz Sultan Selim Han döneminden itibaren çeşitli medreselerde müderrislik yaptı ve başta İstanbul olmak üzere birçok önemli merkezlerde kadılık görevinde bulundu. Korfu seferi esnasında Rumeli Kazaskeri

¹⁰³ Bkz: Muhyî Hilâl es-Serhân, "Tashîhü'l-hatai'l-kebîr", Cilt:10, Sayı: 3-4 [1402/1981], ss. 483-497; ayrıca bkz. DİA, Cilt:15, s. 417.

¹⁰⁴ Çelebi, I, 861.

¹⁰⁵ Çelebi, I, 861.

¹⁰⁶ Görgün, Tahsin, **İcî Adudüddin**, DİA, Cilt: 21, ss. 410-414.

¹⁰⁷ Bursalı, Cilt:1, s. 347; Çelebi, Cilt: 2, s. 1251; Sami, Cilt: 4, s. 2986; Bâlî, Cilt: 2, s. 207.

¹⁰⁸ Varlık, Nükhet, **Tâun**, DİA, Cilt: 40, ss. 175-177.

¹⁰⁹ Akgündüz, Ahmet, **Ebüssuûd Efendi**, DİA, Cilt: 10, ss. 365-371.

¹¹⁰ Bkz: Akgündüz, Cilt: 10, ss. 365-371.

Muhyiddin Efendi ile Anadolu Kazaskeri Kadrî Efendi'nin Maktul İbrahim Paşa mevzuunu dile getirmelerinden hoşnut olmayan Kanunî Sultan Süleyman'ın her iki kazaskeri de görevlerinden azletmesi üzerine 944/1537 yılı Rebûlevvel ayında Rumeli kazaskerliğine atandı ve derhal bu sefere katıldı. Estergon, Kara Boğdan ve Budin seferlerinde padişahla beraber bulundu. Budin'in fethinin ardından ilk cuma namazı onun tarafından kıldırıldı. Rumeli kazaskerliğinde sekiz yıl devam eden Ebüssuûd Efendi 952 Şaban'ında (Ekim 1545'te) Fenarîzâde Muhyiddin Efendi'nin yerine şeyhülislam olarak atandı.¹¹¹

Onun şeyhülislam olmasıyla Osmanlı kaza müessesesinde özellikle ilmî rütbeleri, mevkileri, kademeleri ve maaşları sistematik bir nizama kavuşturma hususunda radikal işlere imza atıldı. Ondan önce şeyhülislam maaşı günlük 200 akçeyken onun olumlu faaliyetleri Kanuni Sultan Süleyman'ın gözünde kendisinin ve şeyhülisamlık makamının itibarının artmasına vesile oldu. Özellikle meşhur tefsiri *İrşadü'l-akli's-selim*'in tamamlanması ve Kanûnî Sultan Süleyman'a sunulması ile şeyhülisamlık maaşı peyderpey artırılarak günlük 600 akçeye kadar yükseltildi. Şeyhülisamlık makamı, kazandığı bu itibarla hem madden hem de mânen kazaskerliğin üstüne çıkarıldı. Öncesinde herhangi bir kadı veya kazasker şeyhülislam olabiliyorken artık önce Rumeli kazaskerliği vazifesi şart koşuldu.¹¹²

Ebüssuûd Efendi, dört Osmanlı sultanı (Sultan Süleyman, II. Selim, III. Murad ve III. Mehmed) devirlerinde tam yirmi sekiz yıl on bir ay şeyhülisamlık yapmış, nice şair, edip, müderris, kadı, kazasker ve şeyhülislamlara hocalık yapmıştır. Hoca Sadeddin, Abdülkadir Şeyhî, Şeyhülislâm Malûlzâde Seyyid Mehmed, Bostanzâde Mehmed Efendi, Bostanzâde Sun'ullah Efendi, Bostanzâde Mustafa Efendi, Cenâbî Mustafa Efendi, Rumeli kazaskeri Taşköprizâde Kemâleddin Efendi, Şair Bâkî, Hâce-i Sultanî Atâullah, Ebûlmeyâmin Mustafa Efendi, Kınalızâde Hasan Çelebi, Ali Cemalî Efendi'nin oğlu Fudayl Çelebi ve tezkireci Aşık Çelebi gibi âlimler bunlardan bazılarıdır.¹¹³

Ebüssuûd Efendi, hukuk alanında zamanın şartlarını göz önünde bulundurmuş ve radikal bazı fetvalara imza atmıştır. Hanefî mezhebindeki, bülûğ

¹¹¹ Mehmed Süreyya, **Sicill-i Osmânî**, (Haz: Nuri Akbayan), Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 1996, Cilt: 1, ss. 169-170; Akgündüz, Cilt: 10, ss. 365-371.

¹¹² Bkz: Akgündüz, Cilt: 10, ss. 365-371.

çağına eren kızların velilerinin izinleri olmaksızın evlenebilecekleri yönündeki zahir görüş yerine kızların ancak velilerinin izniyle evlenebileceklerini savunan İmam Muhammed'in görüşünü tercih etmiş, kadıların velilerden izin almadan nikâh kıymalarını veya buna müsaade etmelerini yasaklamıştır. Para vakıflarına fetva vermesi devrin önemli âlimleri tarafından eleştirilmiş, hatta Anadolu Kazaskeri Çivizâde Muhyiddin Mehmed Efendi ve İmam Birgivî ona reddiyeler yazmıştır. O devrin güncel fıkıh problemi olarak tartışılan kahve içmenin meşruiyyetine ve ibret alma niyetiyle gölge oyunu (karagöz) seyretmenin cevazına fetva vermiştir.¹¹⁴

İrşâdü'l- 'akli's-selîm ilâ mezâyâ'l-Kitabi'l-Kerim adlı tefsiri, *Risâle fî bahsi îmâni Fir'avn*, *Ma'rûzât*, *Fetâvâ Ebussuûd*, *Risâle fî vakfi'l-menkul ve'n-nukud ve Bidâ'atü'l-kadî li'htiyâcihi fî'l-müstakbel ve'l-mâzî* yazmış olduğu önemli eserlerden sadece bazılarıdır.¹¹⁵

1.3.3. Şeyh Hâfız Ahmed Buhârî (ö. 994/1586)

Emîr Ahmet Buhârî, III. Murat döneminde (1574 – 1595), Buhara'dan gelen bir Nakşi şeyhidir. Tekkesini kurduğu Fatih'te ilim ve hizmet faaliyetlerinde bulunan Hafız Ahmet Buhari, 1586'da orada vefat etmiştir. Cıbalı Mahallesinde defnedilen Ahmed Efendi için III. Murat tarafından bir türbe yaptırılmıştır.¹¹⁶ Hakkında daha fazla kesin bilgiye ulaşamadık.

1.3.4. Aziz Mahmud Hüdâî Efendi (ö. 1038/1628)

1541'de Şereflikoçhisar'da doğan Aziz Mahmud Efendi mutasavvıf ve şâir bir zât olup Celvetiyye tarikatının kurucusudur. Nâzırzâde Ramazan Efendi'den okumuş ve ona muidlik yapmıştır.¹¹⁷

Bursa Ferhâdiye Medresesi'nde müderrislik ve Câmî-i Atîk Mahkemesi'nde naiplik yapmıştır. Küçük Ayasofya Camii Tekkesi'nde sekiz sene şeyhlik

¹¹³ Bkz: Akgündüz, Cilt: 10, ss. 365-371.

¹¹⁴ Bkz: **Sicill-i Osmânî**, I, 169-170; Akgündüz, Cilt: 10, ss. 365-371.

¹¹⁵ Taşköprizâde, **eş-Şekâ'ik**, Beyrut 1975, s. 206-207; Bâbânî, İsmail b. Muhammed (ö. 1399), **Hediiyetü'l- 'ârifin esmâü'l-müellifin**, Dâru ihyâi't-türâsi'l-'Arabî, Beyrut, 1951, Cilt:2, s. 253.

¹¹⁶ Aydın, M. Baha, **Emir Buhari Tekkesi**, DİA, Cilt: 11, ss. 128,129.

makamında bulunmuş, aynı zamanda Fâtih Camii'nde hadis ve tefsir dersleri vermiş, vaaz ve irşat faaliyetlerinde bulunmuştur. Kanûnî Sultan Süleyman'nın kızı Mihrimah Sultan'ın kızı Ayşe Sultan'la da evlendiği söylenen Aziz Mahmud Hüdâî Efendi 1038 yılında (Ekim 1628) vefat etmiştir.¹¹⁸

Aziz Mahmud Hüdâyî Efendi, yaşadığı asrın anlayışı doğrultusunda çoğu Arapça olmak üzere Arapça ve Türkçe otuz civarında eser kaleme almıştır. Meşhur Arapça eserleri şunlardır:

Nefâ'isü'l-mecâlis:

Kur'an'ın tamamının değil, seçme bazı ayetlerin izahı şeklinde münteheb özelliğe sahip tasavvufî bir tefsirdir. Yazmalarının bir kısmı iki, bir kısmı üç cilt şeklinde olup en eski nüshası Süleymaniye Kütüphanesi'nde Şehid Ali Paşa bölümü, nr. 172-174'da bulunmaktadır.¹¹⁹

Aziz Mahmud Hüdâî Efendi'nin bu kıymetli eseri üzerine çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Prof. Dr. Ömer Pakişi'nin "Aziz Mahmud Hüdâî'nin Kur'an-ı yorumlama yöntemi (Nefaisü'l-Mecalis bağlamında)" adlı doktora tezi (2001) çalışmasının yanı sıra Prof. Dr. Hasan Kamil Yılmaz, Prof. Dr. Erdoğan Baş ve Prof. Dr. Ömer Çelik tarafından çeşitli makaleler yazılmıştır.

Miftâhu's-salât ve mirkâtü'n-necât:

Şehâbeddin Sühreverdi ve Muhyiddin İbn Arabî gibi mutasavvıfların fikirlerine de yer verilen bu eser esas itibarıyla namazın hikmet ve faziletleri hakkında yazılmıştır. En eski yazma nüshası 1010/1601 yılına ait kitap Murad Molla Kütüphanesi'nde (nr. 1314/4)'de bulunmaktadır. Bu risâle de yine Hasan Kâmil Yılmaz tarafından Türkçe'ye çevrilerek 'İlim Amel ve Seyr ü Sülûk' adlı kitabının sonunda yayımlanmıştır.

Câmi'u'l-fezâ'il ve kâmi'u'r-rezâil:

Hüdâî'nin en meşhur eserlerinden biri olan bu kitapta ilmî, amelî ve ahlâkî faziletlerden bahsedilmektedir. En eski nüshası Köprülü Kütüphanesi'nde (nr. 1853/3) bulunan bu eser 1988'de Hasan Kâmil Yılmaz tarafından 'İlim Amel ve Seyr ü Sülûk' adıyla Türkçe'ye tercüme edilmiştir.

¹¹⁷ Yılmaz, Hasan Kamil, **Aziz Mahmud Hüdâî**, DİA, Cilt: 4, ss. 338-340.

¹¹⁸ Yılmaz, Cilt: 4, ss. 338-340.

¹¹⁹ Yılmaz, Cilt: 4, ss. 338-340.

Habbetü'l-mahabbe:

Ahmed Remzi Akyürek tarafından *Mahbûbü'l-ahibbe* adıyla Türkçe'ye çevrilen (Kayseri 1982) bu küçük risâlede Allah, Peygamber ve Ehl-i beyt sevgisi anlatılmaktadır. Rasim Deniz eseri *Habbetü'l-Mahabbe Tercümesi Mahbûbü'l-ahibbe* ismiyle yeni alfabeye yayımlamıştır.

Hulâsatü'l-ahbâr fî ahvâli'n-Nebiyyi'l-muhtâr

Hüdâî, yaklaşık altmış varaktan ibaret olan bu eser'de yaratılış, varlık ve hakikat-i Muhammediyye gibi tasavvufî konuları ele almıştır. En eski yazma nüshası 1037/1627 tarihli olup Hacı Selim Ağa Kütüphanesi'nde (Aziz Mahmud Hüdâî, nr. 258'de) mevcuttur.

Keşfü'l-kinâ 'an vechi's-semâ':

Semâ'nın meşruluğunu ispatlamak üzere yazılmış bu risâlenin 1016/1607 tarihli nüshası Köprülü Kütüphanesi'nde (nr. 1583/7) bulunmaktadır. Eser Hasan Kâmil Yılmaz tarafından Türkçe'ye çevrilmiş ve 'Hüdâyî'nin Semâ Risâlesi' adıyla neşredilmiştir (MÜİFD, IV [1986], ss. 273-284).

Hüdâî'nin bu eserlerden başka *el-Fethu'l-ilâhî*, *Hayâtü'l-ervâh ve necâtü'l-eşbâh*, *Tecelliyât*, *et-Tarîkatü'l-Muhammediyye*, *el-Mecâlisü'l-va'ziyye*, *Fethu'l-bâb ve ref'u'l-hicâb* adlı Arapça eserleri vardır. Şeyhi Üftâde Hazretleri'nin sohbetlerinde tuttuğu notlardan oluşan *Vâkı'ât* adlı eser de genellikle Hüdâî'ye nisbet edilmiştir.

Hüdâî'nin ayrıca; *Divan*, *Tarîkatnâme*, *Necâtü'l-ğarîk fî'l-cem'i ve't-tefrîk*, *Mektûbât*, *Mi'râciyye*, *Nesâih* ve *Mevâiz* adlı Türkçe eserleri de mevcuttur.¹²⁰

1.4. ESERLERİ

Kemâleddin Efendi gerek tercüme, gerekse telif olarak önemli eserler kaleme almıştır.

Tercüme ettiği eserler şunlardır:

1.4.1. *Mevzû'âtü'l-'Ulûm*

¹²⁰ Bkz: Yılmaz, DİA, Cilt: 4, ss. 338-340.

Babası Taşköprizâde Ahmed Efendi'nin önemli eseri *Miftâhu's-Sa'âde ve Misbâhu's-siyâde fî mevzû'at-ul-ulûm*, Arapça olarak telif edilmiş olması münasebetiyle sadece ilim ehli tarafından istifade edilebilen bir kitap iken, bazı dostları Kemâleddin Efendi'den bu eseri Türkçe'ye çevirmesi istenmiş, o da kitabı kendi ifadesiyle “tarz-ı Rûm'a tebdil etmiştir.”¹²¹

Mevzûâtu'l-'Ulûm, Miftâhu's-Sa'âde'nin bir tercümesi olmanın yanısıra aynı zamanda bir şerh niteliği de kazanmıştır. Çünkü Kemâleddin Efendi yer yer izahlarda bulunmuş, müşkil yerleri açıklamış ve yeri geldikçe ek bilgilerle kitaba ciddi katkılarda bulunmuştur.¹²²

Kitap iki cilt halinde Ahmet Cevdet Paşa'nın katkılarıyla Dersaâdet İkdâm Matbaası'nda hicrî 1313 (1895 m.) yılında yayınlanmıştır. Kitabın ilk cildi 12+ 844, ikinci cildi ise 712+ 15 sayfadır.¹²³

Kemâleddin Efendi eserin kaleme alınış sebebi ve muhtevası hakkında kitabın başında kendi ifadeleriyle şunları söylemektedir:

... Evvelen mukaddimesinde fezâil-i ilm ve ta'lîm ve te'allüm hakkında mübâhase ve tekellüm idub her biri ayât-ı kerime ve ehadîs-i Nebviyye ve ahhâr ve asâr-ı ahyâr ile isbât ve izhar idüb bâ'de adab-ı müderrisân ve kâdiyân ve vezâif-i meşâyih ve müzekkirân ve vâ'izân hakkında varid olan akvâl-i eimme-i kiram ve tahkikât-ı meşâyih-i izam beyan olunub ba'de üçyüzden ziyade ulûm-i celile ve fûnûn-i cezîlenin esâmîsini zikr ve beyân ve her birinin mevzû ve menâfi'ini tahkik ve mebâdî ve gâ'yâtını ta'bînde tedkîk idüb ol münasebetle nice fevâid ve hakâik ve envâ'-i nûkât ve dekâik hikâyât-ı latîfe ve me'ârif-i nefîse derc ve gurer dürrer ve cevâhir-i zevâhir-i letâife derc idüb güher-i girânâyîye-i ömrünün bir mikdarını anda harc etmiştir. Ve ol füsunda te'lîf olunan kütüb-i celîleyi zikr ve ta'dâd ve her birinin mü'ellifinin ismini ve menâkıb ve ahvâlini tafsil ve irâd eyleyüb bir mecmu'a-i şerife-i nâfi'a ve bir mecelle-i latîfe-i câmi'a olmuştur ki güyâ envâ'-i cevâhiri muhîr bir bahr-i bî-girândır ki herkes andan iltikât-ı dürrer ve cevâhire râğîb ve nekrândır.¹²⁴

Katip Çelebî ilimlerin tarifi ve tasnifi konusundaki ünlü *Keşfü'z-zünûn* adlı eserini önemli ölçüde Taşköprizâde'nin bu eserinden yararlanarak yazmıştır.¹²⁵

¹²¹ Taşköprizâde, *Mevzûâtu'l-'Ulûm*, nşr. Ahmed Cevdet, İstanbul, İkdâm Matbaası, 1313, Cilt:1, ss. 16-17.

¹²² Akgündüz, S., s. 345.

¹²³ Duman, Ali, “Taşköprizâde Ahmed Efendi ve Mevzu'âtu'l-'Ulûm'da Yer Alan Usul ve Fıkıh ile İlgili İlimler”, *Gazi Üniversitesi Çorum İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2004/1, Cilt: 3, sayı: 5, s. 54.

¹²⁴ Taşköprizâde, *Mevzû'at*, s. 16; Duman, s. 54.

¹²⁵ Çaldak, Süleyman, “Taşköprizâde'nin Mevzû'âtu'l-'Ulûm'undaki İlimler Tasnîfi Üzerine”, *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 2, Elazığ, 2005, s. 117.

1.4.2. *el-İstî'âb fî ma'rifeti'l-ashâb Tercümesi:*

Bu eser Ebu Nuaym İsfehânî'nin (ö. 430/1038)¹²⁶ 3500 kadar sahabinin hayatını anlattığı hacimli ve değerli bu eserdir. Sultan I. Ahmet Han'ın emriyle (Sultan'ın) hocası Sâfî Mustafa Efendi eseri Osmanlıca'ya tercüme etmeye başlamış, fakat ömrü vefa etmemiştir. Bunun üzerine eksik kalan tercüme 'Hâ' harfinden itibaren yine Sultan Ahmet Han'ın emriyle Kemâleddin Efendi devam etmiş, 'Râ' harfinin yarısına kadar gelmiş fakat vefatıyla eser yine tamamlanamamıştır. Sâfî Mustafa Efendi'nin tercüme ettiği kısmın bir nüshası Nuruosmaniye Kütüphanesinde mevcuttur.¹²⁷

1.4.3. *Tarih-i Kaht-ı Mısır Tercümesi:*

Eser Takiyyüddin Makrîzî'nin (ö. 845/1442) Mısır tarihiyle ilgili *Tarih-i Kaht-ı Mısır* adlı kitabının tercümesidir.¹²⁸ Beyazıt Devlet Kütüphanesi, Veliyyüddin Efendi, 2407 numarada mahtut olarak bulunmaktadır.

1.4.4. *er-Risaletü'l-'aliyye fî'l-ehâdisi'n-Nebeviyye Tercümesi (Tercüme-i Risâle-i Hüseyin Vâiz):*

Hüseyin Vaiz b. Ali el-Kâşifî'nin (ö. 910/1504)¹²⁹ Kırk câmi' hadisi Farsça şerhettiği bir eserdir.¹³⁰ Kitap genelde ibadetlerle ilgili hadisleri ihtiva etmektedir. Sekiz bölüme ayrılmış olup, önce ayetler, sonra hadisler, şiirler, meseller ve hikâyeler anlatılmaktadır.

¹²⁶ Kitabın aslı İbn Abdilberr en-Nemerî (ö. 463/1071)'ye de nisbet edilmektedir. Bkz: Leys Suud Casim, **İbn Abdülber en-Nemerî**, DİA, Cilt: 19, ss. 269-272; İpşirli, **Taşköprizâde Kemâleddin Efendi**, DİA, Cilt: 40, ss. 152-154.

¹²⁷ Bursalı, Cilt: 1, s. 247; Bkz: Yardım, Ali, **İstî'âb**, DİA, Cild: 23, ss. 314-315. (İÜ. Ktp., No: 1549, 3217; Nuruosmaniye Ktp., No: 723).

¹²⁸ Bursalı, Cilt: 1, s. 247.

¹²⁹ Mevlânâ Kemâlüddîn Hüseyin b. Alî-i Beyhakî-yi Sebzevârî (ö. 910/1504-1505).

¹³⁰ Mehmet Tahir Bursalı, **Osmanlı Müellifleri**, Matbaa-i Amire, İstanbul, 1333, Cilt: 1, s. 247.

Bölümler sırasıyla; tevhid, ibadet, Kuran ve bazı duaların fazileti, mekârim-i ahlak, bazı kötü vasıflar, saltanat adabı, zaman-mekân, giyim-kuşam, yiyecek-içeceğe dair konular ve değişik alanlardaki bazı hadislerden ibarettir.

Taşköprizâde bu Farsça eseri Türkçe'ye tercüme edip Sultan Ahmed'e hediye etmiştir.¹³¹ Farsçası İran'da matbudur.

Telif ettiği eserler ise şunlardır:

1.4.5. *Uddetü ashâbi'l-bidâyeti ve'n-nihâye fi tecridi mesâili'l-Hidâye:*

Bu eser bizim çalışmamızın da konusunu oluşturan ve Bursalı Mehmet Tahir Efendi'nin ifadesiyle; 'ilm-i fıkıhta ihtisasının burhanı olan'¹³² pek değerli ve hacimli bir eseridir. Eser, Merğînânî'nin meşhur eseri *Hidâye* üzerine yapılan bir tecrid, yani meseleleri illetlerinden soyutlama çalışmasıdır. Müellif *Hidâye*'deki fetvaları illetler ve tartışmalar arasından tabiri caizse tereyağından kıl çekercesine ayıklamış, *Hidâye*'de olmayan, fakat başka kitaplarda bulunan fetvaları ve hatta yorumları ilave etmiştir. Kitabın ismi tecrid olarak geçse de kitap illetlerden tamamen mücerret değildir. Başka muteber kaynaklardan ve özellikle *Hidâye*'nin meşhur şerhlerinden ilave edilen fetvalar, faideler ve kendi katkılarıyla eser bir fetva kitabı formatına bürünmüştür.

Udde Kitabı'nın Türkiye ve yurtdışında mahtut nüshaları vardır. Ulaştığımız tüm nüshalar (8 nüsha) karşılaştırılarak tarafımızca edisyondan geçmiş ve tab'a hazır hale getirilmiştir. Çalışmamızın merkezinde, işte bu değerli kitap ve müellifi Kemâleddin Efendi'nin, eseri kaleme alırken serdettiği fıkıh performansı olacaktır.

1.4.6. *Şehnâme*

¹³¹ Çelebi, Cilt: 1, s. 878.

¹³² Bursalı, Cilt: 1, s. 247.

Müellif, Şehname¹³³ adlı eseri Sultan II. Osman Han'ın emriyle mensur olarak yazmıştır.¹³⁴ Bugün elimizde mevcut değildir.

1.4.7. *Kaside-i Bür'e (Tebrie) Tahmisi*

İman Bûsîrî'nin (ö. 695/1296) Hz. Peygamber (sav) için Arapça olarak yazdığı ünlü kaside üzerine yine Arapça bir tahmistir.¹³⁵ Eser, müellifin gönül zenginliğine işaret etmenin yanısıra onun şairlik yönünü yansıtmaya cihetinden de önem arz etmektedir.

1.4.8. *Tabakâtü'l-fukahâ*

1961'de Mektebetü'l-merkeziyyeti'l-âmme tarafından Musul'da basılmıştır. Eser üzerinde kitap müellifin babası İsamuddin Ahmed Efendi'ye nisbet edilmiştir. Bu eserin Kınalızâde Ali Efendi'ye ait olduğu da iddia edilse de¹³⁶ Ziriklî eserin Taşköprizâde Kemâleddin Efendi'ye ait olduğunu söylemektedir.¹³⁷ Kanaatimiz Ziriklî'nin de ifadesi doğrultusunda eserin Kemâleddin Efendi'ye ait olduğu yönünde olup, babasına nispet edilmesinin sebebi; kayıtsız olarak Taşköprizâde denildiğinde şöhretine binaen ilk olarak İsamüddin Efendi'nin akla gelmesidir. Nitekim *Udde Kitabı*'nın da birçok nüshasının kütüphane kayıtlarında eserin müellifi olarak yanlışlıkla babasının isminin kaydedilmesi bu ihtimali güçlendirmektedir.

¹³³ Şehname; hükümdarların vasıf ve başarılarını anlatan, mesnevi tarzında yazılmış koşuk, başka bir ifadeyle; koşuk biçiminde yazılmış tarih şeklinde tanımlanmıştır. Bkz: "Şehname", <https://www.turkcebilgi.com/%C5%9Fehname>, (16.11.2019). Firdevsî'nin **Şehname**'si bu alanda yazılmış en meşhur eserdir. Taşköprizâde'nin bu şehnamesinin nazım şeklinde değil, nesir şeklinde olduğu mezkûrdur. Bkz: Bursalı, Cilt: 1, s. 247.

¹³⁴ Bursalı, Cilt: 1, s. 247.

¹³⁵ Tahmis; herhangi bir gazelin her beytinin evveline aynı vezinde ve mana bütünlüğü içerisinde üç mısra ilâve edilerek meydana getirilen beş veya yedi bentlik musammatlara verilen addır. Bkz: Pala, İskender, Filiz Kılıç, **Musammat**, DİA, Cilt: 31, ss. 233-235.

¹³⁶ Bkz: Muhyî Hilâl es-Serhân, "Tashîhü'l-hatai'l-kebîr" Cilt: 10, Sayı: 3-4 [1402/1981], ss. 483-497; ayrıca bkz. DİA, Cilt: 15, s. 417.

¹³⁷ Ziriklî, Cilt: 6, s.8.

1.4.9. *Târîh-i Sâf Tuhfetü'l-Ahbâb*

Matbu bir tarihçe kitabı olup üç bölümden oluşmaktadır. Birinci Bölüm Osmanlı ailesi, İkinci Bölüm Hz. Abbas ailesi, Üçüncü Bölüm ise bazı hükümdarlar ve garip hikâyelerden bahsetmektedir.¹³⁸ İslam tarihi ve 1916'ya kadar Osmanlı Tarihi hakkında bilgi verir.

Eserin müellife aidiyeti hakkında farklı nakiller bulunmaktadır. Mehmed Tâhir Bursalı eseri Taşköprizâde Kemâleddin Mehmed Efendi'ye nisbet etmiştir.¹³⁹ Enver Koray ve İsmail Hami Danişmend de bu bilgiyi teyid etmiştir.¹⁴⁰ Ancak Hüseyin Gazi Yurdaydın eserin müellifinin Bostan Mustafa'nın torunu olduğunu söylemiş,¹⁴¹ sonrasında *Târîh-i Sâf*'ı *Duru Tarih* adıyla sadeleştiren Necdet Sakaoğlu eserin Bostanzâde Yahyâ Efendi'ye (ö. 1049/1639) ait olduğunu metin içerisindeki ifadeleri delil getirerek ispatlamıştır.¹⁴²

Taşköprizâde Kemâleddin Efendi'nin Bursalı Mehmet Tahir Efendi'nin ifadesiyle; 'ufak tefek bazı risaleleri' ve Kemal¹⁴³ veya Kemalî¹⁴⁴ mahlasıyla bazı şiirleri de vardır.

1.4.10. *el-Hâşiye 'alâ Tefsîri'l-Beydâvî*

Beyzâvî Tefsiri üzerine Kehf Sûresine kadar yazmış olduğu haşiyedir.¹⁴⁵

Kemâleddin Efendi'nin ortaya koyduğu eserler dikkate alındığında onun; fıkıhçı, tefsirci, hadisçi, tarihçi, edip ve şair olduğu, dolayısıyla çok yönlü bir âlim olduğu anlaşılmaktadır.

¹³⁸ Bursalı, Cilt: 1, s. 247.

¹³⁹ Bursalı, Cilt: 1, s. 247.

¹⁴⁰ Koray, Enver, **Türkiye Tarih Yayınları Bibliyografyası**, MEB. Maarif Basımevi, İstanbul, 1959, Cilt: 1, s. 6; Danişmend, İsmail Hami, **İzahlı Osmanlı Tarihi Kronolojisi**, Doğu Kütüphanesi, 2011, Cilt: 3, s. 59.

¹⁴¹ Yurdaydın, Hüseyin Gazi, "Bostan'ın Süleymannâmesi" **TTK Yayınları, Belleten**, s. 187.

¹⁴² Bkz: Sakaoğlu, Necdet, **Duru Tarih (Târîh-i Sâf)**, s. 18, 50, 74, 82; Çağrı, Mustafa, **Bostanzâde Yahyâ Efendi**, DİA, Cilt: 6, ss. 311-313.

¹⁴³ Bursalı, Cilt: 1, 247.

¹⁴⁴ Mehmed Süreyya, **Sicilli Osmanî**, (Haz: Nuri Akbayan), Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 1996, Cilt:3, s. 883 (/203).

¹⁴⁵ Zübeyrî, Kaysî. **el-Mevsû'atü'l-müeyyessera fi terâcimi eimmeti't-tefsîr**, Nşr: Mecelletü'l-Hikme, İngiltere, 2003, Cilt: 1, s. 144; Kehhâle, Ömer Rıza (ö. 1987), **Mu'cemü'l-müellifîn**, Mektebetü'l-Müsennâ, Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabi, Beyrut tsz., Cilt: 1, s. 149.

1.5. VAZİFELERİ

Kemâleddin Efendi, babasına ait meşhur ‘eş-Şekâiku’n-Nu'maniyye’ adlı eserini, kendisi de bazı katkılarda bulunmak suretiyle ‘Mevzûâtu’l-ulûm’ ismiyle Osmanlıca’ya tercüme etmiş, bu eserin sonuna kısaca kendi hayatı hakkında bilgiler de ilave edilmiştir. İfade tarzı göz önünde bulundurulduğunda bu ilavenin Kemâleddin Efendi’ye ait olmadığı anlaşılmakta ise de, özellikle vazife yaptığı yerler ve tarihleri hakkında verilen detaylı bilgiler bu kısmın onun kaydettiği verilere dayanarak kaleme alındığını akla getirmektedir. Hakkındaki bu bilgilerin, kitabı baskıya hazırlayan Ahmed Cevdet Paşa tarafından derlenmiş olması muhtemeldir.

Kemâleddin Efendi ‘Mevzûâtu’l-ulûm’¹⁴⁶’un sonundaki malumata göre şu görevlerde bulunmuştur:

1.5.1 Muidlik/ Mülâzemet

Kemâleddin Efendi önce babasından ders okumuş, sonra Şeyhulislam Ebussuûd Efendi’nin hizmetine vasıl olarak uzun müddet ondan tefsir dersleri almıştır. 976/1569 tarihinde, henüz 16 yaşında iken Sun’ullah Efendi’nin yerine Şeyhulislam Ebussuûd Efendi’nin muîdliği görevine nail olmuştur.

Sözcük olarak ‘tekrarlayan’ manasına gelen muîd kelimesi; medresede hocanın vermiş olduğu dersi diğer talebelere tekrar ederek hocaya yardım eden ikinci öğretmen/asistandır.¹⁴⁷

1.5.2. Müderrislik

984 yılının Muharrem ayında (Nisan 1576) 24 yaşında ilk olarak 30 akçe (yevmiye) ile Unkapanı medresesinde müderris olarak göreve başladı.¹⁴⁸ Kısa zaman sonra halka başı (ser halka-i efâzıl) olarak maaşı 40 akçeye çıkarılmıştır.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Taşköprizâde Kemâleddin, **Mevzûâtu’l-ulûm**, İkdâm Matbaası, Dersaadet (İstanbul), 1313 h., Cilt: 2, ek, vav.

¹⁴⁷ Bkz: es-Sakkar, Sami, **Muid**, DİA, Cilt: 31, s. 86.

990 yılının Şaban ayında (Eylül 1582) Ahizade Abdulhalim Efendi yerine Yeni Ali Paşa medresesine baş müderris tayin edildi. 993 Şaban'ında (Ekim 1585) Haseki payesine nail olup, 996 Receb'inde (Haziran 1588) İbrahim Efendi'nin yerine Sahn-ı seman medresesine tayin edildi. 998 Zilkade ayında (Eylül 1590) selefi Ahizade Efendi yerine Şehzade Medresesine, ardından bir sonraki yılın Recep ayında (Mayıs 1591) Ağzı Kara Muhyiddin Efendi'nin yerine Selanik kadılığına getirildi.¹⁵⁰

1.5.3. Kadılık

Osmanlı'daki müderrislikten kadılığa, oradan kazaskerliğe ve şeyhülislamlığa doğru bir terfi sistemi vardı. Kadılar kendini ispatlamış, ilmi ve ahlakıyla temayüz etmiş müderrislerden seçiliyordu.¹⁵¹ Selanik göreviyle birlikte Kemâleddin Efendi'nin kadılık serüveni başladı.¹⁵²

1001 yılının Cemaziyelevvel ayında (Şubat 1593'te) Abdurrahman Efendi ile becayiş yaparak Üsküdar kadılığına tayin edildi. Burada, bahsi geçen becayiş kaynaklı bazı söylentilerden morali bozularak tayin istedi ve Kınalızade Hasan Çelebi'nin yerine Halep kadılığına getirildi.¹⁵³

1003 yılı Cemâziyelâhir'inde (Şubat-Mart 1595) bu görevden ayrılarak yerine Dursunzâde Abdalbaki Efendi getirildi. 1004 Şevval'inde Bıyıklı Süleyman Efendi'nin yerine Şam kadılığına tayin edildi. Bir sene burada vazife yaptıktan sonra 1005 Şevval'inde (Mayıs-Haziran 1597) Halep kadısı Yahya Efendi (ö. 1053/1644) ile yer değiştirerek tekrar Halep kadılığına getirildi.

¹⁴⁸ Osmanlı'da müderrislerin günlük maaşları kıdemlerine göre veya görevlendirildikleri medreseye göre belirlenirdi. 20-50 akçe maaş alan hocalar ibtidâ-i hâric ve mûsile-i Sahn arasında bir dereceye karşılıktır. Bkz: İpşirli, Mehmet, **Müderris**, DİA, Cilt: 31, ss. 468-470.

¹⁴⁹ Taşköprizâde Kemâleddin, **Mevzûâtü'l-ulûm**, Cilt: 2, ek, vav.

¹⁵⁰ Taşköprizâde Kemâleddin, **Mevzûâtü'l-ulûm**, Cilt: 2, ek, vav.

¹⁵¹ İpşirli, **Müderris**, DİA, Cilt:31, ss. 468-470.

¹⁵² Bursalı, Cilt: 1, ss. 154-156.

¹⁵³ Bursalı, Cilt: 1, ss. 154-156; Bkz: Gazzî, Kamil b. Muhammed (ö. 1351), **Nehrü'z-zeheb fî tarihi Haleb**, Dârul-kalem, Halep 1419 h, Cilt: I, s. 237.

1006 Rabiulahir’inde görevinden azledilerek yerine İyaşı Ahmed Efendi tayin edildi. 1007 Safer’inde (Eylül 1598) Damad Şeyhi Efendi yerine Bursa kadılığına atandı.¹⁵⁴

Kısa bir müddet görev yaptıktan sonra aynı yılın Cemaziyelevveli’nde (Kasım 1598) Kahire kadılığına tayin edilmesi irade edilmişse de bundan vazgeçilerek Bursa kadılığı vazifesinde bırakılmıştır.

1007 yılı Şâban’ında (1599 Mart’ında) Galata Kadısı Kethüdâzâde Hasan Efendi’yle becayişe giderek Galata kadılığına tayin edildi. Bir sene sonra görevinden alınarak yerine tekrar Hasan Kethüdâzâde görevlendirildi.

Kemâleddin Efendi Galata Kadılığından azledildikten bir gün sonra 1008 Şaban’ında (Mart 1600) Abdurrahim Efendi yerine ikinci kez Selanik kadılığına getirildi.

1009 yılı Safer’inde (1600 Ağustos’unda) Serdar İbrahim Paşa, Sahn Medresesi ile Ordu-i Hümâyun Kadısı Niksarizâde’yi Selânik kadılığına atanmak istese de saray tarafından uygun görülmeince Niksarizâde Yenişehir kazasına getirilmiş, Kemâleddin Efendi ise görevinde devam etmiştir. Aynı yılın Zilkade ayında (Mayıs 1601) tekrar azledilerek, Zilhicce 1011’de (Mayıs 1603) Abdülvehhab Efendi yerine çok rağbet ettiği İstanbul kadılığına getirilmiştir.¹⁵⁵

1.5.4. Kazaskerlik

Kemâleddin Efendi, Cemâziyelevvel 1012’de (Ekim 1603) Kethüda Mustafa Efendi’den boşalan Anadolu sadareti (kazaskerliği) görevine tayin edilmiştir.¹⁵⁶

¹⁵⁴ **Mevzûâtü’l-ulûm**’ un zeylindeki bu bilgi Şeyhizade Abdurrahman Damad Efendi’nin (ö. 1078/1667) biyografisiyle uyuşmamaktadır. Nitekim kendisi Bursa kadılığı yapmadığı gibi, o tarihlerde yaşı da gayet gençtir. Bkz: Özcan, Tahsin, **Şeyhîzâde**, DİA, Cilt: 39, s. 86.

¹⁵⁵ Taşkoprîzâde hakkında yukarıdaki bilgiler için bkz: Taşkoprîzâde Kemâleddin, **Mevzûâtü’l-ulûm**, Cilt: 2, ek, vav; Bursalı, Cilt: 1, ss. 154-156; İpşirli, **Taşköprîzâde**, DİA, Cilt: 40, ss. 152-154.

¹⁵⁶ Kazasker (قاضی عسکر): Osmanlılar’da askerlerî davalara bakan ordu kadısı olup, eğitim ve yargı teşkilâtından mesuldür. Dîvân-ı Hümâyun üyesi olup, bugünkü Adalet Bakanlığı ve Milli Eğitim Bakanlığı’na eşdeğer bir vazifeydi. Kazaskerlerin vazifelerini kazâ ve idarî olmak üzere başlıca iki kısma ayırmak mümkündür. Kuruluş zamanında görevleri ordudaki askerler arasındaki hukukî ihtilâfları çözmek ve seferlerdeki davaları görmektir. Zamanla görev alanları genişleyerek; ülkedeki kadı ve müderrislerin atama ve benzeri işlemleri temel vazifeleri oldu. Daha sonra Anadolu ve Rumeli diye iki kısma ayrılmış, Anadolu kazaskeri Anadolu ve Arabistan’daki ilmiye teşkilatının işlerine bakarken, Rumeli kazaskeri ise birinci kazasker vasfı kazanarak Rumeli’deki teşkilatı idare etmiştir.

Cemâziyelevvel 1013'te (Ekim 1604) emekli olarak yerine Kâfzâde Fazlullah Efendi atansa da aynı yılın Zilhiccesi'nde (Nisan-Mayıs 1605) Bostanzâde Yahya Efendi (ö. 1049/1639)'nin Rumeli kazaskerliğine yükselmesiyle tekrar eski görevine avdet etmiş, fakat Safer 1015'te (Haziran 1606) görevden tekrar ayrılmıştır. Şevval 1018'de (Ocak 1610) Bostanzâde Mehmet Efendi'den (oğul)¹⁵⁷ boşalan Anadolu kazaskerliği görevine üçüncü defa gelmiş ve görevi Zilkade 1019'a (Ocak-Şubat 1611) kadar devam etmiştir.

Safer 1021'de (Nisan 1612) Kethüda Mustafa Efendi yerine Rumeli kazaskerliğine tayin edilen Kemâleddin Efendi, 29 Şâban 1021'de (25 Ekim 1612) bu görevden alınarak yerine ikinci defa Abdülaziz Efendi göreve getirilmiştir. Sonra 1022 (1613) yılı başlarında kendisine Gelibolu kazası arpalık¹⁵⁸ olarak verilmiştir.

Ramazan 1024'te (Ekim 1615) Bostanzâde Mehmed Efendi yerine ikinci defa Rumeli kazaskerliğine getirilmiş, Rebûlâhir 1026'ya (Nisan 1617) kadar devam ettikten sonra kamu hizmetine kendi arzusu ile bir süre ara vermiştir. Safer 1030'da (Ocak 1621) Kara Çelebizâde Efendi yerine¹⁵⁹ üçüncü defa Rumeli kazaskerliğine tayin edilerek Kirmasti ilâvesiyle Mihaliç kazası arpalığı kendisine tahsis edilmiş ve bu görevdeyken vefat etmiştir. İleride bahsedilecek olan kardeş katline dair meşhur fetvasını işte bu görevi esnasında vermiştir.¹⁶⁰

II. Bayezid dönemiyle birlikte kazaskerlerin en mühim ve zorlu görevi, eğitim ve adalet teşkilâtının üyeleri olan kadı ve müderrislerin idaresini sağlamak olmuş, zamanla şeyhülislamlık makamıyla aralarında bir görev taksimi oluşmuştur. Buna göre şeyhülislamın atama işlerini yürüttüğü kesim sadece mevleviyetler ve başmüderrisliklerdir. Devletin idarî ve adli teşkilâtının temel kurumu olan kadıliklara ve medreselere müderris atama veya azletme işleri ise kazaskerlerin yetkisine girmiştir. Bkz: İpşirli, Mehmet, **Kazasker**, DİA, Cilt: 15, ss. 140-143.

¹⁵⁷ Osmanlı'da iki defa şeyhülislamlık makamına getirilen ilk kişi olan Meşhur Bostanzâde Mehmet Efendi'nin oğlu, yukarıda adı geçen Yahya Efendi'nin kardeşidir. Bkz: Çağrı, Mustafa, **Bostanzâde Yahyâ Efendi**, DİA, Cilt: 6, ss. 311-313.

¹⁵⁸ Osmanlılar'da hizmet sürelerince devlet memurlarına maaşlarına ilâve olarak, görev sonrasında ise emekli maaşı kabilinden tahsis edilen gelire verilen addır. Bkz: Baltacı, Cahit, **Arpalık**, DİA, Cilt: 3, ss. 392,393.

¹⁵⁹ Bursalı, Cilt: 1, s. 347.

¹⁶⁰ İpşirli, **Taşköprizâde**, DİA, Cilt: 40, ss. 152-154.

Tablo 2: Üstlendiği Vazifeler (Sırasıyla)

YER	BAŞLAMA YILI	GÖREV
Ebussuûd Efendi'nin muîdliği	1569 (yaş: 16)	Muidlik/ Mülazimlik
Unkapanı medresesine	1576	Müderrislik
Yeni Ali Paşa medresesine	1582	Baş müderrislik
Haseki payesine	1585	»
Sahn-ı Seman medresesine	1588	»
Şehzade Medresesine	1590	»
Selanik kadılığına	1591	Kadılık
Üsküdar kadılığına	1593	»
Halep kadılığına	1593	»
Şam kadılığına	1595	»
Halep kadılığına	1597	»
Bursa kadılığına	1598	»
Galata kadılığına	1599	»
Selanik kadılığına	1600	»
İstanbul kadılığına	1603	»
Anadolu sadreti (kazaskerliği)	1603-1604	Anadolu Kazaskerliği
Anadolu sadreti (kazaskerliği) 2.defa	1605-1606	»
Anadolu sadreti (kazaskerliği) 3. defa	1610-1611	»
Rumeli kazaskerliğine	1612-1613	Rumeli Kazaskerliği
Rumeli kazaskerliğine 2. defa	1615-1617	»

Rumeli kazaskerliğine 3. defa	1621 - (vefat)	»

Kaynak: Taşköprizâde, **Mevzû`âtu'l-ulûm**, Cilt: 1, s. 53, 54; Cilt: 2, ek, vâv; İpşirli, **Taşköprizâdeler**, DİA, Cilt: 40, s. 154'den derlenmiştir.

1.6. VEFATI

Kemâleddin Efendi, 21 Mayıs 1621 yılında Genç Osman'ın Lehistan seferinde orduya iştirak eden kadılarla birlikte İstanbul'dan yola çıktı. Boğdan (şimdiki Moldova/ Moldavya) Karinabad (Karnobat) yakınlarında hastalandı ve İstanbul'a dönmesinin gerektiğine karar verildi. Dönüş yolunda 4 Şevval 1030 (22 Ağustos 1621)'de Tuna nehri üzerindeki İshakçı/İsakçı kasabasında¹⁶¹ vefat etti.¹⁶² Cenazesi gemi yoluyla İstanbul'a getirilip Fatih civarındaki Âşık Paşa Camii hazîresine defnedildi.¹⁶³

Tarih kaynakları bu olayla birlikte o senenin kış mevsiminin çok soğuk geçtiğini, 16 gün aralıksız kar yağdığını ve İstanbul Boğazı'nın tamamen donduğunu, hatta gemilerin uzun müddet Boğaz'a girememesi sebebiyle İstanbul'da ciddi bir gıda sıkıntısı ve pahalılık yaşandığını yazmaktadır.¹⁶⁴

1.7. YAŞADIĞI BÖLGE VE DEVİR

Taşköprizâde doğumundan itibaren yedi padişah dönemine şahitlik etmiştir:

Kanunî Sultan Süleyman (1520 – 1566).

II. Selim (1566 – 1574).

III. Murad (1574 – 1595).

¹⁶¹ İsakçı, Dobrigev'in kuzeyinde Tuna nehrinin delta oluşturmamasından önce sağ cenahında kalan bir kasaba olup bu yolculuk esnasında Genç Osman orada bir kale inşa ettirmişti. Bkz: Uzunçarşılı, **Büyük Osmanlı Tarihi**, TTK Yayınları: Cilt: 3, ss. 128-129.

¹⁶² Taşköprizâde'nin vefatına bazı kaynaklar hicrî 1032 olarak da yazmışlardır. Bkz: Kâtip Çelebi, **Süllemü'l-vusûl**, Cilt: 5, s. 253.

¹⁶³ Bursalı, Cilt: 1, s. 347; Taşköprizâde, **Mevzû`at**, Cilt: 2, ek, hâ.; İpşirli, **Taşköprizâde**, DİA, Cilt: 40, ss. 152-154.

¹⁶⁴ Bkz: Peçevî, **Tarih-i Peçevî**, Cilt: 2, s. 350; Bkz: İstanbul Boğazının Donması – 1621, (10.11. 2017), <https://www.azbibak.com/istanbul-bogazinin-donmasi-1621/>, (30.11. 2019).

III. Mehmed (1595 – 1603).

I. Ahmed (1603 – 1617).

I. Mustafa (1617 – 1618 / 1622 – 1623).

Genç Osman (1618 – 1622).

1.8.YAŞADIĞI DEVRİN SİYASİ, SOSYAL VE İLMÎ ŞARTLARI

Taşköprizâde Kemâleddin Efendi, babasına ait *Miftâhu's-saâde*'yi Osmanlıca'ya tercüme ederken fırsat buldukça yaşadığı zaman diliminde karşılaştığı bazı ahlakî problemlerden serzenişte bulunmuş ve gerekli ihtarlar yapma gereği hissetmiştir. Bu ihtarlardan biri de kitaba, ilme ve ilim ehline hürmet hakkındadır.

Kemâleddin Efendi *Mevzuat ulûm'da* İmam Ebû Hanîfe'nin menakıbını anlatırken onunla bir komşusu arasında geçen bir hadiseyi aktarır.¹⁶⁵ Olay kısaca şöyledir:

İmam'ın her gece şarab içerek kendinden geçen, sarhoşluğun tesiriyle yüksek sesle şarkılar söyleyen ve;

أَضَاعُونِي وَأَيَّ فِتْنٍ أَضَاعُوا * لِيَوْمٍ كَرِيمَةٍ وَسِدَادٍ تُغَرِّ

(Taşköprizâde Kemâleddin Efendi'nin tercümesiyle):

“İzâ'a ettiler bir ferd-i nâfi”¹⁶⁶ * “Ki şiddette olurdu şerri dâfi”¹⁶⁷ şeklinde beytler okuyan bir komşusu vardı. İmam bütün geceyi ihya eder dolayısıyla komşusunun bu terennümlerini de işitirdi. Peş peşe birkaç gece sesini duyamayınca merak ederek onun durumunu araştırdı ve hapse atıldığını işitti. Sabah namazını kılar kılmaz derhal emirin kapısına giderek görüşmek için izin istedi. Emir, İmam'ı ayakta karşılayarak ona ihtiram gösterdi, hatta kendi makamına oturttu. İmam'a;

“Bu teşrifinizin zımnında bir maksat var mıdır?” diye sorduğunda İmam:

“Evet, bir câr-ı günahkâr¹⁶⁸ için şefaate geldim”, dedi.

Emir, İmam'ın hatırına o gün hapse atılan herkesin derhal salıverilmesini emretti. İmam komşusunu da alarak eve dönerken ona;

¹⁶⁵ Taşköprizâde, *Mevzû'at*, Cilt: 1, s. 52, 53.

¹⁶⁶ Faydalı bir ferdi harcadılar.

¹⁶⁷ Zor günde şerri def ederdi.

“Evlat, biz seni harcadık mı?” diye sordu. Adam;

“Harcamak ne demek, siz beni koruyarak bana yardım ettiniz. Komşuluk hakkına riayet ettiğiniz için Hakk Teâlâ size hayırlar versin” diye mukabele etti. Ondan sonra o kimsenin tövbe ettiği, bir daha şarap içmediği, hatta İmam’ın ders halkalarına katılarak talebelerine katıldığı ve çok iyi bir âlim olduğu rivayet edilmektedir.¹⁶⁹

Kemâleddin Efendi bu hadiseyi anlattıktan sonra gerek imamın komşusuna merhametine, gerekse halifenin ve günahkâr komşusunun ona gösterdiği ihtirama atıfta bulunarak, kendi zamanı ile o zamanı kıyaslamış ve kendi zamanında ihmal edildiğini düşündüğü bazı edep ve ahlak kuralları hakkında ihtarlar bulmuştur:

İmdi, bu zikrolunan kinâyât ve îrâd olunan rivâyât ve hikâyât ve zemân-ı evvelde ne mertebe-i tevkîr-i ashab-ı ulûm ve dirâyât olunurdu. Bu cümle malumun olduysa sen dahi ey birader, kendi nefsinle insaf ve mir’ât-ı tab’ını kerd garazdan sâf eyleyip nazar eyle ki; halen tevkîr-i ilm ve ulema ve ikram-ı meşayih u fuzelâdan bir nesne kalmış mıdır?

Eğer itiraz ve sual tarikiyle bast-ı makal edup dersin ki; ‘bu eyyâmda o makvelde ulema-i a’lâm kalmadı. Halen mevcut olanlar layık-ı tevkîr olmadıkları malum-i sağır ve kebirdir.’ Cevap verup deriz ki:

‘Hâlâ ol makvelde ulema-i fuhul kalmadı’ dediğin müselleme ve makbuldür. Lâkin ‘onlar kâbil-i tevkîr ve itibar değildir’ dediğin cây-ı inkârdır. Zira asıl tevkîr-i ilmîdir. İmdi onlar hakkında taksir caiz değildir. Eğer ilme muhabbetin var ise onların emsali emasil-i ulema ve efazil olmadıklarından sana zarar gelmez. Bel ki onu tedarik onların uhdelere lazımdır. Ve bilcümle muhabbet-i ilim cümle ilme intisab edenlere muhabbeti icab eder. Ve illa sen ilme muhabbet edenler zümresinden dahi madud olmazsın.

Ve ilmi tazimdir tazim-i kitap dahi. Hatta gerekdir ki; taharetsiz kitaba yapışmaya ve kitap tarafına payini diraz etmiye ve üstüne âhar nesne vaz’ etmeye. Ve kitab-ı tefsirin kadrini ref’ ve onları sâir kütüb üzerine vaz’ eyleye.¹⁷⁰

1.9. KEMÂLEDDİN EFENDİ’NİN İLMİ VE AHLAKI

Ahmet Cevdet Paşa, Kemâleddin Efendi’nin *Mevzuâtı’l-ulum* kitabını tab’etmiş ve kitabın zeyline (son kısmına) Ahmed Efendi’yle beraber Kemâleddin Efendi’nin biyografisini eklemiş ve ahlakı hakkında kısa da olsa bazı bilgiler vermiştir.

¹⁶⁸ Günahkâr komşu.

¹⁶⁹ Taşköprizâde, *Mevzû`at*, Cilt: 1, s. 52, 53.

¹⁷⁰ Taşköprizâde, *Mevzû`at*, Cilt: 1, s. 53, 54.

Buradaki bilgilere göre Mütercim Kemâleddin Efendi derin ilim sahibi (allame-i alem), hikmet ehli, güzel ahlakta eşsiz (yegane-i âfâk), nur yüzlü, sekinet ve vakar sahibi, talebelerine ve halka çok merhametli, ilim ehline hürmetkâr, etrafına karşı çok cömert, özellikle fakir halka karşı çok yardımsever, çalışkan, Devlet-i Âl-i Osman’a sadakatle bağlı, hizmet ve fazilet ehli, heybetli ve saygın bir zat-ı muhteremdi.¹⁷¹

İlim ehli bir ailede yetişmesi, Şeyhulislam ve Müfti’l-enâm Ebussuûd Efendi ve ilim ve irfan sahibi Aziz Mahmud Hüdai Efendi gibi önemli şahsiyetlerinden dersler alması, uzun süre medreselerde tedris ile meşgul olması, önemli merkezlerde kadılık görevlerinde bulunması ve hayatı boyunca devlet erkânına yakın bir çevrede yaşamış olması sebebiyle asil bir karaktere sahip olup, gayet medeni ve edip bir şahsiyet idi.¹⁷²

Ziriklî ondan; Rûmî (Anadolulu) müteeddib kâdî diye bahseder. Necm el-Gazzî’nin onun hakkında, ‘*Arap dilinde ondan daha fasih bir Rûmî (Türk) kimse görmedim*’ dediğini nakleder.¹⁷³ Bu ifade onun Arapça’ya olan vukufiyet ve maharetine şهادet etmektedir.

Muhibbî’nin onun hakkında; *Pek çok eseri vardır, nazım ve nesir bilir*” sözleri de onun aynı zamanda şiire olan salahiyetini de ifade etmektedir.¹⁷⁴

Mevzû`at kitabındaki Arapça şiirleri Türkçeye yine şiir şeklinde çevirmesi onun nazma olan maharetini açıkça göstermektedir.

Taşköprizâde’nin şiiri şiirle tercümelerinden örnekler:

عن المرء لا تسأل وسل عن قرينه * وكل قرين بالمقارن يقتدي

“*Hemnişînin /sor kişinin/, itme kendin/ den suâl*

*Her kişî dâ/ im karînin/ den îder kes/ b-i hisâl.*¹⁷⁵

(Fâilâtün/ fâilâtün/ fâilatün/ fâilün)

رأيتُ أحقَّ الحقِّ حقَّ المعلم * وأوجبَه حِفْظاً على كلِّ مسلم

¹⁷¹ Taşköprizâde, *Mevzû`at*, Cilt: 2, ek, hâ.

¹⁷² Taşköprizâde, *Mevzû`at*, Cilt: 2, ek, hâ.

¹⁷³ Ziriklî, Cilt: 4, s. 8.

¹⁷⁴ Ziriklî, Cilt: 4, s. 8.

¹⁷⁵ Taşköprizâde, *Mevzû`at*, Cilt: 1, s. 86.

لَقَدْ حَقَّ أَنْ يُهْدَى إِلَيْهِ كَرَامَةٌ * لَتَعْلِيمِ حَرْفٍ وَاحِدٍ أَلْفُ دَرَاهِمٍ

“*Hukûkun a’/ zamîdur hak/ k-ı üstad, * Riayet ey/ le hakkın ît/ me iptâl.*

*Ânın bir har/ fî ta’lim ît /tiğîne, * Ivâz olmâz /virsen nîce/ bîn-i mâl.*”¹⁷⁶

(*Mefâ’îlün/ mefâ’îlün/ fe’ûlün*)

Farsça beytleri dahi Osmanlıca’ya yine şiir şeklinde tercüme etmiştir:

واعظان کین جلوہ در محراب ومنبر میکنند

چون بخلوت میرو ندان کار دیگر میکنند

Minber üzre/ gelse vâiz/ ta’n îder hal/ ka temâm

Lîk-i halvet/ te civâniy/ lâ îder şûr/ b-i müdâm

(*Fâilâtün/ fâilâtün/ fâilatün/ fâilün*)

Taşköprizâde’nin şiir tercümeleri incelediğimizde genellikle en çok kullanılan “*Fâilâtün/ fâilâtün/ fâilatün/ fâilün*” veya (*Mefâ’îlün/ mefâ’îlün/ fe’ûlün*) şeklindeki aruz vezinlerini tercih ettiğini görüyoruz.

Şiirlerinde Kemâlî mahlasını¹⁷⁷ kullanan Taşköprizâde Kemaleddîn Efendi’nin târihçilik yönü de bulunmaktadır.¹⁷⁸

Bazı kaynaklarda onun da babası kadar ilmî salahiyyete sahip olduğu zikredilmektedir.¹⁷⁹ Nitekim Bursalı’nın ifadesiyle¹⁸⁰ onun fıkıh ilminde rüşdünün burhanı niteliğindeki kıymetli eseri *Uddetü ashabi’l-bidâyeti ve’n-nihaye fî tecridi mesâili’l-Hidâye (el-‘Udde)* incelendiğinde onun Hanefî mezhebinin en meşhur ve muteber kitaplarından *el-Hidâye* ve şerhlerine ne derece vâkıf olduğu kolaylıkla anlaşılmaktadır. Çalışmamızın son bölümünde bu konuyu derinlemesine anlatmaya çalışacağız.

¹⁷⁶ Taşköprizâde, **Mevzû`at**, Cilt: 1, s. 51.

¹⁷⁷ Mahlas, bir şairin ikinci adıdır. Bir edebiyat terimi olarak mahlas; eskiden şairlerin eserlerinde kullanmak için takındıkları ikinci isimleridir. Mahlas kullanmaya tahallüs, mahlasın geçtiği beyte ise mahlas beyti denir. Bkz: Mahlas Nedir? Mahlas Alma Geleneği, Türk Dili Ve Edebiyatı Copyright © 2019, <https://www.turkdebiyati.org/mahlas-nedir-mahlas-alma-gelenegi/>, Erişim: (17. 11. 2019).

¹⁷⁸ <http://www.ehlisunnetbuyukleri.com/Islam-Alimleri-Ansiklopedisi/Detay/taskopru-zade-kemaleddin-efendi/3702>, İslam Âlimleri Ans. Erişim: (16. 11. 2019).

¹⁷⁹ Duman, Ali, “Taşköprüzâde Ahmed Efendi ve Mevzu`âtı’l-`ulûm’da Yer Alan Usul ve Fıkıh İle İlgili İlimler”, **Gazi Üniversitesi Çorum İlahiyat Fakültesi Dergisi**, 2004/1, Cilt: 3, Sayı: 5, ss. 63.

Taşköprizâde Kemâleddin Efendi, ilim ehlinin vakarını koruması gerektiğini ve özellikle halkın gözü önünde gıybet, küfür, tekfir ve benzeri nahoş sözlerden ve kötü ahlak izhar etmekten kaçınmaları gerektiğini savunmuştur. *Mevzuatu'l-ulûm* kitabında zamanındaki bazı âlimlerin günah işlemelerinden şikâyet etmekte ve bunun halka verdiği zarardan rahatsızlığını ifade etmektedir:

Ve dahi ulemadan bir zümre vardır ki gıybeti ve sâir seğair zünûbu istihane ve Hakk Teâlâ'nın mahlûkatını istihza ve ihanet ve ânın ğayri nice şena'at eder. Ve yahut Hâlik-i settâr ânı bir ma'siyete mübtela idüp lakin kendisi istitar etmeyup izhar eder. 'Belki makam-ı itizarda ilmimiz bizim ma'siyetimizi setr eder' deyu nâ seza keftar ider. Lâkin bu kelam mahz-ı cehilden nâşîdir, ilim değildir. Zira me'âsinin mutlakan setri vaciptir, hususan alimden ki halk anlara iktidaya taliptir. Ol sebeptendir ki; bazı arifin şakirtlerini kendinin eşraf-ı ahvâlinden gayri bir halete muttali eylemezler idi, caiz ki iktida etmekle mani'i ihtida ola deyu... İmdi âlime layık olan o dur ki me'âsinin sıgarından ictinab eyleye, kande kaldı ki kibarından... Eğer hiçbir vecihle kâdir olmayıp nefesine gâdir olur ise bari izhar etmeyup mansıbı ilmi siyaneten istitar eylemek gerektir. Ve cümle ahvali şeni'a ve evzâ'-ı beşi'alarındandır ki; ümmet-i sâlifeye ta'n ve ulemâ-i mâziyne, hususan akâitte muhalîfine sebb belki la'n iderler. Hatta Eşâ'iradan bazı ashab-ı taassüb Hanâbile'yi ikfâr ve bazı Hanâbile Eşâ'ire'yi ikfâr iderler. Lakin bu kelam gavl-i münker ve zûr ve kâili bî akl ve nûrdur.¹⁸¹

Taşköprizâde Hanefî mezhebine mensub bir âlim olmakla birlikte mezhep taassubuyla mücadele etmiş, özellikle selef-i sâlihîne ve Ehl-i Sünnet mezheplerine saygılı olmak gerektiğini vurgulamıştır. Akıllı ve nurlu bir Müslümana mezhep taassubunun ve tekfirin yakışmadığını belirtmiştir:

Zira Hanefiyye ve Şâfi'yye ve Hanâbile ve Mâlikiyye'den eimme-i mu'teberîn - rıdvanullahi teala aleyhim ecmain- mezhepleri bunun üzerinedir ki; ehl-i kıbleden bir kimse ikfâr olunamaz. Ya bu mertebe-i taassub izhar etmeye bâ'is nedir!? ve bir kavim ki Rabb-i Bâki'ye mülakî olup ne hal üzre teslimi ruh etmişlerdir bilemeyuz. Bize münasib midur ki anları sukut etmeyeyuz!? Vallâhil-Azim bu ettikleri vaz' nâ mâ'kûl, ve ukalâ yanında gayr-i makbuldur.¹⁸²

1.10. TASAVVUFÎ YÖNÜ

Kemâleddin Efendi'nin tasavvufî yönü hakkında kaynaklarda detaylı bir bilgiye rastlamamakla birlikte ahlakî açıdan güzel vasıflarla anılmakta olduğunu; vakar, tevazu ve merhamet gibi övgün sıfatlara hâiz olduğunu biliyoruz.¹⁸³

¹⁸⁰ Bursalı, Cilt: 1, s. 247.

¹⁸¹ Taşköprizâde, *Mevzû'at*, Cilt: 1, s. 86, 87.

¹⁸² Taşköprizâde, *Mevzû'at*, Cilt: 1, s. 86, 87.

¹⁸³ Bkz: Taşköprizâde, *Mevzû'at*, Cilt: 2, ek, ha.

Onun Şeyhulislam Ebussuud Efendi, Şeyh Hâfız Ahmed Buhârî ve Aziz Mahmud Hüdai gibi zamanın değerli ilmî şahsiyetlerden uzun müddet ders aldığını söylemiştik. Yetiştigi mümtaz aile ve müspet çevre, ders aldığı seçkin hocalar göz önünde bulundurulduğunda zaten farklı bir durum söz konusu olması düşünülemez.

Ulaşabildiğimiz kaynaklarda Kemâleddin Efendi'nin herhangi bir tarıkata mensubiyetine, bir şeyhe intisabına veya tasavvuf ehline yaklaşımına dair bir bilgi bulunmamaktadır.

Hocalarına bakıldığında Ebussuud Efendi'nin, babası tarikat şeyhi olmasına rağmen tasavvuf ehline mesafeli olduğunu, hatta İsmâil Maşûkî (ö. 1538), Muhyiddin Karamanî (ö. 1550) ve Hamza Bâlî' (ö. 1561) gibi tarikat şeyhlerini şeriata aykırı görüşlere sahip oldukları gerekçesiyle idamına fetva vererek cezalandırdığını biliyoruz.¹⁸⁴ Şeyhulislam'ın böyle tavır alması onun bir tasavvuf karşıtı olduğunu göstermez. Aksine Osmanlı Devleti'nin yüzlerce asır payidar olmasında büyük önemi haiz bu irfan ocaklarının saygınlığını koruma ve bidat içeren söylem ve hareketlere karşı şeriati muhafaza amaçlı olduğunu düşünmekteyiz.

Kemâleddin Efendi'nin Şeyh Hâfız Ahmed Buhârî ve Aziz Mahmud Hüdai gibi tasavvuf büyüklerinden de uzun müddet ders almış olması onların güzel hallerinden manevi olarak istifade etmesini sağlamıştır. Nitekim Evliya Çelebi, 'yedi Osmanlı padişahının onun elini öptüğünü, 200.000'e yakın müride tarikat verdiğini' nakleder.¹⁸⁵ Devlet erkânından Sadrazam Kayserili Halil Paşa ve Dilâver Paşa, ilmiyeden Şeyhülislâm Hocaîzâde Esad Efendi, Sun'ullah Efendi ve Hoca Sâdeddin Efendi ve Nev'îzâde Atâî gibi zâtlar dahi onun dergâhına intisaplı veya müdavim idi.¹⁸⁶ Böyle bir ortamda ona talebelik eden Taşköprizâde Kemâleddin Efendi'nin ondan etkilenmemesi düşünülemez.

1.11. BAZI FETVALARI VE FIKHİ GÖRÜŞLERİ

¹⁸⁴ Akgündüz, **Ebussuud Efendi**, DİA, Cilt: 10, ss. 365-371.

¹⁸⁵ Evliya Çelebi, **Seyahatnâme**, Cilt: 1, s. 479.

¹⁸⁶ Bkz: Yılmaz, H. Kamil, **Aziz Mahmut Hüdâî**, DİA, Cilt: 4, ss. 338-340.

Kemâleddin Efendi son Rumeli kazaskerliği esnasında teamülden kalkmasına rağmen kardeş katli konusunda hukukî açıdan eleştirilen bir fetva vermiştir. İpşirli bu konuyu şöyle anlatır:

*Sultan III. Mehmed'in tahta çıkmasıyla (1595) on dokuz şehzadeyi boğdurmasının sebep olduğu büyük infial sonrasında Sultan I. Ahmed'in saltanatının ilk yıllarında kardeş katline son verilmiş, saltanatın hânedanın en büyük üyesine intikal sistemi benimsenmişti. II. Osman, kardeşi Şehzade Mehmed'i ortadan kaldırmaya karar verip Şeyhülislam Hocazade Esad Efendi'den fetva istemiş, fakat Esad Efendi bunu şer'i şerife ve teamüllere aykırı bularak fetva vermemiştir. Bunun üzerine padişah, (muhtemelen şeyhülislâmlık vaadiyle) Rumeli Kazaskeri Kemâleddin Efendi'den fetva almıştır. Bu durum bir takım devlet adamları ve ilim ehli tarafından tepki almış, onun makam sevdasıyla bu fetvayı verdiği söylenmiştir.*¹⁸⁷

Büyük Osmanlı Tarihi'nde olay şöyle aktarılır:

*Sultan II. Osman sefere çıkmadan önce kendisinden iki yaş küçük bulunan on altı yaşındaki kardeşi Şehzade Mehmed'i hükümdar olabilecek çağa gelmesi sebebiyle öldürmeğe karar verdi. Bu hususta Şeyhülislâm Esad Efendi'den fetva istediye de vermedi ve bu yüzden araları açıldı; ancak Rumeli kazaskeri Taşköprizâde Kemâleddin Efendi, şeyhülislam olma umuduyla istenilen fetvayı vermiş olduğundan zavallı şehzade boğuldu.*¹⁸⁸ *Şehzade Mehmed'i öldürmek için üzerine hücum ettikleri zaman:*

*'Osman, Allah'tan dilerim ki; hükümünün ömrü berbad olup beni ömrümden nice mahrum eyledinse sen dahî behremend olmayasın' diye beddua etmiştir. Gerçekten de Lehistan' seferinden başarısız olarak dönen II. Osman az bir süre sonra feci bir surette öldürülmüştür.*¹⁸⁹

Peçevî bu konudan şöyle bahseder:

*Yıl 1029 (M. 1620). Bu sırada saadetli padişah, ana ve babadan bir olan kardeşi Şehzade Sultan Mehmet Han'ı gereksiz ve günahsız yere öldürttü. Tanrı'nın rahmeti üzerine olsun. Taşköprülüzade Kemal Efendi'nin fetvası ile bu günahı irtikâp etti derler. Şeyhülislam Esad Efendi'den bu konuda fetva istendiğinde, rıza vermediğini söylerler.*¹⁹⁰

Bazı kaynaklar Kemâleddin Efendi'nin şeyhülislam olma isteğine rağmen önce II. Osman'ın fetva teklifini reddettiğini, fakat daha sonra padişahın onu tehdit ettiğini, onun da padişahın aklına koyduğu şeyi yapmakta kararlı olduğunu bilmesi

¹⁸⁷ İpşirli, **Taşköprizâde**, DİA, Cilt: 40, ss. 152-154.

¹⁸⁸ Kemâleddin Efendi bu süreçte üçüncü Rumeli kazaskerliği görevindeydi. Lehistan seferi esnasında hastalanmış, İshakçı'da vefat etmiş ve naaşı kadirga ile İstanbul'a getirtilmiştir. Âlim, şair ve fazıl bir şahsiyet olup, emel ettiği şeyhüislamlığa ulaşamadı. Bkz: Uzunçarşılı, **Büyük Osmanlı Tarihi**, Cilt: 3, s.141 (/1305).

¹⁸⁹ Uzunçarşılı, ss. 129-130.

¹⁹⁰ Peçevî, Cilt: 2, s. 350.

sebebiyle elbette birilerinden bu yönde fetva alacağını düşünerek, ‘suçlu ise ...’ şeklinde şerh düşerek bu fetvayı verdiğini yazmaktadır.¹⁹¹

Taşköprizâde Kemaladdin Efendi *Udde Kitabı*’nda ilginç fetvalara yer vermektedir. Bu fetvalara son bölümde yer vereceğiz. Ancak eserini bahsetmiş olduğumuz katil hadisesi zuhur etmeden önce (1024/1615 tarihinde) tamamlamış olması sebebiyle kitabında bu olaylarla alakalı bir konuya temas ettiğini görmemekteyiz.

Şehzade katline fetva verdiği gerekçesiyle onu kötü biri veya dünya makamı sevdalısı yahut menfaatçi şeklinde nitelemenin doğru olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü o, şayet bu fetvayı vermişse onun niyetinin makam ve mevki elde etmek olduğunu yakinen bilemeyiz. Kalpleri ve niyetleri okuyamayız. Nitekim daha öncesinde de ulema tarafından şehzade katillerine fetvalar verilmiş, devletin selametinin fertlerin menfaatlerine öncelenmesi göz önünde bulundurulmuştur. Şayet mevki korkusu veya şeyhülislamlık beklentisi için bu fetvayı vermişse bu yine onun kesin olarak niyetinin dünya sevdası olduğunu göstermez. Nitekim onun yetiştirme tarzından, ilim ve irfanından ve güzel ahlakından yeterince bahsettik. Hangi şartlarda ve ne niyetle verdiğini bilmediğimiz bir fetva yüzünden böyle donanımlı bir değerimizin ismini çizmenin ve onu kötü biri olarak suçlamanın doğru ve insafli bir davranış olmayacağı kanaatindeyiz.

¹⁹¹ Bkz: Öztuna, Yılmaz, **Sultan Genç Osman Ve Sultan IV. Murad**, Veliahd Şehzade Mehmed’in İdamı, Ötüken Neşriyat, <https://books.google.com.tr/books?id=xL5GDwAAQBAJ&pg=PT30&lpq=PT30&dq=TA%C5%9EK> Erişim Tarihi: (25.11.2019).

İKİNCİ BÖLÜM

UDDE KİTABI

2.1. NÜSHALARIN TANITIMI

Udde Kitabı'nın muhtelif kütüphanelerde sekiz adet mahtut/yazma nüshasına ulaşabildik. Bu nüshalardan biri hariç hepsi Türkiye'deki kütüphanelerde bulunmaktadır.

2.1.1. Millet Kütüphanesi Nüshası (Müellif Nüshası):

İstanbul Millet Kütüphanesi'nde bulunan bu kitabın ilk iki sayfasının ortasına bir kâğıt parçası yapıştırılmıştır. Üzerinde kitabın ismine ilaveten şöyle yazar:

'Taşköprizâde Kemâleddin Muhammed b. Ahmed Hazretin telifi olup kendi hatt-ı nefisiyle 1024'de muharrer bir nüsha-i nâdiredir.'

Bu belge, eserin müellifin kendi kaleminden çıkmış asıl nüsha/müellif nüshası olmasına delalet etse de kâğıdın sonradan yapıştırılmış olması ve eser üzerinde müellife dair başka bulgular olmaması nüshanın müellife aidiyetinde şüphe uyandırmaktadır. Bununla birlikte bu belgenin eser üzerine bir hüccete binaen yapıştırıldığı düşüncesiyle bu nüshaya müellif nüshası muamelesi yapmayı uygun gördük.

Kitabın başında Diyarbekri Ali Emir tarafından Allah rızası için vakfedildiğine dair mühür bulunmaktadır. Sonunda ferağ kaydı yoktur.

Kütüphaneden temin edilen PDF şeklindeki nüshada 54b ile 55a varaklarının filmi mevcut değildir. Kitabın sayfaları üzerinde iki sefer numaralandırma yapıldığı için fotoğraflama esnasında dalgınlıkla atlanmış olması muhtemeldir.

Nüsha hakkında Yazma Eserler Kurumu sitesi verileri aşağıdaki gibidir.

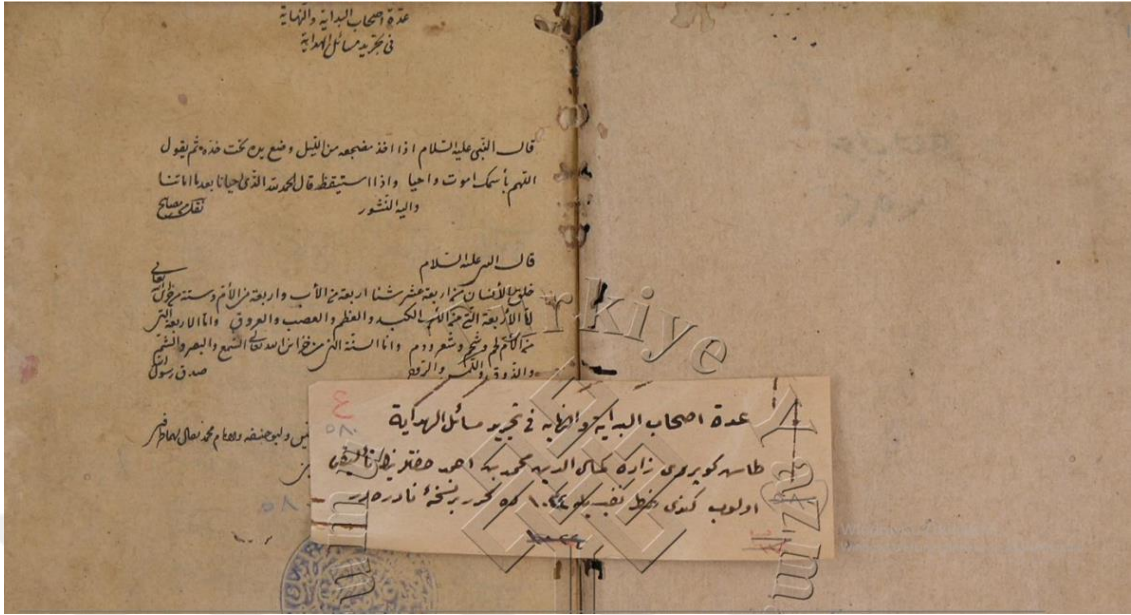
Tablo 3: Millet Kütüphanesi Nüshası Genel Bilgileri

Arşiv No:	34 Ae Arabi 580
Eser Adı	<i>Uddetü'l-Eshâbi'l-Bidâye ve'n-Nihâye fî Tecrîdi Mesâ'ilil-Hidâye</i>
Yazar Adı	Taşköprizâde Ahmed b. Muhammed, ö. 1030 h. [şrh] (!)
Müstensih	Müellif hattı (müst.)
Konu	İslâm
İstinsah Tarihi Hicri	1024
Bulunduğu Yer	İstanbul Millet Kütüphanesi
Koleksiyon	Ali Emiri Koleksiyonu
Ölçü	225x125,175x83 mm.
Yaprak	360
Satır	23
Yazı Türü	Arap-Talik
Kıymetli bir nüsha. Fıkıh. Bütün cetveller altın yaldızlı. Tam meşin, miklepli, yaldızlı, şemseli, cetvelli, şirazeli.	

Kaynak: <http://www.yazmalar.gov.tr/eser/uddetul-eshabil-bidaye-ven-nihaye-f%C3%AE-tecr%C3%AEdi-mesailil-hidaye/184536>, (10.10.2019).

Yukarıdaki tablo T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Türkiye Yazma Eserler Kurulu Başkanlığı'nın yazmalar web sitesinde kayıtlı bilgi olup görüldüğü üzere müellif Taşköprizâde Ahmed İsameddin Efendi olarak kayda geçmiştir. Ancak kitabın üzerinde eserin Taşköprizâde Kemâleddin Efendiye ait olduğu açıkça belirtilmektedir. Aynı hata başka bazı nüshaların kaydında da yapılmıştır. Bu hatanın sebebi Taşköprizâde denildiğinde ilk olarak akla ailenin meşhur üyesi baba Ahmed Efendi'nin gelmesidir.

Şekil 1: Millet Kütüphanesi Nüshasının Müellifin Hattı Olduğuna Dair Belge



Kaynak: Udde, Millet Kütüphanesi, 34 Ae Arabi 580.

Şekil 2: Millet Nüshası İlk Sayfa



Kaynak: Udde, Millet Kütüphanesi, 34 Ae Arabi 580.

Şekil 3: Millet Nüshası Son Sayfa



Kaynak: **Udde**, Millet Kütüphanesi, 34 Ae Arabi 580.

2.1.2. Antalya Tekelioğlu Nüshası:

Baş kısmında diğer hiçbir nüshada bulunmayan, musannifin eserdeki usulü hakkında bilgi veren ve onun diliyle yazılmış çok önemli bir mukaddime bulunmaktadır.

Ferağ kaydında hicri 1125 yılının Safer ayında (aslından 101 yıl sonra) adı zikredilmeyen biri tarafından müellifin nüshasından dördüncü derece tashih edilerek tensih edilmiş olduğu belirtilmektedir. (Aşağıdaki Yazma Eserler Kurumu sitesinde istinsah tarihi 1025/1615 olarak girilmiştir, fakat kitabın ferağ kaydındaki bilgi doğrultusunda gerekli düzeltmeyi yaptık).

Hattı diğer nüshalara nispetle daha okunaksız olmasına rağmen en doğru nüsha olarak dikkat çekmektedir.

Tablo 4: Antalya Tekelioğlu Nüshası Genel Bilgileri

Arşiv No:	07 Tekeli 318
Eser Adı	<i>Uddetu Ashâbi'l-Bidaye ve'n-Nihaye fî Tecridi Mesâ'ili'l-Hidâye</i>
Yazar Adı	Taşköprizâde İsmeddîn Ahmed b. Mustafa (901-968/1495-1560) (!)
Müstensih	
Konu	İslam dini -Fıkıh
Dili	Arapça
Telif Tarihi Hicri (Miladi)	
İstinsah Tarihi Hicri (Miladi)	1125 (1713)
Bulunduğu Yer	İstanbul Süleymaniye Yazma Eser Kütüphanesi
Koleksiyon	Antalya Tekelioğlu İl Halk Kütüphanesi
DVD Numarası	
Ölçü	270x148-180x75 mm.
Yaprak	287
Satır	25
Yazı Türü	Ta'lik
Kâğıt Türü	Suyolu filigranlı
Tam siyah meşin, gömme yaldız şemseli, zencirekli, miklebli, kurt yenikli bir cildi vardır. Rumî müzehheb mihrabiye, ilk iki sayfa cetvelleri yaldız, söz başları muhakkak kırmızıdır. 1a'da Arapça dizeler, bir dörtlük ve tahmis, 1b - 6a arasında fihristi, çeşitli yerlerde Hacı Osmanzade Mehmed Ağa'nın vakıf mührü vardır. Yazar nüshasından çekilmiş, düzeltilmiş bir nüshadan yazıldığı kaydedilmiştir.	

Kaynak: <http://www.yazmalar.gov.tr/eser/uddetu-ashabil-bidaye-ven-nihaye-f%C3%AE-tecr%C3%AEdi-mesailil-hidaye/62349>, (10.10.2019).

Yukarıdaki Yazma Eserler Kurulu kayıtlarında yazar ismi İsameddin Ahmed gözüke de kitap üzerinde Kemâleddin Efendi'nin ismi zikredilmektedir.

2.1.3. Manisa Nüshası:

Eserin ismi kitap üzerinde diğer nüshalardan farklı olarak '*Uddetu erbâbi ...*' olarak geçmektedir. Başında Manisa Sultaniye Camii Medresesi müderrislerinden Ali Efendi'nin vakfı olduğu yazmaktadır.

Kitabın mukaddime bölümünde de isim 'erbâbi' şeklinde zikredilir. Fakat kitabın isminin yazılı olduğu satırda bir deformasyon veya tahrif emaresi gözlemlenmektedir. Ayrıca diğer tüm nüshalarda bulunan ve bulunması da gereken *وَسَمِيَّتْهُ* ifadesi de bulunmamaktadır. Bu da tahrif şüphesini desteklemektedir.

Hemen hâmişte; '*İsm-i kitab musannifi ferid-i asrın hattı şerifi olmak ile zür nişan olunmuştur*' yazmaktadır.

Kitabın sonunda hamîşte; *تم المقابلة من نسخة المصنف بعون الملك المعين* yazmaktadır. Harika bir hat ile yazılmış olup yazı gayet okunaklıdır.

Manisa nüshasında bazı babların sonlarında diğer nüshalarda olmayan fer'ler vardır. (Varak 21b'de olduğu gibi...) Genellikle İbn Hümâm'a ait *Fethu'l-Kadîr*'den alıntılar şeklinde görülen bu ilavelerin müstensih tarafından eklendiğini düşünmekteyiz.

Yine, orucun kaza ve kefaretiyle alakalı konunun sonunda Şevval orucu, Arefe günü orucu gibi nafile oruçlardan bahsedilen yaklaşık bir sayfalık bir fer' ilavesi mevcuttur.

Tablo 5: Manisa Nüshası Genel Bilgileri

Arşiv No:	45 Hk 531
Eser Adı	<i>Uddetü Ashabi'l-Bidâye ve'n - Nihâye fî Tecridi Mesâ'ili'l- Hidâye</i>
Yazar Adı	Taşköprizâde İsameddin Ahmed b. Mustafâ

	(901-968/1445-1569) (!)
Müstensih	
Konu	İslâm dini-Fıkıh
Dili	Arapça
Telif Tarihi Hicri (Miladi)	0 (0)
İstinsah Tarihi Hicri (Miladi)	0 (0)
Bulunduğu Yer	Manisa İl Halk Kütüphanesi
Koleksiyon	Manisa İl Halk Kütüphanesi
DVD Numarası	45 Hk 531
Ölçü	205x135-155x80 mm.
Yaprak	IV+343+1
Satır	21
Yazı Türü	Talik
Kâğıt Türü	Krem çapa filigranlı
Çaharkuşe vişne rengi meşinle güçlendirilmiş, şemseli, m, klepli, aşınmış siyah rengi mein cilt. Söz başları ve keşideler kırmızı. TÜYATOK. 05/IV. 2507.	

Kaynak: <http://www.yazmalar.gov.tr/eser/uddetu-ashabil-bidaye-ven-nihaye-f%C3%AE-tecr%C3%AEdi-mesailil-hidaye/69932>, (10.10.2019).

Yukarıdaki Yazma Eserler Kurulu kayıtlarında yazar ismi İsameddin Ahmed gözüксе de kitap üzerinde Kemâleddin Efendi'nin ismi zikredilmektedir.

2.1.4. Amcazâde Hüseyin Paşa Nüshası:

Eserin tüm nüshaları gibi okunaklı olmakla birlikte bu nüshanın hattı diğerlerine göre daha özensiz gözükmetedir. Ayrıca kitap olarak daha fazla yıpranmış durumdadır. İlk 50 sayfada kısmen okumayı engelleyecek deformasyon

(kurt yemesi) görülmektedir. Bu sebeplerle tahkikte bu nüshaya pek müracaat etmedik. Başında ve sonunda Köprülü Mehmet Paşa'nın kardeşi Hasan Ağa'nın oğlu Vezir Hüseyin Paşa'nın vakfı olduğuna dair mühür vardır.

Tablo 6: Amcazâde Hüseyin Paşa Nüshası Genel Bilgileri

Arşiv No:	34 Sü-Hü 215
Eser Adı	<i>Uddetu Ashâbi'l- Bidâye ve'n- Nihâye fî Tetrîdi Mesâ'ili'l-Hidâye</i>
Yazar Adı	Taşköprizâde İsâmeddîn Ahmed b. Mustafâ (901-968/1445-1569) (!)
Müstensih	
Konu	İslâm dini- Fıkıh
Dili	Arapça
Telif Tarihi Hicri (Miladi)	0 (0)
İstinsah Tarihi Hicri (Miladi)	0 (0)
Bulunduğu Yer	Süleymaniye Yazma Eser Kütüphanesi
Koleksiyon	Amcazade Hüseyinpaşa Koleksiyon
DVD Numarası	
Ölçü	210x125-148x64 mm.
Yaprak	307
Satır	27
Yazı Türü	Talik
Kâğıt Türü	Suyolu filigranlı

Kahverengi meşin, yıldız baskı şemseli, köşebentli. miklebli harap cilt içindedir. Serlevha nefis müzehheb, altın yıldız cetvelidir. Söz başları kırmızı yazılıdır. Mergînânî'nin *el-Hidâyesi*'nin telhisidir. Kitabu't-tahare'den başlamaktadır. Başta iki yaprakta fihrist, sayfa kenarlarında yer yer Zeyla'î'den nakiller vardır. Sultan I. Ahmed'e ithafen yazılmıştır. Amcazade Hüseyin Paşa'nın vakıf mührü vardır. Keşf. II. 2038., Esmâ. II. 271., TÜYATOK. 07/IV. 3259., Os. Mü. 1. 247-248.

Kaynak: <http://www.yazmalar.gov.tr/eser/uddetu-ashabil-bidaye-ven-nihaye-f%C3%AE-tecr%C3%AEdi-mesailil-hidaye/44352>, (10.10.2019).

Yukarıdaki Yazma Eserler Kurulu kayıtlarında yazar ismi İsameddin Ahmed gözüke de kitap üzerinde Kemâleddin Efendi'nin ismi zikredilmektedir.

2.1.5. Amasya Nüshası:

Yazmalar sitesinde müellifin ismi yine babasının ismiyle karıştırılarak İsameddin Ahmed şeklinde hatalı yazılmıştır. Bu hatanın sebebi kütüphane tescil görevlilerinin Taşköprizâde ismini görünce kitabın müellifini ailenin en meşhur üyesi olan ve ilk akla gelen baba Ahmed Efendi zannetmeleri olsa gerektir. Oysa kitapta müellifin Kemâleddin Efendiye ait olduğu açıkça zikredilmektedir.

Kitap elden ele İstanbul Kadısı, Edirne Kadısı gibi birçok önemli âlimler elinde bulunmuş ve biri tarafından baştan sona haşiye ile donatılmıştır.

Kitabın tefriğ kaydında o tarihte Afşar kadısı Ahmed b. Zeyneddin el-Germiyani tarafından hicri 28 Cemaziyelahir 1029 Pazartesi günü tamamlandığı yazmaktadır. Bu tarih müellifin kitabı yazmış olduğu 1024 yılına çok yakındır.

Yazı harika ve gayet okunaklıdır.

Tablo 7: Amasya Nüshası Genel Bilgileri

Arşiv No:	05 Ba 1465
Eser Adı	<i>Uddetu Ashabi'l-Bidâye ve'n-Nihâye fî Tecridi Mesâ'ili'l-Hidâye</i>
Yazar Adı	Taşköprü-zâde İsâm ed-dîn Ahmed b. Mustafâ (901-968/1445-1569) (!)
Müstensih	Kadı Ahmed b. Zeyneddin Germiyânî
Konu	İslâm dini- Fıkıh
Dili	Arapça
Telif Tarihi Hicri (Miladi)	1024 (1614)
İstinsah Tarihi Hicri (Miladi)	1029 (1619)
Bulunduğu Yer	Amasya Beyazıt İl Halk Kütüphanesi

Koleksiyon	Amasya Beyazıt İl Halk Kütüphanesi
DVD Numarası	
Ölçü	260x160-185x90 mm.
Yaprak	381
Satır	25
Yazı Türü	Celî Nesih
Kâğıt Türü	Ayyıldızlı taç filigranlı
Zeytuni renkte meşin, salbek şemseli bir cilt içindedir. Müzehhep mihrabiyeli, ilk iki sayfa altınyaldız cetveli; Fasl ve Bâb sözcükleri ile keşideleri kırmızı mürekkeple belirlenmiştir. Kenarlar haşiyelidir. Başta fihrist vardır. Müellif eseri Sultan II. Ahmed'e sunmuştur. Abdülbaki Arif, Seyyid Mehmed, Mustafa Mesud, Mehmed Emin ve Sadri Efendi'lerin temellük kayıtları ile zat mühürleri vardır. TÜYATOK. 34/III. 430., GAL-S. I. 645.	

Kaynak: <http://www.yazmalar.gov.tr/eser/uddetu-ashabil-bidaye-ven-nihaye-f%C3%AE-tecr%C3%AEdi-mesailil-hidaye/4382>, (10.10.2019).

2.1.6. Fazıl Ahmet Paşa Nüshası:

Aşağıdaki yazmalar kaydında dikkat edilirse müellifin ismi doğru girilmiştir.

Tablo 8: Fazıl Ahmet Paşa Nüshası Genel Bilgileri

Arşiv No:	34 Fa 636
Eser Adı	<i>Uddetü ashabi'l-bidaye ve'n-nihaye fî tecridi mesaili'l-Hidâye</i>
Yazar Adı	Taşköprizâde Kemâleddin Muhammed, 1030
Müstensih	

Konu	İslâm
Dili	Arapça
Telif Tarihi Hicri (Miladi)	
İstinsah Tarihi Hicri (Miladi)	
Bulunduğu Yer	Köprülü Yazma Eser Kütüphanesi
Koleksiyon	Fazıl Ahmed Paşa Koleksiyonu
DVD Numarası	
Ölçü	
Yaprak	318
Satır	23
Yazı Türü	Arap
Kağıt Türü	

Kaynak: <http://www.yazmalar.gov.tr/eser/uddetu-ashabil-bidaye-ven-nihaye-fi-tecridi-mesailil-hidaye/177336>, (10.10.2019).

2.1.7. Leipzig Nüshası:

(Universitätsbibliothek Leipzig IslamHSBook_islamhs_00010056. Cod. Arab. 126 Bl. 1r, 3r: Kitb Uddat ab al-bidya wa-n-nihya f tard mas'il al-Hidya.)

Bu nüshanın başında;

جمعه وألفه العبد الفقير الى الحى الصمد كمال الدين محمد بن أحمد الشهير بين أرباب الافادة والاستفادة بطشكوبرى زاده جعلهما رتّهما من الفائزين بالحسنى وزيادة. وهذه النسخة نقلت من أصل نسخة yazmaktadır. بخطّى وأسأل الله تعالى ان تضاعف بعملى هذا فى الجنة أجرى وحطّى إنّه غفور كريم

Bu ifadelerden musannifin asıl nüshadan kendi eliyle tekrar yazdığı anlaşılabilir de ferağ kaydında saltanat divan kâtibi Hacı Hamza tarafından yazıldığı belirtilmektedir. Beşir Ağa nüshasını da yazan aynı hattattır.

Kitap Almanlar tarafından fotoğraflanması itibariyle sayfaları karıştırılmış, sayfalar arasında takdim veya tehir yapılmıştır.

2.1.8. Beşir Ağa Nüshası

Hicrî 1158 de Hacı Beşir Ağa'nın eline geçmiş bir nüshadır. Leipzig nüshasını yazan Kâtip Hacı Hamza tarafından yazılmıştır. Tarih düşülmemiştir.

(Süleymaniye Kütüphanesi, Hacı Beşir Ağa, No: 281).

2.1.9. Nüshaların Hattının Genel Özellikleri

Eserin nüshalarına genel olarak baktığımızda ise hepsinde müşterek olarak gözlemlediğimiz bazı özellikler dikkat çekmektedir.

Tüm nüshaların başlangıç sayfası 'zahr' (dış) diye ifade edilen 'b' kısmı iken Antalya Tekelioğlu nüshası sayfanın 'vech' (iç) kısmından başlamaktadır. Aslında bu nüshanın ilk sayfasında diğer nüshalarda olmayan bir mukaddime mevcuttur. Bu mukaddime musannıfın dilinden kitabın usulünü anlatmakta olup, tam bir sahife şeklinde kitabın başına sonradan ilave edildiği düşünülmektedir.

Tüm nüshalarda bazı ifadeler (أبي ح: أبي حنيفة), (ح: حينئذ), (ر= رحمه الله)

(أبي ح: أبي حنيفة), (ح: حينئذ), (ر= رحمه الله) gibi klasik metinlerde sıkça rastlandığı üzere rumuz şeklinde kısaltılarak yazılmıştır.

Osmanlı dönemine ait yazma eserlerde yaygın olarak görülen karakteristik özellikler Udde Kitabı'nın nüshalarında da tezahür etmektedir. Örneğin; zamanımızda;

زكاة - صلاة - ربا - ثلاث - شائع - بائع - عجائز - مشيئة - لئلا

şeklinde yazılan kelimeler o zamanın yaygın hat usulüyle;

زكاة - صلوة - ربوا - ثلث - شائع - بايع - عجائز - مشيئة - لئلا

şeklinde yazılmıştır.

Osmanlı devrine ait mahtut eserlerde sıkça rastladığımız bu hat şeklinin Osmanlı ulemasının Kur’ân’a olan ziyade muhabbeti ve onun hattına mutabaat etme iştiağından kaynaklandığını düşünmekteyiz.

Yine zamanımızda; ايتزر şeklinde yazılan fiil tüm nüshalarda; ايتزر şeklinde idğamsız olarak yazıldığı¹⁹² ve اشتراه örneğinde olduğu gibi mansub muttasıl zamire bitiştiğinde son harfi elif (ا) şeklinde yazılan fiillerin tüm nüshalarda اشتريه şeklinde yazıldığı görülmektedir.¹⁹³

Müellif Arafat vakfesi konusunu işlerken ارفاة كلها موقف ifadesini kullanmış ve Hidâye’nin çoğu nüshalarında bulunan (عرفات) yerine (عرفة) kelimesini tercih etmiştir.¹⁹⁴

Arafât (عرفات) ve Arafe (عرفة) kelimeleri Mina yakınlarında bir mekânın ismidir. Mekân için kullanıldığında her iki yazım şekli de kullanılmaktadır. İlk şekli mushafa (فإذا أفضتم من عرفات) muvafık olan hattır.¹⁹⁵ Bazıları birinci şeklin mekâna, ikincisi şeklin ise zamana (bayramdan önceki güne) mahsus olduğunu söylese de vakfenin yapıldığı mekân manasında her iki kullanım da mevcuttur.¹⁹⁶ Örneğin hadis kaynaklarında (الحج عرفة),¹⁹⁷ (وعرفة كلها موقف)¹⁹⁸ şeklinde zaptedilmiştir. Yani عرفات; sadece Mekke’deki vakfe yapılan hususi mekâna kullanılmakta olduğu halde عرفة; mezkûr mekânla birlikte kurban bayramının bir gün öncesine tekabül eden zaman dilimine de müşterek olarak kullanılmaktadır. Fakat Arafe (عرفة) denilince ilk olarak

¹⁹² Varak, 61a.

¹⁹³ Varak, 107a.

¹⁹⁴ Bkz; ‘İhram Babı’, vr, 56a.

¹⁹⁵ Bkz; Bakara suresi; 2/ 198

¹⁹⁶ Bkz; Cevherî, **es-Sihah**, عرف

¹⁹⁷ Müslim, Kitabu’l-Hacc, 20; Tirmizi, Kitabu’l-Hacc, 55.

¹⁹⁸ Tirmizi, Kitabu’l-Hacc, 58; Darekutnî, Kitabu’l-Hacc, 2516

gün akla gelmesinin yanı sıra bu hat çoğu klasik kaynağa da muhaliftir. Ancak gerek lafzın bu şekliyle mekân manasına kullanıma uygun olması, gerekse kelamın siyakından mekân manasının kolaylıkla anlaşılması itibariyle müellif bu tercihinde mazur görülmektedir. Ayrıca müellif, zikri geçen hadis-i şerife mutabaatı geleneğe mutabaata öncelemiş olabilir. Biz tahkik çalışmamızda mahtut nüshalara uyararak tüm nüshalarda mevcut olduğu şekliyle yazmakla birlikte dipnotta bu noktaya dikkat çektik.

2.1.10. Nüshaların Değerlendirmesi

Antalya ve Amasya nüshasının birbiriyle, Millet ve Manisa nüshasının da birbiriyle benzeştiği dikkat çekmektedir.

Antalya nüshası, hattı sık ve küçük olmasına rağmen diğer nüshalara nispetle daha az hatalı olduğu gözlemlenmektedir. (Örneğin vr. 345a'da أعطياهم lafzını Antalya nüshasına itibarla metne yazmayı tercih ederek, diğer nüshaların tamamının farkına ise dipnotta; ل م س ف: أعطائهم şeklinde işaret ettik. Bu tarz dipnotlar metinde sadece Antalya nüshasına ait hattı esas aldığımızı göstermektedir.)

Yine bu nüshanın başında, diğerlerinde olmayan bir mukaddime vardır.

Manisa nüshasında konu sonlarında diğer nüshalarda bulunmayan - bazıları gayet uzun – fer'ler (فرع) bulunmakla birlikte¹⁹⁹, bazen de diğer nüshalarda zikredilen nakillerin kendisinde bulunmadığı görülmektedir.²⁰⁰

Yine bu nüshanın başında eserin ismi; 'Uddetü erbabi ...' şeklinde yazılmışsa da yazının bulunduğu satırda görülen tahrîş diğer tüm nüshalardaki adın doğruluğunu güçlendirmektedir.

¹⁹⁹ Örneğin; **Udde**, Manisa nüshası, vr, 126a'da Fer' başlığı altında yaklaşık bir buçuk sayfalık bir ilave bölüm vardır.

²⁰⁰ Örneğin; tahkikte esas aldığımız Millet nüshası vr, 90a'daki 'İstisnâ Babı'nın öncesi ve sonrasında Manisa nüshasında (vr, 94b-95a) fer'ler bulunmasına rağmen bu bab'ta diğer nüshalarda zikredilen ولو عبده حرٌ şeklinde başlayan son mesele bulunmamaktadır.

Amasya nüshası, kelime etrafı ve hâmişi bazen yoğun şekilde minhüvât kayıtları ve haşiyelerle donatılmışken, bazen de sayfalarca kayıtsız haldedir.

Tahkikte esas aldığımız Millet Kütüphanesi nüshasında kırmızı renkte yazılan kitap, bab ve fasıl adları bazen tamamen silinmiş²⁰¹ veya silinmeye yüz tutmuştur.²⁰²

Yine Millet nüshasında 54b ve 55a sayfaları yoktur veya görevlileri tarafından fotoğraflanmamıştır. Millet nüshasının başında müellif nüshası olduğuna dair; *'Taşköprizâde Kemâleddin Muhammed b. Ahmed Hazretin telifi olup kendi hatt-ı nefisiyle 1024'de muharrer bir nüsha-i nadiredir'* şeklinde bir ek bulunmaktadır.

Eser kütüphane kayıtlarının çoğunda şöhreti sebebiyle Taşköprizâde İsamüddin Ahmed Efendi adına kayıtlı ise de, aslında aynı zâtın oğlu olan Taşköprizâde Kemâleddin Mehmed Efendi'ye aidiyetinde şüphe yoktur. Zira eserin tüm yazma nüshalarının dibace kısmındaki açık ifadeler bunu ispatlamaktadır.

2.2. TAHKİK HAKKINDA

2.2.1. Tahkikte Esas Alınan Nüshalar

Tahkik çalışmamızda eserin ulaşabildiğimiz nüshalarını şu şekilde rumuzladık:

Millet (ل)

Manisa (س)

Amasya (م)

Antalya Tekelioğlu (ن)

Fazıl Ahmet Paşa (ف)

Amcazade (ع)

Hacı Beşir Ağa (ب)

Leipzig (ز)

²⁰¹ Örnek: **Udde**, vr, 82b, 197b, 204b.

²⁰² Vr, 204a.

Metni oluřtururken bu nüshalar arasında öncelikle ilk dört nüshayı karşılařtırdık. İhtiyaç durumunda diğerk nüshalara da müracaat ettik. Ancak tahkikte sadece ilk beř nüshanın rumuzlarını kullandık.

Millet nüshasının müellif nüshası olduđu yönünde karine bulunması ve yazının gayet okunaklı olması sebebiyle tahkikte öncelikle ona itibar ettik. Ayrıca Amasya nüshasının müellif nüshasından istinsah edildiğinin söylenmesi ve tarih itibariyle asıl nüshaya çok yakın zamanda istinsah edilmiş olması, ayrıca hattının çok güzel olması ve hařiyelerle zenginleştirilmiş olması sebebiyle, Manisa nüshasının da hattının çok güzel ve az hatalı olması nedeniyle tahkikte dikkate alma gereğii hissettik.

Antalya Tekelioğlu nüshası ise yazısı küçük ve çok sıkışık olmasına ve asıl nüshadan yüz bir yıl sonra yazılmış olmasına rağmen nüshalar arasında en doğru nüsha olarak dikkatimizi çekmesi sebebiyle tahkikte bu nüshaları merkeze aldık. Zaman zaman Fazıl Ahmet Pařa nüshasından da istifade ettik.

Laipzig nüshası her ne kadar Sultanî hattat Hacı Hamza tarafından harika bir hat ile yazılmış olsa da Almanlar tarafından fotoğraflama esnasında sayfalarının takdim-tehir suretinde karışması sebebiyle müracaat etme gereğii hissetmedik.

Merkeze aldığımız nüshalar birbiriyle kıyaslanarak en doğru metne ulaşmaya çalıştık. Eserin temelini *Hidâye* ve řerhleri oluřturması münasebetiyle ihtiyaç anında başka kitaplardan da istifade ettik.

2.2.2. Tahkikte İzlenilen Yol

Udde Kitabı'nın ulaşabildiğimiz 8 adet yazma nüshasını inceleyerek, bunların arasından 5 nüsha karşılařtırdık ve en doğru olduğuna kanaat ettiğimiz tek bir metin ortaya çıkarmaya çalıştık.

Öncelikle kitabı bilgisayar ortamına aktarırken konularına göre paragraflamaya ve manaya uygun řekilde noktalamaya özen gösterdik. Gerektiğii yerde harekelemek suretiyle, gerektiğii yerde ise dipnotlar řeklinde düşölen talikler ile kapalı ifadeleri açıklamaya çalıştık.

Tahkikte usul olarak İSAM tahkik kuralları esas alınmıştır.

Bu doğrultuda;

Bir nüshadaki kelime diğer bir nüshada farklı yazılmışsa önce farklı nüshanın rumuzu yazılmış, sonra ‘:’ (iki nokta üst üste) işareti konarak farklı lafza işaret edilmiştir. Örneğin; وهذا يحقق ' اختلاف الروايتين ifadesi Millet nüshasında تحقق şeklinde yazılmışsa dipnotta; ل: تحقق şeklinde gösterilmiştir.

Bir nüshada diğer nüshalarda bulunmayan bir ifade bulunduğunda dipnotta o nüshanın rumuzundan sonra ‘+’ (artı) işareti kullanılarak ve ziyade lafız ilave edilerek farklılığa işaret edilmiştir. Örneğin; ل م + إحراره ifadesi; Millet ve Amasya nüshalarında إحراره ifadesinin ziyade olduğunu gösterir.

Noksan ise ‘—’ (eksi) işaretiyle ifade edilmiştir. Örneğin dipnottaki; م س — ifadesi; Millet ve Manisa nüshasında سنّة lafzının bulunmadığını göstermektedir.

Dipnotta ‘ل م س :’ şeklinde nüsha farkına işaret edilmesi, metinde Antalya Tekelioğlu (ن) nüshasının esas alındığını göstermektedir. Örneğin varak 156a’da olduğu gibi: ل م س : يتيم

Bir kelime nüshalar arasında farklı farklı yazılmışsa ‘،’ işareti ile ayrılarak belirtilmiştir. Örneğin varak 157b’deki يتهياً kelimesinin nüshalar arası farkları dipnotta şöyle ifade edilmiştir: ل: يهيتاً؛ م: يهياً؛ س: يهياً

Udde’de geçen garip bir kelime nüshaların kenarlarında izah edilmişse (ki bu kayıtlara minhüvât kayıtları denilir)²⁰³ ihtiyaç anında onlara da yine nüshaya işaret edilerek dipnot şeklinde yer verilmiştir. Mesela; الاري هو المعلق عند العامة، وهو مراد الفقهاء، وعند العرب الاري الآخية وهي عروة حبل تشد بها الدابة في محبسها، كذا في العناية، من ل

²⁰³ Özen, Şükrü, “Metin Tenkidi Üzerine Bazı Tespitler Ve Öneriler”, (İslamî İlimlerde Metodoloji/Usûl Mes’elesı II), *Tartışmalı İlmi İhtisas Toplantıları-II*, İstanbul, 2009. s, 460.

gibi ifadeler eserde; صلوة , ثلث , ربوا , عجائز , مشية , ح gibi ifadeler eserde; tahkikte bu kelimeleri İSAM yazım kurallarında önerildiği üzere güncel kullanım şekliyle yazdık.

Müellifin rumuz kullandığı bazı ifadeleri dipnotta açıkladık. Mesela (vr. 172a)'da خ ile Kadihân'a işaret etmesini dipnotta şöyle açıkladık: رمز به قاضيخان

Ayet ve hadislerin kaynakları gösterilmiştir. Hadis-i şerif, kaynaklarda metinde zikredildiği lafızla bulunamadığı halde farklı lafızlarda aynı veya yakın anlamda zikredilmişse o kaynaklara atıfta bulunulmuştur. Örneğin (vr. 295b)'de geçen; {أَلَا لَا تُوطَأُ الْحَبَالَى حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ، وَلَا الْحَيَالَى حَتَّى يَسْتَبْرِئْنَ بِحَيْضَةٍ} hadis rivayeti hakkında dipnotta şu şekilde kaynağa işaret edilmiştir:

انظر: سنن الترمذي، ١٥٦٤؛ سنن أبي داود، ٢١٥٧ بلفظ: { لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ وَلَا

غَيْرُ ذَوَاتِ حَمْلٍ حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً }.

Çok az da olsa faydalı olacağı düşünülen yerlerde tarafımızdan köşeli parantez içerisinde ilave açıklamalarda bulunulmuştur. Örneğin (vr. 175b)'de olduğu gibi:

تذيل [في بيع العينة المعبر عنها بالمعاملة الشرعية]

Millet Kütüphanesi nüshası (Müellif nüshası) esas alınarak varak numaralarına işaret edilmiştir. İSAM yazım kuralları doğrultusunda sayfaların iç kısmı (varak, a) و (vech) harfiyle, sayfanın dışı ise (varak, b) ظ (zahr) harfiyle gösterilmiştir. Kesme işareti (/) varak sonunu ifade eder. Örnek: [٩٥ ظ] ذكرها في باب

التبرع بالصلح من كتاب الصلح

Arapça gramer bilgisine sahip olanlar ve harekesiz ibare talimine ihtiyacı olan mübtediler zevk alarak okusunlar diye genellikle harekelemekten kaçınmakla birlikte yanlış okunma ve yanlış anlaşılma olasılığı bulunan yerlerde harekeleme gereği

²⁰⁶ Bkz: Udde, varak, 291a.

hissedilmiştir. Örneğin (290b)'de olduğu gibi: والسَّكَّاءُ - وهي التي لا أُدُنُّ لها خلقَةً - لا تجوز إن كان هذا - يعني لا وجود لها - وإن وجدت نادراً لا تجوز على أنَّ كان تامةً.

2.3. KİTABIN TANITIMI

2.3.1. Kitabın müellife aidiyeti

Taşköprizâde denilince ilk olarak akla ailenin en meşhur üyesi olan eş-şekâiku'n-Nu'maniyye ve Miftâhu's-sa'ade eserleri sahibi İsamüddin Ahmed Efendi gelmesi sebebiyle olacak ki *Udde Kitabı*'nın kütüphane kayıtlarının bir kısmında müellif Kemâleddin Mehmed Efendi'nin ismi yerine babasının ismi kayıtlara yanlış geçmiştir.

Eserin tüm yazma nüshalarının dibace kısmındaki açık ifadeler şüpheyi mahal vermeyecek şekilde kitabın Taşköprizâde Kemâleddin Mehmed Efendi'ye aidiyetini ispatlamaktadır.

Baba Taşköprizâde Ahmed Efendi'nin eserleri tanıtılırken hiçbir kaynakta *Udde* adında bir eseri olduğundan bahsedilmemektedir. Kâtip Çelebi, *Udde* kitabını Kemâleddin Efendi'nin ismini ve vefat tarihini belirterek tanıtmıştır:

*Hicrî 1030 yılında vefat etmiş olan Taşköprizâde diye meşhur Mevlana Kemâleddin Muhammed b. Ahmed el-Rûmî el-Hanefî, Hidâye'nin meselelerini bir cilt şeklinde tertiplemiş ve onu 'Uddetü ashâbil-bidâyeti ven-nihâyeti fî tecridi mesâili'l-Hidâye' diye isimlendirmiştir.*²⁰⁷

2.3.2. Kitabın Mukaddimesi

Sadece Antalya Tekelioğlu İl Halk Kütüphanesi'nde bulunan *Udde* nüshasının baş kısmında Taşköprizâde Kemâleddin Efendi'nin dilinden yazılmış bir mukaddime bulunmaktadır. Bu mukaddime musannif *Udde Kitabı*'ndaki usulü

²⁰⁷ Kâtip Çelebi, Cilt: 2, s. 2022.

hakkında kısa ve öz bilgiler vermektedir. Müellifin fıkıhçı yönünü inceleyeceğimiz Üçüncü Bölüm'ün başında bu mukaddimenin tercümesini tamamen aktaracağız.

2.3.3. Yazılış Sebebi, Maksadı Ve Usulü

Taşköprizâde Kemâleddin Efendi'nin hayatını anlatırken de belirttiğimiz üzere kendisi ilme mensub bir ailede hayata gözünü açması ve babası Taşköprizâde Ahmed Efendi gibi bir şahsiyetin gözetiminde yetişmesi münasebetiyle daha küçük yaşlarda ilimle tanışmış ve payitahta yakınlığın da nimetlerinden istifade ederek çok kaliteli bir eğitimden geçmiştir. Henüz 16 yaşındayken Şeyhulislam Ebussuud Efendi'nin mülazimi olarak atanması ve onun muîdi olarak ders vermeye başlaması onun daha küçük yaşlarda ilmi donanımına sahip olduğuna işaret etmektedir. Kemâleddin Efendi çocuk denecek yaşta başladığı eğitim hayatını ömür boyu devam ettirmiş, Devlet-i Âliyye'de kadılık, kazaskerlik gibi önemli görevlerde bulunurken dahi tedris faaliyetlerinden geri kalmamıştır.

Yazdığı eserler arasında bizce en önemli yeri tutan *Udde Kitabı* incelendiğinde musannifin, medreselerde okutulmakta olan Merğinânî'nin meşhur *Hidâye*'sini çok kez okuttuğu ve onun üzerine yoğun mesai harcadığı görülmektedir. Onun sadece *Hidâye* değil, meşhur şerhleri olan; *Fethu'l-Kadîr*, *Înâye*, *Kifâye* ve *Nihâye* kitaplarını da dikkatlice mütalaa ettiği ve *Hidâye*'de olan meseleleri iyiden iyiye kavradığı anlaşılmaktadır.

Musannif kitabın girizgâhında kitabı yazma sebebini özetle şöyle açıklamıştır:

Fıkıh ilmi şer'i şerifi beyan etmesi, mükellefin sorumluluklarını belirtmesi, ibadet ve muamelat hükümlerini açıklaması vb. itibariyle en değerli ilimler arasındadır. İnsanların din ve dünya hukuku ile alakasından dolayı âlimler bu alanda eserler vermeye gayret etmişlerdir. Hanefî mezhebinde yazılan fıkıh kitapları arasında şüphesiz Hidâye'nin çok özel bir yeri vardır. Nitekim Hidâye meseleleri açıklaması, delilleri sunmadaki sistematigi, ibare ve ifadedeki nefâseti ve fetvaya en uygun olan görüşü öne çıkarması yönüyle medreselerde okutulmuş ve ileri gelen ulemanın el üstünde tuttuğu bir kaynak olmaya devam etmiştir. Bu nedenle onun meseleleri, baştan sona düzenli bir şekilde zabt altına alınmayı hak etmektedir. Ancak satır aralarında ve benzer meselelerin zımında

birçok fetva saklı kalıp anlaşılması tenbihe ihtiyaç duymaktadır. Birçok mesele de olması gereken yerden farklı konu altında zikredilmiş olması sebebiyle arandığı yerde bulunamaz durumdadır.

Müderrişliğim esnasında Hidâye okuturken ondaki meselelerin tamamını toplamak, fetvaları delillerinden arındırarak onu mücerred bir fetva kitabı formuna sokmak, ayrıca olması gereken yerden farklı konu altında zikredilen fetvaları -Hidâye'deki mahalline atıfta bulunarak- gerektiği yere aktarmak, dolayısıyla illetlerinden arındırılmış küçük ama faydalı bir fetva kitabı oluşturmak gibi bir niyetim vardı. Bu kitap âlimlerin kabulüne mazhar olacak, kadı ve hâkimlerin el kitabı olacaktı. Fakat bu zor işe başlamama engel olan birçok meşgale ile karşılaştım. Kadılık vazifesi ile mübtela olmam, bazı hastalıklar ve dünyevi sıkıntılar bu niyetimi gerçekleştirmeme mani oldu. Tâ ki gücüm zayıfladı, saçlarım ağardı, faziletin ayıp görüldüğü zamanlardan geçtik

...²⁰⁸

Böyle dedikten sonra musannif uzun uzun devrin padişahı Sultan I. Ahmed (ö. 1026/1617) hakkında methiyelerde bulunmuş, şiirler okumuş, onun ilme ve âlime verdiği değerden cesaret alarak bu muradını gerçekleştirdiğini söylemiş ve eseri ona hediye etmiştir.

Yukarıda tercümesini aktardığımız (sadece Antalya Tekelioğlu İl Halk Kütüphanesi nüshasında bulunan) musannifin dilinden, muhtemelen kitaptan daha sonra yazılmış mukaddimedede ve tüm nüshalarda yer alan kitabın başındaki dibacede açıkça belirtildiği üzere; Taşköprizâde Kemâleddin Efendi'nin *Udde Kitabı*'nın özelliklerini maddeler halinde şöyle sıralayabiliriz:

- a. Merğînânî'nin meşhur eseri *el-Hidâye* merkezli bir eserdir.
- b. Meseleler genellikle illetlerinden arındırılmıştır. Yani *Hidâye* üzerine bir tecrid çalışmasıdır.
- c. *Hidâye*'de satır aralarında veya benzer meselelerin zımında gizli fetvaları açıklamıştır.
- d. *Hidâye*'de olmayan, fakat musannifin önemli olduğunu düşündüğü meseleleri çoğunlukla *Hidâye*'nin şerhlerinden, bazen de başka kaynaklardan naklederek eseri zenginleştirmiştir.

e. *Hidâye'de* olması gereken yerde değil de farklı bir konu içerisinde zikredildiğini düşündüğü meseleleri kendi olması gerektiğini düşündüğü yerde zikretmiş, fakat gerektiğinde müracaat edilebilmesi için eski yerini de belirtmiştir.

f. İhtiyaç halinde, genellikle *Hidâye* şerhlerinden nakil yoluyla, bazen de bizzat kendisi bazı açıklamalarda bulunmuştur.

g. *Hidâye* metni veya alıntı yaptığı diğer metinlerde bazen takdim, tehir, ilave ve ihtisar tarzı tasarruflarda bulunmuştur.

2.3.4. Edebi Sanatları

Fıkıh metinleri genel itibarıyla ilmî usul tarzında yazılan eserlerden olduğundan ve bu tarz kitaplarda üslup olarak; ifadelerin teşbih, mecâz ve istiâre gibi belâğî sanatlardan arındırılarak, sade ve net bir şekilde getirilmesi esas alındığından²⁰⁹ *Udde Kitabı*'nda bu tür belâğî ifadeler pek rastlamamaktayız. Bununla birlikte -musannifin hayatını anlatırken de ifade ettiğimiz üzere zarif ve edîp bir yönü bulunmasından kaynaklı olsa gerek- zaman zaman mecaz, cinas, leff-u neşr gibi edebî üslupları kullanmış, şiirlere de yer vermiştir.

Çoğu âlimler gibi Taşköprizâde de eserine başlarken edebî maharetini ortaya koymuş, özellikle kitabın mukaddimesinde ve hâtimesinde edebî sanatları kullanmıştır. Bu sanatların başında cinas ve iktibas vardır. (Cinas; 'ses benzerliği',²¹⁰ iktibas; 'genellikle ufak değişikliklerle konuşmaya bir ayet veya hadisten alıntı yaparak katkıda bulunmak'tır.)²¹¹ Nitekim علائق - عوائق , كساد , فساد , زاهرة - قاهرة ,

راجحة - رائحة , نصر - عصر , معترف - مغترف gibi kelimeler arasında cinas vardır.

أصلها ثابت وفرعها في السماء²¹² ifadesinde²¹³ ve واشتعل الرأس شيبا²¹⁴ ifadesinde²¹⁴ ise ayetten iktibas yapılmıştır.

²⁰⁸ Bkz: **Udde** Mukaddime'si, İstanbul Millet Kütüphanesi Nüshası, 34 Ae Arabi 580, vr, 2a. Müellif'in Arapça ifadelerini bir miktar özetleyerek tercüme ettik.

²⁰⁹ Carim, Ali, Mustafa Emin, **el-Belâğatü'l-vâdiha**, Müessesetü'l-kütübi's-sekâfiyye, Beyrut, tsz, s. 11.

²¹⁰ Haşimî, Seyyid Ahmed, **Cevâhiru'l-belâğa**, Kahraman Yayınları, İstanbul, 1984, ss.396-401.

²¹¹ Haşimî, **Cevâhiru'l-belâğa**, s. 414.

²¹² **Udde**, vr, 2a.

وهذا التفصيل التقطته من الهداية والشروح، وأوردته على وجه الوضوح، لكونه مهماً في Yine; satırlarında هذا المقام، خصوصاً في حل كلام الهداية على وفق المرام، ومن الله التوفيق والإعلام. cinas kelimeleri arasında - إعلام - مرام ve kelimeleri arasında وضوح -شروح bulunmaktadır.²¹⁵

Musannif, Vekâlet Kitabı'nın başlarında Kemal b. Hümam'dan bir sayfa kadar bir alıntı yapmış, onun ifadelerinin değerine dikkat çekmek için edebî bir üslup kullanmış ve şöyle demiştir:

وقد ذكر العلامة ابن الهمام تحقيقاً حقيقاً بأن يُكتب بالمسك الأذفر على صحائف اللجين، ولأجل تكثير النفع كتبه وأدخلته في البين، فقال:...

Musannif, İbn Hümam'ın açıklamasının 'gümüştan bir sayfa üzerine misk-i ezfer (keskin kokulu misk) ile yazılmaya layık' olduğunu söylemektedir.²¹⁶

Ayrıca 'lüceyn' ve 'el-beyn' kelimeleri arasında seci' yapılmıştır. Seci'; 'nesir içindeki kafiye'dir.²¹⁷ Bir başka ifadeyle; 'bir ibârenin kâfiyeli olan cümle sonlarından her biridir.'²¹⁸ Ayrıca 'tahkikan' ve 'hakîkan' kelimeleri arasında cinas vardır.

Yine dibacedeki; وبعد، فيقول الفقيرُ إلى الحيِّ الصمد، كمال الدين مُحَمَّد بن أحمد، المشتَهَر بين الوري بـ"طاشْكُبرى زادَه" جعل الله لباس التَّقوى في سفر العقبي دُرُوعَه، والفقَه في الدنيا زادَه satırlarda طاشْكُبرى زادَه - طاشْكُبرى زادَه kelimeleri ve; أحمد - الصمد kelimeleri arasında hem cinas, hem seci sanatı vardır.²¹⁹ *Udde Kitabı*'nın özellikle dibace kısmında buna benzer örnekleri çokça görmek mümkündür.

²¹³ Meryem Sûresi, 19/ 4; *Udde* vr, 1a.

²¹⁴ İbrahim Sûresi, 14/ 24; *Udde*, vr, 1b.

²¹⁵ *Udde*, vr, 173a.

²¹⁶ Bkz: *Udde*, vr, 205a.

²¹⁷ Haşimi, *Cevâhiru'l-belâğa*, s. 404; <https://islamansiklopedisi.org.tr/seci>, 23.02.2020. Ayrıca Bkz: *el-Belâğatü'l-vâdiha*, ss. 226-228.

²¹⁸ *Kubbealtı Lügati*, seci.

²¹⁹ *Udde*, Dibace.

Yine fikhî meselelerin aralarına yerleştirdiği kendi ibarelerinde onun içindeki bu edebî zarafeti zaman zaman tezahür etmiştir. Nitekim; *ولما كان في هذا التفصيل نفع* ifadelerinde²²⁰ *عظيم وفوائد جمّة اخترنا أن نورد في هذا المحلّ، ليندفع به كثير من الإشكال وينحلّ.* yine ‘mahall’ ve ‘yenhall’ lafızları arasında seci sanatı mevcuttur.

Musannif icâre konusunda; *ومن دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف فله أجر مثله، وكذا إذا استأجر حمراً يحمل طعاماً بفقير منه، فالإجارة فاسدة ... والمعنى فيه أنّ المستأجر عاجز عن* ifadesinde her iki meseledeki ücreti açıklarken *تسليم الأجر، وهو بعض المنسوج أو المحمول* leff-ü neşir²²¹ mürettep sanatı icrâ etmiştir.²²²

Bir kimse dokumacıya bir miktar eğrilmiş ip getirerek dokuduğunun yarısının ücret olması üzerine bir icâre akdi gerçekleştirse icâre akdi fasid olacağından neticede dokumacıya ecir misil vermesi gerekir. Yine üzerinde buğday taşımak ve ücretini de taşıyan buğdayın bir kısmından vermek üzere bir hayvan kiralamak da böyledir. ... Burada müste’cir (işçiyi kiralayan) ücretin tesliminden aciz durumda olup, ücret olarak verilmesi planlanan bedel; (birinci meselede) dokunacak kumaş ve (ikinci meselede ise) taşıyan buğdayın bir kısmıdır.

Yine; *ولو وُكِّلَ بشري الفحم والجُمْد والأضحية، يتقيّد بزمان الحاجة، حتى لو مضى زمان* *Şayet kömür, buz* *الأضحية وخرج الصيف والشتاء تبطل الوكالة بشري الأضحية والجمر والفحم* ve kurban satın alma üzerine vekâlet verse ihtiyaç zamanıyla kayıtlıdır. Dolayısıyla kurban zamanı, yaz ve kış geçse kurban, buz veya kömür satın almaya vekâlet batıl olur²²³ ifadelerinde ‘leffi neşir müşevveş’ sanatı vardır.

Taşköprizâde Kemâleddin Efendi eserinde zaman zaman şiir bilgisini kullandığı gibi, şairlik yönünü de ortaya koymuştur. Özellikle dibâce kısmında, eseri

²²⁰ Bkz: **Udde**, vr, 178a.

²²¹ Leff-ü neşir (tayy-i neşir); ‘birkaç şey zikrettikten sonra bu şeylerle alakalı başka şeyleri işitenin temyiz kabiliyetine güvenerek tayin etmeksizin sıralamaktır.’ Sıra önceki tertibe uygunsay; ‘mürettep’, değilse; ‘müşevveş’ diye isimlendirilir. Bkz: Haşimi, **Cevâhiru’l-belâğa**, s. 376.

²²² Bkz: **Udde**, Varak, 245a.

²²³ Varak, 209b.

hediyeye ettiđi Sultan I. Ahmed'e sunduđu řu medhiyeler²²⁴ onun bu daldaki maharetini göstermektedir:

أَلا ذَاكَ سُلْطَانَ الزَّمَانِ وَغَوُّهُ * يَقِيمُ أُمُورَ الْمَلِكِ بِالْقَهْرِ وَالْحِلْمِ
هُوَ الْبَدْرُ فِي أَفْقِ الْعَدَالَةِ نُورُهُ * يُضِيءُ وَيُنْجِي الْخَلْقَ مِنْ ظُلْمِ الظُّلْمِ
بَذُولٌ لِإِصْلَاحِ الرِّعْيَةِ جُهْدُهُ * عَطُوفٌ لِأَصْحَابِ الْفَضَائِلِ وَالْعِلْمِ
لَقَدْ سَحَّرَ الدُّنْيَا بِحَسَنِ سِيَاسَةٍ * فَبِالْحَرْبِ أحياناً وَآخِرَ الْبَسَلِ

Müellif eser içerisinde řiir bilgisini kullanmıř, fetvaların arasında, delil sadedinde řiir naklettiđi de olmuřtur:

ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل من الحيوان، والصيد لا يختص بمأكل اللحم، قال

قائلهم: صيدُ الملوك أَرَانِبٌ وَثَعَالِبٌ * وَإِذَا رَكِبْتُ فَصِيدِي الْأَبْطَالُ

Allah'ın mutlak olarak avı helal kıldıđını, avın ise sadece eti yenilen hayvanlarla sınırlı olmayıp, yenilmeyenlere de řamil olduđunu, dolayısıyla onları da avlamanın caiz olduđunu řu řiirle delillendirmiřtir:

'Sultanların avı tavřan ve tilkilerdir. Er meydanında benim avımsa yiđitlerdir.'²²⁵ Beytte, eti yenilmediđi halde tilkiye ve dűřmanlara av denilmiřtir.

Yine giyinmeyle alakalı konuları iřlerken, bir kimsenin bir řeyi hatırlaması için parmađına iplik bađlamasının caiz olduđunu, bu bađa 'ratem' veya 'ratıme' dendiđini ve bunun bir Arap âdeti olduđunu ispat sadedinde řiirle istiřhatta bulunur:

ولا بأس بأن يربط الرجل في إصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة، ويسمى ذلك الرَّمَّ والرَّيْمَةُ، وكان

ذلك من عادة العرب، قال قائلهم: لا يَنْفَعَنَّكَ الْيَوْمَ إِنْ هَمَّ بِهَمٍّ * كَثْرَةُ مَا تَوْصِي وَنَعْقَادُ الرَّمِّ

'İhanete kast ederse kadın, ne vasiyyet fayda verir, ne ratem.'²²⁶

Musannif eserin mukaddimesi ve içeriđinde yoğun bir řekilde izhar ettiđi edebî yönünü eserin sonunda da sergilemiřtir. Nitekim kitabın son satırlarına dođru²²⁷ řöyle der:

²²⁴ Varak, 1b.

²²⁵ Udde, vr, 312b.

²²⁶ İbn Cinnî (ö. 392); 'Cahiliyye devrinde bir kiři sefere gideceđinde bir ađacın iki dalına ip bađlayıp, döndüđünde iplerin yerinde kaldıđını görürse eřinin sadık kaldıđına, eđer ip kopmuřsa ihanet ettiđine hükmederdi. İřte bu ipe ratem denir' der. Bkz: *Sırru sanâ'ati'l-i'rab*, Cilt: 2, s. 98.

²²⁷ Udde, vr, 360a.

قد استراح أقدام الأقلام، عن السير في ميادين صفحات هاتيك الأرقام، بعون الله الملك العلام، وعن تبييضها وتصحيحها وتهذيبها وتنقيحها، وقت الضحوة الكبرى من يوم الأربعاء، الحادي عشر من شهر جمادى الآخرة، من شهور سنة أربع وعشرين بعد الألف (١٠٢٤) من الهجرة النبوية، على صاحبها أفضل الصلاة وأكمل التحية،

Burada ilk cümlesinde isti'âre-i mekniyye yapmıştır. Nitekim 'kalemlerin ayakları istirahat etti' derken kalemi insana benzetmiş, benzetileni (insan) hafz ederek onun bir mülayimi olan ayakları ispat etmiştir (zikretmiştir). Kaleme ayak isbatında tahyîl vardır. Kalemin istirahat etmemesi istiâre-i mekniyyenin karinesidir. Ayrıca devamındaki عن السير sözcüklerinde terşîh vardır. Çünkü 'yürümek/dolaşmak' mahzuf müşebbeh-i bih olan insana mahsus diğer bir özelliktir. أرقام - أقدام - أقلام - علام. من الهجرة النبوية، على cinas, cümle sonlarının uyumu açısından seci vardır. Yine; من الهجرة النبوية، على ifadsinde de النبوية ve التحية lafızları arasında güzel bir seci örneği vardır.

Ayrıca; derken 'tazmin üslubu' kullanmıştır.²²⁸

Nitekim; تخلص fiili normalde lâzım fiil olmasına rağmen bu fiile عن harfi ceri kullanılarak yüklenilerek سير kelimesini meful almıştır.

Musannif bu lafzî güzelliklerden sonra, eserini bir şiir inşâdıyla bitirmiş, bu şiirinde; hamdini ve şükrünü eda etmiş, duasını yapmış ve kitabın telifinin sona erdiği vakti (h. 1024) belirtmek için ebced hesabıyla tarih tutmuştur.

²²⁸ Tazmin sanatı hakkında geniş bilgi için bkz: Taş, Süleyman, **Arap Dilinde Tazmin ve Kur'ân-ı Kerim'de Kullanılışı**, (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015; Taş, Süleyman, "Tazmin Üslubu ve Kur'ân-ı Kerim'deki İşlevleri", **Diyanet İlmî Dergi**, Cilt: 52, Sayı: 3, ss. 51-68, Ankara, 2016.

Eserinin sonunda edebî olarak yapılabilecek her şeyi yapmış ve çok güzel bir hatime örneği sergilemiştir.²²⁹ Dizeleri aynen şöyledir:

حامداً ومصلياً ومسلماً ومحققاً

وقد قلت فيه منشأ ومؤرخاً:

أحمد الله الذي من فضله تمّ هذا الجمع لي والانتخاب

قد بذلت الجهد في تحريره وتحرّيت له محض اللّباب

غرر الفقه غدت سافرة فيه حتى ما عليها من نقاب

فاجعل اللّهمّ سعيّ خالصاً لك مشكوراً إذا أقام الحساب

واكسه ثويّ قبولٍ ورضى من أولي الفضل وأصحاب الصواب

فلکم أسهرت عيني متعباً فيه فكري أبتغي حسن الثواب

إن ترم تاريخ إتمام له كاملاً أرّخه: قل تمّ الكتاب.

2.3.5. Dil Özellikleri

Eser genel itibariyle kolay anlaşılabilir bir ibare ile kaleme alınmıştır. Ancak musannif *Hidâye*'nin meselelerinden illetleri ayıklarken bazen hangi görüşün kime ait olduğu noktasında karışıklığa sebep olacak durumlar ortaya çıkabilmektedir. Biz böyle bir tehlike ihtimali olan yerlerde noktalama işaretleri yardımıyla, bazen köşeli parantez içerisine aldığımız kısa ilavelerle, bazen de dipnotlarla bu sıkıntıyı gidermeye çalıştık.²³⁰

Örneğin *Hidâye*'den illetler atıldıktan sonra ortaya çıkan; ولا تقبل شهادة الأربع

[وعدم قبول القياس] كيلا يكثر خروجهن

²²⁹ Udde, vr, 360a.

²³⁰ Dipnot örneği için bkz; vr, 119a; 197b.

açıklama yapmadığımız takdirde كىلا ile yapılan talilin, kıyasın mı, yoksa kıyası

terketmenin mi illeti olduğu karışabilecekti.²³¹

Bazen de bir fetvanın arasının uzun bir nakille ayrılması neticesinde oluşan kopukluğu gidermek için köşeli parantez kullanarak ibarelerin bağlantısına işaret ettik.²³²

Meseleleri gerekçelerden arındırılırken bazen kopyala-yapıştır tarzına benzer bir durum oluşmuş ve *Hidâye*'de netice veya takib ifade etsin diye getirilen fâ' harfleri anlamsız halde kalmıştır.²³³ Bu durum zaman zaman zevk-i selîmi rahatsız etse de kitabın aslına müdahale etmedik.

2.3.6. Farsça İfadeler

Musannif kitapta nadir de olsa Farsça ifadelere de yer vermiştir:

Yemin Keffareti konusunda²³⁴; "حلال بر وی حرام" للعرف; وكذا ينبغي في قوله: "حلال بر وی حرام" للعرف; يمين Keffareti konusunda²³⁴; "حلال بر وی حرام" للعرف; وكذا ينبغي في قوله: "حلال بر وی حرام" للعرف; yemin devamında; "هرجه بدست راست كبرم حرام" , yine girip çıkmağa dair yeminler bağlamında²³⁵; وقيل: بالفارسية ينصرف إلى اللبس، مثل أن يقول: اكر تراجامه; وإن باعه بربح ده يازده لا; murabaha ve tevliye babında²³⁶; رجل طلب من رجل دراهم ليقرضه بده ذو; bey'i 'ine hakkında ilave ettiği zeyl'de²³⁷; وقيل في العروض ده ينم في الحيوانات ده يازده; alışı-veriş için verilen vekâlet babında²³⁸; ازرده

²³¹ Varak, 196b.

²³² Örnek için bkz: **Udde**, vr, 128a.

²³³ Örneğin; vr, 144a.

²³⁴ Bkz; vr, 113b.

²³⁵ Varak, 119b.

²³⁶ Varak, 173a.

²³⁷ Varak, 176a.

²³⁸ Varak, 209a.

دُه دُوَارْدَه şeklinde Farsça ifadeler kullanılmıştır. Bunların ne anlama geldiğini tahkik çalışmamızda dipnotlarla izah etmeye çalıştık.

Bu tabirleri Farsça kullanmadaki gayesi bir kelimenin kullanıldığı örfte ifade ettiği manaya göre fetvanın değiştiğini göstermektir. Bunu bir misalle açıklayalım:

Yemin konusunda (vr, 115b) şu ibare bulunmaktadır:

ولو حلف لا يأكل شحماً، فأكل ألية لم يحنث إلا في شحم البطن عند أبي حنيفة. وقال: يحنث في شحم الظهر أيضاً. ويحنث بأكله في اليمين على أكل اللحم. وقيل: هذا بالعربية، فأما اسم ييه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال.

Yağ yemeyeceğine yemin etse İmam'a göre iç yağı yemedikçe uyluk eti yemekle yemini bozulmaz. İmameyn; sırt eti yemekle de yeminin bozulduğu kanantindedir. Fakat 'lahm' (et) yemeyeceğine yemin etse sırt eti yemekle de yemin bozulur. Bu hükmün Arapça ile alakalı olduğu söylenmektedir. Şayet Farsça 'pîh' (don yağı) dense sırt eti yemekle de yemin bozulmaz.

Çünkü 'pîh' Arapça'daki 'lahm' ile müradif değildir.

Musannifin kitabında Farsça lafız ve cümlelere yer vermesi Farsça'ya klasik Hanefî kaynaklarında çokça rastlanmasının yanında, yaşadığı devir ve coğrafya ile de yakından ilgilidir. Nitekim yaşadığı çağ itibarıyla Osmanlı İmparatorluğunun güç ve hâkimiyetinin zirvede olması, devletin yüzölçümünün 19.902.000 km²'yle en geniş sınırlarına ulaşması ve üç kıtaya hâkim olan bir devletin her millettten etba'ı olması, Farsçanın da o devirde bir sanat dili olarak yaygın olması bunda etkili olabilir.

Her ne kadar kaynaklarda musannifin açıkça Farsça bildiğine dair bir kayda rastlamasak da saray bünyesinde, devrin en seçkin uleması yanında yetişmiş, kadılık ve kazaskerlik gibi üst düzey resmi vazifelerde bulunmuş bir şahsiyetin o zamanda ulema nezdinde yaygın olan bir sanat dili olan Farsça'yı bilmemesi düşünülemez. Ayrıca *Mevzû'âtu'l-ulûm*'da Farsça şiirleri Türkçe'ye şiir şeklinde tercüme etmesi ve Hüseyin Vâiz'in *er-Risaletü'l-'aliyye fi'l-ehâdîsi'n-Nebeviyye* adındaki Farsça eserini tercüme etmesi, onun Farsça'yı çok iyi bildiğini göstermektedir.

2.3.7. Sarf ve Nahiv Açısından Dikkat Çeken Hususlar!

Atalarımız ‘Hatasız kul olmaz’ demişler. Her insan gibi müellifin de böyle hacimli bir eserde ufak tefek hataları olması garip değildir. Bu hataların bir kısmının müstensihlere ait olma ihtimali de gözden kaçırılmamalıdır. Bununla birlikte eski alimlerimizin genel davranışı kitaplarında bir hataya muttali olanların o hatayı düzeltmelerini istemeleri ve okuyucudan hoşgörü beklemeleridir. Çünkü insan, nisyan mahallidir. Biz de muttali olduğumuz bazı noktaları tahkikte düzeltmeye çalışmakla birlikte burada da bazılarını işaret etmeyi uygun gördük.

2.3.7.1. Sarf hataları

Bir yılını dolduran hayvan manasındaki ثَيِّية kelimesinin çoğulu Hidâye nüshalarında olduğu gibi الثَيَّيات şeklinde gelmesi beklenirken²³⁹ Udde'nin tüm nüshalarında الثَيَّيَان şeklinde ن harfiyle yazılmıştır..²⁴⁰

‘Başka’ manasına gelen müennes أخرى kelimesinin tesniye’si أخرَيان gelmesi gerekirken²⁴¹ أخرَاوان şeklinde gelmiştir.

‘Atiyye, bağış’ manasına gelen عطاء kelimesinin çoğulu أعطياتم şeklinde gelmesi gerekirken²⁴² çoğu nüshalarda أعطائهم şeklinde gelmiştir.²⁴³

عرفات denilmesi beklenirken عرفة denilmiştir.²⁴⁴

²³⁹ Cevheri, es-Sihâh, Cilt: 6, s. 2295.

²⁴⁰ Varak, 291a.

²⁴¹ İbn Ye’îş, Ebu'l- bekâ, Muhammed b. Ali, el-Esedî, el-Mavsîlî (ö. 643), Şerhu'l-Mufasssal, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, Beyrut, 2001, Cilt: 3, s.135.

²⁴² Bkz: el-Mu’cemü'l-vesîr; Cilt:2, s, 609, عطا .

²⁴³ Varak, 345a.

2.3.7.2. Nahiv Hataları

Klasik Hanefî metinlerinde çoğu kez أمّا'nın cevabında gelmesi gereken أمّا الماء الذي يقطر Mesela; ف'ların hazf olduğu gerçeğine *Udde*'de de rastlamaktayız. Mesela; من الكرم يجوز التوضؤ به bu uygulamaya örnek gösterilebilir.²⁴⁵

Şart cümlesine cevap olarak gelen cümlelerin isim cümlesi olması durumunda cevap cümlesinin başına gelmesi gereken²⁴⁶ ف bazı yerlerde getirilmemiştir.

Örneğin;²⁴⁷

ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم، فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمّنه قيمتها

Burada فللمالك denmeliydi.

Yine şهادetten dönmeyle alakalı olarak; فإن رجعت النسوة العشر دون الرجل عليهنّ

örneğinde ف düşürülmüştür.²⁴⁸ نصف الحق على القولين

Bazen 'hurûf-i müşebbehe bi'l-fi'il' denilen ve isim ve haberi gerektiren altı harfin (إنّ - أنّ - كأنّ - لكنّ - ليت - لعل) isimlerinin düşürüldüğü görülmektedir:

غير أنّ عند أبي يوسف يباح الانتفاع فيهما²⁴⁹ ve örneğinde فأنّ فيه يكون الطلاق واحداً بالاتفاق

örneğinde²⁵⁰ أنّ'nin ismi yoktur.

²⁴⁴ Varak, 56a.

²⁴⁵ Varak, 4a.

²⁴⁶ İbn Ye'îş, Cilt:5, s. 118.

²⁴⁷ Varak, 267a.

²⁴⁸ Varak, 204a.

²⁴⁹ Varak, 87a.

²⁵⁰ Varak, 266b.

ibaresinde أنّnin ismi olan

kelimesinin tüm nüshalarda merfu kılınmasının sehven olduğu aşikârdır.²⁵¹

örneğinde ل harfinden sonra
cevazen gizlenmiş olan أنّden sonra muzari fiilin nasb olması ve nasb alameti olarak
ن'un düşmesi gerekirdi.²⁵²

ولو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقضَ عليه حتى استوطن البصرة; Yine;
satırlarında şu haliyle şartın cezası yoktur.²⁵³ Ancak son
cümledeki قضى fiilinin başındaki و harfi *Hidâye* nüshalarında bulunmamaktadır. Bu
harfin düşmesiyle fiil ceza olmaya elverişli olabilecek ve cümle sağlıklı bir anlam
ifade edebilecektir. Bu sebeple hatalı ibareyi tashih ettik ve nüshalarda olan hataya
dipnotta işaret ettik.

ومن أوصى لمواليه وله موالٍ أعتقهم وموالٍ أعتقوه فالوصية باطلة; Yine tüm nüshalarda;
ibaresinde موالٍ kelimesi; موالٍ şeklinde yazılmıştır.²⁵⁴ Doğrusu *Hidâye*'nin diğer
nüshalarında olduğu gibi ي'nin hazfîyle yazılmasıdır. Çünkü başlarında ال olmayan
menkus isimlerin ref' hali takdiri damme ile'dir.²⁵⁵

Basra dil ekolüne göre²⁵⁶ masdarın amel edebilme şartlarından biri de
masdarın zamir şeklinde veya mahzuf şekilde olmamasıdır.²⁵⁷ Yani masdara rücu'

²⁵¹ Varak, 199b.

²⁵² Varak, 205b.

²⁵³ Varak, 344b.

²⁵⁴ Varak, 351b.

²⁵⁵ İbn Hişâm el-Ensârî, **Katru'n-nedâ ve bellü's-sadâ**, Thk: Muhyiddîn Abdülhamîd, el-Mektebetü'l-asriyye, Beyrut, 2010, s.78.

²⁵⁶ Kûfe ekolü ise buna cevaz vermektedir. İbn Hişâm, s. 292.

²⁵⁷ İbn Hişâm, s. 292.

eden zamir masdar gibi amel edemez. (Mesela; ضربك زيدا حسنٌ وهو عمراً قبيحٌ caiz değildir.) Ancak *Udde*'nin bazı ibarelerinde bu kurala uyulmadığını ve masdara râci zaminin masdar gibi amel ettiğini görüyoruz. Örneğin; لَأَنَّ اختلاف المشايخ في المصاهرة masdarına râcidir. Masdarın amel ederek بالزنا kelimesini mef'ûl alması kurallı iken, aynı manadaki ها zamininin amel ederek بالنكاح kelimesinde amel etmesi kuralsızdır.

ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة، وتجوز بذلك أبداً Aynı durum ibaresinde²⁵⁹ de karşımıza çıkmaktadır. Yani; تجوز'nün altında gizli vasiyyet'e râci fâil zamir, sonrasındaki kelimelerde amel etmiştir.

²⁵⁸ Varak, 295a.

²⁵⁹ Varak, 353a.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAŞKÖPRİZÂDE KEMALİDİN EFENDİ'NİN UDDE KİTABI'NDAKİ FİKİHÇİLİĞİ

3.1. UDDE KİTABI'NIN MUKADDİMESİ

Sadece Antalya Tekelioğlu İl Halk Kütüphanesi'nde bulunan *Udde* nüshasının baş kısmında musannifin diliyle yazılmış bir mukaddime bulunmaktadır. Bu mukaddime musannif, *Udde Kitabı*'ndaki usulü hakkında kısa ve öz bilgiler vermektedir. Burada Mukaddime'nin tercümesini aynen aktarmak yerinde olacaktır:

Mukaddime:

“Bil ki; benim bu kitabım özellikleri ve yeni bilgiler içermesi itibariyle benzeri olmayan bir kitaptır. Özelliklerinin bir kısmını dibacede zikrettim, bir kısmını ise terk ettim. Kitabın bazı özellikleri şunlardır:

1. Meseleleri delillerinden soyutlayarak sadece şer'î hükümleri söylemekle yetindim. Ancak nadiren veya delilden ayırmak zor veya imkânsız olduğu durumlarda delilleri de zikrettim.

2. *Hidâye*'de yer alan birçok mesele var ki; Merğînânî onları bir münasebetle olması gereken yerden farklı yerde zikretmiştir. Bazı meseleler delillerin zımnında zikredilmiş, diğer bazıları ise benzerlerine havale edilerek terkedilmiştir. Ben bütün bu fetvaları, olması gereken konu başlığı altında ve ilgili bölümde zikretmeye çalıştım ve gerektiğinde müracaat edilebilsin diye *Hidâye*'nin hangi bahsinde geçtiğine de işarete bulundum.

3. *Hidâye* sahibi (Merğînânî) herhangi bir meselede; '*Sahih olan işte budur*' dediğinde tercih edilmeyen görüşten ihtiraz ederek tercih edilen görüşü belirtmiştir. Ben aynı zamanda tercih edilmeyen ve onun söylemekten imtina ettiği görüşü de beyan ettim.²⁶⁰

²⁶⁰ Musannifin *sahih*'in zıttı olan bu mercuh görüşleri de zikretmesinin sebebi, diğer kaynak fıkıh kitaplarının hilafına *Hidâye*'ye has bir usul olan '*sahih*' denilen fetvanın zıttıyla da amel edilebilir olmasıdır. Merğînânî *sahih* ifadesini bu hususa riayet ederek dikkatli şekilde kullanmıştır. Amel

4. *Hidâye* bazı yerlerde bazı meselelere işaret eder, fakat açıklamaz. Ben bu kapalı meseleleri tasvir ederek açıkladım.²⁶¹

5. Meselelerin anlaşılması için lügavî beyanlara veya bazı açıklamalara ihtiyaç duyulduğunda şârihlerin getirdiği izah ve beyanlardan makama en uygun gördüğüm açıklamaları aktardım. Bu açıklamaların bir kısmını kitabın içinde, bir kısmını ise kenarda belirttim.

6. Musannifin ihmal ettiği halde şârihlerin zikrettiği önemli gördüğüm meselelerden bir kısmını kitaba ilave ettim. Kitabın faydasının daha da artması ümidiyle naklettiğim şerhin ismine de atıfta bulundum.

7. Allâme İbn Hümâm'ın, *Hidâye* şerhi *Fethu'l-Kadîr*'de beyan ettiği bazı fer'î meseleleri önemine binaen zikrederken, birçok meseleyi ise okuyucuyu usandırmamak adına terkettim.

8. Baba ve vasi'nin tasarrufları ile alakalı meseleleri, müracaatı kolay olsun diye başlı başına bir fasıl altında topladım.

9. Hiç hayız görmeyen (mümteddetü't-tuhr) kadının iddeti hakkında *Hidâye* sahibi pek fazla tafsilat vermemiş, ancak 'Kitabu't-Talak' bahsinde kısa ve genel bir işarette bulunmuştur. Ben mühim gördüğüm bazı ilavelerde bulundum.

10. *Hidâye* sahibi beytülmalin masraflarından bir kısmını yazmamıştır. Eksik bırakılan meseleler hakkında *Muhîtu'l-burhânî* ve *Mebsûtu's-Serahsî* kitaplarının sözleri birbiriyle uyuşmamaktadır. Ben ise -hamdolsun- ikisinin arasını bulmaya muvaffak oldum ve konuyla alakalı güzel bir tafsilatta bulundum. Hulasa bu eserde faydalı olacağına inandığım hususları tam on madde olarak toparladım.

Bana, bu değerli nimete muvaffak olmayı nasib eden Allah'a hamd olsun. Tüm bol nimetlerinden ötürü O'na şükürler olsun."²⁶²

Taşköprizâde Kemâleddin Efendi'nin dilinden yazılmış bu mukaddime bize onun eserdeki usulüne ilişkin ışık tutmaktadır. Nitekim bu eserde sergilediği fıkıhçılığını incelerken onun burada belirttiği hususları örneklerle açıklamaya çalışacağız.

edilebilen fetvaları belirtmekte yarar olması münasebetiyle musannif bu görüşlere de yer vermeyi uygun görmüştür.

²⁶¹ Örneğin; vr, 33a, 98b.

²⁶² Musannifin dilinden sadece Antalya Tekelioğlu İl Halk Kütüphanesi nüshasının başında bulunan Mukaddime'si burada sona ermektedir.

3.2. UDDE’NİN KAYNAKLARI

3.2.1. Atıfta Bulunduğu Kaynak Eserler

Taşköprizâde Kemâleddin Efendi, *Uddetü ashâbi’l-bidâyeti ve’n-nihâye fî tecridi mesâili’l-Hidâye* adlı kitabında eserin *Hidâye* üzerine yapılmış bir çalışma olması münasebetiyle başta *Hidâye* ve onun meşhur şerhleri olan *el-Înâye*, *Fethu’l-Kadîr*, *el-Kifâye*, *en-Nihâye* ve *Câmi’u’l-fusûleyn*, *Vikâyetü’r-rivâye* gibi önemli kaynaklardan doğrudan nakillerde bulunmuştur.

Ayrıca *Fetâvâ Zahîruddîn*, *Fetâvâ’s-suğrâ*, *Fetava’l-Bakkâlî*, *Ğayetü’l-beyân*, *et-Tetimme*, *el-Hilâliyye*, *el-Fevâidü’z-zahîriyye*, *ez-Zehîra (İbn Mâze)*, *Tilbetü’t-talebe*, *el-Müntekâ*, *el-Müctebâ*, *el-Esrâr*, *ez-Ziyâdât*, *en-Nevâdir*, *el-Asl (el-Mebsût)*, *el-Mebsût (Mebsûtu’s-Serahsî)*, *el-Îzâh*, *es-Siyeru’s-sağîr*, *es-Siyeru’l-kebîr*, *el-İmlâ el-Emâlî*, *‘Uyûnü’l-mesâil*, *Fetâvâ Kadîhân* ve *el-Kâfî* gibi eserlere de atıfta bulunmuştur. Ancak bu eserlerden genel itibariyle doğrudan değil, yukarıda zikrettiğimiz meşhur *Hidâye* şerhleri vasıtasıyla nakiller yaptığını görmekteyiz. Bu nedenle konuyu ‘temel kaynaklar’ ve ‘tâli kaynaklar’ şeklinde iki katagoride ele almak yerinde olacaktır.

Bu kaynaklardan yapılan nakiller hakkında ileride bilgiler verilecek ve değerlendirilmesi yapılacaktır. Bunun için öncelikle kaynakları ve müelliflerini kısaca tanımamız gerekmektedir.

3.2.1.1. Temel Kaynaklar:

Musannifin *Hidâye* ve meşhur şerhleri gibi doğrudan nakil yaptığı aslî kaynaklardır. *Udde* kitabı *Hidâye* üzerine yapılmış bir çalışma olması münasebetiyle kitabın içerisinde zikredilen fetvaların temelini elbette *Hidâye*’nin meseleleri oluşturmaktadır. Çalışmamızın başlarında *Hidâye*’den bir nebze bahsetmiş olmamızın yanı sıra, onun şöhreti bizi burada ondan tekrar bahsetmekten müstağni kılmaktadır. Bu nedenle biz diğer kaynakları arz ediyoruz:

3.2.1.1.1. en-Nihâye (النهاية)

Hüsâmeddîn Hüseyin b. Ali b. Haccâc el-Buhârî es-Siğnâkî'ye (ö. 714/1314) ait olup, *Hidâye* üzerine yazılan ilk ve en geniş şerh olduğu kaydedilmektedir.²⁶³ Matbu olmamakla birlikte mahtut olarak değişik kütüphanelerde kitabın birçok nüshası mevcuttur.²⁶⁴

Müellif 90'ı aşkın yerde *Nihaye*'den alıntı yapmıştır.

3.2.1.1.2. el-Kifâye Şerhu'l-Hidâye (الكفاية شرح الهداية)

Hanefî fıkıh âlimi Celâleddin b. Şems el-Harezmi el-Kürlânî'nin (ö. 767/1366) el-*Hidâye* üzerine yazdığı şerhtir. el-Kürlânî, *Nihâye* sahibi es-Siğnâkî ve *Keşfu'l-Esrâr* sahibi Abdulaziz el-Buhârî'nin (ö. 730/1330) öğrencilerindendir.²⁶⁵ Günümüzde el-*Kifâye*'nin baskıları mevcuttur.²⁶⁶

Müellif yaklaşık 100 defa *Kifâye*'den nakillerde bulunmuştur.

3.2.1.1.3. Fethu'l-Kadîr (فتح القدير)

²⁶³ İbn Kutluboğâ, **Tâcü't-terâcim**, s. 220; İbn Hacer, el-Askalânî, Ebu'l-Fadl Ahmed b. Ali b. Muhammed b. Ahmed b. Hacer (ö. 852/1449), **ed-Dürerü'l-Kâminefi a'yânî'l-mietî's-sâmine**, (Thk: Muhammed Abdülmü'id Dâni), Meclisü dâiratü'l-me'ârifî'l-Usmâniyye, Saydarâbad/ Hindistan, 1972. Cilt: 2, s. 60; el-Leknevî, **el-Fevâidü'l-Behiyye** s. 62. Rahmi Yaran bunun doğru olmadığını söyler. Bkz: **Siğnâkî**, DİA, Cilt: 37, ss. 164-166.

²⁶⁴ Örneğin; Beyazıd Devlet Kütüphanesi, Merzifonlu Kara Mustafa Paşa Bölümünde (Tüyatok) 226 kayıt numarası ile bulunan eserin müstensihisi Zeyneddin Ömer'dir. Kayıtlarda eserin 4. cildi bulunmamakla beraber toplamda 7 cilt olduğu görünmektedir. İbadet kısmı Zaher Alqudah tarafından doktora tezi olarak tahkik edilmiştir. Bkz: Zaher Alqudah, es-Siğnâkî'nin “**en-Nihaye fi Şerhi'l-Hidâye**” Adlı Eserinin Edisyon Kritiği ve Değerlendirilmesi (Taharet ve Namaz), Danışman: Orhan Çeker, Necmettin Erbakan Üniv. Doktora Tezi, 2015, Konya.

²⁶⁵ Çelebî, **Keşfü'z-zunûn**, Cilt: 2, s. 2034; Taşköprizâde, **Miftahu's-seâde** Cilt: 2, s. 267; Leknevî, **el-Fevâidü'l-Behiyye**, s. 58.

²⁶⁶ el-*Kifâye*, 1832 yılında Hakim Mevlevi Abdülmecid tarafından *Hidâye* ile birlikte 'el-*Hidâye maa şerhihâ'l- Kifâye*' adıyla Hindistan Kalkûta'da dört cilt halinde basılmıştır. Sonraki baskıları: Leknevî, 1876-81; I-IV, Kazan, 1304; I-IV, Bombay, 1279; **Fethu'l-Kadîr**'le birlikte I-IX, Kahire, 1319.Bkz: Özel, **Hanefî Fıkıh Âlimleri**, s. 144.)

Hanefî fakihi, usul ve kelâm âlimi Kemâleddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamid es-Sivâsî el-İskenderî (ö. 861/1457)'nin *Hidâye* üzerine kaleme aldığı meşhur eserdir.

Bazı nakiller çok uzun olmak üzere 89 defa alıntı yapmıştır. Biz de tahkik çalışmamızda dipnotlarda 9 defa bu esere atıfta bulunduk.

3.2.1.1.4. *el-Înâye* (العناية)

Ekmeleddîn Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed el-Mısırî er-Rûmî el-Bâbertî (ö. 786/1384) tarafından *el-Hidâye* üzerine, başta Siğnâkî'nin *en-Nihâye*'si olmak üzere farklı *el-Hidâye* şerhlerinden yararlanarak hazırlanmıştır. Aslen Bayburt'lu olan Ekmeleddin Bâbertî, *el-Hidâye* dersi verirken bu şerhten çok istifade ettiğini, çok kıymetli fakat biraz uzun bulduğu bu eseri kısaltması yönündeki talepler üzerine Siğnâkî'nin şerhi ile birlikte başka eserlerden de faydalanarak *el-Înâye*'yi kaleme aldığını bildirir.²⁶⁷

Dil, gramer ve fıkıh usulü yönünden tahlillerin yapıldığı, delillerin değerlendirildiği eserde yer yer diğer şârihler tenkit edilmiştir. Şerhte zaman zaman diğer mezheplerin görüşlerine temas edildiği gibi Ebû Hanîfe ve talebelerinin ictihad ve delilleri değerlendirilirken sonraki Hanefî âlimlerin tercihlerine de yer verilmektedir.²⁶⁸ Sâ'dî Çelebi'nin ve Muhammed b. İbrahim ed-Dürûrî'nin *el-Înâye* üzerine hâşiyeleri bulunmaktadır.

Taşköprizâde *Udde* kitabı'nda takriben 440 yerde *el-Înâye*'den nakiller yapmıştır. Bu nedenle *Hidâye*'yi dışarıda tutarsak eserde diğer kaynak eserlerden ziyade bu kitabın katkısı olduğunu söyleyebiliriz.

²⁶⁷ Yaran, Rahmi, **Siğnâkî**, DİA, Cilt: 37, ss. 164-166.

²⁶⁸ Aytekin, Arif, **Bâbertî**, DİA, Cilt: 4, ss. 377-378.

3.2.1.1.5. *Gâyetü'l-beyân* (غاية البيان)

Kıvâmüddîn Emir Katib b. Emir Ömer b. Emir Gazî el-Fârâbî el-İtkanî'ye (ö. 758/1357) ait olan bu eserin tam ismi; *Gâyetü'l-beyân ve nâdiretü'l-akrân fî âhiri'z-zemân* şeklindedir.²⁶⁹ *Hidâye*'nin şerhi olarak kaleme alınan eserin 26 yılda telif edildiği kaydedilmektedir.²⁷⁰ Eserin yazmaları günümüze ulaşmıştır.²⁷¹

Müellif *Udde* kitabında bu eserden üç defa alıntı yapmıştır.²⁷² Biz de tahkik esnasında eserin farklı nüshalarındaki minhüvât kayıtlarından iki defa²⁷³ nakilde bulunduk. Alıntılar garip kelimelerin izahı şeklindedir.

3.2.1.1.6. *el-Binâye* (البناية)

Türk asıllı tarihçi, fıkıh, hadis ve dil âlimi Ebû Muhammed Bedrüddîn Mahmud b. Ahmed b. Musa el-Aynî (ö. 855/1451) tarafından *Hidâye* üzerine yapılmış bir şerhtir. Fıkıhî konuları derleyip toparlaması ve özellikle hadisleri inceleyişi cihetinden *el-Hidâye*'nin öne çıkan şerhlerinden olan bu eser de matbudur.²⁷⁴

Taşköprizâde eserinde *el-Binâye*'den alıntı yapmamasına rağmen tahkik çalışmamızda özellikle garip kelimelerin izahında çok istifade etmemiz ve kendisinden 37 yerde dipnot şeklinde nakiller yapmamız sebebiyle burada ondan bahsetmeden geçemedik.

Bu kitapların dışında *el-Hidâye*'nin, Habbâzî'ye (ö. 691/1292) ait *el-Kifâye fî şerhi'l-Hidâye* isminde; Tâcüşşerîa Ömer b. Ahmed b. Ubeydullah'a ait *Nihâyetü'l-kifâye li-dirâyeti'l-Hidâye* isminde ve Kıvâmüddîn el-Kâkî'ye ait *Mi'râcü'd-dirâye*

²⁶⁹ Kâtib Çelebî, *Keşfü'z-zunûn*, Cilt: 2, s. 2033; Kureşî, *el-Cevâhirü'l-mudîyye*, Cilt: 4, s. 129; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, s. 50.

²⁷⁰ Kâtib Çelebî, *Keşfü'z-zunûn*, Cilt: 2, s. 2034.

²⁷¹ Bkz. Süleymaniye Ktp., Esad Efendi, nr. 827-832; Damad İbrahim Paşa, nr. 625-626; Yenicami, nr. 490-502; İsmihan Sultan, nr. 154-159, (Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, s. 139.)

²⁷² Örneğin, bkz: Varak, 334a.

²⁷³ Varak, 268a, 271b.

ilâ şerhi'l-Hidâye isminde şerhleri bulunmaktadır.²⁷⁵ Ancak *Udde*'de bu kaynaklara yer verilmediği için sadece isimlerini zikretmekle yetiniyoruz.

3.2.1.1.7. *el-Muhîtu'l-burhânî* (المحيط البرهاني)

Burhânüddîn (Burhânü's-şerîa) Mahmûd b. Ahmed b. Abdilazîz, İbn Mâze el-Buhârî el-Mergînânî'ye (ö. 616/1219) aittir. Tam ismi; *el-Muhîtü'l-Burhânî fî'l-fikhi'n-Nu'mânî* olan eser *el-Muhîtu'l-Kebîr* ismiyle de anılır.²⁷⁶ Müellif İmam Muhammed'in Zâhirü'r-rivâye diye bilinen altı kitabındaki meseleleri toplamış, bunlara Nâdirü'r-rivâye ve vâkıât kitaplarında geçen meseleleri ve babasından öğrendiği bazı bilgileri ilave etmiştir.²⁷⁷

Musannif 4 defa *el-Muhît*'e atıfta bulunmuş, birinde beytülmalin işlevi ile alakalı olarak uzun bir alıntı yapmıştır.²⁷⁸

3.2.1.1.8. *Câmi'u'l-Fusûleyn* (جامع الفصولين)

Kadı Bedreddin Simavne'nin (ö. 823/1420) meşhur eseridir. Mecdeddin el-Üsrüşenî'nin (ö. 632/1235) *el-Fusûl*' kitabı ile Zeyneddin el-Mergînânî'nin (ö. 670/1271) *Fusûlü'l-ihkâm fî usûli'l-ahkâm* kitabının meselelerinin derlenmesinden oluşmuştur.²⁷⁹

²⁷⁴ (I-VI, Leknev 1293; I-X, Kahire 1980-1981).

²⁷⁵ *el-Hidâye* üzerine yapılan çalışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz: Kallek, Cengiz, **el-Hidâye**, DİA, Cilt: 17, ss. 471-473.

²⁷⁶ Bkz: Kâtib Çelebi, Cilt: 1, s. 344; Bağdatlı, Cilt: 2, s. 404; Kureşî, **el-Cevâhirü'l-mudîyye**, Cilt: 3, s. 42; Leknevî, s. 206.

²⁷⁷ Uzunpostalıcı, Mustafa, **Burhânüddin el-Buhârî**, DİA, Cilt: 6, s. 436.

²⁷⁸ Bkz, **Udde**, varak, 140a.

²⁷⁹ Bardakoğlu, Ali, **Câmiu'l-Fusûleyn**, DİA, Cilt: 7, ss. 108-109.

Musannif muhtemelen kendi zamanında da tartışma konusu olan ‘vefali satışlar’ hakkında müstakil olarak açmış olduğu fasılda *Câmi’u’l-Fusûleyn*’den uzunca bir alıntıda bulunmuştur.²⁸⁰

3.2.1.1.9. *Vikâyetü’r-rivâye* (وقاية الرواية)

Burhanüşşerîa Mahmud b. Sadrüşşerîa (el-Evvel) Ubeydullah el-Buhârî el-Mahbûbî’ye ait (7-8/13-14. yy.) olan ve kısaca *el-Vikâye* olarak bilinen bu eserin tam adı; *Vikâyetü’r-rivâye fî mesâ’ili’l-Hidâye*’dir. *Hidâye*’nin özeti kabilinden sayılan bu metin Hanefî mezhebinde ‘mütûn-i erbaa’²⁸¹ veya ‘mütûn-i selâse’²⁸² denilen temel ve güvenilir metinler arasında yer almaktadır.²⁸³

Üzerine torun Sadrüşşerîa es-Sânî (ö. 747/1346) tarafından *en-Nükâye* gibi ihtisar ve başta Kara Hoca lakaplı Alâeddin Ali Esved (ö. 800/1397) olmak üzere²⁸⁴ Sadrüşşerîa, Musannifek, İbn Melek, Alâeddin et-Trablusî ve Şeyhzâde gibi âlimler tarafından şerhler ve bu şerhler üzerine çeşitli âlimlerce haşiyeler yazılmıştır.²⁸⁵

Taşköprizâde *el-Vikâye*’den 2 yerde, doğrudan nakilde bulunmuştur.

Musannifin bu eserlerden yapmış olduğu nakilleri ileride ‘Kitap Dışı Nakiller’ başlığı altında inceleyeceğiz.

3.2.1.2. Talî Kaynaklar

Talî kaynaktan maksadımız bu kaynaklardan doğrudan değil de, *Fethu’l-Kadîr* veya *el-Înâye* gibi başka bir kitap aracılığıyla nakilde bulunmasıdır. Bu kaynaklar şunlardır:

²⁸⁰ Bkz: varak, 171a-173a.

²⁸¹ Mütûn-i erbaa; *Muhtar*, *Kenz*, *Vikâye* ve *Mecme’u’l-bahrayn*’dir. Bkz: Orazsahet Orazov, ‘Muhtasar Metinlerin Hanefî Literatürü İçindeki Yeri’, **Bülent Ecevit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt 5, Sayı 1, 2018, ss. 114-118.

²⁸² Mütûn-i selâse; *Kenz*, *Vikâye* ve *Kudûrî*’dir. Bkz: Orazsahet Orazov, s. 118.

²⁸³ Bkz: Bedir, Murtaza, **Vikâyetü’r-Rivâye**, DİA, Cilt: 43, ss. 106-108.

²⁸⁴ Kara Hoca lakaplı Alâeddin Ali Esved’in ‘*el-Înâye fî Şerhi’l-Vikaye*’ isimli şerhi üzerine Ensar Aslan’ın; “Osmanlı Âlimlerinden Alâeddin Esved’in *el-Înâye fî Şerhi’l-Vikaye* Adlı Eseri Çerçevesinde Fıkıh İlmindeki Yeri” adında bir doktora çalışması bulunmaktadır.

²⁸⁵ Eser ve yazma nüshaları hakkında detaylı bilgi için bkz: Bedir, **Vikâyetü’r-Rivâye**, DİA, Cilt: 43, ss. 106-108.

3.2.1.2.1. *el-Emâlî* (الأُمَالِي)

Ebû Hanîfe'nin önde gelen talebesi Ebû Yusuf (Ya'kub b. İbrahim b. Habib b. Sa'd) el-Kûfî'ye (ö. 182/798) aittir. *el-Emâlî fî'l-fıkıh* adıyla da bilinen ve üç yüz cild olduğu rivayet edilen²⁸⁶ bu eser İmam Ebû Yûsuf'un günümüze ulaşmayan eserlerindendir.²⁸⁷

Müellif *el-Emâlî*'ye 2 yerde atıfta bulunmuştur.²⁸⁸

3.2.1.2.2. *el-İmlâ* (الإِمْلاء)

İmam Ebû Yûsuf'a ait olup Kadı Bişr b. Velîd (ö. 238/852) tarafından rivayet edilmiştir.²⁸⁹ Otuz altı ana bölümden oluşan bu eser günümüze ulaşmamıştır.

Müellif *el-İmlâ*'ya sadece bir defa atıfta bulunmuştur.²⁹⁰

3.2.1.2.3. *el-Asl* (الأَصْل)

Eserleriyle Hanefî mezhebini sistemleştiren İmam Ebû Hanîfe'nin talebesi Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasen b. Ferkad eş-Şeybânî'ye (ö. 189/805) aittir. *el-Mebsût* olarak da bilinen²⁹¹ *el-Asl*, zâhirü'r-rivâye eserlerinin²⁹² en hacimlişi olup İmam Muhammed'in ilk önce kaleme aldığı eseridir. Eserde Ebû Hanîfe'nin

²⁸⁶ Çelebî, *Keşfü'z-zunûn*, cilt. 1, s. 164; Muhammed Zâhid el- Kevserî, *Hüsnu't-tekâdî fî sîreti'l-İmâm Yûsuf el-Kâdî*, Kahire, 2002, s. 34.

²⁸⁷ İbnü'n-Nedîm, *el-Fihrist*, s. 253; İbn Kutluboğa, *Tâcü't-terâcim*, s. 317; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, s. 225.

²⁸⁸ Bkz: Varak, 36b, 202b.

²⁸⁹ İbnü'n-Nedîm, *el-Fihrist*, s. 253; İbn Kutluboğa, *Tâcü't-terâcim*, s. 317; Muhammed Zâhid el-Kevserî, *Hüsnu't-tekâdî fî sîreti'l-İmâm Yûsuf el-Kâdî*, Kahire 2002, s. 33.

²⁹⁰ Bkz: Varak, 128b.

²⁹¹ Çelebî, *Keşfü'z-zunûn*, Cilt: 2, s. 1581.

²⁹² İmam Muhammed'den güvenilir yol ile rivayet edildiği için rivayet açısından kuvvetli bulunan eserler. Bunlar, *el-Asl*, *el-Câmiu'l-kebîr*, *el-Câmiu's-sağîr*, *es-Siyerü'l-kebîr*, *es-Siyerü's-sağîr* ve *ez-Ziyâdât*'dir. Bu eserlere "*mesâilü'l-usûl*" de denilir.

görüşleri esas alınmakla birlikte müellifin kendisine ve Ebû Yûsuf'a ait farklı görüşlerine de yer verilmiştir.²⁹³

Çeşitli kütüphanelerde pek çok yazma nüshası bulunan *el-Asl*'ın tamamını Mehmet Boynukalın tahkik etmiş ve on iki cilt halinde yayımlanmıştır. (I-XII, Beyrut 1433/2012). Taşköprizâde, *Udde*'de İmam Muhammed'in *el-Asl* kitabından 76 defa katkıda bulunmuştur.

3.2.1.2.4. *el-Câmi'u's-sağîr* (الجامع الصغير)

İmam Muhammed'in Ebû Yûsuf'un isteği üzerine kaleme aldığı eseri olup²⁹⁴ Ebû Yûsuf vasıtasıyla hocası Ebû Hanîfe'den kendisine ulaşan görüşleri ihtiva etmektedir.²⁹⁵ Rivayetlerine göre değişebilmekle birlikte 1532 fikhî mesele ele alınan eserde hükümlerin delilleri belirtilmeksizin nakledilmektedir.²⁹⁶ *el-Câmi'u's-sağîr* pek çok kişi tarafından rivayet edilmiş olup en meşhurları Ebû Süleymân el-Cûzcânî (ö. 200/815'den sonra) ve Ebû Hafs el-Kebîr'e (ö. 216/831) ait rivayetlerdir.²⁹⁷ Kütüphanelerde birçok yazma nüshası bulunan²⁹⁸ *el-Câmi'u's-sagîr*'in üzerine çok sayıda şerh ve haşiye yazılmış ve Necmeddin en-Nesefî (ö. 537/1142), Muhammed b. Muhammed el-Kubâvî (ö. 726/1326) ve Şam müftülüğü yapmış Mahmud Hamza isimli bir âlim tarafından manzum hale getirilmiştir.²⁹⁹

Müellif eserinde sadece bir yerde *el-Câmiu's-sağîr*'den görüş aktarmıştır.³⁰⁰

²⁹³ Bkz: Aslan, Ensar, **Osmanlı Âlimlerinden Alâeddin Esved'in El-İnâye Fî Şerhi'l-Vikâye Adlı Eseri Çerçevesinde Fıkıh İlmindeki Yeri**, (Yayımlanmamış doktora tezi), Marmara Üniversitesi.

²⁹⁴ Kâtib Çelebî, **Keşfü'z-zunûn**, Cilt: 1, ss. 561-562.

²⁹⁵ Yunus Vehbi Yavuz, **el-Câmi'u's-sagîr**, *DİA*, İstanbul, 1993, Cild: 7, s. 112.

²⁹⁶ Kâtib Çelebî, **Keşfü'z-zunûn**, Cilt: 1, s. 561; Mehmet Boynukalın, “*el-Câmi'u's-sagîr* li'l-İmâm Muhammed b. el-Hasen eş-Şeybânî, Dirâse tevsîkiyye tahlîliyye nakdiye”, **İslâm Araştırmaları Dergisi**, 2008, Sayı: 20, s. 10.

²⁹⁷ Boynukalın, Sayı: 20, s. 8.

²⁹⁸ Sezgin, **Târîh**, Cilt: 3, s. 67.

²⁹⁹ Eseri nazma çevirenlerin geniş bir listesi için ayrıca bkz. Kâtib Çelebî, **Keşfü'z-zunûn**, Cilt: 1, s. 564.

³⁰⁰ Bkz: Varak, 133a.

3.2.1.2.5. *es-Siyerü'l-kebîr* (السير الكبير)

İmam Muhammed'in devletler hukuku ile alakalı eseridir. Eserde devletler genel hukuku yanısıra irtidad, öşür ve cizye gibi konulara değinilmekte, bunların dışındaki diğer bazı konular ise özel başlıklar altında incelenmektedir.³⁰¹ İmam Muhammed'in talebeleri Ebû Süleyman el-Cüzcânî ve İsmail el-Kazvînî kanalıyla rivayet edilen *es-Siyerü'l-kebîr*,³⁰² asıl metin olarak günümüze ulaşmamıştır. Bize ulaşan, Şemsüleimme es-Serahsî'nin (ö. 483/1090) *Şerhu's-Siyeri'l-kebîr*'inin içinde yer alan metindir.³⁰³ Günümüze ulaşmamakla birlikte kaynaklarda *es-Siyerü'l-kebîr*'in Halvânî, Ebû'l-Hasan Ali b. Hüseyin es-Suğdî (ö. 461/1068) ve Mahmûd b. Ahmed el-Hasîrî (ö. 636/1238) tarafından şerhedildiği belirtilmiştir.³⁰⁴

Müellifimiz 8 defa *es-Siyeru'l-Kebir*'den alıntı yapmıştır.³⁰⁵

3.2.1.2.6. *ez-Ziyâdât* (الزيادات)

Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin zâhirü'r-rivâye kapsamında değerlendirilen eserlerinden biridir. Sistemli ve geniş bir eser olmaktan ziyade İmam Muhammed'in daha önceki eserleri üzerine yaptığı ilavelerinden oluşmaktadır.³⁰⁶ Günümüze ulaşan müstakil bir nüshası bilinmeyen *ez-Ziyâdât*'ın üzerine birçok şerh ve ihtisar çalışmaları yapılmıştır.³⁰⁷

Taşköprizâde *ez-Ziyâdât*'tan 19 defa nakilde bulunmuştur.

³⁰¹ Bkz: Ahmet Yaman, *es-Siyerü'l-kebîr*, DİA, Cilt: 37, ss. 327-328.

³⁰² Muhammed Zâhid el-Kevserî, *Bülûgu'l-emânî fî sîreti'l-İmâm Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî*, Kahire, 1998/1418, s. 64.

³⁰³ Sezgin, *Târîh*, Cilt: 3, s. 72.

³⁰⁴ Kureşî, *el-Cevâhirü'l-mudîyye*, Cilt: 2, s. 567; Cilt: 3, s. 433.

³⁰⁵ Bkz: *Udde*, vr, 132b, 203a.

³⁰⁶ Bedir, *ez-Ziyâdât*, DİA, Cilt: 44, ss. 483-484.

³⁰⁷ Şerh ve ihtisarlari hakkında bilgi için bkz. Kâtib Çelebî, *Keşfü'z-zunûn*, Cilt: 2, ss. 962-964; Sezgin, *Târîh*, Cilt: 3, s. 72.57.

3.2.1.2.7. *el-Kâfi* (الكافي)

el-Hâkim eş-Şehîd olarak meşhur olan Hanefî fakihi Ebü'l-Fazl Muhammed b. Muhammed el-Mervezî'nin (ö. 334/945) eseridir.³⁰⁸ Müellif, *el-Kâfi*'de Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin zâhirü'r-rivâye kitaplarını birleştirmiş, tekrarları çıkartmış ve konuları fıkıh bablarına göre düzenlemiştir. Hanefî mezhep görüşlerinin naklinde İmam Muhammed'in kitaplarından sonra temel kaynaklardan biri sayılan *el-Kâfi*'nin birkaç şerhi bulunmakta olup en meşhuru Şemsüleimme es-Serahsî'ye (ö. 483/1090) ait *el-Mebsût* 'tur.³⁰⁹

Musannif 8 yerde *el-Kâfi*'den alıntı yapmıştır.

3.2.1.2.8. *el-Müntekâ* (المنتقى)

el-Hâkim eş-Şehîd'in³¹⁰, *el-Kâfi*'deki gibi zâhirü'r-rivâye görüşlerinin toplandığı bir eseridir.³¹¹ *el-Kâfi* kadar yaygınlaşmayan eser günümüze ulaşmamıştır.

Müellifimiz bu eserden sadece 4 meselede rivayette bulunmuştur.

3.2.1.2.9. *Muhtasaru'l-Kudûrî* (مختصر القدوري)

İmam Ebu'l-Hasen Ahmed b. Muhammed el-Kudûrî'nin (428/1037)³¹² 'mütûn-i mutebera'dan kabul edilen meşhur eseridir.³¹³ *Camius-sağır*'den ilavelerle

³⁰⁸ Sem'ânî, Ebu Sa'îd, Abdülkerim b. Muhammed b. Mansur et-Temimî el-Mervezî (v. 562), **el-Ensâb**, Thk: Abdurrahman b. Yahya, Meclisü dâirati'l-meârifî'l-Osmâniyye, Haydarabat, 1962, Cilt: 3, s. 478; Kâtib Çelebî, **Keşfü'z-zunûn**, Cilt: 2, s. 1378; Leknevî, **el-Fevâidü'l-behiyye**, s. 185; Bağdâtî, **Hediyyetü'l-ârifîn**, Cilt: 2, s. 37; Ziriklî, **el-A'lâm**, Cilt: 7, s. 19; Sezgin, **Târîh**, Cilt: 3, s. 99; Özel, **Hanefî Fıkıh Âlimleri**, s. 32.

³⁰⁹ Kâtib Çelebî, **Keşfü'z-zunûn**, Cilt: 2, s. 1378.

³¹⁰ Ebü'l-Fazl Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Mervezî el-Belhî el-Hâkim eş-Şehîd (ö. 334/945), Samanîler zamanında vezirlik yapmıştır.

³¹¹ Sem'ânî, **el-Ensâb**, Cilt: 3, s. 478; Kınalızâde, **Tabakâtü'l-Hanefiyye**, Cilt: 2, s. 23; Kâtib Çelebî, **Keşfü'z-zunûn**, Cilt: 2, ss. 1851-1852; Leknevî, **el-Fevâidü'l-behiyye**, s. 185; Bağdâtî, **Hediyyetü'l-ârifîn**, Cilt: 2, s. 37; Ziriklî, **el-A'lâm**, Cilt: 4, s. 20.

birlikte *Hidâye*'nin metni olan *Bidayetü'l-mübtedi*'yi oluşturmaktadır. Hanefî literatüründe mutlak olarak '*el-Kitâb*' denildiğinde akla gelen bu kitap yaklaşık 12.000 meseleyi içermektedir.³¹⁴ Daha önceden de bu eserden (Giriş kısmında) bahsettiğimiz için burada çok fazla detaya girmeyeceğiz.

Udde'de 24 yerde '*Muhtasar*' ismiyle, çok daha fazla ise '*el-Kitâb*' şeklinde Kudûrî'nin bu eserine atıfta bulunulmuştur.

3.2.1.2.10. *Muhtasarü't-Tahâvî* (مختصر الطحاوي)

Hanefî fıkhnın ilk muhtasar eseri sayılan bu kitap ünlü Hanefî fakihî ve muhaddis Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed b. Selâme el-Ezdî el-Mısırî et-Tahâvî (ö. 321/933)'ye aittir.³¹⁵ Müellif eserde Ebû Hanîfe, Ebû Yûsuf ve Muhammed'in görüşleri ile yetindiğini söylese de eserde bu üç imam dışında Züfer b. Hüzeyl'in fikirlerine de yer vermiştir. *el-Muhtasar*'da dikkati çeken özelliklerden biri; imamlar arasında farklı kanaatler bulunması durumunda 've bihî ne'huz' (işte bu görüşü alırız) diyerek tercihte bulunmuş olmasıdır.³¹⁶

Müellif bazen *Hidâye* metninden, bazen de şerhleri vasıtasıyla 31 yerde *Tahâvî*'ye, 4 yerde de *Tahâvî Şerhi*'ne³¹⁷ atıfta bulunulmuştur.

3.2.1.2.11. *Muhtasaru'l-Kerhî* (مختصر الكرخي)

Irak Hanefiliğinin önde gelen temsilcilerinden, Ebû'l-Hasen Ubeydullah b. el-Hüseyn b. Dellâl el-Kerhî'ye (ö. 340/952) aittir.³¹⁸ Bu eser sonraki âlimler tarafından

³¹² Çömlek yaptığı veya sattığı veya Kudur denilen köyde doğduğu için bu nisbetle anılmıştır. *Muhtasar* haricinde *et-Tecrid* ve *et-Takrib* adında iki eseri daha vardır. Çok zahid bir kişiliği vardı. 66 yaşında Bağdat'ta vefat etti ve orada defnedildi.

³¹³ Kureşî, *el-Cevâhirü'l-mudîyye*, Cilt: 1, s. 248; İbn Kutluboğa, *Tâcû't-terâcim*, s. 98; Taşköprizâde, *Miftâhu's-sa'âde*, Cilt: 2, s. 255; Kâtib Çelebî, *Keşfü'z-zunûn*, Cilt: 2, ss. 1631-1634; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, s. 30.

³¹⁴ Kâtib Çelebî, *Keşfü'z-zunûn*, Cilt: 2, s. 1631.

³¹⁵ Kınalızâde Ali Efendi, *Tabakâtü'l-Hanefiyye*, (Thk. Muhyî Hilâl es-Serhân), Bağdat, 1426/2005; Kureşî, Cilt: 2, s. 276; İbn Kutluboğa, s. 101; Kâtib Çelebî, Cilt: 2, ss. 1627-1628; Taşköprizâde, *Miftâhu's-sa'âde ve misbâhu's-siyâde*, Beyrût 1985, Cilt: 2, s. 249.

³¹⁶ İltaş, Davud, *er-Tahavî*, DİA, Cilt: 39, ss. 388-389.

³¹⁷ Tahâvî'nin *Muhtasar*'ı üzerine birçok şerh yazılmış olmakla birlikte bu şerhin el-Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî (ö. 370/981)'ye ait olduğunu düşünmekteyiz.

Kerhî'nin şahsî görüşlerini bilmede ve mezhep imamlarının görüşlerini yorumlamada kaynak olarak kullanılmıştır. *el-Muhtasar*'ın metni müstakil olarak mevcut değildir.³¹⁹ Cessâs, Kudûrî (ö. 428/1037), İsbîcâbî (ö. 480/1088) ve Rükneddin el-Kirmânî (ö. 543/1149) tarafından şerhedilmiştir.³²⁰

Musannif 36 defa Kerhî'ye atıfta bulunmuştur.

3.2.1.2.12. 'Uyûnü'l-mesâil (عيون المسائل)

el-Fakîh ve İmâmü'l-hüdâ lakaplarıyla meşhur Ebü'l-Leys Nasr b. Muhammed es-Semerkandî'nin (ö.373/983) eseridir.³²¹ Hanefî fıkhnın ilk dönem tarihi için önemli bir kaynak niteliğinde olan eserde Ebû Hanîfe ve öğrencilerinin zâhirü'r-rivâye dışında kalan görüşleri derlenmiştir. Müellif kendi görüşlerini de bazı yerlerde rivâyetlerin sonuna eklemiştir.³²² Semerkandî'nin ayrıca *Hizânetü'l-edeb, en-Nevâzil, el-Mukaddime fîs-salât, Muhtelefü'r-rivâye, Tefsîru'l-Kur'âni'l-Kerim, Büstânü'l-arifîn* gibi eserleri mevcuttur.³²³

Müellif 'Uyûnü'l-mesâil'den sadece bir defa وفي العيون şeklinde alıntı yapmış³²⁴ olmakla birlikte Ebü'l-Leys es-Semerkandî'ye 20 yerde atıfta bulunmuştur.

3.2.1.2.13. el-Mebsût (المبسوط)

Şemsüleimme Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed es-Serahsî (ö. 483/1090)'nin eseridir.³²⁵ Muhammed b. Hasan eş-Seybânî'nin zâhirü'r-rivâye eserlerinin özeti olan

³¹⁸ Kâtib Çelebî, *Keşfü'z-zunûn*, Cilt: 2, s. 1634; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, s. 108; Bağdatlı, *Hedyyetü'l-ârifîn*, Cilt: 1, s. 646.

³¹⁹ Orhan Ençakar, "Hanefî Fıkıh Literatüründe Gelenek Oluşturan Kayıp Bir Metin: Muhtasarü'l-Kerhî", *İslâm Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 37, İstanbul, 2017, s. 9.

³²⁰ Kâtib Çelebî, *Keşfü'z-zunûn*, Cilt: 2, ss. 1634-1635.

³²¹ Kureşi, *el-Cevâhirü'l-mudyye*, Cilt: 3, s. 544; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, s. 220; Alî el-Kârî, *el-Esmâr*, s. 317; Taşköprizâde, *Miftâhu's-sa'âde*, Cilt: 2, s. 251; Ziriklî, *el-A'lâm*, Cilt: 7, s. 27; Bağdâdî, *Hedyyetü'l-ârifîn*, Cilt: 2, s. 490; İbn Kutluboğa, *Tâcü't-terâcim*, s. 310.

³²² İshak Yazıcı, "Semerkandî, Ebü'l-Leys", *DİA*, İstanbul 2009, Cilt: 36, s. 474.

³²³ Bkz: Yazıcı, İshak, *Semerkandî*, *DİA*, Cilt: 36, ss. 473-475.

³²⁴ *Udde*, Varak 128a.

Hâkim eş-Şehîd'e (ö. 334/945) ait *el-Kâfî* isimli eseri esas alınarak meydana getirilmiştir.³²⁶ Serahsî'nin bu eserini Özkent'teki hapis yıllarında³²⁷ hiçbir kitaba müracaat etmeksizin talebelerine imlâ yoluyla yazdırdığı söylenmektedir.³²⁸

Taşköprizâde eserin 23 yerinde Serahsî'nin *el-Mebsût*'undan alıntı zikretmiştir.

3.2.1.2.14. ez-Zehîra (الذخيرة)

Yine Burhânüddîn el-Mergînânî'ye (ö. 616/1219) ait³²⁹ eser *Zehîratü'l-fetâvâ* ve *ez-Zehîretü'l-Burhâniyye* diye de bilinir. *el-Muhîr*'in özeti mahiyetinde olup günümüzde birçok yazma nüshası mevcuttur.³³⁰

Udde'de 13 yerde *ez-Zehîra*'ya atıfta bulunulmuştur.

3.2.1.2.14. Tetimmetü'l-fetâvâ (تتممة الفتاوى)

Bu eser de yine Burhânüddîn el-Mergînânî'ye (ö. 616/1219) aittir.³³¹ Amcası Ömer b. Abdülazîz'in çeşitli konularda verdiği ve vefatı sebebiyle tertip edemediği fetvaların düzenlenerek kitap haline getirilmiş halidir. Günümüze birçok yazma nüshası ulaşmıştır.³³²

Müellifimiz *et-Tetimme*'den sadece bir kez alıntı yapmıştır.³³³

³²⁵ İbn Kutluboğa, *Tâcü't-terâcim*, s. 234; Taşköprizâde, *Miftâhu's-sa'âde*, Cilt: 2, s. 165; Kureşî, *el-Cevâhirü'l-mudîyye*, Cilt: 3, s. 81; Bağdâtlı, *Hedîyyetü'l-ârifin*, Cilt: 2, s. 76; Kehhâle, *Mu'cemü'l-müellifin*, Cilt: 3, s. 52.

³²⁶ Kaya, Eyyüp Said, *el-Mebsût*, DİA, Cilt: 28, s. 214.

³²⁷ Kureşî, *el-Cevâhirü'l-mudîyye*, Cilt: 3, s. 78; İbn Kutluboğa, *Tâcü't-terâcim*, s. 234.

³²⁸ İbn Kutluboğa, s. 235.

³²⁹ Çelebî, Cilt: 1, s. 823.

³³⁰ Bkz. Uzunpostalcı, Mustafa, *Burhânüddin el-Buhârî*, DİA, Cilt: 6, s. 436. Eserin yazma nüshaları Süleymaniye Ktp. Damad İbrâhim Paşa, nr. 692; Cârullah, nr. 649, 650, 651; Fâtih, nr. 2308-2310, 2311-2317; Yenicami, nr. 613-618; Süleymaniye nr. 648'da mevcuttur.

³³¹ Kureşî, *el-Cevâhirü'l-mudîyye*, Cilt: 3, s. 42; Kâtib Çelebî, *Keşfu'z-zunûn*, Cilt. 1, s. 343; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, s. 336.

³³² Bkz. Uzunpostalcı, *Burhânüddin el-Buhârî*, DİA, Cilt: 6, s. 436. Yazma nüshalar Süleymaniye Ktp., Fâtih, nr. 2278, 2279; Cârullah, nr. 915; Mihrişah Sultan, nr. 103; Yenicami, nr. 597; Turhan H. Sultan, nr. 165.

³³³ Bkz: *Udde*, varak, 323b.

3.2.1.2.15. *el-Fetâvâ 'z-Zahîriyye* (الفتاوى الظهيرية)

Zahîrüddîn Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ömer el-Buhârî'nin (ö. 619/1222) nevâzil ve vâkıât konularına dair fetvaları topladığı eseridir.³³⁴ *el-Fetâvâ 'z-Zahîriyye*'nin yazma nüshaları günümüze ulaşmıştır.³³⁵

Taşköprizâde *el-Fetâvâ 'z-Zahîriyye*'den, *el-Înaye* aracılığıyla bir defa alıntı yapmıştır.³³⁶

3.2.1.2.16. *el-Fevâidü 'z-Zahîriyye* (الفوائد الظهيرية)

Yine Zahîrüddîn Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ömer el-Buhârî'ye (ö. 619/1222) aittir.³³⁷ Sadrüşşehîd Hüsâmeddin Ömer b. Abdülazîz'in *el-Câmiu 's-sağîr* şerhinde izah gereken yerleri açıklamak üzere yazılmış bir eserdir. Eser günümüze ulaşmıştır.³³⁸

Müellif yine *el-Fetâvâ 'z-Zahîriyye*'den, *el-Înaye* aracılığıyla bir defa alıntı yapmıştır.³³⁹

3.2.1.2.17. *Fetâvâ Kadîhân* (فتاوى قاضيهان)

Ebü'l-Mehâsin Fahrüddîn Hasen b. Mansûr b. Mahmûd el-Özkendî el-Fergânî'ye (ö. 592/1196) aittir.³⁴⁰ Kaynaklarda *el-Hâniyye* veya *el-Fetâva 'l-Hâniyye* diye de anılan eser, Hanefî mezhebinin en muteber ve yaygın fetva kitaplarından

³³⁴ Kureşî, *el-Cevâhirü'l-mudîyye*, Cilt: 3, 55; Kâtib Çelebî, *Keşfu'z-zunûn*, Cilt: 3, s. 1226; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, s. 122; Bağdatlı, *Hediyyetü'l-'Arifin*, Cilt: 2, s. 111.

³³⁵ Bkz. Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, s. 98; Kılıçer, M. Esat, *Buhârî, Zahîrüddin*, DİA, İstanbul, 1992, Cilt: 6, s. 376.) Yazmalar: Süleymaniye Ktp. Fâtih, nr. 2379, 2380, 2381; Mahmud Paşa, nr. 253, 254; Aşir Efendi, nr. 136; Carullah, nr. 952; Süleymaniye, nr. 661, 662; Beyazıt Devlet Ktp. Veliyyüddin, nr. 1498-1501.

³³⁶ Bkz: *Udde*, varak, 126a.

³³⁷ Kureşî, Cilt: 3, s. 55; Çelebî, Cilt:2, s. 1226.

³³⁸ Bkz. Kılıçer, *Buhârî, Zahîrüddin*, DİA, Cilt: 4, s. 377. Eserin yazması Süleymaniye Ktp., Hekimoğlu, nr. 423, 424; Damad İbrâhim Paşa, nr. 711'de mevcuttur.

³³⁹ Bkz, *Udde*, varak, 118b.

biridir. Eserin çeşitli baskıları yapılmıştır.³⁴¹

Udde'de 19 yerde *Fetâvâ Kadîhân*'a atıfta bulunulmuştur.

3.2.1.2.18. *el-Câmiu's-sağîr* (الجامع الصغير)

Cemâleddin Ubeydullah b. Ahmed el-Mahbûbî'ye (ö. 630/1232) ait olup, kendisinin İmam Muhammed'in *el-Câmiu's-sağîr*'inin derlenmiş hali olarak bahsedilmektedir.³⁴²

Taşköprizâde *Înaye* ve *Binaye* kitaplarından nakille 4 yerde Mahbubî'den alıntı yapmıştır.

3.2.1.2.19. *el-Îzâh* (الإيضاح)

Ebü'l-Fadl Rüknuddîn Abdurrahmân b. Muhammed b. Emîrveyh el-Kirmânî'ye (ö. 543/1149) aittir.³⁴³ Eserin hangi kitabın şerhi olduğu konusunda farklı kanaatler dile getirilmiştir. Bazı tabakat müellifleri bu kitabın Kirmânî'nin eseri olan *et-Tecrîd*'in şerhi olduğunu,³⁴⁴ Kâtip Çelebi ise onun Kerhî'nin *Muhtasar*'ının şerhi olduğunu belirtir.³⁴⁵ Kirmani'nin el-îzâh dışında, *Şerhu'l-Camiu'l-kebîr*, *et-Tecrîd* ve *el-Fetavâ* gibi eserleri vardır.

Musannif *el-Îzâh*'a genelde *el-Înâye* aracılığıyla altı kez, Kirmani ismiyle ise bir kez atıfta bulunmuştur.³⁴⁶

³⁴⁰ Özel, Ahmed, *Kâdîhân*, DİA, Cilt: 24, ss. 123-124.

³⁴¹ Bkz. Özel, *Hanefî Âlimleri*, ss. 85-86. (I-IV, Kalküta 1251; Hint 1272; I-IV, Leknev 1293-1295, Sirâceddin el-Üşî'nin *el-Fetâva's-Sirâciyye'sinin* kenarında; I-III, Kahire 1282; Bulak 1310-1311, *el-Fetâva'l-Hindiyye*'nin ilk üç cildinin kenarında).

³⁴² Çelebî, Cilt: 1, s. 563.

³⁴³ Bakkaloğlu, M. Kamil, *el-Kirmânî Rükneddin*, DİA, Cilt: 26, s. 65.

³⁴⁴ Kureşî, Cilt: 2, ss. 88-390; İbn Kutluboga, s. 184; Leknevî, ss. 91-92.

³⁴⁵ Çelebî, Cilt:2, s. 1635, dipnot. Süleymaniye Ktp. Cârullah, nr. 586'da kayıtlı nüshanın kapağında da bu duruma işaret edilmiştir. Diğer bazı nüshalar için bkz. Süleymaniye Ktp., Esad Efendi, nr. 964; Beyazıt Devlet Ktp., Velîyyüddin Efendi, nr. 1230; Köprülü Ktp., Fâzıl Ahmed Paşa, nr. 540. (Özel, *Hanefî Âlimleri*, s. 73).

³⁴⁶ *Udde*, vr, 224b.

3.2.1.2.20. *Tilbetü't-talebe* (طلبة الطلبة)

Tilbetü't-talebe fi'l-ıstılâhâti'l-fıkhiyye adıyla da bilinen bu eser Necmeddin Ömer en-Nesefî'ye (ö.537/1142) aittir.³⁴⁷ Musannif bir yerde bu eserden alıntı yapmıştır. Biz de tahkik çalışmamızda dipnot şeklinde üç kez alıntıda bulunduk.

Ayrıca Ebü'l-Fazl Muhammed b. Ebi'l-Kâsım b. Bâbcûk (Baycûk) el-Hârizmî el-Bakkâlî (ö. 562/1167)'nin *el-Fetâvâ Bakkâlî* eserine bir defa³⁴⁸ atıfta bulunmuştur.

3.2.1.3. Kaynakların Değerlendirmesi

Yukarıda, temel ve tâli kaynaklar şeklinde iki ayrı kategoride ele aldığımız kaynakların kısaca tanıtımını yaptık. Kim tarafından ve hangi zaman diliminde yazıldığını, varsa müellifin başka meşhur eserlerini belirttik. Tabi bu kaynakların asıl değerlendirmesi kendilerinden yapılan nakil biçimlerini anlattıktan ve bunun örneklerini verdikten sonra yapılacaktır. (Bkz.: 'Kitap Dışı Nakillerin Değerlendirmesi' ve 'İç Nakillerin Değerlendirmesi')

Ancak kaynak değeri olarak baktığımızda musannifin merkeze *Hidâye* ve şerhlerini koyduğunu, bunun yanı sıra *Cami'u'l-Fusûleyn*, *el-Muhîtu'l-burhânî*, *Vikâyetü'r-rivâye* gibi temel eserlerden de önemli alıntılar yaptığını görmekteyiz.

Bu temel kaynaklar *Udde*'nin gövdesini oluştursa bile, tâli kaynaklar diye kategorize ettiğimiz klasik eserler -tâlî diye nitelememize bakılarak- asla ikinci planda görülmemelidir. Çünkü bu kaynaklar aslında *Udde*'nin temel kaynaklarının beslendiği asıl damarlardır. Nitekim İmam Ebû Yusuf'un *el-İmlâ'sı*, İmam Muhammed'in *el-Asl'ı*, Hakimü's-Şehîd'in *el-Kâfî'si* Serahsî'nin *el-Mebsûtu*, Semerkandî'nin *el-'Uyûn'u* olmasa Merginânî'nin *el-Hidâye'si* de olmazdı. Bu kaynaklar aslında temel kaynaklarımızın asıl kaynaklarıdır. Bizim bunlara tâli dememizin sebebi musannifin alıntıyı doğrudan onlardan değil, temel dediğimiz kaynaklardan yapmış olmasıdır.

³⁴⁷ İbn Kutluboğa, *Tâcü't-terâcim*, s. 219; Kâtib Çelebî, *Keşfü'z-zunûn*, Cilt: 2, s. 1114; Kureşî, *el-Cevâhirü'l-mudîyye*, Cilt: .2, s. 659; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, s. 150.

³⁴⁸ *Udde*, vr, 210b.

Dolayısıyla şöyle toparlayabiliriz: Temel kaynaklar, musannifin doğrudan alıntı yaptığı eserlerdir. Tâlî kaynaklar ise doğrudan değil, temel dediğimiz kaynaklar vasıtasıyla kendisine atıfta bulunulan eserlerdir. Tâlî kaynaklar, *Udde* kitabına itibarla tâlî, temel kaynaklara itibarla asıl kaynaklardır.

3.2.2. Atıfta Bulunduğu Şahsiyetler

Musannifin eserinde adı geçen önemli şahsiyetleri de iki ayrı kategoride ele aldık: Müçtehit imamlar ve fahihler. Bu şahsiyetler aslında şöhretlerinden dolayı kendilerini tanıtmaya ihtiyacından vâreste olsalar da, eserde adları çokça zikredildiği için haklarında kısa da olsa bilgi vermeyi gerekli gördük.

3.2.2.1. Müçtehit İmamlar

3.2.2.1.1. *İmam Ebû Hanîfe* (ö. 150/ 767):

Adı; Numan b. Sabit b. Zütâ'dır. 80/700 yılında Kûfe'de doğdu. Aslen Farisî olduğu söylenmektedir.³⁴⁹ Enes b. Mâlik (ra)'ı gördüğü söylenmekte olduğundan Tabî'inden kabul edilir. Tebe'-i tabî'in'in ise ileri gelenlerindendir. Küçük yaşta hafız olmuş, gençliğinde kelamla ilgilenmiş, sonra kelamın gerektirdiği cedel sebebiyle ilimden soğuyarak kumaş ticaretiyle meşgul olmuş sonra gördüğü bir rüya ve İmam Şa'bi (ö.103/721)'nin teşvikiyle 22 yaşında fıkıh ilmine yönelmiştir.³⁵⁰

Hammad, İbrahim Nehaî, Şabi, Kadı Şurayh, Alkame b. Kays, Mesruk, Abdullah b. Mesud (ra) gibi müctehid ve müfessirlerden istifade etmiştir. Asıl silsilesi; Hammad, Nehai, Alkame, İbn Mesud ile Hz. Peygamber'e uzanır.³⁵¹

³⁴⁹ Taşköprizâde İsamüddin Ahmed, *Tabakâtu'l-fukahâ*, Nşr: Hacı Ahmed Nîle, Mektebetü'l-merkeziyyetü'l-âmmeh, 2. Baskı, Musul, 1961, ss. 11-14; Ziriklî, *'A'lâm*, Cilt: 8, s. 36; Kâtip Çelebi, *Süllemü'l-vusûl ilâ tabakâtu'l-fuhûl*, Cilt: 3, s. 372; İbnu'n-Nedîm, *el-Fihrist*, s. 284; ez-Zehabî, *Tezkîrâtu'l Huffâz*, Cilt: 1, s. 168; el-Gazzî, *el-Tabakâtu's-Seniyye*, Cilt: 1, s. 74; el-Heytemî, *el-Hayrâtu'l Hisân*, Dâru'l-Kutubi'l İslâmiyye, Lübnân 1983, s. 30; el-Kuraşî, *el-Cevâhiru Mudiyye*, Cilt:1, ss. 51-53; el-Kefevî, *el-Ketâib*, vr. 172b, 349b.

³⁵⁰ el-Kerderî, Cilt: 2, s. 137.

³⁵¹ el-Kefevî, *el-Ketâib*, vr. 172b, 349b; Çeker, s. 164.

Ayrıca Atâ, İkrime, Nafi, Katade vs tabiin ulemasıyla ilmi sohbetler etmiştir. İbn Ebi Leyla (Kufe Kadısı), Süfyan b Uyeyne, Abdullah b Mübarek, İbn Şübrüme ve Osman el-Bettî ile çağdaştır.

Hammad'ın yanında 10 sene okuduktan sonra kendi ilim meclisini kurmaya karar verir (h. 112), ama bazı sorulara cevap veremesi sebebiyle henüz tam yetişmediğini düşünerek yaklaşık 8 sene daha (h. 120'ye kadar) Hammad'ın meclisine devam eder. Hammad ölünce onun yerine önce kısa bir süre için oğlu, sonra İmam Ebû Hanîfe geçer ve vefatına dek ders vermeye devam eder.

Talebeleri: Ders halkasında kendinden istifade edenler binlerceydi. 40 kadarı müctehid mertebesine ulaştığı söylenir. En meşhurları; Ebu Yusuf (ö. 182/798), Muhammed b. Hasan eş-Şeybani (ö. 189/805), Hasan b. Ziyad el-Lü'lûî (ö. 204/820), Züfer b. Huzeyl (ö. 158/775), Davud Tâî (ö. 165/781), Esed b Amr (ö. 190/806), Ayrıca tek oğlu Hammad da ondan ders almış ve kadılık vazifesinde bulunmuştur.

Ders halkasını sonra Ebu Yusuf sürdürdü. Mezhebi sistemleştiren *Zahiru'r-Rivaye* kitaplarını yazan İmam Muhammed'dir.

Eserleri: *Fıkh-ı Ekber*, *Fıkhı Ebsât* (sual- cevap tarzlı kendisinden rivayet yollu), *Alim ve'l-müteallim* (talebesi Mukatil'in sorularına cevap tarzı), *Kitabur-risale* (Osman el-Betti'ye gönderdiği ve Mürcie'den kendini akladığı eser), *el-Vasiyye* (Ebu Yusuf'a vasiyyetleri), *el-Kaside Nu'maniyye*, *Ma'rifetü'l-Mezâhib*, *er-Reddü ale'l-Kaderiyye*, *el-Müsned*.³⁵²

Udde'de İmam Ebû Hanîfe'den 1200'den fazla bahsedilmiştir.

3.2.2.1.2. *İmam Ebu Yusuf* (ö. 182/798):

Adı; Ya'kûb b. İbrâhîm b. Habîb b. Sa'd el-Kûfî'dir. 113/731 yılında Kûfe'de doğdu.³⁵³ Uzun süre İbn Ebî Leylâ'dan ders aldıktan sonra Ebû Hanîfe'nin talebesi oldu. Önce hadislerle meşgul oldu. Re'y ehli arasında onun gibi hadis bilen ve hadislerle

³⁵² Bkz: Uzunpostalcı, Mustafa, *Ebû Hanîfe*, DİA, Cilt: 10, s. 131.

³⁵³ Çeker, s. 165.

amel eden olmadığı söylenmiştir.³⁵⁴ Abbasi Devleti'nde üç halife zamanında kadılık yaptı. Kendisine 'kâdi'l-kudât' denilen ilk kişidir.³⁵⁵

Ebû Hanîfe'den sonra onun ders halkasını o devam ettirdi. Muhammed b. el-Hasen eş-Şeybânî (ö. 189/805), Muhammed b. Semâ'a (ö. 233/848), Ebû Süleymân el-Cûzcânî (3. yy), Mu'allâ b. Mansûr er-Râzî (ö. 211/826), Bişr b. el-Mu'allâ, Halef b. Eyyûb (ö. 208/823), Hilâl b. Yahyâ (ö. 244) meşhur talebelerindendir.³⁵⁶

Hanefî ekolüne dâir ilk usul-i fıkıh yazarıdır. *el-Emâlî, el-İmlâ, Kitâbü'l-Harâc, İhtilâfü Ebî Hanîfe ve İbn Ebî Leylâ, el-Cevâmi'* ve *en-Nevâdir, er-Redd 'alâ Siyeri'l-Evzâ'i* meşhur eserleridir.³⁵⁷

182/798 yılında Bağdat'ta vefat etmiştir.

Udde'de ismi 800 'den fazla zikredilir.

3.2.2.1.3. **İmam Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî (ö. 189/805):**

Adı; Ebû Abdillâh Muhammed b. Hasen b. Ferkad eş-Şeybânî'dir. 132/549'da Vâsıt'ta doğup, Kûfe'de yetişmiş, Bağdat'da yerleşmiştir. İmam Ebû Hanîfe'den sonra da Ebu Yusuf'tan ders almıştır.

Muhammed b. İdrîs eş-Şâfi'î (ö. 204/819), Muhammed b. Semâ'a, Ebû Süleymân el-Cûzcânî, Ebû Hafs el-Kebîr, Şeddâd b. Hakîm el-Belhî (ö. 220/835), 'Îsâ b. Ebân, Mûsâ b. Nasr er-Râzî, Mu'allâ b. Mansûr er-Râzî (ö. 211/826), Ebû 'Ubeyd Kâsım b. Sellâm (ö. 224/839), Ebû Bekir İbrâhîm b. Rüstem el-Mervezî (ö. 211/826), Yahyâ b. Ma'in (ö. 233/847) gibi öğrencileri kendisinden ilim tahsil etti.³⁵⁸

Zahiru'r-rivaye kitaplarını yazarak Hanefî Mezhebinin sistemleşmesine vesile olmuştur. *el-'Asl/el-Mebsût, el-Câmi'u'l-kebîr, el-Câmi'u's-sağîr, es-Siyeru'l-kebîr, es-Siyeru's-sağîr, ez-Ziyâdât, Ziyâdâtü'z-Ziyâdât, el-Hucce 'alâ ehli'l-Medîne, el-İktisâb fi'r-rizkî'l-müstetâb, el-Âsâr, er-Rakıyyât, el-Keysâniyyât, el-Hârûniyyât, el-Cürcâniyyât ve es-Secedât* adında eserleri vardır.

³⁵⁴ Taşköprizâde, *Tabakâtu'l-fukahâ*, s. 15.

³⁵⁵ Taşköprizâde, s. 15.

³⁵⁶ Çeker, s. 166.

³⁵⁷ Çeker, s. 166; Ögüt, Salim, *EbuYusuf*, DİA, Cilt: 10, ss. 160-165.

³⁵⁸ Taşköprizâde, ss. 16-17; Çeker, s. 166.

189/805 yılında Rey’de vefat etti.³⁵⁹

Udde’de ismi 750 ‘den fazla zikredilir.

3.2.2.1.4. İmam Züfer b. Hüzeyl (ö. 158/775):

Adı; Ebü’l-Hüzeyl Züfer b. el-Hüzeyl b. Kays el-Anberî el-Basrî’dir. 110/728 yılında İsfahan’da doğdu. Önce hadis öğrendi, sonrasında rey mezhebini öğrenmek üzere Ebû Hanîfe’nin öğrencisi oldu.

Hanefî mezhebinde 4. isim olup, 8, 12 veya 20 meselede onun fetvası diğerlerine tercih edilmektedir. Ona göre fâsid başlayan akid sonradan sahihe dönmez. İmam Züfer kıyas-istihsan karşıtlığında kıyası istihsana tercih etmektedir.

³⁶⁰

Bazı eserlerinden bahsedilse de günümüze Züfer’in herhangi bir eseri ulaşmamıştır. 158/775 yılında Basra’da vefat etmiştir.³⁶¹

Udde’de ismi 279 defa geçer.

3.2.2.1.5. İmam Hasan b. Ziyad el-Lü’lü’î (ö. 204/819):

Adı; Ebû Alî el-Hasen b. Ziyâd el-Ensârî el-Kûfî el-Lü’lü’î’dir. 116 /734 yılında Kûfe’de doğmuş, sonra Bağdat’a yerleşmiştir.

İmam Ebû Hanîfe’dan sonra Züfer b. Hüzeyl, Ebû Yûsuf, Dâvûd et-Tâî ve Ebû Hanîfe’nin oğlu Hammâd’dan fıkıh dersleri alarak Hanefî mezhebinde ictihad seviyesine ulaşmıştır. Mâlik b. Miğvel, İbn Cüreyc, Eyyûb b. Ukbe, Hasan b. Umâre, Vekî’ b. Cerrâh, Îsâ b. Ömer el-Hemdânî gibi âlimlerden hadis almıştır. İbn Cüreyc’den fıkha dair 12.000 civarında hadis yazmıştır. Hanefî Mezhebinde Züfer’den sonra 5. sırada yer almaktadır.

Kitâbü’l-Mücerred ve *el-Müsned* gibi eserleri olsa da bu eserler günümüze ulaşmamıştır. 204 /819 yılında vefat etti.³⁶²

³⁵⁹ Bkz: Çeker, s. 166; Taş, Aydın, *Şeybânî*, DİA, Cilt: 39; ss.38- 42.

³⁶⁰ Taşköprizâde, *Tabakatu’l-fukahâ*, s. 18; Bedir, *Züfer b. Hüzeyl*, DİA, Cilt: 44, ss. 527- 530.

³⁶¹ Taşköprizâde, s. 18; Bedir, *Züfer b. Hüzeyl*, DİA, Cilt: 44, ss. 527- 530.

³⁶² Taşköprizâde, *Tabakatu’l-fukahâ*, ss. 18- 19; Gözübenli, *Hasan b. Ziyâd*, DİA, Cilt: 16, ss. 361- 362.

Udde'de ismi yaklaşık 50 defa zikredilir.

3.2.2.1.6. *İmam Şâfi* (ö. 204/820):

Adı; Ebû Abdillâh Muhammed b. İdrîs b. Abbâs eş-Şâfi'dir. 150 /767 yılında Gazze'de doğdu. Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî ve İmam Mâlik'ten ders aldı.

Şâfi mezhebini kurucusudur. Usul-i fıkha dair yazmış *olduğu er-Risale fil-Usul* bu alanda yazılan ilk eserdir. Ayrıca İslam hukukuna dair içtihatlarını bildirdiği meseleleri ihtiva eden *el-Ümm* ve Hadis ilmine dair *Kitab-üs-Sünen vel-Müsned* en meşhur eserleridir.

204/820'de Mısır'da vefat etmiştir.³⁶³

Udde'de ismi yaklaşık 600 defa zikredilir.

3.2.2.1.7. *İmam Mâlik* (ö. 179/795):

Adı; Ebû Abdillâh Mâlik b. Enes b. Mâlik b. Ebî Âmir el-Asbahî el-Yemenî'dir. 93/712 yılında Medine'de dünyaya geldi. Muhaddis ve fakihtir. Medine İmamı diye meşhurdur.

Zührî (ö. 124/742),³⁶⁴ el-A'rec el-Medenî (ö. 117/735),³⁶⁵ en-Nâfi (ö. 117/735)³⁶⁶ gibi hocalardan ders almıştır. Mâlikî mezhebinin kurucusudur. Meşhur eseri *el-Muvatta* en sahih hadis kitaplarından sayıldığı gibi içerisinde İmam Mâlik'in fikhını da barındırmaktadır. Medine ehlinin amelini edille-i şer'iyye'den sayması onun en belirgin usulüdür.

179/795 tarihinde Medine'de vefat etmiş ve Bakî' Kabristanı'na defnedilmiştir.³⁶⁷

Udde'de ismi yaklaşık 200 defa zikredilir.

³⁶³ Bkz: Aybakan, *Şafi*, DİA, Cilt: 38, ss. 223-224.

³⁶⁴ Ebû Bekr Muhammed b. Müslim b. Ubeydillâh İbn Şihâb ez-Zührî.

³⁶⁵ Ebû Dâvûd Abdurrahmân b. Hürmüz.

³⁶⁶ Ebû Abdillâh Nâfi' b. Hürmüz (Sercis, Kâvus) el-Kureşî el-Adevî el-Medenî.

³⁶⁷ Bkz: Özel, *Mâlik b. Enes*, DİA, Cilt: 27, ss. 506- 513.

3.2.2.1.8. *İmam Ahmed b. Hanbel* (ö. 241/855):

Adı; Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybânî el-Mervezî'dir. 164/780 yılında) Bağdat'ta doğmuştur. Muhaddis ve fakihdir. Hanbelî mezhebinin kurucusudur.

Abbasi halifeleri Me'mun, Mu'tasım ve Vâsık dönemlerindeki Kur'an'ın mahlûk mu, değil mi? tartışmaları çerçevesinde gelişen Mihne olayları sebebiyle hapse atılmış, işkencelere maruz kalmış, fakat dik durmuş; doğru bildiğinden şaşmamıştır.

En meşhur eseri *el-Müsned* olmakla beraber zühd ve vera' alanında çeşitli kitap ve risaleleri mevcuttur. 241/ 855) yılında Bağdat'ta vefat etmiştir.³⁶⁸

Udde'de ismi 13 defa zikredilir.³⁶⁹

3.2.2.1.9. *İbrahim en-Neha'î* (ö. 96/714):

Adı; Ebû İmrân İbrâhîm b. Yezîd b. Esved en-Nehaî el-Kûfî'dir. 46/666 yılında Kûfe'de doğmuştur. Kadı Şurayh, Alkame ve Mesruk'tan ders almıştır. İmam Ebû Hanîfe'nin hocası Hammad'ın hocasıdır. Hz. Aişe'yi görmüştür, tabiin'dendir.³⁷⁰

Sisteminde re'y kadar rivayete de önem veren, rivayetin re'ysiz re'yin de rivayetsiz olamayacağını söyleyen en-Nehaî, usulünde re'ye ve onun bir şekli olan kıyasa önemli derecede yer veren Irak ekolünün baş otoritesidir..³⁷¹ 95/714 yılında vefat etmiştir.

Udde'de adı 2 defa geçmektedir.³⁷²

³⁶⁸ Bkz: Kandemir, **Ahmed b. Hanbel**, DİA, Cilt: 2, ss. 82- 87.

³⁶⁹ Örneğin: bkz: Vr, 125a, 139a.

³⁷⁰ İbn Halkân, **Vefeyâtü'l-a'yân**, Cilt:1, s. 25.

³⁷¹ Bkz: Şirazi, **Tabakâtu'l-Fukaha**, Cilt:1, s. 82; en-Nevevi, **Tehzibu'l-esmâ e'l-lügât**, Cilt: 1, s. 104; Özen, **Nehaî**, DİA, Cilt: 32, ss. 335-338.

³⁷² Varak, 13a, 23b.

3.2.2.1.10. *Hammad b. Ebî Süleymân* (ö. 120/738):

Adı; Ebû İsmail Hammâd b. Ebî Süleyman Müslim b. Yezid el-Kûfî el-İsfahânî'dir. Babasının aslen İsfahan'lı olduğu, hatta İsfahan melikinın oğlu olduğu rivayet edilmektedir. İsfahan'ın müslümanlarca fethi sırasında (20/641) esir düşen babası Ebû Mûsâ el-Eş'arî'nin huzurunda müslüman olmuştur. Ebû Mûsâ el-Eş'arî ile aralarında velâ bağı kurulduğu için Eş'arî nisbetiyle de anılır.

Enes b. Mâlik ve İbrahim en-Nehaî'nin talebesi, İmam Ebû Hanîfe'nin hocasıdır. 120/738'de Kûfe'de vefat etmiştir.³⁷³

Udde'de adı geçmemesine rağmen İmam'ın hocası olması hasebiyle anma gereği hissettik.

3.2.2.1.11. *İmam Şa'bî* (ö. 104/722):

Adı; Ebû Amr Âmir b. Şerâhîl b. Abdillâh el-Hemdânî eş-Şa'bî'dir. 19/640 yılında Kûfe'de dünyaya gelmiştir. 500 sahabîyi gördüğü söylenir. İbrahim en-Nehaî ile birlikte Abdullah b. Mes'ûd'un en seçkin talebesidir. Duyduğu bir şeyi unutmayacak derecede keskin hafızası ve hazır cevaplığı ile meşhurdur.³⁷⁴

Udde'de 2 defa adı geçmektedir.³⁷⁵

3.2.2.1.12. *İmam Süfyan Sevrî* (ö. 161/778):

Adı; Ebû Abdillâh Süfyan b. Saîd b. Mesrûk es-Sevrî el-Kûfî'dir. 97/715'de yılında Kazvin'de doğduğu rivayet edilir. Temîm kabilesinin Sevr koluna nisbetle 'Sevrî' diye anılır.

Hammad, İbn Ebi Leyla ve Cafer-i Sadık'dan ders almış olan Sevrî, Ebû Hanîfe'nin çağdaşıdır. Süfyan b. Uyeyne, Fudayl b. İyaz, Yahya b. Said, Abdurrahman b. Mehdi en meşhur öğrencileridir. Halife Mansur'un İbn Ebî Leylâ'nın vefatıyla yerine Kûfe kadılığına atamak istemesi üzerine bu teklifi

³⁷³ ez- Zehebî, *Siyerü a'lâmi'n-nübelâ*, Cilt: 5, s. 231; Aras, M. Özgü, *Hammâd b. Ebû Süleyman*, DİA, Cilt: 15, ss. 484- 486.

³⁷⁴ Bkz: Hatib Bağdadî, *Tarihu Bağdâd*, Cilt: 14, s. 143; Kandemir, *Şa'bî*, DİA, Cilt: 38, ss. 217-218.

³⁷⁵ Varak, 13a, 359b.

reddederek Kûfe'den ayrıldığı ve gizlenerek yaşadığı söylenmektedir. 161/778'de, Basra'da vefat etmiştir.³⁷⁶

Sevrî, kendi adıyla anılan fıkıh mezhebinin imamı, muhaddis, müfessir ve zühd ehli bir şahsiyettir. Mezhebi inkıraza uğrasa da beş asır boyunca meşhur fıkıh mezhebi olarak varlığını sürdürmüştür. Bağdat'ta Mansûr Camii'nde Sevrî mezhebine göre fetva veren son fakihin 404/1014 yılında vefat eden Ebû Bekir Abdülgaaffâr b. Abdurrahman ed-Dîneverî olduğu söylenmektedir.³⁷⁷ Zehebî, yaşamış olduğu hicri 7. (miladi 14.) yüzyıldan itibaren dört mezhep dışında, varlığını sürdüren fıkıh mezhebi kalmadığını söyler.³⁷⁸ *Udde*'de 2 defa adı geçmektedir.³⁷⁹

3.2.2.1.13. *İbn Ebî Leylâ* (ö. 148/765):

Adı; Ebû Abdurrahmân Muhammed b. Abdurrahmân b. Ebî Leylâ el-Kûfî el-Ensârî'dir. 74/693 yılında Kûfe'de doğdu ve orada kadılık yaptı. Şa'bî, Nafi' ve A'meş'den dersler aldı. Ebu Yusuf ve Süfyan b. Uyeyne ondan ders aldılar.

İbn Ebû Leylâ'dan dokuz yıl ders aldıktan sonra onunla sık sık ihtilâfa düştüğü için derslerini terkederek Ebû Hanîfe'nin meclisine katılan Ebû Yûsuf, bu iki hocası arasındaki görüş ayrılıklarına dair *İhtilâfû Ebî Hanîfe ve İbn Ebî Leylâ* adlı bir eser kaleme almıştır.³⁸⁰

Udde'de ismi 5 defa zikredilir.³⁸¹

3.2.2.1.14. *Evzâ'î* (ö. 157/774):

Adı; Ebû Amr Abdurrahmân b. Amr b. Yuhmid el-Evzâ'î'dir. 88/707 yılında Ba'lebek'te doğdu. Mekhûl b. Müslim, Yahya b. Ebî Kesîr, Katâde b. Diâme ve Atâ b. Ebî Rabâh gibi meşhur hadis, tefsir ve fıkıh âlimlerinden ders almıştır.

³⁷⁶ Zeydân, *el-Medhal*, s. 169.

³⁷⁷ Safedî, Cilt: 9, s. 16; İbn Tağrıberdî, Cilt: 4, s. 238. Bkz: Özdirek-Çavuşoğlu, *Süfyân es-Sevrî*, DİA, Cilt: 38, s. 28.

³⁷⁸ Zehebî, *Siyeru a'lâmi'n-nübelâ'*, Cilt: 8, s. 92; Bkz: Özdirek-Çavuşoğlu, *Süfyân es-Sevrî*, DİA, Cilt: 38, s. 28.

³⁷⁹ Varak, 13a, 297a.

³⁸⁰ Köse, *İbn Ebî Leylâ*; DİA, Cilt: 19, ss. 436- 437.

Evvâ'î hadis öğrenmek için yolculuklara çıkar ve hadisi çok iyi bilirdi. Bu sebeple mezhebi hadis merkezli idi. Hadis bulduğunda rey veya kıyasa iltifat etmezdi. Mezhebi, Şam ve Endülüs'te yayılsa da kısa zamanda etba'ı kalmayarak münderis oldu. Evvâ'î'nin görüşleri ancak hilaf kitaplarındaki nakillerle bilinmektedir. Beyrut'ta 157/774 yılında vefat etti.³⁸²

Udde'de ismi 3 defa geçmektedir.³⁸³

3.2.2.1.15. İbn Şübrüme (ö. 144/761):

Adı; Ebû Şübrüme Abdullah b. Şübrüme b. et-Tufeyl ed-Dabbî'dir. 72 /691 yılında dünyaya geldi. İbrâhim en-Nehaî, Hammâd ve eş-Şa'bî gibi Kûfe'nin ileri gelen fakihlerinden ders aldı. Enes b. Mâlik, Şa'bî, Nâfi, Ubeydullah b. Abdullah b. Utbe, Ebû Seleme b. Abdurrahman, İbrâhim en-Nehaî, İbn Sîrîn, Sâlim b. Abdullah b. Ömer, Atâ b. Ebû Rebâh ve İbn Münkedir gibi âlimlerden hadis rivayet etti.

Kûfe kadılığı da yapmış olan İbn Şübrüme rey ekolüne mensuptu. Horasan'da 144/761 yılında vefat etti.³⁸⁴

Udde'de adı sadece bir defa geçmektedir.³⁸⁵

3.2.2.1.16. Said b. Müseyyeb (ö. 94/713):

Adı; Ebû Muhammed Saîd b. el-Müseyyeb (el-Müseyyib) b. Hazn el-Mahzûmî el-Kureşî'dir. 15 /636 yılında Medine'de doğmuştur.

Hiz. Osman, Ali, Âişe, Ümmü Seleme, Zeyd b. Sâbit, Abdullah b. Abbas, Ebû Hüreyre, Ebû Mûsâ el-Eş'arî, Abdullah b. Ömer, Abdullah b. Amr b. Âs, Muhammed b. Mesleme, Ümmü Süleym ve babası Müseyyeb gibi sahabîlerden hadis rivayet etmiştir. Ebu Hureyre'nin damadıydı.

Saîd b. Müseyyeb, Medine'de hadis medresesinin ve Medine'nin meşhur yedi fakihinin (fukahâ-yi seb'a) reisi idi. Diğerleri; Urve b. Zübeyr (ö. 93), Kasım b.

³⁸¹ Varak, 120b, 217b, 230a, 260b, 317b.

³⁸² Zeydân, **Medhal**, s. 169; Ögüt, **Evvâ'î**, DİA, Cilt: 11, ss. 546- 548.

³⁸³ Varak 51b, 306b.

³⁸⁴ Zehebî, **Siyeru a'lâmi'-nübelâ**, Cilt: 6, ss. 348-349; **Tehzibü't-tehzib**, Cilt: 5, ss. 172- 173; Özen, **İbn Şübrüme**, DİA, Cilt: 20, ss. 379-381.

Muhammed (ö. 94), Ebu Bekr b. Abdirrahman (ö. 94), Abdullah b. Abdillâh b. Utbe (ö. 98), Harice b. Zeyd (ö. 99) ve Süleyman b. Yesâr (ö. 107)'dir.³⁸⁶

Saîd b. Müseyyeb 94 /713 yılında Medine'de vefat ederek Bakî' kabristanına defnedildi.³⁸⁷ *Udde*'de 2 defa adı geçmektedir.³⁸⁸

3.2.2.2. Fakihler

Taşköprizâde *Udde Kitabı*'nda müçtehit imamların dışında, ileri gelen birçok fakihten de nakiller yapmaktadır. *Udde*'nin kaynak eserlerini tanıtırken Kadîhân, el-Hâkimü's-Şehîd, el-Mahbûbî gibi birçok şahsiyetten bahsetmiş olsak da *Udde*'de fakihlerin birçoğu eserlerinden bağımsız olarak sadece ismen zikredilmektedir. Şimdi Taşköprizâde'nin *Udde*'de kendilerinden nakiller yaptığı diğer fakihleri kısaca tanıtmaya çalışalım:

3.2.2.2.1. İbn Semâ'a (ö. 233/848):

Tam adı Ebû Abdillâh Muhammed b. Semâ'a b. 'Ubeydillâh et-Temîmî'dir.³⁸⁹ Ebû Yûsuf, Muhammed b. el-Hasen ve Hasan b. Ziyâd'dan fıkıh öğrenmiştir.

Görme yetisi zayıflamaya başlayınca görevli olduğu Bağdat kadılığını terketmiştir. *Edebü'l-kâdî*, *en-Nevâdir* ve *el-Mehâdir ve's-sicillât* adlı eserleri vardır. Öldüğünde 103 yaşındaydı.³⁹⁰

Udde'de 13 yerde İbn Semâ'a'dan nakilde bulunulmuştur.³⁹¹

³⁸⁵ Varak, 217b.

³⁸⁶ Zeydan, Medhal, s. 133.

³⁸⁷ Bkz: Kandemir, **Saîd b. Müseyyeb**, DİA, Cilt: 35, ss. 563- 564; Katip Çelebi, **Süllemü'l-vusûl**, Cilt: 2, s. 133.

³⁸⁸ Varak, 92b, 295b.

³⁸⁹ Bkz: Çeker, Huzeyfe, 'Hanefî Mezhebinin Fıkıh Silsileleri (Ebû Hanîfe'den Hicri VI. Asrın Sonuna Kadar)', **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sy. 19, 2012, ss. 168-169.

³⁹⁰ Hakkında bilgi için bkz: es-Saymerî, **Ahbâru Ebî Hanîfe**, ss. 147-153; el-Kureşî, **el-Cevâhiru'l-mudîyye**, Cilt: 2, ss. 678-680 (no. 1086); İbn Kutluboğâ, **Tâcü't-terâcim**, ss. 226-227 (no. 190); el-Kefevî, **el-Ketâib**, vr. 100a-100b; el-Leknevî, **el-Fevâid**, ss. 246-247 (no. 300); Özel, **Hanefî Fıkıh Âlimleri**, 27; Özen, Şükrü, **İsâ b. Ebân**, DİA, Cilt: 12, ss. 480-481, Çeker, s. 168.

³⁹¹ Örnek: *Udde*, vr, 245b, 290a, 332b.

3.2.2.2.2. *el-İşkâf* (ö. 336/947-8):

Tam adı; Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed el-İşkâf el-Belhî'dir. Doğduğu tarih net olarak bilinmemektedir. Muhammed b. Seleme ve Ebu Süleyman el-Cüzcânî'den, Ebû Ca'fer el-Hinduvânî ve Ebû Bekir el-A'meş ise ondan fıkıh tahsil etmiştir. Şeybânî'nin *Cami'u'l-kebîr*'ini şerh etmiştir. 336/947 yılında vefat etti.³⁹²

Udde'de 3 defa anılmaktadır.³⁹³

3.2.2.2.3. *İsâ b. Ebân* (ö. 221/836):

Künyesi Ebû Musa, adı İsâ b. Ebân b. Sadaka'dır. Önceleri re'y ehline mesafeliyken İbn Semâ'a'nın (ö. 233/847) teşvikiyle Bağdat'ta sakin olan Muhammed b. el-Hasen ile tanışarak onun talebesi oldu ve sonrasında Basra kadılığı yaptı. *el-Huccetü'l-kebîr*, *el-Huccetü's-sağîr*, *el-Hâberu'l-vâhid*, *İsbâtü'l-kıyâs el-Câmi* ve *İctihâdü'r-re'y* adında eserleri olduğu söylenmektedir.³⁹⁴ Ayrıca *Kitâbü'l-Hacc* isimli bir kitabı bulunmaktadır.³⁹⁵

Musannif İsa b. Eban'dan bir defa nakil yapmıştır.³⁹⁶

3.2.2.2.4. *Ebû Hafs el-Kebîr* (ö. 216/831):

Adı; Ebû Hafs Ahmed b. Hafs el-Buharî'dir. 150/767'de doğmuş, Buhara'da yaşamış ve orda tedris faaliyetlerinde bulunmuştur. Fıkıh tahsilini İmam Muhammed'in yanında yapmış, oğlu Ebû Hafs es-Sağîr'i yetiştirmiştir. 216/831'da Buhara'da vefat etmiştir.³⁹⁷

Udde'de 7 defa adı geçmektedir.³⁹⁸

³⁹² *Cevvâhiru'l-mudiyye*, Cilt: 2, s. 28, 239; *Fevâidu'l-behiyye*, s. 160; *Mucemu'l- müellifin*, Cilt: 8, s. 232; Çeker, s. 179.

³⁹³ Varak, 24a, 49a, 355a.

³⁹⁴ Bkz: İbn Kutluboğâ, *Tâcü't-terâcim*, ss. 226-227;

³⁹⁵ Çeker, s. 168.

³⁹⁶ *Udde*, vr, 219a.

³⁹⁷ Çeker, s. 182; Bedir; *Ebu Hafs el-Kebîr*, DİA, ek-1, ss. 336-338.

³⁹⁸ Örnek: Varak, 170b, 175a, 185a, 227a, 250a, 280b.

Bu tanıttığımız eserlerle birlikte adı zikredilen fakihlerin dışında; Hâherzâde'den³⁹⁹ beş defa,⁴⁰⁰ el-Hâkimü's-şehîd'den⁴⁰¹ yedi defa,⁴⁰² es-Sadru's-şehîd'den⁴⁰³ dört defa,⁴⁰⁴ Fahru'l-İslâm Ebu'l-yüsr el-Pezdevî'den⁴⁰⁵ altı defa,⁴⁰⁶ Ali Semerkandî'den Şeyhülislam⁴⁰⁷ lakabını kullanarak on altı defa,⁴⁰⁸ Ebu'l-Leys es-Semerkandî'den⁴⁰⁹ yirmi defa,⁴¹⁰ ez-Za'ferânî'den⁴¹¹ iki defa,⁴¹² el-Mutarrizî'den⁴¹³ bir defa,⁴¹⁴ Ebû Ca'fer Hinduvânî'den⁴¹⁵ dokuz defa,⁴¹⁶ Mekhûl en-Nesefî'den⁴¹⁷ iki defa,⁴¹⁸ Ebu'l-Kâsım es-Saffâr'dan⁴¹⁹ üç defa,⁴²⁰ Ebû Süleyman'dan⁴²¹ yedi defa,⁴²²

³⁹⁹ Ebû Bekr b. Muhammed b. Hüseyin b. Muhammed el-Buhârî (ö. 483/1090).

⁴⁰⁰ Bkz, **Udde**, vr, 143a, 160b, 194a, 300b ve 318a.

⁴⁰¹ Ebü'l-Fazl Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Mervezî el-Belhî el-Hâkim eş-Şehîd (ö. 334/945).

⁴⁰² Bkz, **Udde**, vr, 18b, 99a, 182b, 219b, 238a, 278a, 311a.

⁴⁰³ Ebû Hafs (Ebû Muhammed) Hüsâmu'ddîn es-Sadrü's-şehîd Ömer b. Abdilazîz b. Ömer b. Mâze el-Buhârî (ö. 536/1141).

⁴⁰⁴ Bkz, **Udde**, vr, 15a, 128a, 152b, 193a.

⁴⁰⁵ Sadrü'l-İslâm Ebü'l-Yüsr Muhammed b. Muhammed b. el-Hüseyin b. Abdilkerîm el-Pezdevî (ö. 493/1100).

⁴⁰⁶ Bkz, **Udde**, vr, 20b, 83b, 189a, 205b, 236b, 318a,

⁴⁰⁷ Şeyhülislam Ali b. Muhammed b. İsmâil el-İsbîcâbî es-Semerkandî'ye (ö. 535/1140)

⁴⁰⁸ Örneğin bkz, **Udde**, vr, 27b, 31a, 194a vd.

⁴⁰⁹ Ebü'l-Leys İmâmü'l-hüdâ Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrâhîm es-Semerkandî (ö. 373/983).

⁴¹⁰ Örneğin bkz, **Udde**, vr, 15a, 356a.

⁴¹¹ Hasan b. Ahmed, ez-Zaferânî, (ö. 610 h), Başta Tahavî'nin *Muhtasar*'ı olmak üzere birçok şerhleri vardır. Bkz; Çelebi, Cilt: 1, s. 563.

⁴¹² **Udde**, vr, 290b, 291a.

⁴¹³ *el-Muğrib fî tertîbi'l-Mu'rib* adlı meşhur lugat'ın yazarı Ebü'l-Feth Burhânüddîn Nâsır b. Abdisseyid b. Alî el-Mutarrizî el-Hârizmî (ö. 610/1213).

⁴¹⁴ **Udde**, vr, 334a.

⁴¹⁵ Ebû Ca'fer Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed el-Hinduvânî el-Belhî (ö. 362/973).

⁴¹⁶ Bkz: **Udde**, vr, 12a, 19a, 31a, 67a, 186a, 208b, 266b, 302b.

⁴¹⁷ Ebû Mutî' Mekhûl b. el-Fazl en-Nesefî el-Hanefî (ö. 318/930). Fıkıh, kelam ve tasavvuf âlimidir. **Kitâbü's-Şu'â' adlı** fıkıhla alakalı kitabının yanında kelam ve tasavvufa ait eserleri mevcuttur. Bkz, Üzüm, İlyas, **Nesefî, Mekhul b. Fazl, DİA**, Cilt: 32, ss. 571-572.

⁴¹⁸ Vr, 20b, 171b.

⁴¹⁹ Ahmed b. İsmet Ebu'l-Kâsım es-Saffâr el-Belhî (336/947). Nusayr b. Yahyâ'dan fıkıh öğrendi.. Hakkında bilgi için bkz. el-Kureşî, **el-Cevâhiru'l-mudîyye**, I, 200-201 (no. 141); el-Kefevî, **el-Ketâib**, vr. 115b; el-Leknevî, el-Fevâid, 50 (no. 34). Bkz; Çeker, Huzeyfe, 'Hanefî Mezhebinin Fıkıh Silsileleri (Ebû Hanîfe'den Hicri VI. Asrın Sonuna Kadar)', İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. 19, 2012, s. 163-201, s. 178.

⁴²⁰ **Udde**, vr, 77b, 151b, 356a.

⁴²¹ Ebû Süleymân Mûsâ b. Süleymân el-Cûzcânî el-Bağdâdî (ö. 200/816 [?]). İbnü'n-Nedîm Cûzcânî'nin eseri bulunmadığını, sadece Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin kitaplarını rivayet ettiğini belirtirken diğer kaynaklarda es-Siyerü's-sağîr, Kitâbü's-Salât, Kitâbü'r-Rehn ve Nevâdirü'l-fetâvâ adlı eserleri yazdığı kaydedilir. Serahsî el-Uşûl'ünde Cûzcânî'nin Nevâdirü'l-fetâvâ'sından bahseder. Şeybânî'nin el-Aşl (el-Mebsût) adlı eserinin nüshaları içinde en güvenilir olanı Cûzcânî'nin rivayet ettiği nüshadır. Bkz: Şener, Abdülkadir, **Cûzcânî**, DİA, Cilt: 8, s. 98.

⁴²² **Udde**, vr, 31a, 50a, 170b, 175a, 227a, 250a, 270b,

et-Timurtâşî'den⁴²³ altı defa,⁴²⁴ Ebû Bekr er-Râzî (el-Cessâs)'dan⁴²⁵ dokuz defa,⁴²⁶ Ebû Mansûr el-Maturidî'den⁴²⁷ iki defa⁴²⁸ ve Kadı Ebu Hâzim'den⁴²⁹ bir defa⁴³⁰ nakil yapılmıştır. Ayrıca el-Ğavrî,⁴³¹ Hasen el-Maturîdî,⁴³² Ebû İsmet Sa'd b. Muâz el-Mervezî,⁴³³ Halid b. Sabîh el-Mervezî⁴³⁴ ve Ebû Bekr Muhammed b. Fadl el-Kumârî⁴³⁵ gibi fakihlerden de nakiller yapılmıştır.

Hâkimu's-şehîd, Sadru's-şehid ve Sadru's-şeria isim benzerliği sebebiyle aynı şahıs zannedilebilmekte veya karıştırılabilmektedir.

3.2.2.2.5. *Hâkimu's-şehîd* (ö. 334/945):

Ebü'l-Fazl Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Mervezî el-Belhî'dir. *el-Kâfî*, ve *el-Müntekâ* sahibidir.

3.2.2.2.6. *es-Sadru's-şehid* (ö. 536/1141):

Ebü Hafs (Ebû Muhammed) Hüsâmuddîn Ömer b. Abdilazîz b. Ömer b. Mâze el-Buhârî'dir. *Camiussağir* ve *Camiul-kebir şerhleri* ve *el-Fetâvas-suğra* eserleri vardır.

⁴²³ Şihâbüddîn (Şemsüddîn) Muhammed b. Abdillâh b. Ahmed el-Ömerî et-Timurtâşî el-Gazzî (ö. 1006/1598). Üzerine Haskefi tarafından **ed-Dürrü'l-Muhtar** ve onun üzerine de Muhammed Emîn b. Abidîn tarafından **Reddü'l-Muhtâr** haşiyesinin yazıldığı **Tenvîrü'l-ebşâr ve câmi'u'l-bihâr** adlı özlü metnin müellifidir. Taşköprizâde'ye çağdaş bir alim olup fıkıh alanında birçok eserleri vardır. Hakkında daha fazla bilgi için bkz; Özel, Ahmet, **Timurtâşî**, DİA, Cilt: 41, ss. 188-189.

⁴²⁴ Bkz, **Udde**, vr, 19a, 126a, 170b, 237b, 286b, 338a.

⁴²⁵ Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî (ö. 370/981). Kerhî'nin talebesi olup ashab-ı tahrir derecesinde müçtehitlerden sayılmaktadır. **Ahkâmu'l-Kur'ân**, **Şerhu Muhtasari't-Tahâvî**, **Şerhu Cami'i'l-kebir** gibi önemli eserleri vardır. Bilgi için bkz; Güngör, Mevlüt, **Cessâs**, DİA, Cilt: 7., ss. 427-428.

⁴²⁶ Örneğin bkz; **Udde**, vr, 7b, 217a, 278a.

⁴²⁷ Ebû Mansûr Muhammed b. Muhammed b. Mahmûd el-Mâtürîdî es-Semerkandî (ö. 333/944).

⁴²⁸ **Udde**, vr, 208b, 253b.

⁴²⁹ Ebû Hâzim 'Abdülhamîd b. 'Abdil'azîz es-Sekûnî (292/905). Bekir b. Muhammed el-'Ammî ve 'Îsâ b. Ebân'dan fıkıh tahsilinde bulunmuştur. Bkz, Çeker, H. s. 170.

⁴³⁰ **Udde**, vr, 10b.

⁴³¹ **Udde**, vr, 334a.

⁴³² **Udde**, vr, 171b.

⁴³³ **Udde**, vr, 10b, 267b.

⁴³⁴ **Udde**, vr, 72b.

⁴³⁵ **Udde**, vr, 294a.

3.2.2.2.7. Sadru's-şeria (ö. 747/1346):

Sadrüşşerîa es-Sânî Ubeydullâh b. Mes'ûd b. Tâcişşerîa Ömer b. Sadrişşerîa el-Evvel Ubeydillâh b. Mahmûd el-Mahbûbî el-Buhârî'dir. Dedesiyle karışmasını diye 'es-Sani' veya 'el-asğar' sıfatıyla anılır. *Tenkîhu'l-usûl* ve *Şerhu Vikâye*'si meşhurdur.

3.3. NAKİLLER

Taşköprizâde Kemâleddin Efendi'nin *Uddetu ashabi'l- bidâyeti ve'n-nihâye* eserinin belki de en çok dikkat çeken özelliği, içerisindeki nakillerdir. Bu nakilleri dış ve iç nakiller olarak iki ayrı başlık altında incelemeyi uygun gördük. Çünkü musannif eserinde her ne kadar Merginânî'nin *Hidâye*'sini esas alsada onun mesâili ile yetinmemiş, diğer kaynaklardan kayda değer ilavelerle metni zenginleştirmiştir. Hatta yaşadığı devrin tartışılan konuları hakkında müstakil fasıllar açmış, uzun nakillerde bulunmuştur. İleride 'Gündeme Dâir Müstakil Fasıllar' başlığı altında bu nakiller üzerinde duracağız.

Musannifin, *Hidâye*'nin meseleleri üzerinde uyguladığı iç nakiller de eserin dikkat çeken diğer bir özelliğidir. Çünkü ona göre birçok mesele bir münasebetle olması gereken yerden farklı bir yerde zikredilmiş, bu sebeple asıl zikredilmesi gereken yerde ise terkedilmiştir. Çünkü klasik kitapların özelliklerinden biri de tekrarlardan kaçınmak ve metni mümkün mertebe kısa tutmaktır.

Musannif iç nakilleri çoğu kere ذكرها, ذكرها, ذكرها, ذكرها, ذكرها şeklinde ifade etmiş ve bu nakilleri genel itibariyle konu sonlarına⁴³⁶ yerleştirmiştir. Musannif bu şekilde 500'ü aşkın meselenin yerini değiştirmiş, fakat ihtiyaç anında müracaat edilmesini kolaylaştırmak için asıl geçtiği yere de atıfta bulunmuştur. Çoğu kere bir fetvayı her iki yerde de de zikretmiştir. *Hidâye*'nin başka yerinde satır aralarında veya meselelerin zımnında geçen fetvalara da أشار إليها veya benzeri bir kalıpla değindiği görülmektedir.

⁴³⁶ Konu başında nakil yapmasına örnek; vr, 36b.

Musannif kitabında, eserin *Hidâye* üzerine bir çalışma olması münasebetiyle başta *Hidâye* olmak üzere, onun en meşhur şerhleri olan *el-İnâye*, *Fethu'l-Kadîr*, *el-Kifâye* ve *en-Nihâye*, gibi kitaplardan nakiller yapmak suretiyle açıklamalarda bulunmuştur.

Ayrıca *Fetâvâ Zahîruddîn*, *Fetâvâ's-suğrâ*, *Fetava'l-Bakkâlî*, *Vikâyetü'r-rivaye*, *Ğayetü'l-beyân*, *et-Tetimme*, *el-Hilâliyye*, *Fetâvâ Zahîriyye*, *el-Fevâidü'z-zahîriyye*, *ez-Zehîra (İbn Maze)*, *Tilbetü't-talebe*, *el-Müntekâ*, *el-Müctebâ*, *el-Esrâr*, *ez-Ziyâdât*, *en-Nevâdir*, *Câmi'u'l-Fusûleyn*, *el-Mebsût*, *el-Îzâh*, *el-Fevâidü'l-behiyye*, *es-Siyeru's-sağîr*, *es-Siyeru'l-kebîr*, *el-İmlâ* ve *el-Kâfî* gibi eserlerden de alıntılarda bulunmuştur.

İleride bütün bu nakiller örnekler üzerinden değerlendirilecektir.

3.3.1. Kitap Dışı Nakiller

Musannifin kitap dışından nakilleri genelde *Hidâye*'nin meşhur şerhlerinden yapılmış olup, bu nakiller bazen çok kısa, bezen ise çok uzun olabilmektedir. Yine ifadeler kaynaktan aynı lafızlarla aktarıldığı gibi, kısaltılarak veya değiştirilerek de aktarıldığı görülmektedir.

3.3.1.1. Musannifin Kaynakları (Alıntı Yaptığı Kaynaklar)

Burada musannifin en çok alıntı yaptığı kaynaklardan örneklerle bahsetmek istiyoruz.

3.3.1.1.1. *Fethu'l Kadîr'den Nakiller*

Musannif kitabında 61 defa İbn Hümmam'dan (ö. 861/1457)⁴³⁷, 28 defa *Fethu'l-Kadîr*'den bahsetmiştir.

⁴³⁷ Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî.

İbn Hümam, Hanefî mezhebinin mümtaz fakihlerinden olup aynı zamanda dilci, usulcü ve kelamcı kimliğe de sahip bir şahsiyettir. Her ne kadar fıkıh alanında 10'a yakın eseri olsa da⁴³⁸ Taşköprizâde'nin bu nakilleri hep *Fethu'l-Kadir*'dendir. Bu sebeple İbn Hümam'dan nakletmesi demek *Fethul Kadir*'den nakil manasına geleceğinden kitapta yaklaşık 100 defa bu şerhten nakil yapıldığını söyleyebiliriz.

Bu nakiller bazen kısa olarak, bazen de konunun önemiyle bağlantılı olarak uzun bir metin şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Kısa alıntılar konunun anlaşılmasına yardımcı olmak ve ibaredeki muğlaklığı kaldırmaya yöneliktir. Örneğin; Kazf haddi konusunda şöyle der:

وإن قال: ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان، أي إن قال الزوج الذي جاءت زوجته بولد: ليس بابني ولا بابنك... إلخ. كذا فسر العلامة ابن الهمام. وقد أصاب فيه.

Bir adam; 'bu benim de, senin de oğlun değildir' derse had de, lian da gerekmez. Yani; bu sözü, adam, bir çocuk doğuran karısına söylerse ... demektir. Bu açıklamayı Allame İbn Hümam yapmış ve çok da iyi yapmıştır.⁴³⁹

Müellif burada İbn Hümam'dan alıntı yapmakla kalmamış, aynı zamanda onun bu izahını takdir etmiştir.

قال العلامة ابن الهمام: والقطع في الخنطة وغيرها إجماعاً إنما هو في غير سنة القحط، أما فيها فلا، سواء كان مما يتسارع إليه الفساد أو لا؛ لأنه عن ضرورة ظاهرة، وهي تبيح التناول. وعنه عليه السلام: {لاقطع في جماعة مضطر}، وعن عمر رضي الله عنه: لا قطع في عام سنة، انتهى.

Hidâye'nin metninde denir ki: 'Et, süt ve meyve gibi çabucak bozulan şeyleri çalmakla el kesilmez. Buğday ve şeker çalanın ise eli kesileceğinde icma vardır.' Musannif bu konuyu böylece bırakmaz ve devamında İbn Hümam'dan şöyle nakleder:

İbn Hümam der ki: Buğday gibi dayanıklı gıdaların çalınması durumunda el kesilmesi kıtlık yılları için geçerli değildir. Şayet kıtlık varsa çalınan gıdanın çabucak bozulma veya buzulmamasına bakılmaksızın el kesilmez. Çünkü burada zaruret

⁴³⁸ İbnü'l-Hümam ve eserleri hakkında geniş bilgi için bkz: Koca, Ferhat, **İbnü'l-Hümam**, DİA, Cilt: 21, ss. 87-90.

⁴³⁹ Bkz, vr,125b.

vardır ve zaruret almayı mübah kılar. ‘Zorda kalanın açlığı söz konusuysa kesme yoktur’ şeklinde bir hadis rivayeti vardır.⁴⁴⁰ Hz. Ömer de; ‘Kıtlık yılında kesme olmaz’ demiştir.⁴⁴¹

Yine havadaki kuş ve denizdeki balığın satılamaması konusu bağlamında; مسائل مهمة في هذا المحل نقلت من شرح العلامة ابن الهمام بحذف الأدلة diyerek, illetleri ayıklayarak konunun detayına girmiş ve akdin sıhhat veya fesadı hususunda kriteri beyan eden İbn Hümam’dan alıntı yapmıştır.⁴⁴²

Müellif birkaç yerde İbn Hümam’dan çok uzun alıntılarda bulunmuştur. Bunlardan biri zimmîlerle alakalı bir fasılda, zimmîlerin yıkılan ibadethanelerini onarmaları konusundadır. Burada zimmîlerin hukukundan ve şehir türlerinden bahsetmiştir. Bir sayfayı geçen bu alıntıyı *Fethu’l-Kadîr*’de olduğu şekilde aktarmış,⁴⁴³ ibarede herhangi bir tasarrufta bulunmamıştır.⁴⁴⁴ Başında da bu açıklamayı öven ifadeler kullanmış, İbn Hümam’ın bu satırlarının altın mürekkeple yazılmaya değer olduğunu, kitabını kısa tutmayı amaçlamasına rağmen bu uzun nakli yapmaktan kendini alamadığını ve kendisinin de aynı fikri paylaştığını söylemiştir.⁴⁴⁵

Müellifin bu konu üzerinde fazla durması; Osmanlı Devleti’nin bünyesinde yaşayan zimmi konumundaki milletlerin (azınlıkların) hukukunun o devirde devletin sorumluluğunda olması ve kendisi de resmi kadılık vazifesi gereği, karşılaşılan sıkıntıları çok iyi bilmesiyle açıklanabilir.

İleride ‘Gündeme Dâir Müstakil Fasıllar’ bölümünde konunun içeriğinden bahsedeceğiz.

Yine kazâ (muhakeme) hususunda müstakil bir fasıl açmış, İbn Hümam’dan uzunca nakilde bulunmuş, gâibin hukuku ve avukatlıkla alakalı faideli bilgiler

⁴⁴⁰ Ali el-Kârî, Ebü’l-Hasen Nûrüddîn Alî b. Sultân Muhammed el-Kârî el-Herevî (ö. 1014/1605), **Mirkatü’l-mefâtîh Şerhu Mişkâtî’l-mesâbih**, Beyrut, 2002, 6/2357.

⁴⁴¹ Vr, 127a.

⁴⁴² Vr, 166b.

⁴⁴³ İbn Hümam, **Fethu’l-Kadîr**, Cilt: 6, s. 54.

⁴⁴⁴ Bkz: Vr, 139a.

⁴⁴⁵ وقد ذكر العلامة ابن الهمام في هذا المحل تفصيلاً حقيقاً بأن يكتب بمداد من الذهب، فأحببت إيرادته لتأييد المذهب، حيث قال: ...

nakletmiştir.⁴⁴⁶ Başında; ‘vazifemiz değil ama faydalı olacağı için yine de nakletmeyi uygun gördük’ der.⁴⁴⁷

Bu naklin gerekçesi de aşikârdır. Musannifin hayatı Halep, İstanbul, Bursa, Şam gibi farklı merkezlerde kadılık vazifesiyle geçmiş olduğundan, hâkimin karşılaşılabileceği sıkıntıları yakinen bilmektedir.

Bu nakillerin en uzununu ise vakıf konusunda müstakil olarak açtığı ve dolu dolu tam 4 varak devam eden alıntısıdır.⁴⁴⁸ Musannif burada vakfın unsurlarından ‘mütevellî’ ve ‘mevkuf aleyh (vakfın yapıldığı/menfaatinin tahsis edildiği zümre)’ten bahsetmektedir.

Osmanlı Devleti’ndeki vakıfların işlev, çeşit ve adetlerini göz önünde bulundurursak bu alıntının o gün için ne kadar önemli olduğunu, bu sebeple detaya dalma gereği hissettiğini anlamak zor değildir. Ayrıca bir eser ortaya konuyorsa o eserin öncelikle kendi güncel problemini önemsemesi gayet doğaldır.

Taşköprizâde yine ‘İstihkâk Babı’nda’ İbn Hümam’dan alış-veriş akdi bağlamında ‘istihkak’ denilen; malın tamamının veya bir kısmının başkasının hakkı olduğu ortaya çıkma durumuna müteallik uzunca bir alıntı yapmış, hatta ‘Fer’ adı altında konuyla alakalı müstakil bir başlık açmıştır.⁴⁴⁹

Yine hastanın ve ‘muhaddira’ denilen; erkeklerin arasına çıkma huyu olmayan, utangaç kadının mahkemeye gelme zorunluluğu olup-olmaması ve mahkemeye gelme zorunluluğunu düşüren mazeretlerle alakalı uzun bir alıntı yapılmıştır.⁴⁵⁰ Naklin başında İbn Hümam’ın satırlarına hayranlığını şu sözleriyle ifade etmiş: وقد ذكر العلامة ابن الهمام تحقيقاً حقيقاً بأن يُكتب بالمسك الأذفر على صحائف اللجين، ولأجل تكثر النفع كتبه وأدخلته في البين.

Yine şehadeti düşüren etkenlerle alakalı yaklaşık bir sayfa kadar alıntıyı aynen aktarmıştır.⁴⁵¹

⁴⁴⁶ Varak, 193a- 193b.

⁴⁴⁷ وذكر العلامة ابن الهمام في هذا المحلّ تفصيلاً أحببنا أن نوردّه كثيراً للفائدة، وإن كان خارجاً عن وظيفتنا

⁴⁴⁸ Bkz: Vr, 153b-157b.

⁴⁴⁹ Bkz: Vr, 178b-179b.

⁴⁵⁰ Vr, 205a-205b.

⁴⁵¹ Vr, 199b.

Müellif, İbn Hümam'dan ilgi çeken fetvalar da nakletmiştir.⁴⁵² 'İlginç Fetvalar' bölümünde bir kısmını nakledeceğiz.

3.3.1.1.2. *Înâye'den Nakiller*

Musannifin *Hidâye*'den sonra *Fethu'l-Kadir*'le birlikte eserini oluşturduğu en temel kaynaktır.

Musannifin *Fethu'l-Kadir*'den yaptığı nakiller genel itibariyle sayıca az, fakat uzun ve sadra şifa nakillerken, *Înâye*'den yaptığı nakiller ise daha ziyade literaldir. Bu nakiller genelde kısa alıntılar olmakla birlikte açıklayıcı, kayıtlayıcı, uyarıcı ve ihtirazları belirtici niteliktedir. Bazen uzun nakillere de raslanmaktadır. Kanaatimiz odur ki; musannif eserini oluştururken en çok *Înâye*'den istifade etmiştir.

Eserde *Înâye*'den 400'ü aşkın yerde alıntı yapmasına rağmen eserin müellifi Bâbertî'nin (ö. 786/1384)⁴⁵³ ismini hiç kullanmaması dikkat çekmektedir.

Înâye'nin katkılarına birkaç örnek vermek istiyoruz:

ثم واجب الدم يتأذى بالشاة في جميع المواضع إلا في موضعين نذكرهما في باب الهدي إن شاء الله تعالى. قال في العناية: يعني: إذا طاف طواف الزيارة جنباً، وإذا جامع بعد الوقوف بعرفة، انتهى.

Hidâye'de; 'dem gerekir' denilen yerlerde iki yer dışında küçükbaş hayvanın kurban olarak kesilmesinin yeterli olacağı bu iki yerin ileride beyan edileceği söylendikten sonra okuyucuyu yormamak için *Înâye*'den alıntı yaparak o iki yerin; ziyaret tavafını cünüp olarak yapmak ve Arafatta vakfeden sonra cima etmek olduğunu söyler.⁴⁵⁴

İhtirazı belirtmek için yapılan bir alıntıya misal verelim:

وإذا فرّق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها، وكذا بعد الخلوة. فإن دخل بها فلها مهر مثلها، لا يزداد على المسمى عندنا خلافاً لزفر. وعليها العدة. ويعتبر ابتداءها من وقت التفريق، لا من آخر الوطئات، هو الصحيح، وهذا احتراز عن قول زفر، كذا في العناية.

⁴⁵² Örneğin bkz: Vr, 184a.

⁴⁵³ Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed el-Bâbertî er-Rûmî el-Mısırî.

⁴⁵⁴ Varak, 60b.

Fasid bir akitle evlenmiş çiftler zifaf ve duhulden sonra mahkemece ayrılırlarsa mehr-i misil gerektiği gibi iddet de gerekir. Sahih görüşe göre; iddet, cinsi ilişki sonrasından itibaren değil, mahkemenin tefrikinden itibaren başlar. Burada son kayıt Züfer'in görüşünden ihtirazdır. (Yani Züfer'e göre; cinsi ilişki sonrası başlar.)⁴⁵⁵

İnaye'den alıntı yaparak tercih ettiğini belirtmesine misal:

“*Hidâye*'nin *Kudûri*'den aldığı metne göre; Falancayla konuşmayacağına yemin eden kişi - o kişi uyuyor olmadıkça işiteceği şekilde - ona hitab ederse yemini bozulur. *Mebsut*'taki bazı rivayetlere göre; ‘şayet uyandırarak hitap ederse yemini bozulur’, bazı rivayetlere göre ise; ‘nida etse veya uyandırsa yemini bozulur’ denilmiştir. Bu görüşlere göre; uyuyana sırf hitapla yemini bozulmaz. Şemsüleimme es-Serahsi de bunu tercih etmiş, ‘meşayihimiz de bu görüştedir’ demiştir. Oysa *İnaye*'nin de tercih ettiği üzere en doğrusu Kudûrî'nin fetvasıdır” demek suretiyle kendisi de tercihini belirtmiştir. Fetva usulü cihetinden *Zahiru'r-rivâye*'ye muhalif fetva, belli yerler dışında tercih edilmediği halde⁴⁵⁶ müellif bu konuda *İnaye*'den destek alarak Kudûrî'deki fetvaya itimat etmiştir.⁴⁵⁷

Taşköprizâde, *İnaye*'den nadir de olsa uzun alıntılarda da bulunmuştur:

Çocuğun vasisinin yetkileri hakkında müstakil olarak açmış olduğu fasılda iki defa uzunca alıntı yapmış, birinde;⁴⁵⁸ iki tane vasi olması durumunda her bir vasinin neleri tek başlarına yapabileceği ve neyi yapamayacağı konusunu, diğerinde ise;⁴⁵⁹ vasinin musa leh ile mukaseme yapmasının caiz, varislerin ise mukasemesinin caiz olmadığını açıklamaya çalışmıştır.

3.3.1.1.3. *Kifâye'den Nakiller*

Leknevi, Kürlânî'ye (ö. 767/1366)⁴⁶⁰ ait *el-Kifâye*'nin, *Hidâye*'nin en basit ve en şamil şerhi olduğunu, nitekim birçok önemli meseleyi içerdiğini söyler.⁴⁶¹

⁴⁵⁵ Varak, 77a.

⁴⁵⁶ İbn Abidîn, *Şerhu Ukudi resmi'l-müftî*, s. 28.

⁴⁵⁷ Varak, 117a.

⁴⁵⁸ Varak, 355a.

⁴⁵⁹ Varak, 355b.

⁴⁶⁰ Celâluddin b. Şems el-Harezmi el-Kürlânî'nin.

⁴⁶¹ el-Fevâidü'l-behiyye, s. 69.

Taşköprizâde de *Kifaye*'nin bu açıklayıcı ve kolaylaştırıcı yönünden istifade ederek yaklaşık 100 defa ondan nakilde bulunmuştur. Birkaç örnek verelim:

وإذا رهن الأب من نفسه أو من صغير له أو عبد تاجر لا دين عليه جاز، ذكرها في باب ما يجوز ارتحانه، وقد ذكر هناك. وفي الكفاية: يعني رهن الأب متاع ابنه الصغير من نفسه بدين له صغير بأن يكون لرجل ابنان صغيران، فصار لأحدهما دين على الآخر بوجه من الوجوه فرهن الأب متاع ابنه الصغير المديون من ابنه الصغير الذي هو رب الدين أو يكون للأب عبد تاجر ولهذا العبد دين على الصغير فرهن الأب متاع ولده الصغير من عبد نفسه جاز، انتهى.

Hidâye'de; 'babanın kendine, oğluna veya ticaretine izin verilen kölesine rehin vermesi caizdir,' der. Bir insan nasıl olur da kendi kendine rehin verebilir? şeklinde bir soru akla gelebilir. Bu muhtemel soruya *Kifâye*'den nakille izahat getirmiştir: Olabilir ki adamın iki küçük oğlu olup, bir türlü birinin diğerine borcu oluşabilir ve adam birinin borcu yerine malını diğerine rehin kılar, râhin de, mürtehin de kendisi olur.⁴⁶²

وفي الكفاية قوله: "وكذا المتردية ... إلخ" أي يحلّ عند أبي حنيفة بالذكاة، وعليه الفتوى، وعند أبي يوسف إن كان بحال لا يعيش مثله لا يحل، وقال محمد: إن كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحلّ، وإلا فلا.

'Bir yerden yuvarlanan, toslanan, darbe ile yaralanan veya kurdun karnını parçaladığı hayvanda hâlâ hayat belirtisi varsa ölmeden önce şer'î usulle kesildiği takdirde eti helal olur. Fetva da bu vech ile dir' dedikten sonra *Kifâye*'den nakil yaparak, Ebu Yusuf ve Muhammed'in görüşlerindeki ince ayrıntıyı belirtmiştir.⁴⁶³

Kifaye'den zoolojik nakiller de yapmıştır:

ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء، ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله فإنه يؤكل، وفي الكفاية: من عادة البازي أن يقع على شيء، وينظر إلى صيده ليأتيه من الجانب الذي يتمكن من أخذه، فهو بمنزلة كمين الفهد، ولا ينقطع به فور الإرسال، انتهى. وهذا إذا لم يمكث زماناً طويلاً للاستراحة، وإثما مكث ساعة للكمين لما بيناه في الكلب.

'Doğanı av üzerine saldıktan sonra doğan bir yere konsa, sonra avı takip ederek onu yakalasa ve öldürse av yenir' ifadesinden sonra illet sadedinde doğan

⁴⁶² Varak, 358a.

kuşunun avlanma stratejisine dair *Kifâye*'den nakille şöyle der: Doğanın huyu bir yere konarak avını kontrol etmek ve onu gözüne kestirdiği bir zamanda atılmaktır. Bu hareket kedinin pusuda beklemesine benzer ki bu konma ile irsal kesintiye uğramaz.

Musannif *Kifâye*'den bunu aktarmakla kalmaz ve kendisi de şu katkıda bulunur: Tabi bu; doğanın konduğu yerde dinlenerek uzun süre beklemediği durum için geçerlidir.⁴⁶⁴

Bazen biz de bazı nüshaların kenarında bulunan haşiyelerdeki *Kifaye*'den nakledilen nüktelerden dipnot şeklinde alıntı yaptık:

İmam Ebû Hanîfe'ye göre; gümüşle süslenmiş kaplardan -ağzını gümüşlü yere değdirmemek şartıyla- bir şey içmek caiz olmakta ve bu, -Ebu Yusuf katılmasa da- mekruh dahi olmamaktadır. Kirmanî burada aşağıdaki nokteye yer vermiştir:

وحكي أنّ هذه المسألة وقعت في دار أبي جعفر الوائقي بحضرة أبي حنيفة وأئمة عصره فقالت الأئمة:

يكره، فقليل لأبي حنيفة: ما تقول؟ قال: إن وضع فمه على الفضة يكره وإلا فلا، فقليل له: ما الحجة؟

فقال: أرايت لو كان في الأصبع خاتم فضة فشرب من كفه أكره؟ فوقف كلهم وتعجب أبو جعفر.

Burada Ebû Hanîfe'nin de bulunduğu bir mecliste bu konuda herkes mekruh olduğu yönünde kanaat belirttikten sonra İmam'a da fikrini sorduklarında; parmağında yüzük varken avucunun içiyle su içmek mekruh mu ki bu mekruh olsun?! diye sormuş, imamların hepsi dona kalmıştır.⁴⁶⁵

3.3.1.1.4. Nihâye'den Nakiller

Daha önce de söylediğimiz üzere bu eser, Hüsâmüddîn Hüseyin b. Alî b. Haccâc el-Buhârî es-Siğnâkî'ye (ö. 714/1314) ait olup, *Hidâye* üzerine yazılan ilk şerh olarak bilinmektedir.⁴⁶⁶

⁴⁶³ Varak, 309b.

⁴⁶⁴ Varak, 309b.

⁴⁶⁵ Varak, 291a.

⁴⁶⁶ İbn Kutluboğa, *Tâcü't-terâcim*, s. 220; İbn Hacer, *ed-Dürerü'l-kâmine*, Cilt: 2, s. 60; el-Leknevî, *el-Fevâidü'l-Behiyye* s. 62. Rahmi Yaran bunun doğru olmadığını söyler. Bkz: Siğnâkî, DİA, Cilt: 37, ss. 164-166.

Müellif 90'ı aşkın yerde *Nihaye*'den alıntı yapmıştır. Babertî şerhinde *Nihaye*'den çok istifade ettiği için bu alıntılar genelde *Înâye* vasıtasıyla olmuştur. Bununla birlikte doğrudan yaptığı nakiller de gayet çoktur. Bu nakillere birkaç örnek verelim:

وتقبل شهادة الأخ لأخيه وعمّه، ولا تُقبل شهادة مُحَنَّثٍ، ومراده المخنَّث في الردى من الأفعال أي

أفعال النساء من التزيّن بزینتهن والتشبه بهنّ في القول والفعل، كذا في النهاية. فأما الذي في كلامه

لین وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة.

‘Kişinin kardeşi veya amcası lehine şهادeti makbuldür. Muhannesin ise şهادeti kabul edilmez’ dedikten sonra *Nihâye*'den nakille muhannesin tanımlar ve der ki; ‘Muhannesten murad; kadın gibi süslenen, kadın gibi konuşup, kadın gibi davranan, ahlakı çirkin kimsedir.’ Kibar konuşan veya azaları kıvrak kimseyi muhannesle karıştırmamak gerekir, zira onların şهادeti makbuldür.⁴⁶⁷

Musannif *Nihaye*'den yaptığı doğrudan nakilleri genelde yukarıdaki örnekte olduğu gibi, açıklamanın sonunda; كذا في النهاية diyerek yapmıştır. Bazen de tafsilatlı meselelerde, müracaat etmesi için okuyucuyu *Nihâye*'ye yönlendirmiştir. Bu meselelerden biri; vekâlet akdinde - teslim edilmezden evvel veya teslimden sonra - paranın muayyen olup olması meselesidir. Bu bağlamda: وهذا البحث من معارك الآراء،⁴⁶⁸ diyerek *Nihaye*'ye işaret etmiştir.⁴⁶⁹

3.3.1.1.5. *Câmiu'l-Fusûleyn*'den Nakiller

Musannif, Kadı Bedreddin Simâvî' (veya Simavne)'nin (ö. 823/1420) *Camîu'l-Fusûleyn* adlı eserinden sadece bir yerde, fakat uzun bir alıntıda bulunmuştur.⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ Varak, 200a.

⁴⁶⁸ Bkz: Varak, 208b.

⁴⁶⁹ Varak, 171a-172b.

Taşköprizâde zamanının tartışılan konularından olan ‘bey’ bi’l-vefâ’ hakkında başlı başına bir fasıl açmış, önce *Hidâye*’den, sonra *Înâye*’den kısa bir nakille konuya başladıktan sonra sözü Kadi Simavne’ye bırakmıştır.⁴⁷⁰ Müellif bu nakliyle vefalı satışlara müteallik birçok açıklamalarda bulunmuş, bu esnada Kadı Simavne’nin, kaynakları için kullandığı rumuzları aynı şekilde kullanmıştır. Bu rumuzlar şöyledir:

خ - Kazihan

محر - Muhtasar’l-Kerhî

غر - Garîbü’r-rivâye (Seyyid Ebu Şüca’)

صع - Fusûlü’l-Îmâdî (Mergînânî’nin torunu)

عدة - Uddetü’l-müftîn (Nesefî)

فشین - Fevâidü Şeyhi’l-İslâm Burhâneddin Merginânî

فك - Fevâidü Ebî Bekr Muhammed b. Fadl

شین - Şeyhi’l-İslâm Burhâneddin

Fikir vermesi cihetinden kısa bir örnek verelim:

ولو ذكر البيع بلا شرط، ثم ذكر الشرط على وجه العدة جاز البيع، ولزم الوفاء بالوعد؛ إذ

المواعيد قد يكون لازمة، فيجعل لازماً لحاجة الناس. محر

Kişi, akit esnasında şart koşmamış, fakat sonra bir şey söz vermişse satış akdi caiz olup, sözüne uyması gerekli olur. Çünkü söz, bazı durumlarda lâzım olabiliyor. Burada da insanların hâcetine binâen muteber kabul edilir.⁴⁷¹

⁴⁷⁰ Bkz: Varak, 171a-172b.

⁴⁷¹ Varak, 172a.

3.3.1.1.6. el-Muhîtu'l-Burhânî'den Nakiller

Musannif, Burhânüddîn (Burhânü's-Şerâ) Mahmûd b. Ahmed b. Abdilazîz İbn Mâze el-Buhârî el-Mergînânî'ye (ö. 616/1219) ait bu kıymetli eserden beytûlmalin işlevleri hakkında uzun bir alıntı yapmıştır.⁴⁷²

3.3.1.2. Kitap Dışından Nakillerin Şekli

Udde kitabındaki dış nakilleri; kısa-uzun; öncül-soncul; sarîh-dolaylı şeklinde kategorize etmek mümkündür.

Kısa nakillere geride bolca örnek vermiş, uzun nakillerin ise yerlerine işaret etmiştik.

Öncül nakilden kastımız; hangi kaynaktan nakil yapacağını önceden belirterek söze başlamasıdır. Bu tür nakiller genelde; ... وفي الجامع veya قال في العناية: ... yahut; ... قال ابن الهمام: ... yahut; ... الصغير ... bittiği yerin karışmaması için . انتهى diyerek noktalar.

Soncul nakilden muradımız ise; meseleyi izah ettikten sonra aldığı kaynağı belirtmesi durumudur. Genellikle; ... هكذا وقع في نسخ veya ... كذا في النهاية. formatındadır.

Doğrudan nakil; müellifin kaynak ibarede bir tasarrufta bulunmadan metni olduğu gibi aktarmasıdır. Dolaylı nakil ise; kaynak metinde ihtisar, tecrid, izah veya ilave gibi bir tasarrufta bulunmak suretiyle metni olduğu gibi değil de, biraz değiştirerek nakletmek veya mefhumunu aktarmaktır.

Aslı itibariyle neredeyse tamamı nakillerin telifinden oluşan böyle bir kitapta her iki nakli de bol bol görmek zor değildir. Biz kaynak metni değiştirerek yaptığı nakillerden birkaç örnek vermeyi yeterli görüyoruz.

⁴⁷² Varak, 140a-140b.

Örneğin *İnaye*'den alıntı yaptığı aşağıdaki örnekte⁴⁷³ bazı terimleri açıklarken arada geçen illetleri ve o bağlamda yararsız gördüğü kayıtları hafız edarak ihtisara gitmiştir.

والسَعْفُ ورقُ الجريد الذي يتخذ منه المَرَاوِخُ، والتبنُّ هو القصيل ذاتاً، إلا أنَّه زادت فيه

اليبوسة، كذا في العناية.

Oysa *İnâye*'nin orijinal ibaresi tam olarak şöyledir:⁴⁷⁴

السَعْفُ وهو ورق الجريد الذي يتخذ منه المَرَاوِخُ والتبنُّ، لأن المقصود هو الحب والتمر دونهما. فإن

قيل: ينبغي أن يجب العشر في التبن لأنه كان واجبا وقت كون الزرع قصيلاً، والتبن هو القصيل ذاتاً

إلا أنه زادت فيه اليبوسة وبها لا يتغير الواجب. أجيب بأنه لا يجب العشر في التبن لأن العشر كان

واجباً قبل إدراك الزرع في الساق حتى لو فصله وجب العشر في القصيل.

Musannif çoğu kere kaynak metinden sadece illetleri çıkararak alıntı yapmıştır.⁴⁷⁵ Örnek:⁴⁷⁶

وفي فتح القدير: لو أمر فقيراً بقبض دينٍ له على آخر نواه عن زكاة عينٍ عنده جاز، ولو

تصدق بدينٍ له على فقيرٍ ينويه عن زكاته جاز عن ذلك الدين نفسه، لا عن عينٍ، ولا عن دينٍ آخر،

انتهى.

3.3.1.3. Dış Nakillerin Sıhhati

وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه *Fethu'l-Kadîr*'den;

الرجال شهادة امرأة واحدة. قال العلامة ابن الهمام: مسلمة حرة عدلة، والثنتان أحوط، وبه قال أحمد،

⁴⁷³ Bkz: Varak, 43b.

⁴⁷⁴ Musannif altı çizili yerleri alarak, geriye kalan kısmı terketmiştir.

⁴⁷⁵ Bkz: Varak, 45a.

⁴⁷⁶ Tam metin için bkz: *Fethu'l-Kadîr*, Cilt: 2, s. 268.

شكليه يافمىؑ اءلۇؑ ناكلى⁴⁷⁷ اسلا مۇراعات
ءلمءءن انلاماك بىراز زورءلر. ؤۇنكۇ ءبارء سىباكىءان كىبارىلمىش وء ءرامءر ءلاراك
(وءقبلى فى الولاءة والبكاراة والءىوب بالنساء فى
شكىلءءءلر: ⁴⁷⁸موضع لا ىطلء علىه الرءال شهااة امراة واءاة) مسلمة حررة عءللة؁ والشنان أءوط.

Biz tahkik ؤالىشمامىزءا bu ءىبى ءلرۇملارءا؁ ءىpnót شكلىءلءه اسىل كائناكءاكى meءنى
nakleءerek problemlerى ءىءermeye ؤالىشتىك.

Musannifin bu tarz aktarımları her ne kadar pek az da olsa؁ onun bu tür
nakilleri; okuyucunun birikim ve zekâsına ءüvenerek؁ baęlantıyı kurabileceęini
düşünerek؁ ihtisar niyetiyle yaptığını düşünmekteyiz.

Geride de örneklerini verdiğimiz üzere meseleleri illetlerinden arındırarak
yapmış olduęu nakillerde bazı tasarruflarda bulunması bu nakillerin sıhhatine zarar
vermedięi kanaatindeyiz.

3.1.3.4. Kitap Dışı Nakillerin Deęerlendirmesi

Musannif bazen fetvanın yanlış anlaşılmasını engellemek veya bir faideye
işaret etmek için konunun ortasına bir alıntı eklemiştir. Bu ilave esnasında konunun
bazen bağlamından koparma durumu sözkonusu olabilmektedir. Bu sebeple okuyucu
bazen asıl metin olan *Hidâye*’ye müracaat etme gereęi hissedebilmektedir. Biz؁
zaman zaman okuyucuya yardımcı olmak için؁ onu kaynak metne müracat etmekten
kurtaracak ilaveler yapsak da؁ okuyucu yine de bu baęlantılara dikkat etmek ve
müteyakkız olmak durumundadır. Gerçi zamanımızdaki naktalama işaretleri bu
sıkıntıya çoęu yerde derman olmaktadır.

Dış nakillerle konunun bağlamından kopma durumuna bir örnek verelim:

وفى المحرز بالمكان لايعتبر الإحراز بالحافظ؁ هو الصحيح. وهذا احتراز عما ذكر فى العيون: على قول
أبى حنيفة يقطع السارق من الحمام فى وقت الإذن؁ أى: فى وقت دخولها إذا كان ثمّة حافظ. وقال

⁴⁷⁷ Varak, 197b.

⁴⁷⁸ Fethu’l-Kadîr, Cilt: 7, s. 372.

أبو يوسف ومُحمَّد: لا يقطع، وبه أخذ أبو الليث والصدر الشهيد. وفي الكافي: وعليه الفتوى، وهو ظاهر المذهب. كذا في فتح القدير.

[وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحافظ] وإن لم يكن له باب أو كان وهو مفتوح، حتى يقطع السارق منه، إلا أنه لا يجب القطع إلا بالإخراج، بخلاف المحرز بالحافظ، حيث يجب القطع كما أخذ.

Sahih olan görüşe göre; kapalı bir mekânda korunan malların başında muhafız olmak zorunda değildir. kapısı olmasa veya olduğu halde açık bırakılsa bile... Hatta böyle kapalı bir mekânda bekçi olmasa bile malı dışarı çıkardığı takdirde eli kesilir. Başında bekçi olan eşyayı ise sırf almak yeterlidir.⁴⁷⁹

Noktalarla ayırdığımız yerde musannif *Fethu'l-Kadîr*'den bir ilavede bulunmuş,⁴⁸⁰ ve konuyu bağlamından koparmıştır. İlaveden sonra başlayan cümlelerin başındaki vasıl bildiren *إن* olup, cümle doğrudan öncesiyile bağlantılı olduğu halde fasıla sebebiyle bu harfin şartiyye olan *إن* ile karışma olasılığı yüksektir. Biz bu ihtimali göz önünde bulundurarak köşeli parantez içerisinde cümlelerin öncesini aktarmak suretiyle okuyucunun bağlantıyı hemen kurmasını ve zaman kaybetmesinin önünü kesmeyi amaçladık.

Birbiriyle bağlantılı cümlelerin arasına sokuşturulmuş bu ilaveler her ne kadar bazen kelamın akıcılığını bozsa da kâr-zarar hesabı yapıldığında tolere edilemeyecek bir rahatsızlık oluşturmamaktadır.

Taşköprizâde'nin dış nakilleri incelendiğinde, *Înâye*'den yapılan nakilleri sayıca daha çok olmasına rağmen *Fethu'l-Kadir*'in ayrı bir yeri olduğu aşîkârdır. Zira ondan yapılan nakiller, uzun, sadra şifa ve güncelin problemini çözüme yöneliktir. Taşköprizâde kazâ, bey bil-vefa, vasi, zimmi ve vakıf konuları gibi gündemle alakalı her ne zaman bir fasıl açsa İbn Hümam onun imdadına yetişmiştir. Bu sebeple İbn Hümam'dan yapılan nakillerin stratejileri ve müellifin bu nakilleri takdim ederken sarf ettiği övücü cümleler dikkat çekmekte ve onun bir İbn Hümam hayranı olduğunu göstermektedir.

⁴⁷⁹ Varak, 128a.

⁴⁸⁰ 'Sahih olan görüş' ifadesinin niçin söylendiğine dair bir katkıdır.

Udde Kitabı'nı telif açısından kabaca bir orana vuracak olursak; % 70'ini *Hidâye*, % 10'unu *Fethu'l-Kadîr*, % 10'unu *Înâye* ve % 10'unu diğer kaynaklar olarak değerlendirmek mümkündür.

3.3.2. Kitap İçi Nakiller

Udde Kitabı'nı diğer eserlerden ayıran ve onu şahsına munhasır bir çalışma kılan en karakteristik özelliği elbette *Hidâye*'nin meseleleri arasında yaptığı kitap içi takdim ve tehirlerdir.

Musannifin, *Hidâye*'nin meseleleri üzerindeki bu tasarrufunun nedeni, kendi kanaatine göre o meselenin asıl yerinde yer almamasıdır.

Taşköprizâde *Hidâye*'deki bir meseleyi kendi yerinden başka bir konu altına yerleştirmekle müellife saygısızlık yapmış sayılmamalıdır. Nitekim nakil yaptığı bir meseleyi genel itibariyle eski yerinden çıkarmamış, ancak meseleyi yerleştirdiği yerde, aldığı yere atıfta bulunmuştur. Böyle yapması okuyucunun ihtiyaç anında meseleye müracaat edebilmesini kolaylaştırmak adına çok yerinde bir davranış olmakla birlikte müellifin *Hidâye* sahibine de saygısını göstermektedir.

Musannif bu iç nakilleri genellikle; سيذكر , كما هو مذكور , ذكرهما , ذكرها , ذكره şeklinde ifade etmiş ve bu nakilleri çoğu kere konu sonlarına, bazen de baş kısma yerleştirmiştir.

Musannif bu şekilde yüzlerce meselenin yerini değiştirirken, birçok fetvayı da her iki yerde zikretmiştir. *Hidâye*'nin başka bir yerinde satır aralarında veya meselelerin zımında geçen fetvalara da أشار إليها gibi bir kalıp kullanarak yer vermiştir.

Kitap içi nakiller incelendiğinde gerçekten de çoğu kere; 'bu fetvanın orada ne işi varmış?! demekten kendimizi alamadığımız nakillere rastlıyoruz. Vasiyyet babından icareye, kefaletten zekâta vs. alaksız gözüken konular arasında nakilleri görünce müellifin *Hidâye*'ye olan vukufiyetine hayran olmamak mümkün değildir.

Fikir verme adına birkaç misal verelim:

- ولو لبس ثوباً فيه تصاوير يكره، ولو صلى وبقره نجاسةً تكره، ذكرها في باب من يجوز دفع

الصدقة إليه من الزكاة.⁴⁸¹

- ومن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي ليس له أن يستردّه، ذكرها في كتاب الكفالة.⁴⁸²
- ولا يتعيّد بمخى، أي: لا يقيم صلاة العيد بها، ذكرها في باب صلاة الجمعة.⁴⁸³
- ولا يجوز دفع الغنم والدجاج ودود القترّ معاملة بنصف الزوائد، ذكرها في باب السلم.⁴⁸⁴
- أيضاً بموت المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع، ذكرها في أول الوصايا.⁴⁸⁵ ويطل [البيع]
- ولو لم يذكر أحد المتعاقدين حالاً ولا مؤجلاً فهو حالّ، ذكرها قبيل فصل الجنين.⁴⁸⁶
- الغاصب إذا اشترى المغصوب الذي في يده يصير قابضاً بمجرد العقد، ذكرها في باب

العدة.⁴⁸⁷

- إذا غصب خمرًا لزمي ثم أسلم فاستردّه من الغاصب بعد إسلامه يصحّ، فإنّ الإسلام لا يمنع

استردادها، ذكرها في آخر باب المهر.⁴⁸⁸

- ولا تحوز قسمة الدين قبل القبض، ذكرها في فصل الضمان من الكفالة.⁴⁸⁹
- ولو أضجع شاة للأضحية فأصاب السكين عينها فإنّه يجوز الأضحية، ذكرها في باب

الظهار.⁴⁹⁰

⁴⁸¹ Varak, 23b.

⁴⁸² Varak, 46a.

⁴⁸³ Varak, 56b.

⁴⁸⁴ Varak, 150a.

⁴⁸⁵ Varak, 157b.

⁴⁸⁶ Varak, 259a.

⁴⁸⁷ Varak, 268a.

⁴⁸⁸ Varak, 269b.

⁴⁸⁹ Varak, 281a.

⁴⁹⁰ Varak, 290b.

- ⁴⁹¹ وردّ السلام فرض على الكفاية، ذكرها في أوّل الكتاب السير.

Dikkat edilirse yukarıdaki fetvaların nakledildiği konu başlığı ile meselelerin kendisi arasında bir alaka kurmak gayet zordur. Bunları sadece örnek olarak sunduk. Kitapta bunlara benzer birçok nakil bulunmaktadır.

Bu nakillerin çoğu fasıl sonlarında olmakla birlikte fasıl başlarında da görülebilmektedir. Örneğin ‘Bey’ konusunun başında çok yoğun şekilde iç nakil bulunmaktadır:⁴⁹²

- والواحد لا يتولى طرفي البيع، ذكرها في باب ما يجوز ارتهانه من كتاب الرهن.
- وفي تسليم المبيع والضمن يُحضر المبيع، ثم يسلم الثمن أولاً، ذكرها في أول كتاب الرهن.
- وإذا خلى البائع بين المبيع والمشتري، ولم يقبض المشتري يتأكد كل الثمن، ذكرها في باب المهر.

Kitapta buna benzer 500’ü aşkın iç nakil bulunmaktadır. Bu nakiller *Hidâye*’de geçtiği ibarenin aynısı olabildiği gibi, mefhumunu aktarma şeklinde de karşımıza çıkmaktadır.

3.3.2.1. Kapalı Nakiller

Müellifin kitabın mukaddimesinde belirttiği gibi, meselelerin zımında geçen ve anlaşılması çıkarım gerektiren hükümler de yine nakil şeklinde sunulmuş, bu çıkarımın nereden yapıldığına da işaret edilmiştir.

Şayet fetvanın aslı, bir konu altında sarahaten değil de, işaretle söylenmişse veya karinelerle anlaşılacak şekilde geçmişse أشار ve benzeri lafızlarla aktardığını söylemiştik. Buna da birkaç örnek verelim:

⁴⁹¹ Varak, 297a.

⁴⁹² Varak, 157b.

- غصب جارية فذهبت إحدى عينيها ضمن نصف قيمتها بالاتفاق، أشار إليها في باب

استيلاء الكفار من اليسر.⁴⁹³

- العبد يصطاد ويثبت الملك للمولى ابتداءً، أشار إليها في أوائل كتاب الوكالة.⁴⁹⁴

- وإن وُجد نصفه مشقوقاً بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يد ورأس أو

رجلٌ فلا يصلح عليه، أشار إليها في باب القسامة.⁴⁹⁵

3.3.2.2. İç Nakillerin Sıhhati

Nakil esnasında zaman zaman ibare değişikliği gözlense de mefhum itibariyle bu nakillerin sıhhatine halel getirecek bir duruma rastlamadık.

Örnek olarak av ile alakalı ‘Cevârih Faslı’ sonunda;⁴⁹⁶ العبد يصطاد ويثبت الملك

العبد يتَّهَبُ، أي يقبل⁴⁹⁷ ‘Kitabu’l-Hibe’de; ve للمولى ابتداءً، أشار إليها في أوائل كتاب الوكالة

demektedir. Bu fetvaları

Udde’nin ‘Vekâlet Konusu’ veya bir başka yerinde bulamıyoruz. Ancak musannifin işaret ettiği *Hidâye*’nin Vekâlet Kitabı’nın sonlarına doğru işaret edilen hükmün tenzîr kabilinden; والملك يثبت للموكل خلافه عنه اعتباراً للتوكيل السابق كالعبد يتَّهَب ويصطاد

görüyoruz:⁴⁹⁸ الشكله geçtiğini، هو الصحيح

⁴⁹³ Varak, 269a.

⁴⁹⁴ Varak, 310b.

⁴⁹⁵ Varak, 37b.

⁴⁹⁶ Varak, 210b.

⁴⁹⁷ Varak, 240a.

⁴⁹⁸ *Hidâye*, Cilt: 2, s. 154.

3.3.2.3. İç Nakillerin Değerlendirmesi

İç nakillerin *Udde*'nin diğer eserlerden alamet-i fârikası olduğunu söylemiştik. Bu sebeple gerek *Hidâye*'yi daha iyi tanıma, gerekse konuyla alakalı satır aralarına sıkışmış fetvalardan haberdar olma adına çok faydalı bulunmakta ve dikkatleri üzerine çekmektedir. Bu nakiller genelde fasıl sonları veya başlarında peşi peşine sıralanması sebebiyle tespit edilmesi kolaylaştırılmıştır.

Bununla birlikte bu nakillerin, konuların baş ve sonunda değil de, kelamın ortasında yer aldığı durumlarda cümle akışını bozabildiği görülmektedir:

وإن أسلم في دار الحرب، ثم جاء إلينا، وطُهر على الدار فولده الصغار أحرارٌ مسلمون. - وإذا سبي

مع الصغير أحد أبويه يعتبر كافراً، ذكرها في باب اللقيط. - وما كان من مال أودعه مسلماً أو ذمياً

فهو له، وما سوى ذلك فيء.

Harp diyarında Müslüman olup İslam diyarına göçen kimse, sonrasında terk ettiği diyar Müslümanlarca feth edildiği takdirde orada bıraktığı küçük çocukları hürdür ve Müslüman kabul edilir. - Bir çocuk ebeveyninden biriyle birlikte esir alınırsa kâfir kabul edilir. - Bir Müslümana veya zimmiye emanet bıraktığı mallar da onundur. Diğerleri beytülmalindir.

Hidâye'nin ibaresi bu şekildeyken araya yerleştirdiği nakil, her ne kadar önceki cümleyle bağlantılı olsa da önceki cümle ile sonraki cümle arasındaki akışı bozmaktadır.⁴⁹⁹

Yukarıdaki örnekte de görüldüğü üzere konu ortasındaki nakiller cümlelerin akıcılığını bozabilse bile naklin sonunda bulunan ... ذكرها في ... ifadesi ile okuyucu nakli farketmekte ve öncesiyle bağlantıyı kurmakta zorluk çekmemektedir.

Hidâye üzerine şerh, talik, ihtisar ve tahrir tarzı onlarca eser yazılmış, ama Taşköprizâde'nin *Udde Kitabı* tarzında bir çalışma yapılmamıştır. Onu diğer çalışmalardan farklı kılan en bariz özelliği ise düzenli şekilde sergilediği işte bu iç nakillerdir.

⁴⁹⁹ Varak, 136b.

Bu tarz bir çalışma zamanımızdaki dijital teknolojik imkânlar ile belki kolayca yapılabilir. (Kanaatimizce yine de zordur.) Fakat müellifin yaşadığı çağda böyle bir imkân olmadığı için bu tarz bir çalışma onun, *Hidâye*’nin meselelerine vukufiyetini de ortaya koymaktadır.

3.3.3. Tekrarlar

İç nakiller ile tekrarlar birbiriyle yakından bağlantılıdır.

Musannif meseleleri uygun gördüğü yere naklederken kaynak metindeki asıl yerinden çoğu kere çıkarmış değildir. Yani iç nakil diye isimlendirdiğimiz tasarruflar aynı zamanda bir çeşit tekrardır. Tekrarlar birebir aynı ibareyle olabildiği gibi, mefhum itibariyle de olabilmektedir.

Örneğin fetvayı, *Hidâye*’deki asıl yerinde;⁵⁰⁰ ويجوز للأب أن يرهن بدين عليه عبداً şeklinde zikrettiği halde, olması gerektiğini düşündüğü, ‘Baba ve Vasinin Tasarrufu’ adı altında müstakil olarak kurduğu fasılda; وإذا رهن الأب من نفسه أو من صغير له أو عبد تاجر لا دين عليه جاز، ذكرها في باب ما يجوز وإذا رهن الأب من نفسه أو من صغير له أو عبد تاجر لا دين عليه جاز، ذكرها في باب ما يجوز şeklinde kendi kurduğu cümleyle tekrar zikretmiştir.⁵⁰¹

Tekrarlar bazen iç nakil neticesi olmayabilir.

Satranç oynayanın şهادeti reddedilir mi? Bu konuya iki ayrı yerde değinilmiştir. Biri; ‘şهادeti makbul olan ve olmayan kişiler’ başlığı altında;⁵⁰²

ولا من يدخل الحمام من غير مئزر ويأكل الربا أو المقامر بالنرد والشطرنج، وكذلك من تفوته

الصلاة للاشتغال بها، فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسقٍ مانع من الشهادة.

diğeri ise; ‘Kerahiyet’ konusu sonrası ‘Çeşitli Meseleler’ bölümünde;⁵⁰³

⁵⁰⁰ Varak, 316a. (باب ما يجوز ارتحانه)

⁵⁰¹ Varak, 358a.

⁵⁰² Varak, 200b.

⁵⁰³ Varak, 299b.

وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشجيع الخواطر، وتذكية الأفهام، وهو

محكي عن الشافعي، ثم إن قامر به تسقط عدالته، وإن لم يقامر لا تسقط.

Buna göre; bir kimse satrancı kumar olarak oynamadıkça veya oyun o kişiyi namazdan meşgul etmedikçe şehadeti makbuldür.

Udde'deki tekrarların örneklerini çoğaltmak mümkündür.

Müellifin sırf nakille yetinmeyerek meseleyi kaynak metindeki yerinde de belirtmesi *Hidâye*'ye saygısını göstermektedir. *Udde*, *Hidâye*'yi değiştirme değil, geliştirme çalışmasıdır.

3.4. MÜELLİFİN KATKILARI

Müellifin *Hidâye*'yi illetlerden arındırmanın yanı sıra meseleleri iç ve dış nakillerle zenginleştirdiğini, hatta onu bir fetva kitabı formatına soktuğunu söylemiştik. Tabi ki onun tüm katkıları bunlardan ibaret değildir. Müellif aynı zamanda gerekli gördüğü yerde çeşitli izahlarda da bulunmuştur. Zamirlerin merci'ini belirtmesi, kapalı ifadeleri açması, mahzuf lafızları takdir etmesi, kayıtlamaya muhtaç ibareleri kayıtlaması, bir hatayı telafi etmesi ve yine zaman zaman kanaatini belirtmesi bunlardan bazılarıdır. Şimdi bunlara birkaç misal verelim:

3.4.1. Açıklama Ve İlaveler

Hidâye 'nin ibaresine genellikle أي veya يعني benzeri ifadelerle izahat getirmiştir.

Bazen de bu tarz bir ifade kullanmadan doğrudan açıklamada bulunmuştur:

Hidâye'de, Hacc'daki cinayât konusu işlenirken ihramlının bıyığının bir kısmını kesmesi durumunda gereken ceza belirtilmiş ve yeri gelmişken bıyığın kesiminde sünnetin ölçüsüne de değinilmiştir: والسنة أن يقصَّ شاربهُ حتى يوازي الإطار

‘Sünnet olan, kişinin bıyığını en azından ‘itâr/çerçeve’ sınırına varıncaya dek kesmesidir’ denilir. Müellifimiz bu noktada ‘itâr/çerçeve’den kastedilenin ne olduğunu; وهو حرفُ الشَّفةِ الأعلى yani; ‘çerçeve üst dudak çizgisidir’ şeklinde açıklamıştır.⁵⁰⁴

Yine ihramlıyken saçını kesen kişinin ceza olarak kurban kesmesi gerektiği belirtildikten sonra ‘muzdarr/mecbur’ kimsenin cezasının müstesna olduğu, bu durumdaki kişinin muhayyer olduğu söylenir. Müellif bu noktada *Hidâye*’nin ibaresinde de tasarrufa gitmiş ve ‘muzdarr’ kelimesini sıfatlamak suretiyle açıklamış, ... فيلزمه الدم، بخلاف *Hidâye*’de;

المضطرُّ الذي وقع العمل في رأسه حيث يتخيَّر. يعني: أن يذبح الشاة إن شاء، وبين أن يتصدَّق

على ستة مساكين ثلاثة أصوعٍ من طعامٍ، وبين أن يصوم ثلاثة أيام، كذا في بعض الشروح.

3.4.1.1. Özel İsimleri Açıklaması

Örneğin; قال يعقوب أي أبو يوسف şeklinde kısaca açıklama yapmıştır.⁵⁰⁶ Ebû

Hanîfe’nin önde gelen öğrencilerinden olan Ebu Yusuf’un asıl ismi Yakub olmasına rağmen isminden ziyade künyesiyle meşhur olmuştur. İslam Hukuku’nda Ebu Yusuf denilince akla o gelir. Ancak çoğu kimse onun gerçek ismini bilmez. Yakub’dan murad ise bir başkası olabilir. Çünkü meşhur isim varken bilinmeyen ismin kullanılması karışıklığa neden olabilir. Bu nedenle Yakub’dan muradın Ebu Yusuf olduğu belirtme gereği hissetmiştir.

Bir başka misal:

⁵⁰⁴ Varak, 61b.

⁵⁰⁵ Varak, 61b.

⁵⁰⁶ Varak, 35a.

وإذا غلب الترك على الروم، فسبّوهم، وأخذوا أموالهم ملكوها، والمراد به: كفار الترك، ونصارى الروم. كذا في العناية وغيره.

‘Türkler Rumlara savaşta galip gelerek onları esir alsa ve mallarına el koysa onlara sahip olurlar.’ Burada gayr-i müslim Türkler ve hristiyan Rumlar kastedilmiştir.⁵⁰⁷

3.4.1.2. Hataları Düzeltmesi

Örnek 1:

ويوضع على مولى التغلبيّ الخراج، أي: الجزية

Tağlibî’nin azadlı kölesinin üzerine haraç konur, yani cizye...⁵⁰⁸

Burada haraçtan muradın cizye olduğunu belirtmiştir. Çünkü konu haraç hakkında değil, cizyenin kime gerekip kime gerekmediği hakkındadır ve her ikisi farklı şeylerdir. Nitekim haraç arazi vergisiyken, cizye baş vergisidir.

Örnek 2:

‘Muharremât Babı’nda İmam Mâlik’in ‘mut'a nikâhına cevaz verdiği dair’ nakli düzeltmiştir. *Hidâye*’de; ونكاح المتعة باطل. وهو أن يقول لامرأة: أمتّع بك كذا مدة بكذا من

denilmektedir. *Fethu’l-Kadir* ve *Înâye*’den kullanılarak İmam Mâlik’e yapılan bu nispetin hatalı olduğunu söyler.⁵⁰⁹ Babertî:

‘Merğînânî bu haberi hocasının hocası Serahsî’den almış olabilir. Fakat İmam Mâlik’ten gelen bir rivayetle onun mut'aya cevaz verdiği kanaat edemeyiz. Rivayet doğru da olsa her rivayet amele uygun değildir. Belki muarız veya tercihe şayan başka bir rivayet de bulunabilir ve onunla ameli tercih edebilir. Nitekim *Muvatta*⁵¹⁰

⁵⁰⁷ Varak, 135a.

⁵⁰⁸ Varak, 139b.

⁵⁰⁹ Varak, 71b.

⁵¹⁰ *Muvatta*, Mut’a, 584.

ve *Müdevvene*'deki⁵¹¹ rivayetler Mâlikî mezhebinde mut'a nikâhının caiz görülmediğini göstermektedir' der.⁵¹²

Taşköprizâde bu açıklamaları olduğu gibi aktararak bu yanlış düzeltir.⁵¹³

Örnek 3:

وكذا [لم يفطر] المتفكر إذا أمني، والمستمني بالكفّ على ما قالوا. قال في العناية: أي: المشايخ، وهو قول أبي بكر الإسكاف وأبي القاسم، وعائتهم على أنه يفسد صومه. قال المصنف في التحنيس: الصائم إذا عالج ذكره حتى أمني يجب عليه القضاء، هو المختار؛ لوجود الجماع معنى، انتهى.

Merginânî *Hidâye*'de; oruçlunun eliyle istimnâ etmesi durumunda orucunun bozulmayacağını, bazı meşayihın böyle fetva verdiklerini' söyler. Taşköprizâde hemen müdahale ederek, *Înâye*'den⁵¹⁴ nakille; bu fetvayı verenlerin Ebu Bekr el-İskâf (ö. 333/944) ve Ebu Kasım es-Saffar (ö. 392/1002) olduğunu, fakat çoğunluğun böyle düşünmediğini, hatta Merginânî'nin dahi *et-Tecnîs ve'l-mezîd* kitabında;⁵¹⁵ muhtar olan fetvanın 'kaza gerekeceği' yönünde olduğunu söylemiştir.⁵¹⁶

Talak üzerine yeminler konusunda⁵¹⁷ şöyle der:

ففي هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت اليمين وانتهت، ألا في كلمة كلّمَا، فإنّها تقتضي تعميم الأفعال. قال الله تعالى ﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُمْ﴾. ومن ضرورة التعميم التكرار. فإن تزوّجها بعد ذلك أي: بعد زوج آخر، وتكرّر الشرط لم يقع شيء، وفيه خلافت زفر. وعبارة الهداية في هذا المحل لا تخلو عن تسامح، وتحتاج إلى تقدير شيء، أفصح عنه صاحب العناية حيث قال: فإذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق طلقت حتى ينتهي الثلاث، فإن تزوّجها بعد زوج آخر وتكرّر الشرط لم يقع شيء، انتهى. ولقد أحسن فيه كما لا يخفى.

⁵¹¹ Bkz: *el-Müdevvene*, Cilt: 2, s. 130.

⁵¹² Bkz: Bâbertî, *Înâye*, Cilt:3, ss, 247-248.

⁵¹³ Varak, 71b.

⁵¹⁴ *Înâye*, Cilt: 2, s. 330.

⁵¹⁵ Merginânî, *et-Tecnîs ve'l-mezîd*, Thk: Muhammed Emin Mekki, İdâratü'l-Kur'ân ve'l-ulûmi'l-İslâmiyye, Karaçi, 2004, Cilt. 2, s. 377 (1178. mesele).

⁵¹⁶ *Udde*, vr, 71b.

⁵¹⁷ *Udde*, vr, 89a.

إِنْ, إِذَا, إِذَا مَا, مَتَى, مَتَى, مَتَى gibi şart ifade den edatlar kullanılarak edilen yemin veya talaklarda şart gerçekleştiğinde yemin çözülerek şartın etkisi sona ermektedir. Yemin bir defa çözülüp gereği terettüp ettikten sonra şart koşulan fiil tekrar edildiği takdirde bu fiil tekrar hukukî netice doğurmaz. كَلَّمَا edatı ise diğerlerinden farklı olarak ‘tekrar’ bildirmektedir. Musannif Nisa Sûresi 56. ayeti buna örnek olarak göstermiştir.⁵¹⁸

Fakat *Hidâye*’nin ibaresi yanlış anlaşılmaya müsaittir. Bir kişi كَلَّمَا edatı kullanarak karısını boşamayı bir şarta bağlasa bu söz üç talak gerçekleşinceye kadar tesir eder. Şayet kadın başka biriyle evlenip ayrıldıktan sonra tekrar ilk kocasıyla evlenir ve şart tekrarlanırsa talak vaki olmaz. (Oysa *Hidâye*’nin ibaresinden tekrar vaki olacağı da anlaşılabilir.) Musannif burada fıkıhçılığını devreye sokarak *Hidâye*’nin ibaresinde tesâmuh⁵¹⁹ olduğunu, oysa bahsi geçen meselede ikinci evlilikte şartın tekerrür etmediğini belirtmiş, ibarenin yanlış anlaşılabilmesine dikkat çekmiştir. İbaredeki bu açıklığı tespit eden *Înâye*’yi de takdir etmeyi ihmal etmemiştir.⁵²⁰

3.4.1.3. Kapalı İfadeleri Tefsir Etmesi

Hayız, kadından namazı aslen düşürmekte, orucu ise haram kılmaktadır. Dolayısıyla sonrasında orucu kaza etmeli, fakat namazı kaza etmemelidir. Cünüp de hayızlı da mescide giremez. Şâfiî’ye göre transit geçmesi mubahtır. Hayızlı kadın Kâbe’yi tavaf edemez ve kocası ona yaklaşamaz. ***Ancak dokunma, öpme gibi cinsi ilişkiyi çağrıştıran hareketler haram olmaz.*** *Hidâye*’de mutlak olarak zikredilen bu son hüküm⁵²¹ İmam Muhammed’in görüşüdür. ***İmam Ebû Hanîfe ve İmam Ebu Yusuf’a göre ise göbek ve diz arasından dokunarak veya öperek faydalanmak***

⁵¹⁸ *Hidâye*, Cilt: 1, s. 493.

⁵¹⁹ Hoş görme, hoş görürlük, birbirine kolaylık gösterme, ihmal etmek, gaflet etmek, kayıtsız olma gibi manalara gelir. (Bkz: **Kubbealtı Lügatı**, tesamuh). Bir anlatım üslubu olarak ise; ‘okuyucunun anlayışına güvenerek sözü genel veya rahat kullanmak,’ diyebiliriz.

⁵²⁰ *Udde*, vr, 89a.

⁵²¹ *Hidâye*, Cilt: 1, s. 33.

haramdır. Zeyleî *Kenz* şerhinde⁵²², Haddâdî de *Kudûrî* şerhinde⁵²³ bu detayı belirtmiştir. Bu konuda oruçlu ile hayızlı aynı hükümdedir. Merğînânî oruç konusunda imamlar arasındaki hilaftan bahsetmiş, zihâr konusunda da oruçluyla hayızlının hükmünün aynı olduğunu söylemiştir.⁵²⁴ Burada da detaylı açıklama yapması daha yerinde olurdu, ancak muhtemelen oruç konusundaki açıklamaya güvenmekle yetinmiş olmalıdır.⁵²⁵

Taşköprizâde, burada kitabın mukaddimesinde de belirttiği üzere meselelerin zımnında kapalı olarak anlaşılan, hatta anlaşılması maharet gerektiren bir meselede yerinde bir müdahalede bulunarak yanlış anlamaya tedbir almıştır.

Açıklama, bazen ibarede kullanılan kelimenin manaya delaleti muğlak olması sebebiyledir:

‘Hacc’ konusunda cemreleri taşıma hakkında; فيرميها على التأليف، أي: على

الترتيب şeklinde ‘telif’ten kastedilenin ‘tertîp’ olduğunu açıklamıştır.⁵²⁶

Musannif bazen de yanlış anlaşılmaya müsait bir ifadenin doğru anlaşılmasını sağlayacak açıklamalar yapmış, hatalı anlaşılmasına karşı tedbir almıştır.

Ahsen talak’ın diğer talak çeşitlerinden evlâ olduğunu söyledikten sonra şöyle der: ولا خلاف لأحد في الكراهة، أي: في عدم الكراهة، يعني: لم يقل أحد بكراهة هذا الطلاق

Musannif *Hidâye* sahibinin ahsen talak hakkındaki; ولا خلاف لأحد في الكراهة

ifadesini açıklama gereği hissetmiştir. Çünkü bu ifadede ‘ahsen talak’ın mekruh olduğu’ anlaşılabilir. Oysa sahabeden hiçbirisi bu talakın mekruh olduğunu söylememiştir. Bu sebeple musannif, yanlış anlamamanın önünü kesme adına izahta bulunmuş; ‘yani mekruh olmadığına hilaf yoktur’ demiştir.⁵²⁷ İleride ‘Sahabe Kavli’ başlığı altında konu öncesiyle beraber anlatılacaktır.

⁵²² ez-Zeyle’î, Fahreddin Osman b. Mihcen el-Bari’î (ö. 743/1342), *Tebyînü’l-hakâyik Şerhu Kenzi’d-dekâik*, Bulak, Kahire, 1313 h., Cilt: 1, s. 57.

⁵²³ el-Haddâdî, Ebu Bekr Ali b. Muhammed (ö. 800/1398), *el-Cevheratü’n-neyyira alâ Muhtasari’l-Kudûrî*, el-Matba’atü’l-Hayriyye, 1322 h., Cilt: 1, s. 30.

⁵²⁴ Bkz: *Hidâye*, Cilt: 4, s. 374.

⁵²⁵ Varak, 9b- 10a.

⁵²⁶ Varak, 63a.

⁵²⁷ Varak, 81b.

3.4.1.4. Mukadder Kelimeyi Açıklaması

قالوا: والواحد-أي: العدل الواحد- يكفي، والمثنى أولى

Örneğinde olduğu gibi mahzuf mavsufa açıklık getirmiştir.⁵²⁸

3.4.1.5. Mahzuf Manaları Tefsir Etmesi

Hidâye'nin metninde bazen icaz yolu izlenerek bazı ifadelerde ihtisara gidilmiştir. Müellifin bu çalışmadaki gayelerinden biri de -bu ihtisar sebebiyle- kapalı veya anlaşılması güç olan yahut karışma ihtimali olan yerleri açıklamaktır. Bu kapalılık içeren ifadelerden biri de icaz-ı hazf denilen üslup olup, muhatabın zekâsına havale edilerek cümlelerin bazı öğelerini hazf etmek şeklinde görülür. *Hidâye*'de bazen meful hazfedilmiş, müellif bu mahzuf kelimeyi açıklamıştır.

Örneğin; ولو لم يطف طواف الزيارة أصلاً حتى رجع إلى أهله فعليه أن يعود بذلك الإحرام

ifadesinde أي للزيارة وهو محرم عن النساء أبداً حتى يطوف - أي للزيارة- fiilin mefulünü tasrih etmiştir.⁵²⁹

İstîlâ Babı'nda geçen şu önemli açıklama da konumuza bir örnektir:

ومن اشترى أخاه من الزنا - أي: أخاه لأب - لا يعتق.

Hidâye; 'Kişi, zinadan olan köle kardeşini satın alsa kardeşi azad olur' der. Musannif burada kardeşten muradın 'baba bir kardeş' olduğunu söyler.⁵³⁰ Çünkü zinadan dahi olsa ana bir kardeş, aradaki nisbet-i cüziyye sebebiyle azad olur.⁵³¹

⁵²⁸ Varak, 64a.

⁵²⁹ Varak, 62b.

⁵³⁰ Varak, 112a.

⁵³¹ Bkz: *İnâye*, Cilt: 4, s. 338.

3.4.1.6. Zamirlerin Merci'ini Belirtmesi

Mesela yevm-i sekk ile alakalı fasılda şöyle zikredilir:

ومن رأى هلالَ رمضان وحده صام وإن لم يقبل الإمامُ شهادته، وإن أفطر فعليه القضاء دون الكفارة. وقال الشافعيُّ: عليه الكفارة إن أفطر بالوقاع، وهذه - أي: كفارةُ الفطر - تدرئ بالشبهات.

Burada Ramazan hilalini tek başına gördüğü halde devlet reisinin onun şahadetini kabul etmemesi sebebiyle orucunu bozan bir kişiye keffaret değil, sadece kazâ gerekeceğini belirtmektedir. Bu arada Şâfiî mezhebine göre cinsî ilişki yolu ile orucunu bozduğu takdirde keffaret gerekli olduğunu zikreder. Devamında *Hidâye*'de ifadeyi gelmektedir. Yani 'oruç keffaretinin şüpheyile düştüğü' söylenmektedir. Müellif buradaki zamiri (هذه) araya fasıla girmesi sebebiyle tefsir etme gereği hissetmiş ve كفارةُ الفطر şeklinde açıklamıştır.⁵³²

3.4.1.7. Muğlak İbareleri İzah Etmesi

Örnek:

ومن صَلَّى ركعتين تطوّعاً فسها فيهما وسجد للسَّهو ثمَّ أراد أن يصلِّيَ آخرين لم يبن. ومع هذا لو أدّى - أي المتطوّع لو بنى وأدّى - صحّ.

Yukarıdaki ibarede iki çizgi dışında kalan ibare *Hidâye*'ye ait olup, Taşköprizâde, cümlelerin kapalı olması sebebiyle izahatta bulunma gereği hissetmiş ve uygun bir takdir ilave etmiştir.⁵³³

Diğer bir örnek:

⁵³² Varak 48a.

⁵³³ Varak, 29a.

ولا يعقل العاقلة جنابة العبد، أي بأن يجني العبد على الحرّ بإضافة المصدر إلى الفاعل...

‘Kişinin âkilesi (aile veya suçlu adına diyet ödemeyi yüklenen şahıslar topluluğu) kölesinin işlediği suçun bedelini ödemez.’⁵³⁴

Burada; العبد جنابة العبد terkinde, masdarın fâiline muzaf olduğunu açıklama gereği hissetmiştir.

3.4.1.8. Meseleyi Tasvîr Etmesi

Örneğin; إِنَّ مَنْ خَرَجَ بَعِيَالَهُ مِنْ مَصْرِهِ فَمَا لَمْ يَتَّخِذْ وَطَنًا آخَرَ يَبْقَى وَطَنَهُ الْأَوَّلَ فِي حَقِّهِ ibaresinde⁵³⁵ belirtilen hükmün anlaşılmasını kolaylaştırmak için meseleyi tasvir etmiştir:

صورته: كَوَيٍّْ نَقَلَ عِيَالَهُ إِلَى مَكَّةَ لَيْسَتْ وَطَنًا بِهَا فَلَمَّا دَخَلَهَا وَتَوَطَّنَ بِهَا بَدَأَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ إِلَى خُرَاسَانَ فَمَرَّ بِالْكُوفَةِ فَإِنَّهُ يَصْلِي بِهَا رَكْعَتَيْنِ؛ لِأَنَّ وَطَنَهُ بِالْكُوفَةِ انْتَقَضَ بَوَطْنِهِ بِمَكَّةَ، وَإِنْ بَدَأَ لَهُ فِي الطَّرِيقِ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ مَكَّةَ أَنْ لَا يَسْتَوِطِنَ مَكَّةَ وَيَرْجِعَ إِلَى خُرَاسَانَ فَمَرَّ بِالْكُوفَةِ فَإِنَّهُ يَصْلِي بِالْكُوفَةِ أَرْبَعًا؛ لِأَنَّ وَطَنَهُ بِالْكُوفَةِ قَائِمٌ مَا لَمْ يَتَّخِذْ وَطَنًا آخَرَ.

Namazla ilgili olarak, ailesiyle birlikte, yaşadığı şehirden çıkan kimse başka bir yeri vatan edinmedikçe önceki vatanları onların vatanı kalmaya devam eder. Mesela; Kûfe’li bir kişi, Mekke’ye yerleşmek üzere ailesini oraya götürse ve oraya yerleşse, sonra Horasan’da bir işi çıksa ve yolda Kûfe’ye uğrasa orada namazı iki rekât kılar. Çünkü Mekke’ye yerleşmekle Kûfe’deki vatanı bozulmuştur. Fakat Mekke’de yerleşmeden fikri değişse, sonra Horasan’a yönelse ve yolda tekrar Kûfe’ye uğrasa orada namazı dört rekât kılar. Çünkü henüz yeni bir vatanda yerleşmemiştir ve eski vatanı olan Mekke onun vatanı olmaya devam etmektedir.

Müellif buna benzer tarzda 18 tasvirde bulunmuştur.⁵³⁶

⁵³⁴ Varak, 345a.

3.4.1.9. Hükümü Kayıtlaması

Kazf haddi konusunda şöyle der:

وإن قال: ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان، أي إن قال الزوج الذي جاءت زوجته بولد:

ليس بابني ولا بابنك... إلخ. كذا فسر العلامة ابن الهمام. وقد أصاب فيه.

Karısına; ‘bu çocuk benim de senin de değildir’ diyen kişiye kazf haddi vurulmaz ve lian uygulanmaz. Yani; yeni bir çocuk doğuran karısına bu sözü söyleyen kocaya kazf haddi ve lian uygulanmaz demektir. İbn Hümmam bu kaydın olması gerektiğini söylemiş ve isabet etmiştir.⁵³⁷

Bir başka misal:

ومن دخل عليه غيره ليلاً وأخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه، وتأويل المسألة إذا كان لا يتمكّن من الاسترداد إلا بالقتل.

Gece vakti bir hırsız bir kişinin evine girerek evden bir şeyler götürse, adam hırsızını takip etse ve adamı öldürerek malını geri alsın bu kişiye bir şey (diyet, ceza, günah vs.) gerekmez. Taşköprizâde burada; “Meseleyi ‘öldürmekten başka yol bulamıyorsa...’ şeklinde kayıtlamak gerekmektedir” der.⁵³⁸

3.4.1.10. İbareyi Toparlaması

Musannif bazen *Hidâye*’deki ibarede değişiklikler yaparak aynı bilgileri kendi üslubuyla aktarmıştır.

Örnek olarak, *Hidâye*’de; oruç kefaretinin zıhar keffareti gibi olduğunu söyledikten sonra konuyla ilgili meşhur, ‘Ramazanda eşi ile birlikte olup Hz. Peygamber (sav)’e gelerek durumunu arz eden sahabinin anlatıldığı’ hadisi⁵³⁹ delil olarak getirir. Sonrasında bu hadisin aynı zamanda; köle azadı, iki ay oruç ve altmış

⁵³⁵ Varak, 33a.

⁵³⁶ Örneğin; vr, 8b; 23b; 33a; 42a; 58b.

⁵³⁷ Varak, 125b.

⁵³⁸ Varak, 325b.

⁵³⁹ Dârakutnî, 2303; Beyhakî, 8048; İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 36182.

fakiri doyurma arasında tertip gerekmesi hususunda Şafi'ye, oruçta tetabu' gerekmesi hususunda ise Mâlik'e karşı delilimiz olduğunu şu şekilde söyler: وهو حجة

على الشافعي في قوله يَحْيَى لأن مقتضاه الترتيب وعلى مالك في نفي التابع للنص عليه

Hidâye'deki⁵⁴⁰ bu mefhum, aradaki illetler atıldıktan sonra *Udde Kitabı* 'nda şu şekilde satırlara dökülmüştür:

وعند الشافعي: يُحْيَى بين الثلاثة من غير ترتيبٍ، وعند مالك: لا يجب التتابع في الصوم.

Yani musannif, yerine göre *Hidâye*'nin ibaresini değiştirerek mefhumu toparlamış ve daha kolay şekilde aktarmıştır.⁵⁴¹

(Şâfi' ve Mâlik'e atfedilen bu görüşlerin kendilerine nisbeti problemlidir. İleride 'Hatalı İzahlar' başlığı altında gerekli açıklama yapılacaktır.)

Yine 'Kazf haddi' konusunda; فمات المقذوف بطل الحدّ، وقال

ومن قذف غيره، فمات المقذوف بطل الحدّ، وقال
şeklinde başlayan konuyu kendisi toparlama gereği hissetmiş,
devamında 'hukuku'l-'ibâd' ve 'hukukullah' hakkında bilgiler vermiştir. Mezhep içi ve dışı hilafa değinmiş, pek âdeti olmadığı halde Ahmed b. Hanbel'in dahi görüşüne yer vermiştir. Uzun olduğu için buraya almadık.⁵⁴²

3.4.1.11. Konuyu Özetlemesi

Musannifin karışık ve zaptı zor konuların sonrasında az da olsa özetleme yaptığı da görülmektedir. Örneğin fikhın ihtilaflı ve karmaşık konularından sayılan 'İkale'⁵⁴³ konusunda müçtehitler arasındaki hilafı belirttikten sonra, yapılan tartışmaların semeresini bir örnek üzerinden özetlemiştir:

⁵⁴⁰ *Hidâye*, Cilt: 1, s. 122.

⁵⁴¹ Varak, 49b.

⁵⁴² Bkz: *Udde*, vr, 125a-125b.

⁵⁴³ *İkale*; sahih bir satış akdinden sonra tarafların karşılıklı rızası ile akdi bozmalarıdır. Bkz: *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, Kuveyt, 1986, Cilt: 5, s. 324.

وإذا ثبت هذا فنقول: إذا شرط الأكثر أو الأقل فالشرط باطل، وردّ مثل الثمن الأوّل عند أبي حنيفة كما مرّ في أوّل الباب، وعندهما إذا شرط الزّيادة يجوز مطلقاً. وإذا شرط الأقل يصح به عند أبي يوسف، وعند مُجَدّ هو فسخ بالثمن الأوّل.

Buna göre;

İmam'a göre; ikale her iki taraf için de fesh kabul edildiği için, şayet ikalede alış-veriş akdindeki ücretten fazla veya eksik bir ücret şart koşulursa şart batıl olup, akitteki semeni aynen iade etmek gerekir. İmameyn'e göre ise; semenden ziyade koşulan şart geçerlidir. Daha düşük semen şart koşulsa Ebu Yusuf'a göre şart geçerlidir, Muhammed'e göre ilk fiyat ile fesih kabul edilir.⁵⁴⁴

3.4.1.12. Lüğavî Beyanları

Musannif yer yer dilsel açıklamalarda bulunduğu gibi, lüğavî beyanlarda da bulunmuştur. Bunlara da birkaç misal verelim:

ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلاً، وعن أبي حنيفة: أنه لا خير فيه، أي: لا يجوز، والتركيب للمبالغة في النهي؛ لأنه نكرة في سياق النفي، فعمّ نفي جميع جهات الخير، كذا في العناية. والفتوى على الأوّل.

Ekmeği buğdaya veya una mukabil eşitlemeksizin satmak câizdir. Ebû Hanîfe'den bir rivayete göre; bu satışta herhangi bir hayır yoktur, yani câiz değildir. Buradaki لا خير فيه ifadesi; 'nehyin siyakında nekira kelime kullanıldığı için' yasağın şiddetini ifade eder. Yani; 'hiçbir hayır yoktur' demektir ve bu söylem 'câiz değildir' demekten daha ağırdır. *İnâye*'de böyle denilmiştir. Fakat asıl fetva; câiz olması yönündeki ilk fetvadır.⁵⁴⁵

وإذا انتقص بالزراعة، أي الأرض بتأويل العقار أو المغصوب - كذا في النهاية - يغرّم النقصان، ويأخذ رأس ماله، ويتصدق بالفضل، قال رحمه الله: وهذا عند أبي حنيفة ومُجَدّ، وقال أبو يوسف: لا يتصدّق.

⁵⁴⁴ Varak, 173a.

Yukarıdaki metindeki انتقص fiili, semâ'î müennes olan arz (yer/arazi) lafzına râci zamire isnad edildiği için kendisine te'nis alameti (ت) gelmesi gerekirken bu alametin gelmediği görülmektedir. Musannıf, 'akar' veya 'mağsub mal' gibi aynı manaya gelen müzekker bir fâil te'viliyle amilin müzekker gelebileceğini beyan etmiştir.⁵⁴⁶

والمذايانات جمع الماذايان، وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول، فارسيّ معرّب، وقيل يجتمع فيه ماء السيل، ثم يسقى منه الأرض، والسواقي جمع الساقية، وهو فوق الجدول دون النهر، ويحتمل أن يكون بينهما فرق، لذلك أوردهما بعطف أحدهما على الآخر، كذا في النهاية.

'Maziyânât' ve 'sevâkî', kelimeleri'nin yapıları, kökleri, ne manaya geldikleri ve birbirinden farkları hakkında açıklama yapmıştır.⁵⁴⁷

والقانع من القنوع؛ لأنّه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم، يعني لا من القناعة، والقنوع هو التذلل والمسألة والرضى بالقسمة.

Metinde geçen; لا شهادة للقانع بأهل البيت hadis-i şerifinde geçen evin hizmetçisi veya hocasının evinde barınan talebe manasına gelen⁵⁴⁸ 'قانع' kelimesinin kökü ve anlamı hakkında bilgi vermiştir.⁵⁴⁹

ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء، أراد بالجعل: ما يضرب الإمام للغزاة على الناس بما يتقوى به الذين يخرجون إلى الجهاد، كذا في العناية. فإن لم يكن فلا بأس بأن يقوي بعضهم بعضاً.

Devlet reisi, beytülmalin ihtiyacı olmadığı halde askerlere destek olmak amacıyla halk üzerine vergi koymasının mekruh olduğunu, ancak ihtiyaç varsa

⁵⁴⁵ Varak, 177b.

⁵⁴⁶ Varak, 265b.

⁵⁴⁷ Varak, 282b.

⁵⁴⁸ Şerhu'l-Leknevî, Cilt: 5, s. 422.

⁵⁴⁹ Varak, 200a.

konulabileceğini beyan ederken جُعِلْ kelimesinin ne anlama geldiğini açıklamıştır.⁵⁵⁰

ولا يجوز إجارة المرعى، والمراد الكَلأ، قال صاحب العناية: وإِنَّمَا فُسِّرَ بذلك؛ لأنَّ لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الأرض، وعلى الكَلأ، وعلى مصدر رعي، فلو لم يفسَّر بذلك لتوهم أن يبيع الأرض وإجارتها لا يجوز، وهو غير صحيح؛ لأنَّ بيع الأراضي وإجارتها صحيح، سواء كان فيه الكَلأ أو لم يكن، انتهى

‘Mera icareye verilemez’ demek; ‘bir otlagın otu kiraya verilemez’ demektir. Yoksa tarlalar, araziler satılabildiği gibi kiraya da verilebilir. Musannif burada المرعى lafzı üzerine açıklamalar yapmakta, bu açıklama yapılmazsa metnin yanlış anlaşılabilceğini söylemektedir.⁵⁵¹

Bu örnekleri çoğaltmak mümkün olmakla birlikte bir fikir verme adına bu kadarıyla yetiniyoruz.

3.4.2. Kanaat Belirtilen Yerler

Taşköprizâde eserinde hedefine yoğunlaşmış, genel olarak meseleleri illetlerden arındırmış, konuyla alakalı fetvaları toplamaya gayret sarfetmiş, *Hidâye* ve şerhlerinin dışına taşarak kendi kanaatini pek belirtmemiştir. Bu sebeple قلت , قلْتُ tarzı ifadelere pek rastlanmamaktadır. Bununla birlikte nadir de olsa kanaatini ortaya koyduğu meseleler de mevcuttur. Şimdi eserde dikkatimizi çeken bu tarz ifadelerden örnekler verelim:

Örnek 1:

İhram Babı’nda şöyle ifade edilmektedir;

⁵⁵⁰ Varak, 131b.

⁵⁵¹ Varak, 246a.

وإذا طلعت الشمسُ أفاض الإمامُ والناس معه حتى يأتوا منى. قال ﷺ: هكذا وقع في نسخ المختصر، وهذا غلطٌ. والصحيح: إذا أسفر أفاض الإمامُ والناس معه. وقال صاحب العناية: وأقول: معنى قوله "وإذا طلعت الشمس" إذا قربت إلى الطلوع، وفعل ذلك اعتماداً على ظهور المسألة، انتهى. ولا يخفى عليك ما في هذا الجواب من التكلف البعيد عن الصواب.

Burada ilk cümledeki ‘güneş doğduğunda’ (إذا طلعت الشمس) ifadesi Mergînânî’nin *Kudûrî*’den naklettiği ibaredir. Nitekim *Kudûrî* nüshalarındaki ifade de böyledir. Müellif (Taşköprüzâde) *Kudûrî*’nin ibaresini ve dolaylı olarak Mergînânî’nin bu ifadeyi *Kudûrî*’den aynen aktarmasını eleştirmiş; bu ifadenin hata olduğunu, doğrusunun ise; ‘sabah hava aydınlanmaya başladığında’ manasında (إذا أسفر) şeklinde olması gerektiğini söylemiştir. Çünkü konu Müzdelife vakfesinden sonraki süreçle alakalıdır. Bayram gecesı fecrin tulu’u olan imsak vaktinden sonra sabah namazının ilk vaktinde kılınması, hemen peşine Müzdelife vakfesi yapılarak henüz güneşin doğması beklenmeden isfâr ile (havanın aydınlanmaya başlamasıyla) Mina’ya şeytan taşlamak üzere yola çıkılması efdaldır.⁵⁵² Müellif bu noktada *Hidâye* ibaresini eleştirmekle yetinmemiş, Bâbertî’nin *Înaye*’de *Hidâye* sahibini savunmaya kalkmasını⁵⁵³ da doğruluktan uzak bir tekellûf (zorlama tevil) olarak değerlendirmiştir.⁵⁵⁴

Örnek 2:

Müellif Kitabı’s-savm’da ‘kaza veya kefareti gerektiren şeyler’ konusunu işlerken şöyle der:

⁵⁵² el-Muhîtu’l-burhânî, Cilt: 2, s. 429; Kenzü’l-dekâik, Cilt: 1, s. 229; Meraki’l-felah, 1278.

⁵⁵³ İnaye, Cilt: 2, s. 484

⁵⁵⁴ Varak, 56b.

ثم عندنا كما تجب الكفارة بالوفاع على الرجل تجب على المرأة. أقول: ذكر صاحب الهداية هذه المسألة مطلقاً، لكن قيّد قاضي خان وجوب الكفارة على المرأة بما إذا جمعت طائعةً، وإلا فعلى الزوج، انتهى.

Ramazan orucunu tutarken eşiyle cinsi ilişkiye giren adama kefaret gerektiği gibi ilişkide bulunduğu eşine de kefaret cezasının gerektiği belirtilmektedir. Müellif, *Hidâye* sahibinin hükmü genellediğini, oysa kadına kefaret gerekmesi için kadının mutavi (gönüllü) olarak ilişkiye girmiş olması gerektiğini söyler. Bu konuda *Fetava-i Kazihan*'daki bir fetvayı da referans göstererek ilişkiye zorlanan kadına keffaret gerekmeyeceği kanaatini belirtmiştir.⁵⁵⁵

Örnek 3:

Karısına mehrini ödeyen koca, karısını evlendiği şehirden başka bir şehre zorla götürebilir mi? sorusunun cevabı tartışma konusu olmuştur.

Ebu'l-Leys Semerkandî;⁵⁵⁶ 'gurbette eza ve cefa kaçınılmazdır' gerekçesiyle bu durumdaki (mehri ödemiş) kocanın, karısını zorla götürme hakkının olmadığını savunurken, Zahîruddîn Mergînânî⁵⁵⁷; ﴿أَسْكِنُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ وَلَا تُضَارُّوهُمْ﴾

'Oturduğunuz yerde onları da oturtun' mealindeki ayet⁵⁵⁸ gerekçe göstererek ve; 'Allah Teâlâ'nın kavlini almak bir fakihın kavlini almaktan evlâdır' diyerek kocanın böyle bir hakkının olduğunu savunmaktadır. Taşkoprizâde, *el-Înâye*'den yaptığı nakille⁵⁵⁹ tarafını belli etmiş; aslında Allah Teâlâ'nın kavliyle Fakih Ebu'l-Leys'in amel ettiğini, nitekim ayet-i kerime'de; 'oturtma'nın 'zarar vermeme' kaydı ile tahsislendiğini belirtmiştir. Böylece musannif, zamanın sosyal şartlarını değerlendirerek mezhepte ileri çıkan görüşe ve *Hidâye* Sahibi'nin *et-Tecnîs ve'l-mezîd*'deki fetvasına muhalefet etmiştir.⁵⁶⁰

⁵⁵⁵ Bkz, *Udde*, vr, 49b.

⁵⁵⁶ Ebü'l-Leys İmâmü'l-hüdâ Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrâhîm es-Semerkandî (ö. 373/983).

⁵⁵⁷ Zahîruddîn (Buhârî), Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ömer (ö. 619/1222), *el-Fetâvâ'z-zahîriyye* ve *el-Fevâidü'z-zahîriyye* eserlerinin sahibidir.

⁵⁵⁸ Talak Sûresi, 65/ 6.

⁵⁵⁹ *el-Înâye*, Cilt: 3, s. 373.

⁵⁶⁰ Bkz: Varak, 77b.

Örnek 4:

ولو بنى خاناً، أو سقاية، أو جعل أرضه مقبرة، وشرط أن ينزله، أو يشرب منه، أو يدفن فيه يجوز بالاتفاق. قال العلامة ابن الهمام بعد التفصيل في ترجيح قول أبي يوسف في جواز جعل الواقف الغلة لنفسه: قال الصدر الشهيد: والفتوى على قول أبي يوسف، ونحن أيضاً نفتي بقوله ترغيباً للناس في الوقف، واختاره مشايخ بلخ، وكذا ظاهر الهداية، حيث أقر وجهه أي: دليله، ولم يدفعه. انتهى.

Kendine ait bir arsayı vakfeden kişi o arsada gömülme şart koşsa veya bir çeşme vakfedip kendi de ondan içmeyi şart koşsa bu şart geçerlidir. Nitekim İbn Hümmam da, Sadru's-şehid de, Belh fakihleri de; 'vakfeden kişinin vakfın gelirini kendine tahsis etme hakkı vardır' diyen Ebu Yusuf'un görüşünü tercih etmişlerdir. İnsanlar vakfa önem versinler diye biz de böyle fetva veriyoruz. *Hidâye*'nin usulü gereği onun da zahiri bu fetvayı desteklemektedir. Çünkü Ebu Yusuf'un delilini sona bırakmış, fakat cevap vermemiştir.⁵⁶¹

Musannif bazen bir çıkarım yapmış ve bu çıkarımın kendi mahsulü olduğunu göstermek için; فنقول lafzını kullanmıştır:

Fasit alış-veriş konusunun sonlarında; 'müşterinin, aldığı köleyi azad etmesi veya müdebber kılması gibi şartlarla bir köle satan kişinin yapmış olduğu akdin fasit olduğunu söyledikten sonra şu açıklamayı yapar:

فنقول: هذه الشروط لا يقتضيها العقد، بل مقتضاه الإطلاق في التصرف والتخير، لا الإلزام حتماً الذي هو مقتضى الشرط، وفيه منفعة للمعقود عليه.

Deriz ki: 'Bu şartlar akdin gerektirdiği şartlar değildir. Aksine bu akdin gereği; müşteriye istediği tasarrufu yapmakta muhayyer bırakmak, onu bir şeye zorlamamaktır. Ayrıca bu şart satılan köleye de menfaat sağlamaktadır.'

Musannif bu satırları herhangi bir kaynaktan aktarmamakta, kendi yorumunu yapmaktadır.⁵⁶² Buna benzer bir örnek, ikâle ile alakalı olarak 'Konuyu Özetlemesi' başlığı altında zikredilmişti.⁵⁶³

⁵⁶¹ Varak, 152b.

⁵⁶² Varak, 168b.

⁵⁶³ Bkz: Varak, 172b.

Taşköprizâde eserinde 10 kadar yerde bu şekilde kendi beyanlarında bulunmuştur. Musannif, أقول, نقول, قلت şeklinde birçok cümleler kursa da araştırıldığında yapmış olduğu beyanların *Hidâye* veya şerhlerinden alıntı olduğunu görmekteyiz.⁵⁶⁴

Musannif bazen de fetva hakkında duygularını dile getirmiştir:

ومن فروعه مسألة عجيبة في الفصل الأول ... وهو عجيب؛ لأنه اعترف بالملك للمدعي، ولا

يقضي عليه بالتسليم.

Bir kişi mahkemede, bir başkasının elinde gördüğü herhangi bir malın kendisine ait olduğunu, o malı Falanca şahıstan satın aldığını iddia etse, davalı da onu tasdik etse kadı, davalıya o malı davacıya teslim etmesini emreder. Yoksa davalının ikrarı sebebiyle gâip bir şahsın aleyhinde satışa hükmetmiş olur.

Taşköprizâde, bu fetvanın hayret verici olduğunu, nitekim davalının itirafına rağmen kadı'nın 'malı teslim hükmü' veremediğini söyler.⁵⁶⁵

3.4.3. Hatalı İzahlar

Müellifin izah yaparken bazen hata yaptığı da vakidir. Örneğin; oruç kefareti konusunda şöyle der:

والكفارة مثل كفارة الظهار في الترتيب بين الأشياء الثلاثة، يعني: الإعتاق وإطعام ستين مسكيناً

وصوم شهرين متتابعين.

'Oruç keffareti, üç cezanın sıra ile gerekmesi hususunda zihar keffareti gibidir. Yani; öncelikle köle azad etmeli, gücü yetmezse altmış fakiri doyurmalı, ona da gücü yetmezse iki ay peş peşe oruç tutmalıdır' der.⁵⁶⁶

⁵⁶⁴ Örneğin, vr, 368b.

⁵⁶⁵ Varak, 194b.

⁵⁶⁶ Varak, 49b.

Bu, musannifin eserdeki en bariz hatasıdır. Oysa doğru sıralama, ayette⁵⁶⁷ de belirtildiği gibi; köle azadı, altmış gün aralıksız oruç ve altmış fakiri birer günlük doyurma şeklinde olmalıydı.⁵⁶⁸ Musannif konuyu açıklamak isterken, yapılmaması gereken bir hata yapmış, önemine binaen tertibi belirtmek isterken sıralamayı karıştırmıştır.

Müellif böyle bir yanlışa muhtemelen dalgınlıkla düşmüş olabilir. Musannifin; ‘vav’ harfinin ‘mutlak cem’ bildirdiği gerekçesiyle burada müsamahakâr davrandığı söylenemez. Çünkü tertibi bildirmek için yapılan bir açıklamada müsamaha yaparak tertibi gözetmemek mantığa terstir.

Bu satırların hemen devamında hatalar devam etmektedir. Nitekim *Hidâye* kaynaklı bir hata tahkik ve tetkik edilmeden aynen tekrarlanmış ve İmam Şafî ve İmam Mâlik’e yanlış görüş nisbet edilmiştir.

وعند الشافعي: يُخَيَّرُ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ مِنْ غَيْرِ تَرْتِيبٍ، وعند مالك: لا يَجِبُ التَّبَاعُ فِي الصَّوْمِ.

‘İmam Şafî’ye göre oruç keffaretinde üç şeyden⁵⁶⁹ birini yapmakta muhayyer olup, sıra önemli değildir; İmam Mâlik’e göre ise; orucun peşi peşine olma şartı yoktur’ der.⁵⁷⁰ Oysa Şafî⁵⁷¹ ve Mâlik’e⁵⁷² atfedilen bu görüşler hatalıdır. Çünkü aslında onlar da Hanefiler gibi düşünmektedirler. Musannif, Şafî ve Mâlik’e yaptığı bu isnadı aslında *Hidâye*’ye güvenerek yapmış, isnadın sıhhatini mezheplerin kaynağından araştırmamıştır.

Bu hata, musannifin temel kaynakları olan *Fethu’l-Kadir*, *Înâye* ve *Kifâye*’de bu konuda bir açıklama olmaması ile açıklanabilir. Taşkoprizâde’nin başucu kitapları bunlardır ve bu kitaplarda konuya dair bir ikaz yoktur.

⁵⁶⁷ Mücadele Suresi, 58/ 2, 3.

⁵⁶⁸ Zeyle’i, **Tebyinü’l-hakâik**, Cilt: 3, ss. 6-10.

⁵⁶⁹ Köle azadı, iki ay peşi peşine oruç ve altmış fakiri bir günlük doyurmak.

⁵⁷⁰ Varak, 49b.

⁵⁷¹ Şafî mezhebinin konuyla alakalı görüşü hakkında bkz: el-Mâverdî, Ebû’l-Hasen Ali b. Muhammed b. Muhammed b. Habib el-Basrî el-Bağdâdî (ö. 450 h.) **el-Hâvî’l-kebîr**, Thk: Şeyh Muhammed Ali Muhammed Muavvaz- Şeyh Adil Ahmed Abdulmevcud, Dâru’l-kütübi’-ilmiyye, Beyrut, 1999, Cilt: 3, s. 432; en-Nevevî, Ebu Zekeriyya Muhyiddin Yahya b. Şeref (ö. 676 h.), **el-Mecmû’ Şerhu’l-Mühezzeb**, Dâru’l-fikr, tsz, Cilt: 6, s. 345.

⁵⁷² Mâlikî mezhebinin konu hakkındaki görüşü için bkz: el-Hureşî, Ebu Abdillâh Muhammed b. Abdillâh el- Hureşî el-Mâlikî (ö. 1101 h.) **Şerhu Muhtasari Halil**, Dâru’l-fikr, tsz, Cilt: 4, s.116.

Fakat *Hidâye*'nin diğer şerhi *Binâye*; *Hidâye*'nin gerek İmam Şafi'ye, gerekse İmam Mâlik'e atfettiği bu görüşün yanlış olduğunu, aslında onlarla Hanefîler arasında fark olmadığını, yani; Şafi'ye göre; tertibin, Mâlik'e göre ise tetabu'un (peşpeşe olma) şart olduğunu' söyler. Hatta Gazâlî'nin, *el-Vecîz* ve *el-Hulâsa* kitaplarında, Hanefî imamlarından da Şemsüleimme es-Serahsî'nin ve Fahrulislam Pezdevî'nin *Mebûsât*'larında bunun açıkça belirtildiğini söyler.⁵⁷³ (*Binâye* sahibi oruç keffaretinde tetabu' şartı koşmayanın İbn Ebî Leylâ olduğunu söyler.)⁵⁷⁴

Musannif birkaç konuyu gözden kaçırsa da farketmiş olduğu noktalarda gerekli ikazları yapmaktan geri durmamıştır. Mesela; *Hidâye* sahibinin 'Muharremât Babı'nda İmam Mâlik'e atfettiği 'mut'a nikâhına cevaz verdiği' ifadesini İbn Hümmam ve *Înâye*'den yapmış olduğu nakillerle tashih etmiştir. Burada fikir verme adına *Udde*'nin ibaresini⁵⁷⁵ ve İbn Hümmam ve *Înâye*'den yaptığı alıntıyı olduğu gibi aktarmak yerinde olacaktır:

ونكاح المتعة باطل. وهو أن يقول لامرأة: أمتنع بك كذا مدة بكذا من المال. وقال مالك: هو جائز،
وقال العلامة ابن الهمام: نسبة هذا إلى مالك رحمه الله غلط، انتهى. وقال في العناية: قيل: في نسبة
جواز المتعة إلى مالك نظر، فإنه يروي الحديث في الموطأ عن شهاب عن عبد الله والحسن بن محمد بن
علي عن أبيهما عن علي بن أبي طالب رحمه الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي عن متعة النساء يوم خيبر وعن
أكل لحوم الحمير الإنسية⁵⁷⁶. وقال في المدونة: لا يجوز النكاح إلى أجل قريب أو بعيد وإن سمي
صداقاً، وهذه المتعة⁵⁷⁷. وأقول: يجوز أن يكون شمس الأئمة الذي أخذ منه المصنف قد اطلع على
قوله على خلاف ما في المدونة، وليس كل من يروي حديثاً يكون واجب العمل؛ لجواز أن يكون
عنده ما يعارضه أو يترجح عليه، انتهى كلام العناية.

⁵⁷³ Bkz: *Binâye*, Cilt: 4, s. 63; *Şerhu Leknevî*, Cilt: 2, s. 114.

⁵⁷⁴ *Binâye*, Cilt: 4, s. 63.

⁵⁷⁵ Varak, 71b.

⁵⁷⁶ Buhârî, Zebâih, 28 (5523); Müslim, Nikâh, 3 (29); Muvatta, Mut'a, 584.

⁵⁷⁷ Bkz: *el-Müdevvene*, Cilt: 2, s. 130.

Taşköprizâde, İbn Hümam ve Babertî'den nakillerle *Hidâye*'deki bu hatayı düzeltmiş, Mâlikî mezhebinin temel kaynakları olan *el-Muvatta* ve *el-Müdevvene*'yi referans göstermiştir.⁵⁷⁸

3.4.4. Müellifin *Hidâye*'deki Diğer Mezheplere Atfedilen Görüşlere Yaklaşımı

Bir önceki konudaki örnekler Taşköprizâde'nin, *Hidâye* sahibinin mezheplere yaptığı atıflara yaklaşımı hakkında bizlere ışık tutmaktadır.

Aslında her mezhebin görüşü için o mezheplere ait kaynaklara müracaat edilmelidir. Nitekim mukayeseli fıkıh eserlerinde ve mezheplerin görüşlerini cem' eden çalışmalarda mezheplere atfedilen görüşlerde hatalar olabilmektedir. Bir mezhebe nispet edilen bir görüş o mezhebe mensup bir müctehide ait olmakla birlikte mezhebin tercih edilen görüşü olmayabilir. Bazen müellif o mezhebe ait bir kitapta zikredilen bir hükmü mezhebin tamamına ait zannedebilmektedir. Bazen de o mezhebin müftâ bih görüşü olmadığı halde yine de cevap vermek üzere o görüşü zikretmiş olabilir.

Hidâye gibi kapsamlı bir eserde de elbette bu tür hatalara rastlanmaktadır ve bu konuda çalışmalar dahi yapılmıştır.⁵⁷⁹ Ancak bu tür kusurlar böylesine değerli eserlerin şanına gölge düşüremez.

Taşköprizâde Kemâleddin Efendi genel itibariyle *Hidâye*'de diğer mezheplere atfedilen görüşler hususunda musannife güvenmiş, zikredilen fetvaları atfedilen mezheplerin kendi kaynaklarından tahkik etmemiştir. Ancak *Hidâye*'nin meşhur şerhlerinde bu yönde bir ikaz varsa dikkate almıştır. Mesela; 'Muharremât Babı'nda İmam Mâlik'in 'mut'a nikâhına cevaz verdiğine dair' nakli,⁵⁸⁰ şerhlerde bu konuda

⁵⁷⁸ Bkz: Muvatta, Mut'a, 584; **el-Müdevvene**, Cilt: 2, s. 130.

⁵⁷⁹ Bkz: Sadreddin Ali b. Ebi'l-İzz (ö. 792h.), **et-Tenbîh alâ Müşkilâtü'l-Hidâye**, (Thk. Enver Salih Ebu Zeyd), Mektebetü'r-Rüşd, Beyrut, 2003.

⁵⁸⁰ **Hidâye**, Cilt. 1, s. 190.

ikaz bulunduğu için düzeltmiştir.⁵⁸¹ Ancak itibar ettiği şerhlerde böyle bir kayıt yoksa Mergînânî'nin sözüne güvenerek hatalı şekliyle nakletmiştir.

Örneğin *Hidâye*'de İmam Şâfiî'ye nisbet edilen; 'oruç keffaretinde köle azadı, altmış fakiri doyurma ve iki ay peş peşe oruç tutma hususunda muhayyerlik olduğu, bu üçü arasında tertibin gerekli olmadığı şeklindeki ifadeyitkik etmeden aynen aktarmıştır.⁵⁸² Oysa Şâfiî mezhebini araştırdığımızda bu konuda tertibin gerekliliği hususunda Şâfiî mezhebinin bir görüş ayrılığı yoktur.⁵⁸³

Hemen devamında İmam Mâlik'e nisbetle kefarete orucunda tetabu'un şart olmadığı zikredilmektedir.⁵⁸⁴ Oysa İmam Mâlik hakikatte bu konuda bizden farklı düşünmemektedir.⁵⁸⁵ İlginç olan şudur ki; Taşkoprizâde'nin *Hidâye* şerhlerini enine boyuna incelediği anlaşılmakta olduğu halde Bedrettin Aynî'nin⁵⁸⁶ *el-Binâye* şerhine müracaat etmemiş olmasıdır. Kitabında ona ve şerhine hiç atıfta bulunmaması da buna delalet etmektedir. O müracaat etmese de biz çok istifade ettiğimiz için geride bu kitaptan bir nebze bahsetmiştik.

Udde Kitabı'nda bazı fıkıh İmamlarının isimleri yaklaşık olarak şu kadar zikredilmektedir:

İmam Ebû Hanîfe; 1200'den fazla,
İmam Şâfiî; yaklaşık 600 defa,
İmam Mâlik; yaklaşık 200 defa,
İmam Ahmed b. Hanbel; tam 13 defa,
İmam Ebu Yusuf; yaklaşık 800 defa,
İmam Muhammed; 750 den fazla,
İmam Züfer; 279 defa.

⁵⁸¹ Varak, 71b.

⁵⁸² Bkz, *Udde*, 49b.

⁵⁸³ Bkz: *Şerh-i Leknevî*, Cilt: 2, s. 114.

⁵⁸⁴ Bkz, *Udde*, 49b.

⁵⁸⁵ *Binaye*, Cilt: 3, s. 70.

⁵⁸⁶ Ebû Muhammed (Ebû's-Senâ) Bedrüddîn Mahmûd b. Ahmed b. Mûsâ b. Ahmed el-Aynî (ö. 855/1451).

3.4.5. Müellifin İlet İlaveleri

Müellifin çalışmasının temel gayelerinden biri *Hidâye*'deki meseleleri gerekçelerden arındırmak olduğu halde bazen müellifin *Hidâye* dışından gerekçe ilavesinde bulunduğu da gözlemlenmektedir.

Örneğin hastanın orucu ile ilgili bölümde şu ifadeler yer almaktadır:

ولو احتجم وظنَّ أن ذلك يفطره ثم أكل متعمداً فعليه القضاء والكفارة، إلا إذا أفتاه فقيهٌ بالفساد.
وإن بلغه الحديث وهو قوله عليه السلام: {أفطر الحاجم والمحجوم} واعتمده فكذا عند محمد، وعن أبي يوسف خلاف ذلك؛ لأنَّ على العامي الاقتداء بالفقهاء؛ لعدم الاهتداء في حقه إلى معرفة الأحاديث، قال صاحب العناية: لجواز أن يكون مصروفاً عن ظاهره أو منسوخاً، انتهى.

Hacamat yaptırdıktan sonra orucunun bozulduğu zannıyla kasden iftar eden kişiye kaza ile birlikte kefaret de gerekir. Ancak bir fakihin fetvasına itimaden orucunu bozarsa kefaret gerekmez. Şayet ‘*hacamat yapan da yapılan da orucunu bozmuş olur*’ hadisini⁵⁸⁷ duyarak bu hadise binâen orucunu bozarsa İmam Muhammed’e göre yine kefaret gerekmezken Ebu Yusuf’a göre gerekir. *Hidâye* Sahibi, Ebu Yusuf’un görüşünü; ‘Avam hadisten anlamaz, o ancak fakihlerin sözüne uymaya mecburdur. Dolayısıyla fakihin fetva verme durumu ile hadisi duymak birbirinden farklıdır’ şeklinde gerekçelendirmiştir. Taşköprizâde ise *İnaye*’den nakille buna ilavede bulunmuş ‘hadisin bazen zahirinden farklı anlaşılabileceğinin yanısıra mensuh da olabileceğini’ söylemiştir.⁵⁸⁸

3.4.6. *Hidâye*’de Olduğu Halde *Udde*’de Olmayan Meseleler

Bazen illetleri çıkartırken onların zımnında bulunan hükümleri de atlamıştır. Bazen de hüküm açıkça anlaşılabilir olduğundan muhtemelen okuyucunun zekâsına güvenilerek müstakil olarak terk edilmiştir:

⁵⁸⁷ Buhari, Savm, 32; Ebu Davud, Savm, 29; Tirmizi, Savm, 60.

⁵⁸⁸ Varak, 51b.

3.4.6.1. İletlerin Zımnında Terk Edilen Meseleler

Taşköprizâde Kemaleddin Efendi *Hidâye*'nin meselelerini illetlerden tecrid etme gayreti içerisinde bazen illetleri ayıklarken bu illetlerin zımnında bulunan bazı hükümleri de atlayarak kitabına katmamıştır.

Örneğin; '*Hidâye*'nin İhram Babı'nda⁵⁸⁹ ifrad haccı yapan bir hacının bayram sabahı cemre-i akabeyi taşıdıktan sonra dilerse kurbanını keserek saçlarını tıraş edeceğini veya kısaltacağını gerekçelendirirken şöyle zikreder:

ولأن الحلق من أسباب التحلل وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليهما

Burada tıraş da, muhsar için kurban kesme de tehallül sebebi olduğu için taşlamanın bu ikisine öncelenmesi gerektiği belirtilmektedir. Fakat müellif illetleri tecrid etme adına bu cümleyi olduğu gibi terk ederken bu talilin kapsamında bulunan iki meseleyi de terk etmiş bulunmaktadır. (Muhsarın ihramdan kurbanını keserek çıkabileceği ve cemeratı taşlamanın tıraşa takdim edilmesi gerektiği).

Müellif bu meselelerin hükümlerini kendi mahallerine havale etmiş olabilir. Nitekim 'İhsar Babı'nda muhsarın ihramdan nasıl çıkması gerektiği anlatılmaktadır.

3.4.6.2. Müstakil Olarak Terk Edilen Meseleler

Bu tür terkler genel olarak cümle aralarında anlaşılması basit olan hükümlerde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin *Hidâye*'de⁵⁹⁰; ثم يقيم بمكة حراماً ويطوف بالبيت فلا يتحلل قبل الإتيان بأفعاله ويطوف بالبيت كلما بدا له şeklinde yer alan bir ibare *Udde* kitabında ثم يقيم بمكة حراماً ويطوف بالبيت فلا يتحلل قبل الإتيان بأفعاله şeklinde aktarılmıştır. Müellifin böyle yapmasında, çıkarılmış

⁵⁸⁹ Şerh-i Leknevi, Cilt: 2, s. 210.

⁵⁹⁰ Şerh-i Leknevî, Cilt: 2, s. 189.

cümlelerin başında bulunan ف' nin etkisi olduğu kanaatindeyiz. Çünkü bu harfin 'takibiyye' olduğu gibi 'ta'liliyye/sebebiyye' manasında kullanılması, illetlerden soyutlanması amaçlanan bir çalışmada ilgili cümlelerin terk edilme sebebi olabilir.

3.4.7. *Udde*'nin Fetva Usulü

Udde Kitabı, geneli itibariyle 'Hidâye'nin, usul ve furu' karışımı metodundan çıkarılıp, çeşitli katkılarla bir nevi fetva kitabı formatına sokulmuş şeklidir' diyebiliriz.

Taşköprizâde *Hidâye* üzerine bu tarz bir çalışmasıyla daha önce benzerine rastlanmayan bir eser ortaya koymuştur. Eserinde *Hidâye*'yi merkeze almış, mümkün mertebe illetlerinden arındırarak meseleleri ön plana çıkarmış, gerekli gördüğü değişiklikleri yapmış, katılmadığı veya hatalı gördüğü noktalarda -bu gibi yerler az olmakla birlikte- uyarıda bulunmuştur. Çoğu konuda hilafı belirtmiş, ihtilaflı meselelerde vurgu yapılması gereken yerde fetvayı vurgulamış, zaman zaman kendi tercihini de belirtmiştir. *Hidâye*'deki meselelere şerhlerde olan fetvaları da ilave ederek metni zenginleştirmiştir. Kendi zamanının gündemindeki tartışmalı meseleler hakkında başlıbaşına konu başlıkları açmış, kitabının açık, basit ve anlaşılabilir olmasına dikkat etmiştir. Bu sebeple doğrudan hükmü verir, hilafı varsa belirtir. Şayet tercihi muhalif görüşse وعليه الفتوى gibi fetvaya delalet eden bir ifade ile bunu açıklar.

3.4.8. *Hidâye*'ye Veya Usulüne Aykırı Tercih Veya Fetvalar

Musannif'in bu tarz itirazlarına pek rastlamasak da dikkatimizi çeken birkaç örnek verelim:

Hırsızlıkla alakalı 'hırsızlık bölümü'nde şöyle der:

وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحفاظ هو الصحيح. وهذا احتراز عما ذكر في العيون: على قول أبي حنيفة يقطع السارق من الحمام في وقت الإذن، أي: في وقت دخولها إذا كان ثمة حافظ. وقال

أبو يوسف ومُحمَّد: لا يقطع، وبه أخذ أبو الليث والصدر الشهيد. وفي الكافي: وعليه الفتوى، وهو ظاهر المذهب. كذا في فتح القدير.

‘Kapalı bir mekânda korunan malların başında (el kesmenin vücutu için) muhafız bulunmak zorunda değildir. Sahih olan budur’ dedikten sonra *Fethu’l-Kadir*’den alıntı yapmış ve ifadenin ‘*Uyûnü’l-mesâil*’de⁵⁹¹ zikredilen fetvadan ihtiraz olduğunu söylemiştir. Oradaki fetvaya göre; Ebû Hanîfe, bekçi olsa bile, müşterilerin içeri girme izni olduğu zamanlarda hamamdan bir şey çalanın elinin kesileceğini düşünürken, Ebu Yusuf ve Muhammed kesilmeyeceği kanaatindedirler. Ebu’l-Leys ve Sadru’s-Şehid İmameyn’in görüşünü almıştır. *el-Kâfî*’de⁵⁹² de; ‘fetva işte budur’, mezhebin zahiri de bu görüş üzerinedir, denilmiştir.⁵⁹³

Musannif *Fethu’l-Kadir*’den bu nakli yaparken aslında tarafını da belli etmiş, kendisinin de *Hidâye*’de sahih olarak sunulan fetvaya katılmadığını işaret etmiştir.

Giriş izni olan vakitlerde herkes abdest almak üzere hamama serbestçe girebildiği için başında bekçi olsa bile hamamın içindeki eşya muhrez (koruma altında) olmaktan çıkmıştır. Dolayısıyla İmameyn’e göre; mekân unsuruna itibarla hemen eli kesmek doğru değildir.⁵⁹⁴

Çalışmamızın ‘Giriş’ bölümünde *Hidâye*’nin usulünden bahsederken; *Hidâye*’ye özel olarak sahihin zıttıyla da amel edilebileceğini, nitekim Merginânî kitabını buna dikkat ederek yazdığını söylemiştik. İşte burası bu usule güzel bir örnek olarak gösterilebilir. Nitekim Taşköprizâde burada *Hidâye*’de ‘sahih’ olarak sunulan fetvayı değil, başkasını tercih etmiştir.

Diğer bir örnek:

ولو كان مخطئاً أو مكرهاً فعليه القضاء خلافاً للشافعي. فإن نام فاحتلم لم يفطر. وكذا إذا نظر إلى امرأة فأمنى. وكذا المتفكر إذا أمنى، والمستمني بالكف على ما قالوا. قال في العناية: أي: المشايخ، وهو قول أبي بكر الإسكاف وأبي القاسم، وعامتهم على أنه يفسد صومه. قال المصنف في التجنيس: الصائم إذا عالج ذكره حتى أمنى يجب عليه القضاء، هو المختار؛ لوجود الجماع معنى، انتهى.

⁵⁹¹ Ebü’l-Leys İmâmü’l-hüdâ Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrâhîm es-Semerkandî (ö. 373/983)’nin meşhur eseridir.

⁵⁹² el-Hâkim eş-Şehîd olarak meşhur olan Hanefî fâkihi Ebü’l-Fazl Muhammed b. Muhammed el-Mervezî’nin (ö. 334/945)’in zahirur-rivaye fetvalarını özetlediği meşhur eseridir.

⁵⁹³ Varak, 128a.

⁵⁹⁴ (İmam Ebû Hanîfe ise, mekânı başlı başına muhrez kabul eder.)

Hidâye metninde Mergînânî, oruçlu bir kimsenin düşünerek ihtilam olması veya eli ile istimna yapması durumunda orucunun bozulmayacağını söylemektedir. ‘Bazı fakihlerimiz bu kanaattedir’, demiştir. Musannif *Înâye*’den istifadeyle bu kanaatte olan fakihlerin kimler olduğunu söyledikten sonra, çoğunun ise istimna konusunda farklı düşündüğünü, hatta Merginânî’nin dahi *et-Tecnîs ve’l-mezîd* kitabında; orucun bozularak, kaza gerekeceğini yazdığını ve tercih edilen fetvanın da bu olduğunu söylediğini⁵⁹⁵ belirtir.⁵⁹⁶

Bir başka örnek:

ويكره التعشير والنقط في المصحف، قالوا: في زماننا لا بد للعجم من دلالة، فترك ذلك إخلال بالحفظ وهجران القرآن، فيكون حسناً، وفي الكفاية: فإنّ مشايخنا لم يروا به بأساً؛ لأنّ العجم لا يمكنهم التعلّم والتلاوة إلّا بالنقط، وعلى هذا كتبه أسامي السور وعدد الآي، وهو وإن كان إحداثاً فهو بدعة حسنة، وكم من شيء يختلف باختلاف الزمان والمكان، انتهى.

Hidâye’de Mushaf üzerinde harekeleme ve noktalama yapmanın mekruh olduğu görüşü ön plana çıkarılmış, ancak bunun özellikle Arap olmayanlar için bazı sıkıntılara sebebiyet vereceği için aksine fetva verenler olduğu görüşüne de yer verilmiştir. Musannif *Kifâye*’den nakille; Arap olmayanların harekesiz Kur’ân okuyamayacak ve öğretemeyecekleri gerekçesiyle bunun - her ne kadar bid’at da olsa- bid’at-ı hasene olacağı ve zaman ve mekânın değişmesiyle nice ahkâmın değiştiğini, dolayısıyla Kur’an’ın harekelenmesinde bir sakınca olmadığını söylemiştir.⁵⁹⁷

3.5. İSTİŞHÂTLAR

3.5.1. Ayetlerle İstîshât

Udde, formatı itibariyle bir usul-i fıkıh veya fıkıh-ı mukaren tarzı bir kitap olmayıp, aksine bir tecrit çalışması olması, yani bir nevi meseleleri illetlerden soyutlayarak fetva kitabı formatına bürünmesi münasebetiyle içinde ayet veya

⁵⁹⁵ Bkz: Merginânî, **et-Tecnîs ve’l-mezîd**, Thk: Muhammed Emin Mekki, İdâratü’l-Kur’ân ve’l-ulûmi’l-İslâmiyye, Karaçi, 2004, Cilt. 2, s. 377 (1178. mesele).

⁵⁹⁶ **Udde**, vr, 49a.

⁵⁹⁷ **Udde**, vr, 299b.

hadislere pek fazla yer verilmemiştir. Bununla birlikte tekrarlar hariç 24 ayrı ayet ile istişhatta bulunulmuştur.

Eserin formatı normal şartlar altında ayet zikretmemek olduğu halde müellifin ayete yer vermesi; bazen muhalif görüşün delilinin ayet olması ve bu itibarla önem arz etmesi sebebiyledir. Örneğin; ‘kerahiyet’ konusunda Nur Suresi 31. ayete atıfta bulunulmuştur:

ولا يجوز للمملوك أن ينظر من سيّدته إلّا إلى ما يجوز للأجنبي النظر إليه منها، وقال مالك رحمه الله:

هو كالمحرّم، وهو أحد قولَي الشافعيّ؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾، ونحن نقول: المراد بالنصّ

الإماء، قال سعيد والحسن وغيرهما: لا يغرّتكُم سورة النور، فإنّها في الإناث دون الذكور.

Erkek kölenin, bayan efendisinin el ve yüzü dışında vücuduna bakması Hanefî mezhebinde caiz olmamakla birlikte, mezkûr ayette geçen; ‘mü’min kadınlar zinetlerini... ve ellerinin altında bulunan köleler dışındakilere göstermesinler’,⁵⁹⁸ ifadesine dayanarak Mâlikî ve bazı Şâfiîlerin bunun (mahrem gibi) cevazı yönünde kanaate sahip olduklarını, ancak Hanefîlere göre ayetten erkek köle değil, cariyelerin kast edildiğini bildirmiş ve tabiin müçtehitlerin sözleriyle bu görüşü teyit etmiştir.⁵⁹⁹

Musannif zekâtın verilebileceği cihetleri açıklarken Tevbe Suresi 60. ayete yer vermiştir:

الأصل فيه قوله تعالى: {إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ} الآية، فهذه ثمانية أصنافٍ، وقد سقطت منها المولفة

قلوبهم؛ لأنّ الله أعزّ الإسلام، وأغنى عنهم، وعلى ذلك انعقد الإجماع.

Musannif zekâtın sarf edileceği cihetleri açıklamadan önce ayetin bu cihetlere kaynaklık ettiğini bildirmiş ve müellefe-i kulûb hariç her bir tabakayı ayetteki tertibine göre açıklamış, Müellefe-i kulub’un ise artık İslam’ın güçlenmiş olması ve hakkında icma oluşması sebebiyle artık masrif olmaktan çıktığını belirtmiştir.⁶⁰⁰

Bazen de konunun tüm zamanlar için güncel bir problem olması sebebiyle önem arz etmesi, tartışmanın bağlamında ayetleri de zikretmeyi gerektirmiştir:

⁵⁹⁸ Nûr Suresi, 24/ 60.

⁵⁹⁹ Varak, 295b.

⁶⁰⁰ Varak, 44b.

وإذا أوفاهما مهرها نقلها إلى حيث شاء، وقيل: لا يخرجها إلى بلدٍ غير بلدها، قال صاحبُ العناية:

وهو قولُ الفقيه أبي الليث؛ لأنَّ الغريبَ يُؤدِّي. قال ظهيرُ الدين المرغيناني: الأخذُ بقول الله تعالى أُولَى

من الأخذ بقول الفقيه أبي الليث، ورُدَّ بأنَّ الفقيه هو الذي أخذ بقول الله تعالى؛ لأنَّ قوله تعالى:

﴿أَسْكِنُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾ مخصوصٌ بدليلٍ مستقلٍّ مفارِنٍ، وهو قوله: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُمْ﴾.

Koca, mehrini verdiği eşini beraberinde zorla başka bir şehre götürebilir mi, veya adam evlendiği şehirden bir başka şehre taşındığında karısı da beraberinde gitmek zorunda mıdır?

Ebu'l-Leys Semerkandî; 'gurbette eza ve cefa kaçınılmazdır' gerekçesiyle bu durumdaki kocanın, karısını zorla götürme hakkının olmadığını savunurken, Zahîruddîn Merğînânî⁶⁰¹; '*oturduğunuz yerde onları da oturtun*' mealindeki ayeti⁶⁰² gerekçe göstererek ve 'Allah Teâlâ'nın kavlini almak bir fakihın kavlini almaktan evlâdır' diyerek kocanın böyle bir hakkının olduğunu savunmaktadır. Taşköprizâde, *el-Înâye*'den yaptığı nakille tercihini belli etmiş; aslında Allah Teâla'nın kavliyle Fakih Ebu'l-Leys'in amel ettiğini, nitekim ayetteki '*oturtma*', '*zarar*' '*vermeme*' kaydı ile tahsislendiğini belirtmiştir.⁶⁰³

Bazen de Arap grameriyle veya bir kelimenin kullanımıyla alakalı olarak örnek göstermek için ayeti delil getirmiştir:

وكلمة على وإن كان في المعاوضات بمنزلة الباء إلا أنها تجيء للشرط أيضاً مجازاً، كقوله

تعالى: ﴿يُبَايِعُنَا عَلَى أَنْ لَا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ﴾، حتى من قال لامرأته: أنت طالقُ على أن تدخلني الدار

كان شرطاً.

Muavaza akitlerinde 'alâ' harf-i ceri her ne kadar 'bâ' harfî manasında kullanılsa da bazen mecazen şart manasına da gelebilir. Nitekim Mümteherine Sûresi 60. ayet buna örnektir.⁶⁰⁴

⁶⁰¹ Zahîruddîn (Buhârî), Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ömer (ö. 619/1222), *el-Fetâvâ'z-zahîriyye* ve *el-Fevâidü'z-zahîriyye* eserlerinin sahibidir.

⁶⁰² Talak Sûresi, 65/ 6.

⁶⁰³ Bkz: Varak, 77b.

⁶⁰⁴ Bkz: Varak, 89a.

Musannif bazen de kelimelerin ifade ettiđi manaların farkını belirtmek için ayetten örnek vermiştir:

ففي هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت اليمين وانتهت، إلا في كلمة كَلَّمَا، فإنَّها تقتضي تعميم الأفعال. قال الله تعالى ﴿كَلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُمْ﴾. ومن ضرورة التعميم التكرار.

Şart edatlarının birçođu (إذا , إِنْ , متى vs.) tekrar ifade etmeyip, bu harflerle yapılan talak veya yeminler şartın bir sefer yerine gelmesiyle çözülerek son bulur. Yani; yemin bir defa çözölüp geređi terettüp ettikten sonra şart koşulan fiil tekrar edildiđi takdirde bu fiil tekrar hukukî netice doğurmaz. كَلَّمَا edatı ise diđerlerinden farklı olarak tekrar bildirmektedir. Musannif Nisa Sûresi 56. ayeti buna örnek olarak göstermiştir.⁶⁰⁵

Bazen fıkhi bir meselenin kelimî bir meseleyle bađı olabilmektedir. *Udde Kitabı* bir fetva kitabı olmakla birlikte musannif, böyle bir bađ sebebiyle bazen kendini kelami bir tartışmanın içinde bulmuş ve ayetlerle istişhata bulunmuştur.⁶⁰⁶ Çalışmamızın sonlarına doğru ‘*Udde*’ de farklı ilimlere dair beyanlar’ bölümünde bu konu üzerinde duracağız.

3.5.2. Hadislerle İstişhat

Musannif yaklaşık olarak kırk yerde hadis ile istişhat yapmıştır. Hadis-i şerifler genelde *Hidâye* kaynaklı olup, musannif illet sadedinde hadislere ender olarak yer vermiştir.

Örnek:

وكل إهابٍ دُبِعَ فقد طُهر، وجازت الصلاة فيه والوضوء منه إلا جلد الخنزير والأدمي لقوله عليه السلام: {إِنَّمَا إِهَابٍ دُبِعَ فَقَدْ طُهِرَ}، وهو بعمومه حَجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ فِي جِلْدِ الْمَيْتَةِ، وَعَلَى الشَّافِعِيِّ

⁶⁰⁵ *Udde*, vr, 89a.

⁶⁰⁶ *Udde*, vr, 115a.

في الكلب، والتفصيل في هذا المقام كثير في الهداية والشروح، وهذا القدر يكفي في غرضنا من هذا الجمع والترتيب.

Hanefî mezhebine göre domuz dışındaki necis bir hayvanın derisi, tabaklandığı takdirde temiz kabul edilir, Dolayısıyla böyle bir deriden yapılmış tulum içerisindeki sudan abdest alınabileceği gibi tabaklanmış deri üzerinde namaz da kılınabilir. Hz. Peygamber (sav); ‘*Hangi deri olursa olsun tabaklandığında temiz olur*’ buyurmuştur.⁶⁰⁷ Hadisteki أيما ifadesinin içerdiği umum manası, leşlerin derilerini temiz kabul etmeyen Mâlik’in ve köpeğin derisinin temiz olmadığını savunan Şâfiî’nin aleyhine hüccet olduğunu belirten musannif, tafsilat için *Hidâye* ve şerhlerine müracaat edilmesini tavsiye etmektedir.⁶⁰⁸

Hadis-i şerifler bazen *Hidâye* haricinden, mübhem bırakılan bir ifadeyi izah sadedinde getirilmiştir. Örnek:

ومن أكل في رمضان ناسياً فظن أن ذلك يفطره فأكل بعد ذلك متعمداً فعليه القضاء دون الكفارة. وإن بلغه الحديث وعلمه فكذلك في رواية عن أبي حنيفة، وهو ظاهر الرواية. وعنه: أنها تجب، وكذا عنهما. والمراد بالحديث قوله عليه السلام: {من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه، فإنما أطعمه الله وسقاه}، كذا ذكره العلامة ابن الهمام في فتح القدير.

Ramazan’da unutarak yediği halde orucunun bozulduğunu zannederek yemeye devam eden oruçlu kişi şayet ilgili hadisi bildiği halde böyle yapmış olsa İmam Ebû Hanîfe’ye göre yine de keffaret gerekmemektedir. Musannif *Hidâye* ’nin bu satırlarında işaret edilen hadisten hangi hadisin⁶⁰⁹ kast edildiğini *Fethu’l-Kadîr*’den naklederek beyan etmiştir.⁶¹⁰

Yukarıdaki ibarenin hemen devamı da aynı konuda bir başka örnektir:

⁶⁰⁷ Müslim, Hayz, 27; Tirmizi, Libas, 7.

⁶⁰⁸ Bkz: Varak, 5b.

⁶⁰⁹ “Kim oruçluysen unutarak yer veya içerse orucunu tamamlasın, çünkü onu Allah yedirmiş ve içirmiştir.”

⁶¹⁰ Bkz: Varak, 51b.

ولو احتجم وظنَّ أن ذلك يفطره ثم أكل متعمداً فعليه القضاء والكفارة، إلا إذا أفناه فقيهٌ بالفساد. وإن بلغه الحديث وهو قوله عليه السلام: {أفطر الحاجم والمحجوم} واعتمده فكذا عند مُجَدِّ، وعن أبي يوسف خلاف ذلك؛ لأنَّ على العامي الاقتداء بالفقهاء؛ لعدم الاهتداء في حقه إلى معرفة الأحاديث، قال صاحب **العناية**: لجواز أن يكون مصروفاً عن ظاهره أو منسوخاً، انتهى. وإن عرف تأويله تجب الكفارة لانتفاء الشبهة، وقول الأوزاعي لا يورث الشبهة لمخالفته القياس. وفي **العناية**: قوله: "وإن عرف تأويله" وهو أنَّ النبي عليه السلام مرَّ بهما. وهو معقل بن سنان مع حاجمه. وهما يعتابان آخر، فقال: {أفطر الحاجم والمحجوم}، أي: ذهب بثواب صومهما الغيبة، وقيل: إنَّه عُشِّي على المحجوم، فصبَّ الحاجم الماء في حلقه، فقال عليه السلام: {أفطر الحاجم والمحجوم} أي: فطره بما صنع به، فوقع عند الراوي أنه قال: أفطر الحاجم والمحجوم، انتهى.

Hacamat yaptırdığı halde orucunun bozulduğunu zannederek yemeğe devam eden oruçluya kaza ve kefaret gerekir. Ancak bir fakih o kişiye orucun bozulduğuna dair fetva verirse kefaret gerekmez. Şayet ilgili hadisi (*Hacamat yapanın da yaptıranın da orucu bozulmuştur*)⁶¹¹ işitse ve ona itimaden kasten yese tartışmalı olmakla birlikte Ebu Yusuf'a göre yine keffaret gerekir. Çünkü hadis mensuh veya müevvel olabilir ve kişi bunu bilemez. Bu sebeple fakihin sözüne güvenmelidir. Şayet hadisin tevilini bildiği halde yerse ittifakla keffaret gerekmektedir.

Musannif bu misalde hem mübhem bırakılan konuyla ilgili hadis-i şerifi tasrih etmiş, hem de hadis ile niçin amel edilmemesi gerektiğini izah ederek tevilini açıklamıştır.⁶¹²

Hizmet Peygamber'in sözleri müslümanlar üzerinde çok etkili olduğu için muhtemelen müslümanları bazı yanlış fiillerden sakındırmak niyetiyle onun mübarek sözlerine yer verilmiştir. Nitekim musannif, 'Kerahiyet Kitabı'nda, kumar ve boş oyunlarla vaktin ziyan edilmesinin hükmünü beyan ederken hadis-i şerif zikretmiştir.

⁶¹¹ Buhari, Savm, 32; Ebu Davud, Savm, 29; Tirmizi, Savm, 60.

⁶¹² Bkz: Varak, 51b.

ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والأربعة عشر وكلّ لهُو، سواء قامر بها، فيكون ميسراً، وهو حرام

بالنص، أو لم يقامر فيكون عبثاً ولهُو، وقد قال عليه السلام: {هُوَ الْمُؤْمِنُ بَاطِلٌ إِلَّا الثَّلَاثُ: تَأْدِيبُهُ

لِفَرَسِهِ، وَمَنَاضِلَتُهُ عَنْ قَوْسِهِ، وَمَلَاعِبَتُهُ مَعَ أَهْلِهِ}.

Satranç, tavla, iskambil vs. her türlü şans oyunları mekruhtur. Şayet kumarına olursa zaten haram, yoksa abesle iştigaldır. Nitekim Hz. Peygamber (sav); “Üç şey dışında mümine oyun yakışmaz: Atının eğitimiyle uğraşmak, ok ve yayıyla atış talimi yapmak ve eşiyle ilgilenmek” buyurmuştur.⁶¹³

3.5.3. İcmâ’

İcmâ’; ‘Hz. Peygamber’den sonra bu ümmetin müçtehitlerinin dini bir meselede herhangi bir zaman diliminde ittifak etmeleridir.’⁶¹⁴

Hz. Peygamberin sağlığında, Müslümanlar problemlerine, ona sorarak çözüm buldukları için ihtilaf söz konusu değildi. Bazen geçici ihtilaflar olsa da Hz. peygambere arz ettikten sonra onun beyanı teayyün ederdi. Ayrıca şer’î bir meselede ona sormadan ittifak ettiklerini var saydığımızda buna icma denemez. Çünkü Hz. Peygamber’in iradesi bu meselede onların görüşüyle örtüşürse buna ‘takrir-i sünnet’ denir.⁶¹⁵ Ters düştüğü takdirde ise onların görüşü reddedilir.

İcmâ’ İslamî bir kavramdır. İcma’ın bu ümmetin müçtehitlerinin ittifakıyla gerçekleşmelidir. Başka bir din mensuplarının kendi dinlerine dair bir meselede fikir birliğine varmalarına icma denmez. Yine fikir birliği dini bir meselede olmalı ve içtihadı ehil ve aynı dönemde yaşamış ulema tarafından oluşturulmalıdır. Zira avamın ittifakı muteber olmadığı gibi, dinî olmayan bir meseledeki ittifaka da icma’

⁶¹³ Taberani, **Mu’cemu’l-evsat**, 5309; Hakim, **Müstedrek**, 2567.

⁶¹⁴ Molla Hüsrev, Kadı Muhammed b. Ferâmûz (885/1480), **Mir’âtü’l-usûl**, Fazilet Neşriyat, İstanbul, 1307, Cilt: 2, ss.50-52; el-Âmidî, Ebu’l-Hasen. Seyfeddin Ali b. Ebî Ali es-Salebî (ö. 631/1233), **el-İhkâm fî usulî’l-ahkâm**, Thk: Abdürrezzak Afîfî, el-Mektebetü’l-İslâmî, Beyrut, tsz., Cilt:1, s. 195; el-Cüveynî, İmamü’l-haremeyn, Abdülmelik b. Yusuf b. Muhammed ,Ebu’l- meâjî Rüknuddin (ö. 478/1085), **el-Burhân fî usûli’l-fıkh**, Thk: Salahaddin b. Muhammed b. Uveyda, Dâru’l-kütübî’l-ilmiyye, Beyrut, 1997, Cilt:1, s. 279; Zeydan, Zeyneddin, **el-Vecîz fî usûli’l-fıkh**, Dersaadet, İstanbul, tsz; s. 179; **Dinî Kavramlar Sözlüğü**, Diyanet İşleri Başkanlığı, Ankara, 2010, ss. 191-192;

⁶¹⁵ Çelik, Ali, ‘Takrîrî Sünnet’ **Diyanet İlmi Dergi**, Cilt: 36, Sayı: 2, (2000), s. 6.

denmez. İcma bir dönemde oluşmuşsa dayanağı maslahat veya örf gibi değişime açık bir delil olmadıkça hükmü değişmez.⁶¹⁶

Sükûtî ve Sarih olmak üzere iki çeşit icma vardır.⁶¹⁷ Dönemin fakihlerinden hiç kimse muhalif beyanda bulunmamışsa sükûtî icma, tüm ulema aynı yönde kanaat beyan etmişse sarih icma denilmektedir.⁶¹⁸

Sükûtî icma'nın hücciyeti tartışılmıştır. İmam Mâlik ve son kavline göre İmam Şâfiî, icmâ'ı delil kabul etmezken, Hanefîlerden Kerhî, Şâfiîlerden Âmidî zannî delil; Hanbelîler ve Hanefî mezhebinin çoğu müçtehitleri ise kat'î delil olarak kabul etmiştir.⁶¹⁹ Sarih icma ise tüm Ehl-i Sünnet müçtehitlerince kat'î delil sayılırken Nazzâm, Havâric ve Şia onu hiçbir surette delil kabul etmez.⁶²⁰

İcmâ'nın mutlaka dayandığı bir mesnet olmalıdır. Bu mesnet ayet, hadis, kıyas veya maslahat gibi bir delil olabilir.⁶²¹ Mehîr söylenmeden de nikâh akdinin geçerli olacağı hakkındaki icma'nın dayanağı ayet,⁶²² mirasta nineye altıda bir hisse (südüs) verilmesinin dayanağı hadistir.⁶²³ Hz. Ebu Bekir'in halifeliğinin meşruiyeti kıyasa dayanırken, mushafın cem' edilerek çoğaltılması hakkındaki ittifak ise maslahata dayanan icma'nın bir örneğidir.

Bir meselede icmâ oluştuğunda kural olarak artık o hüküm başka bir icma ile değişmez. Ancak dayanağı maslahat ve örf gibi değişim açık olan bir icmâ, zamanın değişmesiyle başka bir icma ile değişebilir.⁶²⁴

Udde Kitabı'nda yaklaşık 170 defa değişik türevleriyle icmâ'a atıfta bulunulmuştur.

Musannif bazen 'Kitab' denilen ana başlık konumundaki temel hukuki kavramların siyakında tanımı verdikten sonra o konunun meşruiyetini beyan bağlamında icma'a değinmiştir. Örneğin rehin konusunun başında; الرهن لغة حبس الشيء بأي سبب كان، وفي الشريعة: جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه منه كالديون، وهو

⁶¹⁶ Zeydan, ss. 179-180; Şaban, ss. 88-89.

⁶¹⁷ Şaban, s. 89.

⁶¹⁸ Zeydan, ss. 183-185; Şaban, ss. 89-90.

⁶¹⁹ Şaban, ss. 91-97; Molla Hüsrev, Cilt: 2, ss.53-55.

⁶²⁰ Molla Hüsrev, Cilt: 2, s. 69; Şaban, ss. 91-97.

⁶²¹ Şaban, ss. 105-111.

⁶²² Bakara, 2/ 236.

şeklinde rehlin lüğavî ve ıstılâhî tanımını yapmış, devamında bu akdin meşruiyetinin Kitap, Sünnet ve icma ile sabit olduğunu söylemiştir.⁶²⁵

Musannif bazen de bir nesne hakkındaki bir hükme binaen icma'dan bahsetmiştir:

والثالث: أنَّ عَيْنَهَا [الْخَمْرُ] حَرَامٌ غَيْرُ مَعْلُوقٍ بِالسَّكْرِ، وَلَا مَوْقُوفٌ عَلَيْهِ، وَمَنْ النَّاسُ مِنْ أَنْكَرِ حَرَمَةِ عَيْنِهَا وَقَالَ أَنَّ السَّكْرَ مِنْهُ حَرَامٌ، وَهَذَا كُفْرٌ؛ لِأَنَّهُ جَحُودُ الْكِتَابِ فَإِنَّهُ سَمَاءٌ رَجَسًا، وَالرَّجْسُ مَا هُوَ مُحَرَّمٌ الْعَيْنِ، وَقَدْ جَاءَتْ السَّنَّةُ مُتَوَاتِرَةً أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ حَرَّمَ الْخَمْرَ وَعَلَيْهِ انْعَقَدَ الْإِجْمَاعُ.

Şarabın hükümlerinden bahsederken onun, sarhoşluk miktarına bakmaksızın bi'aynihi haram olduğunu söyledikten sonra bazılarının onun bizâtihi haramlığını inkâr ettiğini, bununsa küfür olduğunu söylemektedir. Gerekçe olarak; şaraba Kur'an-ı Kerim'de 'rics/ pis' denildiğini, rics'in anlamının haram li'aynihi olduğunu, dolayısıyla bunu haram kabul etmemenin Kitab'ı inkâr manasına geleceğini, ayrıca Hz. Peygamber'in şarabı yasakladığının tevatüren sabit olduğunu ve bu konuda ümmetin icma'ı olduğunu söyler.⁶²⁶

Musannif konunun devamında yine şarap içen kimsenin sarhoş olmasa bile cezasının hadd olduğunu,⁶²⁷ bu konuda hadis olduğunu, (مِنْ شَرَبِ الْخَمْرِ فَاجْلِدُوهُ، فَإِنْ)⁶²⁸ , hadisin son kısmının nesh edildiğini, fakat evvelinin hükmünün baki olduğunu, ayrıca bu hususta Sahâbe'nin icma'ı olduğunu belirtir.⁶²⁹

Diğer bir örnek olarak; kuyuya bir necaset düştüğünde o kuyunun suyunu boşaltmak gerektiğinde selef ulemasının icma'ı olduğunu ve kuyular hakkındaki

⁶²³ Ebu Davud, 2895; Nesâî, 6306; Muvatta, 723.

⁶²⁴ Şaban, ss. 109.

⁶²⁵ Bkz: Varak, 313a.

⁶²⁶ Bkz: Varak, 305a.

⁶²⁷ Burada ön görülen ceza sarhoş olma sebebiyle değil, içki içme suçu sebebiyle verilmektedir. Yani suç olarak kabul edilen fiil sarhoş olmak değil, içki içmektir. Bkz: Esen, Hüseyin, **İslam Hukukunda Cezâî Sorumluluk**, (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003, s. 103.

⁶²⁸ Ebu Davud: 4482; Tirmizî: 1444.

hükümlerin kıyasa değil, haberlere dayandığını belirtir.⁶³⁰ Ayrıca diyetler konusunda da çok defa icma'a atıfta bulunmuştur.⁶³¹

3.5.4. Kıyas

Kıyas; 'hakkında Kitap, Sünnet ve icma'dan bir delil bulunmayan bir meseleyi illet birliği sebebiyle hakkında bu kaynaklardan birinde hükmü belirlenmiş olan bir meseleye ilhak etmektir.'⁶³² Başka bir ifadeyle; 'olmayan bir şeyde (asıl) sabit olan hükmün mislini, illet birliği gerekçesiyle, diğer bir şey (fer') hakkında da ortaya çıkarmaktır.'⁶³³ Kıyasın; asıl, aslın hükmü, fer' ve illet olmak üzere dört tane rüknü vardır.⁶³⁴

Kıyas, celî ve hafî olmak üzere iki çeşittir. Kıyas-ı celî; illetin fer'de asıldakinden daha açık ve kuvvetli olması halidir. Buna kıyas-ı evlâ da denir. Kıyası hafî ise, asıl ile fer'in arasındaki farkın kaldırıldığı zannî olarak bilinen kıyastır.⁶³⁵

Kıyasta dikkat edilmesi gereken husus; asıl ile fer' arasındaki illet birliğini doğru tespit etmektir. İlet benzerliği bulunmayan kıyasa 'kıyas maal-farik',⁶³⁶ nassa muhalif olan kıyasa 'kıyas-ı fâsid' denilir.⁶³⁷

Kıyas aslında müsbet değil, muzhirdir.⁶³⁸ Yani; yeni bir hüküm ortaya koyma değil, hadd-i zâtında var olan, fakat gizli bulunan bir hükmü ortaya çıkarmaktır.

Kıyas tüm Ehl-i sünnet mezheplerince edille-i şer'iyye'den kabul edilmiştir.⁶³⁹ Zahiriler, Caferiler ve bazı Mutezilîliler kıyası kabul etmezler.⁶⁴⁰

⁶²⁹ Bkz: Varak, 305b.

⁶³⁰ Bkz: Varak, 5b.

⁶³¹ Bkz: Varak, 328-329.

⁶³² Şaban Zekiyyüddin, **Usûlü'l- fıkhi'l-İslâmî**, el- Mektebetü'l-hanefiyye, s. 113, en- Nesefî, Ebu'l-Berekât, **el-Menâr fi sûli'l-fıkh**, Dersaadet; İstanbul, tsz. s. 182; Zeydan, s. 194.

⁶³³ Molla Hüsrev, Cilt: 2, s. 70; Erdoğan, Mehmet, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü**, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2010, s. 309; **Dinî Kavramlar Sözlüğü**, ss. 379-380; Zeydan, s. 195.

⁶³⁴ Molla Hüsrev, Cilt: 2, ss. 87-88; Şaban, s. 127; **Dinî Kavramlar Sözlüğü**, ss. 379-380.

⁶³⁵ Erdoğan, s. 310.

⁶³⁶ Bkz: Şaban, s. 133.

⁶³⁷ Bkz: Erdoğan, s. 310; Şaban, s. 135.

⁶³⁸ Bkz: Erdoğan, s. 310.

⁶³⁹ Bkz: Şaban, s. 117; Zeydan, s. 220.

⁶⁴⁰ Şaban, 117, Zeydan, s. 220.

Udde Kitabı'nda yaklaşık 188 defa değişik türevleriyle kıyas'a atıfta bulunulmuştur. Aslında kıyas ve istihsanın genel itibariyle aynı bağlamda birlikte kullanıldığı görülmektedir. Bunun sebebi genellikle kıyas-istihsan çatışmasıdır.

Hanefî mezhebinde kıyas ve istihsan karşı karşıya geldiğinde genel itibariyle istihsan kıyasa tercih edilmektedir.⁶⁴¹ Bazı kaynaklarda on küsur yerin⁶⁴² dışında istihsanın kıyasa tercih edildiği bildirilmektedir.⁶⁴³ İstihsanın kıyasa tercih edildiği yerler ise sayılamayacak kadar çoktur.⁶⁴⁴

Hidâye ve *Udde* kitaplarında kıyasa atıf yapıldığı yerlerde genellikle İmam Züfer ve İmam Şafî'nin muhalefetini görmekteyiz. Bunun sebebi; adı geçen imamların istihsana soğuk bakması ve kıyası öncelemedir. Kıyas- istihsan çatışmasında (Hanefî mezhebinin zahir görüşüne karşı) Şâfiî ve Züfer muhalefetine bir misal gösterelim:

ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة، وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز، وهذا استحسان،
örneğinde⁶⁴⁵ 'hıyar-ı ta'yin' denilen; 'bir kimsenin belli bir fiyata iki elbiseden istediğini satın alması'na Hanefî mezhebinde istihsanen cevaz verilmesine, adı geçen imamlar kıyası istihsana tercih ettikleri için muhalefet etmişlerdir. Nitekim kıyas; mebi'in meçhuliyeti sebebiyle bu akdin fasit olmasıdır.

Musannif bazen *Hidâye*'de üstü kapalı şekilde geçen ve kabul görmeyen bir görüşün dayandığı kıyasa işaret etmiştir:

ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد. وهي على الذكور والإناث بالسوية في ظاهر الرواية، وهو

الصحيح. وهذا احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة: أنَّ النفقة بين الذكور والأنثى أثلاثاً، على

الذكر مثل حظ الأنثيين على قياس الميراث، وعلى قياس نفقة ذوي الأرحام. كذا في العناية وغيره.

⁶⁴¹ **el-Fetâva'l-Hindiyye**, Dâru'l-fikr, Beyrut, 2019, Cilt:1, s. 9; İbn Abidin, **er-Risâletü's-sâniye**, s. 40.

⁶⁴² Hanefî mezhebinde kıyasın istihsana tercih edildiği yerler için bkz: et-Tahtâvî, Ahmed b. Muhammed b. İsmail (1231/1816), **Haşiyetü't-Tahtâvî ala Merâki'l-felâh şerhi Nûri'l-izâh**, Thk: Muhammed Abdülaziz el-Halidî, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, 1997, Cilt:1, s.491.

⁶⁴³ eş-Şürünbülâli, Hasen b. Ammar b. Ali el-Mısri el-Hanefi (1069/1659) **Merâki'l-felâh şerhu Nûri'l-izâh**, Mektebetü'l-asriyye, 2005, Cilt: 1, s. 188.

⁶⁴⁴ eş-Şürünbülâli, Cilt:1, s.188; et-Tahtâvî, Cilt: 1, s. 492.

Ana-babanın nafakası (büyük oldukları takdirde) çocuklara ait olup, evlat varken başkaları üzerine herhangi bir sorumluluk gerekmez, *Hidâye* metnindeki ‘*Zahirü’r-rivâye*’den nakledilen; ‘evlatlar ana-babanın nafakasını kız-erkek eşit olarak üslenirler’ görüşü Merğînânî tarafından ‘sahih görüş’ olarak kabul edilmiştir. *Înâye* sahibi Bâbertî bu kaydın Hasan b. Ziyâd’ın İmam Ebû Hanîfe’den naklettiği; nafakanın erkek-kız üzerine ikili-birli gerektiğine dair rivayetten ihtiraz (çekince) olduğunu söyler. Nitekim bu rivayet (nafakanın ikili-birli gerekmesi) ana-baba hakkındaki nafakayı mirasa ve zevü’l-erham’ın nafakasına kıyas neticesinde ulaşılmış bir kanaattir.

Taşköprizâde bu misalde *Înâye* ve başka kaynakları referans göstererek *Hidâye*’deki bir tercihi izah etmiş, kabul görmemiş kıyas kaynaklı görüşün kimden nakledildiğini belirtmiştir.⁶⁴⁶

3.5.5. İstihsan

Kelime olarak istihsan; ‘güzel bulmak’ demektir.⁶⁴⁷ Bir usûl-i fıkıh terimi olarak ise; ‘bir müctehidin herhangi bir meselede, benzerlerine verdiği hükümden vaz geçerek, nas, icma, zaruret veya maslahat gibi bir delile dayanarak, usulünden farklı bir hüküm vermesidir.’⁶⁴⁸ Bazıları istihsanı; ‘kıyas-ı hafî’nin kıyas-ı celî’ye tercih edilmesi’ şeklinde tarif etmiştir.⁶⁴⁹

Tanımdan da anlaşılacağı üzere istihsan bir nas, icma, maslahat ve zaruret gibi şer’î bir sebebe dayanmalıdır.

Nas sebebiyle istihsana selem akdinin meşruiyyetini örnek gösterebiliriz. Selem, mevcut olmayan (ma’dum) malın satımıdır. Ma’dumun satımı ise genel itibarıyla yasaklanmıştır.⁶⁵⁰ Bu sebeple selem akdinin de caiz olmaması beklenirdi. Ancak selem akdinin meşru olduğuna dair Kitap ve Sünnet’ten delillerimiz

⁶⁴⁵ Metin kısaltılarak nakledilmiştir. Bkz: Varak, 161b.

⁶⁴⁶ Varak, 104b.

⁶⁴⁷ Zeydan, 230.

⁶⁴⁸ Şaban, s. 174.

⁶⁴⁹ İstihsan hakkında yapılan değişik tanımlar için bkz; Zeydan, 230-231; Şaban, s. 174; Erdoğan, s. 265.

⁶⁵⁰ Mavsılî, Cilt: 2, s. 34.

mevcuttur. Nitekim İbn Abbas (ra) Kur'an'daki en uzun ayetin⁶⁵¹ selem akdi hakkında olduğunu söylemektedir.⁶⁵² Ayrıca hadis-i şerifte; من أسلف سلفاً فليسلف في 'Kim bir selem yaparsa belli bir ölçekle, belli bir vezinle ve belli bir müddetle yapsın' buyrulmaktadır.⁶⁵³

İçine necaset düşen kuyuların, boşaltılmak suretiyle temiz kabul edilmesi ve yırtıcı kuşların artığının kerahetle birlikte temiz sayılması zaruret ve hacet sebebiyle istihsana örnektir. Yine ıstıсна' akdinin meşru kabul edilmesi örf ve teamül,⁶⁵⁴ bazılarınca ise icma⁶⁵⁵ sebebiyle istihsana örnektir. Hamamları kullanma muamelesinin, içerisinde kullanılan su miktarının meçhul olmasına, ayrıca bünyesinde icâre akdini de barındırmasına rağmen caiz görülmesi maslahat sebebiyle istihsana dayanır. İmameyn'e göre Müzâraa ve müsâkât akitlerinin cevazı yine maslahat sebebiyle istihsana örnektir. İmam Muhammed'e göre kitapların vakfına müsaade edilmesi örf sebebiyle istihsana dayanır.⁶⁵⁶

İstihsanın bir çeşidi olan kıyas-ı hafî'nin kıyas-ı celî'ye tercih edilmesine vakfın irtifak hakları ile örnek verilmiştir. Mesela; yetimlerin menfaatine vakfedilen bir binanın irtifak hakları da vakfa dâhil midir? Vakfedenin, irtifak haklarını istisna etmesi caiz midir? Böyle bir durumda (irtifak hakları istisna edilerek yapılan bir vakıfta) bu haklar yetimlerin menfaatine devredilmiş olur mu?

Vakfı, satış akdine kıyasladığımız takdirde (ki celî kıyastır) bu haklar yetimlere devredilmiş olmaz. Çünkü satış akdinde irtifak haklarını istisna caizdir. Oysa bu kıyas vakfın ruhuna aykırılık içermektedir. Çünkü vakıftan maksat yetimlere vakfın menfaatinin ulaşmasıdır. O halde vakfı, satış akdi yerine -menfaatle alakalı olarak- icâre (kira) akdine kıyaslamak (ki hafî kıyastır), yani istihsana gitmek daha mantıklı olacaktır. Çünkü kira akdi menfaatten faydalanma üzere kurulmuş olup, bu akitte irtifak haklarının istisnası sahih değildir.⁶⁵⁷

⁶⁵¹ Bakara, 2/283.

⁶⁵² Mavsılî, Cilt: 2, s. 34.

⁶⁵³ Suheyb Abdulcabbar, **el-Câmi'us-sahih, li's-süneni ve'l-mesânîd**, Cilt: 33, s. 402, 410.

⁶⁵⁴ Mavsılî, Cilt: 2, s. 38.

⁶⁵⁵ Şaban, s. 179.

⁶⁵⁶ Bkz: Şaban, 176-182; Zeydan, 232-235.

⁶⁵⁷ Bkz: **Dini Kavramlar Sözlüğü**, İstihsan, s. 334; Şaban, 176-182; Zeydan, 232-235.

Başta Hanefî mezhebine mensub müçtehitler olmak üzere çoğu fakihler istihsana itibar etmişler ve onu edille-i şer'iyeden kabul etmişlerdir. İmam Şâfiî; '*istihsan yapan teşri'de bulunmuştur*' demek suretiyle istihsana karşı olduğunu dile getirmişse de Şâfiî mezhebi incelendiğinde istihsan ile uyuşan uygulamalara şahit olunmaktadır. Mesela, Şâfiî mezhebince; sol eli bulunmayan bir kişinin, hırsızlık yaptığı sabit olduğu takdirde sağ elinin kesilmemesi –adı farklı olsa da- istihsana örnek verilebilir. Bu da şunu göstermektedir ki; İmam Şâfiî'nin araya mesafe koyduğu istihsan; bir delile dayanmayan keyfî istihsandır.⁶⁵⁸

İstihsan, özellikle Hanefî mezhebinde önem arz eden bir delildir. Kıyas ile çeliştiği durumlarda pek az misal hariç istihsan kıyasa tercih edilmiştir.⁶⁵⁹ *Udde Kitabı*'nda da bunun örneklerine sıkça rastlamaktayız. Nitekim bir tecrid çalışması olmasına rağmen, *Hidâye* veya şerhlerinden nakille, yaklaşık 170 yerde istihsan deliline atıfta bulunulmuştur.

İstihsan, çoğu kere kıyastan udûl (vaz geçme) şeklinde karşımıza çıktığı için diğer fıkıh kaynaklarında olduğu gibi *Udde*'de de genel itibariyle kıyas ile birlikte anılmaktadır:

ويجوز الأصمُّ، والقياس أن لايجوز، وهو رواية النوادر، إلا أنا استحسنا الجوازَ لبقاء أصل المنفعة، فإنه إذا صح عليه يسمع، حتى لو كان بحال لا يسمع أصلاً بأن ولد أصمّ. وهو الآخرس. لايجزئه.

Kıyasa göre, çok az işiten bir hayvan özürlü olduğu için kurban edilmesi caiz olmamalıdır. Zira *Nadirü'r-rivâye*'de zikredilen fetva da böyledir. Ancak böyle bir hayvan her ne kadar işitme engelli ise de yüksek sesle kendisine seslenildiğinde işitebildiği için tamamen özürlü kabul edilmemiş ve asıl menfaatinin mevcut kaldığı gerekçesiyle kurban olması istihsanen caiz görülmüştür. Hayvan doğuştan sağır olup, hiç işitmediği takdirde ise kurban olmaya elverişli olmaz.⁶⁶⁰

ومن قال لغلام: هو ابني، ثم مات، فجاءت أم الغلام، وقالت: أنا امرأته فهي امرأته وهو ابنه يرثانه.

وفي النوادر جعل - أي: مُجَدَّ - هذا جواب الاستحسان، والقياس أن لا يكون لها الميراث؛ لأنَّ النسب

كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة ويملك اليمين، فلم يكن قوله

⁶⁵⁸ Bkz: Şaban, 176-182.

⁶⁵⁹ *el-Fetâva'l-Hindiyye*, Cilt:1, s. 9; İbn Abidin, *er-Risâletü's-sâniye*, s. 40.

إقراراً بالنكاح. وجه الاستحسان أنَّ المسألة فيما إذا كانت معروفة بالحرية، وبكونها أم الغلام، والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك عادةً ووضعا. ولو لم نعلم أنَّها حرة فقالت الورثة: أنت أم الولد فلا ميراث لها.

Bir kiři nesebi meçhul bir çocuk hakkında nesep ikrarında bulunduktan sonra ölse, sonra bu çocuğun annesi gelerek ölen adamın nikâhlı hanımı olduğunu iddia etse ölen adama mirasçı olabilir mi?

Kıyasen olmasa da istihsanen olur.

Kıyas: Nesep, sahih nikâhla sabit olduğu gibi, şüphe ile cinsi ilişki veya cariyeye ile cinsel temas neticesi doğumlarda da sabit olur. Dolayısıyla adamın, çocuk hakkındaki nesep iddiası o çocuğun annesinin nikâhlı eş olmasını gerektirmez.

İstihsan: Bu mesele, kadının hür olduğu durum için geçerlidir. Şayet kadın hür olmasaydı zaten mirasçı olamazdı. Ayrıca asıl olan gebeliğin meşru yolla ve sahih nikâhla olmasıdır.⁶⁶¹ Dolayısıyla kadın da mirasçı olur.

Taşköprizâde bu meselede, kıyas terkedilerek istihsanın tercih edilmesini gerekçesiyle beraber aktarma gereği hissetmiştir. İnsanların hallerini mümkün mertebe salaha yorma ve ‘ırzlarda asıl olanın mahremiyeti’⁶⁶² ilkesine⁶⁶³ vurgu yapmayı irade etmiş olabilir.

3.5.6. Sahabe Kavli

Usulcülerin çoğuna göre sahabî; ‘iman etmiş olduğu halde Hz. Peygamber’le buluşan ve örfen kendisine arkadaş denilebilecek bir müddet onunla zaman geçiren kiři’ demektir.⁶⁶⁴ ‘Sâhib’ kelimesinin çoğulu ‘ashâb’ ve ‘sahb’, ‘sahabî’ kelimesinin çoğulu ise ‘sahâbe’ şeklinde gelmektedir.⁶⁶⁵

⁶⁶⁰ Varak, 96a.

⁶⁶¹ Varak, 101b.

⁶⁶² الأصل في الأعراض التحريم

⁶⁶³ Nadin Abdulfadl el-Âmirî, *el-Kavâ'idü'l-Fıkhiyye li'l-mübtedi*, Nşr: Şirketü Britaniyye, Londra, 2016, s. 66.

⁶⁶⁴ Şaban, s. 201. Hadisçiler ve bazı usulcüler ise arkadaş denilecek süre zaman geçirme şartı koşmaz, sadece görmenin sahabilik için yeterli olduğunu savunur.

⁶⁶⁵ Bkz: ez-Zebîdî, Murtezâ, *Tâcü'l-arûs fî şerhi'l-Kâmûs*, Matbaatu'l-Hayriyye, Kahire, 1306, shb; Mustafa, İbrahim vd, *el-Mu'cemu'l-vasît*, Çağrı yayınları, İstanbul 1990, shb.

Hanefî mezhebinde sahabe kavli de şer'î delillerden kabul edilmiştir.⁶⁶⁶ Nitekim İmam Ebû Hanîfe içtihat usulünü şu şekilde vasıflamıştır:

*'Bir hükmü Allah'ın Kitab'ında bulursam onu alırım. Yoksa Rasûlüllah'ın sünnetini alırım. Her ikisinde de bulamazsam sahabenin sözünü alırım. Onlardan dilediğimin sözünü alırım ve onların sözünü bırakıp bir başkasının sözüne yapışmam. Fakat iş İbrahim Neha'i, Şâ'bî, İbn Sîrîn, Atâ ve Sa'id b. Müseyyeb gibi tabiin müçtehitlere gelince onlar içtihad ettiği gibi ben de içtihad ederim.'*⁶⁶⁷

İmam Ebû Hanîfe'nin belirttiği bu manada sahabe kavli dört mezhepçe de şer'î delil kabul edilmiştir.⁶⁶⁸

Udde Kitabı'nda musannif yer yer özel bir sahabe kavline, bazen de genel manada sahabenin fikrine işaret etmiştir. Birer örnek gösterelim:

والأحسن: أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه، ويتركها حتى تنقضي عدتها.
وكان الصحابة رضي الله عنهم يستحبون أن لا يزيدوا على واحدة. وإن هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل
ثلاثاً عند كل طهر واحدة، ولا خلاف لأحد في الكراهة، أي: في عدم الكراهة، يعني: لم يقل أحد
بكراهة هذا الطلاق، كذا في العناية.

Talakın üç çeşidinden biri olan ahsen talak; bir kişinin, karısını birlikte olmadığı bir temizlik müddeti içerisinde boşayarak iddeti bitinceye kadar bir daha boşamamasıdır. Sahabeler boşanıp iddet bekleyen kadını iddet içerisinde tekrar boşamamayı müstehap görmüşler ve bu tür boşamaları (ahsen talak) diğer boşama türlerinden evlâ bulmuşlardır.

Musannif bu satırlarda sahabe görüşü ile istiḥatta bulunmuş, ayrıca yine *Hidâye*'nin sahabe hakkındaki; ولا خلاف لأحد في الكراهة ifadesini açıklama gereği hissetmiştir. Çünkü bu ifadede 'ahsen talak'ın mekruh olduğu anlaşılabilir. Oysa sahabeden hiçbirisi bu talakın mekruh olduğunu söylememiştir. Bu sebeple musannif,

⁶⁶⁶ Şaban, s. 203.

⁶⁶⁷ Hatib Bağdadî, Ebu Bekr Ahmed b. Ali b. Sabit (ö. 463/1071), **Tarih-i Bağdâd**, Dâru'l-ğarbi'l-İslâmî, Thk: Dr. Beşşar Avvad Maruf, Beyrut, 2002, Cilt: 15, s. 459; İbn Abdilberr, **el-İntikâ**, s. 143; Zeydan, **el-Medhal**, s. 150.

⁶⁶⁸ Şaban, s. 203.

yanlış anlamının önünü kesme adına *Înâye'den* referansta bulunarak izahta bulunmuş; 'yani mekruh olmadığına hilaf yoktur' demiştir.⁶⁶⁹

Harac konusunda şöyle der:

ومن شرط وضع الخراج أن يقر أهلها على الكفر كما في سواد العراق. ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف. وعمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليهما بمحض من الصحابة، ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص رضي الله عنه، وكذا أجمعت الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين على وضع الخراج على الشام.

Irak fethedildiğinde Hz. Ömer Irak ehli için toprakları üzerine haraç koymuş ve sahabeler bir itirazda bulunmamışlardır. Amr b. Âs da Mısır'ı fethettiğinde yine Hz. Ömer Mısır ahalisine haraç koymuştur. Şam arazisinin de haraç arazisi olduğunda tüm sahabeler icma etmişlerdir.⁶⁷⁰ O halde adı geçen bu bölgelerin haraç arazisi kabul edilmesi genelde sahabe, özelde Hz. Ömer kaynaklı bir içtihatır.

القراءة في الفرض واجبة في الركعتين، وقال الشافعي: في الركعات كلّها وقال مالك في ثلاث ركعات. وهو محيّر في الأخيرتين، معناه إن شاء سكت وإن شاء سبّح، كذا روي عن أبي حنيفة، وهو المأثور عن عليّ وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهن إلا أن الأفضل أن يقرأ.

Dört rekâtlı farzların son iki rekâtında kıraat okuma hakkında muhayyerlik vardır; ister okur, ister okumaz, isterse de tesbihâtta bulunabilir. Ebû Hanîfe'den böyle söylediği rivayet edilmiştir. Hz. Ali, İbn Mesud ve Hz. Âişe'den de böyle nakledilmiştir. Ancak kıraat yapmak daha faziletli görülmüştür.⁶⁷¹

إذا قال الرجل لامرأته: والله لا أفريك، أو قال: لا أفريك أربعة أشهر فهو مولى. فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه، ولزمه الكفارة، وسقط الإيلاء. فإن لم يقر بها حتى مضت أربعة أشهر بانته منه بتطبيقه. وقال الشافعي: تبين بتفريق القاضي كما في الحبّ والعنة. والذي قلنا هو المأثور عن عثمان وعليّ والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت، وكفى بهم قدوة.

⁶⁶⁹ Varak, 81b.

⁶⁷⁰ Varak, 137a.

⁶⁷¹ Varak, 25a.

Eşine îlâ⁶⁷² yapan kişi dört ay içerisinde ona yaklaştığı takdirde yemin keffareti ödemelidir. Şayet eşine yaklaşımadan dört ayın sona ermesi durumunda derhal bâin bir talak vaki olur. İmam Şafî; ‘derhal talak vaki olmayıp, zeker kopukluğu ve iktidarsızlık durumundaki gibi mahkeme kararıyla boş olur’ der. Bizim görüşümüz Hz. Osman, Hz. Ali, İbn Abbas, İbn Ömer ve Abdullah b. Amr ve Zeyd b. Sâbit gibi ileri gelen sahabelerden nakledilmiştir ve bu sahabiler tabi olunmaya layık örneklerdir.⁶⁷³

3.5.7. Örf

Örf; ‘insanlar arasında iyi telakki ve kabul olunan adetler, gelenek’ demektir.⁶⁷⁴ Çoğu insanların alışkanlık haline getirdikleri, duyulduğunda başka şey akla gelmeyen, özel anlam kazanmış lafızlara da örf denilmiştir.⁶⁷⁵

Örf değişik itibarlarla; kavli- amelî, âmm-hâs, sahih-fâsit gibi kısımlara ayrılmıştır.⁶⁷⁶

İslam hukukçuları örfün hücciyetini; العادة محكمة ‘âdetler muteberdir’⁶⁷⁷, ve المعروف عرفا كالمشروط شرط ‘örf olarak uygun bulunan şey şart koşulmuş gibi geçerlidir’⁶⁷⁸ şeklinde kâideleştirmişlerdir. Ancak örfün delil olması Kitap, Sünnet veya hakkında icmâ bulunan bir hükme aykırı olmamaya bağlanmıştır.⁶⁷⁹

Udde Kitabı’nda yaklaşık 250 defa değişik türevleriyle örf ve teamüle atıfta bulunulmuştur.

Örneğin, ‘Kitabü’l- Müzâra’a’nın baş kısmında bu akdin meşruluğu tartışılmıştır.⁶⁸⁰ Müzâra’a akdi İmam Azam’a göre; kıyasa muhalif olması sebebiyle meşru görülmemiştir. Çünkü bu muamelede ücret mahsülden verileceği ve mahsul de

⁶⁷² Îlâ; kocanın, karısına yanaşmamak üzere yemin etmesidir. Bkz: Erdoğan, s. 244.

⁶⁷³ Varak, 93a.

⁶⁷⁴ Erdoğan, s. 464.

⁶⁷⁵ Şaban, s. 191.

⁶⁷⁶ **Dinî Kavramlar Sözlüğü**, ss. 536-537; Zeydân, ss. 252-253.

⁶⁷⁷ Yıldırım, Mustafa, **Mecelle’nin Küllî Kaideleri**, İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İzmir, 2012, md. 36.

⁶⁷⁸ Yıldırım, md. 43.

⁶⁷⁹ Zeydân, s. 256; Şaban, s. 192.

meçhul olduğu için ücret tam olarak bilinmemektedir.⁶⁸¹ Bu akde icâre akdi de diyemeyiz; çünkü cehalet barındırması cihetinden bu haliyle olsa olsa icâre-i fâside olabilir. Ayrıca müzaraa akdinde işçinin ücreti, işçinin kendi emeği neticesi meydana gelecek mahsulden verileceği için ‘kafiz-i tahhan’ meselesine benzemektedir⁶⁸² ki ileride (Usul Kaideleri başlığı altında) anlatılacağı üzere bu muamele Hz. Peygamber tarafından yasaklanmıştır.⁶⁸³

İmam Ebû Hanîfe’nin en meşhur iki talebesi İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed ise bu muamelenin (müzaraanın) caiz olduğunu söylemişlerdir. Nitekim Hz. Peygamber Hayber ehliyle müzâra’a akdi yapmıştır.⁶⁸⁴ Delillerin tearuzu söz konusu olup, bu akde insanların şiddetli ihtiyacı vardır. Nice insanlar vardır ki; tarlası olduğu halde çiftçiliği beceremez veya değişik nedenlerle tarlasını değerlendirmeye fırsat bulamaz. Niceleri de vardır ki; becerikli olduğu halde sermayesi veya arazisi yoktur. Ayrıca bu muamele halk arasında çok yaygınlaşmıştır.

Musannif iki görüşün delillerini ortaya koyduktan sonra;

‘İnsanların şiddetli ihtiyacı ve halkın teamülleri gereği İmameyn’in fetvası tercih edilir. Örf ve teamül olan yerde kıyas terkedilir. İstisnâ’ akdi de bunun delilidir.’ diyerek Osmanlı Devleti’nin tarım politikasıyla da uyumlu bir tercihte bulunmuştur.⁶⁸⁵

وفي الجامع الصغير: لو حلف لا يأكل رأساً فهو على رؤوس البقر والغنم عند أبي حنيفة، وقال: على

الغنم خاصة. وهذا خلاف عصر وزمان، كان العرف في زمنه فيهما، وفي زمنهما في الغنم خاصة. وفي

زماننا يفتي على حسب العادة، كما هو المذكور في المختصر.

Musannif yine örf ve âdetin fıkha etkisi hakkında yemin konusu bağlamında⁶⁸⁶ şöyle açıklamada bulunur:

⁶⁸⁰ Bkz: Varak, 282a.

⁶⁸¹ Mavsîlî, Cilt:3, s. 75.

⁶⁸² Mavsîlî, Cilt:3, s. 75.

⁶⁸³ Bkz: Beyhekî, **e-Sünenü’s-sağîr**, 1969; Dârekutnî, 2985. ‘Kafiz-i tahhan’ konusunun dayandığı hadis-i şeriflerin sıhhati de tartışılmış, zayıf olduğunu ispatlamaya yönelik çalışmalar da yapılmıştır. Örn: Dr. Mustafa Debbâğ, “en-Nehyü an kafizi’t- tahhân”, **Mecelletü’l-Mîzân**, Cilt: 5. Sayı: 2, 2018, ss. 311- 339.

⁶⁸⁴ İmam Azam Ebû Hanîfe ise; Hz Peygamber’in Hayber ehline haraç-ı mukaseme koyduğunu söyler. Bkz: Mavsîlî, Cilt:3, ss. 74-75.

⁶⁸⁵ Varak, 282a.

⁶⁸⁶ Varak, 116a.

Camîu's-sağîr'de; 'kelle' yemeyeceğine yemin edildiğinde bu söz Ebû Hanîfe'ye göre sığır veya davara, İmameyn'e göre ise sadece davara hamlolunur' denilmektedir. Bu hilaf 'zamanın değişmesiyle ahkâmın değişmesi inkâr edilemez' kaidesi⁶⁸⁷ kabilindendir. Zira İmam'ın zamanında örf her iki cins hayvanın kafası şeklinde oluşmuşken, İmameyn zamanında sadece davar kafası şeklinde anlaşılmaya başlanmıştır. O halde; bu gibi durumlarda muteber olan örfdür ve her kavram kendi zamanında ifade ettiği anlama göre değerlendirilmelidir. Kudûrî'nin *Muhtasar*'ında da belirtildiği gibi, bizim zamanımızda da şimdiki oluşmuş örf belirleyici olmalıdır.

3.5.8. Külli Kaideler

Konuya girmeden önce kâide/küllî kâide, zâbıta ve usûl kâidesi gibi terimlerin ne anlama geldiği, aralarında ne tür benzerlikler ve farklılıklar olduğuna değinmek yerinde olacaktır.

Sözlükte 'oturmak' mânasındaki قعود masdarından türeyen **kâide** (çoğulu kavâid/قواعد); 'binanın üzerine dayandığı temel, bir şeyin aslı, esası' anlamına gelmektedir.⁶⁸⁸ Bir hukuk terimi olarak ise; '*hukukun temel ilkelerini yansıtan, farklı alanlardaki fer'î meselelerin hükümlerini tamamen veya büyük oranda kuşatan tümel önerme*' şeklinde⁶⁸⁹ tanımlanmaktadır.⁶⁹⁰

Zâbıtalâr (ضابطة) '*fikhın tek bir konusu altında birçok fer'i hükmü bir araya getiren fikhî kurallardır.*' Zâbıta bu yönüyle kâideden ayrılmaktadır. Çünkü kaide,

⁶⁸⁷ Mecelle, md. 39.

⁶⁸⁸ Zebîdî, *Tâcu'l-arûs*, Cilt: 9, s. 49, ق ع د; *Mu'cemü'l-vasît*, Cilt: 2, s. 748, ق ع د .

⁶⁸⁹ (قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها)

⁶⁹⁰ Bkz: Cürcânî, Ali b. Muhammed b. Ali Zeyn eş-Şerîf (ö. 816/1413), **et-Ta'rîfât**, Nşr: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, 1983, Cilt:1, s. 171; Baktır, Mustafa, **Kâide**, DİA. Cilt: 29, ss. 205-210. Farklı tarifler için Bkz.: Ali Haydar, **Düreru'l-hükkâm**, İstanbul 1912, s. 27; Zerkâ, **Medhal**, II, 946; Zeydan, Abdulkerim, **el-Vecîz fi şerhi kavaidi'l-fikhiyye**, Müessesetür'r-risale, Beyrut, 2001, 11; Zekiyyuddîn Şaban, **İslam Hukuk İlminin Esasları**, çev.: İ. Kafi Dönmez, TDVY. Ankara 1996, s. 28.

fikhın tek bir konusunda değil birçok konusunda geçerli olan kurallardır.⁶⁹¹ Kaide ile zâbıta arasında zikredilen bu farka rağmen, kimi fakihler bu iki kavramı birbirinin yerine kullanmışlardır.⁶⁹²

Kaide ile fıkıh usulü kuralları arasında da belli bir yakınlık mevcut olup ‘*bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır*’⁶⁹³ gibi bazı fıkıh usulü kuralları fûrû kitaplarında sıkça kullanılmış ve fer‘î ahkâmı da yakından ilgilendirmesi sebebiyle literatürde küllî kaide olarak yer almıştır.⁶⁹⁴ Ancak kaide, mükellefin fiiline ilişkin olup fikhın birden çok alanındaki fer‘î meselelerin tamamına veya büyük çoğunluğuna uygulanabilir genel prensipler verirken veya varılan çözümlere ortak açıklama getirirken, fıkıh usulü kuralları şer‘î delillere ilişkindir ve bu delillerden şer‘î hüküm elde etme yollarını ifade eder. Usul kuralları da kavâid olarak adlandırılabilirdiğinden karışıklığı önlemek için birçok müellif küllî kaidelere ‘*kavâid-i fıkhiyye*’, diğerine de ‘*kavâid-i usûliyye*’ diyerek aradaki farka işaret etmek ister. Ayrıca usûl-i fıkıh genelde Arapça lafızlardan hüküm çıkarma kuralları iken, küllî kaideler şer‘in sırlarına ve hikmetlerine vâkıf olmayı mümkün kılan umumi hukuk prensipleridir.⁶⁹⁵

Örnek verecek olursak; المشقة تجلب التيسير (meşakkat kolaylığı gerektirir) veya لا مساع للإجتihad في مورد النص (Nass bulunan mevzuda içtihad mahal yoktur) fikhın tüm alanlarını ilgilendirdiği için külli bir kaide; لا يرث القاتل (katil, öldürdüğü kişiye varis olamaz) sadece miras hukukunu ilgilendirdiği için zabıta; الأمر يفيد الوجوب والنهي (emir vücub, nehy hirmet bildirir) ise dili kullanarak bir hükme ulaşma yöntemini ifade ettiği için usûl kaidesidir.

⁶⁹¹ İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-Nezâir*, s. 192; Ali Haydâr, *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, İstanbul, 1912, cilt. 1, s. 27.

⁶⁹² Bkz: Baktır, *Kâide*, DİA. Cilt: 29, ss. 205-210; Karafi, *el-Furûk*, Cilt:1, ss. 2-3; Yıldırım, s. 16.

⁶⁹³ *Mecelle*, md. 5.

⁶⁹⁴ Ali Ahmed en-Nedvî, *el-Kavâ'idü'l-fıkhiyye*, ss. 402-423).

⁶⁹⁵ Bkz: Baktır, *Kâide*, DİA. Cilt: 29, ss. 205-210; Karafi, *el-Furûk*, Cilt:1, ss. 2-3; Yıldırım, ss. 17-18; Kabdan, Abdülkadir, *Abdulganî Karabâğî'nin 'Şerhu'l-Muhtâr' Adlı Kitabının Edisyon Kritiği Ve Değerlendirilmesi*, Çukurova Üniversitesi Doktora Tezi, Adana, 2014, ss. 30-33.

Külli kâide, zâbıta ve usûl kâidelerini ve aralarındaki ortak ve farklı yönleri bu şekilde kısaca belirttikten sonra bu kaidelerin *Udde Kitabı*'ndaki durumu hakkında bilgi vermeye çalışacağız.

Udde Kitabı her ne kadar meselelerin illetlerinden ziyade hükümlerini belirtme esaslı bir çalışma olsa da Taşköprizâde Kemâleddin Efendi ihtiyaç hissettiği ve faydalı olacağına inandığı durumlarda *Hidâye*'den veya diğer kaynaklardan naklederek, bazen de kendi iradesiyle zaman zaman bu kaidelere yer vermiştir.

وقال صاحب جامع الفصولين: البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالاً للربوا فسموه بيع الوفاء هو رهن في الحقيقة، ولا ينتفع به إلا بإذن مالكة، وهو ضامن لما أكل من ثمره، وأتلف من شجره، ويسقط الدين بملاكه لو بقي، ولا يضمن الزيادة، وللبائع استرداده إذا قضى دينه، لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام؛ لأنّ المتعاقدين وان سميّاه البيع ولكن غرضهما الرهن والاستيثاق بالدين؛ إذ العاقد يقول لكل أحد بعد هذا العقد: رهنّت ملكي فلاناً، والمشتري يقول: ارتحنت ملك فلان، والعبرة في التصرفات للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني.

Müellif, zamanının tartışılan konularından olan vefalı satışlar (bey' bi'l-vefâ)⁶⁹⁶ hakkında *Hidâye*'de olmadığı halde özel bir fasıl açmış, Simavne Kadısı'nın *Camiu'l-Fusûleyn* adlı eserinden nakille vefalı satışların aslında rehn akdi olduğunu belirtmiştir. Gerekçe olarak şunları sıralamıştır:

Müşteri akdin konusu olan malı bayiin izni olmaksızın satamamakta, hatta kullanamamaktadır. Şayet o malın bir kısmını tüketse veya telef etse satıcıya zararı tazmin etmelidir. Helakı durumunda müşterinin borcu o oranda düşmekte olup borçtan artan kısmı tazmin edilmemektedir. Bu haliyle rehinden farksızdır. (Çünkü merhun malın da mürtehinin elinde borç kadarı mazmun, fazlası emanettir.)⁶⁹⁷ Ayrıca satıcı istediği an bedelini ödeyerek malı tekrar iade alabilir. Zaten bu muameleyi halk arasında alma-satma değil, rehin alma veya verme şeklinde dillendirmektedirler. Bunun realitede rehin akdinden farkı yoktur. Tarafların maksadı satış yapmak değil, borcu teminat altına almaktır. Muameleyi başlatırken adını bey'

⁶⁹⁶ Bey' bi'l-vefâ; bedeli iade edildiğinde geri alınmak üzere bir malın satılmasını konu edinen satış akdi, Bkz: Bayındır, Abdülaziz, **Bey' bi'l-vefâ**, DİA, Cilt: 6, ss. 20-22.

⁶⁹⁷ Mavsılî, 'Kitabu'r-rehn', s. 241.

akdi olarak koysalar dahi akitlerde ne dendiği değil, ne yapıldığı önemlidir. Zira ‘akitlerde lafızlara değil, mekâsıda itibar olunur.’⁶⁹⁸

İleride vefalı satışlardan bahsederken de belirteceğimiz üzere; musannif bu muameleyi rehin gibi meşru görmek yerine, fâsid kabul etmeyi sahih görmüştür. Ancak *Câmi’ul-Fusûleyn*’den Semerkand fukahâsının bu akdi rehin kabul ederek fetva vermelerinin gerekçesi izah edilirken; vefalı satışlar; yukarıda zikredilen külli kâidenin⁶⁹⁹ bir istisnası olarak kabul edilmiştir. “*Akitlerde lafız da muteberdir*;⁷⁰⁰ *Boşamak niyetiyle bir kadınla evlilik akdi gerçekleştiren kişinin evliliği sahih olduğu gibi, zahiren alış-veriş yapıldığı için vefalı satışlar da câizdir*” denilmiştir.⁷⁰¹

وإن كانت قد انتفخت وتفسخت أعادوا صلاة ثلاثة أيام ولياليها، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله،

وقالوا: ليس عليهم إعادة شيء حتى يتحققوا متى وقعت؟ لأنَّ اليقين لا يزول بالشكِّ، وصار كمن

رأى في ثوبه نجاسة لا يدري متى أصابته فإنه لا يُعيد شيئاً.

Ebû Hanîfe’ye göre kuyuya düşen hayvan şişmiş ve dağılmışsa o kuyudan alınan abdestle kılınmış üç gün üç gecelik namazlar kaza edilmeli iken, İmameyn’e göre necasetin düşme vakti bilinmediği müddetçe hiçbir namazı iade etmek gerekmemektedir. Çünkü ‘*yakin ile sabit olan şüphe ile zâil olmaz.*’ Nitekim elbisesinde necaset görüp, ne zaman bulaştığını bilmeyen kişiye de namazını iade etmek gerekmez.⁷⁰² Musannif burada İmameyn’in içtihadını külli bir kaide ile gerekçelendirmiştir.

ومن وكل رجلاً بشيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته، أو جنسه ومبلغ ثمنه، إلا أن يؤكِّله وكالة

عامة، فيقول: ابتع لي ما رأيت. والأصل أنَّ الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف

استحساناً، ولأنَّ مبنى التوكيل على التوسعة، وفي اعتبار هذا الشرط أعني عدم الجهالة اليسيرة بعض

الخرج، وهو مرفوع.

⁶⁹⁸ Bkz: Varak, 171b.

⁶⁹⁹ ‘Akitlerde itibar lafza değil, manayadır’ kaidesi.

⁷⁰⁰ والعبرة الملقوظ أيضاً دون المقصود

⁷⁰¹ Bkz: Varak, 171b.

⁷⁰² Varak, 7b.

Vekâlet akdi genişlik (tevsia/ruhsat) üzerine kurulduğundan dolayı vekâlet ‘git, ne alırsan al’ şeklinde genel olarak verildiğinde istihsanen caiz görülmüştür. Kural olarak (asıl); ‘vekâlet akdinde cehalet-i vasıf tahammül edilebildiği gibi cehalet-i yesira da tahammül edilebilir.’ Yoksa sıkıntı ve meşakkat gerekir ki; bu da şeriatın prensiplerine aykırıdır. Musannif burada vekâlet akdi bünyesinde bir **zabıta** zikretmek suretiyle istiṣhatta bulunmuştur.⁷⁰³ Vekalet akdi vüs’at/müsamaha barındırır.

ثم قال في الذخيرة: والأصل أنَّ الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف. وأما بعد التسليم إلى الوكيل هل تتعين، اختلف المشايخ فيه. قال بعضهم: تتعين لما ذكر. وعامتهم على

أَنَّ لا تتعين. وهذا البحث من معارك الآراء، وفيه تفصيل في النهاية.

Musannif burada İbn Mâze’nin (ö. 616/1219)⁷⁰⁴ *ez-Zahîre* kitabından yine vekâlet konusu çerçevesinde bir zabıta nakletmektedir: ‘Vekâlet akitlerinde para vekile teslim edilmezden evvel teayyün etmez (belirginleşmez, kaybedildiği takdirde herhangi bir misli verilir).’ Musannif teslimden sonrası hakkında ise çok tartışmalar yaşandığını, çoğu âlime göre yine muayyen olmadığını açıklamakla yetinmekte, geniş bilgi için *en-Nihâye*’ye⁷⁰⁵ müracaat edilmesi gerektiğini söylemektedir.⁷⁰⁶

Yalnız şunu unutmamak gerekir ki; külli kaideler ve zâbıta’lar kendilerinden hüküm çıkarmak için değil, bir fıkıh nosyonu sağlamak, ahkâmı şeriiyyeyi anlamaya ve kavramaya dair bir meleke kazandırmak için oluşturulmuştur. Çünkü bu kaideler her ne kadar genel olsa da ağlebî olup, bazı istisnalar içermektedir. Hükmün istisnaya rastlama ihtimali göz ardı edilemeyeceğinden, fakihler bir hükme veya kanaate varabilmek için mutlaka edille-i şeriiyyeyi dayanak göstermişler, külli kaidelere ise teyid mahiyetinde yer vermişlerdir. Bu bağlamda Kitap, Sünnet, icma, kıyas, örf, maslahat gibi edille-i şeriiyye arasında külli kaidelerin bulunmamasına dikkat çekmek yerinde olacaktır.

⁷⁰³ Varak, 206a.

⁷⁰⁴ Burhânüddîn (Burhânü’ş-Şerîa) Mahmûd b. Ahmed b. Abdilazîz el-Buhârî el-Mergînânî.

⁷⁰⁵ es-Siğnâkî, Hüsâmüddîn Hüseyin b. Alî b. Haccâc el-Buhârî (ö. 714/1314), **en-Nihâye fî şerhi’l-Hidâye**, Matbu olmamakla birlikte mahtut olarak değişik kütüphanelerde kitabın bir çok nüshası mevcuttur.

3.5.9. Usûl Kâideleri

Udde Kitabı'nın satır aralarında, Mecelle'nin ilk yüz maddesini oluşturan 'kavâid-i fıkhiyye' ve zâbıta'ların yanı sıra, fıkhnın şekli/biçimsel olmayan usûl kurallarına da sıkça rastlamaktayız. Bu kuralların nerede ve nasıl uygulandığı Taşköprizâde Kemâleddin Efendi'nin fıkhi meselelere yaklaşımını tanımada da bize ışık tutmaktadır. Şimdi bazı usul örneklerine bakalım:

ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى تحت الشُّرة، وعند الشافعي يضع على الصدر، وقال مالك:

يرسلهما، ثم الاعتماد سنة القيام عند أبي حنيفة وأبي يوسف حتى لا يرسل حالة الثناء، وعند محمد

سنة القراءة فيرسل. والأصل أن كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه، وما لا فلا، هو الصحيح.

فيتماد في حالة القنوت وصلاة الجنازة، ويرسل في القومة أي عن الركوع وبين تكبيرات الأعياد.

Namaz kılan kişi kıyamda göbeği altında sağ eliyle sol elini bileğinden kavrar. Şâfiî'de ellerini göğsü üzerinden bağlarken, Mâlikî'de ise ellerini bağlamaksızın yanlara salar. Elleri bağlamak Ebû Hanîfe ve Ebu Yusuf'a göre kıyamın sünneti olduğu için 'Sübhaneke' duası okunurken eller bağlanırken, Muhammed'e göre ise kıraatin sünneti olması sebebiyle salınması daha doğrudur. *Aslen; kendisinde (kıraat veya hamd) bir mesnûn zikir bulunan her kıyamda elleri bağlamak, zikir içermeyenlerde ise salıvermek daha uygundur.* Dolayısıyla konut okurken ve cenaze namazında elleri bağlamalı, rükûdan doğrulma anında ve bayram namazı tekbirleri arasında salmalıdır.

Musannif burada mezhep içi görüşlerin yanı sıra Şâfiî ve pek nadir atıfta bulunduğu Mâlikî mezhebinin de görüşünü/uygulamasını belirtmiştir. Mezhep içi görüşü ise bir önerme ile kâideleştirmiş, ayrıca -belki de zamanında veya çevresinde tartışılmış olan- konut, cenaze namazı, rükûdan doğrulma ve bayram tekbirleri esnasında hangisinin daha uygun olduğu konusunu bir neticeye bağlamıştır.⁷⁰⁷

ولا يجوز عن دعوى حدّ، قال في العناية: والأصل في هذا أن الاعتياض عن حق الغير لا يجوز، فإذا

أخذ رجل زانياً أو سارقاً أو شارب خمر، وأراد أن يرفعه إلى الحاكم فصالحه المأخوذ على مالٍ ليترك

⁷⁰⁶ Varak, 208b.

ذلك فالصلح باطل، وله أن يرجع عليه بما دفع اليه من المال؛ لأنَّ الحدَّ حقُّ الله، والاعتياض عن حقِّ الغير لا يجوز، انتهى.

Had davalarında sulh caiz değildir. Çünkü ‘asıl olan, sulh akdinde başkasının hakkı olan konuda i’tiyâzın (suç karşılığında bedel almanın) caiz olmamasıdır.’ Örneğin; bir kimse, bir başkasını zina ederken veya hırsızlık yaparken yahut şarap içerken yakalasa şikâyet etmemesi için belirli bir para karşılığında suçlu ile sulh yapması caiz olmaz. Yapıldığı takdirde sulh batıl olur ve verilen bedeli iade etmek gerekir. Çünkü hadler Allah hakkıdır ve başkasının hakkı olan bir konuda gereken cezayı paraya çevirmek (bedelli ceza) caiz değildir.⁷⁰⁸

Musannif burada yine *Înâye*’den nakille bir meselenin hükmünü bir fıkıh usulü kuralıyla ilişkilendirmiştir.

ولا الاستتجار على الأذن والحج، وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه، والأصل أنَّ كل طاعة يختصَّ بها المسلم لا يجوز الاستتجار عليها عندنا، وعند الشافعي يصحَّ في كل ما لا يتعيَّن على الأجير، وهذا احتراز عما لو كان متعيِّناً للإمامة والافتاء والتعليم؛ لأنَّه حينئذ لا يجوز استتجاره بالإجماع، كذا في الكفاية، وبعض مشايخنا استحسنوا الاستتجار على تعليم القرآن اليوم، وعليه الفتوى.

Taşköprizâde Kemâleddin Efendi’nin, usulünü beyan ederek izah ettiği hükümlerden biri de *el-Hidâye*’nin meşhur şerhlerinden *el-Kifâye*’ye de atıfta bulunduğu ‘ücretle ibadet’ konusundaki beyanlarıdır:

Hanefî mezhebinin klasik görüşüne göre; ezan okumak, kendi yerine bir başkasını hacc ettirmek veya Kur’an-ı Kerim veya fıkıh öğretmek üzere ücretle birini görevlendirmek caiz değildir. Bu fasıldaki asıl şudur: ‘Mezhebimize göre; bir Müslümanın sadece kendisinin yapabileceği bir ta’at hususunda icâre akdi caiz değildir.’ Musannif bu genel usûl kuralını belirttikten sonra Şâfiî mezhebinde ecîr (ücretle tutulan kişi) üzerine teayyün etmedikçe ibadetle ilgili konularda da icâre akdinin caiz olduğunu söylemiştir. Hanefî ulemasından da bir kısmının bu kuralı terk

⁷⁰⁷ Varak, 17a.

⁷⁰⁸ Varak, 227a.

ederek istihsana gittiğini ve zaman itibariyle Kur'an-ı Kerim talimine fetva verdiklerini ve fetvanın da bu görüş olduğunu beyan etmiştir.⁷⁰⁹

Musannif muhtemelen kendi yaşamış olduğu devir itibariyle de tartışma mahalli olan 'ibadetlerde isti'car' konusunda Şâfiî mezhebinin de desteğini almaya çalışarak Hanefî mezhebinin usulüne muhalif görüşü öne çıkarmış ve sosyal şartlar gereği kıyas terk edilerek istihsana gidilmesinin daha doğru olacağı kanaatine vurgu yapmıştır.

Yine icâre ile alakalı bazı mevzuları açıklarken sadece hükmün beyanı ile yetinmeyerek bazı usul-i fıkıh kurallarına atıfta bulunmuştur. Hadis menşe'li meşhur 'kafiz-i tahhân' kuralı da bu asıllardan biridir:

ومن دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف فله أجر مثله، وكذا إذا استأجر حماراً يحمل طعاماً بقفيز منه، فالإجارة فاسدة، ويكون في معنى قفيز الطحان، وقد نهي النبي عليه السلام، وهو أن يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجازات، سيما في ديارنا، والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر، وهو بعض المنسوج أو المحمول، وحصوله بفعل الأجير، فلا يُعَدُّ هو قادراً بقدره غيره.

Bir kimse dokumacıya bir miktar eğrilmiş ip getirerek dokuduğunun yarısının ücret olması üzerine bir icâre akdi gerçekleştirse icâre akdi fasid olacağından neticede dokumacıya ecir misil vermesi gerekir. Yine üzerinde buğday taşımak ve ücretini de taşıyan buğdayın bir kısmından vermek üzere bir hayvan kiralamak da böyledir. Bu durum aynı 'kafiz-i tahhan' meselesi gibi olur ki Rasulullah (sav) bu uygulamayı yasaklamıştır. Kafiz-i tahhan meselesi; buğdayı değirmende öğütüp un yapmak üzere bir öküz kiralayarak öküz sahibine ücretini elde edilecek undan vermektir. Bu, özellikle şu diyarımızda birçok icâre akitlerinin fasit olduğunu gösteren önemli bir kuraldır.

Burada müste'cir (işçiyi kiralayan/ hizmeti alan/ ip ve buğday sahibi) ücretin tesliminden aciz durumda olup, ücret olarak verilmesi planlanan bedel birinci meselede dokunacak kumaş, ikinci meselede ise taşıyan buğdayın bir kısmıdır. Yani ücretin tahsili ecîrin ameline bağlıdır. Akit esnasında müste'cir ücreti vermeye

⁷⁰⁹ Varak, 244b.

muktedir değildir. Ücreti verebilmesi ecîrin kendi ameline bağlıdır. Kişi başkasının kudreti ile muktedir sayılmaz.”⁷¹⁰

Musannifin bu ve benzeri meseleleri, bina edildiği asılları beyan ederek detaylandırması; ‘kafiz-i tahhan’ ve ona müteallik meselelerin kendi zamanında toplumda karşılaşılan ve âlimlerce tartışılan bir problem olarak sürdüğünü göstermektedir. Daha sonraki dönemlerde de âdet – nas çatışması bağlamında bu mesele tartışmalara konu olmuş, müteahhir âlimlerden cevaz yönünde kanaat belirtenler olmuştur.⁷¹¹

3.6. TA’LİLLER

Ta’lil (gerekçe); bir eylemin veya hükmün illete bağlanması anlamına gelmektedir.⁷¹²

Zikredildiği üzere *Udde*, *Hidâye*’nin meselelerini illetlerden tecrid çalışmasıdır. Bununla birlikte müellif illetleri tamamen terk etmemiş, önemli veya gerekli gördüğü yerlerde hükümlerin gerekçelerini de aktarmıştır. *Udde Kitabı*’nda da meseleler diğer kaynaklarda olduğu gibi genellikle ف , لأنه , فإنه , لكونه , إذ gibi ifadelerle gerekçelendirilmiştir.

Orucu bozan ve bozmayan şeyler konusunu işlerken şöyle denilmektedir:

ولو أَقْطِرَ فِي إِحْلِيلِهِ لَمْ يَفْطُرْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَفْطُرُ، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ مُضْطَرِبٌ فِيهِ. فَكَأَنَّهُ

وَقَعَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْجَوْفِ مَنْفَذًا، وَلِهَذَا يُخْرِجُ الْبَوْلُ. وَوَقَعَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَثَانَةَ

بَيْنَهَا حَائِلٌ، وَالْبَوْلُ يَتَرَشَّخُ مِنْهُ. وَهَذَا لَيْسَ مِنْ بَابِ الْفَقْهِ. أَيُ: فَقْهُ الشَّرِيعَةِ ، بَلْ يَرْجِعُ إِلَى مَعْرِفَةِ فَقْهِ

الطَّبِّ، وَلِهَذَا اضْطَرَبَ مُحَمَّدٌ فِيهِ، كَذَا فِي الْكَفَايَةِ.

⁷¹⁰ Varak, 245a.

⁷¹¹ Bkz: Atâsî Muhammed Halid, *Şerhu’l-Mecelle*, (Tetimme; Muhammed Tahir Atâsî), Dâru’l-kütübi’l-ilmiyye, Beyrut, 1971, Cilt: 1, s. 76. Ayrıca ‘kafiz-i tahhan’ konusunun dayandığı hadis-i şeriflerin sıhhati de tartışılmış, zayıf olduğunu ispatlamaya yönelik çalışmalar da yapılmıştır. Örn: Dr. Mustafa Debbâğ, “en-Nehyü an kafizi’t- tahhân”, *Mecelletü’l-Mîzân*, Cilt: 5. Sayı: 2, 2018, ss. 311-339.

⁷¹² Bkz: Apaydın, Yunus, *Ta’lil*, DİA, Cilt: 39, ss. 511-514.

Oruçlu bir erkek idrar kanalından içeri ilaç alsa İmam Ebû Hanîfe'ye göre orucu bozulmazken, Ebu Yusuf'a göre ise bozulur. İmam Muhammed'in görüşü ise çelişkilidir. Ebu Yusuf'a göre; sanki idrar kanalıyla vücudun içi arasında idrarın geçtiği bir menfez bulunmaktadır. Bu sebeple oraya konulan ilaç idrarın geçtiği o menfezden içeri geçerek cevfe ulaşmakta ve oruç bozulmaktadır. Ebû Hanîfe'ye göre ise; cevfe ve idrar kanalı arasında bulunan ve idrarın içinden sızarak geçtiği mesane, ilacın içeri girmesine engel olmakta, bu sebeple oruç bozulmamaktadır.

Taşköprizâde *Kifaye*'den⁷¹³ nakille der ki: Bu mesele aslında şariat ilminin değil, tıp ilminin bileceği bir iştir. Zaten İmam Muhammed'in fikrinin netleşmemesinin sebebi de budur.⁷¹⁴

Musannif bazen de fıkhi bir meselenin illetini değil de kaynak metindeki bir kaydın illetini beyan etme gereği hissetmiştir. Örneğin; 'İhram Babı'nda⁷¹⁵ şöyle der: *ثم يذبح إن أحب، ثم يخلق أو يقصر. ثم الحلق من محظورات الإحرام، فيتقدم عليه الذبح. وإنما: علّق الذبح بالمحبة؛ لأنّ الدم الذي يأتي به المفرد تطوع، والكلام في المفرد.*

Burada müellif ilk cümlede aktarılan hükmü zikredip sonrasında illeti zikretmeseydi ilk cümleyi okuyan kişi yanlış bir hükme varma tehlikesiyle karşılaşacaktı. Şöyle ki; müellif burada haccın yapılışını anlatmaktadır. Konunun başından itibaren niyet, ihram, Arafat vakfesi, Müzdelife, Mina, taş atma gibi vazifeler detaylı bir şekilde anlatılmış, uzun bir süreç yaşanmış, konunun başından kopulmuştur. *Bidayetü'l-mübtedi*'nin metni; 'hacının dilerse kurban kesebileceğini' söylemektedir. Mergînânî, burada geçen 'dilerse' ifadesi hakkında açıklama yapma gereği hissetmiştir. Nitekim konu ifrad haccı ile alakalıdır. Hacc-ı temettu veya hacc-ı kıran yapan kişi ise kurban kesmeye mecburdur. Müellif de burada okuyucunun - konunun ifrad haccı olduğunu- unutabileceği ihtimalini göz önünde bulundurarak *Hidâye*'de de bulunan illeti aktarma yoluna gitmiştir.

⁷¹³ **el-Kifâye fi şerhi'l-Hidâye**, Celâleddin el-Kurlânî'ye (ö. 767/1366) ait olup, Alâeddin İbnü't-Türkmânî'ye (ö. 750/1349) nisbet edilen **el-Kifâye** adlı *el-Hidâye* muhtasarıyla karıştırılmamalıdır. Eserin müstakil olarak ve **Fethu'l-kadîr** ile birlikte çeşitli baskıları yapılmıştır (Kalküta 1831-1836; Bombay 1279-1280, 1288; Leknev 1876-1881, 1304; Kazan 1304; Kahire 1306, 1319), Bkz: Kallek, Cengiz, **el-Hidâye**, DİA, Cilt: 17, ss.471-473.

⁷¹⁴ Varak, 50a.

⁷¹⁵ Varak, 57a.

Meseleler gerekçeler arındırılırken bazen kes-yapıştır tarzına benzer bir durum oluşmuş ve *Hidâye*'de takib veya netice ifade etsin diye getirilen ف harfleri anlamsız halde kalmıştır. Örneğin;

والملتقط متبرع في الإنفاق عليه، إلا أن يأمره القاضي ليكون ديناً عليه. فإن التقطه رجل لم يكن لغيره أن يأخذه منه، فإن ادعى مدعي أنه ابنه فالقول قوله.

Terkedilmiş bir bebek bulan kişinin ona yapmış olduğu masrafları, kadı tarafından borç olarak verileceği tescil edilmedikçe teberru'dur. Çocuğu biri bulduğunda artık onu ondan kimse alamaz. Şayet biri o çocuğun kendi oğlu olduğunu iddia etse sözü geçerlidir.⁷¹⁶

Bu cümlelerin hepsi aslında birbirinden bağımsız cümleler olup, aralarında ف harfinin gelmesini gerektirecek bir bağlantı yoktur. Buna rağmen musannifin bu harfi getirmesi; ilgili hükümlerin *Hidâye*'nin satır aralarında, illet sadedinde o harf kullanılarak geçiyor olmasıdır. Bu harfin, kaynağında yerli yerinde kullanılmasına rağmen *Udde*'de biraz anlamsız olarak kullanılması; bahsetmiş olduğumuz kes-yapıştır sistemini andıran uygulamadır.

Güncel hayatta karşılaşılan ve insanlar arasında bir hak-hukuk problemi oluşturan meselelerde musannifin illetlere de yer verdiğini görüyoruz. Eser, illetlerden tecrid çalışması olmasına rağmen musannifin bu tavrı konunun önemine işaret etmek için olabileceği gibi, benzer meselelerde bir fıkıh prensibi yerleştirmek amacını da taşıyor olabilir.

Örneğin; sütanneye verilen para bir emeğin/ elde edilen menfaatin karşılığı mıdır, yoksa sütün mü...? Musannif bu konuda şöyle der:

ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة، ثم قيل: إنَّ العقد يقع على المنافع، وهي خدمتها للصبي والقيام

به، واللين يستحق على طريق التبعية بمنزلة الصبغ في الثوب، وقيل: إنَّ العقد يقع على اللين، والخدمة

تابعة، ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الأجر، والأول أقرب إلى الفقه؛ لأنَّ عقد الإجارة لا

⁷¹⁶ Varak, 144a.

ينعقد على إتلاف الأعيان مقصوداً، كما إذا استأجر بقرّة ليشرب لبنها، وإذا ثبت ما ذكرنا يصحّ إذا كانت الأجرة معلومة اعتباراً بالاستئجار على الخدمة.

Belli bir ücret karşılığı sütanne tutmak caizdir. Sonra bu akdin menfaat akdi mi, yoksa süt karşılığında mı olduğu tartışılmıştır. Bazıları; bu akdin çocuğun hizmeti ve bakımı üzerine yapılan bir icare akdi olup; menfaatin asıl, kadının emzirdiği sütün ise tâbi konumda olduğunu düşünmüşlerdir. Bazıları ise; ‘ücretin sütün karşılığı olduğunu, hizmetin ise tâbi konumda olduğunu’ söylemişlerdir. Musannif ilk görüşün fıkha daha yakın olduğunu söyledikten sonra meseleyi gerekçelendirmiştir: İcare akdi bizzat bir şeyi tüketme üzerine değil, menfaatini kullanma üzerine kurulur. Çünkü bir inek sütünü içmek için kiralanamaz. O halde; - ücret belli olmak şartıyla- bir hizmet almak üzere bir işçi kiralamak caiz olduğu gibi sütanne tutmak da caizdir.⁷¹⁷

Musannif bazen de *Hidâye*’nin illeti üzerine illet ilave etmiştir. Geride geçen ‘hacamat yaptırdıktan sonra orucu bozuldu zannıyla kasıtlı olarak tekrar yemeğe devam eden kişiye keffaret gerekeceği’ örneğinde⁷¹⁸ olduğu gibi...⁷¹⁹

3.7. GÜNDEME DÂİR MÜSTAKİL FASILLAR

Udde Kitabı’nı diğer eserlerden ayıran özelliklerden biri de; musannifin, gündeme dair önemli fikhî konularda müstakil olarak açtığı konu başlıklarıdır. Bey’ bi’l-vefâ, bey’ul-‘îne, beytûlmalin işlevleri ve vakfın mütevellisinin yetkileri bunlardan bazılarıdır. *Hidâye*’de bu konular başlıbaşına bir fasıl altında incelenmemesine rağmen *Udde*’de özel olarak yer verilmesi, bu ve benzeri konuların zamanımızda olduğu gibi musannifin de yaşamış olduğu zaman diliminde tartışılması ve sosyal hayatta karşılığı olması sebebiyledir.

Bu fasıllar genel itibariyle *Fethu’l-Kadîr*, *Înâye* ve *Câmi’u’l-Fusûleyn* kitaplarından alıntılar şeklinde oluşturulmuştur.

⁷¹⁷ Varak, 244b.

⁷¹⁸ ‘Hadislerle İstişhat’ konusuna bakınız.

⁷¹⁹ Varak, 51b.

Bu konular şunlardır:

3.7.1. Bey' Bi'l-Vefâ:

Bey' bi'l-vefâ, bey'-i câiz, bey'-i fâsid, bey'-i tâat, muâmele, bey'-i uhde, emânet gibi isimlerle de anılan bu akit; 'bir malı, parasını iâde edince tekrar geri almak şartıyla bir başkasına satmaktır.'⁷²⁰

Bu muamele, bir alış-veriş akdi olmasına rağmen *Hidâye*'de bey' bahsinde değil, ikrah konusu altında ve kısaca geçmektedir.⁷²¹ Musannif ise bu konuyu bey' bahsinin siyakında, özel bir başlık altında incelemiştir.⁷²²

Bu akit çok tartışılmış; kimi âlimlerce şeklen alış-verişe benzediği için 'câiz', kimilerince bünyesinde fâsid şart barındırdığı için 'fâsid' ve kimilerince bir başkasına satılamadığı için 'rehin' kabul edilmiştir.

Musannif *Câmi'l-Fusûleyn*'den uzun bir alıntı yaparak⁷²³ vefalı satışlar, fasid şartlar, bey'-i bâtt, telcie gibi konulara müteallik fetvalar aktarmıştır. Önce, vefalı satışların bazı hükümleri cihetinden rehne benzemesi ve tüccarların şiddetli ihtiyacı olduğu gerekçesiyle Semerkand ulemasının ona fetva verdiklerini delilleriyle beraber anlattıktan sonra kendi kanaatine fâsid akit olduğunu söylemiştir.

3.7.2. Bey'u'l-Îne:

Bey'u'l-Îne'nin birkaç yönü bulunmakla birlikte onu kısaca şöyle tanımlamak mümkündür: 'Peşin olarak satın alınan bir malı aynı kişiye daha fazla bedelle vadeli olarak satmaktır.' Veya; 'vadeyle sattığı malı daha ucuza peşin almak' da diyebiliriz.⁷²⁴

⁷²⁰ İbn Abidîn, *Reddû'l-muhtâr*, Cilt: 5, s.276, Muhammed Kadri Paşa (ö. 1888), *Mürşidü'l-hayrân ilâ ma'rifeti ahvâli'l-insân*, Bulak Matbaası, Mısır, 1891, s. 73, md. 454; Erdoğan, *Fıkıhve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 54; Bayındır, *Bey' bi'l-vefâ*, DİA, Cilt: 6, ss. 20-22.

⁷²¹ Merginânî, *Hidâye*, Cilt: 3, s.273.

⁷²² *Udde*, vr, 171a-172b.

⁷²³ Kadi Simavne, *Câmi'l-Fusûleyn*, Cilt:1, s. 234-235.

⁷²⁴ *el-Mevsu'atü'l-fıkhiyye*, Cilt: 9, s.96; Detaylı bilgi için bkz: Apaydın, *Bey'u'l-Îne*, DİA, Cilt: 22, ss. 283-285.

Aslında bu muameleden murad; faizle borç vermek iken, bir malı satıyormuş gibi kullanarak gûnahtan kurtulmaya çare aramaktır.

‘*el-Mu’âmetü’ş-şer’iyye*’ de denilen bu işlem iki kişi arasında ise İmam Ebû Hanîfe’ye göre câiz değildir. Şayet üçüncü bir kişi aracılık ederse câizdir. İmam Muhammed, İmam Şâfi, Davud ez-Zâhirî kerahetle birlikte câizdir derken, İmam Ebu Yusuf; bu muamelenin tüccarı faizle borç vermekten kurtardığı için câiz, hatta sevap olduğunu söylemiştir.⁷²⁵ Mâlikî mezhebinde ise haramdır.⁷²⁶

Hidâye’de bey’ bi’l-vefâ’nın ikrah konusu içerisinde yer aldığı gibi, bey’u’l-‘îne’nin de kefâlet bahsi içerisinde⁷²⁷ yer alması ilginçtir. Taşkoprizâde ise bu konuda, ‘Riba Babı’ndan önce; ‘Tezyîl’ adı altında özel bir bölüm açmış ve söze şöyle başlamıştır:

‘Bu konuyu, borçlarla alakalı zamanımızda çok yaygın olan bir muamele hakkında yazdım ki; Müslümanlar nasıl yapılacağını bilsin de faize düşerek elîm bir azabı hak etmesinler.’⁷²⁸ Sonra Kâzihân’dan nakiller yaparak bu muamelenin meşru yönlerini sıralamış, akitte zahiren fasid şart konuşulmadığı takdirde vefalı satışların da ‘îne satışının da meşru olduğunu söylemiştir.⁷²⁹ En sonunda şöyle der:

وهذه الحيلة هي العينة التي ذكرها محمد رحمه الله. وقال مشايخ بلخ: بيع العينة في زماننا خير من البيع

الذي يجري في أسواقنا، وعن أبي يوسف أنه قال: العينة جائزة مأجورة، وقال: أجزه لمكان الفرار من

الحرام.

Geride anlatılan muamele (hile=çare) İmam Muhammed’in bahsettiği ‘îne satışdır. Belh fukehâsı; ‘îne satışı, zamanımızda çarşılarımızdaki birçok alış-veriş muamelesinden hayırlıdır,’ demiştir. Ebu Yusuf’tan bir rivayete göre o şöyle demiştir: ‘Îne akdi câizdir ve müstehaptır, ben onu haramdan kaçış yolu diye meşru görüyorum.’⁷³⁰

⁷²⁵ İbn Hûmam, Cilt: 7, s. 207, İbn Abidin, Cilt: 4, s. 244.

⁷²⁶ İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed el-hafîd (ö. 595/1198, **Bidâyetü’l-müctehid ve nihâyetü’l-muktesid**, Dâru’l-hadis, Kahire, 2004, Cilt:2, ss. 123-124.

⁷²⁷ *Hidâye*, Cilt: 3, s. 94.

⁷²⁸ Bkz: **Udde**, Vr, 175b.

⁷²⁹ Vr, 176a.

⁷³⁰ Vr, 176a.

3.7.3. Mütevellî:

‘Bir mülkü kamu yararına ebedi olarak tahsis etmek’ şeklinde tanımlanan⁷³¹ vakıf müesseseleri, Osmanlı Devleti’nde en yaygın ve aktif sivil toplum kuruluşlarındandır. Taşköprizâde Kemâleddin Efendi, çocukluğundan itibaren üstlenmiş olduğu resmi vazifeler sebebiyle bu kurumların faaliyet ve sorunlarını çok iyi bilmektedir. Vakıfların mütevellilerinin yetki ve sorumlulukları ve vakfın menfaatlerinin hak sahiplerine adaletli bir şekilde ulaştırılması bu problemlerin başında gelmektedir. Bu nedenle musannif özellikle mütevellî ve mevkuf aleyh (vakfın menfaatinin tahsis edildiği kesim) hakkında ‘fer’ adı altında bir konu başlığı açmış, İbn Hümam’dan çok uzun bir alıntıda bulunmuştur.

Konuyu iki fasıl olarak ele almış, birinci fasılda mütevellî hukukundan bahsetmiş, ikinci fasılda mevkufun aleyh’e dair açıklamalarda bulunmuştur. Ayrıca ‘ermele, eyyim, yetim, seyyib, bekâr vs’ terimlerin ne anlama geldiğini açıklamıştır.⁷³²

3.7.4. Baba ve Vasî’nin Taasarrufları:

Eserde vasî hakkında aslında müstakil bir bâb⁷³³ bulunmasına rağmen, musannif, babanın ve vasinin tasarruflarına dâir özel bir fasıl daha açmış, bu fasılda çocuk adına yapılan tasarrufları üç kategoride ele almıştır. Sonrasında baba ve vasî hakkında *Hidâye*’de farklı konuları altında dağınık şekilde bulunan 25 kadar meseleyi toparlayarak bu faslın sonunda iç nakil şeklinde sıralamıştır.⁷³⁴

3.7.5. Kazâ:

Kadının hâkimliği, hakimın davaya bir başkasını ataması, mahkemeye katılım mecburiyeti olan şahıslar, mahkemeye katılamayan şahsı kimlerin temsil edebileceği

⁷³¹ Pakalın, Mehmet Zeki, **Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü**, MEB Yay., İstanbul, 1993, Cilt: 3, s. 577.

⁷³² **Udde**, vr, 153b-157a.

⁷³³ **Udde**, vr, 354a.

⁷³⁴ Bkz: Varak, 357a-358a.

(gâibin avukatlığını yapabilecek kişiler) ve gâip hakkında verilen hükmün geçerliliği hakkında genel olarak İbn Hümam’dan nakiller şeklinde oluşturduğu bir fasıldır.⁷³⁵

3.7.6. Beytülmal:

Musannif mukaddimesinde de bu konuya dikkat çekmiş Serahsi ile İbn Mâze’nin sözlerinin birbiriyle çakıştığını söylemişti. Burada beytülmal çeşitleri, işlevleri ve masrafları hakkında İbn Mâze’den ihtisarla, fakat uzunca bir alıntı yapmıştır.⁷³⁶

3.7.7. Bazı Fer’ler:

Musannif *Hidâye*’de noksan kaldığına inandığı bazı konular hakkında ilave bilgiler verme gereği hissetmiş, müstakil bir başlık açmasa da bazen nakil, bazen de toplama suretinde özel açıklamalarda bulunmuştur. Bu konulardan bazıları şunlardır:

3.7.7.1. İstihkak:

İstihkak; bir hakkın talep edilmesi ve bir şeyin bir şahsa ait hak olduğunun ortaya çıkmasıdır.⁷³⁷ Taşköprizâde yine ‘İstihkâk Babı’nın devamında İbn Hümam’dan uzunca bir alıntı yapmış, ‘Fürû’ adı altında müstakil bir başlık açmıştır.⁷³⁸

3.7.7.2. Mümteddetü’t-tuhr’un İddeti:

Merginânî *Hidâye*’de ‘Mümteddetü’t-tuhr’ yani; hayz görmeyen kadının iddeti hakkında fazla bilgi vermemiş, ancak talak bahsinde işaret yoluyla bir genelleme yapmıştır. Mukaddimesinin dokuzuncu maddesinde de belirttiği üzere

⁷³⁵ Varak, 193b- 194b.

⁷³⁶ Varak, 140a.

⁷³⁷ Erdoğan, s. 264.

⁷³⁸ Bkz: Vr, 178b-179b.

musannif bu noksanı gidermiş, ‘İddet babı’ndan sonra bu konuya dâir önemli gördüğü meseleleri toparlamıştır.⁷³⁹

3.7.7.3. Bazı Davranışlar (El öpme, Ayağa Kalkma, Kucaklaşma):

Müslüman Türkler olarak sıcakkanlı ve hürmetkâr bir toplum olduğumuz için milletimiz arasında yerleşmiş bazı güzel davranışlarımız vardır. Karşılaştığımızda birbirimizle kucaklaşmak (mu’ânaka), bir büyüğümüz geldiğinde ayağa kalkmak, yine büyüklerimizin ve hocalarımızın elini öpmek bu âdetlerimizdendir. Bu âdetler her zaman olduğu gibi musannifin zamanında da tartışılmış olması sebebiyle musannif *Înâye*’den uzunca bir alıntı yaparak bunların hangi durumda sünnet, hangi durumda mekruh olduğunu belirtmiştir.⁷⁴⁰

3.8. UDDE’DE ZİKREDİLEN İLGİNÇ FETVALAR

Udde Kitabı’nı incelediğimizde bazı fetvalar dikkatimizi çekmiştir. Şimdi bu fetvaların bir kısmını örnek olarak gösterelim:

- Bir müddet imamlık vazifesi yaptıktan sonra; ‘aslında kâfir olduğunu’ veya ‘namazları bilerek necasetle kıldığını’ yahut ‘abdestsiz kıldırıldığını’ söylese ardındaki cemaate namazlarını iade etmeleri gerekmez. Çünkü bu itirafıyla adamın fasık olduğu ortaya çıkmıştır ve fasığın, dinî konulardaki haberi muteber değildir. (*Fethu’l-Kadîr*’den nakletmiştir).⁷⁴¹

- Üç talakla boşanmış kadının bir başkasıyla ‘hülle şartıyla’ evlenmesi⁷⁴² mekruhtur. Bununla birlikte hülle şartıyla evlendiği adam bilfiil ilişkiye girdikten sonra onu boşarsa birinci kocayla evlenmesi helal olur. Ebu Yusuf’tan bir rivayete göre şartlı akit fasit olur (dolayısıyla hülle gerçekleşmez). İmam Muhammed’den nakledilen bir rivayete göre; şartlı nikâh sahih olur, fakat ilk zevci helal kılmaz.⁷⁴³

⁷³⁹ Varak, 98b-99a.

⁷⁴⁰ Varak, 297a.

⁷⁴¹ Varak, 20b.

⁷⁴² ‘Seninle, hülle yapma şartıyla evlendim’, veya ‘seni eski kocana helal kılma şartıyla evlendim’ demek gibi. Bkz: Babertî, *Înâye*, Cilt: 2, s. 505.

⁷⁴³ Varak, 93a.

- Kadının, mihrini almadığı için kocasını kendine yaklaştırmaması durumunda nafaka alma hakkı devam eder. Şayet kocasının yasağına rağmen evden dışarı çıkarsa eve dönünceye dek nafaka hakkını kaybeder. Kocasının evinde kaldığı halde kocasına ilişki fırsatı vermezse nafaka hakkı devam eder fakat kocası ona zorla ilişkide bulunma hakkına sahiptir.⁷⁴⁴

- Kadının tedavi ve ilaç masrafları kocaya ait olmayıp, kadının kendi malından ödenir.⁷⁴⁵

- Bir adam cariyesine; ‘şayet ilk doğurduğun çocuk erkek olursa hürsün’ dese, kadın bir erkek bir kız doğursa, fakat hangisinin önce doğduğu karıştırılsa cariyenin yarısı ve doğan kızın yarısı azad olup, diğer yarı hisselerinin bedeli olarak çalıştırılırlar, erkek çocuk ise köle kalır. Şayet önce erkek doğarsa kız ve anası hür olur. Kız önce doğarsa hepsi köle kalır. Erkek çocuk her iki durumda köledir.⁷⁴⁶

- Eşine; ‘seninle ilişkiye girersem üç talakla boşsun’ diyen bir kişi ilişkiye girse ve öylece beklese ikinci bir mehr gerekmez. Fakat ihraçtan sonra tekrar îlâc yaparsa⁷⁴⁷ ikinci bir mehr (mehr-i misil) gerekir. Ebu Yusuf’a göre ilk durumda da ikinci bir mehr gerekir. Ancak bu durumda zaman ve mekân birliği sebebiyle zina haddi gerekmez. İkinci durumda aslında had gerekmeli iken yine meclis birliği ve şehvet birliği itibarıyla şüphe oluşmuş ve had düşürülmüştür. Had düşünce mehr-i misil vacip olmuştur. Çünkü haram ilişki had veya mehrden hâli olmaz.⁷⁴⁸

Bu durumda şayet üç talak değil de, tek ric’î talak söylenmiş olsaydı içerde beklemekle Ebu Yusuf’a göre ric’at gerçekleşir, Muhammed’e göre ise temas devam ettiği için gerçekleşmezdi. İkinci durumda ise (zekeri tekrar içeri sokma durumunda) ittifakla ric’at gerçekleşir.⁷⁴⁹

- Mürted⁷⁵⁰ ve müste’men⁷⁵¹ bizim diyarımızda (darul-islâm) hükmen kendi darı olan harp diyarında sayılır. Dolayısıyla öldürülmeleri durumunda diyet (kan parası) gerekmez.⁷⁵²

⁷⁴⁴ Varak, 102b.

⁷⁴⁵ Varak, 102b.

⁷⁴⁶ Varak, 108b.

⁷⁴⁷ Yani; zekerini dışarı çıkardıktan sonra tekrar iade ederse.

⁷⁴⁸ Varak, 90a.

⁷⁴⁹ Varak, 90a.

⁷⁵⁰ Mürted; İslâm dîninden dönen, müslümanlıktan ayrılıp başka bir dîne giren. Bkz: **Kubbealtı Lügati**, mürtet/ mürted.

- İrtidat eden bir kadın İslam diyarından harp diyarına iltihak ederse iddeti bitmeden kocasının, onun kız kardeşiyle (yani, baldızıyla) evlenmesi caiz olur. (Taşköprizâde bu fetvayı İbn Hümam’dan nakletmektedir.)⁷⁵³

- Hz. Peygambere kalbinden düşmanlık besleyen veya sövgüde bulunan kişi dinden dönmüş sayılarak öldürülür. Sonra, öldürüleceğini anladığında tövbe etmesi onu ölümden kurtarmaz. Mahzurlu bir sebeple sarhoş olup, sövme durumunda da durum aynıdır; hadden öldürülür. Hakk Teâlâ’ya sövme durumunda ise tövbe, infazı düşürmede etkilidir.⁷⁵⁴

- Vakıf misafirhanesinde gasben veya müteveli izniyle ücretsiz konaklayan kişinin ecr-i misil vermesi gerekir. Misafirhane gelir getirmek üzere hazırlansın veya işletilmesin farketmez.⁷⁵⁵

- Müslümanın, şarap veya domuzunu, bir kâfire vekâlet vererek sattırması durumunda bu satış akdi İmam Ebû Hanîfe’ye göre sahihtir. Peki, bir Müslümanın nasıl şarabı olabilir? Cevap: Olabilir ki; babası kafirken Müslüman olmuş, fakat şarabını yok edemedi ölmüş, şarap Müslüman olan evladına kalmış, dolayısıyla onun mülküne girmiştir. Bu evlat bir kâfire vekâlet vererek şarabı sattırır ve parasını tasadduk eder. (Müellif bunu İbn Hümam’dan nakletmiştir.)⁷⁵⁶

- ‘Cinsi ilişki sonrasında boşamak’ niyetiyle bir kadınla evlenen kişinin yapmış olduğu evlilik akdi sahihtir. (*Câmiu’l-Fusûleyn*’den nakletmiştir.)⁷⁵⁷

- Bir kimse avlamış olduğu bir balığı bir başkasına satsa, müşteri balığın karnında inci bulsa o inci müşterinin değil, satanın olur. Fakat karnından anber çıkarsa müşterinin olur; çünkü anber yenilebilir. (İkinci fetvayı İbn Hümam’dan nakletmiştir.)⁷⁵⁸

- Bir kimse bir evin tavanına bir miktar yün koysa, sonra bu yün yağmurda ıslansa, sonra bir adam gelip yünün suyunu sıksa su kime aittir? Yünü koyan adam

⁷⁵¹ Müste’men; Osmanlı ülkesinde güvenliği teminat altına alınarak yaşamasına izin verilen, genellikle tüccar olan yabancı uyruklu kimse [Müste’men de denir]. Bkz: **Kubbealtı Lügati**, müste’men.

⁷⁵² Varak, 136b.

⁷⁵³ Bkz: Varak, 141a.

⁷⁵⁴ Varak, 142b.

⁷⁵⁵ Varak, 153b.

⁷⁵⁶ Varak, 168b.

⁷⁵⁷ Varak, 171b.

⁷⁵⁸ Varak, 183b.

‘yün su toplansın’ diye koymuşsa onun, yoksa yünün suyunu sıkanındır. (İbn Hümam’dan nakletmiştir.)⁷⁵⁹

- Düşünde saçılan para veya şeker bir kişinin üstünde takılsa, bu takılanı bir başkası alsa o şey kimin olur? Şayet üzerine paranın takıldığı kişinin para toplamaya çalışır bir hali yoksa para, alanın olur.⁷⁶⁰ (Bu fetva da İbn Hümam’dan nakletmiştir.) (Günümüzde saçılan mesir macunu gibi hediyeler buna kıyas edilebilir.)

- Kumar veçhiyle olmayan ve namazdan meşgul etmeyecek şekilde oynanan satranç, şehadeti düşüren bir fisk değildir.⁷⁶¹

- Riba ile muamele etmenin şehadeti düşürebilmesi için kişinin riba muamelesiyle meşhur olması gerekir. Çünkü insanın bu zamanda fasid akitten kurtulabilmesi çok zordur.⁷⁶²

- Bir kimse bir cariye satın aldıktan sonra o cariye o kişiden bir çocuk doğursa, daha sonra cariyenin sahibinin aslında bir başkası olduğu ortaya çıksa (istihkak) çocuğun babası, hak sahibine çocuğun husumet günündeki kıymeti miktarında bedel ödemesi gerekir. Bu çocuğa ‘aldatılan/kandırılan/zarar eden adamın çocuğu’ anlamına gelen ‘veled-i mağrûr’ tabiri kullanılır. Çünkü hakkı olduğu zannıyla bir kadınla ilişkiye girdikten sonra çocuğu olduğu halde sonra kadının başkasına ait olduğu ortaya çıkan adam mağrurdur, zarardadır. Zira çocuğun nesebi ondan olsa dahi, cariyenin sahibine çocuğun kıymeti oranında ödeme yapacaktır. Böyle bir kişinin doğan çocuğu sahabenin icma’ıyla hürdür.⁷⁶³

- Ücret karşılığında bir başkasına emanet edilen bir vedia’nın helak olması durumunda kıymetinin tazmin edilmesi gerekir.⁷⁶⁴

- Şayet hapisteki bir kimsenin cariyesi olup, hapisanede uygun bir yer bulunması durumunda cariyesiyle birlikte olmasına engel olunmaz.⁷⁶⁵

⁷⁵⁹ Varak, 183b.

⁷⁶⁰ Varak, 183b.

⁷⁶¹ Varak, 100a.

⁷⁶² Varak, 100a.

⁷⁶³ Varak, 221a.

⁷⁶⁴ Varak, 225a.

⁷⁶⁵ Varak, 261a.

- Fasit bir akit ile bir yiyecek satın alan kimse satın almış olduğu yiyeceği bir başkasına ibaha yoluyla yedirmek istese o kişiye o şeyi yemek helal olmaz. Ancak temlik etse, yani hibe veya satma gibi bir yolla verse o kişiye helal olur.⁷⁶⁶
- Komşunun bahçesine çöp atan veya pisleten kişi orayı temizlemek zorundadır.⁷⁶⁷
- ‘Bu tarlamı sen ek, senin şu tarlanı da ben ekeyim’ veya ‘benim şu evimde sen otur, ona mukabil bende senin şu evinde oturayım’ şeklinde her iki tarafın da aynı cins menfaati içerdiği akitler caiz değildir. (Şafi mezhebinde caizdir).⁷⁶⁸
- Evcil ve vahşi (eti yenilen ve yenilmeyen) hayvanların çiftleşmesi neticesinde doğan hayvan hilliyet veya haramiyyet (etinin yenmesinin helal veya haram oluşu) hususunda annesine tabidir; çünkü doğan hayvanın aslı odur. Bu sebeple bir koyunun doğurduğu kurt kurban olabilir.⁷⁶⁹
- Kurban etini vererek karşılığında elbise satın alsa o elbiseyi giymekte bir beis yoktur.⁷⁷⁰
- Bir kurbanlık hayvanı gasp eden kişi onu kurban olarak kesse kurban olmuştur,⁷⁷¹ ancak kendisine vedia olarak emanet edilen bir hayvanı kurban etse kurban yerine geçmez.⁷⁷²
- Bir baba öldürmek üzere kılıçla oğlu üzerine saldırırsa, çocuğu onu öldürmeden canını kurtaramayacak olsa onu öldürebilir.⁷⁷³
- Zina ile de hürmet-i müsahara (evlenmeden doğan evlenme engeli) oluştuğu için bir adamın zina ettiği kadının kızı onun mahremi olur. Dolayısıyla (öz kızı gibi mahremiyet ölçüsünde) ona dokunması ve bakması caiz olur.⁷⁷⁴
- Ticarete gıda sektörü övgün değildir.⁷⁷⁵ (Gıda maddelerinin ticareti hoş değildir.)

⁷⁶⁶ Varak, 240a.

⁷⁶⁷ Varak, 270b.

⁷⁶⁸ Varak, 245b.

⁷⁶⁹ Varak, 291a.

⁷⁷⁰ Varak, 291a.

⁷⁷¹ Bu durumda gasp ettiği için koyunun kıymetini ödemelidir.

⁷⁷² Varak, 291b.

⁷⁷³ Varak, 325b.

⁷⁷⁴ Bu konuda bazı Hanefi fakihlerin hilafı vardır. Bkz: Varak, 295a.

- Gece vakti bir hırsız bir kişinin evine girerek evden bir şeyler götürse, adam hırsız takip etse ve adamı öldürerek malını geri alsa bu kişiye bir şey (diyet, ceza, günah vs.) gerekmez. Taşköprizâde burada; “Meseleyi ‘malını geri alabilmek için öldürmekten başka yol bulamıyorsa...’ şeklinde kayıtlamak gerekmektedir” der.⁷⁷⁶

- Bir kişi mahkemede, bir başkasının elinde gördüğü herhangi bir malın kendisine ait olduğunu, o malı Falanca şahıstan satın aldığını iddia etse, davalı da onu tasdik etse kadı, davalıya o malı davacıya teslim etmesini emredemez. Yoksa davalının ikrarı sebebiyle gâip bir şahsın aleyhinde satışa hükmetmiş olur. Taşköprizâde, bu fetvanın hayret verici olduğunu, nitekim davalının itirafına rağmen kadı’nın teslim hükmü veremediğini söyler.⁷⁷⁷

- Bir yerden yuvarlanan, toslanan, darbe ile yaralanan veya kurdun karnını parçaladığı hayvanda hâlâ hayat belirtisi varsa ölmeden önce şer’î usulle kesildiği takdirde eti helal olur.⁷⁷⁸

- Kazaya kalmış namazların adedi 6 vakitten aşağı düşerse sahib-i tertiplik geri döner.⁷⁷⁹

3.9. İHTİRAZ KAYITLARI

Musannif toplamda 118 defa ihtiraz kayıtlarına (çekincelere) yer vermiştir.

Udde Kitabı’nda çoğu kere احتراز (mahzuf mübtedanın haberi) kalıbında

kullanılan bu ihtirazlar aşağıdaki türlerde karşımıza çıkmaktadır:

a. ‘Sahih veya esahh budur’ denildiğinde karşıt görüşe yer vermek için:

وفي الشارب حكومة عدل هو الأصح، وهذا احتراز عما قال بعض مشايخنا أنه يجب فيه كمال

الدية؛ لأنه عضو على حدة، ويفوت الجمال، كذا في العناية.

⁷⁷⁵ Varak, 298b. فالحاصل أنَّ التجارة في الطعام غير محمودة şeklinde ifade edilmiştir.

⁷⁷⁶ Varak, 325b.

⁷⁷⁷ Varak, 194b.

⁷⁷⁸ Varak, 309a.

⁷⁷⁹ Varak, 27b.

Bir adamın bıyığını kesmenin cezası olarak hükûmet-i adl (expertiz kararı) gerekir. Esahh (en sahih) görüş budur.

Bu söz (esahh kaydı) bazı fakihlerimizin bıyığın tam bir uzuv olması ve kesilmesiyle güzelliğin kaybolması gerekçesiyle; ‘tam diyet gerekir’ kanaatlerinden ihtirazdır.⁷⁸⁰

ولا بأس بدفع المصحف إلى الصبيان أي المحدثين منهم، هذا هو الصحيح. وهو احترازٌ عما روي عن بعض مشايخنا أنَّ دفع المصحف واللوح الذي كتب فيه القرآن إليهم مكروهٌ، بناءً على أنَّ الدافع مكلفٌ بعدم الدفع، كذا في العناية.

Sahih olan; Mushafları abdestsiz çocuklara taşımakta bir sakınca olmamasıdır. Buradaki ‘sahih olan’ sözü bazı fakihlerimizin bunu mekruh görmelerinden ihtirazdır. Zira onlara göre; çocuklar mükellef değilse de, taşıtanlar mükelleftir.⁷⁸¹

b. Kelimeden ihtiraz için:

ولا تجوز [أي الوصية] للقاتل -عمداً كان أو خطأ- بعد أن كان مباشراً، وهذا القيد احتراز عن

التسبب.

Kasten veya hataen, ama bilfiil mûsîsini öldüren kişi vasiyyet edilen malı alamaz. Bu önermedeki ‘kasten veya hataen’ sözü ölüme sebebiyet vermekten ihtirazdır.⁷⁸² Yani tessebbüben öldürmek irse mani olmadığı gibi, vasiyyete de engel olmaz.

c. Akit veya muamaleden ihtiraz için:

وإذا أنفقت الدابة في مفارةٍ، ومع رفيقة فضل حَمُولَةٍ لا يجبره على الإجارة، وهذه إجارة مبتدأة، أي من

كل وجه، وهذا احتراز عن إجارة مستأنفة في حالة البقاء، فإنه يجبر على الإجارة بالإتفاق كما في

مسألة السفينة، فإنَّ من استأجر سفينةً شهراً، فمضت المدة في وسط البحر فإنَّه ينعقد عليها إجارة

أخرى بأجر المثل بغير رضا المالك.

⁷⁸⁰ Varak, 330b.

⁷⁸¹ Varak, 10a.

⁷⁸² Varak, 346a.

Çölde bir yolculuk esnasında kişinin devesi telef olsa ve arkadaşının fazladan devesi olsa arkadaşşı fazla devesini ona kiraya vermeye zorlanamaz. Burada ‘kiraya vermek’ten murad; ibtdâi (yeni) bir kira akdi yapmak demektir. Yoksa isti’nâfen (yarım kalmış) kiraya zorlanır. Bir gemi kiralanıp, denizin ortasında müddet dolduğu takdirde karaya ulaşmıca kadar ecr-i misille icare devam ettiğı gibi...⁷⁸³

d. Bir önermeden ihtiraz:

والأصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليها عندنا، وعند الشافعي يصح في كل ما لا يتعين على الأجير، وهذا احتراز عما لو كان متعيناً للإمامة والافتاء والتعليم؛ لأنه حينئذ لا يجوز استئجاره بالإجماع، كذا في الكفاية، وبعض مشايخنا استحسوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم، وعليه الفتوى.

Bize göre sadece Müslümanın yapabileceğı bir taatı ücretle bir başkasına yaptırmak caiz değildir. Şâfi’ye göre; bir kişi, kendi hakkında teayyün etmedikçe o işten ücret alması caizdir. Şafi’lerin bu önermesi imamlık, müftülük ve öğretmenlik gibi işlerde teayyün etme durumundan ihtirazdır. Şayet kendisinden başka o işi yapabilecek kimse yoksa ücret alması ittifakla caiz olmaz.⁷⁸⁴

3.10. UDDE’ DE FARKLI İLİMLERE DÂİR BEYANLAR

Udde, bir fetva kitabı olmakla birlikte içerisinde başka ilimlere dâir bilgiler de barındırmaktadır. Nitekim zaman zaman akaid, kelam, hadis, sarf, nahiv, lügat, belağat ve usul-i fıkıh gibi alanlarda açıklamalar karşımıza çıkmaktadır.

Geride usul-i fıkha dair, ‘Lüğavî Beyanlar’ başlığı altında da sarf, nahiv, belağat ve lüğata dair örnekler vermiştik. Burada eserde geçen bazı akaid ve hadis bilgilerinden örnekler vermek istiyoruz.

Akaid ve kelama dâir bilgiler:

⁷⁸³ Varak, 243b.

⁷⁸⁴ Varak, 244b.

Zındık, tevbe izhar ediyorsa tevbesine itibar edilir ve öldürülmez. Dinin zaruriyyâtından olan şarabın haramlığı gibi bir hükmü kalben benimsemediği bilinen kimse bunu açıkça dillendirmedikçe öldürülmez.

Bazıları sihrin bir hayalden ibaret olduğunu söylese de onun bir hakikatı vardır ve onu insanların bedenlerine tesiri inkâr edilemez bir gerçektir. Ancak sihir ilmini öğrenmek haram, helal olduğuna itikad etmek ise küfürdür. İmam Mâlik, İmam Ahmed ve bazı imamlarımız; itikada bakılmaksızın sihri öğrenmenin veya yapmanın küfrü gerektirdiğini ve o kimsenin ölümü hak ettiğini söyler. Şafi'ye göre; helal diye inanmadıkça öldürülmez de, tekfir de edilmez.

Kâhinin fonksiyonu tartışılmıştır. Kimi onu; 'sihirbaz' diye nitelerken, kimi; 'tahmin yürüterek kafadan sallayan kişi' olarak tanımlamıştır. Bazıları da; 'kendine haber getiren cinlere sahip kişi' olarak vasıflamıştır.

Şeytanların, kâhine her istediğini yaptırabileceklerine inanmak küfürdür. Şeytanların yaptıklarının bir tahyil olduğuna inanan tekfir edilmez. Şafi'ye göre; yıldızlara kâhinin yıldızlara tekarrüb ettiğine ve yıldızların kâhine istediğini yaptırdığına inanmak küfrü gerektirir. Ahmed b. Hanbel'e göre; Kâhinin hükmü sâhirin hükmü gibidir. Bir rivayete göre kâhin öldürülür, diğer bir rivayete göre tevbe ederse öldürülmez. Büyücü ve kâhinin küfrü ve tevbesinin kabul edilmemesi görüşünde Şafi'nin sözünden şaşılmanması gerekir. Sâhir sihirle uğraşüyor, insanların arasını bozuyor ve yeryüzünde fesat çıkardığı biliniyorsa öldürülmeli, itikadı küfrü gerektirmiyorsa sırf sihirle ilgileniyor diye öldürülmemelidir.⁷⁸⁵

'Gücüm yeterse yarın geleceğim' diye yemin edildiği takdirde buradaki güç yetirme (istitâat) kader konusu bağlamındaki güç değil, sıhhatli olma anlamındaki güçtür. Hastalık gibi bir engel bulunmadığı halde gelmediği takdirde yemini bozulur. Şayet kelâmî istitâatı kastedtiğini söylese Allah'la kendi arasındadır, ama kazâen bu beyanın geçerliliği hakkında iki görüş de vardır.⁷⁸⁶

Musannif devamında *Înâye*'den uzun bir alıntıda bulunarak yukarıda anlatılan istitâat çeşitleri hakkında açıklamalarda ve ayetlerle istişhatta bulunmuştur.⁷⁸⁷

⁷⁸⁵ Varak, 142b-143a.

⁷⁸⁶ Bkz, Varak, 114b- 115a.

⁷⁸⁷ Bkz, Varak, 115a.

‘Bu tarlamı sen ek, senin şu tarlanı da ben ekeyim’ veya ‘benim şu evimde sen otur, ona mukabil bende senin şu evinde oturayım’ şeklinde her iki tarafın da aynı cins menfaati içerdiği akitler caiz değildir. Bu konuyla alakalı olarak İbn Semâ’a, İmam Muhammed’e bir mektup yazarak konu hakkındaki fikrini sorduğunda İmam Muhammed ona şöyle cevap yazmıştır:

أُطِلَّتِ الْفِكْرَةُ، فَأَصَابَتْكَ الْحَيْرَةُ، وَجَالَسْتَ الْجَبَّائِيَّ، وَكَانَتْ مِنْكَ زَلَّةٌ ...

‘Bu konuyu çok araştırdım, sonunda kafan karıştı ve Cübbâi (veya Hibâi) ile çok oturup kalktın. Bu, senin gibi biri için hata idi. (O bid’atçı senin kafanı karıştırdı.) Bilmez misin ki; oturmak üzere meskeni meskenle değiştirmek kûhî elbiseyle kûhî elbiseyi (giymek üzere) vadeyle değiştirmek gibidir?

Taşköprizâde, Cübbâi’nin bid’at ehli biri olduğunu söyledikten sonra şöyle der:

Yani; İmam Muhammed, İbn Sema’a gibi; ilim, hıfz ve takvası ile meşhur bir âlimin, kararsız kaldığı bir meselede fıkıhı küçümseyen bir bid’at ehlinin sözlerinden etkilenmesini hoş görmemekte ve böyle bir bid’at ehliyle oturmasının hata olduğunu söylemektedir.⁷⁸⁸

Hadis ilmine dâir bilgiler:

Hidâye’de; hac aylarının; Şevvâl, Zilkâde ve Zilhicce’nin ilk 10 günü olduğunu ve bunun üç Abdullah (Abâdile) ve Abdullah b. Zübeyr’den rivayet edildiği söylenmektedir.⁷⁸⁹ Taşköprizâde, *İnâye*’den nakille ‘Abadile’ hakkında bilgi vermektedir:

"Abâdile; Abdullah b. Mes’ûd, Abdullah b. Ömer ve Abdullah b. Abbas’tır. Zira mutlak olarak Abadile dendiğinde bu zatlar anlaşılır. Bu sebeple Abdullah b. Zübeyr’i ayrıca söylemiştir. Hadisçilerin örfünde ise; İbn Abbas, İbn Ömer, İbn Zübeyr anlaşılmakta ve diğerlerinden önce vefat etmesi sebebiyle İbn Mesud onlardan sayılmamaktadır."⁷⁹⁰

⁷⁸⁸ Varak, 245b.

⁷⁸⁹ كذا روي عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير

⁷⁹⁰ Varak, 60a.

3.11. ESERİN ELEŞTİRİSİ

Hidâye'nin üslubunu hatırlayacak olursak; Mergînânî, önce Hanefî mezhebinin görüşünü söylemekte, sonra mezhep içi ve dışı hilafı belirtmekte, sonra muhalifin delilini sunmakta ve o delilleri çürüterek son olarak kendi tercih ettiği görüşün delilini ortaya koymaktadır. Sonra tekrar asıl metne dönmekte, yani yeni bir meseleye başlamaktadır.

Hidâye'deki meseleler *Udde* 'de delillerden arındırılırken muhalife ait olmayan sözün, muhalifin sözünün devamı şeklinde anlaşılma tehlikesi bulunmaktadır. Klasik hat usulünde noktalama söz konusu olmadığı için *Hidâye*'ye veya fıkha aşına olmayan kimsenin *Hidâye* 'den bağımsız bir şekilde *Udde*'yi okuması bazı görüşlerin nisbetinde karışıklığa meydan vermektedir. Ancak tahkik çalışmamızda noktalama işaretleri yardımıyla bu görüşlerin temyizi ile alakalı problemin giderildiğini, dolayısıyla çalışmamızın *Udde*'nin sağlıklı bir şekilde okunma/okunabilmesine de önemli ölçüde hizmet ettiğini söyleyebiliriz.

Udde'den bir ibareyi örnek gösterelim:

Görüşler arasından illetler çıkarıldığı zaman *Udde*'de şu ibare ortaya çıkmıştır:

ومن أكرم وفي بيته أو في قفصٍ معه صيدٌ فليس عليه أن يرسله. وقال الشافعيُّ: عليه أن يرسله. ولو أرسله في مفازٍ فهو على ملكه.

İhrama giren kimsenin evinde veya beraberindeki kafeste önceden avladığı bir avı bulunsa onu salıvermesi gerekmez. İmam Şafîî ise der ki: Salması gereklidir. Şayet onu bir sahraya salsa o hayvan yine de onundur.⁷⁹¹

Buradaki son hüküm İmam Şafîî'nin sözünün devamı mıdır, yoksa Hanefî mezhebinin görüşü müdür?

Hidâye'ye müracaat ettiğimizde bu önermenin Hanefî mezhebine ait olduğunu açıkça görmekteyiz. Çünkü musannif, İmam Şafîî'nin görüşünü söyledikten sonra onun delilini getirmiş, son olarak da Hanefî mezhebinin delilini belirterek konuyu kapatmıştır. Artık yeni bir önermeye sıra gelmiştir ve Hanefî mezhebinin görüşü aktarılmaya devam etmektedir.

⁷⁹¹ Varak, 65b.

Yukarıdaki *Udde*'nin metnini ise noktalama işareti olmaksızın okuduğumuzda son cümlelerin İmam Şâfi'nin sözünün devamı olduğu anlaşılabilir. Biz bu ve benzeri durumlarda araya nokta işareti koymak suretiyle bu yanlış anlama ihtimalinin önünü kestik.

Benzer bir örnek de *Udde*'deki şu ibaredir:⁷⁹²

ومن أفاض قبل الإمام من عرفات فعليه دم. وقال الشافعي لاشيء عليه. بخلاف ما إذا وقف ليلاً.

Udde'nin usulünü bilmeyen kişi bu ibarede بخلاف lafzıyla anlatılmak istenen manayı yanlış anlayabilir. Nitekim en yakın hüküm olarak Şâfi'nin kanaati zikredilmiştir. Zihin öncelikle ona yönelir. Ancak burada müellif Şâfi'nin hilafını belirttikten sonra tekrar sadede dönmekte ve Hanefî mezhebiyle devam etmektedir. Dolayısıyla hilaf Şâfi'nin görüşü hakkında değil, Hanefî'nin temel metinde belirtilen hükmü hakkındadır. Yani Arafat vakfesini gece yapan kişiye Hanefî mezhebinde dem gerekmez. Konu *Hidâye*'de illetlerle ayrıldığı için daha net anlaşılmaktadır. Nitekim ilgili konuda *Hidâye* metni⁷⁹³ şöyledir:

ومن أفاض قبل الإمام من عرفات فعليه دم. وقال الشافعي رحمه الله : لا شيء عليه، لأن الركن أصل

الوقوف، فلا يلزمه بترك الإطالة شيء. ولنا أن الاستدامة إلى غروب الشمس واجبة لقوله عليه الصلاة

والسلام: {فادفعوا بعد غروب الشمس} فيجب بتركه الدم، بخلاف ما إذا وقف ليلاً.

İbarenin akıcılığı bazen de musannifin açıklamaları ile bozulmuştur. Örnek:

وإذا انتقص بالزراعة، أي الأرض بتأويل العقار أو المغصوب، كذا في النهاية، يغرّم النقصان،

ويأخذ رأس ماله، ويتصدق بالفضل.

Yukarıdaki metindeki انتقص fiili, semâ'i müennes olan arz (yer/arazi) lafzına râci zamire isnad edildiği için kendisine te'nis alameti (ت) gelmesi gerekirken bu alametinin gelmediği görülmektedir. Musannif, 'akar' veya 'mağsub mal' gibi aynı

⁷⁹² Varak, 63a.

manaya gelen müzekker bir fâil te'viliyle amilin müzekker gelebileceğini beyan etmiştir.⁷⁹⁴ Ancak bu arada şart cümlesi (وَإِذَا انْتَقَصَ بِالزَّرَاعَةِ) ile cevap cümlesi (يَغْرَمُ)

(النقصان) arasında uzun bir fâsıla girmiş ve kelamın akıcılığı bozulmuştur. Bu durum ilaçların bir derde deva olurken yan tesirleri sebebiyle başka problemlere neden olabilmesine benzemektedir.

Müellif *Udde*'de illetlerle birlikte bazen mananın anlaşılmasında önem arz eden bazı ifadeleri de çıkarmıştır. Bu durumda *Hidâye*'de anlaşılır olan bir ibare *Udde*'de kapalılığa sebep olabilmektedir. Bunu bir örnek üzerinden göstermek üzere *Hidâye*'deki bir ibarenin *Udde*'de zikredildiği şekliyle karşılaştırma yapalım;

Hidâye:

ومن طاف لعمرتِه وسعى على غير وضوء وحلّ فما دام بمكة يعيدها ولا شيء عليه. أما إعادة الطواف فلتمكنّ النقص فيه بسبب الحدث. وأما السعي فلأنه تبع للطواف. وإذا أعادهما لا شيء عليه لارتفاع النقصان. وإن رجع إلى أهله قبل أن يعيد فعليه دم لترك الطهارة فيه ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل بأداء الركن. إذ النقصان يسيرٌ وليس عليه في السعي شيء لأنه أتى به على أثر طواف معتدّ به. وكذا إذا أعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح.

Udde:

ومن طاف لعمرتِه وسعى على غير وضوء وحلّ فما دام بمكة يعيدها، ولا شيء عليه. ولو رجع إلى أهله قبل أن يعيد فعليه دمٌ. وكذا إذا أعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح. وهذا احترازٌ عما قال بعض المشايخ: إذا أعاد الطواف ولم يعد السعي كان عليه دمٌ.

Abdestsiz şekilde umre tavafını ve ardından sa'yını yapan kişi Mekke'de olduğu müddetçe tavaf ve sa'yını iade etmesi durumunda bir ceza gerekmez, (fakat tavafı iade etmeden dönerse dem gerekir.) Yine tavafı iade edip sa'yı iade etmese

⁷⁹³ *Hidâye*, Cilt: 1, s. 163.

⁷⁹⁴ Varak, 265b.

sahih olan yine bir ceza gerekmemesidir. Bazıları ise dem gerekeceği görüşündedir ama *Hidâye* Sahibi tercihini belirtmiştir.

İki ibare karşılaştırıldığında yukarıda anlattığımız bilgiler *Hidâye*'den anlaşılabilirdiği halde *Udde*'deki ihtisar sebebiyle anlaşılmasında güçlük yaşanmaktadır. كذا ifadesinin müşarun ileyi olan (ceza gerekmemesi hükmü)

Hidâye'de yakın olduğu için belirgin iken, *Udde*'de daha uzağadır ve kapalıdır. Biz tahkik çalışmamızda dipnot şeklinde düştüğümüz ta'likler yardımıyla mananın anlaşılmasına yardımcı olmaya çalıştık.⁷⁹⁵

Yukarıda anlatmaya çalıştığımız tarzda bazı sıkıntılar olmakla birlikte okuyucu, *Udde*'nin usulüne kısa zamanda alışmakta ve klasik fıkıh kitaplarında olan fetvalara kolaylıkla muttali olma imkânı bulmaktadır. *Hidâye*'nin ibaresinin zorluğu, zamir ve işaretlerin çokluğu onu bir uçtan bir uca okumayı güçleştirmekteyken; *Udde* gibi illetleri alınmış, zamir ve işaretleri açıklanmış, şerhlerdeki fâideli bilgilerle zenginleştirilmiş bir kitap bu köklü eserin meselelerini daha kolay ve çabuk elde etme imkânı sunmaktadır.

3.12. TAŞKÖPRİZÂDE KEMALEDDİN EFENDİ'NİN FIKIHÇILIĞI HAKKINDA GENEL DEĞERLENDİRME

Udde (Uddetü ashâbi'l-bidâyeti ve'n-nihâye fî tecridi mesâili'l-Hidâye) Kitabı, Taşköprizâde Kemâleddin Mehmed b. Ahmed Efendi'nin furû'-ı fıkha dâir yazdığını bildiğimiz yegâne eseridir.

Taşköprizâde bu eserinde, daha önce benzerini görmediğimiz bir çalışmaya imza atmıştır. Nitekim kendisinden önce *Hidâye* üzerine ihtisar, şerh, ta'lik ve tahric tarzı onlarca eser yazılmasına rağmen 'tecrîd-i ilel' tarzı bir çalışma pek yapılmamıştır. Araştırmamızın içerisinde bahsetmiş olduğumuz İbn 'Akreb'e (ö.774) nisbet edilen '*er-Ri'aye fî tecridi mesâili'l-Hidâye*' isimli tecrid çalışması⁷⁹⁶ ile *Udde*

⁷⁹⁵ Bkz: **Udde**, varak 63a.

⁷⁹⁶ Bkz: Kâtip Çelebi, **Keşfüz-zünûn**, Cilt: 2, s. 2022. Kitap mahtut olarak Rağıp Paşa Kütüphanesi 504 numarada mevcuttur.

arasında çok fark vardır. *er-Riâye* sırf tecrîd'den ibaretken; *Udde* iç ve dış nakillerle zenginleştirilmiş, kitap bir fetva külliyyâtı formatına bürünmüştür. Ayrıca *Hidâye*'nin perde arkasında kalan veya anlaşılması zor olan meseleleri kolaylaştırılmış, her düzeydeki ilim ehlinin anlayacağı bir kalıba dökülmüştür.

Udde Kitabı'nı diğer eserlerden ayıran ve onu şahsına munhasır bir çalışma kılan en karakteristik özelliği elbette *Hidâye*'nin meseleleri arasında yaptığı kitap içi takdim ve tehirlerdir. Musannifin, *Hidâye*'nin meseleleri üzerindeki bu tasarrufunun nedeni, kendi kanaatine göre o meselenin asıl yerinde yer almamasıdır. Fakat musannif iç nakil esnasında meselenin eski yerine de atıfta bulunmayı ihmal etmemiştir. Böylece o mesele hakkında detaylı araştırma yapmak isteyen kişi konunun *Hidâye* ve şerhlerindeki kaynağına kolayca ulaşabilecektir.

Taşköprizâde'nin dış nakillerinde daha çok İbn Hümâm'ın *Fethu'l-Kadir*'i ve Bâbertî'nin *el-Înâye*'si ön plana çıkmaktadır. *el-Înâye* daha ziyade kemmiyyet cihetinden, *Fethu'l-Kadir* ise keyfiyet cihetinden esere katkı sağlamaktadır. Kazâ, bey' bil-vefa, vasî, zimmî ve vakıf konuları gibi gündemle alakalı mühim konularda daha ziyade *Fethu'l-Kadir*'den, ihtiraz kayıtları bağlamında ise *Înâye*'den yardım almıştır. Fakat nerede İbn Hümâm'ın ismi geçse onun ibarelerini övmekle kalmamış, ona dua etmeyi de ihmal etmemiştir. Bu ifadeler onun İbn Hümâm hayranlığını ortaya koymaktadır.

Udde'de 500'ü aşkın iç nakil olduğundan bahsetmiştik. Bu tarz bir çalışma zamanımızdaki teknik imkânlarla belki kolaylıkla yapılabilir. Fakat müellifin yaşadığı çağda yapılan bu tarz bir çalışma onun, *Hidâye*'nin meselelerine vukufiyetini göstermektedir. Musannif bir *Hidâye* uzmanıdır.

Taşköprizâde seçkin bir ailede doğmuş, payitahtın nimetlerinden ve devletin imkânlarından yararlanmış, zamanın en önde gelen hocalarından ders görmüş ve çocukluğundan itibaren ilim ile meşgul olmuştur. Ömrü, zamanın önemli medreselerinde müderrislik yapmakla ve Halep, Şam, Bursa, Selanik ve İstanbul gibi stratejik merkezlerde kadılık vazifeleriyle geçmiştir. Yaşadığı zaman diliminde devletin sorunları, halkın problemleri ve kadıların karşılaştığı sosyal davalar hakkında devrin en tecrübeleri şahsiyetlerindendir. Bu nedenle *Hidâye*'de satır aralarında geçen bir mesele hakkında bazen özel fasıllar açabilmektedir. Her ne

kadar risk almayı sevmeyen bir tarzı olsa da kanaatini belirttiği ve tercihte bulunduğu yerler de yok değildir.

Taşköprizâde'nin bir özelliği de *Hidâye* metni üzerine yaptığı açıklayıcı tarzda katkılardır. Bu katkılar bazen kapalı ifadeleri açma, bazen meselelerin tasvirini yapma, bazen bir hükmü kayıtlama ve bazen de bir hatayı düzeltme şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Kardeş katli I. Sultan Ahmet zamanında teamüllerden kaldırılmasına rağmen Taşköprizâde Kemâleddin Efendi, Genç Osman zamanında padişahın kardeşi Şehzade Mehmed'in katline fetva vermekle suçlanmış ve bu fetvayı şeyhülislam olma ümidiyle verdiği iddia edilmiştir.⁷⁹⁷ Kendisi bu fetvayı *Udde* kitabını tamamladıktan 5 sene kadar sonra vermiştir. (Zira *Udde* 1615'te yazılmışken, fetva 1620 yılında verilmiştir.)⁷⁹⁸ Bu sebeple kitapta bu fetvaya dâir bir kayıt bulunmamaktadır. Tarihçiler, hakkında bazı iddialarda bulunsu da Taşköprizâde'nin bu fetvayı ne niyetle ve hangi şartlarda verdiğini tam olarak bilemiyoruz. Ne olursa olsun; لکل عالم هفوة 'Her âlimin tolere edilebilecek noksanlıkları olabilir' sözünü hatırlayarak genel olarak güzel ahlak ve seciyelerle anılan bir âlimin, ne amaçla verdiği bilinmeyen bir fetva yüzünden kötü olarak anılmasının haksızlık olacağı kanaatindeyiz.

Bir hikmetli sözde ; خذ ما صفا، دع ما كدر 'Temiz olanı al, bulanık olanı bırak' denilmiştir. Sonuçta Taşköprizâde Kemâleddin Efendi kimsenin benzerini yapmadığı bir eser ortaya koymakla övgüyü hak etmektedir.

Biz, yaklaşık 400 yıldır kütüphane raflarında bulunan eserini ortaya çıkarmanın yanı sıra, çalışmamızda onun şahsını, eserini ve fıkıhçılık yönünü de tanıtmayı amaçladık.

Çalışmamızın sonunda Taşköprizâde Kemâleddin Efendi'ye Allah'tan (cc) rahmet dilerken, eserinin lâayık olduğı ilgiyi görmesini ve ilim ehline fayda vermesini temenni ederim.

⁷⁹⁷ Uzunçarşılı, **Büyük Osmanlı Tarihi**, Cilt: 3, ss. 129-130; Peçevî, Cilt: 2, s. 350; Öztuna, Yılmaz, **Sultan Genç Osman Ve Sultan IV. Murad**, Veliahd Şehzade Mehmed'in İdamı; İpşirli, **Taşköprizâde**, DİA, Cilt: 40, ss. 152-154.

⁷⁹⁸ Peçevî, Cilt: 2, s. 350.

SONUÇ

Taşköprizâde Kemâleddin Mehmed Efendi, Osmanlı Devleti'nin altın çağında yetişmiş, ilmî geleneğe sahip Taşköprülü ailesine mensub çok yönlü bir âlimdir. Taşköprizâde İsamüddin Ahmed Efendi'nin *Miftâhu's-sa'âde* adlı eserini 'Mevzû'âtu'l-ulûm' ismiyle Osmanlı Türkçesi'ne tercüme eden oğludur.

Babasından sonra ailenin en meşhur üyesi olan Kemâleddin Efendi mümtaz bir aile ve ilmî bir çevrede yetişmenin avantajıyla zamanının en seçkin hocalarından dersler almış ve henüz 16 yaşındayken Şeyhulislam Ebussuud Efendi'nin mülazimi olarak eğitim faaliyetlerine başlamıştır. 22 yaşından itibaren baş müderrislik sıfatıyla değişik medreselerde dersler vermeye başlayan Kemâleddin Efendi defalarca okuttuğu *el-Hidâye*'nin meselelerini bir mecmuada toplamaya niyet etmiştir.

Genç yaşta Selanik'te kadılık vazifesine başlayan Kemaaleddin Efendi gerek yoğun mesaisi, gerekse türlü engeller sebebiyle bu arzusunu ömrünün son yıllarına ertelemek zorunda kalmış, fakat seneler sonra da olsa aklına koyduğu projeyi gerçekleştirmeyi başarmıştır.

Bu proje; *el-Hidâye* kitabından mümkün mertebe gerekçeleri ayıklayarak fetvaları ön plana çıkarma, gerekli gördüğü yerlerde açıklamalarda bulunarak fetvaların anlaşılmasını kolaylaştırma, satır aralarında veya illetlerin zımnında işaret edilen fetvaları açığa çıkarma, bir yanlış düzeltme, meseleleri *Hidâye* şerhlerinden ve diğer kaynak kitaplardan nakillerle zenginleştirme ve gerektiğinde itiraz etme üzerine kurulmuştur.

1024/1615 yılında eseri tamamlayan Taşköprizâde Kemâleddin Efendi bu eserini dönemin padişahı Sultan I. Ahmed'e hediye etmiş, böylece eser resmî görevli ve sivil hattatlarca defalarca istinsah edilmiştir.

'*Uddetü Ashâbi'l-bidâyeti ve'n-nihâye fî tecridi mesâili'l-Hidâye*' diye isimlendirdiği bu kıymetli eser *Hidâye* üzerine bir tecrid çalışması olmanın yanı sıra iç ve dış nakillerle bir fetva kitabı formatına bürünmüş, bu yönüyle özgün bir çalışma hüviyeti kazanmıştır.

Netice itibariyle Taşköprizâde Kemâleddin Efendi'nin *Udde Kitabı*'nın temel özelliklerini maddeler halinde şöyle sıralayabiliriz:

1. Merğînânî'nin meşhur eseri *el-Hidâye* merkezli bir eserdir.

2. Meseleler genellikle illetlerinden arındırılmıştır. Yani *Hidâye* üzerine bir tecrid çalışmasıdır.

3. *Hidâye*'de satır aralarında veya benzer meselelerin zımında gizli fetvaları açıklamıştır.

4. *Hidâye*'de olmayan, fakat musannifin önemli olduğunu düşündüğü meseleleri çoğunlukla *Hidâye*'nin şerhlerinden, bazen de başka kaynaklardan naklederek eseri zenginleştirmiştir.

5. *Hidâye*'de olması gereken yerde değil de farklı bir konu içerisinde zikredildiğini düşündüğü meseleleri kendi olması gerektiğini düşündüğü yerde zikretmiş, fakat gerektiğinde müracaat edilebilmesi için eski yerini de belirtmiştir.

6. İhtiyaç halinde, genellikle *Hidâye* şerhlerinden nakil yoluyla, bazen de bizzat kendisi bazı açıklamalarda bulunmuştur.

7. *Hidâye* metni veya alıntı yaptığı diğer metinlerde bazen takdim, tehir, ilave ve ihtisar tarzı tasarruflarda bulunmuştur.

8. Bütün bu özellikler dikkate alındığında eser, *Hidâye* üzerine yapılan çalışmalar arasında daha öncesinde ve sonrasında benzeri görülmeyen bir çalışmadır.

Bu kıymetli eseri, mahtut halde bulunduğu kütüphane raflarından çıkararak tahkikini yapmak ve Taşköprüzâde Kemâleddin Efendi'nin bu eserdeki fıkıhçılık örneğini araştırmak istedik. Böylece hem Kemâleddin Efendi'yi tanıtmak, hem de fıkıhçılığını sergilediği *Udde Kitabı*'nı akademik camianın istifadesine sunmayı amaçladık.

Çalışmamızı üç bölüme ayırdık. İlk bölümde Taşköprüzâde Kemâleddin Efendi hakkında bilgi verdik. İkinci bölümde *Udde Kitabı* ve nüshalarını genel özellikleriyle tanıtmaya çalıştık. Üçüncü bölümde müellifin fıkıhçılık yönünü araştırdık. Sonuç bölümünde çalışmanın kapsamı hakkında genel bir toparlama yaptık. Ek'te ise *Udde Kitabı*'nın tarafımızca yapılmış olan tahkik ve ta'lik çalışmasını takdim ettik.

Taşköprülü ailesine mensup bir Osmanlı âlimini ve eserini tanıtmayı amaçladığımız bu çalışmamız, maksadına ulaşırsa kendimizi bahtiyarlardan sayacağız.

KAYNAKÇA

Aclûnî, Ebü'l-Fidâ İsmâîl b. Muhammed b. Abdilhâdî el-Cerrâhî (ö. 1162/1749), **Keşfü'l-hafâ' ve müzîlü'l-ilbâs**, Mektebetü'l-kudsî, Kahire 1351.

Ali el-Kârî, Ebü'l-Hasen Nûrüddîn Alî b. Sultân Muhammed el-Kârî el-Herevî (ö. 1014/1605), **Mirkatü'l-mefâtih Şerhu Mişkâtî'l-mesâbih**, Beyrut, 2002.

Âmidî, Ebu'l-Hasen. Seyfeddin Ali b. Ebî Ali es-Salebî (ö. 631/1233), **el-İhkâm fî usulî'l-ahkâm**, Thk: Abdürrezzak Afîfî, el-Mektebetü'l-İslâmî, Beyrut, tsz.

Askalânî, İbn Hacer Ebü'l-Fazl Şihâbüddîn Ahmed b. Alî b. Muhammed b. Ahmed b. Hacer (ö. 852/1449), **ed-Dirâye fi tahrîci ehâdisi'l-Hidâye**, Thk.: Seyyid Abdullah Haşim Yemanî, Dâru'l-marife, Beyrut, tsz.

Askalânî, **ed-Dürerü'l-Kâminefî a'yânî'l-mieti's-sâmine**, (Thk: Muhammed Abdülmü'id Dân), Meclisü dâiratü'l-me'ârifî'l-Usmâniyye, Saydarâbad/ Hindistan, 1972.

Aslan, Ensar, **'Osmanlı Âlimlerinden Alâeddin Esved'in el-'Înâye Fî Şerhi'l-Vikaye Adlı Eseri Çerçevesinde Fıkıh İlmindeki Yeri**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Atâî, Nev'izâde (ö. 1045/1635), **Zeyl-i Şekâik (Hadâiku's -Şekâik)**, TBMM Kütüphanesi, tsz.

Aynî, Bedreddin, Ebû Muhammed (Ebü's-Senâ) Bedrüddîn Mahmûd b. Ahmed b. Mûsâ b. Ahmed el-Aynî (ö. 855/1451), **el-Binâye şerhu'l- Hidâye**, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut 2000.

Ayverdi, İlhan, **Misalli Büyük Türkçe Sözlük (Kubbealtı Lügatı)**, İstanbul, 2005.

Bâbânî, İsmail b. Muhammed (ö. 1399), **Hediyetü'l-‘ârifîn esmâü'l-müellifîn**, Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, Beyrut, 1951.

Babertî, Muhammed b. Mahmud b. Ahmed Ekmeleddîn Ebu Abdullah er-Rûmî, el-Mısırî (ö. 786/1384), **el-İnâye şerhu'l-Hidâye**, Dâru'l-fikr, tsz.

Bağdatlı, İsmail Paşa, **Hediyetü'l-arifin ve Esmâü'l-müellifîn**, İstanbul, 1951.

Bilmen, Ömer Nasuhi (1883-1971), **Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kāmûsu**, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1988.

Bostanzâde Yahyâ Efendi, **Tuhfetü'l-ahbâb Târîh-i Sâf (Duru Tarih)**, (Haz: Necdet Sakaoğlu), İstanbul, 1978.

Cevherî, Ebû Nasr İsmâîl b. Hammâd (ö. 393/1002), **es-Sıhâh Tâcu'l-luğa ve Sıhâhu'l-Arabiyye**, Thk.: Ahmed Abdulğafur Attar, Dâru'l-ilm li'l-melâyîn, Beyrut, 1987.

Cürcânî, Ali b. Muhammed b. Ali Zeyn es-Seyyid eş-Şerîf (v. 816/1413), **et-Ta'rîfât**, Nşr: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, 1983.

Cüveynî, İmamü'l-hameyn, Abdülmelik b. Yusuf b. Muhammed ,Ebu'l-meâjî Rüknuddin (ö. 478/1085), **el-Burhân fî usûli'l-fıkh**, Thk: Salahaddin b. Muhammed b. Uveyda, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, 1997.

Çevik, Mümin, **İlimler Ansiklopedisi**, Üçdal Neşriyat, İstanbul, tsz.

Danişmend, İsmail Hami, **İzahlı Osmanlı Tarihi Kronolojisi**, Doğu Kütüphanesi, 2011, Cilt: 3, s. 59.

Erdoğan, Mehmet, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü**, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2010.

Esen, Hüseyin, **İslam Hukukunda Cezaî Sorumluluk**, (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003.

Evliya Çelebi (ö. 1095/1684), **Seyahatnâme (Günümüz Türkçesiyle Evliya Çelebi Seyahatnâmesi)**, Yapı Kredi Yayınları, İkinci Baskı, İstanbul, 2017.

Ezherî, Ebû Mansûr Muhammed b. Ahmed b. Ezheri el-Herevî (ö. 370/980), **Tehzîbu'l-luğa**, Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, Beyrut, 2001.

Fetâva-i Hindiyye, Dâru'l-fikr, Beyrut, 2019.

Fîrûzâbâdî, Mecdüddin, Ebu Tahir, Muhammed b. Yakub (817/1414), **el-Kâmûsu'l -muhît**, Beyrut, 1952.

Gazzî, Kamil b. Muhammed (ö. 1351), **Nehrü'z-zeheb fî tarihi Haleb**, Dâru'l-kalem, Halep, 1419 h.

Haddâdî, Ebu Bekr Ali b. Muhammed (ö. 800/1398), **el-Cevheratü'n-neyyira alâ Muhtasari'l- Kudûrî**, el-Matbaatü'l-Hayriyye, 1322 h.

Halebî, İbrahim b. Muhammed b. İbrahim (ö. 956/1549), **Mülteka'l-ebhur**, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, 1998.

Haşimi, Seyyid Ahmed, **Cevâhiru'l-belâğa**, Kahraman Yayınları, İstanbul, 1984.

Hatib Bağdadî, Ebu Bekr Ahmed b. Ali b. Sabit (ö. 463/1071), **Tarih-i Bağdâd**, Dâru'l-ğarbi'l-İslâmî, Thk: Dr. Beşşar Avvad Maruf, Beyrut, 2002.

Heytemî, **el-Hayrâtu'l Hisân**, Dâru'l-Kutubi'l İslâmiyye, Lübnân, 1983.

Hureşî, Ebu Abdillâh Muhammed b. Abdillâh el- Hureşî el-Mâlikî (ö. 1101 h.) **Şerhu Muhtasari Halil**, Dâru'l-fikr, tsz.

İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dimaşkî (ö. 1252/1836), **Reddu'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr**, Dâru'l-fikr, Beyrut, 1992.

İbn Âbidîn, **Şerhu Ukûdi resmi'l-müftû**, Merkezü tev'iyeti'l-fikhi'l-İslamî, Haydarabad, 2000.

İbn Cinnî, Ebu'l-feth el-Mavsılî (ö. 394), **Sırru sanâ'ati'l-i'rab**, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, 2000.

İbn Düreyd, Ebu Bekir Muhammed b. Hasan el-Ezdî (321/933), **Cemheretü'l- Lüğa**, Dâru'l-ilm li'l-melâyîn, Beyrut, 1987.

İbn Ebi'l-İzz, Sadrettin el-Hanefî (ö. 792/1390), **et-Tenbîh alâ müşkilâti'l-Hidâye**, Thk.: Abdülhakim b. Muhammed Şakir, Enver Salih Ebu Zeyd, Mektebetü'r-Rüşd Naşirun, Suudi Arabistan, 2003.

İbn Esîr, Ebü's-Seâdât Mecdüddîn el-Mübârek b. Esîrüddîn Muhammed b. Muhammed eş-Şeybânî el-Cezerî (ö. 606/1210), **en-Nihâye fi ğarîbi'l-hadîs ve'l-eser**, el-Mektebetü'l-ilmiyye, Beyrut, 1979.

İbn Fâris, Ahmed el-Kazvînî (395/1040), **Mu'cemu Mekâyîsu'l-luğa**, Beyrut, 1970.

İbn Halkân, Ebu'l-Abbâs Şemseddin Ahme b. Muhammed b. İbrahim b. Ebi Bekr el-Bermekî el-Erbilî (ö. 681), **Vefeyâtü'l-a'yân**, Thk: İhsan Abbas, Dâru Sâdır, Beyrut, tsz.

İbn Hişâm el-Ensârî, **Katru'n-nedâ ve bellü's-sadâ**, Thk: Muhyiddîn Abdülhamîd, el-Mektebetü'l-asriyye, Beyrut, 2010.

İbn Hümam, Kemaleddîn Muhammed b. Abdülvahid es-Sivâsî (ö. 861/1457), **Fethu'l-Kadîr ale'l-Hidâye**, Dâru'l-fikr, Beyrut, tsz.

İbn Kesîr, Ebü'l-Fidâ' İmâdüddîn İsmâîl b. Şihâbiddîn Ömer b. Kesîr b. Dav' b. Kesîr el-Kaysî el-Kureşî el-Busrâvî ed-Dımaşkî eş-Şâfiî (ö. 774/1373), **Tefsîru'l-Kurâni'l-Azîm**, Dâru Tayyibe, 1999.

İbn Kutlûboğâ, Ebü'l-Adl Zeynüddîn (Şerefüddîn) Kâsım b. Kutluboğâ b. Abdillâh es-Sûdûnî el-Cemâlî el-Mısırî (ö. 879/1474), **Tâcü't-terâcim fî tabakâti'l-Hanefiyye**, Matbaatü'l-Ânî, Bağdat, 1962.

İbn Mâze, el-Buharî Burhaneddin Mahmud b. Ahmed b. Abdülaziz Ebu'l-Me'alî (ö. 616/1219), **el-Muhîtu'l-burhânî fî'l-fıkhi'n-Nu'mânî**, Thk.: Abdülkerim Sami el-Cündî, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, 2003.

İbn Nüceym, Zeyneddîn b. İbrahim b. Muhammed el-Mısırî (ö. 970/1563), **el-Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik**, Dâru'l-kütübi'l-islâmî, tsz.

İbn Nüceym, Sirâcüddîn Ömer b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısırî (ö. 1005/1596), **en-Nehru'l-fâik şerhu Kenzi'd-dekâik**, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye 2002.

İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed el-hafîd (ö. 595/1198), **Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid**, Dâru'l-hadis, Kahire, 2004.

İbn Ye'îş, Ebu'l- bekâ, Muhammed b. Ali, el-Esedî, el-Mavsılî (ö. 643), **Şerhu'l-Mufasssal**, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, 2001.

Kabdan, Abdülkadir, **Abdulganî Karabâğî'nin 'Şerhu'l-Muhtâr' Adlı Kitabının Edisyon Kritiği Ve Değerlendirilmesi**, (Doktora Tezi), Çukurova Üniversitesi, Adana, 2014.

Karagöz, İsmail, **Dinî Kavramlar Sözlüğü**, Diyanet İşleri Başkanlığı, Ankara, 2010.

Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed (ö. 587/1191), **Bedâi'u's-sanâi' fi tertîbi's-şerâi'**, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, 1986.

Kâtip Çelebi, Mustafa b. Abdullâh el-Kastamonî (ö.1067/1657), **Keşfü'z-zunûn an esâmi'l-kütüb ve'l-fünûn**, Dâru İhyai't-türâsi'l-Arabî, Beyrut, tsz.

Kâtip Çelebi, **Süllemü'l-vusul ila tabakatü'l-fuhûl**, (Thk; Mahmud Abdulkadir Arnavut, Takdim: Ekmeleddin İhsanoğlu), Mektebetü İrsika (İrcica), Şamile, İstanbul, 2010.

Kefevî, Ebu'l-Bekâ el-Kırımî (1094/1683), **Küllîyyât**, Müessesetü'r-Risale, Beyrut, tsz.

Kevserî, Muhammed Zâhid (1879-1952), **Bülûgu'l-emânî fi sîreti'l-İmâm Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî**, Kahire, 1998/1418.

Kehhâle, Ömer Rıza (ö. 1987), **Mu'cemü'l-müellifîn**, Mektebetü'l-Müsennâ, Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, Beyrut, tsz.

Kınalızâde Ali Efendi, **Tabakâtü'l-Hanefiyye**, (Thk.: Muhyî Hilâl es-Serhân), Bağdat, 1426/2005.

Kudûrî, Ebû'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed (428/1037), **el-Muhtasar**, Thk.: Kamil Muhammed Uveyza, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, 1997.

Kureşî, Muhyiddin, **el-Cevâhiru'l-mudiyye fî tabakâti'l-Hanefiyye**, (Thk.: Abdulfettah Muhammed el-Hulv), Hicr Yayınevi, 1993.

Kurtubî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Ebî Bekr b. Ferh el-Kurtubî (ö. 671/1273), **el-Câmi'u liahkâmi'l-Kur'ân**, Dâru'l-kütübi'l-Mısriyye, Kahire, 1964,

Leknevî, Ebû'l-Hasenât Muhammed Abdülhay b. Muhammed Abdilhalîm b. Muhammed Emînillâh es-Sihâlevî (1848-1886), **el-Fevâidü'l-behiyye fî terâcimi'l-Hanefiyye**, Mısır, 1324.

Mâverdî, Ebû'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Muhammed b. Habib el-Basrî el-Bağdâdî (ö. 450 h.) **el-Hâvî'l-kebîr**, (Thk: Şeyh Muhammed Ali Muhammed Muavvaz - Şeyh Adil Ahmed Abdulmevcud), Dâru'l-kütübi'-ilmiyye, Beyrut, 1999.

Mecdî, Mehmed (ö. 999/1591), **Şekâik Tercümesi**, tsz.

Mehmed Süreyya, **Sicill-i Osmanî**, (Haz: Nuri Akbayer), Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 1996.

Mehmet Tahir Bursalı (1861-1925), **Osmanlı Müellifleri**, Matbaa-i Amire, İstanbul, 1333.

Mergînânî, Burhaneddîn Ali b. Ebî Bekr el-Ferganî (ö. 593/1197), **el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî**, (Thk.: Talal Yusuf), Darü ihyai't-türasi'l-arabî, Beyrut, tsz.

Mevsılî, Ebü'l-fazl Mecdüddîn Abdullâh b. Mahmûd b. Mevdûd (ö. 683/1284), **el-İhtiyâr li ta'lîli'l-Muhtâr**, Matbaatü'l-Halebî, Kahire, 1937.

Mevsûatü'l-Fıkhiyye, Kuveyt, 1986.

Meydânî, Abdülganî b. Tâlib b. Hammâde el-Guneymî ed-Dımaşkî (ö. 1298/1881), **el-Lübâb şerhu'l-Kitâb**, (Thk.: Muhammed Muhyiddin Abdülhamid), Mektebetü'l-ilmiyye, Beyrut, tsz.

Molla Hüsrev, Kadı Muhammed b. Ferâmûz (885/1480), **Mir'âtü'l-usûl**, Fazilet Neşriyat, İstanbul, 1307.

Muhammed Kadri Paşa (ö. 1888), **Mürşidü'l-hayrân ilâ ma'rifeti ahvâlî'l-insân**, Bulak Matbaası, Mısır, 1891.

Mustafa, İbrahim ve diğerleri, **el-Mu'cemu'l-vasît**, Çağrı yayınları, İstanbul, 1990.

Nadin, Abdufadl el-Âmirî, **el-Kavâ'idü'l-Fıkhiyye li'l-mübtedî**, Nşr: Şirketü Britaniyye, Londra, 2016.

Nesefî, Ebü'l-Berekât Hâfızüddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd (ö. 710/1310), **Kenzü'd-dekâik**, (Thk.: Prf. Dr. Sait Bekdaş), Dâru'l-beşâiri'l-islamiyye, 2011.

Nesefî, **el-Menâr fi usûli'l-fıkıh**, Dersaadet, İstanbul, tsz.

Nevevî, Ebu Zekeriyya Muhyiddin Yahya b. Şeref (ö. 676 h.), **el-Mecmû' Şerhu'l-Mühezzeb**, Dâru'l-fikr, tsz.

Özel, Ahmet, **Hanefî Fıkıh Âlimleri**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2006.

Öztuna, Yılmaz, **Sultan Genç Osman Ve Sultan IV. Murad**, Ötüken Neşriyat, İstanbul, tsz.

Pakalın, Mehmet Zeki, **Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü**, MEB Yayınları, İstanbul, 1993.

Peçevî, İbrahim Efendi, **Tarh-i Peçevi**, (Haz: Bekir Sıtkı Baykal), Kültür ve Turizm Bakanlığı, 1000 Temel Eser Serisi, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1982.

Râzî, Ebû Abdillâh Zeynüddîn Muhammed b. Ebî Bekr b. Abdilkâdir er-Râzî (ö. 666/1268), **Muhtâru's-Sihâh**, (Thk.: Yusuf Şeyh Muhammed, el-Mektebetü'l-asriyye), Beyrut, 1999.

Sem'ânî, Ebu Sa'id, Abdülkerim b. Muhammed b. Mansur et-Temimî el-Mervezî (ö. 562), **el-Ensâb**, (Thk: Abdurrahman b. Yahya, Meclisü dâirati'l-meârifî'l-Osmâniyye), Haydarabat, 1962.

Samî, Şemseddin, **Kâmûsu'l-a'lâm**, İstanbul, 1306.

Se'âlibî, Ebû Mansûr, Abdulmelik Muhammed b. İsmail (429/1038), **Fıkhu'l- lüğa ve sirru'l- Arabiyye**, Dâru İhyâi't- türâsi'l- Arabî, 2002.

Semerkindî, Ebû'l-Leys İmâmü'l-hüdâ Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrâhîm (ö. 373/983), **Uyûnü'l-mesâil**, (Thk.: Salahaddin en-Nâhî), Matbaatü Es'ad, Bağdad, 1386 h.

Semerkindî, Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed (ö. 539/1144), **Tuhfetü'l-fukahâ**, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, 1994.

Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed (ö. 483/1090), **el-Mebsût**, Dâru'l-marife, Beyrut, 1993.

Şeybânî, Muhammed b. el-Hasen b. Ferkad eş-Şeybânî (ö. 189/805), **el-Asl (el-Mebsût)**, (Thk.: Ebu'l-vefâ el-Afgânî, İdâratü'l-Kur'an ve'l-ulûmi'l-islamiyye), Karaçi, tsz.

Şeybânî, **el-Câmiu's-sağîr**, Alemü'l-kütüb, Beyrut, 1406 h.

Şeyhîzâde, Dâmâd Efendi, Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman (ö. 1078/1667), **Mecme'u'l-enhur şerhu mülteka'l-ebhur**, Daru ihyai't-türâsi'l-Arabî, tsz.

Şürünbülâlî, Ebü'l-İhlâs Hasen b. Ammâr b. Alî el-Vefâî el-Mısrî (ö. 1069/1659), **Merâki'l-felâh şerhu Nûri'l-izâh**, Mektebetü'l-asriyye, 2005.

Tahtâvî, Ahmed b. Muhammed b. İsmâîl ed-Dûkâtî (ö. 1231/1816), **Haşiyetü't-Tahtâvî alâ Meraki'l-felah**, (Thk.: Muhammed Abdühaziz el-Halidî), Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, 1997.

Taş, Süleyman, **Arap Dilinde Tazmin ve Kur'ân-ı Kerim'de Kullanılışı**, (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.

Taşköprizâde, İsâmüddin, Ebü'l-Hayr Ahmed b. Mustafâ (901-956/ 1495-1561), **Miftâhu's-se'âde ve misbâhu's-siyâde fî mevzû'âtı'l-ulûm**, Dâru'l-Kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, 1985.

Taşköprizâde, eş-Şakâ'ıku'n-Nu'mâniye fî ulemai'd-Devleti'l-Osmaniyye, (Neşre hazırlayan: A. Subhi Furat), İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1985.

Taşköprizâde, **Tabakâtu'l-fukahâ**, (Nşr: Hacı Ahmed Nile), Mektebetü'l-merkeziyyetü'l-âimme, (2. Baskı), Musul, 1961.

Taşköprizâde, Kemâleddin Mehmed b. Ahmed (ö. 1030/1621), **Mevzûâtu'l-ulûm, Miftâhu's-sa'âde ve misbâhu's-siyâde**, (Nşr: Ahmed Cevdet), İkdâm Matbaası, İstanbul, 1313.

Taşköprizâde, **Uddetu ashâbi'-bidâyeti ve'n-nihâye fî tecridi mesâilî'l-Hidâye**, mahtut, Millet Kütüphanesi, (34, Ae, Arabi, 580).

Uzunçarşılı, İ. Hakkı, **Büyük Osmanlı Tarihi**, Türk Tarih Kurumu Yayınları.

Yıldırım, Mustafa, **Mecelle'nin Küllî Kaideleri**, İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İzmir, 2012,

Zaher, Alqudah, **es-Siğnâkî'nin “en-Nihaye fî Şerhi'l-Hidâye” Adlı Eserinin Edisyon Kritiği ve Değerlendirilmesi (Taharet ve Namaz)**, (Doktora Tezi), (Danışman: Orhan Çeker), Necmettin Erbakan Üniversitesi, 2015, Konya.

Zebîdî, Murtezâ, **Tâcü'l-arûs fî şerhi'l-Kâmûs**, Matbaatu'l-Hayriyye, Kahire, 1306.

Zehebî, Şemseddin, Ebu Abdillâh Kaymaz (ö. 748/1348), **Tezkîrâtu'l Huffâz**, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, 1998.

Zeyle'î, Fahreddin Osman b. Mihcen el-Bari'î (ö. 743/1342), **Tebyînü'l-hakâyik şerhu Kenzi'd-dekâik**, Bulak, Kahire, 1313 h.

Zeyle'î, Cemaleddin Ebu Muhammed Abdullah b. Yusuf (ö. 762/1361), **Nasbu'r-râye li ehâdîsi'l-Hidâye**, (Thk.: Muhammed Avvâme), Müessesetü'r-reyyân, Beyrut, 1997.

Zeydân, Zeyneddin, **el-Vecîz fî usûli'l-fıkh**, Dersaadet, İstanbul, tsz.

Ziriklî, Hayruddîn (ö. 1396/1976), **el-A'lâm, Kâmusu Terâcîmi li Eşheri'r-Ricâl ve'n-Nisâi mine'l-Arab ve'l-Müsta'ribîn ve'l-Müsteşrikîn**, Dârü'l-İlm li'l-Melâyîn, Beyrut, 2002.

Zübeyrî, Velîd Ahmed, Kaysî, **el-Mevsû'atü'l-müyessera fî terâcîmi eimmeti't-tefsîr ve'l-kurrâi ve'l-lüğa**, Mecelletü'l-Hikme, İngiltere, 2003.

Makale ve Dergiler

Akgündüz, Said Nuri, “Osmanlı’da Ebû Hanîfe Algısına Bir Örnek Olarak Taşköprizâde’nin Mevzûâtü’l-Ulûm’u”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı: 19, 2012, ss. 343-371.

Çaldak, Süleyman, “Taşköprülüzâde’nin Mevzû’âtü’lulûm’undaki İlimler Tasnîfi Üzerine”, **Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 2, Elazığ, 2005, ss. 115-146.

Çeker, Huzeyfe, “Hanefî Mezhebinin Fıkıh Silsileleri (Ebû Hanîfe’den Hicri V1. Asrın Sonuna Kadar)”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sayı, 19, 2012, s. 163-201.

Çelik, Ali, “Tahrîrî Sünnet” **Diyanet İlmi Dergi**, Cilt: 36, Sayı: 2, (2000), ss. 5-36.

Duman, Ali, “Taşköprüzâde Ahmed Efendi ve Mevzu’âtü’l-Ulûm’da Yer Alan Usul ve Fıkıh ile İlgili İlimler”, **Gazi Üniversitesi Çorum İlahiyat Fakültesi Dergisi**, 2004/1, Cilt: 3, sayı: 5, ss. 47-64.

Ençakar, Orhan, “Haneî Fıkıh Literatüründe Gelenek Oluşturan Kayıp Bir Metin: Muhtasarü'l-Kerhî”, **İslâm Araştırmaları Dergisi**, Sayı: 37, İstanbul, 2017, ss. 7-32.

Kayapınar, Hüseyin, “Mergînânî ve eseri *Hidâye*”, **Din Dergisi**, 1986, Cilt: 15, Sayı: 2, ss. 36-41.

Koray, Enver, **Türkiye Tarih Yayınları Bibliyografyası**, MEB. Maarif Basımevi, İstanbul, 1959.

Köse, Mürteza, “Ferganalı Bir Hukukçu Mergînânî ve Hidâye Adlı Eseri”, **AÜTAED**, Sayı: 17, 2001, ss. 345-363.

Mustafa Debbâğ, “en-Nehyü an kafîzi't- tahhân”, **Mecelletü'l-Mîzân**, Cilt: 5, Sayı: 2, 2018, ss. 313-339.

Orazsahet Orazov, “Muhtasar Metinlerin Haneî Literatürü İçindeki Yeri”, **Bülent Ecevit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 1, 2018, ss. 107-122.

Özen, Şükrü, “Metin Tenkidi Üzerine Bazı Tespitler Ve Öneriler”, (İslamî İlimlerde Metodoloji/Usûl Mes'elesi), **Tartışmalı İlmi İhtisas Toplantıları-II**, İstanbul, 2009, ss. 446-470.

Taş, Süleyman, “Tazmin Üslubu ve Kur'ân-ı Kerim'deki İşlevleri”, **Diyanet İlmi Dergi**, Cilt: 52, Sayı: 3, Ankara, 2016. ss. 51-68.

Yurdaydın, Hüseyin Gazi, “Bostan'ın Süleymannâmesi” **TTK Yayınları, Belleten**, ss. 137-202.

İnternet Kaynakları

<https://www.azbibak.com/istanbul-bogazinin-donmasi-1621/>, (30.11. 2019).

<https://www.dersimiz.com/terimler-sozlugu/biyobibliyografya-bio-bibliography-nedir-ne-demek-42804>, (29.11.2019).

<http://www.ehlisunnetbuyukleri.com/Islam-Alimleri-Ansiklopedisi/Detay/taskopru-zade-kemaleddin-efendi/3702>, (16. 11. 2019).

<https://www.turkcebilgi.com/%C5%9Fehname>, (16.11.2019).

<https://www.turkedebyati.org/mahlas-nedir-mahlas-alma-gelenegi/>, (17. 11.2019).

<http://www.yazmalar.gov.tr>, (10.10.2019).

EK

TAŞKÖPRİZÂDE KEMALEDDİN EFENDİ'NİN
"UDDETÜ ASHÂBİ'L-BİDÂYETİ VE'N-NİHÂYE" ADLI
ESERİNİN TAHKİKİLİ METNİ

عُدَّة

أَصْحَابُ الْبِدَايَةِ وَالنِّهَايَةِ

فِي تَجَرِيدِ مَسَائِلِ الْهَدَايَةِ

تأليف الفقير إلى عفو ربه الصمد:

كمال الدين بن محمد بن أحمد المشتهر بين الوري بـ "طاشكوبري زاده"

(المتوفى سنة ١٠٣٠ هـ.)

جعلهما ربهما من الفائزين بالحسنى وزيادة، آمين يا معين

[التحقيق والتعليق]

١٨	مقدّمة
٢٢	كتاب الطهارة
٢٣	فصل في نواقض الوضوء
٢٣	فصل في الغُسل
٢٤	باب الماء الذي يجوز به الوضوء
٢٦	فصل في البِئْر
٢٧	فصل في الأسَّار وغيرها
٢٨	باب التيمّم
٣٠	باب المسح على الخفّين
٣١	باب الحيض والاستحاضة
٣٢	فصل [في المعذور]
٣٣	فصل في النفاس
٣٣	باب الأنجاس وتطهيرها
٣٥	فصل في الاستنجاء
٣٥	كتاب الصلاة
٣٥	باب المواقيت
٣٦	فصل [في الأوقات المستحبّة]
٣٦	فصل في الأوقات التي تكره فيها الصّلاة
٣٧	باب الأذان
٣٩	باب شروط الصلاة الّتي تتقدمها
٤٠	باب صفة الصلاة
٤٤	فصل في القراءة
٤٥	باب الإمامة
٤٧	باب الحدث في الصلاة

٤٨	باب ما يفسد الصلاة وما يُكره فيها
٤٩	فصل [في مكروهات الصلاة]
٥١	فصل
٥١	باب صلاة الوتر
٥٢	باب التَّوافل
٥٣	فصل
٥٤	فصل في قيام رمضان
٥٥	باب إدراك الفريضة
٥٦	باب قضاء الفوائت
٥٧	باب سجود السهو
٥٩	باب صلاة المريض
٦٠	باب سجود التلاوة
٦١	باب صلاة المسافر
٦٣	باب الجمعة
٦٥	باب العيدين
٦٥	فصل في تكبيرات التشريق
٦٦	باب صلاة الكسوف
٦٦	باب الاستسقاء
٦٧	باب صلاة الخوف
٦٧	باب الجنائز
٦٧	فصل في الغسل
٦٨	فصل في التكفين
٦٨	فصل في الصلاة على الميّت
٧٠	فصل في حمل الجنازة
٧٠	فصل في الدفن
٧٠	باب الشهيد

٧١	باب الصلاة في الكعبة
٧١	كتاب الزكاة
٧٢	باب صدقة السوائم
٧٢	فصل في الإبل
٧٣	فصل في البقر
٧٤	فصل في الغنم
٧٤	فصل في الخيل
٧٤	فصل
٧٦	باب زكاة المال
٧٦	فصل في الفضة
٧٦	فصل في الذهب
٧٦	فصل في العروض
٧٧	باب فيمن يمرّ على العاشر بمال
٧٨	باب المعادن والركاز
٧٩	باب الزروع والثمار
٨١	باب من يجوز دفع الصدقة إليه ومن لايجوز
٨٣	باب صدقة الفطر
٨٤	فصل في مقدار الواجب ووقته
٨٥	كتاب الصوم
٨٦	فصل [في يوم الشك]
٨٩	باب ما يوجب القضاء والكفارة
٩٢	فصل [في المريض]
٩٦	فصل فيما يوجب على نفسه
٩٦	باب الاعتكاف
٩٨	كتاب الحجّ
٩٩	فصل [في المواقيت]

١٠٠	باب الإحرام
١٠٩	فصل
١١٠	باب القرآن
١١١	باب التمتع
١١٤	باب الجنائيات
١١٧	فصل
١١٨	فصل
١٢١	فصل
١٢٦	باب مجاوزة الوقت بغير إحرام
١٢٧	باب إضافة الإحرام إلى الإحرام
١٢٨	باب الإحصار
١٢٩	باب الفوات
١٣٠	باب الحجّ عن الغير
١٣١	باب الهدى
١٣٣	مسائل متفرقة
١٣٣	كتاب النكاح
١٣٤	فصل في بيان المحرّمات
١٣٩	باب الأولياء والأكفاء
١٤٢	فصل في الكفاءة
١٤٣	فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها
١٤٤	باب المهر
١٥٢	فصل
١٥٢	باب نكاح الرقيق
١٥٥	باب نكاح أهل الشرك
١٥٦	باب القسم

١٥٧	كتاب الرضاع
١٥٩	كتاب الطلاق
١٦١	فصل
١٦٢	باب إيقاع الطلاق
١٦٥	فصل في إضافة الطلاق إلى الرّمان
١٦٦	فصل
١٦٧	فصل في تشبيه الطلاق ووصفه
١٦٨	فصل في الطلاق قبل الدخول
١٧٠	باب تفويض الطلاق
١٧٠	فصل في الاختيار
١٧١	فصل في الأمر باليد
١٧٢	فصل في المشيئة
١٧٤	باب الأيمان في الطلاق
١٧٨	فصل في الاستثناء
١٧٨	باب طلاق المريض
١٨١	باب الرجعة
١٨٣	فصل فيما تحلّ به المطلقة
١٨٤	باب الإيلاء
١٨٦	باب الخلع
١٩٠	باب الظّهار
١٩١	فصل في الكفارة
١٩٣	باب اللّعان
١٩٥	باب العنّين وغيره
١٩٧	باب العدّة
٢٠٠	فصل
٢٠١	باب ثبوت النسب

٢٠٣	باب الولد من أحقّ به [الحضانة]
٢٠٥	فصل
٢٠٥	باب النفقة
٢٠٨	فصل
٢٠٩	فصل [في نفقة المطلّقة]
٢٠٩	فصل [في نفقة الأولاد الصغار]
٢١٠	فصل [في نفقة الأقارب]
٢١١	فصل
٢١٢	كتاب العتاق
٢١٤	فصل
٢١٥	باب العبد الذي يعتق بعضه
٢١٦	باب عتق أحد العبدین
٢١٨	باب الحلف بالعتق
٢١٨	باب العتق على جُعل
٢٢٠	مسائل منثورة
٢٢٠	باب التدبير
٢٢١	باب الاستيلاء
٢٢٤	كتاب الأيمان
٢٢٤	باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا
٢٢٥	فصل في الكفارة
٢٢٦	باب اليمين في الدخول والسكنى
٢٢٧	باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك
٢٢٨	باب اليمين في الأكل والشرب
٢٣١	باب اليمين في الكلام
٢٣٢	فصل

٢٣٢	باب اليمين في العتق والطلاق
٢٣٣	باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك
٢٣٥	باب اليمين في الحج والصلاة والصوم
٢٣٥	باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك
٢٣٦	باب اليمين في الضرب والقتل وغيره
٢٣٦	باب اليمين في تقاضى الدراهم
٢٣٦	مسائل متفرقة
٢٣٨	كتاب الحدود
٢٣٨	فصل في كيفية الحد وإقامته
٢٤٠	باب الوطئ الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه
٢٤٢	باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها
٢٤٤	باب حد الشرب
٢٤٥	باب حد القذف
٢٤٧	فصل في التعزير
٢٤٨	كتاب السرقة
٢٤٩	باب ما يقطع فيه وما لا يقطع
٢٥٠	فصل في الحرز والأخذ منه
٢٥٢	فصل في كيفية القطع وإثباته
٢٥٤	باب ما يحدث السارق في السرقة
٢٥٤	باب قطع الطريق
٢٥٥	كتاب السير
٢٥٦	باب كيفية القتال
٢٥٧	باب المواعدة ومن يجوز أمانه
٢٥٨	فصل

٢٥٨	باب الغنائم وقسمتها
٢٦٠	فصل في كيفية القسمة
٢٦٢	فصل في التنفيل
٢٦٢	باب استيلاء الكفار
٢٦٣	باب المستأمن
٢٦٤	فصل
٢٦٦	باب العشر والخراج
٢٦٧	باب الجزية
٢٦٩	فصل [في بعض أحكام الذمي]
٢٧٠	فصل [في بني تغلب]
٢٧١	باب أحكام المرتدين
٢٧٤	فروع
٢٧٥	باب البغاة
٢٧٧	كتاب اللقيط
٢٧٨	كتاب اللقطة
٢٨٠	كتاب الآبق
٢٨١	كتاب المفقود
٢٨٣	كتاب الشركة
٢٨٤	فرع
٢٨٥	فصل
٢٨٧	فصل في الشركة الفاسدة
٢٨٨	فصل
٢٨٩	كتاب الوقف
٢٩٢	فصل
٢٩٣	فروع

٢٩٣	الفصل الأول: في المتولي
٢٩٥	الفصل الثاني: في الموقوف عليه
٢٩٩	كتاب البيوع
٣٠١	فصل
٣٠٣	باب خيار الشرط
٣٠٥	باب خيار الرؤية
٣٠٧	باب خيار العيب
٣١٢	باب البيع الفاسد
٣١٦	فروع
٣١٧	فروع
٣١٨	فصل في أحكامه
٣١٩	فصل فيما يكره
٣١٩	نوع منه
٣١٩	فصل في البيع الجائز الذي يسمى بيع الوفاء
٣٢١	باب الإقالة
٣٢٣	باب المراجعة والتولية
٣٢٣	فروع
٣٢٥	فصل في مسائل متفرقة
٣٢٦	تذييل [في بيع العينة المعبر عنها بالمعاملة الشرعية]
٣٢٧	باب الربا
٣٣٠	باب الحقوق
٣٣١	باب الاستحقاق
٣٣١	فروع من شرح العلامة ابن الهمام
٣٣٢	فصل في بيع الفضولي
٣٣٣	باب السلم
٣٣٧	مسائل منثورة [١٨٣ و]

٣٣٩	كتاب الصرف
٣٤٢	كتاب الكفالة
٣٤٦	فصل في الضمان
٣٤٧	باب كفالة الرجلين
٣٤٧	باب كفالة العبد وعنه
٣٤٨	كتاب الحوالة
٣٤٩	كتاب أدب القاضي
٣٥١	فصل في الحبس
٣٥١	باب كتاب القاضي إلى القاضي
٣٥٢	فصل آخر
٣٥٤	باب التحكيم
٣٥٥	مسائل شتى من كتاب القضاء
٣٥٦	فصل في القضايا بالمواريث
٣٥٨	فصل
٣٥٨	كتاب الشهادات
٣٦٠	فصل
٣٦١	باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل
٣٦٥	باب الإختلاف في الشهادة
٣٦٦	فصل في الشهادة على الإرث
٣٦٦	باب الشهادة على الشهادة
٣٦٧	فصل
٣٦٨	كتاب الرجوع عن الشهادة
٣٦٩	كتاب الوكالة
٣٧١	باب الوكالة بالبيع والشري

٣٧١	فصل في الشري
٣٧٥	فصل في التوكيل بشري نفس العبد
٣٧٥	فصل في البيع
٣٧٧	فصل
٣٧٨	باب الوكالة بالخصومة والقبض
٣٧٩	باب عزل الوكيل
٣٨٠	كتاب الدعوى
٣٨١	باب اليمين
٣٨٣	فصل في كيفية اليمين والاستحلاف
٣٨٤	باب التحالف
٣٨٧	فصل فيمن لا يكون خصما
٣٨٨	باب ما يدّعيه الرجلان
٣٩٠	فصل في التنازع بالأيدي
٣٩١	باب دعوى النسب
٣٩٣	المسائل المنثورة من كتاب الدعوى
٣٩٣	كتاب الإقرار
٣٩٦	فصل
٣٩٦	باب الاستثناء وما في معناه
٣٩٩	باب إقرار المريض
٣٩٩	فصل
٤٠٠	كتاب الصلح
٤٠١	فصل
٤٠٢	باب التبرع بالصلح والتوكيل به
٤٠٣	باب الصلح في الدين
٤٠٣	فصل في الدين المشترك

٤٠٤	فصل في التخارج
٤٠٥	كتاب المضاربة
٤٠٨	باب المضارب يضارب
٤٠٩	فصل
٤٠٩	فصل في العزل والقسمة
٤١٠	فصل فيما يفعله المضارب
٤١١	فصل آخر
٤١٢	فصل في الاختلاف
٤١٢	كتاب الوديعة
٤١٦	كتاب العارية
٤١٨	كتاب الهبة
٤٢٠	باب الرجوع في الهبة
٤٢١	فصل
٤٢٢	فصل في الصدقة
٤٢٣	كتاب الإجازات
٤٢٣	باب الأجر متى يستحقّ
٤٢٥	فصل
٤٢٥	باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها
٤٢٧	باب الإجارة الفاسدة
٤٣٠	باب ضمان الأجير
٤٣١	باب الإجارة على أحد الشرطين
٤٣١	باب إجارة العبد
٤٣٢	باب فسخ الإجارة
٤٣٤	مسائل منثورة
٤٣٥	كتاب المكاتب

٤٣٦	فصل في المكاتب الفاسدة
٤٣٧	باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله
٤٣٨	فصل
٤٣٩	فصل
٤٣٩	باب من يكتب عن العبد
٤٤٠	باب كتابة العبد المشترك
٤٤١	باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى
٤٤٢	كتاب الولاء
٤٤٤	فصل في ولاء الموالة
٤٤٥	كتاب الإكراه
٤٤٦	فصل
٤٤٨	كتاب الحجر
٤٤٨	باب الحجر للفساد
٤٥٠	فصل في حد البلوغ
٤٥٠	باب الحجر بسبب الدين
٤٥٢	كتاب المأذون
٤٥٦	فصل
٤٥٧	كتاب الغصب
٤٥٩	فصل فيما يتغير بعمل الغاصب
٤٦١	فصل
٤٦٣	فصل في غصب ما لا يتقوم
٤٦٥	كتاب الشفعة
٤٦٦	باب طلب الشفعة والخصومة فيها
٤٦٨	فصل في الاختلاف

٤٦٩	فصل فيما يؤخذ به المشفوع
٤٦٩	فصل
٤٧٠	باب ما تجب فيه الشفعة وما لا يجب
٤٧٢	فصل
٤٧٦	فصل فيما يقسم وما لا يقسم
٤٧٧	فصل في كيفية القسمة
٤٧٨	باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها
٤٧٩	فصل
٤٨٠	فصل في المهياة
٤٨١	كتاب المزارعة
٤٨٤	كتاب المساقاة
٤٨٦	كتاب الذبائح
٤٨٩	فصل فيما يحلّ أكله وما لا يحلّ
٤٩١	كتاب الأضحية
٤٩٥	كتاب الكراهية
٤٩٧	فصل في اللُّبس
٤٩٨	فصل في الوطيء والنظر والمسّ
٥٠١	فصل في الاستبراء وغيره
٥٠٣	فصل في البيع
٥٠٦	مسائل متفرقة
٥٠٨	كتاب إحياء الموات
٥١٠	فصول في مسائل الشرب
٥١٠	فصل في المياه
٥١٢	فصل في كرى الأنهار
٥١٢	فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

٥١٤	كتاب الأثرية
٥١٧	فصل في طبخ العصير
٥١٨	كتاب الصيد
٥١٨	فصل في الجوارح
٥٢٠	فصل في الرمي
٥٢٤	كتاب الرهن
٥٢٦	باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز
٥٢٩	فصل
٥٣٠	باب الرهن يوضع على يد العدل
٥٣١	باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنائته على غيره
٥٣٥	فصل
٥٣٧	كتاب الجنائيات
٥٣٨	باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب
٥٤٠	فصل
٥٤١	باب القصاص فيما دون النفس
٥٤٢	فصل
٥٤٣	فصل
٥٤٥	باب الشهادة في القتل
٥٤٦	باب في اعتبار حالة القتل
٥٤٧	كتاب الديات
٥٤٨	فصل فيما دون النفس
٥٤٩	فصل في الشجاج
٥٥٠	فصل
٥٥٣	فصل في الجنين
٥٥٣	باب ما يُحدث الرجل في الطريق

٥٥٦	فصل في الحائط المائل
٥٥٧	باب جناية البهيمه والجناية عليها
٥٥٩	باب جناية المملوك والجناية عليه
٥٦٢	فصل
٥٦٣	فصل في جناية المدبر وأمّ الولد
٥٦٣	باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية عليه
٥٦٤	باب القسامة
٥٦٨	كتاب المعاقل
٥٧٤	باب الوصية بثلث المال
٥٧٨	فصل في اعتبار حالة الوصية
٥٧٨	باب العتق في المرض
٥٨٠	فصل
٥٨٠	باب الوصية للأقارب وغيرهم
٥٨٣	باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة
٥٨٤	باب وصية الذمي
٥٨٥	باب الوصي وما يملكه
٥٨٩	فصل
٥٩١	فصل في الشهادة
٥٩٢	كتاب الخنثى
٥٩٢	فصل في بيانه
٥٩٢	فصل في أحكامه
٥٩٤	مسائل شتى
٥٩٦	المصادر والمراجع

مقدمة

واعلم أنّ كتابي هذا ينفرد بخواصّ عديدة وفوائدٍ جديدةٍ بعضُها مذكور في ديباجته وبعضها لم يذكر: فالأولى: أنّي جرّدت المسائل عن أدلّتها واقتصرت على ذكر المسائل إلّا ما ندر أو تعرّس تجريده أو تعذّر. والثانية: أنّ كثيرا من المسائل أوردتها صاحب الهداية في غير محلّها بنوع من المناسبة أو في ضمن الأدلّة بالقياس والتنظير، وأنا أوردتُ جميعها في محلّها من الكتاب المناسب لها، وأشرت إلى أنّها في أيّ محلٍّ أُورد في الهداية ليسهل المراجعة إليها عند الحاجة.

والثالثة: أنّ صاحب الهداية كلّما قال في مسألة: "هو الصحيح" احتراز عما فيها من القول المرجوح، فأنا بيّنت ذلك القول المرجوح الذي احترز عنه.

والرابعة: أنّه يشير في بعض المواضع إلى مسألة ولا يوضحها، وأنا التزمت أن أذكرها بتصويرها وتوضيحها. والخامسة: أنّه إذا وقع في المسائل عبارة يُحتاج إلى بيان معناها اللغويّ أو كلامٌ يحتاج إلى التفسير والتوجيه فأنا أفسّرها وأورد من الكلمات التي ذكرها الشّراح في توجيه ما هو أولى وأوفق للمقام، بعضها في نفس الكتاب وبعضها في الهامش.

والسادسة: أنّي أوردت من الشروح نبذاً من المسائل المهمّة التي أهملها المصنف وأوردتها بعض الشّراح وأصرّح باسم الكتاب التي نقلتها عنه تكثيراً للنفع والفائدة.

والسابعة: أنّي أوردت نبذاً من المسائل المهمّة التي ذكرها العلامة ابن الهمام في الفروع من شرحه لمساس الحاجة إليها، وطرحت أكثرها خوفاً من الإطناب والإسهاب.

والثامنة: أنّي جمعت المسائل المتعلّقة بتصرفات الأب والوصيّ وأوردتها في فصل على حدة تيسيراً للمراجعة إليها.

والتاسعة: أنّ عدّة المرأة الممتدّ طهرها لم يذكر صاحب الهداية فيها تفصيلاً، وإنما أشار إليها في كتاب الطلاق إجمالاً، وأنا ذكرت فيها بعضها من المسائل المهمّة.

والعاشرة: أن صاحب الهداية لم يذكر بعضاً من مصارف بيت المال، ووقع بين كلامي المحيط البرهاني ومبسوط الإمام السرخسيّ مخالفةً في بيان المصارف يحتاج إلى التوفيق وأنا بحمده تعالى وفقت بين كلامهما وفصّلت في ذاك تفصيلاً لطيفاً، فالجموع من الفوائد النافعة الشاملة يكون عشرة كاملة.

والحمد لله الذي هداني لهذه النعمة الجليلة، وله الشكر على آلائه الجزيلة.^١

^١ هذه المقدمة لا توجد في نسخ الكتاب إلّا في نسخة "ن".

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي أرشدنا إلى طرق الهداية بسابق عنايته، وأوضح لنا مسالك الشرع القويم بساطع لطفه، الذي لا يُدرك مدى بدايته ونهايته، وأثبت شجرة الفقه من رياض صدور العلماء المجتهدين، المجاهدين في إقامة دعائم^٢ الملة والدين، وأثبت لها باجتهدهم أصولاً محكمة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وفرّع منها باستنباطهم فروعاً من المسائل المتعلقة بالعبادات وسائر معاملات الناس، ليرتفع بها الفساد في الأرض بين العباد، ويحصل نظام العالم وتتم مصالح المبدأ والمعاد.

والصلاة والسلام الأثنان الأكملان، على سيّدنا ومولانا محمدٍ سيّد ولد عدنان، الذي جاء من الله تعالى بكتابٍ مُعجزٍ كريم أفحّم ببلاغته مصافح الخطباء من مهرة قحطان، ويّين فيه شعائر الشرائع بمحكم التبيان، مصوناً عن النسخ والتبديل مدى الدهور والأزمان، وعلى آله وأصحابه الذين كانوا كلهم كالتنجوم الزاهرة، فمن اقتدى بهم اهتدى إلى العلوم الفاخرة، الموصلة إلى سعادة الدنيا والآخرة. وبعد، فيقول الفقير إلى الحَيِّ الصمد، كمال الدين مُحمّد بن أحمد، المشتهر بين الوري "طاشكُزَي زاده" جعل الله لباس التّقوى في سفر العقبي دُرّوعه، والفقه في الدنيا زاده :

لما كان علم الفقه من أجلّ العلوم قدراً وأشرفها وأعلاها درجةً وأعظمها؛ إذ به تُدرك أحكام الشرع الشريف، ويُعرف أنواع ما ابتلي به العباد من التكاليف، وبه تنوط جميع العبادات، وعليه تبتى الصّحّة والفساد^١ [و] في سائر المعاملات والعبادات التي يحتاج إليها نوع الإنسان لما خلقه الله تعالى بالطبع مدنيّاً، وجعل كل فرد من أفراد محتاجاً إلى الآخر ولم يجعله عن غيره غنياً، ولهذا المصلحة العظيمة الدينيّة اجتهد فيها العلماء خصوصاً الأئمة الحنفية، حيث صنفوا كتباً نفيسة جامعة لمهمات المسائل، وجعلوا بعضها مدللاً وبعضها عريّاً عن الدلائل، ولما كان كتاب الهداية أعظم ما صنف في هذا العلم من الكتب النفيسة وأعلاها وأنفعها وأجمعها للمسائل المهمّة وأعلاها مع تحقيق وتدقيق في إيراد الدلائل، وحسن تحريرٍ ومزجٍ بين الأدلة والمسائل، وتعيين ما هو أرجح من بين الأقوال وأقوى، وتبيين ما هو المختار منها للفتوى، رغب العلماء الأعلام في مطالعته ومدارسته ومذاكرته، وهو في الحقيقة حقيق لأن يُرغب فيه بل يُحفظ جميع مسائله من قوادمه الى حوافيه^٣، لكن لما كان كثير من المسائل المهمّة مذكورة في ضمن الدلائل بالتنظير والقياس، وصار بسبب عدم إيرادها في موضعها مظنةً الاشتباه والالتباس، كان^٤ يخطر ببالي في أوان مدارستي واشتغالي أن أجمع جميع ما فيه من المسائل وأجردها عن الدلائل وأن أقيّد ما أورده في غير موضعها في محلّها المختصّ بها وأشير إلى أنّها في أيّ موضع ذُكرت، وفي أيّ كتاب وباب أُوردت، ليكون كتاباً جامعاً صغيراً حجماً وسفراً لطيفاً كثيراً نفعه، ويوجد جميع المسائل في محلّها، عند مساس الحاجة إلى المراجعة إليها، ويكون مقبولاً لدى العلماء الأعلام،

^٢ ل ن: دعائم.

^٣ م ن س: خوافيه.

^٤ جواب لما.

ومتداولاً بين يديّ القضاة والحكّام، ولكن عاقني عن المباشرة لهذا الأمر الخطير عوائق، وألّمني عنها ما اعتراضي من المشاغل والعلائق، حيث ابْتُئِلْتُ أحياناً بأمر القضاء وتارةً بأنواع النوائب، وتارةً صَدَّنِي عنها ما رماني به زماني من سهام المصائب، إلى أن ضَعُفَت القوى، واشتعل الرأس شيباً، وأدركتُ عصراً يُعَدُّون فيه / [١٧] الفضائل عيباً، ثُمَّ لَمَّا شَرَّفَ اللهُ تعالى هذا الزَّمانَ السَّعيد، بعد مُضَيِّ أَمَدٍ بعيدٍ، بظهور مَنْ جَدَّدَ بُنيانَ العلوم بعد اندراسها، وشيَّد أركان الدولة العليَّة بإصلاحها ودفع بأسها ورَوَّج سوق الفضائل بعد أن شاع فيه الكساد، وثَمَّرَ عن ساق الاجتهاد، في دفع ما ظهر في البر والبحر من الفَساد، ألا وهو السُّلطانُ العظيم الشأن، والخافان الباهر البرهان، مالك ممالك الأرض، من المَشَارِق إلى المغرب، المؤيَّد في الفتوحات والمغازي بنصر الله العزيز وجنده الغالب، مُرَغِّمُ أنوف القياصرة والأكاسرة، ومُذَلِّلُ أعداء الدِّين من الفئة الرافضة الخاسرة، ومُبيدُ سائر الكفرة الفجرة الخناسرة،^٥ حامي بلادِ الله، وناصرُ عباد الله، ثمرة الشجرة المباركة العثمانية التي أصلها ثابت وفرعها في السماء، وبإجراء منار الشريعة يزداد لها كلَّ يوم بهاءً ونماءً، السُّلطانُ أحمد خان ابنُ السُّلطان محمد خان ابن السُّلطان مراد خان ابن السُّلطان سليم خان ابن السُّلطان سليمان خان، أيَّد اللهُ تعالى دولته القاهرة، وأيَّده بأنواع أياديه الزاهرة، الَّذي في حقِّه جديرٌ أن يقال بلسان الحال والمقال:

ألا ذاك سلطان الزمان وغوثه يقيم أمور الملك بالقهر والحلم
هو البدر في أفق العدالة نوره يضيء ويُنجي الخلق من ظلم الظلم
بذول لإصلاح الرعية جُهدَه عطوف لأصحاب الفضائل والعلم
لقد سحَّر الدنيا بحسن سياسةٍ فبالحرب أحياناً وآخر باليسلم

وأما حاله في اللطف والكرم، والجود وعلوِّ المهمل، فقد أنسى أدنى جوده حاتماً ومَعَنَ بن زائدة، وله صلات واصلات إلى الخلق من غير ملاحظة نفعٍ وعائدة، رَفَّى العلماء والألبياء إلى أعلى المراتب والمراقي، وأحياهم بأنواع الأيادي بعد ما بلغت روحهم من الضيق التراقي، / [١٨] أنام الأنام تحت ظله الوارف،^٦ وبلغهم من مراتب المحمد والسُّؤدد إلى كلِّ تاليدٍ وطارفٍ،^٧ خصوصاً هذا الفقير المعترف بكمال التقصير، والمغترب من بحار فضله الغزير، فإنه أحياني بما حباني من العناية السنية، ورَفَّاني بطوِّله وإحسانه إلى المناصب العليَّة، ولَمَّا شاهدت ما صدر من جنابه في حقِّ العلماء من الإمداد والنصر، حمدت الله تعالى على أن جعلني ممَّن أدرك هذا العصر، وتيقَّنت أن بضاعتي المزجاة في زمن دولته رائجة راجئة، وأن قوافل هم الطالبين نحو كسبها غادية راثية، فانبعث من ذات نفسي شوقٌ إلى إظهار ما كان في خاطري مضمراً وكامناً، وميلاً إلى جمع تلك المسائل التي قد كان طبعي بجمعها وترتيبها ضامناً، ليكون هديَّةً إلى جنابه العالي، من هذا الفقير أقلِّ موالي الموالي، فباشرت فيه مع قلة البضاعة، واعتراضي بعدم مهارتي في هذه الصِّناعة، فإنَّها بحرٌ لا تضاهيه البحار الزاخرة، ولا يمكن لأحدٍ أن يدرك ساحله، أو يلتقط ما في قعره من الدرر الفاخرة، فكتبتُ نفس المسائل مجرَّدةً عن الدلائل إلا ما نَدَرَ بأن كان في التجريد صعوبةً أو تعدُّر، وقَيَّدْتُ بعض المسائل الَّتِي لم تُذكر في موضعها في محلِّها المختصِّ بها، وأوردت أحياناً تَبْدأً يسيراً من الشرح في بعض المواضع التي

^٥ الخناسرة أهل الخيانة وتجيء بمعنى اللغام، وكلا المعنيين يناسب المقام، من م.

^٦ أي المتسع، من ل.

^٧ أي القديم والجديد، من ل.

تحتاج اليه في حلّها، وبعضاً في المسائل المذكورة فيها التي تمسُّ الحاجة الى بيانها وإيرادها، وسميَّته بِـ "عدَّة أصحاب البداية والنهاية في تجريد مسائل الهداية".^٨

وأرجو من الله تعالى أن يوفِّقني للإتمام، ويجعل آخره مسكّي الختام، كما شَرَّف أوَّلَه بذكر اسم حضرة من هو وليّ الإنعام، السلطان الأعظم الذي بسط موائد فوائده برِّه وإحسانه في بساط الأرض لكلِّ خاصٍّ وعامٍّ، فإن وقع في جنبه العالي موقع القبول فهو غاية المنى ونهاية المسئول، وها أنا أشرع في المقصود متوكِّلاً على الملك المعبود.



^٨ هكذا ذكر اسم الكتاب في جميع النسخ إلّا في س، فإن المذكور هناك لفظ "أرباب" بدل "أصحاب"، ولكن يظهر في محله تحريش، وأيضاً لفظ "سميته" ساقط فيها.

كتاب الطهارة

قال الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ...﴾ الآية^{٨٠٧} / [٢ظ]
ففرض الطهارة غَسْلُ الأَعْضَاءِ الثلاثة ومَسْحُ الرَّأْسِ. وَخُذَ الْوَجْهَ مِنْ قُصَاصِ الشَّعْرِ إِلَى أَسْفَلِ الدَّقْنِ وَإِلَى شَحْمَتِي الْأُذُنِ. وَالْمِرْفَقَانِ وَالْكَعْبَانِ يَدْخُلَانِ فِي الْغَسْلِ عِنْدَنَا، خِلَافاً لِلزُّفَرِ. وَالْكَعْبُ هُوَ الْعِظَمُ النَّاتِي^{٨٠٨} هُوَ الصَّحِيحُ، وَهَذَا احْتِرَازٌ عَمَّا رَوَاهُ هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَالَ: هُوَ الْمَفْصَلُ الَّذِي فِي وَسْطِ الْقَدَمِ عِنْدَ مَعْقَدِ الشَّرَاكِ، كَذَا فِي الْعِنَايَةِ.

والمفروض في مسح الرأس مقدار الناصية وهو ربع الرأس، لما روى المغيرة أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَتَى سُبَاطَةَ^{٨٠٩} قَوْمٍ فَبَالَ وَتَوَضَّأَ وَمَسَحَ عَلَى نَاصِيَتِهِ وَخَقَّيْهِ^{٨١٠} وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ثَلَاثُ شَعْرَاتٍ، وَعِنْدَ مَالِكٍ الْإِسْتِيعَابُ شَرْطٌ، وَفِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ قَدَّرَهُ أَصْحَابُنَا بِثَلَاثِ أَصَابِعِ الْيَدِ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ مَا هُوَ الْأَصْلُ فِي آلَةِ الْمَسْحِ.

وَسَنَّ الطَّهَارَةَ غَسْلَ الْيَدَيْنِ قَبْلَ إِدْخَالِهَا الْإِنَاءَ إِذَا اسْتَيْظَ الْمَتَوَضَّئُ مِنْ نَوْمِهِ. وَهَذَا الْغَسْلُ إِلَى الرُّشْغِ، لَوْ قَوَّعَ الْكُفَايَةُ بِهِ فِي التَّنْظِيفِ، وَتَسْمِيَةُ اللَّهِ تَعَالَى فِي ابْتِدَاءِ الْوُضُوءِ. وَالْأَصْحُحُّ أَنَّهَا مُسْتَحَبَّةٌ وَإِنْ سَمَّاهَا فِي الْكِتَابِ سُنَّةً. نَسِيَ التَّسْمِيَةَ فَذَكَرَهَا فِي خِلَالِ الْوُضُوءِ فَسَمَّى لَا تَحْصِلُ السُّنَّةُ. وَيَسْتَيُّ قَبْلَ الْإِسْتِنْجَاءِ وَبَعْدَهُ هُوَ الصَّحِيحُ احْتِرَازٌ عَمَّا قِيلَ قَبْلَهُ فَقَطْ وَعَمَّا قِيلَ بَعْدَهُ فَقَطْ، كَذَا فِي فَتْحِ الْقَدِيرِ. وَالسَّوَاكُ وَعِنْدَ فَقْدِهِ يُعَالَجُ بِالإِصْبَعِ، وَالْمُضْمَضَةُ وَالْإِسْتِنْشَاقُ. وَكَيْفِيَّتُهُ أَنْ يَمْضِضَ ثَلَاثًا يَأْخُذُ لِكُلِّ مَرَّةٍ مَاءً جَدِيداً ثُمَّ يَسْتَنْشِقُ كَذَلِكَ، هُوَ الْحَكِيُّ مِنْ وَضُوئِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، وَمَسَحَ الْأُذُنَيْنِ وَهُوَ سُنَّةٌ بِمَاءِ الرَّأْسِ عِنْدَنَا خِلَافاً لِلشَّافِعِيِّ، وَتَخْلِيلُ اللَّحْيَةِ، وَقِيلَ هُوَ سُنَّةٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَتَخْلِيلُ الْأَصَابِعِ، وَتَكَرَّرَ الْغَسْلُ إِلَى الثَّلَاثِ.

وَيَسْتَحَبُّ لِلْمَتَوَضَّئِ أَنْ يَنْوِيَ الطَّهَارَةَ، فَالْيَتِيَّةُ فِي الْوُضُوءِ سُنَّةٌ عِنْدَنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ فَرَضٌ، وَفِي التَّيْمُمِ فَرَضٌ عِنْدَنَا أَيْضاً، وَيَسْتَوْعِبُ رَأْسَهُ بِالْمَسْحِ وَهُوَ سُنَّةٌ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: السُّنَّةُ التَّثْلِيثُ بِمِيَاهٍ مُخْتَلِفَةٍ اعْتِبَاراً بِالْمَغْسُولِ. وَنَحْنُ نَقُولُ: مَا زُوِيَ مِنَ التَّثْلِيثِ مَحْمُولٌ عَلَيْهِ بِمَاءٍ وَاحِدٍ وَهُوَ مَشْرُوعٌ / [٣و] عَلَى مَا زُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَيَرْتَّبُ الْوُضُوءَ فَيَبْدَأُ بِمَا بَدَأَ اللَّهُ تَعَالَى بِذِكْرِهِ وَبِالْيَمَانِ. وَالتَّارِيبُ فِي الْوُضُوءِ سُنَّةٌ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ فَرَضٌ، وَالبداية من الميامن فضيلة، أي مُسْتَحَبَّةٌ.

تَمْتَةُ: شَكَّ فِي بَعْضِ وَضُوئِهِ قَبْلَ الْفَرَاغِ فَعَلَّ مَا شَكَّ فِيهِ إِنْ كَانَ أَوَّلَ شَكٍّ وَإِلَّا فَلَا عَلَيْهِ، وَإِنْ شَكَّ بَعْدَهُ فَلَا مَطْلَقاً، كَذَا فِي فَتْحِ الْقَدِيرِ.

^{٨٠٧} مائدة، ٦/٤

^{٨٠٨} فِي جَمِيعِ النُّسخِ "النَّاتِي" بِالْيَاءِ، وَالصَّوَابُ النَّاتِي بِالْهَمْزَةِ. | قَالَ الْعَيْنِيُّ: وَمَعْنَاهُ الْمَرْتَفَعُ عِنْدَ مُلْتَقَى السَّاقِ وَالْقَدَمِ. وَقَالَ الزَّجَّاجُ: الْكَعْبَانِ الْعِظْمَانِ النَّاتِيَانِ فِي آخِرِ السَّاقِ مَعَ الْقَدَمِ. "الْبَنَاءُ شَرْحُ الْهُدَايَةِ لِلْعَيْنِيِّ، ١٦٤/١.

^{٨٠٩} هِيَ الْمَزِيلَةُ وَالْكَنَاسَةُ تَكُونُ بِنَاءَ الدَّوَرِ مَرْفُوعاً لِأَهْلِهَا وَتَكُونُ فِي الْغَالِبِ سَهْلَةً لَا يَرْتَدُّ فِيهَا الْبَوْلُ عَلَى الْبَاطِلِ، فَتُحَرِّقُ الْبَارِي لِابْنِ حَجَرٍ الْعَسْقَلَانِيِّ، ٣٩٢/١.

^{٨١٠} رَوَى مُسْلِمٌ فِي صَحِيحِهِ عَنِ الْمَغِيرَةِ بْنِ شُعْبَةَ "أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تَوَضَّأَ فَمَسَحَ بِنَاصِيَتِهِ وَعَلَى الْعِمَامَةِ وَعَلَى الْخَفَيْنِ" مُسْلِمٌ، طَهَارَةٌ، ٨٣. | قَالَ الزَّيْلَعِيُّ: إِنْ الْمَذْكُورُ فِي الْمَتْنِ مُرَكَّبٌ مِنْ حَدِيثَيْنِ مَذْكُورَيْنِ فِي مُسْلِمٍ وَالطَّبْرَانِيِّ، انْظُرْ: نَصَبُ الرَّايَةِ لِلزَّيْلَعِيِّ، ١/١.

فصل في نواقض الوضوء

المعاني الناقضة للوضوء ما يخرج من السبيلين، والدَّم والقيح إذا خرجا من البدن متجاوزاً إلى موضع يلحقه حكم التطهير، والقيء ملء الفم. وقال الشافعي: الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء. وهو أي القيء ملء الفم أن يكون بحال لا يمكن ضبطه إلا بتكليف؛ لأنه يخرج ظاهراً فاعتبر خارجاً. وقال زُفَر: قليل القيء وكثيره سواء. وكذلك لا يشترط السيلان.

ولو قاء متفرقاً بحيث لو جمع يملأ الفم فعند أبي يوسف يعتبر اتحاد المجلس وعند محمد يعتبر اتحاد السبب وهو الغثيان. ثم ما لا يكون حدثاً لا يكون نجساً، يروى ذلك عن أبي يوسف، وهو الصحيح، احتراز بقوله "هو الصحيح" عن قول محمد فإنه نجس عنده، واختاره بعض المشايخ احتياطاً. وفائدته تظهر فيما إذا أخذه بِقُطْنَةٍ فألقاه في الماء لا يتنجس الماء عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد، كذا في العناية.

وهذا أي القيء ملء الفم إذا قاء مرةً أو طعاماً أو ماءً، فإن قاء بلغمًا فغير ناقض عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف: ناقض إذا كان ملء الفم. والخلاف في المرتقى من الجوف، أمّا النازل من الرأس فغير ناقض بالاتفاق.

ولو قاء دماً وهو علقٌ يعتبر فيه ملء الفم لأنه سوداء محترقة. وإن كان مائعاً فكذلك عند محمد اعتباراً بسائر أنواعه، وعندهما إن سال بقوة نفسه ينقض وإن كان قليلاً. ولو نزل من الرأس إلى ما لآَن من الأنف نقض بالاتفاق، والنوم مضجعاً أو متكئاً أو مستنداً إلى شيءٍ لو أزيل لسقط، والغلبة على العقل بالإغماء والجنون، والقهقهة في كل صلاة [٣٧] ذات ركوع وسجود خلافاً للشافعي وهو القياس. وهي ما يكون مسموعاً له ولجيرانه لا الضحك، وهو ما يكون مسموعاً له دون جيرانه وهو على ما قيل يُفسد الصلاة دون الوضوء.

والدابة تخرج من الدبر ناقضة. فإن خرجت من رأس الجرح أو سقط اللحم منه لا ينقض. والمراد بالدابة الدودة. وهذا لأن النجس ما عليها، وذلك قليل. وهو حدث في السبيلين دون غيرها فأشبهه الجشاء، والفساء بخلاف الريح الخارجة من القبل والدُّكْر لأنها لا تنبعث عن محل النجاسة حتى لو كانت مُفضاةً يستحب لها الوضوء لاحتمال خروجها من الدبر. فإن قُشِرَتْ نَفْطَةٌ فسال منها ماءٌ أو صديدٌ أو غيره إن سال عن رأس الجرح نقض وإن لم يسال لا ينقض، وقال زفر: ينقض في الوجهين، وقال الشافعي: لا ينقض في الوجهين. هذا إذا قشرها فخرج بنفسه، أمّا إذا عصرها فخرج بعصره، لا ينقض لأنه مخرج ليس بخارج.

فصل في الغسل

وفرض الغسل المضمضة والاستنشاق وغسل سائر البدن. وعند الشافعي هما سنتان فيه، وسنته أن يبدأ بالمغتسل فيغسل يديه وفرجه ويُرِيْلَ نجاسةً إن كانت على بدنه ثم يتوضأ وضوءه للصلاة^{١١١} إلا رجله. هذا إذا كان في مُسْتَنْقَعِ الماء حتى لو كان على لوحٍ أو حجرٍ لا يؤخر. وأما يبدأ بإزالة النجاسة الحقيقية كيلا تزداد بإصابة الماء.

^{١١١} لفظ الصلاة هنا وفيما بعد مخطوط في كل النسخ كما كان في خط المصحف الشريف بالواو. وكذا في كتابة بعض الكلمات مثل الزكاة والربا، لعل المصنف اختار فيها خط المصحف تبركاً به.

وليس على المرأة أَنْ تَنْقُضَ ضَفَائِهَا فِي الْغُسْلِ إِذَا بَلَغَ الْمَاءُ أَصُولَ الشَّعْرِ، وَلَيْسَ عَلَيْهَا بَلٌّ ذَوَائِبُهَا هُوَ الصَّحِيحُ. احْتِرَازٌ عَمَّا قَالَ بَعْضُهُمْ: تَبَلُّ ذَوَائِبُهَا مَعَ^{٨١٢} كُلِّ بَلَّةٍ عَصَرَتْهَا، كَذَا فِي مَبْسُوطِ السَّرْحَسِيِّ، بِخِلَافِ الْحَبِيبَةِ فَإِنَّهُ لَا حَرَجَ فِي إِيصَالِ الْمَاءِ إِلَى أَثْنَائِهَا.

وَالْمَعَانِي الْمَوْجِبَةُ لِلْغُسْلِ: إِنْزَالُ الْمَنِيِّ عَلَى وَجْهِ الدَّفْقِ وَالشَّهْوَةِ مِنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ حَالَةَ النَّوْمِ وَالْيَقِظَةِ. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ خُرُوجُ الْمَنِيِّ كَيْفَمَا كَانَ يَوْجِبُ الْغُسْلَ. ثُمَّ الْمَعْتَبَرُ عِنْدَ [٤و] أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ انْفِصَالَهُ عَنْ مَكَانِهِ عَلَى وَجْهِ الشَّهْوَةِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ظَهْرُهُ أَيْضاً اعْتِبَاراً لِلخُرُوجِ بِالْمَزَالَةِ، إِذِ الْغُسْلُ يَتَعَلَّقُ بِهِمَا، وَالتَّقَاءُ الْخَتَانَيْنِ مِنْ غَيْرِ إِنْزَالٍ وَكَذَا الْإِيْلَاجُ فِي الدَّبَرِ لِكَمَالِ السَّبَبِيَّةِ. وَيَجِبُ عَلَى الْمَفْعُولِ بِهِ احْتِيَاظاً بِخِلَافِ الْبَهِيمَةِ وَمَا دُونَ الْفَرْجِ لِأَنَّ السَّبَبِيَّةَ نَاقِصَةٌ، وَالْحَيْضُ وَالنَّفَاسُ.

وَسَيِّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْغُسْلَ لِلْجُمُعَةِ وَالْعِيدَيْنِ وَعُرْفَةَ وَالْإِحْرَامَ، وَنَصَّ مُحَمَّدٌ عَلَى السَّنَةِ، وَقِيلَ هَذِهِ الْأَرْبَعَةُ مُسْتَحَبَّةٌ، وَسَمَّى مُحَمَّدٌ الْغُسْلَ فِي يَوْمِ الْجُمُعَةِ حَسَنًا فِي الْأَصْلِ أَيْ الْمَبْسُوطِ فَيَكُونُ الْغُسْلُ أَفْضَلَ، لَكِنِ الْوَضُوءُ يَقُومُ مَقَامَهُ، وَسَنَدُكَرُهُ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْحَجِّ فِي بَابِ الْإِحْرَامِ. وَقَالَ مَالِكٌ: هُوَ وَاجِبٌ. ثُمَّ هَذَا الْغُسْلُ لِلصَّلَاةِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا لِلْيَوْمِ هُوَ الصَّحِيحُ، وَفِيهِ خِلَافٌ الْحَسَنِ فَإِنَّ عِنْدَهُ لِلْيَوْمِ. وَلَيْسَ فِي الْمَذْيِ وَالْوَدْيِ غُسْلٌ، وَفِيهِمَا الْوَضُوءُ. الْوَدْيُ الْغَلِيظُ مِنَ الْبَوْلِ يَتَعَقَّبُ الرِّقِيقَ مِنْهُ خُرُوجاً فَيَكُونُ مَعْتَبَرًا بِهِ. وَالْمَذْيُ خَائِرٌ^{٨١٣} أَبْيَضٌ يَنْكَسِرُ مَعَهُ الذَّكَرُ. وَالْمَذْيُ رَقِيقٌ يَضْرِبُ إِلَى الْبَيَاضِ يَظْهَرُ عِنْدَ مَلَاعِبَةِ الرَّجُلِ أَهْلَهُ، وَالتَّفْسِيرُ مَأْثُورٌ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

باب الماء الذي يجوز به الوضوء

الطَّهَارَةُ مِنَ الْأَحْدَاثِ جَائِزَةٌ بِمَاءِ السَّمَاءِ وَالْأَوْدِيَةِ وَالْعَيُونِ وَالْآبَارِ وَالْبَحَارِ. وَلَا يَجُوزُ بِمَا اعْتَصَرَ مِنَ الشَّجَرِ وَالثَّمَرِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَاءٍ مُطْلَقٍ. وَالْحَكْمُ عِنْدَ فَقْدِهِ مَنْقُولٌ إِلَى التَّيَمُّمِ. أَمَّا الْمَاءُ الَّذِي يَقْطُرُ مِنَ الْكَرْمِ يَجُوزُ التَّوَضُّؤُ بِهِ، ذَكَرَهُ فِي جَوَامِعِ^{٨١٤} أَبِي يُوسُفَ. وَلَا يَجُوزُ بِمَاءٍ غَلَبَ عَلَيْهِ غَيْرُهُ فَأَخْرَجَهُ عَنْ طَبْعِ الْمَاءِ، كَالْأَشْرَبَةِ وَالْخَلِّ وَمَاءِ الْبَاقَلِيِّ وَالْمَرْقِ وَمَاءِ الزَّرْدَجِ،^{٨١٥} وَالْمَرَادُ بِمَاءِ الْبَاقَلِيِّ مَا تَغَيَّرَ بِالطَّبَخِ. وَإِنْ تَغَيَّرَ بِدُونِ الطَّبَخِ يَجُوزُ التَّوَضُّؤُ بِهِ. وَيَجُوزُ الطَّهَارَةُ بِمَاءٍ خَالَطَهُ شَيْءٌ طَاهِرٌ فَغَيَّرَ أَحَدَ أَوْصَافِهِ كَمَاءِ الْمَدِّ وَالْمَاءِ الَّذِي اخْتَلَطَ بِهِ الزَّعْفَرَانُ أَوْ الصَّابُونَ أَوْ الْأَشْنَانُ، قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَجْرَى فِي الْمَخْتَصَرِ مَاءُ الزَّرْدَجِ مَجْرَى الْمَرْقِ، وَالْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ [٤ظ] مَاءِ الزَّعْفَرَانِ هُوَ الصَّحِيحُ. كَذَا اخْتَارَهُ النَّاطِقِيُّ وَالْإِمَامُ السَّرْحَسِيُّ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ التَّوَضُّؤُ بِمَاءِ الزَّعْفَرَانِ وَأَشْبَاهِهِ مِمَّا لَيْسَ مِنْ جِنْسِ الْأَرْضِ، وَالْخَلْطُ الْقَلِيلُ لَا مَعْتَبَرٌ بِهِ لِعَدَمِ إِمْكَانِ الْإِحْتِرَازِ عَنْهُ كَمَا فِي أَجْزَاءِ الْأَرْضِ فَيَعْتَبَرُ

^{٨١٢} ن - مع.

^{٨١٣} أي غليظ.

^{٨١٤} ن: جامع.

^{٨١٥} هو ما يخرج من العصفور المنقوع، يطرح ولا يطبخ به، ذكره المطري. وقيل: ماء عروق الزعفران. قال الأثراري كأنه معرب، قلت: هو معرب زرده، البناية، ٢١٢/١.

الغالب، والغلبة بالأجزاء لا بتغير^{٨١٦} اللون، هو الصحيح. وهذا نفى لقول محمد فإنه يعتبر الغلبة بتغير اللون والطعم، كذا في العناية. وإن تغير بالطبخ بعد ما خلط به غيره لا يجوز التوضؤ به لأنه لم يبق في معنى المنزل من السماء إلا إذا طبخ فيه ما يُقصد به المبالغة في النظافة كالأشنان ونحوه إلا أن يغلب ذلك على الماء فيصير كالسويق المخلوط لزوال اسم الماء عنه.

وكل ماء وقعت النجاسة فيه لم يجز الوضوء به قليلاً كان أو كثيراً. وقال مالك: يجوز ما لم يتغير أحد أوصافه. وقال الشافعي: يجوز إذا كان الماء قُلَّتَيْنِ.

والماء الجاري إذا وقعت فيه نجاسة جاز الوضوء به إذا لم يُر لها أثر لأنها لا تستقر مع جريان الماء. والأثر هو الطعم أو الرائحة أو اللون. والجاري ما لم يتكرر استعماله، وقيل ما يذهب بتبته. والعدير العظيم الذي لا يتحرك أحد طرفيه بتحريك طرفه الآخر إذا وقعت نجاسة في أحد جانبيه جاز الوضوء من الجانب الآخر، لأن الظاهر أن النجاسة لا تصل إليه. ثم عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يعتبر التحريك بالاغتسال، وهو قول أبي يوسف، وعنه بالتحريك باليد، وعن محمد بالتوضؤ. وبعضهم قدروا ذلك بالمساحة عشرين في عشر بذراع الكرسي توسعة للأمر على الناس، وعليه الفتوى. والمعتبر في العنق أن يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف، وهو الصحيح. احتراز عن قول بعضهم: إن المعتبر أن يكون ذراعاً وقول الآخرين: أن يكون قدر شبر، كذا في العناية. وقوله في الكتاب: جاز الوضوء من الجانب الآخر إشارة إلى أنه يتنجس موضع الوقوع. وعن أبي يوسف إنه لا يتنجس إلا بظهور النجاسة فيه كالماء الجاري.

وموت ما ليس له نفس سائلة في الماء لا ينجسه كالبق والذباب والزناير [٥٥] والعقرب ونحوه، وقال الشافعي يفسده. والمنجس اختلاط الدم المسفوح بأجزائه عند الموت حتى حل المذكي وطهر لانعدام الدم فيه. ولا دم فيها، والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة كالطين.

ولو وقع شعر الخنزير في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف، وعند محمد لا يفسده، ذكره في باب البيع الفاسد.

وموت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده، كالسمك والضفدع والسرطان، وقال الشافعي يفسده إلا السمك، وفي غير الماء، قيل: غير السمك يفسده، وقيل: لا يفسده، قيل: وهو الأصح، والمراد بغير الماء يعني إذا ماتت في غير الماء كالخيل والعصير والحليب ونحوها، كذا في العناية، والضفدع البحري والبري سواء، وقيل البري مفسد، وإنما يعرف البحري من البري بأن البحري ما يكون بين أصابعه ستره كذا في العناية، وما يعيش في الماء ما يكون توالده ومثواه في الماء. ومائتي المعاش دون مائتي المولد مفسد كالبط والإوز ونحوهما.

والماء المستعمل لا يطهر الأحداث، يعني لكنه يطهر الأنجاس خلافاً للمالك والشافعي، وقال زفر وهو أحد قولي الشافعي: إن كان المستعمل متوضئاً فهو طهور، وإن كان محدثاً فهو طاهر غير طهور، وقيل: وعليه الفتوى، كذا في الشروح، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: هو نجس، ثم في رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله نجاسة غليظة، وفي رواية أبي يوسف عنه وهو قوله خفيفة.

^{٨١٦} ل س: بتغير.

والماء المستعمل هو ما أزيل به حدثٌ أو استعمل في البدن على وجه الثُّربة. قال عليه السلام: وهذا عند أبي يوسف، وقيل هو قول أبي حنيفة أيضاً، وقال محمدٌ لا يصير مستعملاً إلا بإقامة الثُّربة. ومتى يصير مستعملاً؟ الصحيح أنه كما زایل العضو صار مستعملاً.

والجنب إذا انغمس في البئر لطلب الدلو فعند أبي يوسف رحمه الله الرجلُ بحاله والماءُ بحاله، وعند محمدٍ كلاهما طاهران، وعند أبي حنيفة كلاهما نجسان، وعنه أن الرجل طاهرٌ، وهو أوفق الروايات عنه. [٥٥ظ]
وكل إهابٍ دُبِعَ فقد طهر، وجازت الصلاة فيه والوضوء منه إلا جلد الخنزير والآدمي لقوله عليه السَّلام: {إِنَّمَا إِهَابٌ دُبِعَ فَقَدْ طَهُرَ}،^{٨١٧} وهو بعمومه حَجَّةٌ على مالكٍ في جلد الميتة، وعلى الشافعي في الكلب، والتفصيل في هذا المقام كثيرٌ في الهداية والشروح، وهذا القدر يكفي في غرضنا من هذا الجمع والتَّرتيب. ثم ما يمنع النَّتَنَ والفساد فهو دباغٌ وإن كان تشميساً أو تتريباً. وما يطهر جلدهُ بالدِّباغ يطهر بالدُّكَاة؛ لأنها تعمل عمل الدِّباغ في إزالة الرُّطوبات النجسة. وكذلك يطهر لحمه وهو الصَّحيح وإن لم يكن مأكولاً، احترازٌ عما قال في الأسرار: إنه نجسٌ كذا في العنانية، وشعر الميتة وعظمها طاهرٌ، وقال الشافعي: نجسٌ. وشعر الإنسان وعظمه طاهرٌ، وقال الشافعي: نجسٌ. والأصح في قميص الحية الطهارة، وكذا في نافجة^{٨١٨} المسك مُطلقاً، وقيل إذا كانت بحيث لو ابتلَّت لا يفسد، كذا في فتح القدير.

فصل في البئر

إذا وقعت في البئر نجاسةٌ نُزِجَتْ، وكان نزحٌ ما فيها من الماء طهارةً لها بإجماع السَّلف، ومسائل الآبار مبنيةٌ على اتباع الآثار دون القياس، فإن وقعت فيها بَعْرَةٌ أو بعرتان من بعر الإبل أو الغنم لم يُفسدِ الماءُ استحساناً، والقياس الإفساد لوقوع النجاسة في الماء القليل. وجه الاستحسان أن آبار الفلوات ليس لها حاجزٌ والمواشي تَبْعُرُ حولها ويلقيها الريح فيها، فجعل القليل عفواً للضرورة، ولا ضرورةً في الكثير وهو ما يستكثره الناظر في المروي عن أبي حنيفة، وعليه الاعتماد، ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث والحِشي والبعر لأنَّ الضرورة تشمل الكلَّ وفي الشاة تبعر في المخلَبِ بَعْرَةٌ أو بعرتين، قالوا: تُرْمَى البَعْرَةُ ويُشْرَبُ اللبنُ لمكان الضرورة ولا يعفى القليل في الإناء على ما قيل لعدمها، وقيل المراد الإناء الذي يكون غير المخلَب، كذا في بعض الشروح، وعن أبي حنيفة أنه أي الإناء كالبئر في حق البعرة أو البعرتين.

وإن وقع فيها حُرَّة الحَمَام أو العُصْفُور لا يفسده خلافاً للشافعي، وإن بالت فيها شاة نُزِجَ الماء [٦و] عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال مُحمَّد: لا ينزح إلا إذا غلب على الماء، وأصله أن بول ما يؤكل لحمه طاهرٌ عنده نجسٌ عندهما، ثم عند أبي حنيفة لا يحل شربه للتداوي، وعند أبي يوسف يحلُّ، وعند محمدٍ يحلُّ للتداوي وغيره. وهذه المسألة مذكورة في الكراهية أيضاً. وإن ماتت فيها فأرة أو عصفورٌ أو صَعُوَّة أو سودائيةٌ أو سامٌ أُتْرِصَ نُزِجَ منها عشرون دلواً إلى ثلاثين بحسب كبر الدلو وصغرها، يعني بعد إخراج الفأرة، والعشرون بطريق الإيجاب، والثلاثون بطريق

^{٨١٧} مسلم، الخيض، ٢٧؛ الترمذي، اللباس، ٧.

^{٨١٨} النَّافِجَةُ: وعاءُ المسك في جسم الطَّيِّ والجمع نوافج، انظر: معجم لغة الفقهاء، قلنجي - قنبي، ٤٧٢/١.

الاستحباب. وإن ماتت فيها حمامة أو نحوها كالدَّجاجة واليَتَنُورُ نُزِحَ منها ما بين أربعين إلى ستين. وفي الجامع الصغير أربعون أو خمسون وهو الأظهر لما روي عن أبي سعيد الخدري أنه قال في الدَّجاجة إذا ماتت في البئر يُنَزَّحُ منها أربعون دلوًا. وهذا لبيان الإيجاب والخمسون بطريق الاستحباب. ثم المعتبر في كلِّ بئرٍ دلوها الَّذي يُسْتَقَى به منها، وقيل: دلوٌ يسع فيه صاع. ولو نُزِحَ بدلوٌ عظيمٌ مرَّةً مقدارُ عشرين دلوًا جاز لحصول المقصود.

وإن ماتت فيها شاةٌ أو آدميٌّ أو كلبٌ نُزِحَ جميع ما فيها من الماء. وإن انتفخ الحيوان أو تفسخ نَحَ جميع ما فيها، صَعُرَ الحيوان أو كبر. وإن كانت البئر مَعِينَةً لا يمكن نزحها أخرجوا مقدار ما كان فيها من الماء. وطريق معرفته أن تُحَفَرُ حُفِيرَةٌ مثْلُ موضع الماء من البئر ويُصَبَّ فيها ما ينزح منها إلى أن تَمْتَلِئَ، أو تُرْسَلُ فيها قِصْبَةٌ وتُجْعَلُ لمبلغ الماء علامة ثم يُنَزَّحُ منها مثلاً عشرُ دلاءٍ ثم تعاد القِصْبَةُ فَيُنْظَرُ كم انتقص فَيُنَزَّحُ لكلِّ قدرٍ منها عَشْرُ دلاءٍ. وهذان مرويان عن أبي يوسف. وعن محمدٍ مائتا دلوٍ إلى ثلاثمائة دلوٍ، فكأنه بنى قوله على ما شاهد في بلده. وعن أبي حنيفة في الجامع الصغير في مسألة أنه يُنَزَّحُ حتى يَغْلِبَهُمُ الماءُ ولم يُقَدَّرِ الغلبة بشيء كما هو دأبه، وقيل: يؤخذ بقول رجلين لهما بصارةٌ في أمر الماء وهذا أَشْبَهُ بالفقه. وإن وُجد في البئر فارة أو غيرها لا يُدْرَى متى وقعت ولم تنتفخ أعادوا صلاة يوم [٧٧] وَلَيْلَةٍ إذا كانوا تَوْضُؤًا منها وغسلوا كلَّ شيءٍ أصابه ماؤُها. وإن كانت قد انتفخت وتفسخت أعادوا صلاة ثلاثة أيامٍ وَلَيَالِيها، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: ليس عليهم إعادة شيءٍ حتَّى يتحقَّقوا متى وقعت؟ لأنَّ اليقين لا يزول بالشلِّ، وصار كمن رأى في ثوبه نجاسةً لا يدري متى أصابته فإنَّه لا يُعيد شيئاً. وقال صاحب الهداية بعد إيراد دليل أبي حنيفة رحمه الله: وأمَّا مسألة النجاسة فقد قال المعلِّى هي على الاختلاف فَيُقَدَّرُ بالثلاث في البالي وبيوم وليلة في الطري،^{٨١٩} ولو سلَّم فالثوب بمرأى عينه والبئر غائبة عن بصره فيفترقان.

فصل في الأسرار وغيرها

وعرَّفَ كلَّ شيءٍ معتبرٌ بسوره. وسور الآدمي وما يؤكل لحمه طاهرٌ. ويدخل في هذا الجواب الجنبُ والحائضُ والكافرُ. وسور الكلب نجسٌ فَيُغْسَلُ الإناء بولوغه ثلاثاً، وقال الشافعي: يُغْسَلُ سبعاً. وسور الخنزير وسباع البهائم نجسٌ خلافاً للشافعي فيما سوى الكلب والخنزير. وسور الهرة طاهرٌ مكروهٌ، وعن أبي يوسف أنه غير مكروه. ثم قيل الكراهة لحرمة اللحم، وقيل: لعدم تحاميتها النجاسة. وهذا يشير أولاً^{٨٢٠} إلى التنزه، والأوَّلُ إلى القرب من التحريم. ولو أكلت فارةً ثم شربت على فورها الماءَ يَتَنَجَّسُ، إلَّا إذا مكثت ساعةً لغسلها فَمَها بلُعابها. والاستثناء يعني قوله: إلَّا إذا مكثت ساعةً على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف. ويسقط اعتبار الصبِّ عند أبي يوسف للضرورة يعني أنَّ الصبَّ شرطٌ في إزالة النجاسة بالمائعات والطاهرات عند أبي يوسف، لكنَّه سقط ههنا للضرورة.

وسور الدَّجاجة المخلاة مكروهٌ لمخالطتها النجاسة، ولو كانت مُحْبُوسَةً بحيث لا يصل منقارها إلى ما تحت قدمها لا يكره لوقوع الأمن عن المخالطة. وكذا سور سباع الطير لأكلها الميتات كالمخلأة. وعن أبي يوسف إنَّها إذا كانت محبوسة يعلم صاحبها أنَّه لا قدر على منقارها لا يكره، واستحسن المشايخ هذه الرواية.

^{٨١٩} أي الجديد.

^{٨٢٠} ن س - أولاً، وهذا القيد ليس بموجود في الهداية.

وسُؤِر ما يسكن في البيوت كالحية والفأرة مكروه. وسُؤِر الحمار والبغل مشكوك فيه. وقيل: الشك في طهارته وقيل: في طهوريته [٧٧] وهو الصحيح. ولَبَنُهُ طاهرٌ وإن حرم. وعرقه لا يمنع جواز الصلاة وإن فُحِشَ، فكذا سؤره وهو الأصح. ويروى نصُّ محمدٍ على طهارته، وعن أبي حنيفة أنه نجسٌ ترجيحاً للحرمة والنجاسة أي على الطهارة. والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته. فإن لم يجد غيرها يتوضأ بهما ويتيمم، ويجوز بأيهما قَدَم. وقال زُفَر: لا يجوز إلا أن يقدم الوضوء. وسُؤِر الفرس طاهرٌ عندهما، لأنَّ لحمه مأكولٌ وكذا عنده في الصَّحيح، وفي العناية احترازٌ عن الروايات السابقة^{٨٢١} فإنه ذكر في المحيط في سُؤِر الفرس عن أبي حنيفة رحمه الله أربع روايات، قال في رواية: أحب إلي أن يتوضأ بغيره، وهو رواية الثلجي عنه، وفي رواية الحسن عنه أنه مكروه كالحمة وفي رواية هو مشكوك كسؤر الحمار، وفي رواية كتاب الصلاة هو طاهرٌ وهو الصَّحيح، انتهى.^{٨٢٢} فإن لم يجد إلا نبيذ التمر قال أبو حنيفة: يتوضأ به ولا يتيمم، وقال أبو يوسف: يتيمم ولا يتوضأ به، وهو رواية عن أبي حنيفة وبه قال الشافعي، وقال محمد: يتوضأ به ويتيمم. وأما الاغتسال به فقد قيل: يجوز عنده أي الإمام اعتباراً بالوضوء، وقد قيل لا يجوز لأنه فوقه. والنبيذ المختلف فيه أن يكون خلواً رقيقاً يسهل على الأعضاء كالماء. وما اشتهد منه صار حراماً لا يجوز التوضؤ به. وإن غيَّرتَه النار ما دام خلواً فهو على هذا الخلاف. وإن اشتهد فهو عند أبي حنيفة يجوز التوضؤ به، وعند محمد لا يتوضأ به ولا يجوز التوضؤ بما سواه من الأنبذة جرياً على قضية القياس.

باب التيمم

ومن لم يجد الماء وهو مسافر أو خارج المصر بينه وبين المصر نحو ميل أو أكثر يتيمم بالصَّعيد. والميل هو المختار في المقدار. والمعتبر المسافة دون خوف الفتور. ولو كان يجد الماء إلا أنه مريض يخاف إن استعمل الماء اشتدَّ مرضه يتيمم. ولا فرق بين أن يشتدَّ مرضه بالتحرك أو الاستعمال. واعتبر الشافعي خوف التلف، وهو مردودٌ بظاهر النص.^{٨٢٣} ولو خاف الجُنُب إن اغتسل أن يقتله البرد أو يُمرضه يتيمم. وهذا إذا كان [٧٧] خارج المصر. ولو كان في المصر فكذلك عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

والتيمم ضربتان، يمسح بإحدهما وجهه وبالأخرى يديه إلى المرفقين وينفض يديه بقدر ما يتناثر التراب كيلاً يصير مثلاً.^{٨٢٤} ولا بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية لقيامه مقام الوضوء. ولهذا قالوا: يخلل الأصابع وينزع الخاتم ليتيمم المسح. والحديث والجنابة فيه سواء، وكذا الحيض والنفس.

ويجوز التيمم عند أبي حنيفة ومحمد بكل ما كان من جنس الأرض كالتراب والرمل والحجر والتورة والزرنيخ والكحل. وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا بالتراب والرمل. وقال الشافعي: لا يجوز إلا بالتراب، وهو رواية عن أبي يوسف. ثم لا يُشترط أن يكون عليه أي على الصَّعيد غباراً عند أبي حنيفة، قال في العناية فيجوز التيمم بالكحل

^{٨٢١} م: الباقية.

^{٨٢٢} م - وفي العناية ... انتهى.

^{٨٢٣} يعني به قوله تعالى: "وإن كنتم مرضى."

^{٨٢٤} المثلة ما يمثل به من تبديل خلقته وتغيير هيئته سواء كان يقطع عضو أو تسويد وجه أو تغييره، العناية، ١٢٥/١.

وبالآجرِ والمُرْدَاسَنَجِ^{٨٢٥} والياقوت والفيروزج والمرجان والزمرد والزبرجد وإن كانت ملساء لا غبار عليها عند أبي حنيفة ومحمد في إحدى الروايتين، وفي رواية أخرى عنه وهو قول أبي يوسف والشافعي وأحمد لا يجوز بدونه، انتهى. وكذا يجوز بالغبار مع القدرة على الصعيد عند أبي حنيفة ومحمد لأنه ترابٌ رقيقٌ.

والنيةُ فرضٌ في التيمم، وقال زفرٌ: ليست بفرضٍ. ثم إذا نوى الطهارة أو استباحة الصلاة أجزأه. ولا يشترط نية التيمم للحدث أو للجنابة وهو الصحيح من المذهب. قوله هو الصحيح احترازٌ عما قال به أبو بكر الرّازي، فإنه كان يقول: يحتاج إلى نية التيمم للحدث أو للجنابة، كذا في العناية، فإن تيمم نصراني يريد الإسلام ثم أسلم لم يكن متيمماً عندهما، وقال أبو يوسف هو متيمم. وإن توضأ لا يريد به الإسلام ثم أسلم فهو متوضئٌ، خلافاً للشافعي بناءً على اشتراط النية. فإن تيمم مسلماً ثم ارتد عياداً بالله تعالى ثم أسلم فهو على تيممه، وقال زفرٌ: بطل تيممه، ولو تيمم لدخول المسجد أو مسّ المصحف لا يجوز الصلاة به. ولو تيمم لسجدة التلاوة يجوز الصلاة به.

وينقض التيمم كلُّ شيء ينقض الوضوء. وينقضه أيضاً رؤية الماء/[٨و] إذا قَدَرَ على استعماله. وخائف السبع والعدو والعطش عاجزٌ حكماً. والنائم عند أبي حنيفة قادرٌ تقديراً. وفي العناية: والنائم يعني من لم يكن مضطجعاً ولا مستنداً في الحمل فإنه إذا كان كذلك ينتقض تيممه بالنوم، انتهى. والمراد^{٨٢٦} ما يكفي للوضوء لأنه لا معتبر بما دونه ابتداءً فكذا انتهاءً. ولا يتيمم إلا بصعيدٍ طاهرٍ.

ويستحب لعادم الماء وهو يرجوه أن يؤخر الصلاة إلى آخر الوقت، فإن وجد الماء وإلا تيمم وصلى. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف في غير رواية الأصول أن التأخير حتمٌ. ويصلي بتيممه ما شاء من الفرائض والنوافل، وعن الشافعي تيمم لكل فرضٍ. وتيمم الصحيح في الحضر إذا حضرت جنازة والولي غيره فخاف إن اشتغل بالطهارة أن تفوته الصلاة. وكذلك من حضر العيد فخاف إن اشتغل بالطهارة أن يفوته العيد فإنه يتيمم. وقوله: والولي غيره إشارة إلى أنه لا يجوز للولي، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وهو الصحيح.

وإن أحدث الإمام أو المقتدي في صلاة العيد تيمم وبنى عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يتيمم. والخلاف فيما إذا شرع بالوضوء. ولو شرع بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق. ولا يتيمم للجمعة وإن خاف الفوات لو توضأ، فإن أدرك الجمعة صلاتها وإلا صلى الظهر. وكذا لو خاف فوت الوقت لو توضأ لم يتيمم ويتوضأ ويقضي ما فاته.

والمسافر إذا نسي الماء في رحله فتيمم وصلى ثم ذكر الماء لم يعد عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف يعيدها. والخلاف فيما إذا وضعه بنفسه أو وضعه غيره بأمره. وذكره في الوقت أو بعده سواء. وليس على المتيمم طلب الماء إذا لم يغلب على ظنه أن بقره ماءً، فإن غلب على ظنه أن بقره ماءً لم يجوز له أن يتيمم حتى يطلبه. ثم يطلب مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلاً كيلاً ينقطع عن رفقته. والغلوة مقدار رمية سهم، وقيل: ثلاثمائة ذراعٍ إلى أربعمائة، كذا في العناية. وإن كان مع رفيقه ماءً طلبه منه قبل أن يتيمم، فإن منعه تيمم. ولو تيمم قبل الطلب أجزأه عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يجزئه. ولو أبى أن يعطيه/[٨ظ] إلا بثمن المثل وعنده ثمنه لا يجزئه التيمم، ولا يلزمه تحمُّل الغبن الفاحش.

^{٨٢٥} أي الرصاص، كتاب العين، ٤/ ٣٠٠.

^{٨٢٦} يعني المراد من الماء في قوله: "وينقضه رؤية الماء"، فتح القدير، ١/ ١١٩.

باب المسح على الخفين

المسح على الخفين جائز بالسنة، والأخبار فيه مستفيضة حتى قيل إن من لم يره كان مُبتدِعاً، لكن من رآه ثم لم يمسح أخذاً بالعزيمة كان مأجوراً. ويجوز من كلِّ حدثٍ موجب للوضوء إذا لبسهما على طهارة كاملة ثم أحدث. خصَّه بحدثٍ مُوجب للوضوء لأنَّه لا مسح من الجنابة. قالوا: صورته أن يشدَّ خفيه فوق الكعبين لئلا يصل الماء إلى رجليه ثم يمسح بعد الاغتسال، انتهى.^{٨٢٧} وبحدث^{٨٢٨} متأخراً لأنَّ الخفَّ عُهد مانعاً لسراية الحدث إلى القدم لا رافعاً للحدث. ولو جَوَّزناه بحدثٍ سابقٍ كالمستحاضة إذا لبست ثم خرج الوقت وتوضأت حيث لا تمسح، وكالمتميم إذا لبس ثم رأى الماء وتوضأ حيث لا يمسح. فلو جاز المسح كان الخف رافعاً، وليس كذلك. وقوله: إذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس بل وقت الحدث. وهو المذهب عندنا، حتى لو غسل رجليه وليس خفيه ثم أكمل الطهارة ثم أحدث يجزئه المسح. وهذا لأنَّ الخفَّ مانعٌ لحلول الحدث بالقدم فيراعى كمال الطهارة وقت المنع، حتى لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف رافعاً.

ويجوز للمقيم يوماً وليلةً وللمسافر ثلاثة أيامٍ ولياليها. وابتدأها عقيب الحدث. والمسح على ظاهرهما خطوطاً بالأصابع يبدأ من قبل الأصابع إلى الساق. ثم المسح على الظاهر حتّم حتى لا يحوز على باطن الخف وعقبه وساقه. والبداية من الأصابع استحبابٌ باعتباراً بالأصل وهو الغسل. وفرض ذلك مقدار ثلاث أصابع من أصابع اليد، وقال الكرخي من أصابع الرّجل، والأوّل أصحُّ اعتباراً لألة المسح.

ولا يجوز المسح على خُفٍّ فيه خرقٌ كثير يتبيّن منه مقدار ثلاث أصابع الرّجل. وإن كان المقدار أقلّ من ذلك جاز. وقال زُفَرٌ والشافعي: لا يجوز وإن قلّ. والكثير أن ينكشف قدر ثلاث أصابع الرّجل أصغرهما هو الصّحيح. وهذا احترازٌ عن شيخين: عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أنَّ المعتبر ثلاث أصابع من أصابع اليد وعمّا قال شمس الأئمة الحلواني: المعتبر في الخرق أكبر الأصابع إن كان الخرق [٩و] عند أكبرها وأصغرهما إن كان عند أصغرهما، كذا في العناية.

ولا معتبر بدخول الأنامل إذا كان لا يتفرّج عند المشي، ويُعتبر هذا المقدار في كلِّ خفٍّ على حدة، فيُجمع الخرق في خفٍّ واحدٍ ولا يجمع في خفين، بخلاف النجاسة المتفرقة يعني إذا كان في إحدى الخفين نجاسة قليلة وفي الأخرى كذلك تُجمع بينهما، كذا في العناية. وانكشف العورة نظير النجاسة يعني في أنَّ المانع انكشف عين العورة وقد وجد كما أنَّ المانع حمل النجاسة وقد وُجد، كذا في العناية.

ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل. قالوا صورته: رجل توضأ وليس الخف ثم أجنب ثم وجد ما يكفي للوضوء ولا يكفي للاغتسال، فإنَّه يتوضأ ويغسل رجليه ولا يمسح ويتمُّ للجنابة،^{٨٢٩} كذا في العناية. وينقض المسح كلُّ شيء ينقض الوضوء. وينقض أيضاً نزع الخفِّ، وكذا نزع أحدهما، وكذا مضي المدّة. وإذا مضت المدّة نزع خفيه وغسل رجليه وصلّى، وليس عليه إعادة بقية الوضوء. وكذا إذا نزع قبل مضي المدّة. وحكم

^{٨٢٧} س - انتهى.

^{٨٢٨} عطف على قوله بحدث موجب أي وخصّ أيضاً بحدث متأخر، من ل م ن س.

^{٨٢٩} هذه صورة عدم الجواز.

النزع يثبتُ بخروج القدم إلى الساق، وكذا بأكثر القدم هو الصحيح. وقال في العناية: هذا هو المروي عن أبي يوسف وهو قول الحسن بن زيادٍ. وروي عن أبي حنيفة: إذا أخرج أكثر العقب من موضعه إلى الساق بطل مسحه، يعني به إذا بدا له نزع الخف فحركه للنزع حتى زال عقبه. وأما إذا زال باعتبار سعة الخف فلم يبطل إجماعاً دفعاً للخرج، انتهى.

ومن ابتداء المسح وهو مقيمٌ فسافر قبل تمام يومٍ وليلةٍ مسح ثلاثة أيام ولياليها، بخلاف ما إذا استكمل مدة الإقامة ثم سافر. ولو أقام وهو مسافرٌ إن استكمل مُدة الإقامة نزع، وإن لم يستكمل أتمها.

ومن لبس الجرموق فوق الخف مسح عليه فيكون كخف ذي طاقين خلافاً للشافعي، وهو بدلٌ عن الرجل لا عن الخف بخلاف ما إذا لبس الجرموق بعد ما أحدث، فإنه لا يمسح عليه. ولو كان الجرموق من كرباس لا يجوز المسح عليه إلا أن تنفذ البلّة إلى الخف. ولا يجوز المسح على الجوربين عند أبي حنيفة إلا أن يكونا مجلدين أو منعلين، [٩ظ] وقالوا: يجوز إذا كانا ثخينين لا يشقان، وعنه أنه رجع إلى قولهما، وعليه الفتوى. والثخين هو أن يستمسك على الساق من غير أن يربط بشيء فأشبه الخف. والمجلد هو الذي وضع الجلد أعلاه وأسفله، ويقال: جوربٌ منعلٌ إذا وضع على أسفله جلدة كالنعل للقدم.

ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة والبرقع والقفازين. ويجوز المسح على الجبائر وإن شدّها على غير وضوء، ويكتفي بالمسح على أكثرها، ذكره الحسن. ولا يتوَقَّت. وإن سقطت الجبيرة عن غير بُرء لم يبطل المسح. وإن سقطت عن برء بطل. وإن كان سقوطها في الصلاة استقبل صلاته.

باب الحيض والاستحاضة

أقلُّ الحيض ثلاثة أيام ولياليها، وما نقصَ من ذلك فهو استحاضة. وقدره الشافعيُّ بيومٍ وليلةٍ. وعن أبي يوسف يومان والأكثر من اليوم الثالث، وأكثره عشرة أيام، والزائد استحاضة. وقدره الشافعيُّ بخمسة عشر.

وما تراه المرأة من الحمرة والصفرة والكدرة أيام الحيض حيضٌ حتى ترى البياض خالصاً. وقال أبو يوسف: لا يكون الكدرة حيضاً إلا بعد الدّم. وأما الخضرة فالصحيح أن المرأة إذا كانت من ذوات الأقرء تكون حيضاً، وتُحْمَل على فساد الغذاء وإن كانت كبيرة لا ترى غير الخضرة لا تكون حيضاً، وتُحْمَل على فساد المنبت أي منبت الدم.

والحيض يُسْقَط عن الحائض الصلاة ويحرم عليها الصّوم، فتقضي الصّيام ولا تقضي الصلوات ولا تدخل المسجد وكذا الجنب. وعند الشافعيّ يباح الدخول على وجه العبور والمروء. ولا تطوف بالبيت أي الكعبة، ولا يأتيها زوجها، ولا يحرم له دواعي النكاح من المسّ والتقبيل، ذكرها في أوّل الطهارة. هكذا على الإطلاق، لكن المذكور في شرح الكنز للزيلعيّ وشرح القدوريّ للحداديّ وغيرهما أنّ عدم الحرمة مطلقاً قول محمد، وعندهما تحرم المباشرة بين السرة والكعبة، وأيضاً ذكر هذا الاختلاف في الصائم مع أنّه صرح في باب الطّهار أن حكم الصائم والحائض سواء، فكان الأولى أن يتعرّض للاختلاف في الحائض أيضاً [١٠٠] إلا أن يقال اكتفى بالتعرّض له في الصائم فليتأمل.

وليس للحائض والجنب والنفساء قراءة القرآن، وعند مالكٍ تجوز للحائض، وعند الطحاوي تبأخ قراءة ما دون الآية. وليس لهم مس المصحف إلا بغلاف، ولا أخذ درهمٍ فيه سورةً من القرآن إلا بصرّته، وكذا الحدث لا يمس المصحف إلا بغلافه. وغلافه ما كان متجافياً عنه دون ما هو متصلٌ به كالجلد المشرّز هو الصحيح. ويكره مسّه

بالكم وهو الصحيح. وفي العناية نقلاً عن صاحب التحفة اختلف المشايخ في الغلاف، فقال بعضهم: هو الجلد الذي عليه، وقال بعضهم: هو الكُم، وقال بعضهم: هو الخريطة، وهو الصحيح، لأنَّ الجلد تبع للمصحف والكم تبع للحامل، والخريطة ليست تبعاً لأحدهما، فقله: وهو الصحيح الأوّل ردّ للأوّل و قوله وهو^{٨٣٠} الثاني ردّ للثاني، انتهى. بخلاف كتب الشريعة لأهلها حيث يرخّص في مسها بالكم لوجود الضرورة.

ولا بأس بدفع المصحف إلى الصّبيان أي المحدثين منهم، هذا هو الصحيح. وهو احتراز عمّا روي عن بعض مشايخنا أنّ دفع المصحف واللوح الذي كتب فيه القرآن إليهم مكروه، بناءً على أنّ الدافع مكلف بعدم الدفع، كذا في العناية.

وإذا انقطع دم الحيض لأقلّ من عشرة أيام لم يحلّ وطؤها حتّى تغتسل، ولو لم تغتسل ومضى عليها أدنى وقت الصلاة بقدر أن تقدر على الاغتسال والتحرمة حلّ وطؤها، ولو كان انقطع الدم دون عادتھا فوق الثلاث لم يقربها حتى تمضي عادتھا وإن اغتسلت. وإن انقطع لعشرة أيّام حلّ وطؤها قبل الغسل إلّا أنّه لا يُستحب قبل الاغتسال.

والطهر إذا تخلّل بين الدمين في مدّة الحيض فهو كالدم المتوالي، قال رحمه الله: وهذا إحدى الروايات عن أبي حنيفة. وعن أبي يوسف وهو روايته عن أبي حنيفة وقيل هو آخر أقواله: أنّ الطهر إذا كان أقلّ من خمسة عشر يوماً لا يفصل وهو كلّ كالدّم المتوالي، والأخذ بهذا القول أيسر، وتماه يعرف في كتاب الحيض. / [١٠ ظ] وأقلّ الطهر خمسة عشر يوماً ولا غاية لأكثره، إلا إذا استمر بها الدم فاحتيج إلى نصب العادة فإنّه حينئذ^{٨٣١} يكون لأكثره غاية عند أكثر العلماء خلافاً لأبي عصمة سعد بن معاذ المروزي والقاضي أبي حازم فإنّه لا غاية لأكثره عندهما على الإطلاق، كذا في العناية.

وعدم الاستحاضة كالرّعاف لا يمنع الصوم ولا الصلاة ولا الوطء. ولو زاد الدم على عشرة أيام ولها عادة معروفةً دونها ردّت إلى أيام عادتها، والذي زاد استحاضةً. وإن بدأت مع البلوغ مستحاضةً فحيضها عشرة أيام من كلّ شهرٍ، والباقي استحاضة.

فصل [في المعذور]

المستحاضة ومن به سلك البول والرّعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ يتوضّؤون لوقت كلّ صلاة، فيصلّون بذلك الوضوء في الوقت ما شأؤوا من الفرائض والنوافل. وقال الشافعيّ تتوضّأ المستحاضة لكلّ مكتوبة. وإذا خرج الوقت بطل وضوءهم واستأنفوا الوضوء لصلاة أخرى، وهذا عند أصحابنا الثلاثة، وقال زُفر: استأنفوا إذا دخل الوقت؛ فإن توضّؤوا حين تطلع الشمس أجزأهم حتى يذهب وقت الظهر، وهذا عند أبي حنيفة ومحمّد، وقال أبو يوسف وزفر: أجزأهم حتى يدخل وقت الطهر.

^{٨٣٠} ن — قوله وهو.

^{٨٣١} في جميع النسخ يكتب بالرمز (ح).

وحاصله أنَّ طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت أي عنده بالحدث السابق عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وبدخوله عند زفر، وبأيهما كان عند أبي يوسف. وفائدة الاختلاف لا تظهر إلا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا أو قبل طلوع الشمس. والمراد بالوقت وقت المفروضة، حتى لو توضأ المعذور لصلاة العيد له أن يصلي الظهر به عندهما، هو الصحيح؛ لأنها بمنزلة صلاة الضحى. وفي العناية وقوله: هو الصحيح احترازًا عما قال بعضهم ليس له أن يصلي الظهر به، انتهى. ولو توضأ مرة للظهر في وقته وأخرى فيه للعصر فعندها ليس له أن يصلي العصر به. والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلاة إلا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه، وكذا كل من هو في معناها، وهو من ذكرناه ومن به استطلاق بطن أو انفلات ریح. [١١و]

فصل في النفاس

والنفاس هو الدم الخارج بعقب الولادة. والدَّم الذي تراه الحامل ابتداءً أو حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وإن كان ممتدًا. وقال الشافعي حيضًا. ونفاسها بعد خروج بعض الولد فيما يروى عن أبي حنيفة ومحمد. والسقط الذي استبان بعض خلقه ولَدَ حتى تصير نفساء وتصير الأمة أُمَّ وَلَدٍ به وكذا تنقضي العدة به، وكذا إذا ولدت ولدًا ميتًا، ذكره في باب اليمين في العتق والطلاق. وأقل النفاس لا حدَّ له، وأكثره أربعون يومًا، والزيادة استحاضة، وعند الشافعي ستون. وإن جاوز الدَّم الأربعين وكانت ولدت قبل ذلك ولها عادة في النفاس رُدَّتْ إلى أيام عاداتها. وإن لم تكن لها عادة فابتداء نفاسها أربعون يومًا. فإن ولدت ولدين في بطن واحد فنفاسها من الأول عند أبي حنيفة وأبي يوسف وإن كان بين الولدين أربعين يومًا. وقال محمد: من الولد الأخير، وهو قول زفر، وتنقضي العدة بالأخير بالإجماع.

باب الأنجاس وتطهيرها

تطهير النجاسة واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي فيه. وإذا كان بقرب المكان الذي صلى فيه نجاسة تجوز الصلاة مع الكراهة، ذكره في كتاب الزكاة في باب من يجوز دفع الصدقة إليه ومن لا يجوز. ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع طاهر يمكن إزالتها به، كالخل وماء الورد ونحوه ممَّا إذا عصر انعصر، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد وزفر والشافعي: لا يجوز إلا بالماء. وجواب الكتاب لا يفرق بين الثوب والبدن، وهو قول أبي حنيفة وإحدى الروایتين عن أبي يوسف، وعنه أنه فرق بينهما فلم يجوز في البدن بغير الماء.

وإذا أصاب الخف نجاسة لها جرَّم كالرَّوث والعذرة والدم والمني فجفت فذلكه بالأرض جاز، وهذا استحسان، وقال محمد: لا يجوز، وهو القياس، إلا في المني خاصة، وفي الرطب لا يجوز حتى يغسله، وعن أبي يوسف أنه إذا مسحه بالأرض حتى لم يبق أثر النجاسة [١١ط] يطهر لعموم البلوى، وعليه مشايخنا. فإن أصابه بول فيبس لم يجزئه حتى يغسل، وكذا كل ما لا جرَّم له كالخمر. وقيل ما يتصل به من الرمل والرَّماد جرَّم له. والثوب لا يجزئ فيه إلا الغسل وإن يبس.

والمني نجسٌ يجب غسله رطباً. فإذا جفَّ على الثوب أجزأ فيه الفرك. وقال الشافعي: المني طاهر. ولو أصاب البدن قال مشايخنا يطهر بالفرك، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يطهر. والنجاسة إذا أصابت المرأة أو السيف اكتفى بمسحها. وإذا أصابت الأرض نجاسةً فحقت بالشمس وذهب أثرها جازت الصلاة على مكانها. وقال زفر والشافعي: لا تجوز. ولا يجوز التيمم به.

وقدر الدرهم وما دونه من الجنس المغلظ كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار جازت الصلاة معه، وإن زاد لم تجز. وقال زفر والشافعي: قليل النجاسة وكثيرها سواء. ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة وهو قدر عرض الكف في الصحيح، ويروى من حيث الوزن، وهو الدرهم الكبير المثقال، وهو ما يبلغ وزنه مثقالاً. وقيل: في التوفيق بينهما إن الأولى في الرقيق والثانية في الكثيف،

وإن كان مخففاً كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلاة معه حتى يبلغ ربع الثوب، يروى ذلك عن أبي حنيفة. وعنه ربع أدنى ثوب يجوز فيه الصلاة كالميزر^{٨٣٢} وقيل: ربع الموضع الذي أصابه كالذيل والكم والدخريص،^{٨٣٣} وعن أبي يوسف شبر في شبر. وإذا أصاب الثوب من الروث أو من أخشاء البقر أكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة فيه عند أبي حنيفة، وقالوا: يجزئه حتى يفحش، ولا فرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم. وزفر فرق بينهما فوافق أبا حنيفة في غير المأكول ووافقهما في المأكول. وعن محمد أنه لما دخل الري رأى البلوى أفى بأن الكثير الفاحش لا يمنع أيضاً وقاسوا عليه طين بخارى وعند ذلك رجوعه في الخف يروى أي عند دخوله في الري رجوعه عن الرواية المشهورة عنه في الخف أنه لا يطهر بالذلك بالأرض، يروى كذا في العناية.

وإن أصابه بول الفرس [١٢و] لم يفسده حتى يفحش عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد لا يمنع وإن فحش، وإن أصابه خرء ما يؤكل لحمه من الطيور أكثر من قدر الدرهم أجزأت الصلاة فيه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا تجوز، فقد قيل: إن الاختلاف في النجاسة، وقد قيل في المقدار، وهو الأصح. ومعنى قوله: إن الاختلاف في النجاسة أنه طاهر عندهما، وهو المنقول عن الكرخي، ونجس عند محمد كالنجو، وقيل: في المقدار، يعني أنه نجس بالاتفاق، لكنه خفيف عند أبي حنيفة، غليظ عندهما وهو المنقول عن أبي جعفر الهندواني، ويُفهم من لفظ صاحب الهداية أن أبا يوسف مع أبي حنيفة في الرويتين جميعاً وهكذا ذكره فخر الإسلام في الجامع الصغير وهو خلاف ما في المنظومة والمختلف، فإن فيهما أن أبا يوسف مع أبي حنيفة على رواية الكرخي ومع محمد على رواية الهندواني وكذا في العناية، ولو وقع في الإناء قليل يفسده، وقيل لا يفسده لتعذر صون الأواني عنه.

وإن أصابه من دم السمك أو من لعاب البغل والحمام أكثر من قدر الدرهم أجزأت الصلاة فيه، وعن أبي يوسف أنه اعتبر في دم السمك الكثير الفاحش فاعتبره نجساً، وهذه رواية المعلى عنه كما في العناية، ولو صلى وفي كفه بيضة حال محها دماً تجوز الصلاة به، ذكرها في باب الماء الذي يجوز به الوضوء، فإن انتضح عليه البول مثل رؤوس الإبر فذلك ليس بشيء.

^{٨٣٢} هكذا في جميع النسخ المخطوطة، والمذكور في نسخ الهداية: المثرز بالهمزة، معناه الإزار، معجم الوسيط، أ ز ر.

^{٨٣٣} الدخريص بالكسر واحد دخريص القميص وهي بنائفة، مختار الصحاح، د خ ر ص.

والنجاسة ضربان: مرئية وغير مرئية، فما كان منها مرئياً فطهارته زوال عينها إلا أن يبقى من أثرها ما يشق إزالته، لأن الحرج موضوع شرعاً، وهذا يشير إلى أنه لا يشترط الغسل بعد زوال العين وإن زالت مرة واحدة، وفيه نظر، وفي بعض النسخ وفيه كلام، أي وفي اختلاف المشايخ. من أصحابنا رحمهم الله من يقول: بعد ما زال العين يغسل ثلاث مرّ، لأنه بعد زوال العين يلتحق بنجاسة غير مرئية، وفي المبسوط عن الفقيه أبي جعفر بعد زوال العين يغسل مرتين لأنه التّحق بنجاسة غير مرئية غُسلت مرة. / [١٢و] ومنهم من قال: إن زال العين والأثر بالمرّة الأولى تطهر، لأن النجاسة كانت بسبب العين، وقد تيقنا بزوال العين، فيحكم بطهارته كما لو غسل ثلاثاً كذا ذكره جلال الدين الخبازي، وما ليس بمرئي فطهارته أن يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل أنه قد طهر وقدره بالثلاث ثم لا بدّ من العصر في كل مرّة، في ظاهر الرواية.

فصل في الاستنجاء

الاستنجاء سنة، ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه، بمسحه حتى ينقيه وليس فيه عدد مسنون، وقال الشافعي: لا بدّ من التثليث، ولو استنجى بحجر له ثلاثة أحرفٍ جاز بالإجماع، وغسله بالماء أفضل، ثم هو أدب، وقيل سنة في زماننا.

ويستعمل الماء إلى أن يقع في غالب ظنه أنه قد طهر، ولا يقدر بالمرات إلا إذا كان مؤسوساً فيقدر بالثلاث في حقه. وقيل بالسبع ولو جاؤزت النجاسة مخرجها لم يجز إلا الماء، وفي بعض النسخ إلا المائع، وهذا يحقق^{٨٣٤} اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء على ما بيّنا يعني في أول هذا الباب حيث قال: وجواب الكتاب لا يفرق بين الثوب والبدن إلخ^{٨٣٥}، ثم يعتبر المقدار المانع وهو الزائد على قدر الدرهم وراء موضع الاستنجاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد مع موضع الاستنجاء.

ولا يستنجى بعظم ولا بروت، ولو فعل يجزئه ولا بطعام ولا بيمينه.

كتاب الصلاة

باب المواقيت

أول وقت الفجر إذا طلع الفجر الثاني، وهو البياض المعترض في الأفق، وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس، ولا معتبر بالفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو طويلاً ثم يعقبه الظلام.

^{٨٣٤} ل: تحقق.

^{٨٣٥} إلخ: أي إلى آخره.

وأوّل وقت الظُّهر إذا زالت الشَّمْسُ، وآخر وقتها عند أبي حنيفة إذا صار ظلُّ كلِّ شيءٍ مثْلَيْه سوى في الزَّوال، وقالوا إذا صار ظلُّ كلِّ شيءٍ مثْلَهُ، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة، وفي الزَّوال هو الفَيْء الذي يكون للأشياء وقت الزَّوال.

وأوّل وقت العصر إذا خرج وقت الظهر على القولين، وآخر وقتها ما لم تغرب الشَّمْسُ. وأوّل وقت المغرب إذا غربت الشَّمْسُ، وآخر وقتها ما لم يغب الشَّفَقُ، وقال الشافعي: [١٣و] مقداره مقدار ما يُصَلَّى فيه ثلاث ركعات، ثمَّ الشَّفَق هو البياض الذي في الأفق بعد الحمرة عند أبي حنيفة، وقالوا: هو الحمرة، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة، وهو قول الشافعي. وأوّل وقت العشاء إذا غاب الشَّفَقُ، وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر، وقدَّرَه الشافعي بذهاب ثلث الليل. وأوّل وقت الوتر بعد العشاء، وآخره ما لم يطلع الفجر، قال عليه السلام: وهذا عندهما، وعند أبي حنيفة وقته وقت العشاء إلا أنه لا يُقدَّم عليه عند التَّدَكُّر للترتيب.

فصل [في الأوقات المستحبة]

ويُستحبُّ الإسفارُ بالفجر، وقال الشافعي: يستحب التعجيل في كلِّ صلاةٍ، والإبرادُ بالظُّهر في الصَّيف، وتقديمها في الشِّتاء، وتأخيرُ العصر ما لم يتغيَّرَ الشمس في الشِّتاء والصَّيف. والمعتبرُ تغيُّرُ القرص وهو أن يصيرَ بحالٍ لا تحاُز فيه الأعين، وهو الصَّحيح. وفي العناية قوله: هو الصَّحيح، احترازٌ عن قول سفيان وإبراهيم النَّخعي أنَّ المعتبرُ تغيُّرُ الضوء الذي يقع في الجدران. قال شمس الأئمة: أخذنا بقول الشَّعبي، وهو تغيُّرُ القرص، لأنَّ تغيُّرَ الضوء يحصل بعد الزَّوال وعمَّا فُيِّسَ تغيُّرُ القرص به وهو ما قيل: إذا قامت الشَّمْسُ للغروب قدر رُوحٍ لم تتغيَّر، وإذا كانت أقلَّ من ذلك تغيَّرت، وعمَّا قيل: يوضع طست ماءٍ في الصَّحراء ويُنظر فيه فإن كان القرص يبدو للنَّاظر فقد تغيَّرت فكان قوله هو الصحيح لبيان أن تغيُّر القرص بهذا التفسير هو الصَّحيح وتغيُّر الضَّوء وتغيُّر القرص بالتفسير الآخر ليس بصحيح، انتهى. والتَّأخير إليه مكروهٌ.

ويستحب تعجيل المغرب، وتأخيره مكروهٌ، ويستحب تأخير العشاء إلى ما قبل ثلث الليل كيلا يؤدي إلى السَّمَر المنهي عنه، وقيل: في الصَّيف يُعجلُ لئلا يتقلَّل الجماعة، والتَّأخير إلى نصف الليل مباحٌ، وإلى النصف الأخير مكروهٌ. ويستحب في الوتر لمن يألف صلاة الليل أن يؤخَّر إلى آخر الليل، فإن لم يتيق بالانتباه أوتر قبل النوم. وإذا كان يوم غيمٍ فالمستحب في الفجر والظُّهر والمغرب تأخيرهما، وفي العصر والعشاء تعجيلهما، وعن أبي حنيفة رحمه الله التَّأخير في الكلِّ للاحتياط. ويستحب لطامع الجماعة أن يؤخِّر الصلاة إلى آخر الوقت، ذكرها في باب التَّيَمُّم.

فصل في الأوقات التي تكره فيها الصَّلَاة

[١٣ظ] لا تجوز الصلاة عند طلوع الشَّمْس، ولا عند قيامها في الظُّهيرة، ولا عند غروبها إلا عصر يومه، وقال الشافعي: القضاء جائزٌ في هذه الأوقات وكذا التَّوافل بمكة، وأباح أبو يوسف النفل يوم الجمعة وقت الزَّوال كذا

في الهداية، وقال صاحب العناية: اعلم أنَّ الفرائض لا تجوز عندنا في هذه الأوقات وكذا النوافل في بعض الروايات، وعند الشافعي يجوز الفرض في هذه الأوقات في جميع البلدان ويجوز النوافل عنده فيها بمكة شَرَفَهَا اللهُ تعالى، انتهى. وقد وقع في عبارات الهداية في هذا المقام اختلاف النسخ واضطرب في حلّها وتوجيهها كلامُ الشُّراح لكن لما كان التفصيل فيه خارجاً عن مقصودنا أعرضنا عنه، ومن أراد الوقوف عليه فليرجع إلى شروح الهداية. ولا صلاة جنازة ولا سجدة تلاوة، والمراد بالنفي المزبور^{٨٣٦} في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة الكراهة، حتّى لو صلاها فيها أو تلا سجدة فيها وسجدها جاز.

ويُكره أن يتنقّل بعد الفجر حتى تطلع الشمس، وبعد العصر حتى تغرب الشمس، ولا بأس بأن يصلي في هذين الوقتين الفوائت وسجدة التلاوة ويصلي على الجنازة، ولكن الكراهة تظهر في حقّ المنذور وركعتي الطواف وفي الذي شرّع فيه ثمّ أفسده، ويكره أن يتنقّل بعد طلوع الفجر بأكثر من ركعتي الفجر، ولا يتنقّل بعد الغروب قبل الفرض ولا إذا خرج الإمام للخطبة يوم الجمعة إلى أن يُفرغ. وإذا شرع في الصلّة في الوقت المكروه ثمّ نقضها فإنّه يقضيها بعده، وعن أبي حنيفة أنّه لا يجب القضاء في فصل الصلّة أيضاً، والأظهر هو الأوّل، ذكرت هذه المسألة في الهداية فُيْل باب الاعتكاف من كتاب الصوم.

باب الأذان

الأذان سنّة للصلوات الخمس والجمعة دون ما سواها. وصفة الأذان معروفة، وهو كما أدّن الملّك النازل من السّماء، ولا ترجيع فيه، وهو أن يُرَجَّع فَيَرْفَع صوته بالشّهادتين بعد ما خَفِضَ بهما، وقال الشافعي: فيه ذلك. ويزيد في أذان الفجر بعد الفلاح: الصلّاة خيرٌ من النّوم مرّتين ولا يُزاد في الأذان على المأثور من حيث إنّهُ ذِكرٌ منظومٌ فيراعى المنقول،/[٤١٥] ولا يزداد عليه، ذكرها في باب الإحرام من كتاب الحج. والإقامة مثل الأذان إلّا أنّه يزيد فيها بعد الفلاح قد قامت الصلّاة مرتين، هكذا فعَل الملّك النازل من السّماء، وهو المشهور، ثم هو حُجّة على الشافعي في قوله: إنّها فُرَادَى فُرَادَى فإنّه يقول: يُشْفَع الأذان ويؤتَر الإقامة إلّا قوله قد قامت الصلّاة.

^{٨٣٦} أي النفي المذكور بقوله لا صلاة جنازة ولا سجدة تلاوة.

ويُترسَّلُ في الأذان ويَحْدَرُ في الإقامة، والترسُّل أن يأتي به رافعاً صوته، ويفصل بين كلمتي الأذان بسكتةٍ مُطَوَّلًا غير مُطَرَّبٍ مِنْ ترسُّلٍ في قراءته إذا تمهَّل فيها وتَوَقَّرَ، والحدُّ أن لا يفصل بين كلمتي الإقامة، بل يجعلهما كلاماً واحداً ويكون صوته فيها أخفضَ من صوت الأذان، كذا في العناية.

ويستقبل بهما القبلة، ولو ترك الاستقبال جاز ويكره. ويجوِّل وجهه للصلاة والفلاح بمنَّةٍ ويسرَّةً، وإن استدار في صومعته فحسنٌ، ومراده إذا لم يستطع تحويل الوجه يميناً وشمالاً مع ثبات قدميه مكانهما كما هو السنَّة، بأن كانت الصومعة مُتَّسَعَةً، فأما من غير حاجة فلا، والأفضل للمؤذن أن يجعل إصبعيه في أُذُنَيْهِ، وإن لم يفعل فحسنٌ، والتثويب في الفجر^{٨٣٧} حيَّ على الصَّلاة حيَّ على الفلاح مرَّتين بين الأذان والإقامة حسنٌ، وكُرِهَ في سائر الصَّلوات، و معناه العودُ إلى الإعلام بعد الإعلام وهو على حسب ما تعارفوه، وهذا تنويُّبٌ أحدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة لتغير أحوال النَّاسِ، وخصُّوا الفجرَ به، والمتأخرون استحسَنوه في الصَّلوات كلّها لظهور التَّوَانِي في الأمور الدِّينِيَّة، قال أبو يوسف: لا أرى بأساً أن يقول المؤذن للأمير في الصَّلوات كلّها: السَّلام عليك أيُّها الأمير ورحمة الله وبركاته، حيَّ على الصَّلاة حيَّ على الفلاح الصَّلاة يرحمك الله، وإنما خصَّهم بذلك لزيادة اشتغالهم بأمور المسلمين، كيلا تفوتهم الجماعة، وعلى هذا القاضي والمفتي، واستبعده محمدٌ لأنَّ النَّاسَ سَوَاسِيَةً^{٨٣٨} في أمر الجماعة. ويجلس بين الأذان والإقامة إلَّا في المغرب وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: يجلس في المغرب أيضاً جلسةً خفيفةً والوصل بينهما مكروه، ولا يقع الفصل بالسكنة لوجودها،/[١٤ ط] بين كلمات الأذان، فيفصلُ بالجلسة كما بين الخطبتين، وقال الشافعي: يفصل بركعتين اعتباراً بسائر الصَّلوات، قال يعقوب: رأيت أبا حنيفة يؤدِّنُ في المغرب ويقيم ولا يجلس، وهذا يفيد ما قلنا، يعني أنَّ المؤذن لا يجلس بين الأذان والإقامة في المغرب، و أن المستحبُّ كون المؤذن عالماً بالسنَّة لقوله عليه السَّلام: «وَيُؤَدِّنُ لَكُمْ حَيَاتُكُمْ»^{٨٣٩}.

ويؤذن للفاتنة ويقيم، والشافعي يكتفي بالإقامة، فإن فاتته صلوات أدَّن للأولى وأقام، وكان مخيراً في الباقي، إن شاء أدَّن وأقام، وإن شاء اقتصر على الإقامة. قال رحمته الله: وعن محمدٍ أنه يُقَامُ لما بعدها أي من غير تحيير، قالوا: يجوز أن يكون هذا قولهم جميعاً.

وينبغي أن يؤدِّنَ ويُقيم على طَهْرٍ، فإن أدَّنَ على غير وضوءٍ جاز، كالقراءة، ويروى أنه لا يكره الإقامة أيضاً، ويروى أنه يكره الأذان أيضاً. ويكره أن يؤدِّنَ وهو جنبٌ روايةً واحدةً، وفي الجامع الصغير إذا أدَّنَ على غير وضوءٍ وأقام لا يعيد. والجنب أحبُّ إلَيَّ أن يعيد وإن لم يعد أجزأه و في الإعادة بسبب الجنابة روايتان و الأشبه ان يعاد الأذان ولا يعاد الإقامة، لأن تكرار الأذان مشروعٌ أي في الجملة كما في الجمعة دون الإقامة. وقوله: وإن لم يُعد أجزأه يعني الصَّلاة بناء على أنَّها جائزة بدون الأذان والإقامة. وكذلك المرأة تؤذن، قال المصنف رحمه الله: معناه يُسْتَحَبُّ أن يُعاد ليقع على وجه السنَّة فهو عطفٌ على قوله: والجنب أحبُّ إلَيَّ أن يعيد، وقوله: ليقع أي الأذان على وجه السنَّة

^{٨٣٧} ل: فجر.

^{٨٣٨} أي سواء.

^{٨٣٩} انظر: أبا داود، صلاة، ٥٩٠، بلفظ (ليؤمكم).

فإنَّ أذان المرأة لا يكون على وجه السنَّة بل على وجه البدعة، لأنَّها إن رفعت صوتها في أعلى موضع ارتكبت بدعةً، وإلَّا لم يؤذن على وجه السنَّة، وترك وجه هذه السنَّة بدعةً، كذا في العناية.

ولا يؤذن لصلاة قبل دخول وقتها، ويُعاد في الوقت، وقال أبو يوسف وهو قول الشافعي: يجوز للفجر في النصف الأخير من الليل. والمسافر يؤذن ويقيم، فإن تركهما جميعاً يكره، وإن اكتفى بالإقامة جاز. فإن صلى / [١٥] في بيته في المصلي بأذان وإقامة، وإن تركهما جاز.

باب شروط الصلاة التي تتقدمها

يجب على المصلي أن يقدم الطهارة من الأحداث والأنجاس، ويجوز تقديم الطهارة على الوقت، ذكرها في كتاب الحج في باب التمتع. ويستر عورته، وعورة الرجل ما بين الشرة إلى الركبة، فالشرة ليست من العورة خلافاً لما يقوله الشافعي، والركبة من العورة خلافاً له أيضاً. وبدن الحرة كله عورة إلا وجهها وكفيها قال عليه السلام: وهذا تنصيص على أن القدم عورة، أي قول القدوري: وبدن الحرة كله عورة إلا وجهها وكفيها تنصيص على أن القدم عورة لأنه لم يستثنها، كذا في العناية، ويروى أنها ليست بعورة، وهو الأصح، فإن صلت وتلث ساقها أو ربعها مكشوف تعيد الصلاة عند أبي حنيفة ومحمد، وإن كان أقل من الربع لا تعيد، وقال أبو يوسف: لا تعيد إن كان أقل من النصف، وفي النصف عنه روايتان.

والشعر والبطن والفخذ كذلك، يعني على هذا الاختلاف، والمراد الشعر النازل من الرأس هو الصحيح، وفي العناية قوله: وهو الصحيح احتراز عن اختيار الصدر الشهيد وغيره أن المراد بالشعر ما على الرأس، وأما المترسل وهو ما نزل إلى أسفل الأذنين ففي كونه عورة روايتان، واختار الفقيه أبو الليث كونه عورة احتياطاً، لأن تلك الرواية تقتضي أن يجوز النظر إلى صدغ^{٨٤٠} الأجنبية وطرف ناصيتها كما ذهب إليه عبد الله بن البلخي، وهو أمر يؤدي إلى الفتنة، فكان الاحتياط في الأخذ بهذه الرواية، انتهى. وعدم غسله في الجنابة لمكان الحرج^{٨٤١}، والعورة الغليظة على هذا الاختلاف، أي الاختلاف الذي تقدم من انكشاف الربع أو النصف.

والعورة الغليظة هي الثبل والدبر، كذا في العناية مع تفصيل فيه، والذكر يُعتبر بانفراده يعني يعتبر عضواً مفرداً يمنع انكشاف ربه جواز الصلاة، وكذا الانثيان، هذا هو الصحيح، دون الضم وهو احتراز عما قيل: إن الخصبين مع الذكر عضو، وكذا في العناية، وما كان عورة / [١٥ ظ] الرجل فهو عورة من الأمة، وبطنها وظهرها عورة وما سوى ذلك من بدنها ليس بعورة.

ومن لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى معها ولم يُعد، هذا على وجهين: إن كان ربع الثوب أو أكثر منه طاهراً يصلي فيه، ولو صلى عرياناً لا يجزأه.^{٨٤٢} وإن كان الطاهر أقل من الربع فكذلك عند محمد وهو أحد قولي الشافعي. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يتخير بين أن يصلي عرياناً وبين أن يصلي فيه، وهو الأفضل. ومن لم يجد ثوباً

^{٨٤٠} الصدغ: جانب الوجه من العين إلى الأذن، و الشعر فوقه، والجمع: أصدغ، وأصدغ، المعجم الوسيط، ص - د - غ.

^{٨٤١} ل م + انتهى.

^{٨٤٢} م: لا يجوز.

صَلَّى عَرِيَانًا قَاعِدًا يَوْمِي بِالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ، هَكَذَا فَعَلَهُ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَإِنْ صَلَّى قَائِمًا أَجْزَأَهُ إِلَّا أَنْ الْأَوَّلَ أَفْضَلُ. وَإِذَا كَانَ فِي رَحْلِهِ ثَوْبٌ نَسِيَهُ فَصَلَّى عَارِيًّا يَعِيدُهَا، وَقِيلَ عَلَى الْإِخْتِلَافِ الَّذِي ذَكَرَهُ فِي بَابِ التَّيَمُّمِ، يَعْنِي يَعِيدُهَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَعِنْدَهُمَا لَا يَعِيدُهَا، وَهَذَا الْإِخْتِلَافُ ذَكَرَ فِي التَّوَافُلِ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مَذْكُورَةٌ فِي بَابِ التَّيَمُّمِ.

وَإِذَا اخْتَلَطَتِ الْأَوَانِي الطَّاهِرَةُ بِالنَّجَسَةِ فَإِنْ غَلَبَتِ الطَّاهِرَةُ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ إِذَا نَظَرَ طَاهِرَانِ وَوَاحِدٌ نَجَسٌ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتْرَكَ التَّحَرِّيَّ، فَإِذَا تَحَرَّى وَتَوَضَّأَ ثُمَّ ظَهَرَ الْخَطَأُ يَعِيدُ الْوُضُوءَ. وَأَمَّا إِذَا غَلَبَتِ النَّجَسَةُ أَوْ تَسَاوَا تَيَمَّمْ وَلَا يَتَحَرَّى. وَأَمَّا الثِّيَابُ الطَّاهِرَةُ إِذَا اخْتَلَطَتْ بِالنَّجَسَةِ وَلَيْسَ لَهُ عَلَامَةٌ يَعْرِفُ بِهَا فَإِنَّهُ يَتَحَرَّى مُطْلَقًا، فَإِذَا صَلَّى بِثَوْبٍ بِهَا بِالتَّحَرِّيِّ ثُمَّ ظَهَرَ خَطْئُهُ أَعَادَ الصَّلَاةَ، ذَكَرَ مَسْأَلَتِي الْأَوَانِي وَالثِّيَابِ فِي كِتَابِ الزَّكَاةِ فِي بَابٍ مِنْ يَجُوزُ دَفْعُ الصَّدَقَةِ إِلَيْهِ وَمِنْ لَا يَجُوزُ.

وَيَنْبَغِي الصَّلَاةَ الَّتِي يَدْخُلُ فِيهَا بَنِيَّةٌ لَا يَفْصِلُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ التَّحَرُّمِ بِعَمَلٍ. وَالْمُتَقَدِّمُ مِنَ النِّيَّةِ عَلَى التَّكْبِيرِ كَالْقَائِمِ عِنْدَهُ إِذَا لَمْ يَجِدْ مَا يَقْطَعُهُ، وَهُوَ عَمَلٌ لَا يَلِيْقُ بِالصَّلَاةِ. وَلَا مَعْتَبَرٌ بِالتَّأَخُّرِ مِنْهَا عَنْهُ، لِأَنَّ مَا مَضَى لَمْ يَقَعْ عِبَادَةً لِعَدَمِ النِّيَّةِ. وَفِي الصَّوْمِ جَوِّزَتْ لِلضَّرُورَةِ.

وَالنِّيَّةُ هِيَ الْإِرَادَةُ، وَالشَّرْطُ أَنْ يَعْلَمَ بِقَلْبِهِ أَيْ صَلَاةٍ يَصَلِّي. أَمَّا الدِّكْرُ بِاللِّسَانِ فَلَا مَعْتَبَرُ بِهِ، وَيَحْسُنُ ذَلِكَ لِاجْتِمَاعِ عَزَمَتِهِ. ثُمَّ إِنْ كَانَتِ الصَّلَاةُ نَفْلًا يَكْفِيهِ مُطْلَقُ النِّيَّةِ، وَكَذَا إِذَا كَانَتِ سُنَّةً فِي الصَّحِيحِ، وَفِي الْعِنَايَةِ قَوْلُهُ فِي الصَّحِيحِ احْتِرَازٌ عَمَّا قِيلَ: إِنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ أَنْ يَنْوِي [١٦٩] سُنَّةَ الرَّسُولِ، انْتَهَى. وَإِنْ كَانَتِ فَرْضًا لَا بَدَّ مِنْ تَعْيِينِ الْفَرْضِ كَالظُّهْرِ مِثْلًا لِإِخْتِلَافِ الْفُرُوضِ. وَإِنْ كَانَ مُقْتَدِيًّا بِغَيْرِهِ يَنْوِي الصَّلَاةَ وَمَتَابَعَتَهُ.

وَيَسْتَقْبَلُ الْقِبْلَةَ، ثُمَّ مَنْ كَانَ بِمَكَّةَ فَفَرْضُهُ إِصَابَةُ عَيْنِهَا، وَمَنْ كَانَ غَائِبًا فَفَرْضُهُ جِهَتُهَا، هُوَ الصَّحِيحُ. وَفِي الْعِنَايَةِ: وَهَذَا احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الشَّيْخِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ الْجُرْجَانِيِّ: إِنَّ فَرْضَهُ إِصَابَةُ عَيْنِهَا، يَرِيدُ بِذَلِكَ اشْتِرَاطَ نِيَّةِ عَيْنِ الْكَعْبَةِ، وَلِأَنَّ إِصَابَةَ عَيْنِهَا وَهُوَ غَائِبٌ تَكْلِيفٌ بِمَا لَيْسَ بِمُقَدَّرٍ، انْتَهَى. وَإِنْ اسْتَقْبَلَ الْحَاطِمُ وَحْدَهُ لَا يَجِزُّهُ الصَّلَاةُ، ذَكَرَهَا فِي بَابِ الْإِحْرَامِ مِنَ الْحَجِّ، وَمَنْ كَانَ خَائِفًا يَصَلِّي إِلَى أَيْ جِهَةٍ قَدَر. وَإِنْ وَاشْتَبَهَتْ عَلَيْهِ الْقِبْلَةَ وَلَيْسَ بِحَضْرَتِهِ مَنْ يَسْأَلُهُ عَنْهَا اجْتَنَاهُ، فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ أَخْطَأَ بَعْدَ مَا صَلَّى لَا يَعِيدُهَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَعِيدُهَا إِذَا اسْتُدِيرَ. وَإِنْ عَلِمَ ذَلِكَ فِي الصَّلَاةِ اسْتَدَارَ إِلَى الْقِبْلَةِ، وَكَذَا إِذَا تَحَوَّلَ رَأْيُهُ إِلَى جِهَةٍ أُخْرَى تَوَجَّهَ إِلَيْهَا. وَمَنْ أَمَّ قَوْمًا فِي لَيْلَةٍ مُظْلِمَةٍ فَتَحَرَّى الْقِبْلَةَ وَصَلَّى إِلَى الْمَشْرِقِ، وَتَحَرَّى مَنْ خَلْفَهُ فَصَلَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إِلَى جِهَةٍ وَكُلُّهُمْ خَلْفَهُ وَلَا يَعْلَمُونَ مَا صَنَعَ الْإِمَامُ أَجْزَأَهُمْ، وَهَذِهِ الْمَخَالَفَةُ غَيْرُ مَانِعَةٍ كَمَا فِي جَوْفِ الْكَعْبَةِ. وَمَنْ عَلِمَ مِنْهُمْ بِحَالِ إِمَامِهِ تَفْسَدَ صَلَاتِهِ لِأَنَّهُ اعْتَقَدَ إِمَامَهُ عَلَى الْخَطَأِ وَكَذَا إِذَا كَانَ مُتَقَدِّمًا عَلَيْهِ لَتَرْكِهِ فَرْضَ الْمَقَامِ.

بَابُ صِفَةِ الصَّلَاةِ

فَرَايِضُ الصَّلَاةِ سِتَّةٌ: التَّحَرُّمُ، وَالْقِيَامُ، وَالْقِرَاءَةُ، وَالرُّكُوعُ، وَالسُّجُودُ، وَالْقَعْدَةُ فِي آخِرِ الصَّلَاةِ مِقْدَارُ التَّشَهُّدِ. وَمَا سِوَى ذَلِكَ فَهُوَ سُنَّةٌ. أُطْلِقَ اسْمُ السُّنَّةِ فِيهَا وَاجِبَاتُ كَقِرَاءَةِ سُورَةِ الْفَاتِحَةِ وَضَمِّ السُّورَةِ إِلَيْهَا، وَمِرَاعَاةُ^{٨٤٣} التَّرْتِيبِ

^{٨٤٣} لَمْ نَرَ مِرَاعَاتٍ.

فيما شرع مكرراً من الأفعال، والقعدة الأولى، وقراءة التشهد في القعدة الأخيرة، والقنوت في الوتر، وتكبيرات العيدين، والجهر فيما يُجهر فيه، والمخافتة فيما يخافت فيه، ولهذا تجب سجدة السهو بتركها ساهياً، هذا هو الصحيح. وفي العناية احترازٌ عن جواب القياس في تكبيرات العيدين وقنوت الوتر، فإنه لا تجب السجدة على من تركها ساهياً، انتهى. وتسميتها في الكتاب سنةً لما أنه ثبت وجوبها بالسنة.

وإذا شرع في الصلاة كبر، وهو شرط عندنا خلافاً للشافعيّ / [١٦ ظ] حتى إن من تحرّم بالفرض كان له أن يؤدي بها التطوع عندنا، ويرفع يديه مع التكبير وهو سنة، وهذا اللفظ أي لفظ الكتاب حيث ذكر لفظة^{٨٤٤} مع يشير إلى اشتراط المقارنة وهو المروي عن أبي يوسف والمحكي عن الطحاوي، والأصح أنه يرفع أولاً ثم يكبر ويرفع يديه حتى يجاذي بإهاميه شحمة أذنيه، وعند الشافعيّ يرفع إلى منكبيه. وعلى هذا تكبير القنوت والأعياد والجنابة. والمرأة ترفع حذاء منكبيها هو الصحيح. وفي العناية وهذا احترازٌ عن رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنها ترفع يديها حذاء أذنيها كالرجل، انتهى.

فإن قال بدل التكبير: الله أجلّ أو أعظم، أو الرحمن أكبر، أو لا إله إلا الله، أو غيره من أسماء الله أجزأه عند أبي حنيفة ومحمّد، وقال أبو يوسف: إن كان يحسن التكبير لا يجوز إلا قوله الله أكبر، الله الأكبر، الله الكبير. وقال الشافعيّ: لا يجوز إلا بالأولين، وقال مالك: لا يجوز إلا بالأول.

وإن افتتح الصلاة بالفارسيّة أو قرأ فيها بالفارسيّة أو ذبح وسمّى بالفارسيّة وهو يحسن العربية أجزأه عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يجزئه إلا في الذبيحة. وإن لم يحسن العربية أجزأه عندهم، فمحمّد في الافتتاح مع أبي حنيفة في العربية ومع أبي يوسف في الفارسيّة، ويجوز بأيّ لسان كان سوى الفارسيّة، هو الصحيح. وفي العناية احترازٌ عن قول أبي سعيد البردعيّ فإنه قال: إنّما جوّز أبو حنيفة القراءة بالفارسيّة دون غيرها من الألسنة لقرب الفارسيّة من العربية. قال الكرخي: والصحيح النقل إلى أيّ لغة كانت، انتهى. والخلاف في الاعتداد، أي في أنه إذا قرأ بالفارسيّة هل يكون محسوباً عن فرض القراءة أو لا، ولا خلاف أنه لا فساد، ويروى رجوعه في أصل المسألة إلى قولهما وعليه الاعتماد. والخطبة والتشهد على هذا الخلاف. وفي الأذان يعتبر التعارف،^{٨٤٥}

وإن كان المصلي أحرص فتحرّك شفّتيه يُقام مقام القراءة في الصلاة، ذكرها في باب خيار الرؤية، وإن افتتح الصلاة باللهم اغفر لي لم يجزئه، ولو قال: اللهم، فقد قيل تجزئه، لأنّ معناه، يا الله، وقد قيل لا يجزئه لأنّ معناه يا الله أمّا بخير فكان / [١٧ و] سؤالاً، ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى تحت السرة، وعند الشافعيّ يضع على الصدر، وقال مالك: يرسلهما، ثم الاعتماد سنة القيام عند أبي حنيفة وأبي يوسف حتّى لا يرسل حالة الثناء، وعند محمد سنة القراءة فيرسل. والأصل أن كلّ قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه، وما لا فلا، هو الصحيح. وفي العناية وهذا احترازٌ عن قول

^{٨٤٤} ل م: لفظه.

^{٨٤٥} في اعتبار التعارف في الأذان نظر، فإنّ الأصحاب قد أنكروا الترجيع في الأذان مراعاة لاتباع المنقول، و أنكروا على الشيعة قولهم حيّ على خير العمل وإن كانت بمعنى حيّ على الصلاة، فكيف إذا عدل إلى لغة أخرى غير التي ورد بها النقل. انظر: التنبيه على مشكلات الهداية لابن أبي العز، ٥٣٠/٢.

الْفُضْلِيُّ وَأَصْحَابُهُ، وَفِيهِ تَفْصِيلٌ فِي الْعِنَايَةِ، فَلْيُرْجَعْ إِلَيْهِ. فَيَعْتَمِدُ فِي حَالَةِ الْقُنُوتِ وَصَلَاةِ الْجَنَازَةِ، وَيُرْسِلُ فِي الْقَوْمَةِ أَيْ عَنِ الرُّكُوعِ وَبَيْنَ تَكْبِيرَاتِ الْأَعْيَادِ.

ثُمَّ يَقُولُ: سُبْحَانَكَ اللَّهُ وَبِحَمْدِكَ إِلَٰهَ الْخَلْقِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَضُمُّ إِلَيْهِ قَوْلَهُ: وَجْهَتُ وَجْهِي إِلَيْكَ. وَقَوْلُهُ: وَجَلْ ثَنَاؤُكَ، لَمْ يَذْكُرْ فِي الْمَشَاهِيرِ، فَلَا يَأْتِي بِهِ فِي الْفَرَائِضِ، وَالْأَوَّلَى أَنْ لَا يَأْتِيَ بِالتَّوْحِيهِ قَبْلَ التَّكْبِيرِ لِيَتَّصِلَ النَّيَّةُ بِهِ، هُوَ الصَّحِيحُ. وَفِي الْعِنَايَةِ وَهَذَا احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ الْمُتَأَخِّرِينَ: إِنَّهُ يَقُولُ قَبْلَ التَّكْبِيرِ، وَمَنْهُمْ الْفَقِيهَ أَبُو الْلَيْثِ، انْتَهَى. وَيَسْتَعِينُ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ، وَالْأَوَّلَى أَنْ يَقُولَ: أَسْتَعِينُ بِاللَّهِ، لِيُوَافِقَ الْقُرْآنَ، وَيُقَرِّبَ مِنْهُ أَعْوُدُ بِاللَّهِ. ثُمَّ التَّعَوُّذُ تَبَعٌ لِلْقِرَاءَةِ دُونَ الثَّنَاءِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ حَتَّى يَأْتِيَ بِهِ الْمَسْبُوقُ دُونَ الْمُقْتَدِي، وَيُؤَخَّرُ عَنْ تَكْبِيرَاتِ الْعِيدِ، وَيَقْرَأُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ، هَكَذَا تُقَالُ فِي الْمَشَاهِيرِ، وَيُسْرُ بِهَمَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يَجْهَرُ بِالتَّسْمِيَةِ عِنْدَ الْجَهْرِ بِالْقِرَاءَةِ، ثُمَّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَأْتِي^{٨٤٦} بِهَا فِي أَوَّلِ كُلِّ رَكْعَةٍ كَالْتَعَوُّذِ، وَعَنْهُ أَنَّهُ يَأْتِي بِهَا احتياطاً، وَهُوَ قَوْلُهُمَا، وَلَا يَأْتِي بِهَا بَيْنَ الْفَاتِحَةِ وَالسُّورَةِ إِلَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَإِنَّهُ يَأْتِي بِهَا فِي صَلَاةِ الْمُخَافَةِ.

ثُمَّ يَقْرَأُ فَاتِحَةَ الْكِتَابِ وَسُورَةً أَوْ ثَلَاثَةَ آيَاتٍ مِنْ أَيِّ سُورَةٍ شَاءَ، فَقِرَاءَةُ الْفَاتِحَةِ لَا تَتَعَيَّنُ رُكْنًا عِنْدَنَا، وَكَذَا ضَمُّ السُّورَةِ إِلَيْهَا خِلَافاً لِلشَّافِعِيِّ فِي الْفَاتِحَةِ، وَمَالِكٍ فِيهِمَا، وَإِذَا قَالَ الْإِمَامُ: وَلَا الضَّالِّينَ قَالَ: آمِينَ، وَيَقُولُهَا الْمُؤْتَمُّ، وَعِنْدَ مَالِكٍ يَقُولُهَا الْمُؤْتَمُّ وَلَا يَقُولُهَا الْإِمَامُ وَيُخَفِّفُهَا، وَالْمَدُّ وَالْقَصْرُ فِيهِ وَجْهَانِ وَالتَّشْدِيدُ خَطَأٌ فَاحِشٌ.

ثُمَّ يَكْبُرُ وَيَرْكَعُ، وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ يُكَبِّرُ مَعَ الْإِنْخِطَاطِ وَيَحْذِفُ التَّكْبِيرَ حَذْفاً أَيْ لَا يَمُدُّ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ الْمَدِّ فَإِنَّ الْمَدَّ فِي أَوَّلِهِ خَطَأٌ مِنْ حَيْثُ الدِّينُ [١٧٧ظ] لِكَوْنِهِ اسْتِفْهَاماً، وَفِي آخِرِهِ لَحْنٌ مِنْ حَيْثُ اللَّغَةُ. وَيَعْتَمِدُ بِيَدَيْهِ عَلَى رُكْبَتَيْهِ، وَيَفْرَجُ بَيْنَ أَصَابِعِهِ، وَلَا يُنْدَبُ إِلَى التَّفْرِيجِ إِلَّا فِي هَذِهِ الْحَالَةِ لِيَكُونَ أَمْكَنُ مِنَ الْأَخْذِ، وَلَا إِلَى الضَّمِّ إِلَّا فِي حَالَةِ السُّجُودِ، وَفِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ يُتْرَكُ عَلَى الْعَادَةِ، وَيَبْسُطُ ظَهْرَهُ وَلَا يَرْفَعُ رَأْسَهُ وَلَا يَنْكَسُهُ، وَيَقُولُ: سُبْحَانَ رَبِّي الْعَظِيمِ ثَلَاثًا وَذَلِكَ أَدَانُهُ، ثُمَّ يَرْفَعُ وَيَقُولُ: سَمِعَ اللَّهُ لِمَنْ حَمَدَهُ، وَيَقُولُ الْمُؤْتَمُّ: رَبَّنَا لَكَ الْحَمْدُ، وَلَا يَقُولُهَا الْإِمَامُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَ: يَقُولُهَا فِي نَفْسِهِ، وَلَا يَأْتِي الْمُؤْتَمُّ بِالتَّسْمِيَةِ عِنْدَنَا خِلَافاً لِلشَّافِعِيِّ. وَالْمُنْفَرِدُ يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا فِي الْأَصَحِّ، وَإِنْ كَانَ يُرَوِّى الْاِكْتِفَاءَ بِالتَّسْمِيَةِ وَيُرَوِّى بِالتَّحْمِيدِ، وَالْإِمَامُ بِالذَّلَالَةِ عَلَيْهِ آتٍ بِهِ مَعْنًى.

ثُمَّ إِذَا اسْتَوَى قَائِماً كَبَّرَ وَسَجَدَ، وَالْاِسْتَوَاءُ قَائِماً لَيْسَ بِفَرْضٍ، وَكَذَا الْجُلُوسَةُ بَيْنَ السَّجْدَتَيْنِ وَالطَّمَأْنِينَةُ فِي الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَفْتَرِضُ ذَلِكَ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، ثُمَّ الْقَوْمَةُ وَالْجُلُوسَةُ سُنَّةٌ عِنْدَهُمَا وَكَذَا الطَّمَأْنِينَةُ فِي تَخْرِيجِ الْجُرْجَانِي، وَفِي تَخْرِيجِ الْكَرْخِي وَاجِبَةٌ، حَتَّى تَجِبَ سَجْدَتَا السَّهْوِ بِتَرْكِهَا عِنْدَهُ. وَيَعْتَمِدُ بِيَدَيْهِ عَلَى الْأَرْضِ وَوَضَعَ وَجْهَهُ بَيْنَ كَفْيَيْهِ وَيَدَيْهِ حِذَاءَ أُذُنَيْهِ وَسَجَدَ عَلَى أَنْفِهِ وَجَبْهَتِهِ فَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى إِحْدَاهُمَا جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ: لَا يَجُوزُ الْاِقْتِصَارُ عَلَى الْأَنْفِ إِلَّا مِنْ عَذْرِ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْهُ، وَوَضَعَ الْيَدَيْنِ وَالرُّكْبَتَيْنِ سُنَّةٌ^{٨٤٧} عِنْدَنَا، وَأَمَّا وَضْعُ الْقَدَمَيْنِ فَقَدْ ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ أَنَّهُ فَرِيضَةٌ فِي السُّجُودِ.

فَإِنْ سَجَدَ عَلَى كُورٍ عِمَامَتَهُ وَفَاضِلِ ثَوْبِهِ جَازٍ. وَيُيَدِّي ضَبْعَيْهِ وَيَجَافِي بَطْنَهُ عَنْ فَخْذَيْهِ، وَقِيلَ إِذَا كَانَ فِي الصَّفِّ لَا يَجَافِي كَيْ لَا يُوْذِي جَارَهُ. وَيُوجِّهُ أَصَابِعَ رِجْلَيْهِ نَحْوَ الْقِبْلَةِ، وَيَقُولُ فِي سَجُودِهِ سُبْحَانَ رَبِّي الْأَعْلَى ثَلَاثًا

^{٨٤٦} ل م: تأتي.

^{٨٤٧} م س — سُنَّة.

وذلك أدناه، ويستحبُّ أن يزيد على الثلاث في الركوع والسجود بعد أن يختم بالوتر. فإن كان إماماً لا يزيد على وجه يملّ القوم كيلاً يؤدّي إلى التنفير. ثمَّ تسبيحات الركوع والسجود سنّة. والمرأة تنخفض في سجودها وتلرز بطنها بفخذها.

ثمَّ يرفع رأسه ويكبر، فإذا اطمأنَّ جالساً كبر وسجد. ولو لم يستوِ جالساً وسجد أخرى أجزأه عند أبي حنيفة ومحمد. وتكلّموا في مقدار الرّفع، والأصحُّ أنّه إن كان إلى السجود أقرب لا يجوز، لأنّه يُعدّ جالساً وإن كان إلى الجلوس / [١٨٠] أقرب جاز لأنّه يُعدّ جالساً. فإذا اطمأنَّ ساجداً كبر واستوى قائماً على صدور قدميه، ولا يقعد ولا يعتمد بيديه على الأرض، وقال الشافعي يجلس جلسة خفيفة ثمَّ ينهض معتمداً على الأرض.

وفعل في الثانية مثل ما فعل في الركعة الأولى إلا أنّه لا يستفتح ولا يتعوّذ ولا يرفع يديه إلا في التكبيرة الأولى خلافاً للشافعي في الركوع والرّفع منه. وإذا رفع رأسه من السجدة الثانية في الركعة الثانية افترش رجلها اليسرى وجلس عليها ونصبت اليمنى نصباً ووجّه أصابعه نحو القبلة ووضع يديه على فخذه وبسط أصابعه وتشهد. فإن كانت امرأة جلست على أليّتها اليسرى وأخرجت رجلها^{٨٤٨} من الجانب الأيمن.

والتشهد: التحيّات لله والصلوات والطّيبات السّلام عليك أيّها النبيّ ورحمة الله وبركاته إلخ، وهذا تشهد عبد الله بن مسعودٍ فإنّه قال: أخذ رسول الله بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القرآن وقال: قل: «التحيّات لله إلخ»^{٨٤٩} والأخذ بهذا أولى من الأخذ بتشهد ابن عبّاس رضي الله عنهما، وهو قوله: التحيّات المباكات الصلوات الطيبات لله سلامٌ عليك أيّها النبيّ ورحمة الله وبركاته، سلامٌ علينا إلخ. ولا يزيد في التشهد على ما هو المأثور، لأنّه ذكر منظومٌ فيراعى المنقول ولا يزيد عليه، ذكرها في باب الإحرام من كتاب الحج. ولا يزيد على هذا في القعدة الأولى. ويقرأ في الركعتين الآخرين بفاتحة الكتاب وحدها، وهذا بيان الأفضل، هو الصّحيح. وهذا احترازٌ عنّا روى الحسن عن أبي حنيفة أنّ القراءة في الآخرين واجبة، حتّى لو تركها ساهياً تلزمه سجدة السّهو، كذا في العناية. وجلس في الأخير كما جلس في الأولى، ولا يتورّك كما مال إليه مالك، وتشهد، وهو واجبٌ عندنا، وصلى على النبيّ عليه السّلام، وهو ليس بفرضٍ عندنا خلافاً للشافعيّ أي في التشهد والصّلاة فإنّهما فرضٌ عنده. ثمَّ الصّلاة على النبيّ عليه السّلام خارج الصّلاة واجبة إمّا مرّةً كما قاله الكرخي، أو كلّما ذُكر النبيّ صلى الله عليه وسلّم كما اختاره الطحاوي.

ودعا بما شاء ممّا يشبه ألفاظ القرآن والأدعية المأثورة، ولا يدعو بما يشبه كلام النّاس. وما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله: اللهمّ زوجني / [١٨٠ ظ] فلانة^{٨٥٠} يشبه كلامهم، وما يستحيل كقول: اللهمّ اغفر لي ليس من كلامهم. وقوله: اللهمّ ارزقني من قبيل الأوّل لاستعمالها فيما بين العباد، يقال رزق الأمير الجيش. ثمَّ يسلم عن يمينه فيقول السّلام عليكم ورحمة الله، وعن يساره مثل ذلك، وينوي من يمينه من الرجال والنساء والحفظة، وكذلك في الثّانية، ولا ينوي النّساء في زماننا ولا من لا شركة له في صلاته، وهو الصّحيح. وفي

^{٨٤٨} م: رجلها.

^{٨٤٩} مسلم، صلاة، ٥٩.

^{٨٥٠} ن م: فلانة؛ ل: فإنّه. | الموصول المتقدم مبتدأ و جملة يشبه خبره، وكذلك المتأخر و جملة ليس من كلامهم خبر.

العناية وهذا احترازٌ عمّا قال الحاكم الشهيد إنّه ينوي جميع الرجال والنساء من يشاركه ومن لا يشاركه ليكون على وفق سلام التشهد يعني في قوله: السّلام علينا وعلى عباد الله الصّالحين، انتهى.

ولا بدّ للمقتدي من نيّة إمامه، فإن كان الإمام في الجانب الأيمن أو الأيسر نواه فيهما، وإن كان بجذائه نواه في الأولى عند أبي يوسف ترجيحاً للجانب الأيمن، وعند محمّد وهو رواية عن أبي حنيفة نواه فيهما، لأنّه ذو حظٍّ من الجانبين. والمنفرد ينوي الحفظة لا غير، لأنه ليس معه سواهم. والإمام ينوي بالتسليمتين وهو الصّحيح. وفي العناية احترازٌ عمّا قال بعضهم: إنّ الإمام ينوي في التسليمة الأولى لا غير، انتهى. ولا ينوي في الملائكة عدداً محصوراً لأنّ الأخبار في عددهم قد اختلف فأشبه الإيمان بالأنبياء عليهم السّلام، ثمّ إصابة لفظة السّلام واجبة عندنا، وليست بفرضٍ، خلافاً للشافعي.

فصل في القراءة

ويجهر في القراءة في الفجر والركعتين الأوليين من المغرب والعشاء إن كان إماماً ويخفي في الآخرين، هذا هو المتوارث. وإن كان منفرداً فهو مخيّر إن شاء جهر وأسمع نفسه، وإن شاء خافت، والأفضل هو الجهر. ويخفيها الإمام في الظهر والعصر وإن كان بعرفة، وفي عرفة خلافاً لمالك، ويجهر في الجمعة والعيدين، وفي التطوّع بالنّهار يخافت، وفي الليل يتخيّر. ومن فاتته العشاء فصلاها بعد طلوع الشمس إن أمّ فيها جهر، وإن كان وحده خافت، ولا يتخيّر هو الصّحيح. وفي بعض الشّروح وقيل: الصّحيح أن يتخيّر، وأن يكون الجهر أفضل كما في الوقت، لأنّ القضاء يكون على وفق الأداء، وفي العناية ان هذا مخالفٌ لما ذكره شمس الأئمة [١٩٠] السرخسيّ وفخر الإسلام وقاضي خان والتمرتاشي والمجوي في شروحه **للجامع الصغير** فإنّهم قالوا: الجهر أفضل، وفيه تفصيلٌ في العناية فليرجع إليه.

ومن قرأ في العشاء في الأوليين السّورة ولم يقرأ بفاتحة الكتاب لم يُعدّ في الآخرين وإن قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الآخرين الفاتحة والسّورة وجهر، وهذا عند أبي حنيفة ومحمّد رحمهما الله، وقال أبو يوسف: لا يقضي واحدةً منهما. ثم ذكر ههنا يعني في **الجامع الصغير** ما يدل على الوجوب، لأنّه قال: قرأ فيكون بمنزلة الأمر بل أكّد، وفي الأصل أي **المبسوط** بلفظ الاستحباب، لأنّه قال: إذا ترك السّورة في الأوليين أحبّ إليّ أن يقضيها ويجهر بهما، هو الصّحيح. وفي العناية: احترازٌ عمّا روى ابن سماعه عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنّه يجهر بالسّورة خاصّةً، انتهى.

ثمّ المخافتة أن يُسمع بها نفسه، والجهر أن يُسمع غيره، وهذا عند الهندواي؛ لأنّ مجرد حركة اللسان لا يسمّى قراءة بدون الصوت، وقال الكرخي: أدنى الجهر أن يسمع نفسه وأدنى المخافتة تصحيح الحروف؛ لأنّ القراءة فعل اللسان دون الصّماخ، وفي لفظ **الكتاب** أي **القدوري** إشارةً إلى هذا، حيث قال: إن شاء جهر وأسمع نفسه، فلمّا فسّر الجهر كونه مسموعاً لا بدّ وأن يكون المخافتة ما لم يكن مسموعاً وقيل المراد من **الكتاب المبسوط**، حيث قال: وإن كان وحده وكان صلاة يجهر فيها بالقراءة قرأ في نفسه إن شاء جهر وأسمع نفسه، كذا في العناية مع تفصيل في المقام. وعلى هذا الأصل كلّ ما يتعلق بالنطق كالطلاق والعناق والاستثناء وغير ذلك كالنذر وسجدة التلاوة وقراءة الجنب القرآن والتّسمية على الذبيحة.

وأدنى ما يجزئ من القرآن في الصّلاة آية عند أبي حنيفة، وقالوا: ثلاث آيات قصارٍ أو آية طويلة، وفي السّفر يقرأ بفاتحة الكتاب وأيّ سورة إن شاء، وهذا إذا كان على عجلة من السّير. وإن كان على أمانةٍ وقرارٍ يقرأ في الفجر

نحو سورة البروج وانشقت، ويقرأ في الجهر في الحضر في الركعتين بأربعين آية أو خمسين سوى فاتحة الكتاب،/[١٩ظ] ويروى من أربعين إلى ستين ومن ستين إلى مائة، وبكل ذلك ورد الأثر. ووجه التوفيق أنه يقرأ في الراغبين مائة وبالكسالى أربعين وبالأوساط ما بين خمسين إلى ستين، وقيل: يُنظر إلى طول الليالي وقصرها وإلى كثرة الاشتغال وقتلتها. وفي الظهر مثل ذلك، وقال في الأصل أو دونه. والعصر والعشاء سواء، يقرأ فيهما بأوساط المفصل. وفي المغرب دون ذلك، يقرأ فيها بقصار المفصل.

والعصر والعشاء يُستحب فيهما التأخير، ويطول الركعة الأولى في الفجر على الثانية، وركعتا الظهر سواء عندهما، وقال محمد أحب إلي أن يطول الركعة في الأولى على الثانية في الصلوات كلها، وليس في شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها لا يجوز غيرها. ويكره أن يؤقت شيء من القرآن لشيء من الصلوات. ولا يقرأ المؤتم خلف الإمام خلافاً للشافعي في الفاتحة، ويستحسن على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد، ويكره عندهما لما فيه من الوعيد، ويستمتع وينصت وإن قرأ الإمام آيات للترغيب والترهيب، وكذلك في الخطبة، وكذلك إن صلى على النبي عليه السلام لفرضية الاستماع، إلا أن يقرأ الخطيب قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا صَلُّوا عَلَيْهِ﴾ الآية^{٨٥١} فيصلي السامع في نفسه واختلفوا في النائي عن المنبر، والأحوط هو السكوت إقامة لفرض الإنصات.

باب الإمامة

الجماعة سنة مؤكدة، وأولى الناس بالإمامة أعلمهم بالسنة، وعن أبي يوسف أقرؤهم، فإن تساؤوا فأقرؤهم فإن تساوا فأورعهم فإن تساوا فأسنهم. ويكره تقديم العبد والأعرابي والفساق والأعمى وولد الزنا، وإن تقدموا جاز. ولا يطول الإمام بهم الصلاة، وتكره الجماعة للنساء وحدهن، وإن فعلن قامت الإمام وسطهن كالغرة، قال في العناية في أنهم إذا أرادوا الصلاة بجماعة وقف الإمام وسطهن وفي أن الأفضل لكل من النساء والعراة أن يصلي وحده، خلا أن العراة يصلي كل منهن منفرداً قاعداً بإيماء^{٨٥٢} دون النساء، أنهى.

ومن صلى مع واحد أقامه عن يمينه، وعن محمد أنه يضع أصابعه عند/[٢٠و] عقب الإمام، والأول هو الظاهر، وإن صلى خلفه أو في يساره جاز و هو مسيء لأنه خالف السنة. وإن أم اثنين تقدم عليهما، وعن أبي يوسف أنه يتوسطهما ونقل ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنهما.

ولا يجوز للرجال أن يقتدوا بامرأة أو صبي، وفي التراويح والسُنن المطلقة جوزه مشايخ بلخ، ولم يجوز مشايخنا، ومنهم من حقق الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في النقل المطلق، والمختار وهو قول أبي يوسف أنه لا يجوز في الصلوات كلها، لأن نفل الصبي دون نفل البالغ لأنه لا يلزمه القضاء بالإجماع، ولا يُبنى القوي على الضعيف، بخلاف المظنون لأنه مجتهد فيه، وبخلاف اقتداء الصبي بالصبي فإنه يجوز، والمراد بالمظنون إذا قام إلى الخامسة

^{٨٥١} أحزاب، ٥٦/٣٣.

^{٨٥٢} ن س - بإيماء؛ م: بإيمائه.

بعد التشهد ساهياً أنه القعدة الأولى، ثم اقتدى به إنسانٌ يصحُّ مع أنه اقتداءً مفترضٌ بمتنفلٍ، قلنا: إذا قام إلى الخامسة زعم أنه^{٨٥٣} أسقط الفرض عنه، فكذا زعم المقتدي فقد توافقا في الأصل، كذا في بعض الشروح.

ويصفى الرجال ثم الصبيان ثم النساء، فإن حاذته امرأة وهما مشتركان في صلاةٍ واحدةٍ فسدت صلاته إن نوى الإمام إمامتها، والقياس أن لا تفسد وهو قول الشافعي اعتباراً بصلاتها حيث لا تفسد. وإن لم ينو إمامتها لم تضره أي المحاذاة، ولا تجوز صلاتها، لأن الاشتراك لا يثبت دونها خلافاً لزفر، فإن عنده نية إمامتها ليست بشرطٍ، وإنما يشترط نية الإمامة إذا ائتمت محاذية، وإن لم يكن بجنبها رجلٌ ففيه روايتان، والفرق على إحداهما أن الفساد في الأول لازم، وفي الثاني محتمل. ومن شرائط المحاذاة أن تكون الصلاة مشتركة وأن تكون مطلقة، وأن تكون المرأة من أهل الشبهة، وأن لا يكون بينهما حائل.

ويكره لمن حضور الجماعات يعني الشؤاب منهن خوف الفتنة، ولا بأس للعجوز أن تخرج في الفجر والمغرب والعشاء، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: يخرجن في الصلوات كلها، وفي العيد بالإجماع. / [٢٠ ظ]

ولا يصلي الطاهر خلف من هو في معنى المستحاضة، ولا الطاهرات خلف المستحاضة ولا يصلي القارئ خلف الأمي، ولا المكتسبي خلف العاري. ويجوز أن يؤم المتيمم المتوضئين، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد وزفر: لا يجوز. ويؤم الماسح الغاسلين ويصلي القائم خلف القاعد، وقال محمد: لا يجوز. ويصلي المومئ خلف مثله إلا أن يومئ المؤتم قاعداً والإمام مضطجعا. ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومئ، وفيه خلاف زفر. ولا يصلي المفترض خلف المتنفل ولا من يصلي فرضاً خلف من يصلي فرضاً آخر، وعند الشافعي يصح في جميع ذلك. ويصلي المتنفل خلف المفترض.

ومن اقتدى بإمامٍ ثم علم أن إمامه محدث أعاد الصلاة، وفيه خلاف الشافعي. ويجوز اقتداء الحنفي بالشافعي،^{٨٥٤} وإذا علم المقتدي منه ما يزعم فساد صلاته كالفصد ونحوه لا يجوز الاقتداء به وسنذكر هذه المسألة في باب صلاة الوتر، وقال أبو اليسر: الاقتداء بشافعي المذهب غير جائز من غير أن يطعن في دينهم لما روى مكحول النسفي في كتاب سماء الشعاع عن أبي حنيفة أن من يرفع يديه عند الركوع وعند رفع الرأس منه تفسد صلاته، وجعل ذلك عملاً كثيراً، فصلاتهم فاسدة عندنا، فلا يصح الاقتداء بهم. وفيه نظر، لأن فساد الصلاة عند رفع الرأس من الركوع برفع اليدين لا يمنع صحة الاقتداء لجواز صلاة الإمام إذ ذاك، كذا في العناية مع تفصيل فيه فليرجع إليه.

وإذا صلى أمي يقوم يقرأون ويقوم أميين فصلاتهم فاسدة عند أبي حنيفة، وقالوا: صلاة الإمام ومن لا يقرأ تامة كما إذا أم العاري عراً ولا بسين حيث تصح صلاة الإمام مع العراة ولا تصح اللابسين بالاتفاق. وقال ابن الهمام: وعلى هذا الخلاف^{٨٥٥} إذا أم الأخرس قارئين وخرساً وأمثالها ممّا إذا أم المعذور والمومئ مثلها وأعلى منهما حيث تصح صلاة الإمام ومن بحاله / [٢١ و] اتفاقاً انتهى. ولو كان يصلي الأمي وحده والقارئ وحده جاز هو الصحيح. وفي العناية احتراز عمّا ذكر أبو حازم أن قياس أقوال أبي حنيفة أن لا يجوز صلاته، وهو قول مالك، انتهى.

^{٨٥٣} ل: أن به.

^{٨٥٤} ل م: الشفعوية.

^{٨٥٥} ل م: وهذا على الخلاف.

فإن قرأ الإمام في الأولين ثم قَدَم في الآخرين أميًّا فسدت صلاتهم، وقال زفر: لا تفسد، وكذا على هذا لو قَدَمه في التشهد.

فرع: أمهم زماناً ثم قال: إنّه كان كافراً أو صليّ مع العلم بالنجاسة المانعة، أو بلا طهارة ليس عليهم إعادة؛ لأنّ خبره غير مقبول في الديانات لفسقه باعترافه، كذا في فتح القدير.^{٨٥٦}

باب الحدث في الصلاة

ومن سبقه الحدث في الصلّة انصرف، فإن كان إماماً استخلف وتوضّأ وبنى. والقياس أن يستقبل وهو قول الشافعي. والاستئناف أفضل، وقيل إنّ المنفرد يستقبل والإمام والمقتدي يبني، والمنفرد إن شاء أتمّ في منزله وإن شاء عاد إلى مكانه، والمقتدي يعود إلى مكانه إلّا أن يكون إمامه قد فرغ أو لا يكون بينهما حائل.

ومن ظنّ أنّه أحدث فخرج من المسجد ثمّ علم أنّه لم يحدث استقبل الصلّة، وإن لم يكن خرج من المسجد يصلي ما بقي، والقياس فيهما الاستقبال، وهو رواية عن محمّد. وإن كان استخلف فسدت، وهذا بخلاف ما إذا ظنّ أنّه افتتح على غير وضوء وانصرف حيث تفسد صلاته وإن لم يخرج، ومكان الصفوف في الصحراء له حكم المسجد. ولو تقدم محدث قُدّامه فالحدّ السترة وإن لم تكن فمقدار الصفوف خلفه. وإن كان منفرداً فمواضع السجود من كلّ جانب.

وإن جُزّ أو نام فاحتلم أو أغمي عليه استقبل، وكذلك إذا قهقه. وإن خصّر الإمام عن القراءة فقدّم غيره أجزأهم عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يجزئهم. ولو قرأ مقدار ما يجوز به الصلاة لا تجوز بالإجماع. وإن سبقه الحدث بعد التشهد توضّأ وسلم. وإن تعمّد الحدث في هذه الحالة أو تكلم أو عمل عملاً ينافي الصلّة تمّت صلاته ولا إعادة عليه.

وإن رأى المتبصّر الماء في صلاته بطلت صلاته، وإن رآه بعد ما قعد قدار التشهد، أو كان ماسحاً فانقضت مدة مسحه، أو خلع خفيه بعمل يسير، أو كان أميًّا فتعلم سورة، أو عرياناً فوجد ثوباً، أو مومئاً فقدّر على الركوع والشّجود، أو تذكّر [٢١ ظ] فائتة عليه قبل هذه، أو أحدث الإمام القارئ فاستخلف أميًّا، أو طلعت الشمس في الفجر، أو دخل وقت العصر في الجمعة، أو كان ماسحاً على الجبيرة فسقطت عن بُرء، أو كان صاحب عذرٍ فانقطع عذره، كالمستحاضة ومن بمعناها بطلت الصلّة في قول أبي حنيفة، وقالوا: تمّت صلاته. وقيل: الأصل فيه أنّ الخروج من الصلاة بصنع المصلي فرضٌ عنده، وعندهما ليس بفرض. فاعتراض هذه العوارض عنده في هذه الحالة كاعتراضها في خلال الصلّة، وعندهما كاعتراضها بعد التّسليم.

ومن اقتدى بإمام بعد ما صلّ ركعة فأحدث الإمام فقدّمه أجزأه. والأولى للإمام أن يقدّم مدرّكاً، لأنّه أقدر على إتمام صلاته، وينبغي لهذا المسبوق أن لا يتقدّم لعجزه عن التّسليم، فلو تقدّم بيتدئ من حيث انتهى إليه الإمام لقيامه مقامه، وإذا انتهى إلى السّلام يقدّم مدرّكاً يسلم بهم. فلو أنّه حين أتمّ صلاة الإمام قهقه أو أحدث متعمّداً أو تكلم أو خرج من المسجد فسدت صلاته، وصلاة القوم تامّة. والإمام الأوّل إن كان فرغ لا تفسد صلاته، وإن لم يفرغ

^{٨٥٦} ل م ن - فرع ... الخ.

تفسد، وهو الأصح. فإن لم يحدث الإمام الأوّل وقعد قدر التشهد ثمّ قهقه أو أحدث متعمّداً فسدت صلاة الذي لم يدرك أوّل صلاته عند أبي حنيفة، وقالوا: لا تفسد. وإن تكلم أو خرج من المسجد لم تفسد في قولهم جميعاً، وينتقض وضوء الإمام لوجود القهقهة في حرمة الصلاة.

ومن أحدث في ركوعه أو سجوده تَوْضُأً وبني، ولا يعتدّ بالتي أحدث فيها. ولو كان إماماً فقدّم غيره دام المقدم على الركوع يعني لا يلزم المقدم أن يقوم من ركوعه ثمّ يركع ثانياً بل يتقدّم علي هيئة ركوعه، ويلبث ساعة ثمّ يقوم ويتم الباقي، كذا في بعض الشُّروح. ولو ذكر وهو راكع أو ساجد أنّ عليه سجدةً فانحطّ من ركوعه أو رفع رأسه من سجوده فسجدها يعيد الركوع والسجود وهذا بيان الأولي / [٢٢و] ليقع الأفعال مرتبةً بالقدر الممكن. وإن لم يعد أجزأه، وعن أبي يوسف أنّه يلزمه إعادة الركوع لأنّ القومة عنده فرض. ومن أمّ رجلاً واحداً فأحدث وخرج من المسجد فالمأموم إمامٌ نوى أو لم ينو، ويتمّ الأوّل صلاته مقتدياً بالثاني كما إذا استخلفه حقيقةً، ولو لم يكن خلفه إلّا صبيٌّ أو امرأة قيل تفسد صلاته لاستخلاف من لا يصلح للإمامة، وقيل: لا تفسد لعدم وجود الاستخلاف قصداً، وهو لا يصلح للإمامة.

باب ما يفسد الصلاة وما يُكره فيها

ومن تكلم في صلاته عامداً أو ساهياً بطلت صلاته خلافاً للشافعيّ في الخطأ والنسيان. ولا يفسدها السّلام ساهياً، ولو تعمّده يفسدها. فإنّ أنّ فيها أو تأوّه أو بكى فارتفع بكأؤه فإن كان من ذكر الجنّة أو النار لم يقطعها، وإن كان من وجعٍ أو مصيبةٍ قطعها، وعن أبي يوسف أنّ قوله: آه لا يفسد في الحالين، وأوه^{٨٥٧} يفسد. وقيل: الأصل عنده أنّ الكلمة إذا اشتملت على حرفين وهما زائدتان أو إحداها لا تفسد، وإن كانتا أصليتين تفسد، والحروف الزوائد جمعوها في قولهم: «اليوم تنساه». وهذا لا يقوى، لأنّ كلام النّاس هو المفسد، وكلام النّاس في متفاهم العرف يتبع وجود حروف الهجاء وإفهام المعنى، ويتحقق ذلك في حروف كلّها زوائد. وفي هذا المقام تفصيلٌ في الشُّروح ولكن تركناه لئلا نخرج عن مقصودنا، ومن رام الوقوف عليه فليراجع^{٨٥٨} إلى العناية وغيرها.

وإن تنحنح بغير عذرٍ بأن لم يكن مدفوعاً إليه أي لم يكن مضطراً بل كان لتحسين الصّوت وحصل به حروفٌ ينبغي أن يفسد عندهما، وإن كان بعذرٍ فهو عفوٌ كالعطاس والجشأ إذا حصل به حروفٌ. ومن عطس فقال له آخر: يرحمك الله وهو في الصّلاة فسدت صلاته، لأنّه يجري في مخاطبات النّاس فكان من كلامهم، بخلاف ما إذا قال العاطس أو السّامع: الحمد لله على ما قالوا، لأنّه لم يتعارف جواباً. وإن استفتح ففتح عليه رجل في صلاته فسدت صلاته،^{٨٥٩} ومعناه أن يفتح المصلّي على غير إمامه لأنّه تعلّم وتعلّم فكان من كلام النّاس. / [٢٢ظ] ثمّ محمّد شرط التكرار في الأصل أي المبسوط ولم يشترط في الجامع الصغير. وإن فتح على إمامه لم يكن كلاماً استحساناً، وينوي الفتح على إمامه دون القراءة، هو الصّحيح. لأنّه مرخّص فيه، وقراءته ممنوع عنها. وقوله: هو الصّحيح احترازٌ عمّا زعم بعض أصحابنا أنّه ينوي القراءة دون الفتح، كذا في بعض الشُّروح.

^{٨٥٧} لغاته أكثر من عشرة كما في الرضا، مجمع الأثر، ١/١١٨.

^{٨٥٨} س: فليرجع.

^{٨٥٩} أي صلاة كل منهما، اللكنوي، ١/٢٦٥.

ولو كان الإمام انتقل إلى آية أخرى تفسد صلاة الفاتح، ويفسد صلاة الإمام لو أخذ بقوله. وينبغي للمفتدي أن لا يعجل بالفتح، ولالإمام أن لا يلجئهم إليه بأن يردد الآية أو يقف ساكناً بل يركع إذا شاء أو أنه أو ينتقل إلى آية أخرى.

ولو أجاب في الصلاة بلا إله إلا الله فهذا كلامٌ مفسدٌ عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يكون مفسداً، وهذا الخلاف فيما إذا أراد جوابه، والاسترجاع على الخلاف^{٨٦٠} في الصحيح. وإن أراد إعلامه أنه في الصلاة لم تفسد بالإجماع. ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر أو التطوع فقد نقض الظهر، ولو افتتح الظهر بعد ما صلى ركعة منها فهي هي وبجزء بتلك الركعة.

وإذا قرأ الإمام من المصحف فسدت صلاته عند أبي حنيفة، وقالوا: هي تامة إلا أنه يكره، ولو لم يقرأ من المصحف بل تلقن من غيره تفسد بالاتفاق. وأورد صاحب الهداية لهذه المسألة دليلين أحدهما أن حمل المصحف والنظر إليه وتقليب الأوراق عملٌ كثيرٌ مفسدٌ، والثاني أن التلقن من المصحف يفسد كالتلقن من غيره، ثم قال: وعلى هذا أي على الوجه الثاني لا فرق بين الموضوع والمحمول،^{٨٦١} وعلى الأول يفتقان. ولو نظر إلى مكتوب وفهمه فالصحيح لا تفسد صلاته بالإجماع، بخلاف ما إذا حلف لا يقرأ كتاب فلان حيث يبحث بالفهم عند محمد، وسيجيء في كتاب الأيمان.

وإن مرّت امرأة بين يدي المصلي لم يقطع الصلاة إلا أن المارّ آثم، وإنما يَأْثَمُ إذا مرّ في موضع سجوده على ما قيل، ولا يكون بينهما حائلٌ ويحاذي أعضاء المارّ أعضاءه لو^{٨٦٢} كان يصلي على الدكان [٢٣و] وينبغي لمن يصلي في الصحراء أن يتخذ أمامه سترةً، ومقدارها ذراعٌ فصاعداً، وقيل ينبغي أن يكون في غلط الأصبع ويقرب من السترة ويجعل السترة على حاجبه الأيمن أو الأيسر. وسترة الإمام سترة للقوم، ويعتبر الغرز دون الإلقاء^{٨٦٣} والخط. ويدراً المارّ إذا لم يكن بين يديه سترة أو مرّ بينه وبين السترة، ويدراً بالإشارة أو يدراً بالتسبيح ويكره الجمع بينهما.

فصل [في مكروهات الصلاة]

ويكره للمصلي أن يعبث بثوبه أو بجسده، ولا يقلّب الحصى إلا أن لا يمكنه من السجود فيسويّه مرّة. ولا يُفَرِّقُ أصابعه ولا يتخصّر وهو وضع اليد على الخاصرة ولا يلتفت. ولو نظر بمؤخر عينيه بمنّة ويسرّة من غير أن يلوي عنقه لا يُكره. ولا يُقْعَى ولا يفتش ذراعيه. والإقعاء أن يضع أليتيه على الأرض وينصب ركبتيه نصباً هو الصحيح. وهو احترازٌ عن التفسير الآخر وهو أن ينصب قدميه كما يفعل في السجود ويضع أليتيه على عقبه، لأن الكلب لا يقعي كذلك وإنما يُقْعَى مثل ما ذكر في الكتاب إلا أنه ينصب يديه والأدمي ينصب ركبتيه إلى يده، كذا في العناية.

^{٨٦٠} س: خلاف.

^{٨٦١} أي المصحف الموضوع في مكان أو محمول في يد.

^{٨٦٢} ل: ولو.

^{٨٦٣} ل: إلقاء.

ولا يرد السَّلام بلسانه لأَنَّهُ كَلَامٌ، ولا بيده لأنه سلامٌ معنًى حتى لو صافح بِنَيْهِ التَّسْلِيم تفسد صلاته، ولا يترتَّب إلَّا من عذرٍ، ولا يعقص شعره وهو أن يجمع شعره على هامته ويشدَّه بخيطٍ أو بصمغٍ ليتلبَّد، ولا يكفُّ ثوبه، ولا يسدُّل ثوبه والسَّدل أن يجعل ثوبه على رأسه أو كتفيه ثمَّ يرسل أطرافه من جوانبه، ولا يأكل ولا يشرب، فإن أكل أو شرب عامداً أو ناسياً فسدت صلاته.

ولا بأس بأن يكون مقام الإمام في المسجد وسجوده في الطَّاق، ويكره أن يقوم في الطَّاق، ويكره أن يكون الإمام وحده على الدُّكان وكذا على القلب في ظاهر الرواية. ولا يجوز الاقتداء من سطح المسجد بمن تحته، ذكره في الفصل الآتي. ولا بأس بأن يصلي إلى ظهر رجلٍ قاعدٍ يتحدث، ولا بأس بأن يصلي وبين يديه سيفٌ معلقٌ أو مصحفٌ معلقٌ. وفي العناية: إمَّا أورد هذه المسألة لأن من العلماء / [٢٣ظ] مَنْ كره ذلك، فقال: [أما السيف فإنه] ^{٨٦٤} آلة الحرب، وفي الحديد بأسٌ شديدٌ فلا يليق تقديمه في مقام الابتهاال، وقيل: هو قول ابن عمر رضي الله عنهما، وفي استقبال المصحف تشبُّه بأهل الكتاب فإنهم يفعلون ذلك بكتبهم، وقيل: هو قول إبراهيم النخعي، انتهى.

ولا بأس بأن يصلي على بساطٍ فيه تصاوير ولا يسجد على التصاوير، وأطلق محمَّد الكارهي في الأصل، لأنَّ المصليَّ معظَّم. ويكره أن يكون فوق رأسه في السَّقْف أو بين يديه أو بحذاءه تصاوير أو صورةٌ معلقةٌ. ولو كانت الصُّورة صغيرةً بحيث لا تبدو للنَّظر لا يكره. ولو كان التمثال مقطوع الرأس أي ممحُوَّ الرأس فليس بتمثالٍ، لأنَّه لا يعبد بدون الرأس فصار كما إذا صلى إلى شمعٍ أو سراجٍ على ما قالوا.

ولو كانت الصورة على وسادةٍ ملقاةٍ أو على بساطٍ مفروشٍ لا يكره، لأنَّها تداس وتوطأ بخلاف ما إذا كانت الوسادة منصوبةً أو كانت على السترة لأنَّه تعظيمٌ لها. وأشدُّها كراهةً أن تكون أمام المصليَّ، ثمَّ من فوق رأسه، ثمَّ على يمينه، ثمَّ على شماله، ثمَّ على خلفه.

ولو لبس ثوباً فيه تصاوير يكره، ولو صلى وبقربه نجاسةٌ تكره، ذكرها في باب من يجوز دفع الصدقة إليه من الرِّكاة. والصَّلَاة جائزةٌ في جميع ذلك لاستجماع شرائطها، وتعاد ليقع الأداء على وجهٍ غير مكروء. وهو الحكم في كل صلاةٍ أُدِّيت مع الكراهة، ولا يكره تمثال غير ذي الرُّوح، لأنَّه لا يعبد.

ولا بأس بقتل الحيَّة والعقرب في الصَّلَاة، ويستوي جميع الحيات، وهو الصَّحيح. وفي العناية احترازٌ عن قول الفقيه أبي جعفرٍ: إن الحيات منها ما يكون من سواكن البيوت، وهي جنَّةٌ ومنها ما لا يكون منها، والأولى هي الَّتِي تكون صورتها بيضاء ولها ضفيران، تمشي مستويةً، وقتلها لا يباح لقوله عليه السَّلام: «إيَّاكم والحيَّة البيضاء فإنَّها من الجنِّ» ^{٨٦٥} من غير فصلٍ بين الصَّلَاة وغيرها، فلا تقتل في غيرها أيضاً إلَّا بعد الإنذار، بأن قال: خلِّ طريق المسلمين، فإن أُنِي قُتِل. والثَّانية وهي الَّتِي يضرب لوغها إلى السَّود وفي مشيتها التواءٌ، قال الطَّحاوي: الفرق بينهما فاسدٌ لأنَّه

^{٨٦٤} هذه العبارة التي أضفناها بين القوسين ليس بوجود في النسخ، ولعلَّ المصنِّف اختصر في الكلام ولكنَّا أضفناها ليتَّمَّ فهم المعنى؛ انظر: العناية، ٤١٤/١.

^{٨٦٥} لم نجد بهذا اللفظ ولكن روى البخاري: حدثنا أبو النعمان، حدثنا جرير بن حازم، عن نافع، أن ابن عمر رضي الله عنهما، كان يقتل الحيات كلها، حتى حدَّته أبو لبابة البدريُّ أن النبي ﷺ «نحى عن قتل جنَّات البيوت، فأمسك عنها»، قال مصطفى البغا ف شرحه: (جنان) جمع جانٌّ وهي الحيَّة البيضاء أو الرقيقة أو الصغيرة، انظر: صحيح البخاري: ٤٠١٦.

عليه السلام أخذ على الحريّ العهد والمواثيق / [٢٤و] بأن لا يظهرُوا لأمتِهِ في صورة الحيّة ولا يدخلوا بيوتهم، فإذا نقضوا العهد يباح قتلها، وهو مختار شمس الأئمة والمصنّف لإطلاق ما روينا، انتهى.

ويكره عدُّ الآي والتّسبيحات باليد في الصّلاة وكذا عدُّ السّور، وعن أبي يوسف ومحمد أنّه لا بأس بذلك في الفرائض والنّوافل جميعاً.

فصل

ويكره استقبال القبلة بالفرج^{٨٦٦} في الخلاء، والاستدبار يُكره في رواية ولا يكره في رواية^{٨٦٧} وتكره المجامعة والبول والتخلّي فوق المسجد. ولا بأس بالبول فوق بيت فيه مسجد. والمراد ما أُعدّ للصّلاة في البيت. ويكره أن يُغلق باب المسجد، وقيل لا بأس به إذا خيف على متاع المسجد في غير أوان الصّلاة.

ولا بأس بأن ينقش المسجد بالحصى والسّاج وماء الذهب. قوله لا بأس به إشارة إلى أنه لا يؤجر عليه لكن لا يأثم به. وقيل هو قُرْبَة، وهذا إذا فعل من مال نفسه. أمّا المتولّي فيفعل من مال الوقف ما يرجع إلى أحكام البناء دون ما يرجع إلى النّقش، حتى لو فعل ضَمَنَ. والتدبير^{٨٦٨} فيما يتعلّق بالمسجد لأهله دون غيره كنصب الإمام واختيار المتولّي وفتح بابهِ وإغلاقه وتكرار الجماعة إذا سبقهم بما غير أهلِهِ يعني لهم أن يصلّوا ثانياً بالجماعة، ذكرها في باب ما يحدث الرّجل في الطّريق من الجنايات وفي العناية يعني إذا لم يكن الباني موجوداً وأمّا إذا كان فنصب الإمام وهو مختار الإسكاف. قال أبو الليث وبه نأخذ إلا أن ينصب شخصاً والقوم يريدون من أصلح منه، ويجوز أن يكون المصنّف اختار قول ابن سلام أن القوم أولى بنصب الإمام والمؤذن، والباني أولى بالعمارة، انتهى.

باب صلاة الوتر

الوتر واجب عند أبي حنيفة، وقالوا: سنّة لظهور آثار السّنن فيه حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذّن له. وله قوله عليه السلام «إنّ الله تعالى زادكم صلاةً ألا وهي صلاة الوتر فصلّوها ما بين العشاء إلى طلوع الفجر»^{٨٦٩} أمر، وهو للوجوب، ولهذا وجب القضاء بالإجماع. وإنّما لم يكفر جاحده لأنّ وجوبه ثبت بالسّنة، / [٢٤ظ] وهو المعنيّ بما روي عنه أنّه سنّة وهو يؤدّي في وقت العشاء فاكتفي بأذانه وإقامته، وفي هذا المحلّ زيادة تفصيلٍ ذكرت في العناية وغيرها، وقد تركناها لكونها خارجة عن مقصدنا فليرجع إليها.

والوتر ثلاث ركعات لا يُفصل بينهنّ بسلام، وحكى الحسن البصريّ إجماع المسلمين على الثّلاث وهو أحد أقوال الشّافعيّ، وفي قول للشّافعيّ يوتر بتسليمتين وهو قول مالك. ويقتن في الثّالثة قبل الرّكوع، وقال الشّافعيّ: بعده. ويقتن في جميع السّنّة خلافاً للشّافعيّ في غير النّصف الأخير من رمضان.

^{٨٦٦} ل: في الفرج.

^{٨٦٧} م س - ولا يكره في رواية.

^{٨٦٨} س - والتدبير ... الخ الفصل.

^{٨٦٩} أحمد، ٢٧١/٢٩.

ويقرأ في كل ركعة من الوتر بفاتحة الكتاب وسورة. والقراءة واجبة في جميع ركعات الوتر للاحتياط، فإن فيه شبهة السنية لثبوت فرضيتها بالسنة، وسيدكر هذه المسألة في باب النوافل في الفصل الآتي فيه.

وإذا أراد أن يقنت كبر ورفع يديه وقت، ولا يقنت في صلاة غيرها خلافاً للشافعي في الفجر فإن قنت الإمام في صلاة الفجر يسكت من خلفه عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يتابعه، ثم قيل: يقف قائماً ليتابعه فيما يجب متابعتة، وقيل يقعد تحقيقاً للمخالفة، والأول أظهر، ودلت المسألة على جواز الاقتداء بالشفعية وعلى المتابعة في قراءة القنوت في الوتر، والمختار في القنوت الإخفاء لأنه دعاء.

باب النوافل

السنة ركعتان قبل الفجر، وأربع قبل الظهر، وركعتان بعدها، وأربع قبل العصر، وإن شاء ركعتين، وركعتان بعد المغرب، وأربع قبل العشاء، وأربع بعدها، وإن شاء ركعتين، والأصل فيه قوله عليه السلام: «من ثابر على اثني عشرة ركعة في اليوم والليلة بنى الله تعالى له بيتاً في الجنة»^{٨٧٠} وفسره أي النبي عليه السلام على نحو ما ذكر في الكتاب يعني المبسوط أو مختصر القدوري غير أنه لم يذكر أي النبي عليه السلام الأربع قبل العصر فلهذا سماه محمد في الأصل أي المبسوط حسناً، وخير أي بين الأربع واثنتين لاختلاف الآثار، والأفضل هو الأربع. ولم يذكر أي النبي عليه السلام / [٢٥] الأربع قبل العشاء، ولهذا كان مستحباً لعدم المواظبة. وذكر فيه أي في الحديث ركعتين بعد العشاء وفي غيره ذكر الأربع أي في حديث ابن عمر رضي الله عنهما فلهذا خير محمد، إلا أن الأربع أفضل خصوصاً عند أبي حنيفة على ما عُرِف من مذهبه. والأربع قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا، كذا قال النبي عليه السلام،^{٨٧١} وفيه خلاف الشافعي.

ونوافل النهار إن شاء صلى بتسليمة ركعتين وإن شاء أربعاً، وتكره الزيادة على ذلك. وأمّا نافلة الليل قال أبو حنيفة إن صلى ثماني ركعات بتسليمة جاز، ويكره الزيادة على ذلك. وقالوا: لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة، وفي الجامع الصغير لم يذكر الثماني في صلاة الليل. والأفضل في الليل عند أبي يوسف ومحمد مثنى مثنى، وفي النهار أربع أربع، وعند الشافعي مثنى مثنى فيهما، وعند أبي حنيفة فيهما أربع أربع.

وكل شفيع صلاة على حدة في النفل، والقيام إلى الثالثة بمنزلة تحريم مبتدأة، ولهذا لا تجب بالتحريم الأولى إلا ركعتان في المشهور عن أصحابنا، ولهذا قالوا: يستفتح في الثالثة وذكرها في الفصل الآتي.

^{٨٧٠} مسلم، صلاة المسافرين وقصرها ١٠١-١٠٢؛ أبو داود، التطوع، ١.

^{٨٧١} انظر: أبا داود، باب الأربع قبل الظهر وبعده، ١٢٧٠.

فصل

القراءة في الفَرْض واجبة^{٨٧٢} في الركعتين، وقال الشافعي: في الركعات كلّها وقال مالك في ثلاث ركعات. وهو مخير في الأخيرتين، معناه إن شاء سكت وإن شاء سبّح، كذا روي عن أبي حنيفة، وهو المأثور عن عليّ وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم إلا أن الأفضل أن يقرأ.

والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر، ومن شرع في نافلة ثم أفسدها قضاها، وقال الشافعي: لا قضاء عليه. وإن صلى أربعاً وقرأ في الأوليين وقعد ثم أفسد الآخرين قضى ركعتين، وهذا إذا كان أفسد الآخرين بعد الشروع فيهما، ولو أفسد قبل الشروع في الشفع الثاني لا يقضى الآخرين، وعن أبي يوسف أنه يقضي اعتباراً للشروع بالنذر، فإن من قطع الأربع المندور به يقضيها، فكذا هذا. وعلى هذا سنة الظاهر لأنها نافلة، وقيل يقضى أربعاً احتياطاً، لأنها بمنزلة صلاة واحدة.

وإن صلى أربعاً ولم يقرأ فيهن شيئاً أعاد ركعتين وهذا عند أبي حنيفة [٢٥ ظ] ومحمد، وعند أبي يوسف يقضى أربعاً. وهذه المسألة على ثمانية أوجه، وقال صاحب العناية: وهذه تُلَقَّب بالمسألة الثمانية، والوجه الآتية فيها ستة عشر، والمصنف ترك الأول لأن الكلام في أقسام الفساد بترك القراءة، والتي يقرأ في جميعها ليست منها، وتداخلت منها سبعة أوجه في الباقية لاتحاد الحكم فعادت ثمانية، وعليك بتمييز المتداخلة بالتفتيش في الأقسام المذكورة في الكتاب، انتهى. وفيه زيادة تفصيل فليرجع إليه.

والأصل فيها أن عند محمد ترك القراءة في الأوليين أو في أحدهما يوجب بطلان التحريم، لأنها تُعَقَد للأفعال، وعند أبي يوسف ترك القراءة في الشفع الأول لا يوجب بطلان التحريم، وإنما يوجب فساد الأداء لأن القراءة ركن زائد ألا يرى أن للصلاة وجوداً بدونها غير أنها لا صحة للأداء إلا بها، وفساد الأداء لا يزيد على تركه فلا تبطل التحريم. وعند أبي حنيفة ترك القراءة في الأوليين يوجب بطلان التحريم وفي إحداهما لا يوجب، لأن كل شفع من التطوع صلاة على حدة، وفسادها بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا بالفساد في حق وجوب القضاء، وحكمنا ببقاء التحريم في حق لزوم الشفع الثاني احتياطاً.

إذا ثبت هذا فنقول: إذا لم يقرأ في الكل قضى ركعتين عندهما، وعند أبي يوسف يفسد الكل بترك القراءة فيه، فعليه قضاء الأربع عنده. ولو قرأ في الأوليين لا غير فعليه قضاء الآخرين بالإجماع. ولو قرأ في الأوليين وإحدى الآخرين فعليه قضاء الآخرين بالإجماع. ولو قرأ في الأولىين وإحدى الآخرين فعليه قضاء الأربع عند أبي يوسف، وكذا عند أبي حنيفة. وعند محمد عليه قضاء الأولىين، وقد أنكر أبو يوسف هذه الرواية عنه، أي رواية محمد هذه المسألة عنه، وقال لمحمد رويت لك عن أبي حنيفة أنه يلزمه قضاء ركعتين، ومحمد لم يرجع عن روايته عنه. ولو قرأ في إحدى الأولىين [٢٦ و] لا غير قضى أربعاً عندهما، وعند محمد ركعتين. ولو قرأ في إحدى الآخرين لا غير قضى أربعاً عند أبي يوسف، وعنهما ركعتين، قال أي

^{٨٧٢} أي لازمة وفريضة، البنائة، ٦٢٤/٢.

محمَّد في الجامع الصغير: وتفسير قوله عليه السَّلام: «لا يصلي بعد صلاة مثلها»^{٨٧٣} يعني ركعتين بقراءة، وركعتين قراءة، فيكون لبيان فرضية القراءة في ركعات النفل كلّها.

ويصلي النافلة قاعداً مع القدرة على القيام، واختلفوا في كيفية القعود، والمختار أن يقعد كما يقعد في حالة التَّشهد. وإن افتتحها قائماً ثمَّ قعد من غير عذرٍ جاز عند أبي حنيفة وهذا استحسان، وعندهما لا يجوز وهو قياسٌ. ولو نذر أن يصلي قائماً لم يجز له أن يصلي قاعداً، ولو لم ينصَّ على القيام لم يلزمه القيام عند بعض المشايخ. ومن كان خارج المصّر يتنقّل على دابّته إلى أيّ جهةٍ توجهت يومئٍ إماءً. والسُّنن الرواتب نوافل، وعن أبي حنيفة أنّه ينزل لسنة الفجر، والتقييد بخارج المصّر ينفي اشتراط السفر والجواز في المصّر، وعن أبي يوسف أنّه يجوز في المصّر أيضاً. وإن افتتح التطوع راكباً ثمَّ نزل يني. وإن صلّى ركعةً نازلاً ثمَّ ركب استقبل، وعن أبي يوسف أنّه يستقبل إذا نزل أيضاً، وكذا عن محمَّد إذا نزل بعد ما صلّى ركعةً، والأصحُّ هو الظاهر.

فصل في قيام رمضان

يستحبُّ أن يجتمع النَّاس في شهر رمضان بعد العشاء، فيصلّي بهم إمامهم خمسَ ترويجات كلّ ترويجة بتسليمتين، ويجلس بين كلّ ترويحتين مقدار ترويجة، ثمَّ يُوتر بهم. ذكر لفظ الاستحباب والأصحُّ أنّها سنةٌ، كذا روى الحسن عن أبي حنيفة.

والسنة فيها الجماعة لكن على وجه الكفاية، حتى لو امتنع أهل المسجد عن إقامتها كانوا مسيعين. ولو أقامها البعض فالتخلف عن الجماعة تاركٌ للفضيلة. والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويجة، وكذا بين الخامسة وبين الوتر لعادة أهل الحرمين. قال في العناية: وأهل الحرمين لا يجلسون، فإنَّ أهل مكة يطوفون عن ترويحتين أسبوعاً، وأهل المدينة يصلُّون بدل ذلك أربع ركعات، وأهل كلّ بلدةٍ بالخيار يسبحون أو يهلّلون أو ينتظرون سكوتاً. وإنَّما يستحب الانتظار / [٢٦ظ] بين كلّ ترويحتين لأنَّ التراويح مأخوذٌ من الرَّاحة، فيفعل ما قلنا^{٨٧٤} تحقيقاً للمسمّى، انتهى. واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات وهو نصف التَّراويح، وليس بصحيحٍ أي ليس يستحب.

وقوله ثمَّ يوتر بهم يشير إلى أنّ وقتها بعد العشاء قبل الوتر، وبه قال عامة المشايخ، والأصحُّ أنّ وقتها بعد العشاء إلى آخر الليل قبل الوتر وبعده، لأنَّها نوافل سنّت بعد العشاء. ولم يذكر قدر القراءة، وأكثر المشايخ على أنّ السنة فيها الختم مرّةً، فلا يترك لكسل القوم بخلاف ما بعد التَّشهد من الدعوات حيث يتركها لأنَّها ليست بسنة ولا يصلي الوتر جماعة في غير شهر رمضان، عليه أجماع المسلمين.

^{٨٧٣} رواه ابن أبي شيبة موقوفاً عن عمر رضي الله عنه، انظر: نصب الرأية، ١٤٨/٢.

^{٨٧٤} ل: تشاء.

باب إدراك الفريضة

ومن صَلَّى ركعة من الظهر ثم أُقيمت أي شرع الإمام في الصَّلَاة يصلي ركعةً أخرى ثم يدخل مع القوم. وإن لم يقبِد الأولى بالسَّجدة يقطع ويشرع مع الإمام، هو الصحيح. قال العلامة ابن الهمام: إليه مال فخر الإسلام واحترز به عن مختار شمس الأئمة أنه يتم ركعتين، انتهى.

ولا يقطع في النفل، بل يتم شفعا. ولو كان في السُّنة قبل الظُّهر والجمعة فأقيم أو خطب يقطع على رأس الركعتين، يروى ذلك عن أبي يوسف وقد قيل يتمُّها. وإن كان قد صَلَّى ثلاثاً من الظُّهر يتمُّها، ولو كان في الثَّالثة بعدُ ولم يقبِدْها بالسَّجدة يقطعها ويتخير، أي إذا أَرَادَ القطع فهو بالخيار إن شاء عاد وقعد وسَلَّم، وإن شاء كَبَّر قائماً^{٨٧٥} ينوي الدُّخول في صلاة الإمام. وإذا أتمَّها يدخل مع الإمام، والذي يصلي معهم نافلة. فإن صَلَّى من الفجر ركعةً ثم أُقيمت يقطع ويدخل معهم، وكذلك إذا قام إلى الثَّانية قبل أن يقبِدْها بالسَّجدة، وبعد الإتمام لا يشرع في صلاة الإمام لكرهية النَّفل، وكذا بعد العصر، وكذا بعد المغرب في ظاهر الرِّواية. وهذا احترازٌ عما روي عن أبي يوسف أنه يصلي أربعاً، ثلاثاً مع الإمام وركعةً بعد ما يفرغ الإمام، كذا في العناية.

ومن دخل مسجداً قد أُذِنَ فيه يُكره له أن يخرج حتى يصلي إلا إذا كان ينتظم به أمر جماعته أي في مسجدٍ آخر بأن كان إمامه / [٢٧و] أو مؤذنه أو من يقوم بأمر جماعةٍ يتفرقون ويقبلون بغيبته، كذا في بعض الشُّروح. وإن كان قد صَلَّى وكان ما^{٨٧٦} يصليه الظُّهر أو العشاء فلا بأس بأن يخرج إلا إذا أخذ المؤذن في الإقامة، وإن كانت العصر أو الفجر أو المغرب خرج وإن أخذ فيها لكرهية التَّنفل بعدها.

ومن انتهى إلى الإمام في صلاة الفجر وهو لم يصل ركعتي الفجر إن خشي أن يفوته ركعة ويدرك الأخرى يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد ثم يدخل، وإن خشي فواتهما دخل مع الإمام بخلاف سنة الظُّهر حيث يتركها في الحالين. وأما الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد في تقديمها على الركعتين وتأخيرها عنهما، ولا كذلك سنة الفجر على ما يُبين إن شاء الله تعالى. والتَّقييد بالأداء عند باب المسجد يدلُّ على الكراهية في المسجد إذا كان الإمام في الصَّلَاة، والأفضل في عاتمة السُّنن والنوافل المنزل، هو المروي عن النبي عليه السَّلام.

وإذا فاتته ركعتا الفجر لا يقضيها قبل طلوع الشمس، ولا بعد ارتفاعها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: أحب إلي أن يقضيها إلى وقت الزوال. وفيما بعده اختلاف المشايخ، وفي العناية أي مشايخ ما وراء النَّهر. قال بعضهم: يقضيها تبعاً ولا يقضيها مقصودةً، وقال بعضهم: لا يقضيها مطلقاً، قيل: وهو الصحيح، انتهى. وأما سائر السُّنن سواها فلا تقضى بعد الوقت وحدها. واختلف المشايخ في قضائها تبعاً للفرض، وفي العناية قال بعضهم: يقضيها، وقال بعضهم: لا يقضيها، وهو الصحيح، انتهى.

ومن أدرك من الظُّهر ركعةً ولم يدرك الثلاث فإنه لم يصل الظُّهر بجماعةٍ، وقال محمد: قد أدرك فضل الجماعة. ومن أتى مسجداً قد صَلَّى فيه فلا بأس بأن يتطوَّع قبل المكتوبة ما بدا له ما دام في الوقت، ومراده إذا كان

^{٨٧٥} م: فإتما.

^{٨٧٦} ل - ما.

في الوقت سعة، وإن كان فيه ضيق تركه، قيل هذا في غير سنة الظهر والفجر، لأنّ لهما زيادة مزية، وقيل: هذا في الجميع، والأولى أن لا يتركها في الأحوال كلّها لكونها مكملات للفرائض إلّا إذا خاف فوت الوقت، ومن انتهى إلى الإمام في ركوعه فكبر ووقف [٢٧ظ] حتّى رفع الإمام رأسه من الركوع لا يصير مدركاً لتلك الركعة خلافاً لرفر، ولو ركع المقتدي قبل إمامه فأدركه الإمام فيه جاز، وقال زفر لا يجوز.

باب قضاء الفوائت

ومن فاتته صلاة قضاها إذا ذكرها، وقدمها على فرض الوقت. والأصل أنّ الترتيب بين الفوائت وفرض الوقت مستحقّ عندنا أي واجب، وعند الشافعيّ مستحبّ. ولو خاف فوت الوقت يقدّم الوقتية ثمّ يقضيها، لأنّ الترتيب يسقط بضيق الوقت، وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت كيلاً يؤدّي إلى تفويت الوقتية. ولو قدّم الفاتّة جاز بخلاف ما إذا كان في الوقت سعة وقدم الوقتية حيث لا يجوز.^{٨٧٧}

ولو فاتته صلوات ربّتها في القضاء كما وجبت في الأصل إلّا أن يزيد الفوائت على ستّ صلوات فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت نفسها كما يسقط بينها وبين الوقتية. وحّد الكثرة أن تصير الفوائت ستّاً بخروج وقت الصلاة السادسة، وهو المراد بالمذكورة في الجامع الصّغير، وهو قوله: وإن فاتته أكثر من صلاة يومٍ وليلة أجزاء التي بدأ بها، لأنّه إذا زاد على يومٍ وليلة تصير ستّاً. وعن محمّد أنّه اعتبر دخول وقت السادسة، والأوّل هو الصّحيح.

ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة قيل: تجوز الوقتية مع تذكّر الحديث لكثرة الفوائت، قال في النهاية: وعليه الفتوى وقيل: لا تجوز، ويجعل الماضي كأن لم يكن زجراً عن التهاون. ولو قضى بعض الفوائت حتّى قلّ ما بقي عاد الترتيب عند البعض، وهو الأظهر. فإنّه روي عن محمّد فيمن ترك صلاة يومٍ وليلة وجعل يقضي من الغد مع كلّ وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كلّ حال، والوقتية فاسدة إن قدّمها لدخول الفوائت في حدّ القلة. وإن أخرها فكذلك إلّا العشاء الأخيرة لأنّه لا فائتة عليه في ظلّه حال أدائها.

ومن صلّى العصر وهو ذاكر أنّه لم يصلّ الظهر فهي فاسدة إلّا إذا كان في آخر الوقت، وهي مسألة الترتيب. وإذا فسدت الفريضة لا يبطل أصل الصلاة [٢٨و] عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمّد يبطل. ثمّ العصر يفسد فساداً موقوفاً، حتّى لو صلّى ستّ صلوات ولم يعد الظهر انقلبت الكلّ جائزاً وهذا عن أبي حنيفة، وعندهما يفسد فساداً باتاً لا جواز له بحال، وقد عُرف ذلك في موضعه، قيل وهو المبسوط.

ولو صلّى الفجر وهو ذاكر أنّه لم يؤتر فهي فاسدة عند أبي حنيفة، خلافاً لهما. وهذا بناءً على أنّ الوتر واجبٌ عنده، سنة عندهما. ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن؛ وعلى هذا إذا صلّى العشاء ثمّ توضّأ فصلّى السنة والوتر ثمّ تبين أنّه صلّى العشاء بغير طهارة، فعنده يعيد العشاء والسنة دون الوتر، وعندهما يعيد الوتر أيضاً لكونه تبعاً للعشاء.

ومن فاتته صلوات ولم يقدر على أدائها بضعف من مرضٍ أو شيخوخة فأوصى لها يفدي عنه وليّه من ثلث ماله، ولا يصلي عنه الولي خلافاً للشافعيّ فإنّه يقول يصوم عنه وليّه. والصلاة كالصوم باستحسان المشايخ، وكلّ

^{٨٧٧} م - ولو قدّم ... حيث لا يجوز.

صلاة تعتبر بصوم يوم، أي يفدي لكل صلاة من مسكين نصف صاع من برٍّ أو صاعاً من تمرٍ أو شعيرٍ هو الصحيح، وستأتي هذه المسألة في كتاب الصوم. وقال صاحب العناية قوله: هو الصحيح احترازاً عما قال محمد بن مقاتل أولاً أنه يطعم عنه لكل صلاة يوم نصف صاع على قياس الصوم، ثم رجع فقال: كل صلاة فرض على حدة بمنزلة صوم يوم، وهو الصحيح، لأنه أحوط، انتهى.

ومن دخل في صلاة التطوع ثم أفسدها قضاها، خلافاً للشافعي، وستأتي هذه في كتاب الصوم. وإذا بلغ الصبي أو أسلم الكافر ثم خرج الوقت ولم يصلها صلاة ذلك الوقت يقضيها، وسيأتي في كتاب الصوم.

باب سجود السهو

يسجد للسهو للزيادة والنقصان سجدين بعد السلام ثم يتشهد ثم يسلم، وهذا السجود مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام، حتى لو سها عن السلام بالقيام إلى الخامسة ساهياً يجبر به. وعند الشافعي يسجد قبل السلام، وهذا الخلاف في الأولوية. وفي العناية: أما لو أتى بها قبل التسليم جاز عندنا أيضاً في رواية/[٢٨ظ] الأصول، وزوي أنه لا يجزئه لأنه أذاه قبل وقته، انتهى. ويأتي بتسليمتين هو الصحيح. قال ابن الهمام: احترازاً عما قاله شيخ الإسلام وقيل الجمهور ومنهم فخر الإسلام: إنه يأتي بتسليمية واحدة، ثم اختار فخر الإسلام كونها تلقاء وجهه ولا ينحرف، انتهى.

ويأتي بالصلاة على النبي عليه السلام، والدعاء أي لنفسه في فعدة السهو هو الصحيح. قوله: هو الصحيح، قال ابن الهمام: احترازاً عما قال الطحاوي في القعدتين لأن كلا منهما آخر، وقيل: قبل السجود عندهما، وعند محمد بعده، وقول الطحاوي أحوط في فتاوى قاضي خان، انتهى.

ويلزمه السهو إذا زاد في صلاته فعلاً من جنسها ليس منها، وهذا أي قوله: ويلزمه، يدل على أن سجدي السهو واجبة هو الصحيح. وهذا احتراز عن قول من قال من أصحابنا: إنه سنة، كذا في العناية. وإذا كان واجباً لا يجب إلا بترك واجب أو تأخير أو تأخير ركن ساهياً، هذا هو الأصل. ويلزمه إذا ترك فعلاً مسنوناً كأنه أراد به فعلاً واجباً إلا أنه أراد بتسميته سنة أن وجوبها بالسنة، أو ترك قراءة الفاتحة أو القنوت أو التشهد أو تكبيرات العيد. ثم ذكر التشهد يحتمل القعدة الأولى والثانية. والقراءة فيهما، وكل ذلك واجب، وفيها سجدة هو الصحيح.

وهذا احتراز عما قيل: قراءة التشهد في القعدة الأولى سنة، وهو وجه القياس ووجه الصحة ما ذكر من المواظبة بلا ترك، كذا في العناية. وإنما يجب بترك الفاتحة إذا تركها في الأوليين، أما في الآخرين فإنه محير فيه إن شاء فعل وإن شاء سكت، إلا أن الأفضل أن يقرأ، ولهذا لا يجب السهو بتركها في ظاهر الرواية، ذكره في باب التوافل.

ولو جهر الإمام فيما يخافت أو خافت فيما يجهر يلزمه سجدة السهو. واختلفت الرواية في المقدار، والأصح قدر ما يجوز فيه الصلاة في الفصلين غير أن ذلك عنده آية واحدة، وعندها ثلاث آيات. وهذا أي وجوب السجدة في الفصلين في الإمام دون المنفرد./[٢٩و] وسهو الإمام يوجب على المؤتم السجود، وإن لم يسجد الإمام لم يسجد المؤتم، وإن سها المؤتم لم يلزم الإمام ولا المؤتم السجود.

ومن سها عن القعدة الأولى ثم تذكر وهو إلى حال القعود أقرب عاد وقعد وتشهد. ثم قيل: يسجد للسهو للتأخير، والأصح أنه لا يسجد كما إذا لم يقم. ولو كان إلى القيام أقرب لم يعد ويسجد للسهو.

وإن سها عن القعدة الأخيرة حتى قام إلى الخامسة رجع إلى القعدة ما لم يسجد وألغى الخامسة وسجد للسهو، وإن قيّد الخامسة بسجدة بطل فرضه عندنا خلافاً للشافعي وتحوّلت صلاته نفلاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد على ما مرّ، يعني به ما ذكره في باب قضاء الفوائت من الاختلاف بينهم. فيضم إليها ركعة سادسة، ولو لم يضم لا شيء عليه. ثم إنّما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند أبي يوسف، وعند محمد برفعه ولم يصحّ مع الحدث، وثمرة الخلاف فيما إذا سبقه الحدث في السجود بنى عند محمد خلافاً لأبي يوسف.

ولو قعد في الرابعة ثم قام ولم يسلم عاد إلى القعدة مالم يسجد للخامسة وسلم. وإن قيّد الخامسة بالسجدة ثم تذكر ضم إليها ركعة أخرى وتم فرضه. وإنما يضم إليها أخرى ليصير الركعتان نفلاً، ثم لا تنوبان عن سنة الظهر، هو الصحيح. احتراز عن قول بعضهم: إنّها تنوبان عن سنة الظهر، روى ابن سماعة عن محمد هكذا، وقيل هو قولهما، كذا في بعض الشروح. ويسجد للسهو استحساناً، ولو قطعها لم يلزمه القضاء. ولو اقتدي به إنسان فيهما يصلي سناً عند محمد وعندهما ركعتين. ولو أفسده المقتدي لا قضاء عليه عند محمد، وعند أبي يوسف يقضي ركعتين.

ومن صلى ركعتين تطوعاً فسها فيهما وسجد للسهو ثم أراد أن يصلي آخرين لم يبن. ومع هذا لو أدى أي المتطوع لو بنى وأدى صح، بخلاف المسافر إذا سجد للسهو ثم نوى الإقامة، لأنه لو لم يبن يبطل جميع الصلاة. ومن سلم وعليه سجدة السهو فدخل رجل في صلاته بعد التسليم فإن سجد الإمام / [٢٩ظ] كان داخلاً وإلا فلا. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: هو داخل سجد الإمام أو لم يسجد. وأصل هذه المسألة أن سلام من عليه سجدة السهو لا يُخرجه عن حرمة الصلاة عند محمد، وهو قول زفر، لا خروجاً موقوفاً ولا باتاً، وعندهما يخرجها خروجاً موقوفاً على معنى أنّه إن سجد بعد السلام حكمنا ببقاء التحريم، وإلا فلا.

إذا عُرف هذا الأصل يجري عليه الفصول، منها مسألة الكتاب، فإنّ عند محمد الاقتداء صحيح على سبيل الثبات وعندهما على سبيل التوقف، ومنها انتفاض الطهارة بالفقهية، عنده ينتقض لبقاء التحريم خلافاً لهما، ومنها تغيير الفرض بنية الإقامة في هذه الحالة، عنده يتغير لكونها في حرمة الصلاة، كما لو نوى قبل السلام، وعندهما لا يتغير لأنها لم تكن في حرمة الصلاة، كذا في العناية في حل ما في الهداية.

ومن سلم يريد قطع الصلاة وعليه سهو فعليه أي يسجد لسهوه، ومن شك في صلاته فلم يدر أثلاثاً صلى أم أربعاً، وذلك أول ما عرض له استأنف، وإن كان يعرض له كثيراً بنى على أكبر رأيه. وإن لم يكن له رأي بنى على اليقين، والاستقبال بالسلام أولى يعني إذا استأنف فالاستئناف بالسلام أولى. وعند البناء على الأقل يقعد في كل موضع يتوهم أنّه آخر صلاته كيلا يصيرنا تاركاً للفرض.

وفي فتح القدير في الاختلاف بين الإمام والقوم في السهو: ففي فتاوى قاضي خان: صلى وحده أو إمام صلى بقوم فلما سلم أخبره عدل أنك صليت الظهر ثلاثاً، قالوا: ان كان عند المصلي أنّه صلى أربعاً لا يلتفت الى قول المخبر، وإن شك في أنه صادق أو كاذب روي عن محمد رحمه الله أنّه لا يعيد صلاته، وإن لم يكن المخبر عدلاً لا يُقبل قوله. ولو وقع الاختلاف بين الإمام والقوم، فقالوا: صليت ثلاثاً، قال: بل أربعاً فإن كان على يقين لا يعيد الصلاة بقولهم، وإن لم يكون على يقين يأخذ بقولهم. فإن اختلف القوم فقال بعضهم ثلاثاً، وقال بعضهم / [٣٠] أربعاً، والإمام مع أحد الفريقين يؤخذ بقول الإمام وإن كان معه واحد. فإن أعاد الإمام الصلاة وأعادوا معه مقتدين به صح، لأن الإمام إن كان الصادق كان اقتداء المتنقل بالمتنقل وإلا فاقْتداء المفترض بالمفترض. فلو استيقن واحد من القوم أنه صلى ثلاثاً واستيقن واحد أنّه صلى أربعاً والإمام والقوم في شك ليس على الإمام والقوم شيء لمعارضة

المستيقن بالنقصان المستيقن بالتَّمام. والظاهر بعد الفراغ هو التَّمام وعلى المستيقن بالتَّقص الإعادة. ولو كان الإمام استيقن أنه صَلَّى ثلاثاً كان عليه أن يعيد بالقوم ولا إعادة على مستيقن التَّمام. ولو أَسْتَيْقَنَ واحدٌ بالتَّقصان وشكَّ الإمام والقوم فإن كانوا في الوقت أعادوا احتياطاً، وإن لم يعيدوا لا شيء عليهم إلا إذا استيقن عدلان بالتَّقصان وأخبر بذلك، انتهى.^{٨٧٨}

باب صلاة المريض

وإذا عجز المريض عن القيام صَلَّى قاعداً يركع ويسجد، ثم إذا زال المرض لا يقضيها، بخلاف المقيّد إذا صلى قاعداً مع القيد ثم رفع القيد؛ يقضي ما صلى، وسيذكرها في كتاب الصوم في باب ما يوجب القضاء والكفارة. فإن لم يستطع الركوع والسجود أو أماً إيماءً يعني قاعداً وجعل سجوده أخفض من ركوعه، ولا يُرفع إلى وجهه شيء يسجد عليه، فإن فعل ذلك وهو يخفض رأسه أجزأه لوجود الإيماء، وإن وضع ذلك على جبهته لا يجزئه لانعدامه. فإن لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل رجليه إلى القبلة، وأوماً بالركوع والسجود. وإن استلقى على جنبه ووجهه إلى القبلة جاز، إلا أنّ الأولى هي الأولى عندنا خلافاً للشافعيّ.

فإن لم يستطع الإيماء برأسه؛ أخرت الصلاة عنه، ولا يومئ بعينه ولا بقلبه ولا بحاجبيه خلافاً لزفر. وقوله أخرت إشارة إلى أنّه لا تسقط الصلاة وإن كان العجز أكثر من يوم وليلة إذا كان مفقداً هو الصحيح، احتراز عن قول من يقول: الصحيح أنّه يسقط عنه الصلاة إذا كان العجز أكثر من يوم وليلة / [٣٠ظ] وهو اختيار فخر الإسلام وشيخ الإسلام وقاضي خان وغيرهم، قال في فتاوى قاضي خان: والأول^{٨٧٩} أصح؛ لأنّ مجرد العقل لا يكفي لتوجيه الخطاب، كذا في العناية.

وإن قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام، ويصلي قاعداً يومئ إيماءً، وهو أفضل من الإيماء قائماً. وإن صَلَّى الصحيح بعض صلاته قائماً، ثم حدث به مرضٌ تمّمها قاعداً يركع ويسجد أو يومئ إيماء إن لم يقدر أو مستلقياً إن لم يقدر.

ومن صَلَّى قاعداً يركع ويسجد لمرض، ثم صحّ بنى على صلاته قائماً عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال مجاهد: استقبل. وإن صَلَّى بعض صلاته بإيماء، ثم قدر على الركوع والسجود استأنف في قولهم جميعاً. وقوله: استأنف في قولهم جميعاً يعني العلماء الثلاثة، فإنّ لزفر فيه خلافاً على ما مرّ من أنّ أصله: جواز اقتداء الرّاكع بالمومئ، كذا في العناية.

وإن افتتح التطوّع قائماً ثم أعيا لا بأس بأن يتوكأ على عصاً أو حائطٍ أو يقعد. وإن كان الاتكأ بغير عذرٍ يكره، وقيل لا يكره عند أبي حنيفة، وعندهما يكره. وإن قعد بغير عذرٍ يكره بالاتفاق، وتجوز الصلاة عنده، وعندهما لا يجوز، وقد مرّ في باب النوافل.

^{٨٧٨} س - وفي فتح القدير ... انتهى.

^{٨٧٩} أي عدم وجوب القضاء إذا زاد العجز على يوم وليلة.

ومن صلى في السفينة قاعداً من غير عذرٍ أجزأه عند أبي حنيفة، والقيام أفضل، وقالوا: لا يجزئه إلا من عذرٍ، والخروج أي من السفينة أفضل إن أمكنه. والخلاف في غير المربوطة. والمربوطة كالشطّ هو الصحيح احترازاً عن قول بعضهم بأنه أيضاً على الخلاف. والموثوقة بالبحر في لجة البحر وهي تضطرب، قيل: يحتمل وجهين، والأصح: أن الريح إن كانت تحركها تحريكاً شديداً فهي كالسارية، وإلا فهي كالراسية، كذا في العناية.

ومن أغمي عليه خمس صلواتٍ أو دوغها قضى، وإن كان أكثر من ذلك لم يقض، وهذا استحسان. والقياس أن لا قضاءً عليه إذا استوعب الإغماء وقت صلاة كاملة كما هو قول الشافعي.

والجنون كالإغماء، كذا ذكره [٣١و] أبو سليمان، بخلاف النوم؛ لأن امتداده نادر، فيلحق بالقاصر، وهو ما دون يومٍ وليلة. ثم الزيادة تعتبر من حيث الأوقات عند محمد، وعندها من حيث الساعات، وهو المأثور عن عليّ وابن عمر رضي الله عنهما. وقال أبو جعفر: الزيادة تعتبر عند أبي يوسف من حيث الساعات، وهو رواية عن أبي حنيفة، وعند محمد: من حيث الصلوات ما لم تصر الصلوات ستاً لا يسقط عنه القضاء، وإن كان من حيث الساعات أكثر من يوم وليلة.

وإنما تظهر ثمره الخلاف فيما إذا أغمي عليه عند الضحوة، ثم أفارق من الغد قبل الزوال ساعة؛ فهذا أكثر من يوم وليلة من حيث الساعات، فلا قضاء عليه في قول أبي يوسف، وعلى قول محمد: يجب عليه القضاء؛ لأن الصلوات لم تزد على خمس، والمذكور في الكتاب من كون الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد هو المذكور في أصول فخر الإسلام ومبسوط شيخ الإسلام، كذا في العناية.

باب سجود التلاوة

سجود التلاوة في القرآن أربعة عشر: في آخر الأعراف، وفي الرعد، والنحل، وبني إسرائيل، ومريم، والأولى في الحج، والفرقان، والنمل، و{آلم تنزيل}، وص، وحام السجدة، والنجم، و{إذا السماء انشقت}، و{اقرأ}. كذا كتب في مصحف عثمان رضي الله عنه، وهو المعتمد. والسجدة الثانية في الحج للصلاة عندنا، وموضع السجدة في {حم السجدة} عند قوله تعالى: {لا يسأمون} في قول عمر رضي الله عنه، وهو المأخوذ للاحتياط.

والسجدة واجبة في هذه المواضع على التالي والسامع، سواء قصد سماع القرآن أو لم يقصد. ولا تجب على الحائض بتلاوتها كما لا تجب بسماعها، بخلاف الجنب حيث تجب عليه بالقراءة وبالسمع، وتجب على من سمع منهما.

وإذا تلا الإمام السجدة سجدها وسجد المأموم معه، وإذا تلا المأموم لم يسجد الإمام ولا المؤتم في الصلاة ولا بعد الفراغ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يسجدونها إذا فرغوا. [٣١ظ]

ولو سمعها أي السجدة التي تلاها المقتدي رجل خارج الصلاة سجدها، هو الصحيح. وهذا احتراز عن قول بعضهم: إنه على الاختلاف: لا يسجدونها عندهما، ويسجد عند محمد. كذا في العناية.

وإن سمعوا وهم في الصلاة من رجل ليس معهم في الصلاة لم يسجدوها في الصلاة، وسجدوها بعدها. ولو سجدها في الصلاة لم تجزئهم، وأعادوها، ولم يعيدوا الصلاة. وفي النوادر: تفسد الصلاة، وقيل: هو قول محمد. فإن قرأها الإمام، وسمعها رجل ليس معه في الصلاة، فدخل معه بعدما سجدها الإمام لم يكن عليه أن يسجدها. وإن دخل معه قبل أن يسجدها سجدها معه كما إذا لم يسمعها. وإن لم يدخل معه سجدها.

وكلُّ سجدةٍ وجبت في الصلاة ولم يسجد بها فيها لم تُقْضَ خارج الصلاة. ومن تلا آية سجدةٍ فلم يسجد بها حتى دخل في صلاةٍ، فأعادها وسجد أجزأته السجدة عن التلاوتين، وهو ظاهر الرواية. وفي النوادر: يسجد أخرى بعد الفراغ. وإن تلاها فسجد ثم دخل في الصلاة فتلاها سجدها.

ومن كرّر تلاوة سجدة واحدة في مجلسٍ واحدٍ أجزأته سجدة واحدة. فإن قرأها في مجلسه فسجد بها ثم ذهب ورجع فقرأها سجدها ثانية، وإن لم يكن سجد للأولى فعليه سجدتان. والأصل فيه: أن مبنى السجدة على التداخل دفعاً للحرَج، وهو تداخلٌ في السبب وهو التلاوة دون الحكم أي السجدة. وإمكانُ التداخل عند اتحاد المجلس لكونه جامعاً للمتفرقات. فإذا اختلف عاد الحكم إلى الأصل.

وفي العناية: ثم اختلف المجلس إنَّما يكون بالذهاب عنه بعيداً، قال مُجَدِّدٌ: إن كان مشى نحواً من عرض المسجد وطوله فهو قريبٌ. وقيل: إن مشى خطوتين أو ثلاثاً فهو قريبٌ، وإن كان أكثر من ذلك فهو بعيدٌ، انتهى.

ولا يختلف بمجرد القيام، بخلاف المخيرة، وسيجيء مسألة المخيرة في كتاب الطلاق. وفي تسدية^{٨٨٠} الثوب يتكرّر الوجوب، وفي المنتقل من غصنٍ إلى غصنٍ كذلك في الأصح، وكذلك في الدّياسة للاحتياط.

ولو تبدّل مجلس السامع دون التالي/[٣٢و] يتكرّر الوجوب، وكذلك إذا تبدّل مجلس التالي دون السامع، والأصح: أنه لا يتكرّر الوجوب على السامع لما قلنا، وهو أن السبب في حقه السماع، ومكانه واحدٌ.

ومن أراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع رأسه اعتباراً بسجدة الصلاة، وهو المروي عن ابن مسعود، ولا تشهد عليه ولا سلام.

ويكره أن يقرأ السورة في صلاة أو غيرها، ويدع آية السجدة، ولا بأس بأن يقرأ آية السجدة، ويدع ما سواها. قال ﷺ: وأحبُّ إليَّ أن يقرأ قبلها آية أو آيتين، واستحسنوا إخفاءها شفقةً على السامعين.

باب صلاة المسافرين

السفر الذي يتغيّر به الأحكام: أن يقصد الإنسان مسيرة ثلاثة أيام ولياليها سير الإبل ومشى الأقدام، وقدر أبو يوسف يومين وأكثر اليوم الثالث، والشافعي يوم وليلة في قول. والسير المذكور هو الوسط، وعن أبي حنيفة: التقدير بالمرحل، وهو قريب من الأول. ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح. وهو احتراز عن قول عامة المشايخ، فإنهم قدروها بالفراسخ، ثم اختلفوا فقال بعضهم: أحد وعشرون فرسخاً، وقال آخرون: ثمانية عشر، وآخرون: خمسة عشر. كذا في العناية.

ولا يعتبر السير في الماء، معناه: ولا يعتبر به السير في البرّ، فأما المعتبر في البحر ما يليق بحاله كما في الجبل، قال في العناية: يعني إذا كان لموضع طريقان: أحدهما في الماء يقطع بثلاثة أيام ولياليها إذا كانت الرياح هادئة، والثاني في البرّ يقطع بيوم أو يومين؛ لا يعتبر أحدهما بالآخر، فإن ذهب إلى طريق الماء قصّر، وإن ذهب إلى طريق البرّ أتم، ولو انعكس انعكس^{٨٨١} الحكم، وإنما المعتبر في البحر ما يليق بحاله، يعتبر السير فيه بثلاثة أيام ولياليها بعد أن كانت

^{٨٨٠} أي خياطة الثوب.

^{٨٨١} ل- انعكس، صحّ هامش.

الريخ مستوية لا ساكنة ولا غالبية كما في الجبل، فإنه يعتبر بثلاثة أيام ولياليها في السير فيه. وإن كانت تلك المسافة في السهل يقطع بما دونها، انتهى.

وفرض المسافر في الرابعة ركعتان لا يزيد عليهما، والشفع الثاني نافلة لا يقضى، ولا يؤثم على تركه. وقال الشافعي: فرضه الأربع، والقصر رخصة / [٣٢ظ] اعتباراً بالصوم.

وإن صلى أربعاً وقعد في الثانية قدر التشهد أجزأته، والأخريان نافلة، ويصير مسيئاً لتأخير السلام. وإن لم يقعد في الثانية قدرها أي قدر قعدة التشهد بطلت.

وإذا فارق المسافر بيوت المصر صلى ركعتين، ولا يزال على السفر حتى ينوي الإقامة في بلدة أو قرية خمسة عشر يوماً أو أكثر. وإن نوى أقل من ذلك قصر، والتقييد بالبلدة والقرية يشير إلى أنه لا يصح بنية الإقامة في المفازة، وهو الظاهر.

ولو دخل مصر على عزم أن يخرج غداً أو بعد غدٍ ولم ينو الإقامة حتى بقي مدة على ذلك سنين قصر. والمسافر يصير مقيماً بمجرد النية ولا يصير المقيم مسافراً إلا بالسفر، ذكره في أوائل كتاب الزكاة. والأسير في دار الحرب تابع لأهلها يصير مقيماً بإقامتهم ومسافراً بسفرهم، ذكره في باب المستأمن من السيّر.

وإذا دخل العسكر أرض الحرب فنووا الإقامة بها قصروا، وكذا إذا حاصروا فيها مدينة، وكذا إذا حاصروا أهل البغي في دار الإسلام في غير مصر، أو حاصروهم في البحر. وعند زفر: تصح في الوجهين إذا كانت الشوكة لهم. وعند أبي يوسف: تصح إذا كانوا في بيوت المدر؛ لأنه موضع إقامة. ونية الإقامة من أهل الكلاء وهم أهل الأخبية قيل لاتصح، والأصح أنهم يقيمون، يروى ذلك عن أبي يوسف.

وإن اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت؛ أتم أربعاً، وإن دخل معه في فائتة لم تجزه. وإن صلى المسافر بالمقيم ركعتين سلم وأتم المقيمون صلاتهم إلا أن المقتدي لا يقرأ أي: في الركعتين الآخرين في الأصح. وهو احتراز عما قال بعض المشايخ من وجوب القراءة فيما يتمون؛ لأنهم منفردون فيه، ولهذا يلزمهم سجود السهو إذا سهوا فيه، فأشبهوا المسبوقين، كذا في العناية.

ويستحب للإمام إذا سلم أن يقول: أتموا صلواتكم فإنما قوم سقر.^{٨٨٢}

وإذا دخل المسافر مصره أتم الصلاة وإن لم ينو المقام فيه. ومن كان له وطن فانتقل منه واستوطن غيره ثم سافر فدخل وطنه الأول قصر. وفي الزیادات: إن من خرج بعياله من مصره / [٣٣و] فما لم يتخذ وطناً آخر يبقى وطنه الأول في حق الصلاة، ذكره في باب اليمين في الدخول والسكنى.

وفي العناية: صورته: كوفي نقل عياله إلى مكة ليستوطن بها فلما دخلها وتوطن بها بدا له أن يرجع إلى خراسان فمر بالكوفة فإنه يصلي بها ركعتين؛ لأن وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة، وإن بدا له في الطريق قبل أن

^{٨٨٢} بفتح السين وسكون الفاء جمع مسافر، البناية، ٢٨/٣.

يدخل مكة أن لا يستوطن مكة ويرجع إلى خراسان فمرَّ بالكوفة فأثَّه يصلي بالكوفة أربعاً؛ لأنَّ وطنه بالكوفة قائم ما لم يتَّخذ وطناً آخر، انتهى.

وإذا نوى الإمام الإقامة في وسط الصلاة يلزم المؤتمُّ أيضاً حكم الإقامة بنية الإمام، فصارت صلاتهم أربعاً بالتزام المتابعة، ذكره في باب سجود السهو.

وإذا نوى المسافر أن يقيم بمكة ومنى خمسة عشر يوماً لم يتمَّ الصلاة إلا إذا نوى أن يقيم بالليل في أحدهما، فيصير مقيماً بدخوله فيه؛ لأنَّ إقامة المرء مضافةً إلى نيَّته.

ومن فاتته صلاة في السفر قضاها في الحضر ركعتين. ومن فاتته في الحضر قضاها في السفر أربعاً. والمعتبر في ذلك آخر الوقت.

والعاصي والمطيع في سفره في الرخصة سواء، وقال الشافعي: سفرُ المعصية لا يفيد الرخصة.
باب الجمعة

لا تصحُّ الجمعة إلا في مصرٍ جامعٍ أو في مصلى مصر، ولا تجوز في القرى. والمصرُّ الجامع: كلُّ موضعٍ له أميرٌ وقاضٍ ينفذُ الأحكام، ويقيم الحدود، وهذا عند أبي يوسف، وعنه: أنهم إذا اجتمعوا في أكبر مساجدهم لم يسعهم، والأول اختيار الكرخي، وهو الظاهر، والثاني اختيار الثلجي^{٨٨٣} والحكم غير مقصور على المصلى، بل يجوز في جميع أودية مصر. وتجوز بمنى إن كان الأمير أمير الحجاز أو كان الخليفة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا الجمعة بمنى ولا الجمعة بعرفات في قولهم جميعاً.

والتقييد بالخليفة وأمير الحجاز؛ لأنَّ الولاية لهما. أما أمير الموسم يلي أمور الحج لا غير. ولا يجوز إقامتها إلى للسلطان أو لمن أمره السلطان، ويجوز له أن يستخلف مكانه آخر وإن لم يفوض إليه، وهذا بخلاف الاستخلاف على القضاء حيث لا يجوز ذلك ما لم يفوض إليه، ذكرها في كتاب أدب القاضي. / [٣٣ظ]

ومن شرائطها الوقت، فتصحُّ في وقت الظهر ولا تصحُّ بعده. ولو خرج الوقت وهو فيها استقبل الظهر ولا يبينه عليها لاختلافهما.

ومنها الخطبة، وهي قبل الصلاة، ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة، ويخطب قائماً على الطهارة. ولو خطب قاعداً أو على غير طهارة جاز إلا أنه يكره. فإن اقتصر على ذكر الله جاز عند أبي حنيفة، وقالوا: لا بُدَّ من ذكرٍ طويلٍ يسمى خطبةً. وقال الشافعي: لا يجوز حتى يخطب خطبتين. وفي شرح ابن الهمام: يكره للخطيب أن يتكلم

^{٨٨٣} ل: البلخي. | والثلجي هو الامام محمد بن الشجاع أحد أصحاب أبي حنيفة ونسبته الى ثلج بالناء المثلثة، البناية، ٥٣/٣.

في حال الخطبة للإخلال بالنظم إلا أن يكون أمراً معروفاً كقضية عمر مع عثمان رضي الله عنهما، وهي معروفة،^{٨٨٤} انتهى.^{٨٨٥}

ومن شرائطها الجماعة، وأقلهم عند أبي حنيفة ثلاثة سوى الإمام، وقالوا: اثنان سواه، قال عليه السلام: والأصح أن هذا قول أبي يوسف وحده. وإن نفر الناس قبل أن يركع الإمام ويسجد إلا النساء والصبيان استقبل الظهر عند أبي حنيفة، وقالوا: إذا نفروا عنه بعدما افتتح الصلاة صلى الجمعة، وإن نفروا عنه بعدما ركع وسجد سجدة؛ بنى على الجمعة في قولهم جميعاً خلافاً لزفر.

ولا تجب الجمعة على مسافرٍ، ولا مريضٍ، ولا عبدٍ، ولا امرأةٍ، ولا أعمى، فإن حضروا وصلوا مع الناس أجزأهم عن فرض الوقت. ويجوز للمسافر والعبد والمريض أن يؤم في الجمعة، وتنعقد بهم الجمعة، وقال زفر: لا يجزئه. ولا يجوز للصبي والمرأة بالاتفاق.

ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلاة الإمام ولا عذر له كره ذلك وجازت صلاته، وقال زفر: لا يجزئه. فإن بدا له أن يحضرها فتوجه والإمام فيها بطل ظهرك عند أبي حنيفة بالسعي، وقالوا: لا تبطل حتى يدخل مع الإمام.

ويكره أن يصلي المعذورون الظهر بجماعة يوم الجمعة في المصر، وكذا أهل السجن، بخلاف أهل السواد أي أهل القرى لأنه لا جمعة عليهم. ولو صلى قوم أي من المعذورين الظهر بجماعة أجزأهم.

ومن أدرك الإمام يوم الجمعة صلى معه ما أدرك، وبنى عليها الجمعة. وإن كان أدركه في التشهد أو في سجود السهو بنى عليها الجمعة عندهما؛ لأنه مدرّك [٣٤] وللجمعة في هذه الحالة حتى يشترط نية الجمعة، وهي ركعتان. وقال محمد: إن أدرك معه أكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة، وإن أدرك أقلها بنى عليها الظهر؛ لأنه جمعة من وجهٍ ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط في حقه، فيصلي أربعاً، ويقعد لا محالة على رأس الركعتين، ويقرأ في الأخيرين لاحتمال التقلية.

وإذا خرج الإمام يوم الجمعة ترك الناس الصلاة والكلام حتى يفرغ من خطبته. قال عليه السلام: هذا عند أبي حنيفة، وقالوا: لا بأس بالكلام إذا خرج الإمام قبل أن يخطب وإذا نزل قبل أن يكبر. وإذا أذن المؤذن الأذان الأول ترك الناس البيع وتوجهوا إلى الجمعة. وإذا صعد الإمام المنبر جلس وأذن المؤذن بين يدي المنبر، بذلك جرى التوارث. ولم يكن على عهد رسول الله عليه السلام إلا هذا الأذان، ولهذا قيل: هو المعتبر في وجوب السعي وحرمة البيع، والأصح: أن المعتبر هو الأول إذا كان بعد الزوال لحصول الإعلام به.

^{٨٨٤} عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب بينما هو قائم في الخطبة يوم الجمعة؛ إذ دخل رجل من المهاجرين الأولين (هو عثمان بن عفان رضي الله عنه)، من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم -، فناداه عمر: أية ساعة هذه؟ قال: إني شغلت فلم أنقلب إلى أهلي، حتى سمعت التأذين، فلم أزد أن توضحأت، فقال: والوضوء أيضاً، وقد علمت أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان بأمر بالغسل؟! انظر: مختصر صحيح البخاري، باب فضل الجمعة، ٤٤٩.

^{٨٨٥} س - و في شرح ابن الهمام ... انتهى.

باب العيدين

وتحب صلاة العيد على من يجب عليه صلاة الجمعة، وفي الجامع الصغير عيدان اجتماعاً في يوم واحد، فالأول سنة، والثاني فريضة، ولا يترك واحد منهما، قال: وهذا أي ما ذكره في الجامع الصغير تنصيباً على السنة، والأول على الوجوب، وهو رواية عن أبي حنيفة، والأول أصح، وتسميته سنة لوجوبه بالسنة.

ويستحب في يوم الفطر أن يطعم قبل أن يخرج إلى المصلى ويغتسل ويستاك ويتطيب ويلبس أحسن ثيابه ويؤدي صدقة الفطر ويتوجه إلى المصلى. ولا يكبر عند أبي حنيفة في طريق المصلى، وعندهما: يكبر اعتباراً بالأضحى.

ولا يتنفل في المصلى قبل صلاة العيد، ثم قيل: الكراهة في المصلى خاصة، وقيل: فيه وفي غيره عامة.

وإذا حلت الصلاة بارتفاع الشمس دخل وقتها إلى الزوال، فإذا زالت الشمس خرج وقتها.

ويصلي الإمام بالناس ركعتين يكبر في الأولى للافتتاح وثلاثاً بعدها ثم يقرأ [٣٤ ط] الفاتحة وسورة، ويكبر تكبيرة يركع بها، ثم يتدأ في الركعة الثانية بالقراءة، ثم يكبر ثلاثاً بعدها، ويكبر تكبيرة يركع بها، وهذا قول ابن مسعود، وهو قولنا. وقال ابن عباس رضي الله عنهما: يكبر في الأولى للافتتاح وخمساً بعدها، وفي الثانية خمساً، ثم يقرأ، وفي رواية: يكبر أربعاً، وظهر عمل العامة بقول ابن عباس لأمر بينه الخلفاء. فأما المذهب فالقول الأول. والشافعي أخذ بقول ابن عباس، إلا أنه حمل المروي على الزوائد، فصارت التكبيرات عنده خمسة عشر أو ستة عشر، وفي هذا محل تفصيل وتحقيق تركناه لخروجه عما التزمناه، فليرجع إلى شروح الهداية.

ويرفع يديه في تكبيرات العيدين، يريد به ما سوى تكبيرتي الركوع، وعن أبي يوسف أنه لا يرفع. ثم يخطب بعد الصلاة خطبتين يعلم فيها صدقة الفطر وأحكامها. ومن فاتته صلاة العيد مع الإمام لم يقضها.

فإن غم الهلال وشهد عند الإمام بالهلال بعد الزوال صلى العيد من الغد، فإن حدث عذر يمنع من الصلاة في اليوم الثاني لم يصلها بعده.

ويستحب في يوم الأضحى أن يغتسل ويتطيب ويؤخر الأكل حتى يفرغ من الصلاة ويتوجه إلى المصلى وهو يكبر. ويصلي ركعتين كالفطر، ويخطب خطبتين بعدها ويعلم الناس فيها الأضحية وتكبير التشريق. فإن كان عذر يمنع من الصلاة في يوم الأضحى صلاها من الغد وبعد الغد، ولا يصلّيها بعد ذلك. وإن أخرها بغير عذر يكون مسيئاً.

والتعريف الذي يصنعه الناس ليس بشيء، وهو أن يجتمع الناس يوم عرفة في بعض المواضع تشبهاً بالواقفين بعرفة؛ لأن الوقوف عرفاً عبادة مختصة بمكان.

فصل في تكبيرات التشريق

ويبدأ بتكبير التشريق بعد صلاة الفجر من يوم عرفة، ويختتم عقب العصر من يوم النحر عند أبي حنيفة، وقالوا: يختتم عقب صلاة العصر من آخر أيام التشريق. والمسألة مختلفة بين الصحابة، فأخذنا بقول علي رضي الله عنه أخذنا بالأكثر، وهو الاحتياط في العبادات، وأخذ بقول [٣٥ و] ابن مسعود رضي الله عنه أخذنا بالأقل؛ لأن الجهر بالتكبير بدعة.

والتكبيرُ أن يقول مرةً واحدةً: الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله والله أكبر الله أكبر ولله الحمد، هذا هو المأثور عن الخليل عليه السلام، وهو عقيب الصلوات المفروضة على المقيمين في الأمصار في الجماعات المستحبة عند أبي حنيفة، وليس على جماعات النساء إذا لم يكن معهنَّ رجلٌ. وقالوا: هو على كلِّ من صلَّى المكتوبة، ويجب على النساء إذا اقتدين بالرجال، وعلى المسافرين عند اقتدائهم بالمقيم بطريق التَّبعة.

قال يعقوب أي أبو يوسف: صلَّيتُ بهم أي بالمسافرين صلاةَ المغرب فسهوت أن أكبِّرَ فكبَّرَ أبو حنيفة، دلَّ أن الإمام وإن ترك التكبير لا يدعه المقتدي.

وأياهم النحر ثلاثة، وأيام التشريق ثلاثة، والكلُّ يمضي بأربعة أولها نحرٌ لاغير، وآخرها تشريقٌ لاغير، والمتوسطان نحرٌ وتشريقٌ، ذكرها في الأضحية.

باب صلاة الكسوف

إذا انكسفت الشمس صلَّى الإمام ركعتين بالناس كهيئة النافلة، في كلِّ ركعة ركوعٌ واحدٌ، وقال الشافعي: ركوعان، ويطوّل القراءة فيهما، ويخفي عند أبي حنيفة، وقالوا: يجهر، وعن مُجَدِّ قول أبي حنيفة.

أما التطويل في القراءة فبيانُ الأفضل، ويخفَّف إن شاء، ويدعو بعدها حتى تنجلي الشمس. ويصلي بهم الإمام الذي يصلي بهم الجمعة، وإن لم يحضر صلَّى الناس فرادى.

وليس في كسوف القمر جماعة، وإنما يصلي كلُّ واحدٍ بنفسه، وليس في الكسوف خطبة.

باب الاستسقاء

قال أبو حنيفة: ليس في الاستسقاء صلاةٌ مسنونةٌ في جماعة، فإن صلى الناس وحداناً جاز، وإنما الاستسقاء الدعاء والاستغفار، وقالوا: يصلي الإمام ركعتين، وقد ذكر في الأصل أي المبسوط. قول مُجَدِّ وحده، يعني: أن أبا يوسف مع أبي حنيفة، وهكذا ذكر في المبسوط والمحيط، وذكر في شرح الطحاوي قوله مع مُجَدِّ كما ذكر في الكتاب، كذا في العناية.

ويجهر فيهما بالقراءة، ثم يخطب كخطبة العيد عند مُجَدِّ، وعند أبي يوسف: هي خطبةٌ واحدة، ولا خطبة عند أبي حنيفة. ويستقبل القبلة بالدعاء، ويقلب رداءه، [٣٥ظ] قال رضي الله عنه: هذا قول مُجَدِّ، أما عند أبي حنيفة لا يقلب ولا يقلب القوم أرويتهم. ولا يحضر أهل الذمة الاستسقاء.

وفي العناية: قيل: يستحبُّ للإمام أن يأمر الناس بصيام ثلاثة أيام، وما أطاقوا من الصدقة، والخروج من المظالم، والتوبة من المعاصي، ثم يخرج بهم اليوم الرابع وبالعجائز^{٨٨٦} والصبيان متنظفين في ثياب بذلة متواضعين له، ويستحب إخراج الدواب، انتهى.

^{٨٨٦} بالعجائز في جميع النسخ.

باب صلاة الخوف

إذا اشتدَّ الخوف جعل الإمام الناس طائفتين؛ طائفة إلى وجه العدو وطائفة خلفه، يصلي بهذه الطائفة ركعةً وسجدتين، فإذا رفع رأسه من السجدة الثانية مضى هذه الطائفة إلى وجه العدو، وجاءت تلك الطائفة، فيصلي بهم الإمام ركعةً وسجدتين، وتشهد وسلم، ولم يسلموا، وذهبوا إلى وجه العدو، وجاءت الطائفة الأولى، وصلوا ركعةً وسجدتين وحداناً بغير قراءة، وتشهدوا، وسلموا، ومضوا إلى وجه العدو، وجاءت الطائفة الأخرى، وصلوا ركعةً وسجدتين بقراءة، وتشهدوا وسلموا.

والأصل فيه رواية ابن مسعود رضي الله عنه: أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف على الصفة التي قلنا،^{٨٨٧} وأبو يوسف وإن أنكر شرعها في زماننا فهو محجوجٌ عليه بما روينا.

وإن كان الإمام مقيماً صلى بالطائفة الأولى ركعتين، وبالطائفة الثانية ركعتين. ويصلي بالطائفة الأولى ركعتين من المغرب، وبالثانية ركعةً.

ولا يقاتلون في حال الصلاة، فإن فعلوا ذلك بطلت صلاتهم.

وإن اشتدَّ الخوف صلوا ركباناً فرادى يؤمُّون بالركوع والسجود إلى أيِّ جهةٍ شاؤوا إذا لم يقدرُوا على التوجه إلى القبلة، وعن مُحمد: إنَّهم يصلون بجماعةٍ، وليس بصحيح؛ لانعدام الاتحاد في المكان.

باب الجنائز

إذا احتضر الرجل؛ وُجِّه إلى القبلة على شقِّه الأيمن اعتباراً بحال الوضع في القبر؛ لأنه أشرفَ عليه، والمختار في بلادنا الاستلقاء؛ لأنه أيسرُ، والأول هو السنَّة.

ولقن الشهادة، فإذا مات شدَّ لحياه، وغمض عيناه. [٣٦و]

فصل في الغسل

وإذا أرادوا غسله وضعوه على سرير، وجعلوا على عورته خرقةً، ويكتفى بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيراً. وقوله: هو الصحيح احترازٌ عن رواية النوادر، فإنه قال فيها: ويوضع على عورته خرقةً من السرَّة إلى الركبة، كذا في العناية.

ونزعوا ثيابه ليتمكنوا التنظيف، ووضَّووه من غير مضمضةٍ واستنشاقٍ، ثم يفيضون الماءَ عليه، ويجمَّزُ سريره وترأً، أي: يبيحُ، يعني: يدار المجر. وهو الذي يوقد فيه العودُ حوالي السرير ثلاثاً أو خمساً أو سبعاً، كذا في العناية.

ويغلى الماء بالسدر أو بالخِرْض أي: الأشنان، فإن لم يكن فللماء القراخ. ويغسل رأسه ولحيته بالخطمي، ثم يضع على شقِّه الأيسر، فيغسل بالماء والسدر حتى يرى أن الماء قد وصل إلى ما يلي التخت^{٨٨٨} منه، ثم يضع على شقِّه الأيمن، فيغسل حتى يرى أن الماء قد وصل إلى ما يلي التخت منه، ثم يجلسه، ويسنده إليه، ويمسح بطنه

^{٨٨٧} انظر: أبا داود، صلاة المسافر، ١٧.

^{٨٨٨} وهو الجانب الأيسر، فتح القدير، ١١١/٢.

مسحاً رقيقاً، فإن خرج منه شيءٌ غسله، ولا يعيد غسله ولا وضوءه، ثم ينشئهُ بثوبٍ، ويجعله أي: الميت في أكفانه، ويجعل الخنوطَ على رأسه ولحيته، والكافورَ على مساجده.

ولا يسرح شعر الميت ولا لحيته، ولا يقصّ ظفره ولا شعره كالحِتان، فإنّه ساقطٌ عن الميت؛ لكونه سنّةً للأحياء.

ويجوز للمرأة غسل زوجها قبل الإبانة لا بعدها، ذكرها في باب العدة في فصل الحداد.

فصل في التكفين

السنة أن يكفن الرجل في ثلاثة أثواب؛ إزارٍ وقميصٍ ولفافةٍ. فإن اقتصروا على ثوبين جاز، والثوبان إزار ولفافة، وهذا كفن الكفاية. والإزارُ من القرن إلى القدم، واللفافة كذلك، والقميصُ من أصل العنق. فإن أرادوا لفّ الكفن ابتدؤوا بجانبه الأيسر فلقوه عليه ثم بالأيمن كما في حالة الحياة. وبسطه أن يبسط اللفافة، ثم يبسط عليها الإزار، ثم يَمَصُّ الميت، ويوضع على الإزار، ثم يعطف الإزار من قِبَل اليسار، ثم من قِبَل اليمين، ثم اللفافة كذلك. وإن خافوا أن ينتشر الكفن عنه عقده. / [٣٦ظ]

وتكفن المرأة في خمس أثوابٍ: درعٍ وإزارٍ وخمارٍ ولفافةٍ وخرقةٍ تربط فوق ثدييها، هذا بيانُ كفن السنّة، وإن اقتصروا على ثلاثة أثوابٍ جاز، وهي ثوبان وخمارٌ، وهو كفن الكفاية، ويكره أقلُّ من ذلك، وفي الرجل يكره الاقتصارُ على ثوبٍ واحدٍ إلا في حالة الضرورة، وهذا كفن الضرورة.

وتلبس المرأة الدرع أولاً، ثم يجعل شعرها صغيرتين على صدرها فوق الدرع، ثم الخمارُ فوق ذلك تحت الإزار، ثم الإزارُ تحت اللفافة.

وتحمر الأكفان قبل أن يدرج فيها وترّاً، فإذا فرغوا منه صلوا عليه؛ لأنّها فريضةٌ.

وَمَلَكَ الحَيْرَانُ شَرَى الكفن وتجهيزَ الميت إذا لم يحضر الوليُّ أو الوصيُّ، وخيف من تأخيره فسادَ الميت، ذكرها في باب ما يملكه الوصي من الوصايا.

فصل في الصلاة على الميت

وهي فرضٌ على الكفاية، ذكرها في أول كتاب السيرة.

وأوّل الناس بالصلاة على الميت: السلطانُ إن حضر، وإن لم يحضر فالقاضي، فإن لم يحضر فيستحبُّ تقديمُ إمام الحَيِّ، ثم الوليُّ، والأولياءُ على الترتيب المذكور في النكاح. فإن صلى غيرُ الولي والسلطان أعاد الولي، يعني إن شاء. وإن صلى الوليُّ لم يجز لأحدٍ أن يصلي بعده.

وإن دفن الميت ولم يصلَّ عليه صلّي على قبره قبل أن يتفسخ. والمعتبرُ في معرفة ذلك أكبرُ الرأي هو الصحيحُ لاختلاف الحال والزمان والمكان. وفي العناية: وهذا احترازٌ عما روي عن أبي يوسف في الأمالي: أنّه صلّي على الميت في القبر إلى ثلاثة أيام، وبعده لا يصلّي عليه. وهكذا ذكر ابنُ رستم في نوادره عن مُجَدِّ عن أبي حنيفة، وفيه تفصيلٌ فليرجع إليه، انتهى.

والصلاة أن يكبر تكبيرة يحمد الله عقيبتها، ثم يكبر تكبيرة، ويصلي على النبي عليه السلام، ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين، ثم يكبر الرابعة، ويسلم. ولو كبر الإمام خمسا لم يتابعه المؤتم خلافاً لرفر. وينتظر أي المؤتم تسليم الإمام في رواية، هو المختار.

والإتيان بالدعوات [٣٧و] استغفار للميت، والبداية بالثناء ثم بالصلوات سنة الدعاء. ولا يستغفر للصبي، ولكن يقول: اللهم اجعله لنا فرطاً، واجعله لنا ذخراً، واجعله لنا شافعاً مشقفاً.

ولو كبر الإمام تكبيرة أو تكبيرتين لا يكبر الآتي حتى يكبر أخرى بعد حضوره عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يكبر حين يحضر. ولو كان حاضراً فلم يكبر مع الإمام لا ينتظر الثانية بالاتفاق.

ويقوم الذي يصلي على الرجل والمرأة بجذاء الصدر، وعن أبي حنيفة: أنه يقوم من الرجل بجذاء رأسه، ومن المرأة بجذاء وسطها. فإن صلوا على جنازة ركبناً أجزأهم في القياس، وفي الاستحسان لا يجزئهم.

ولا بأس بالإذن في صلاة الجنازة، وفي بعض النسخ: لا بأس بالأذان، أي: الإعلام، وهو أن يعلم بعضهم بعضاً ليقضوا حقه.

ولا يصلي على ميت في مسجد جماعة، وفيما إذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ. وفي العناية: إذا كانت الجنازة في المسجد فالصلاة عليها مكروهة باتفاق أصحابنا. وإن كانت الجنازة والإمام وبعض القوم خارج المسجد والباقي فيه لم يكره بالاتفاق. وإن كانت الجنازة وحدها خارج المسجد ففيه اختلاف المشايخ. وقال الشافعي: لا يكره على كل حال، انتهى.

وتحب إقامة صلاة الجنازة، وإن حضرها تباحة فإن قدر على المنع منعهم، وإن لم يقدر يصبر، ذكرها في الكراهية.

ومن استهل بعد الولادة سمي، وغسل، وصلي عليه. وإن لم يستهل أدرج في خرقه، ولم يصل عليه، ويغسل في غير الظاهر من الرواية؛ لأنه نفس من وجهه، وهو المختار. قيل: غير أنه لا يتوضأ وضوءه للصلاة عند الغسل، ويكفن في ثوب واحد أو في خرقه واحدة، هكذا في شرح الطحاوي، انتهى.

وتقبل شهادة النساء على استهلال الصبي في حق الصلاة بالاتفاق، ذكرها في أوائل كتاب الشهادة. وإذا سبي صبي مع أحد أبويه فمات لم يصل عليه إلا أن يقر بالإسلام وهو يعقل، أو يسلم أحد أبويه. [٣٧ظ] وإن لم يسب معه أحد أبويه يصلي عليه.

وإن مات الكافر وله ولي مسلم يغسله ويكفنه ويدفنه، بذلك أمر علي رضي الله عنه في حق أبيه أبي طالب،^{٨٨٩} يغسل غسل الثوب النجس، ويلف في خرقه، ويحفر حفرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد، ولا يوضع فيه، بل يلقى.

ولو وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه رأس يصلي عليه. وإن وجد نصفه مشقوقاً بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يد ورأس أو رجل فلا يصلي عليه، أشار إليها في باب القسامة.

^{٨٨٩} انظر: أبا داود، باب الرجل يموت له قرابة مشرك، ٣٢١٤.

فصل في حمل الجنازة

وإذا حملوا الميت على سريرٍ أخذوا بقوائم الأربع، بذلك وردت السنة. وقال الشافعي: السنة أن يحملها رجلان، يضعها السابق على أصل عنقه والتالي على أعلى صدره، ويمشون به مسرعين دون الحَب. وإذا بلغوا إلى قبره يكره أن يجلسوا قبل أن يوضع عن أعناق الرجال. وكيفيَّة الحمل أن تضع مقدم الجنازة على يمينك، ثم مؤخرها على يمينك، ثم مقدمها على يسارك، ثم مؤخرها على يسارك، وهذا في حالة التناوب.

فصل في الدفن

ويحفر القبر، ويلحد، ويدخل الميت مما يلي القبلة، خلافاً للشافعي، فإنَّ عنده يسأل سائلاً. فإذا وضع في لحدّه يقول واضعُه: بسم الله، وعلى ملّة رسول الله، ويوجّهه إلى القبلة، وتحلّ العقدة، ويسوّى اللبن عليه، ويسجى قبرُ المرأة بثوبٍ حتى يجعل اللبن على اللحد، ولا يسجى قبرُ الرجل. ويكره الأجرُ والخشب، ولا بأس بالقصب، وفي الجامع الصغير: ويستحب اللبن والقصب، ثم يهال التراب، ويسنّم القبر ولا يسطّح، أي لا يربّع.

باب الشهيد

الشهيد: من قتله المشركون أو وجد في المعركة وبه أثرٌ أو قتله المسلمون ظلماً ولم يجب بقتله ديةً، فيكفّن، ويصلى عليه، ولا يغسل. والمراد بالأثر الجراحة لأنّه دليل القتل، وكذا خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوه. والشافعي يخالفنا في الصلاة، فعنده لا يصلى عليه.

ومن قتله أهل الحرب [٣٨و] أو أهل البغي أو قطع الطريق فبأي شيء قتله لم يغسل. وإذا استشهد الجنب غسل عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يغسل، وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء إذا طهرتا، وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية، وعلى هذا الخلاف الصبي. ولا يغسل عن الشهيد دمه، ولا ينزع عنه ثيابه، وينزع عنه الفرو والحشو والقلنسوة والخفّ والسلاح، ويزيدون وينقصون ما شاؤوا إتماماً للكفن.

ومن ارتت غسل، والارتثا: أن يأكل أو يشرب أو يداوى أو ينام أو ينقل من المعركة، إلا إذا حمل عن مصرعه كيلاً تطأه الخيول؛ لأنه ما نال شيئاً من الراحة. ولو آواه فسطاطاً أو خيمةً كان مرتثاً. ولو بقي حيّاً حتى مضى وقت الصلاة وهو يعقل فهو مرتث. قال الله: وهذا مروى عن أبي يوسف. ولو أوصى بشيء من أمور الآخرة كان ارتثاً عند أبي يوسف، وعند محمد: لا يكون.

ومن وجد قتيلاً في المصر غسل إلا إذا علم أنّه قتل بجديدةً ظلماً، وعند أبي يوسف ومحمد: ما لا يلبث بمنزلة السيف، ويعرف في الجنايات إن شاء الله تعالى.

ومن قتل في حدٍّ أو قصاصٍ غسل وصلى عليه. ومن قتل من البغاة أو قطع الطريق؛ لم يصل عليه. وفي فتح القدير: من قتل نفسه عمداً اختلف فيه المشايخ، قيل: يصلى عليه، وقيل لا، ومنهم من حكى فيه خلافاً بين أبي يوسف وصاحبيه، فعنده: لا يصلى عليه، وعندهما: يصلى عليه، انتهى.

باب الصلاة في الكعبة

الصلاة في الكعبة جائزة؛ فرضُها ونفلُها، خلافاً للشافعيّ فيهما ومالك في الفرض. فإن صَلَّى الإمامُ بجماعة فيها فجعل بعضهم ظهره إلى ظهر الإمام جاز. ومن جعل منهم ظهره إلى وجه الإمام لم تجز صلاتُهُ. وإذا صَلَّى الإمام في المسجد الحرام فتحلَّق الناس حول الكعبة وصلَّوا بصلاة الإمام فمن كان منهم أقرب إلى الكعبة من الإمام جازت صلاتُهُ إذا لم يكن في جانب الإمام.

وإذا استقبل الحطيم وحده لا تجزئه الصلاة، ذكره في باب الإحرام من كتاب الحج. ومن صلى على ظهر الكعبة جازت صلاتُهُ خلافاً للشافعيّ؛ لأنَّ الكعبة هي العرصة والهواء إلى عنان السماء عندنا دون البناء [٣٨ظ] لأنه ينقل. ألا يرى أنه لو صَلَّى على أبي قبيسٍ جاز؛ ولا بناء بين يديه، إلا أنه يكره، وهذا استثناء من قوله: جازت صلواته، كذا في العناية.

كتاب الزكاة

الزكاة^{٨٩٠} واجبة على الحرّ العاقل البالغ المسلم إذا ملك نصاباً ملكاً تاماً، وحال عليه الحول. والمراد بالواجب الفرض؛ لأنَّه لا شبهة في ثبوته. ثم قيل: هو واجبٌ على الفور؛ لأنه مقتضى مطلق الأمر، وقيل: على التراخي؛ لأن جميع العمر وقت الأداء، ولهذا لا يضمن بهلاك النصاب بعد التقريط. ولا يجوز في الزكاة إلا التملك، يعني: لا يجوز فيها الإباحة كما تجوز في الظهار، وهذه مذكورة في الظهار. وليس على الصبي والمجنون زكاة خلافاً للشافعيّ. ولو أفاق في بعض السنّة فهو بمنزلة الإفاقة في بعض الشهر في الصوم، وعن أبي يوسف: أنّه يعتبر أكثر الحول. ولا فرق بين الأصلي والعرضي، وعن أبي حنيفة: أنّه إذا بلغ مجنوناً يعتبر الحول من وقت الإفاقة بمنزلة الصبي إذا بلغ. وليس على المكاتب زكاة. ومن كان عليه دينٌ يحيط بماله فلا زكاة عليه. وقال الشافعي: تجب. وإن كان له مالٌ أكثر من دينه زكى الفاضل إذا بلغ نصاباً. والمراد دينٌ له مطالب من جهة العباد، حتى لا يمنع وجوب الزكاة دينُ النذر والكفارة. ودينُ الزكاة مانعٌ حال بقاء النصاب، وكذا بعد الاستهلاك خلافاً لزفر فيهما، ولأبي يوسف في الثاني على ما روي عنه. وليس في دور السكّني وثياب البدن وأثاث المنازل ودواب الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكاة، وعلى هذا كتب العلم لأهلها، وآلات المحترفين.

^{٨٩٠} كتبت هنا وفي كل مكان في جميع النسخ بالواو هكذا: الزكاة.

ومن له على آخر دينٍ فجحدته سنين ثم قامت به بينةٌ لم يَزِجْه لما مضى. معناه: صارت له بينةٌ بأن أقرَّ عند الناس. وهي مسألةُ المال الضَّمار، وفيه خلافٌ زفر والشافعي. ومن جملته المالُ المفقود والابق والمغصوب إذا لم يكن عليه بينةٌ، والمالُ الساقط في البحر، والمدفونُ في المفازة إذا نسي مكانه، والذي أخذه السلطانُ مصادرةً. وتجب في مال ابن السبيل؛ لأنه [٣٩و] ليس من مال الضمار؛ لأنه يقدر بنائبه،^{٨٩١} والمدفونُ في البيت نصابٌ، أي: موجبٌ للزكاة ليُسَر الوصول إليه، وفي المدفون في أرضٍ أو كرمٍ اختلافُ المشايخ. ولو كان الدينُ على مليء^{٨٩٢} أو معسرٍ تجب الزكاةُ لإمكان الوصول ابتداءً في المليء أو بواسطة التَّحصيل في المعسر. وكذا لو كان على حاجدٍ وعليه بينةٌ، أو علم به القاضي. ولو كان على مقَرٍّ مفلسٍ فهو نصابٌ عند أبي حنيفة، وعند مُجَدٍّ: لا تجب، وأبو يوسف مع مُجَدٍّ في تحقُّق الإفلاس، ومع أبي حنيفة في الزكاة رعايةً لجانب الفقراء. ومن اشترى جاريةً للتجارة، ونواها للخدمة بطلت عنها الزكاة، وإن نواها للتجارة بعد ذلك لم تكن للتجارة حتى يبيعها، فيكون في ثمنها زكاة. وإن اشترى شيئاً ونواه للتجارة كان للتجارة، بخلاف ما إذا ورث ونوى التجارة. ولو ملكه بالهبة أو بالوصية أو النكاح أو الخلع أو الصلح عن دم العمد ونواه للتجارة كان للتجارة عند أبي يوسف، وعند مُجَدٍّ: لا يصير للتجارة، وقيل: الاختلافُ على عكسه. ولا يجوز أداء الزكاة إلا بنيةً مقارنة للأداء أو مقارنة لعزل مقدار الواجب. ومن تصدَّق بجميع ماله لا ينوي الزكاة سقط فرضها عنه استحساناً. ولو أدى بعضُ النصاب سقط زكاةُ المؤدَّى عند مُجَدٍّ، وعند أبي يوسف: لا تسقط. وإذا اشترى عبداً للتجارة على أنه أو البائع بالخيار، فحال الحول والخيار باقٍ فزكائه على من يصير له،^{٨٩٣} وعند زفر: على من له الخيار، وعند الشافعي: على مَنْ له الملك،^{٨٩٤} ذكرها في باب صدقة الفطر. ولا تكره الحيلة في إسقاط الزكاة عند أبي يوسف، وتكره عند مُجَدٍّ، وهذه في آخر كتاب الشفعة. وإذا انتقض النصاب بعد الحول ينتقض الواجب بقدره. ذكرها في الأضحية. ومن مات وعليه زكاةٌ أدَّى عنه وليُّه بماله^{٨٩٥} لو أوصى، وإلا فلا، خلافاً للشافعي، وهذه مذكورة في فصل: ومن كان مريضاً في رمضان، ذكرها من الصوم.

باب صدقة السوائم

فصل في الإبل

ليس في أقلِّ من خمس دَوْدٍ صدقةٌ، فإذا بلغت [٣٩ظ] خمساً سائمةً وحال عليها الحول ففيها شاةٌ إلى تسعٍ، فإذا بلغت عشرًا ففيها شاتان إلى أربعٍ عشرة، فإذا كانت خمس عشرة؛ ففيها ثلاث شياهُ إلى تسعٍ عشرة، فإذا

^{٨٩١} م س: بنائبه.

^{٨٩٢} أي غنيٍّ مقتدر.

^{٨٩٣} حتى إذا تمَّ البيع فعلى المشتري وإن انتقض فعلى البائع، العناية، ٢/٢٢٤.

^{٨٩٤} وهو المشتري عنده؛ لأن خيار الشرط لا يمنع ثبوت الملك للمشتري عنده.

^{٨٩٥} أي بمال الميت.

كانت عشرين ففيها أربع شياهٍ إلى أربع وعشرين، فإذا بلغت خمساً وعشرين ففيها بنتٌ مخاضٍ . وهي التي طعنت في الثانية^{٨٩٦} . إلى خمسٍ وثلاثين، فإذا كانت ستاً وثلاثين ففيها بنتٌ لبون . وهي التي طعنت في الثالثة . إلى خمسٍ وأربعين، فإذا كانت ستاً وأربعين ففيها حقةٌ . وهي التي طعنت في الرابعة . إلى ستين، فإذا كانت إحدى وستين ففيها جدعةٌ . وهي التي طعنت في الخامسة . إلى خمسٍ وسبعين، فإذا كانت ستاً وسبعين ففيها بنتا لبون إلى تسعين، فإذا كانت إحدى وتسعين ففيها حقتان إلى مائة وعشرين، بهذا اشتهرت كتبُ الصدقات من رسول الله ﷺ.

ثم إذا زادت^{٨٩٧} على مائة وعشرين تستأنف الفريضة، فيكون في الخمس شاةٌ مع الحقتين، وفي العشر شاتان، وفي خمس عشرة ثلاث شياه، وفي العشرين أربع شياه، وفي خمس وعشرين بنت مخاض إلى مائة وخمسين، فتكون فيها ثلاث حقاقي. ثم تستأنف الفريضة، فتكون في الخمس شاةٌ، وفي العشر شاتان، وفي خمس عشرة ثلاث شياه، وفي العشرين أربع شياه، وفي خمس وعشرين بنت مخاض، وفي ستٍ وثلاثين بنت لبون، فإذا بلغت مائة وستاً وتسعين؛ ففيها أربع حقاقي إلى مائتين. ثم تستأنف الفريضة أبداً كما تستأنف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين. وهذا عندنا.

وقال الشافعي: إذا زادت على مائة وعشرين واحدةً ففيها ثلاث بنات لبون، فإذا صارت مائةً وثلاثين ففيها حقةٌ وبنتا لبون، ثم يدار الحساب على الأربعينات والخمسينات، فيجب في كلٍّ أربعين بنت لبون، وفي كل خمسين حقةٌ.

والْبُحْتُ والعَرَابُ سواءٌ، واللحمان المختلفتان الأجناس مثل الإبل والبقر والغنم، لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر، صرح به في باب الربا من كتاب البيع. / [٤٠ و]

فصل في البقر

ليس في أقلّ من ثلاثين من البقر صدقةٌ، فإذا كانت ثلاثين سائمةً وحال عليها الحول؛ ففيها تبيعٌ أو تبيعةٌ، وهي التي طعنت في الثانية، وفي أربعين مسنةً أو مسنةً، وهي التي طعنت في الثالثة. بهذا أمر رسول الله عليه السلام معاذاً. فإذا زادت على الأربعين وجبت في الزيادة بقدر ذلك إلى ستين عند أبي حنيفة، ففي الواحدة الزائدة رُبْعُ عشرٍ مسنةً، وفي الثلاثين نصفُ عشرٍ مسنة، وهذا رواية الأصل. وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا يجب في الزيادة شيءٌ حتى يبلغ خمسين، ثم فيها مسنةٌ ورُبْعُ مسنة أو ثلث تبيع. وقال أبو يوسف ومُحَمَّد: لا شيء في الزيادة حتى يبلغ ستين، وهو رواية عن أبي حنيفة. ثم في الستين تبيعان أو تبيعتان، وفي السبعين مسنةٌ وتبيعٌ، وفي الثمانين مستتان، وفي التسعين ثلاثة أتبعه، وفي المائة تبيعان ومسنة، وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشرٍ من تبيع إلى مسنة، ومن مسنة إلى تبيع. والجواميس والبقر سواء.

^{٨٩٦} أي تمت لها سنة وأخذت من الثانية ولو يوماً.

^{٨٩٧} م: ازداد؛ س: ازدادت.

فصل في الغنم

ليس في أقلّ من أربعين من الغنم السائمة صدقة، فإذا كانت أربعين سائمةً وحال عليها الحول؛ ففيها شاةٌ إلى مائة وعشرين، فإذا زادت واحدة؛ ففيها شاتان إلى مائتين، فإذا زادت واحدة؛ ففيها ثلاث شياه، فإذا بلغت أربعمائة؛ ففيها أربع شياه، ثم في كلّ مائة شاة. هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله ﷺ وفي كتاب أبي بكر رضي الله عنه، وعليه انعقد الإجماع.

والضأن والمعز سواء.

ويؤخذ الثني في زكاتها، ولا يؤخذ الجذع. والثني منها ما تمت له سنة، والجذع ما أتى عليه أكثرها، وعن أبي حنيفة. وهو قولهما: إنه يؤخذ الجذع، ولا يجوز الجذع من المعز اتفاقاً. ويؤخذ في زكاة الغنم الذكور والإناث، ولا يكتمل نصاب أحد مختلفي الجنس بالآخر كالإبل والبقر والغنم، ذكرها في باب الربا.

فصل في الخيل

إذا كانت الخيل سائمةً ذكوراً وإناثاً؛ فصاحبها / [٤٠ ظ] بالخيار: إن شاء أعطى من كل فرس ديناراً، وإن شاء قومه، وأعطى من كل مائتي درهم خمسة دراهم، وهذا عند أبي حنيفة، وهو قول زفر. وقالوا: لزكاة في الخيل. والتخيير بين الدينار والتقويم مأثور عن عمر رضي الله عنه. وليس في ذكورها منفردة زكاة، وكذا في الإناث المنفردات في رواية، وعنه: الوجوب فيها وعنه أنه تجب في الذكور المنفردة أيضاً. ولا شيء في البغال والحمير إلا أن تكون للتجارة.

فصل

وليس في الفُصْلان^{٨٩٨} والحُمْلان^{٨٩٩} والعجاجيل^{٩٠٠} زكاة عند أبي حنيفة، وهذا آخر أقواله، وهو قول محمد، وكان يقول أولاً: يجب فيها ما يجب في المستات^{٩٠١} وهو قول زفر ومالك، ثم رجع وقال: فيها واحدة منها، وهو قول أبي يوسف والشافعي.

ولو كان فيها واحد من المسان جعل الكل تبعاً له في انعقادها نصاباً دون^{٩٠٢} تأدية الزكاة. ثم عند أبي يوسف: لا يجب فيما دون الأربعين من الحملان وفيما دون الثلاثين من العجاجيل. ويجب في خمس وعشرين من

^{٨٩٨} جمع فصيل وهو ولد الناقة، من ل.

^{٨٩٩} جمع حمل بفتح الميم وهو ولد الغنم، من ل.

^{٩٠٠} جمع عَجُول بكسر العين وتشديد الجيم وهو ولد البقر، من ل.

^{٩٠١} م س: المسان | وهو جمع مسنة وهي ذات السن من الجذع والثنية، البناية، ٣/٣٤٣.

^{٩٠٢} م - دون.

الفصلان واحدٌ منها، ثم لا يجب شيءٌ حتى يبلغ مبلغاً لو كانت مسانٌ يثنى الواجب، ثم لا يجب حتى يبلغ مبلغاً لو كانت مسانٌ^{٩٠٣} يثلث الواجب. ولا يجب فيما دون خمسٍ وعشرين في روايةٍ، وعنه: أنه يجب في الخمس خمسَ فصيل، وفي العشر خمساً فصيلٍ على هذا الاعتبار، وعنه: إنه ينظر إلى قيمة خمسَ فصيلٍ في الخمس وإلى قيمة شاةٍ فيجب أقلُّها، وفي العشر إلى قيمة شاتين وإلى قيمة خمسٍ فصيلٍ على هذا الاعتبار.

ومن وجب عليه سنٌّ ولم يوجد أخذ المصدق أعلى منها وردَّ الفضل، أو أخذ دوها وأخذ الفضل. ويجوز دفعُ القيم في الزكاة عندنا، وقال الشافعي: لا يجوز.

وليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقةٌ خلافاً للمالك. ثم السائمةُ هي التي تكتفي بالرعي في أكثر الحول حتى لو أعلفها نصف الحول أو أكثر كانت علوفةً.

ولا يؤخذ المصدق خيارَ المال ولا رذالته ويأخذ الوسط.

ومن كان له نصابٌ/[٤١و] فاستفاد في أثناء الحول من جنسه ضمّه إليه ورَّكاه به، وقال الشافعي: لا يضمُّ، ويضمُّ الأولاد والأرباب بالاتفاق.

والزكاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف في النصاب دون العفو، وقال مُجَدِّد وزفر: فيهما؛ حتى لو هلك العفو وبقي النصاب بقي كلُّ الواجب عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند مُجَدِّد وزفر: يسقط بقدره. وقال أبو حنيفة: يصرف الهلاك بعد العفو إلى النصاب الأخير، ثم إلى الذي يليه إلى أن ينتهي، وعند أبي يوسف: يصرف الهلاك إلى العفو، ثم إلى النَّصاب شائعاً.^{٩٠٤}

وإذا أخذ الخوارجُ الخراجَ وصدقةَ السوائم لا يثنى عليهم، وأفتوا^{٩٠٥} بأن يعيدوها دون الخراج، وقيل: إذا نوى بالدفع التصدق عليهم سقط، وكذا بالدفع إلى كلِّ جائزٍ^{٩٠٦} لأنهم بما عليهم من التَّبعات^{٩٠٧} فقراء، والأولُّ أحوط، أي: الإعادة التي ذكرها بقوله: وأفتوا بأن يعيدوها.

وليس على الصبي من بني تغلب. وهم قومٌ من نصارى العرب. في سائمته شيءٌ، وعلى المرأة ما على الرجل منهم.

وإن هلك المال بعد وجوب الزكاة سقطت الزكاة، وقال الشافعي: يضمُّ إذا هلك بعد التمكن من الأداء، ولا يسقط إذا استهلك بالاتفاق. وبعد طلب الساعي قيل: يضمُّ، وقيل: لا يضمُّ، وفي هلاك البعض يسقط بقدره اعتباراً له بالكل.

^{٩٠٣} ل: مسانَّة.

^{٩٠٤} شائعاً، هكذا في جميع النسخ | بيانه: أنَّ من له خمسة وثلاثون من الإبل وحال عليه الحول فهلك منها خمسة عشر فعند أبي حنيفة رحمه الله في الباقي أربع شياه، وما هلك صار كأن لم يكن، وعند أبي يوسف رحمه الله في الباقي أربعة أخماس ابنة مخاض، وعند مُجَدِّد رحمه الله في الباقي أربعة أسباع ابنة مخاض لشيوع الواجب في الكل، البناية، ٤٢٠/٣.

^{٩٠٥} م: افتدوا.

^{٩٠٦} ل م: جائز.

^{٩٠٧} أي المظالم والحقوق التي عليهم كالديون والغصب ونحوها، جمع تبعة. البناية، ٧٨/٤.

وإن قَدَّم الزكاة على الحول وهو مالٌ للنصاب جاز، وفيه خلافٌ مالك. ويجوز التَّعجيلُ لأكثرَ من سنةٍ، ويجوز لِنُصْبٍ إذا كان في ملكه نصابٌ واحدٌ خلافاً لِرَفَر.

باب زكاة المال

فصل في الفضة

ليس فيما دون مائتي درهم صدقةٌ، فإذا كانت مائتين وحال عليها الحولُ ففيها خمسةُ دراهم، ولا شيء في الزيادة حتى يبلغ أربعين، فيكون فيها درهمٌ، ثم في كل أربعين درهماً درهمٌ، وهذا عند أبي حنيفة، وقال صاحبه: ما زاد على المائتين فركائنه بحسابه، وهو قول الشافعي. والمعتبر في الدراهم وزنٌ سبعة، وهو أن يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل، بذلك جرى التقدير في ديوان عمر رضي الله عنه، واستقر الأمر عليه.

وإذا كان الغالب على الورق / [٤١ ظ] المضروب الفضة فهو في حكم الفضة. وإذا كان الغالب الغش فهو في حكم الغش، يعتبر إن يبلغ قيمته نصاباً، والمعتبر في الغلبة أن يزيد على النصف اعتباراً للحقيقة، وسنذكره في الصرف إن شاء الله تعالى، إلا أنَّ في غالب الغش لا بُدَّ من نية التجارة كما في سائر العروض، إلا إذا كان يخلص منها فضةً تبلغ نصاباً؛ لأنه لا يعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة.

فصل في الذهب

ليس فيما دون عشرين مثقالاً من الذهب صدقةٌ، فإذا كانت عشرين مثقالاً ففيها نصفٌ مثقال. والمثقال ما يكون سبعة منها وزن عشرة دراهم، وهو المعروف. ثم في كل أربعة مثاقيل فيراطان. وليس فيما دون أربعة مثاقيل صدقةٌ عند أبي حنيفة، وعندهما: تجب بحساب ذلك،^{٩٠٨} وهي مسألة الكسور. وكلُّ دينارٍ عشرة دراهم في الشرع، فيكون أربعة مثاقيل في هذا كأربعين درهماً. وفي تَبَر الذهب والفضة وأوانيهما وحليتهما الزكاة، وقال الشافعي: لا تجب في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال.

فصل في العروض

الزكاة واجبةٌ في عروض التجارة كائنةً ما كانت إذا بلغت نصاباً من الورق أو الذهب، ويشترط نية التجارة. وفي العناية: أي: حالة الشراء. أما إذا كانت النية بعد الملك فلا بُدَّ من اقتران عمل التجارة بِنِيَّتِهِ؛ لأنَّ مجرد النية لا يعمل، انتهى. ثم قال - أي: مُجَدَّ -^{٩٠٩} : "يقوِّمها بما هو أنفع للمساكين" احتياطاً لحقِّ^{٩١٠} الفقراء، قال: وهذا رواية أبي حنيفة، وفي الأصل خبره أي: المالك، إن شاء قَوِّمها بالدراهم وإن شاء بالدنانير، كذا في الشروح.

^{٩٠٨} م: كذلك.

^{٩٠٩} أي في الجامع الصغير.

وتفسيرُ الأنفع: أن يَقْوِمَها بما يبلغ نصاباً، وعن أبي يوسف: أَنَّهُ يَقْوِمَها بما اشترى إن كان الثمن من النقود، وإن اشترىها بغير النقود يَقْوِمَها بالنقد الغالب، وعن مُجَدِّ: أَنَّهُ يَقْوِمَها بالنقد الغالب على كلِّ حالٍ. وإذا كان النصابُ كاملاً في طرف الحول فنقصائه فيما بين ذلك لا يسقط / [٤٢ و] الزكاة. وتضمُّ قيمة العروض إلى الذهب والفضة، ويضمُّ الذهب إلى الفضة. ثم يضمُّ بالقيمة عند أبي حنيفة، وعندهما بالأجزاء، وهو رواية عنه، حتى إنَّ من كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهبٍ تبلغ قيمته مائة درهم فعليه الزكاة عنده خلافاً لهما.

ولا تجب الزكاة في مصوغٍ وزنه أقلُّ من مائتين وقيمتُه فوقها بالاتفاق. وإذا كان لرجل عبدٌ للتجارة، فباعه بعروض التجارة على أَنَّهُ بالخيار، فحال الحول والخيار باقٍ فزكاته على من يصير له الملك، وعند زفر: على من له الخيار، وعند الشافعي: على من له الملك، وسيشير إلى هذه المسألة في باب صدقة الفطر، وهذه الصَّوْرَةُ منقولةٌ عن حميد الدين الضير. وقيل: صورته: لأحدهما عشرون ديناراً، وآخر عَرَضٍ يساويه في القيمة، ومبدأً حولها على السَّوَاءِ، ففي آخر الحول باع صاحبُ العرض عَرْضَه من الآخر بشرط الخيار له أو للمشتري فازداد قيمة العرض في مدة الخيار قبل تمام الحول، ثم تمَّ الحول فإن تقرَّر الملك للبائع؛ يجب عليه بحصَّة الزيادة شيءٌ، وإن تقرَّر للمشتري يجب عليه أيضاً ذلك عندنا، كذا في العناية.

باب فيمن يمر على العاشر بمال

إذا مرَّ على العاشر بمالٍ فقال: أصبته منذ أشهرٍ أو عليّ دينٌ وحلف صدَّق. والعاشر: من نصبه الإمام على الطريق ليأخذ الصدقات من التجار. فمن أنكر منهم تمام الحول أو الفراغ من الدين كان منكراً للوجوب، والقول قول المنكر مع اليمين، وكذا إذا قال: أدَّيتُ إلى عاشرٍ آخر، ومراده أي مرادُ مُجَدِّ إذا كان في تلك السنة عاشرٌ آخر. وإلا يظهر كذبه بيقين، فلا يصدِّق بيمينه. وكذلك إذا قال: أدَّيتها أنا يعني: إلى الفقراء في المصر، وكذا الجواب^{٩١١} في صدقة السوائم في ثلاثة فصول^{٩١٢} وفي الفصل الرابع. وهو: ما إذا قال: أدَّيتُ بنفسي إلى الفقراء. لا يصدِّق وإن حلف. وقال الشافعي: يصدِّق. ثم قيل: الزكاة هو الأوَّل والثاني سياسة. وقيل: هو الثَّاني والأوَّل ينقلب نفلًا، هو الصحيح. وقال / [٤٢ ظ] هو الصحيح احترازاً عن القول الأوَّل، كذا في العناية.

ثم فيما يصدِّق في السوائم وأموال التجارة لم يشترط أي: مُجَدِّ إخراج البراءة في الجامع الصغير وشرطه في الأصل، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة.

قوله: إخراج البراءة أي: العلامة، وهي اسمٌ لخطِّ الإبراء، من: برئ من الدين براءةً، والجمع: براءات، والبروات عاميٌّ. كذا في العناية نقلاً عن المغرب.

وما صدَّق فيه المسلم صدَّق فيه الذمي، ولا يصدِّق الحربي إلا في الجوّاري، يقول: هنَّ أمهات أولادي.

ويؤخذ من المسلم ربعُ العشر، ومن الذمي نصفُ العشر، ومن الحربي العشر. هكذا أمر عمر رضي الله عنه سَعَاة.

^{٩١٠} م: نحو.

^{٩١١} أي الحكم.

^{٩١٢} أوَّلها قوله أدَّيتها منذ أشهر، والثاني قوله أو عليّ دين والثالث قوله أدَّيت إلى عاشر آخروفي السنة عاشر آخر، ففي هذه الفصول الثلاثة إذا حلف صدَّق فيكون القول قوله، البناية، ٤٦٠/٣.

وإن مرّ حربيّ بخمسين درهماً لم يؤخذ منه شيء، إلا أن يكونوا يأخذون مئاً من مثلها، وهذا في الجامع الصغير، وفي كتاب الزكاة: لا تأخذ من القلي وإن كانوا يأخذون مئاً. وإن مرّ حربيّ بمائتي درهم، ولا يعلم لم يأخذون مئاً تأخذ منه العشر. وإن علم أنهم يأخذون مئاً ربع العشر أو نصف العشر تأخذ بقدره وإن كانوا يأخذون الكل؛ لأنّه غدّر. وإن كانوا لا يأخذون أصلاً لا تأخذ.^{٩١٣}

وإن مرّ الحربيّ على عاشرٍ فعشره ثم مرّ مرّةً أخرى لم يعشره حتى يحول الحول. وإن عشره فرجع إلى دار الحرب ثم خرج من يومه ذلك عشره أيضاً.

فإن مرّ ذميّ بخمرٍ أو خنزيرٍ عشر الخمر دون الخنزير. وقوله: عسر الخمر أي: من قيمتها، وقال الشافعيّ: لا يعسرهما، وقال زفر: يعسرهما، وقال أبو حنيفة: يعسرهما إذا مرّ بها جملةً، كأنه جعل الخنزير تبعاً للخمر. فإن مرّ بكل واحدٍ على الانفراد عسر الخمر دون الخنزير.

ولو مرّ صبيّ أو امرأة من بني تغلب بمالٍ فليس على الصبيّ وعلى المرأة ما على الرجل. ومن مرّ على العاشر بمائة درهمٍ وأخبره أنّ له في منزله مائة أخرى قد حال عليها الحول لم يزكّ المائة التي مرّ بها. ولو مرّ بمائتي درهمٍ بضاعة^{٩١٤} لم يعسرهما، وكذا المضاربة، يعني: إذا مرّ المضارب به على العاشر، وكان أبو حنيفة يقول أولاً: يعسرهما، ثم رجع إلى ما ذكر في الكتاب، وهو قولهما، إلا أن يكون في المال ربحٌ يبلغ نصيبه نصاباً، فيؤخذ منه؛ لأنّه مالكٌ له.

ولو مرّ عبدٌ مأذونٌ بمائتي درهمٍ وليس عليه / [٤٣و] دينٌ عسرّه، قال أبو يوسف: لأدري أن أبا حنيفة رجع عن هذا أم لا، وقياسٌ قول الثاني في المضاربة. وهو قولهما: أنّه لا يعسرهما. وإن كان مولاه معه يؤخذ منه إلا إذا كان على العبد دينٌ يحيط بماله.

ومن مرّ على عاشر الخواجر في أرضٍ قد غلبوا عليها، فعسرّه يثني عليه الصدقة، ومعناه: إذا مرّ على عاشر أهل العدل، يعني: بعدما مرّ على عاشر البغاة.

ويجب العشر والخراج على الصبي والمجنون، ويؤدّي عنهما وليّهما، ذكرها في أول كتاب الزكاة.

ويجوز دفع القيمة في العشر، ذكرها في كتاب الزكاة في فصل "وليس في الفصلاّن والحملان... إلخ".

باب المعادن والركاز

معدنٌ ذهب أو فضة أو حديد أو رصاص أو صقر وجد في أرضٍ خراج أو عشر ففيه الخمس عندنا، وقال الشافعيّ: لاشيء عليه، إلا إذا كان المستخرج ذهباً أو فضة، فيجب فيه الزكاة، بخلاف الصيد، فإنه لا خمس فيه بالاتفاق.

ولا يشترط الحول في قول.

^{٩١٣} م + الكل.

^{٩١٤} في المغرب: البضاعة قطعة من المال وفي الاصطلاح ما يدفعه المالك لإنسان يبيع فيه ويتجر ليكون الربح كله للمالك ولا شيء للعامل، البحر الرائق لابن نجيم، ٢٠١/٢.

ولو وجد في داره معدناً فليس فيه شيء عند أبي حنيفة عليه السلام، وقال أبو يوسف ومحمد: فيه الخمس. وإن وجدته في أرضه؛ فعن أبي حنيفة روايتان.

وإن وجد ركازاً. أي: كنزاً. وجب الخمس عندهم، أي: عندنا وعند الشافعي. واسم الركاز ينطلق على الكنز بمعنى الركن فيه، وهو الإثبات. ثم إن كان على ضرب أهل الإسلام كال مكتوب عليها كلمة الشهادة فهو بمنزلة اللقطة، وقد عرف حكمه في موضعه. وإن كان على ضرب أهل الجاهلية كالمنقوش عليه الصنم ففيه الخمس على كل حال. ثم إن وجدته في أرض مباحة فأربعة الأحماس للواجد. وإن وجدته في أرض مملوكة فكذا الحكم عند أبي يوسف، وعند أبي حنيفة ومحمد: هو للمختط له، وهو الذي ملكه الإمام هذه البقعة أول الفتح.

ثم بالبيع أي: ببيع الأرض التي تحتها كنز. لم يخرج أي: الكنز عن ملكه؛ لأنه مودع فيها، بخلاف المعدن لأنه من أجزائها، فينتقل إلى المشتري. وإن لم يُعرف المختط له يصرف إلى أقصى مالِك يعرف له في الإسلام على ما قالوا.

ولو اشتبه الضرب يجعل جاهلياً في ظاهر المذهب؛ لأنه الأصل، وقيل: إسلامياً في زماننا لتقدم العهد. ومن دخل دار الحرب بأمان فوجد في دار بعضهم ركازاً ردّه عليهم. وإن وجدته / [٤٣ ظ] في الصحراء فهو له، ولا شيء فيه.

وليس في الفيروز الذي يوجد في الجبال خمس. وفي الزئبق الخمس في قول أبي حنيفة آخرًا خلافاً لأبي يوسف. ولا خمس في العنبر واللؤلؤ عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر خمس. وكذا في الذهب والفضة إذا أخرج من البحر. وأما فيما دسره البحر أي: دفعه ففيه الخمس بالاتفاق. وفي هذا المحلّ أبحاث شريفة في العناية فليراجع إليها، وأما تركناها لئلا تخرج عن مقصدنا.

متاع وجد ركازاً فهو للذي وجدته، وفيه الخمس، معناه: وجدته في أرض لا مالِك له لأنه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة.

باب الزروع والثمار

قال أبو حنيفة: في قليل ما أخرجته الأرض وكثيره العشر، سواء سُقي سحياً أو سقته السماء، والسيح: الذهاب، يعني: يدخل الماء من غير حيلة بعد فتح فم النهر، كذا في الشروح، إلا^{٩١٥} الحطب والقصب والحشيش. وقالوا: لا يجب العشر إلا فيما له ثمرة باقية إذا بلغ خمسة أوسق،^{٩١٦} والوسق: ستون صاعاً بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم.

وليس في الخضروات عندهما عشر، فالخلاف في الموضوعين في اشتراط النصاب والبقاء عندهما وعدم اشتراطهما عند أبي حنيفة، بناءً على أنه لا معتبر^{٩١٧} بالمالِك، فكيف بصفته، وهي الغنى.

^{٩١٥} استثناء من قوله: ما أخرجته الأرض.

^{٩١٦} خمسة أوسق تقريباً: ألف (١٠٠٠) كغ.

^{٩١٧} م: لا يعتبر.

وإنما قال: لا معتبر^{٩١٨} بالمالك؛ إذ يجب على الصبي والمجنون وأرض المكاتب وأرض الوقف بالاتفاق، ولهذا^{٩١٩} لا يشترط الحول؛ لأنّ الحول للاستنماء، وهو أي: الخارج كلّ نماء.

ولو اتخذ بستانه مقصبةً أو مشجرةً^{٩٢٠} أو منبتاً للحشيش يجب فيها العشر. والمراد بالمذكور القصب الفارسي. أما قصب الذريرة وقصب السكر ففيهما العشر، بخلاف السعف والتبن. والسهف ورق الجريد الذي يتخذ منه المرواح، والتبن هو القصيل ذاتاً، إلا أنّه زادت فيه البيوسة، كذا في العناية.

وما سقي بغرب أو دالية أو سانية؛ ففيه نصف العشر على القولين، الغرب: الدلو العظيم، والسانية [٤٤و] المنجنون يديرها البقرة، وفي المغرب: الدالية: جذع طويل يركب تركيب مداق الأرز في رأسه مغرفة كبيرة يسقى بها، والسانية: الناقة التي يسقى عليها، كذا في العناية.

وإن سقى في بعض السنة سيحاً، وبدالية في بعضها فالمعتبر أكثر السنة، كما مر في السائمة.

وقال أبو يوسف: فيما لا يوسق كالزعفران والقطن يجب فيه العشر إذا بلغت قيمته خمسة أوسق من أدنى ما يوسق، كالذرة في زماننا. وقال محمد: يجب العشر إذا بلغ الخارج خمسة أعداد من أعلى ما يقدر به نوعه. فاعتبر في القطن خمسة أحمال كل حمل ثلاثمائة من، وفي الزعفران خمسة أماناء.

وفي العسل العشر إذا أخذ من أرض العشر، وقال الشافعي: لا يجب كالإبريسم. ثم عند أبي حنيفة عليه السلام: يجب في العسل العشر قل أو أكثر، وعن أبي يوسف: أنّه يعتبر فيه القيمة كما هو أصله، وعنه: أنّه لا شيء فيه حتى يبلغ عشر قُرب، وعنه: خمسة أماناء، وعن محمد: خمسة أفراف، كل فرق ستة وثلاثون رطلاً، وكذا في قصب السكر.

وما يوجد في الجبال من العسل والتّمار فيه العشر، وعن أبي يوسف أنه لا يجب.

وكل شيء أخرجه الأرض مما فيه العشر لا يحتسب فيه أجر العمّال ونفقة البقر.

تغليّ له أرض عشر عليه العشر مضاعفاً، عرف ذلك بإجماع الصحابة، وعن محمد: أنّ فيما اشتراه التغليّ من المسلم عشرًا واحداً. فإن اشتراها منه ذميّ فهي على حالها عندهم. وكذلك إن اشتراها منه مسلم، أو أسلم التغليّ عند أبي حنيفة، سواء كان التّضعيف أصلياً أو حادثاً. وقال أبو يوسف: يعود إلى عشر واحد. قال في الكتاب. أي: المبسوط: وهو قول محمد فيما صح عنه. قال عليه السلام: اختلف النسخ في بيان قوله: والأصح أنّه مع أبي حنيفة في بقاء التّضعيف، إلا أن قوله لا يتأتى إلا في الأصلي؛ لأنّ التّضعيف الحادث لا يتحقّق عنده؛ لعدم تغير الوظيفة.

ولو كانت الأرض لمسلم باعها من نصرانيّ يريد به ذمياً غير تغليّ، وقبضها فعليه الخراج عند أبي حنيفة عليه السلام، وعند أبي يوسف: عليه العشر مضاعفاً، ويصرف مصارف الخراج اعتباراً بالتغليّ، وهذا أهون من التبديل. وعند محمد: هي عشرية على حالها، ثم في رواية: يصرف مصارف الصدقات، وفي رواية: مصارف الخراج. فإن أخذها منه مسلم بالشفعة، أو ردّت على البائع لفساد البيع فهي [٤٤ظ] عشرية كما كانت.

^{٩١٨} م: لا يعتبر.

^{٩١٩} أي لأجل عدم اعتبار المالك وصفته.

^{٩٢٠} م: مقتضية أو شجرة.

وإذا كانت لمسلم دار خطّة فجعلها بستاناً؛ فعليه العشر، معناه: إذا سقاه بماء العشر، وأما إذا كانت تسقى بماء الخراج ففيها الخراج.

وليس على المجوسيّ في داره شيء، وإن جعلها بستاناً فعليه الخراج وإن سقاه بماء العشر، وعلى قياس قولهما: يجب العشر في الماء العشري، إلا أن عند مُجَدَّ عَشْرٌ واحدٌ، وعند أبي يوسف عشرين. ثم الماء العشري: ماء السماء والآبار والعيون والبحار التي لا تدخل تحت ولاية أحدٍ، والماء الخراجي: ماء الأنهار التي شقّها الأعاجم. وماء جيحون وسيحون ودجلة والفرات عشريٌّ عند مُجَدَّ، وخراجيٌّ عند أبي يوسف.

وفي أرض الصبيّ والمرأة التغلبيين ما في أرض الرجل التغلبي، يعني: العشر المضاعف في العشريّة، والخراج الواحد في الخراجيّة. ثم على الصبيّ والمرأة إذا كانا من المسلمين العشر، فيضعف ذلك إذا كانا منهم. وليس في عين القبر والتفط في أرض العشر شيء، وعليه في أرض الخراج خراج، وهذا إذا كان حريمها صالحاً للزراعة.

ولو اشترى أرض عشرٍ أو خراجٍ للتجارة لم يكن عليه زكاة التجارة عندنا، وعند مُجَدَّ: عليه زكاة التجارة مع العشر أو الخراج، وهو قول الشافعي، ذكرها في باب العشر والخراج من كتاب السير.

باب من يجوز دفع الصدقة إليه ومن لا يجوز

الأصل فيه قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ﴾ الآية،^{٩٢١} فهذه ثمانية أصناف، وقد سقطت منها المؤلفه قلوبهم؛ لأنّ الله أعزّ الإسلام، وأغنى عنهم، وعلى ذلك انعقد الإجماع.

والفقير: من له أدنى شيء، والمسكين: من لا شيء له، وهذا مروى عن أبي حنيفة، وقد قيل على العكس، ولكل وجه. ثم هما صنفان أو صنف واحد؟ سنذكره في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى.

والعامل يدفع إليه الإمام إن عمل بقدر عمله، فيعطيه ما يسعه وأعوانه غير مقدّر بالثمن خلافاً للشافعي؛ لأنّ استحقاقه بطريق الكفاية، ولهذا يأخذها^{٩٢٢} وإن كان غنياً، إلّا أنّ فيه شبهة الصدقة، فلا يأخذها العامل الهاشمي تنزيهاً لقربة رسول الله صلى الله عليه وسلم.^{٩٢٣}

وفي الرقاب يعان المكاتبون منها في فكٍ رقابهم هو المنقول.

والغارم: من لزمه دينٌ ولا يملك نصاباً فاضلاً عن دينه، وقال الشافعي: / [٤٥و] من تحمّل غرامة في إصلاح ذات البين وإطفاء النائرة^{٩٢٤} بين القبيلتين.

وفي سبيل الله منقطع الغزاة عند أبي يوسف، وعند مُجَدَّ: منقطع الحاج. ولا يصرف إلى الأغنياء الغزاة عندنا. وابن السبيل: من كان له مالٌ في وطنه وهو في مكان لا شيء له فيه.

^{٩٢١} سورة التوبة، ٩/٦٠ | تمام الآية: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾.

^{٩٢٢} م: يأخذ.

^{٩٢٣} الهاشمي ... الخ ساقط في جميع النسخ إلّا في ل وهي النسخة المنتسبة إلى المصنف، صح في الهامش.

^{٩٢٤} أي العداوة.

فهذه جهات الزكاة، وللمالك أن يدفع الزكاة إلى كل واحد منهم، وله أن يقتصر على صنف واحد، وقال الشافعي: لا يجوز إلا أن يصرف إلى ثلاثة من كل صنف.

وإذا دفع إلى ابن السبيل من مال الصدقة، ووصل إلى وطنه، أو إلى الفقير واستغنى، وقد بقي في أيديهما ما أخذوا من الصدقة يطيب لها. وعلى هذا إذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده، ذكر المسائل الثلاثة في باب عجز المكاتب.

ولا يجوز أن يدفع الزكاة إلى ذمي، ويدفع إليه ما سوى ذلك من الصدقة، وقال الشافعي: لا يدفع، وهو رواية عن أبي يوسف.

ولا يبنى بها مسجد، ولا يكفن بها ميت، ولا يقضى بها دين ميت، ولا يشتري بها رقبة تعتق خلافاً لمالك. ولا يدفع إلى غني، ويدفع إلى معتقه. بفتح التاء. ، ذكره في فصل ونصاري بني تغلب. وقال الشافعي: يدفع إلى غني الغزاة.

وفي فتح القدير: لو أمر فقيراً بقبض دين له على آخر نواه عن زكاة عين عنده جاز، ولو تصدق بدين له على فقير ينويه عن زكاته جاز عن ذلك الدين نفسه، لا عن عين، ولا عن دين آخر، انتهى. ولا يدفع المكي زكاته إلى أبيه وجده وإن علا، ولا إلى ولده وولد ولده وإن سفل، ولا إلى امرأته. ولا تدفع المرأة إلى زوجها عند أبي حنيفة، وقالوا: تدفع.

وإذا قال لها في مرضه: قد كنت طلقتك ثلاثاً، وانقضت عدتك، فصدقته، ثم دفع إليها الزكاة صح بالإجماع. وكذا إن طلقها ثلاثاً في مرضه بأمرها، ثم دفع إليها الزكاة يصح بالإجماع، ذكرهما في باب طلاق المريض. ولا يدفع إلى مكاتبه ومدبره وأم ولده، ولا إلى عبيد قد أعتق بعضه عند أبي حنيفة، وقالوا: يدفع إليه. ولا يدفع إلى مملوك رجل غني، ولا إلى ولد غني إذا كان صغيراً، بخلاف ما إذا كان كبيراً فقيراً، وبخلاف امرأة الغني.

ولو دفع الصدقة إلى فقير، ثم انتقلت إلى وارثه الغني تجزئ عنها وتحل للوارث، ذكرها في فصل الشهادة على الإرث من كتاب الشهادات.

ولو دفع مال الصدقة إلى فقير، ثم أباحه الفقير للغني والهاشمي / [٤٥ظ] فإن المباح له يتناوله على ملك المبيح، ولم يتبدل الملك فلا يطيب،^{٩٢٥} ذكرها في باب موت المكاتب وعجزه.

ولا يدفع إلى بني هاشم، بخلاف التطوع، وهم آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل حارث بن عبد المطلب ومواليهم،

قال أبو حنيفة ومحمد: إذا دفع الزكاة إلى رجل يظنه فقيراً ثم بان أنه غني أو هاشمي أو كافر أو دفع في ظلمة فبان أنه أبوه أو ابنه فلا إعادة عليه، وقال أبو يوسف: عليه الإعادة. وعن أبي حنيفة في غير الغني: أنه لا يجزئه، والظاهر هو الأول. وهذا إذا تحرى فدفع وفي أكبر رأيه أنه مصرف. أما إذا شك فلم يتحرر أو تحرى فدفع وفي أكبر رأيه أنه ليس بمصرف لا يجزئه إلا إذا علم أنه فقير، هو الصحيح.

^{٩٢٥} أي لا يطيب للغني والهاشمي تملكه فلا يملكان هبته لآخر بدون إذن المبيح الفقير.

قال ابن العلامة ابن الهمام: وظنَّ بعضهم أنَّها كمسألة الصلاة حالة الاشتباه إلى غير جهة التحري، فإنَّها لا تجوز عند أبي حنيفة ومُحمَّد وإن ظهر صوابه، والحقُّ الاتفاق على الجواز هنا، والفرق: أنَّ الصلاة إلى تلك الجهة معصيةٌ لتعمُّده الصلاة إلى غير جهة القبلة؛ إذ هي جهة التحري، حتى قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: خشي عليه الكفر، فلا ينقلب طاعةً، وههنا نفسُ الإعطاء لا يكون به عاصياً، فصلاح وقوعه مستقطاً إذا ظهر صوابه، انتهى.^{٩٢٦}

ولو دفع إلى شخصٍ ثم علم أنَّه عبده أو مكاتبه لا يجزئه.

ولا يجوز دفعُ الزكاة إلى من يملك نصاباً من أيِّ مالٍ كان، والشرطُ أن يكون فاضلاً عن الحاجة الأصليَّة، وإنَّما التَّماء شرط الوجوب، ويجوز دفعها إلى من يملك أقلَّ من ذلك وإن كان صحيحاً مكتسباً.

ويكره أن يدفع إلى واحد مائتي درهمٍ فصاعداً، وإن دفع جاز. وقال زفر: لا يجوز، قال مُحمَّد: وأن يغني به إنساناً أحبَّ إليّ، معناه: الإغناء عن السؤال؛ إذ الإغناء مطلقاً مكروه.

ويكره نقلُ الزكاة من بلدٍ إلى بلدٍ، وإنَّما يفرق صدقةً كلَّ قومٍ فيهم، إلا أن ينقلها الإنسان إلى قرابته أو إلى قومٍ هم أحوجُّ من أهل بلده، فلو نقل إلى غيرهم أجزأه وإن كان مكروهاً.

المأمور بأداء الزكاة إذا تصدَّق على الفقير بعد ما أدَّى الأمرُ بنفسه؛ ضمن ما أدَّاه، علم بأداء الأول / [٤٦ و] أو لم يعلم عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يضمن ما لم يعلم بأدائه، ذكرها في آخر كتاب الشركة.

ومن عَجَّل زكاته ودفعها إلى الساعي ليس له أن يستردَّه، ذكرها في كتاب الكفالة.

باب صدقة الفطر

صدقة الفطر واجبة على الحرِّ المسلم إذا كان مالكاً لمقدار النصاب فاضلاً عن مسكنه وثيابه وأثاثه وفرسه وسلاحه وعبده، وعند الشافعي: تجب على من يملك الزيادة على قوت يومه لنفسه وعياله.

ولا يشترط النموُّ في هذا النصاب، ويتعلَّق بهذا النصاب حرمانُ الصدقة، ووجوبُ الأضحية والفطرة.

يُخرج ذلك عن نفسه وعن أولاده الصغار ومماليكه للخدمة. وهذا إذا لم يكن للصغار مال، فإن كان لهم مال يؤدِّي من مالهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد.

وإذا مات العبد لا يسقط بموته صدقةُ الفطر عن سيده بعد ما وجب، ذكرها في باب جنابة المملوك.

ولا يؤدِّي عن زوجته ولا عن أولاده الكبار وإن كانوا في عياله. ولو أدَّى عنهم أو عن زوجته بغير أمرهم أجزأه استحساناً.

والأب إذا كان فقيراً أو عبداً والجدُّ موسراً، هل تجب فطرةُ الحافد عليه أو لا؟ ففيها روايتان، ففي ظاهر الرواية لم يجعل الجدُّ بمنزلة الأب، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة يجعل بمنزلة الأب، وهذه إحدى المسائل التي كلَّها على الروايتين، ذكرها في باب أحكام المرتدين.

ولا يُخرج عن مكاتبه، ولا المكاتب عن نفسه. وفي المدبِّر وأم الولد ولايةُ المولى ثابتةٌ فيخرج عنهما، ولا يُخرج عن ممالكه للتجارة خلافاً للشافعي.

^{٩٢٦} س — قال ابن ... انتهى.

والعبد بين شريكين لا فطرة على واحدٍ منهما، وكذا العبيد بين اثنين عند أبي حنيفة، وقالوا: على كل واحدٍ ما يخصّه من الرؤوس دون الأشقاص، وقيل: هو بالإجماع.

ويؤدّي المسلمُ الفطرة عن عبده الكافر خلافاً للشافعيّ.

ولا تجب صدقةُ الفطر على الأبق والضالّ والمغصوب خلافاً لرفر والشافعيّ، ذكرها في أوائل الزكاة.

ومن باع عبداً وأحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له، معناه: إذا مرّ يوم الفطر والخيار باقٍ، وقال زفر: على من له الخيار، وقال الشافعيّ / [٤٦ ظ] على من له الملك.

فصل في مقدار الواجب ووقته

الفطرة نصف صاعٍ من بُرٍّ أو دقيقٍ أو سَوِيقٍ أو زبيبٍ أو صاعٍ من تمرٍ أو شعيرٍ، وقال أبو يوسف ومُحَمَّد: الزبيب بمنزلة الشعير، وهو رواية عن أبي حنيفة، والأوّل روايةُ **الجامع الصغير**. وقال الشافعيّ: من جميع ذلك صاع.

وما قلناه مذهبُ جماعةٍ من الصحابة فيهم الخلفاء الراشدون.

ومراده . أي: مرادُ مُحَمَّد . من الدقيق والسويق: ما يتخذ من البرّ. أما دقيق الشعير كالشعير. والأولى أن يراعى فيهما القدرُ والقيمة احتياطاً وإن نصّ . أي: النبي ﷺ . على الدقيق في بعض الأخبار، ولم يبيّن مُحَمَّد ذلك في الكتاب .

أي: **الجامع الصغير** . اعتباراً للغالب.

والخبز يعتبر فيه القيمة، هو الصحيح. وفي **العناية**: خلافاً لبعض المتأخرين، فإنهم قالوا: يجوز باعتبار العين، فإنّه إذا أذى متّوين من خبز الخنطة جاز؛ لأنه لما جاز الدقيق والسويق باعتبار العين فمن الخبز أولى، والصحيح الأوّل، انتهى.

ثم يعتبر نصف صاعٍ من برٍّ وزناً فيما يروى عن أبي حنيفة، وعن مُحَمَّد: أنّه يعتبر كيلاً.

والدقيق أولى من البرّ، والدرهم أولى من الدقيق فيما يروى عن أبي يوسف، وهو اختيارُ الفقيه أبي جعفر، وعن أبي بكر الأعمش تفضيل الخنطة؛ لكونه أبعد عن الخلاف؛ إذ في الدقيق والقيمة خلافُ الشافعيّ.

والصاع عند أبي حنيفة ومُحَمَّد ثمانية أرطالٍ بالعراقيّ، وقال أبو يوسف: خمسة أرطال وثلاث رطلٍ، وهو قولُ الشافعيّ.

ووجوبُ الفطرة يتعلّق بطلوع الفجر من يوم الفطر، وقال الشافعيّ: بغروب الشمس في اليوم الأخير من رمضان، حتى إنّ مَنْ أسلم أو وُلِدَ ليلةَ الفطر تجب فطرته عندنا، وعنده: لا تجب، وعلى عكسه من مات فيها من ماله أو ولده.

والمستحبُّ أن يُخرج الناس الفطرة يوم الفطر قبل الخروج إلى المصلّى، فإن قدّموها على يوم الفطر جاز، ولا تفضيل بين مدةٍ ومدةٍ، هو الصحيح. وفي **العناية**: احترازٌ عن قول الحسن بن زيادٍ وخلف بن أيّوب ونوح بن أبي مريم، فإنّ الحسن بن زياد يقول: لا يجوز تعجيلها أصلاً كالأضحية، / [٤٧ و] وقال خلف بن أيّوب: يجوز تعجيلها بعد دخول شهر رمضان لاقبله، وقال نوح بن أبي مريم: يجوز تعجيلها في النصف الأخير من رمضان، ومنهم من قال: في العشر الأخير من رمضان. ووجهُ الصحة مذكورٌ في الهداية، انتهى.

وإن أُخْرِجُوا عَنْ يَوْمِ الْفِطْرِ لَمْ تَسْقُطْ، وكان عليهم إخراجها، ولا تسقط بهلاك النصاب، ذكرها في كتاب الزكاة في فصل: وليس في الفصلا... إلخ.

ولا يجوز في صدقة الفطر إلا التمليك، يعني: لا تجوز فيها الإباحة، ذكرها في الظهار.

اختلف في إعطاء فطرة كل شخص إلى أكثر من شخص، فعند الكرخي: يجوز أن يعطيها لجماعة، وعند غيره: لا يجوز أن يعطيها إلا إلى واحد. ويجوز أن يعطي واحداً صدقة جماعة، كذا في فتح القدير.

كتاب الصوم

الصوم ضربان: واجب ونفل.

فالواجب ضربان: منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان والنذر العتيق، فيجوز بنية من الليل. وإن لم ينو حتى أصبح أجزأته النية ما بينه وبين الزوال. وقال الشافعي: لا يجزئه.

اعلم أن صوم رمضان فريضة لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ﴾.^{٩٢٧} وعلى فرضيته انعقد الإجماع، ولهذا يكفر جاحده. والمنذور واجب لقوله تعالى: ﴿وَلْيُؤْفُوا نُذُورَهُمْ﴾.^{٩٢٨} وسبب الأول الشهر، ولهذا يضاف إليه، ويتكرر بتكرره، وكل يوم سبب وجوب صومه. وسبب الثاني النذر، والنية من شرطه، وسنبيته إن شاء الله تعالى.

ولابد لكل يوم من النية عندنا، وقال مالك: إن صوم رمضان يتأدى بنية واحدة، ذكرها فيما سيأتي في

فصل "ومن كان مريضاً في رمضان".

^{٩٢٧} سورة البقرة ١٨٣/٢ | تمام الآية: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾.

^{٩٢٨} سورة الحج ٢٩/٢٢ | تمام الآية: ﴿ثُمَّ لِيَقْضُوا تَفَثَهُمْ وَلْيُؤْفُوا نُذُورَهُمْ وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾.

ثم قال في المختصر . أي: القدوري . : ما بينه وبين الزوال، وفي الجامع الصغير: قبل نصف النهار، وهو الأصح؛ لأنه لا بد من وجود النية في أكثر النهار، ونصفه: من وقت طلوع الفجر إلى وقت الضحوة الكبرى،^{٩٢٩} فيشترط النية قبلها للتحقق في الأكثر.

ولا فرق بين المسافر والمقيم خلافاً لفرق، يعني: أنه يقول بأن الإمساك في حق المسافر غير مستحق عليه للصوم، فكان رمضان في حقه كالشعبان في حق غيره، فلا يتأذى إلا بنية من الليل، كذا في بعض الشروح.

وهذا الضرب من الصوم / [٤٧ ظ] . يعني: ما يتعلق بزمان بعينه . يتأذى بمطلق النية وبنية النفل وبنية واجب آخر. وقال الشافعي في نية النفل: عابث،^{٩٣٠} وفي مطلقها له قولان. ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند أبي يوسف ومحمد، وعند أبي حنيفة: إذا صام المريض والمسافر بنية واجب آخر يقع عنه، وعنه في نيته التطوع روايتان.

والضرب الثاني: ما يثبت في الذمة كقضاء رمضان وصوم الكفارة فلا يجوز إلا بنية من الليل. والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال خلافاً لمالك. ولو نوى بعد الزوال لا يجوز، وقال الشافعي: يجوز ويصير صائماً من حين نوى، والصوم متجراً عنده، إلا أن من شرطه: الإمساك في أول النهار، وعندنا: يصير صائماً من أول النهار. وإذا كان عليه صوم القضاء والنذر؛ فإنه لا بد من التمييز بينهما، ذكره في آخر باب الظهار.

فصل [في يوم الشك]

وينبغي للناس أن يلتزموا الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان، فإن رأوه صاموا، وإن غم عليهم أكملوا عدة شعبان ثلاثين يوماً ثم صاموا.

ولا يصومون يوم الشك إلا تطوعاً، وهذه المسألة على وجوه:

^{٩٢٩} الضحوة الكبرى منتصف النهار الشرعي، انظر: شرح الوقاية ٣٠٦/١.

^{٩٣٠} من العبث أئ لا يكون صائماً لا فرضاً ولا نفلاً، البناية، ١٢/٤.

أحدها: أن ينوي صوم رمضان، وهو مكروه، ثم إن ظهر أنَّ هذا اليوم من رمضان يجزئه، وإن ظهر أنه من شعبان كان تطوعاً، وإن أفطر لم يقضه.

والثاني: أن ينوي عن واجب آخر، وهو مكروه أيضاً، إلا أنَّ هذا دون الأول في الكراهة، ثم إن ظهر أنه من رمضان يجزئه، وإن ظهر أنه من شعبان فقد قيل: يكون تطوعاً، وقيل: أجزأه عن الذي نواه، وهو الأصح.

والثالث: أن ينوي التطوع، وهو غير مكروه، وقال الشافعي: يكره على سبيل الابتداء، ثم إن وافق صوماً كان يصومه فالصوم أفضل بالإجماع. وكذا إذا صام ثلاثة أيام من آخر الشهر فصاعداً. وإن أفردته فقد قيل: الفطر أفضل احترازاً عن ظاهر النهي، وقيل: الصوم أفضل اقتداءً بعائشة وعلي رضي الله عنهما، فإنهما كانا يصومانه، والمختار: أن يصوم المفتي لنفسه أخذاً بالاحتياط، ويفتي العامة بالتلوم إلى وقت الزوال، ثم بالإفطار نفيًا للتهمة.

والرابع: أن يضجع. أي: يردد. في أصل النية / [٤٨و] بأن ينوي أن يصوم غداً إن كان من رمضان، ولا يصوم إن كان من شعبان، وفي هذا الوجه لا يصير صائماً؛ لأنه لم يقطع عزيمته، فصار كما إذا نوى إن وجد غداً غداً يفطر، وإن لم يجد يصوم.

والخامس: أن يضجع في وصف النية، بأن ينوي إن كان غداً من رمضان يصوم عنه، وإن كان من شعبان؛ فعن واجب آخر، وهذا مكروه؛ لتردده بين أمرين مكروهين. ثم إن ظهر أنه من رمضان أجزأه لعدم التردد في أصل النية، وإن ظهر أنه من شعبان لا يجزئه عن واجب آخر، لكنه يكون تطوعاً غير مضمون بالقضاء. وإن نوى عن رمضان إن كان غداً منه، وعن التطوع إن كان من شعبان يكره؛ لأنه ناوٍ للغرض من وجه. ثم إن ظهر أنه من رمضان أجزأه عنه لما مرّ، وإن ظهر أنه من شعبان جاز عن نفيه؛ لأنه يتأدى بأصل النية. ولو أفسده يجب أن لا يقضيه لدخول الإسقاط في عزيمته من وجه.

ومن رأى هلال رمضان وحده صام وإن لم يقبل الإمام شهادته، وإن أفطر فعليه القضاء دون الكفارة. وقال الشافعي: عليه الكفارة إن أفطر بالوقوع، وهذه. أي: كفارة الفطر. تندري بالشبهات. ولو أفطر قبل أن يرد الإمام شهادته اختلف المشايخ فيه. ولو أكمل هذا الرجل ثلاثين يوماً لم يفطر إلا مع الإمام؛ لأنَّ الوجوب للاحتياط، والاحتياط بعد ذلك في تأخير الإفطار، ولو أفطر لا كفارة عليه اعتباراً للحقيقة التي عنده.

وإذا كان بالسماء علةٌ قَبِلَ الإمام شهادةَ الواحد العدل في رؤية الهلال رجلاً كان أو امرأةً حرّاً كان أو عبداً. ولا يختصّ بلفظ الشهادة، ويشترط العدالة لأنّ قول الفاسق في الديانات غير مقبولٍ. وتأويل قول الطحاوي: عدلاً أو غير عدلٍ: أن يكون مستوراً، والعلّة: غيماً أو غبار أو نحوه. وفي إطلاق جواب الكتاب يدخل المحدث في القذف بعد ما تاب، وهو ظاهر الرواية؛ لأنه خبرٌ دينيٌّ، وليس بشهادةٍ. وعن أبي حنيفة: أنّها لا تقبل؛ لأنها شهادةٌ من وجه. وكان الشافعي في أحد قوله يشترط المثني. ثم إذا قبل الإمام شهادةَ الواحد، وصاموا/[٤٨ظ] ثلاثين يوماً؛ لا يفطرون فيما روى الحسن عن أبي حنيفة للاحتياط، ولأن الفطر لا يثبت بشهادة الواحد، وعن مُجَدِّ: أنّهم يفطرون، ويثبت الفطر بناءً على ثبوت الرضائية بشهادة الواحد وإن كان لا يثبت بها ابتداءً.

وإذا لم يكن بالسماء علةٌ لم تقبل الشهادة حتى يراه جمعٌ كثيرٌ يقع العلم بخبرهم. ثم قيل في حدّ الكثير: أهلُ المحلة، وعن أبي يوسف: خمسون رجلاً، ولا فرق بين أهل مصر وبين من ورد من خارج مصر، وذكر الطحاوي: أنه يقبل شهادةَ الواحد إذا جاء من خارج مصر لقلة الموانع، وإليه الإشارة في كتاب الاستحسان، وكذا إذا كان على مكانٍ مرتفعٍ في مصر.

ومن رأى هلالَ الفطر وحده لم يفطر احتياطاً، وفي الصوم الاحتياط في الإيجاب.

وإذا كان بالسماء علةٌ لم تقبل في هلال الفطر إلا شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين.

وإذا شهدوا عشيةً عرفة بعد الزوال برؤية الهلال ولا يمكن للحاكم الوقوف في بقية الليل مع الناس أو أكثرهم ينبغي له أن لا يسمع هذه الشهادة، ويقول: قد تمّ الأمر، انصرفوا؛ لأنه ليس فيها إلا إيقاع الفتنة. ذكره في آخر كتاب الحج في مسائل متفرقة.

والأضحى كالفطر في هذا في ظاهر الرواية، وهو الأصحُّ، خلافاً لما يروى عن أبي حنيفة أنه كهلال رمضان.

وإن لم تكن بالسماء علةٌ لم تقبل إلا شهادة جماعةٍ يقع العلم بخبرهم كما ذكرنا.

ووقت الصوم: من طلوع الفجر الثاني إلى غروب الشمس، والصوم: هو الإمساك عن الأكل والشرب والجماع نهاراً مع النية. والطهارة من الحيض والنفاس شرطٌ لتحقيق الأداء في حق النساء.

ولابدّ من النية لكل يوم؛ لأنها عبادات متفرقة يتخلّل بين كل يومين ما ليس بزمان هذه العبادة، وعند مالك: يتأدّى صوم رمضان بنية واحدة، وستأتي هذه المسألة في فصل: "ومن كان مريضاً في رمضان".^{٩٣١}

باب ما يوجب القضاء والكفارة

وإذا أكل الصائم أو شرب / [٤٩و] أو جامع ناسياً لم يفطر. والقياس أن يفطر، وهو قول مالك، ولا فرق بين الفرض والنفل؛ لأن النصّ لم يفصل.

ولو كان مخطئاً أو مكرهاً فعليه القضاء خلافاً للشافعي. فإن نام فاحتلم لم يفطر. وكذا إذا نظر إلى امرأة فأمنى. وكذا المتفكّر إذا أمنى، والمستمني بالكفّ على ما قالوا. قال في العناية: أي: المشايخ، وهو قول أبي بكر الإسكاف^{٩٣٢} وأبي القاسم، وعامّتهم على أنّه يفسد صومه. قال المصنف في التجنيس: الصائم إذا عالج ذكره حتى أمنى يجب عليه القضاء، هو المختار؛ لوجود الجماع معني، انتهى.

ولو أذهن لم يفطر، وكذا إذا احتجم. ولو اكتحل لم يفطر. والداخل من المسام لا ينافي الصوم، كالاغتسال بالماء البارد.

ولو قبل لا يفسد صومه، يريد به: إذا لم ينزل. وإن أنزل بقبلة أو لمس فعليه القضاء دون الكفارة، ولا بأس بالقبلة إذا أمن على نفسه الجماع أو الإنزال، ويكره إذا لم يأمن. والشافعي أطلق فيه في الحالين. والمباشرة مثل التقبيل في ظاهر الرواية، وعن محمد: أنّه كره المباشرة الفاحشة.

ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكراً لصومه لم يفطر استحساناً كالغبار والدخان، وفي القياس: يفسد صومه كالتراب والحصاة، فإنهما يفطران بالاتفاق وإن كانا لا يتغذى به، واختلفوا في المطر والثلج، والأصح: أنّه يفسد.

^{٩٣١} س — ولا بدّ ... رمضان.

^{٩٣٢} أبو بكر الإسكاف (؟ - ٣٣٣ هـ) هو محمد بن أبو بكر الإسكاف البلخي، فقيه حنفي، إمام كبير جليل القدر، أخذ الفقه عن محمد بن سلمة وعن أبي سليمان الجوزجاني، وتفقه عليه أبو بكر الأعمش محمد بن سعيد وأبو جعفر الهندواني. من تصانيفه: شرح الجامع الكبير للشيباني في فروع الفقه الحنفي. انظر: الجواهر المضيئة، ٢/٢٨، ٢٣؛ الفوائد البهيّة، ١٦٠؛ معجم المؤلفين، ٢٣٢/٨.

ولو أكل لحماً بين أسنانه لم يفطر، وإن كان كثيراً يفطر. وقال زفر: يفطر في الوجهين. والفواصل بين القليل والكثير مقدار الحِمَصَة، وما دونها قليل. وإن أخرجه وأخذه بيده ثم أكله ينبغي أن يفسد صومه كما روي عن مُجَدِّ: أنَّ الصائم إذا ابتلع سَمْسَمَةً بين أسنانه لا يفسد، ولو أكلها ابتداءً يفسد، ولو مضغها لا يفسد؛ لأنها تتلاشى. وفي مقدار الحِمَصَة عليه القضاء دون الكفارة عند أبي يوسف، وعند زفر: عليه الكفارة أيضاً؛ لأنه طعم متغير، فأشبهه الفطر باللحم المتن.

والمضمضة لا تفسد الصوم، وكذا لو ابتلع [٤٩ظ] ريقه. فإن ذرعه القيء لم يفطر، ومن استقاء عمداً فعليه القضاء. ويستوي فيه ملء الفم وما دونه. فلو عاد وكان ملء الفم فسد عند أبي يوسف، وعند مُجَدِّ: لا يفسد، وهو الصحيح، وإن أعاد فسد بالإجماع. وإن كان أقل من ملء الفم فعاد لم يفسد صومه. وإن أعاد فكذا عند أبي يوسف، وعند مُجَدِّ: يفسد، فإن استقاء عمداً ملء فيه فعليه القضاء، ولا كفارة عليه. وإن كان أقل من ملء الفم فكذا عند مُجَدِّ، وعند أبي يوسف: لا يفسد،^{٩٣٣} ثم إن عاد لم يفسد عنده، وإن أعاد فعنه: لا يفسد، وعنه: أنه يفسد، فألحقه بملء الفم.

ومن ابتلع الحصة أو الحديد أفطر، ولا كفارة عليه.

ومن جامع عمداً في أحد السبيلين فعليه القضاء والكفارة. ولا يشترط الإنزال في المحلّين. وعن أبي حنيفة: أنه لا يجب الكفارة بالجماع في الموضع المكروه، والأصح: أنها تجب. ولو جامع ميتة أو بهيمة فلا كفارة عليه، أنزل أو لم ينزل، خلافاً للشافعي.

ثم عندنا كما تجب الكفارة بالوقاع على الرجل تجب على المرأة.

أقول: ذكر صاحب الهداية هذه المسألة مطلقاً، لكن قيّد قاضي خان وجوب الكفارة على المرأة بما إذا جامع طائفة، وإلا فعلى الزوج، انتهى.

وقال الشافعي في قول: لا تجب عليها، وفي قول: يتحمل عنها الرجل اعتباراً بماء الاغتسال، أي: ثمنه.

^{٩٣٣} فالمعتبر عند مُجَدِّ القصد وعند أبي يوسف الملء في كلتا المسألتين أي الإعادة والعودة.

ولو أكل أو شرب ما يتغذى به أو يتداوى به فعلية القضاء والكفارة. وقال الشافعي: لا كفارة عليه. وإن أكل في رمضان غير مرة يلزمه كفارة واحدة؛ لأن مبنائها على التداخل، ذكرها في باب الجنايات من كتاب الحج. والكفارة مثل كفارة الظهار في الترتيب بين الأشياء الثلاثة، يعني: الإعتاق وإطعام ستين مسكيناً وصوم شهرين متتابعين.^{٩٣٤} وعند الشافعي: يَحْيَى بين الثلاثة من غير ترتيب،^{٩٣٥} وعند مالك: لا يجب التتابع في الصوم.^{٩٣٦} ومن جامع فيما دون الفرج^{٩٣٧} فأنزل فعلية القضاء، ولا كفارة عليه.

وليس في إفساد الصوم في غير رمضان كفارة.

ومن احتقن أو استعطأ^{٩٣٨} أو أقطر في أذنه أفطر ولا كفارة. ولو أقطر في أذنه الماء أو دخله لا يفسد / [٥٠] صومه، بخلاف ما إذا دخله الدهن.

وإن داوى جائفة أو آمة بدواء فوصل إلى جوفه أو دماغه أفطر عند أبي حنيفة، والذي يصل هو الرطب، وقالوا: لا يفطر كما في اليابس من الدواء.

ولو أُقْطِر في إحليله لم يفطر عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يفطر، وقولُ مُجَدِّ مضطرب فيه. فكأنه وقع عند أبي يوسف أنَّ بينه وبين الجوف منفذاً، ولهذا يخرج البول. ووقع عند أبي حنيفة أنَّ المثانة بينها حائل، والبول يترشح منه. وهذا ليس من باب الفقه. أي: فقه الشريعة، بل يرجع إلى معرفة فقه الطب، ولهذا اضطرب محمد فيه، كذا في الكفاية.

^{٩٣٤} تقديم المصنف الإطعام على الصوم سهو من صاحب العدة، لأن الترتيب: الإعتاق أولاً ثم الصوم ثانياً ثم الإطعام أخيراً، كذا الترتيب في الآية ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ذَلِكَمْ تُوعِظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ* فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامُ سِتِينَ مِسْكِينًا﴾، سورة المجادلة: ٣-٤. ^{٩٣٥} هذا سهو من صاحب الهداية، لأنَّ الشافعي رحمه الله لا يقول بالتخيير، بل يقول بالترتيب، وهو منصوص في كتبهم مثل الوجيز والخلاصة للغزالي وفي كتبنا أيضاً مثل مبسوطي شيخ الإسلام وفخر الإسلام، انظر: شرح اللكنوي، ١١٤/٢. ^{٩٣٦} نسبته إلى مالك رحمه الله سهو أيضاً، فإنَّ القائل بنفي التتابع هو ابن أبي ليلى. ومالك لا يقول إلا بالتتابع كقولنا، انظر: البناية، ٦٣/٤.

^{٩٣٧} أراد به الاستعمال في فخذ المرأة أو في بطنها، ولم يرد به اللواطة، فإنه تجب فيها الكفارة، البناية ٦٣/٤.

^{٩٣٨} أي استعمل الدواء بالحقنة أو السعوط، وهو الدواء الذي يُصَبَّ في الأنف، وهما على بناء الفاعل، العناية ٢٦٥/٢.

وقال صاحب العناية: ذكر في الأصل قول مُجَدِّ مع أبي حنيفة، وذكره الطحاوي مع أبي يوسف، وقال أبو سليمان الجوزجاني في الأصل بعدما ذكر قول مُجَدِّ مع أبي حنيفة: ثم إنَّ مُجَدَّاً شكَّ في ذلك، فوقف، وما ذكره لكلِّ واحد من الجانبين ظاهرٌ، وإنما توقَّف محمدٌ؛ لأنَّه شكَّ في وجود المنفذ من الإحليل إلى الجوف. وتكلموا في الإفطار في أقبال النساء، فقيل: هو على هذا الاختلاف، وقيل: يشبه الحقنة، فيفسد الصوم بلا خلاف، وهو الأصحُّ، انتهى كلام صاحب العناية.

ومن ذاق شيئاً بفيه لم يفطر، ويكره له ذلك. ويكره للمرأة أن تمضغ لصبَّيها إذا كان لها منه بُدٌّ، ولا بأس إذا لم تجد منه بُدّاً، ولها أن تفطر إذا خافت على الولد.

ومضغُ العلك لا يفطر الصائم، قيل: إذا لم يكن ملتئماً يفسد، وقيل: إذا كان أسود يفسد وإن كان ملتئماً؛ لأنَّه يتفتَّت، إلَّا أنه يكره.

ولا بأس بالكحل ودهن الشارب، وقد نذب النبي ﷺ إلى الإكحال يوم عاشوراء وإلى الصوم فيه. ولا بأس بالسواك الرطب بالغداة والعشي، وقال الشافعي: يكره بالعشي. ولا فرق بين الرطب الأخضر وبين المبلول بالماء.

فصل [في المريض]

ومن كان مريضاً في رمضان فخاف إن صام ازداد مرضه أفطر وقضى، وقال الشافعي: لا يفطر. وإن كان مسافراً لا يستتضرُّ بالصوم فصومه أفضل. وإن أفطر وقضى جاز، وقال الشافعي: الفطر أفضل.

وإن مات المريض أو المسافر وهما على حالهما لم يلزمهما القضاء. ولو صحَّ [٥٠ ظ] المريض وأقام المسافر ثم ماتا لزمهما القضاء بقدر الصحة والإقامة. وفائدته وجوب الوصية بالإطعام. وذكر الطحاوي فيه خلافاً بين أبي

حنيفة وأبي يوسف وبين محمد، وليس بصحيح. إنما الخلاف في النذر.^{٩٣٩} والفرق لهما: أن النذر سبب فيظهر الوجوب في حق الخلف،^{٩٤٠} وفي هذه المسألة السبب إدراك العدة، فيتقَدَّر بقدر ما أدرك.

وقضاء رمضان إن شاء فَرَقَه، وإن شاء تابعه، لكنَّ المستحبَّ المتابعة. وإنَّ أخره حتى دخل رمضان آخر صام الثاني وقضى الأوَّل بعده، ولا فدية عليه.

وإذا صام يوماً في قضاء رمضان عن يومين يجزئه عن قضاء يوم واحد.

وإذا كان عليه صوم القضاء والنذر فإنه لا بُدَّ من التمييز فيهما، ذكرها في باب الظهر.

والحامل والمرضع إذا خافتا على أنفسهما أو ولدَيْهما أفطرتا وقضتا، ولا كفارة عليهما، ولا فدية عليهما، خلافاً للشافعي فيما إذا خافت على الولد.

والشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصيام يفطر، ويطعم لكلِّ يوم مسكيناً كما يطعم في الكفارات. ولو قدر على الصوم يبطل حكمُ الفداء.

ومن مات وعليه قضاء رمضان، فأوصى به أطعم عنه ولَّيْه لكلِّ يوم مسكيناً نصفَ صاع من برٍّ أو صاعاً من تمرٍ أو شعير، ثم لا بُدَّ من الإيضاء عندنا خلافاً للشافعي. ثم هو. أي: الإيضاء. تبرُّع ابتداءً، حتى يعتبر من الثلث، ولا يصوم عنه الوليُّ ولا يصلي.

وقوله: ولا يصوم عنه الوليُّ احترازٌ عن قول الشافعي، فإنه يجوزُ ذلك في قول، كذا في العناية.

ومن دخل في صوم التطوع أو في صلاة التطوع ثم أفسده قضاءه، خلافاً للشافعي. ثم عندنا لا يباح الإفطار فيه بغير عذرٍ في أحد الروايتين، ويباح بعذرٍ، والضيافةُ عذرٌ.

وإذا بلغ الصبيُّ أو أسلم الكافرُ في رمضان أمسكا بقية يومهما، ولو أفطرا فيه لا قضاء عليهما، وصام ما بعده. ولم يقضيا يومهما ولا ما مضى. وعن أبي يوسف: أنه إذا زال الكفرُ والصبا قبل الزوال فعليهما القضاء.

^{٩٣٩} وهو ما إذا قال المريض: لله عليَّ صوم شهر مثلاً فصَحَّ يوماً فَعندهما يلزمه الكلُّ والإيضاء به، وعند محمد قدر ما صحَّ، فتح القدير ٢٧٤/٢.

^{٩٤٠} وصار كصحيح نَدَّر فمات قبل الأداء، شرح اللكنوي، ١٢١/٢.

وإذا نوى المسافر الإفطار . يعني: في غير رمضان .، ثم قدم المصر قبل الزوال، فنوى الصوم أجزاءه، وإن كان في رمضان فعليه أن يصوم. / [٥١و] ولو كان مقيماً في أول الوقت ثم سافر لا يباح له الإفطار، ولو أفطر في المسألتين لا يلزمه الكفارة.

ومن أغمي عليه في نهار رمضان لم يقض اليوم الذي حدث فيه الإغماء، وقضى ما بعده. وإن أغمي عليه أول ليلة منه قضاؤه غير يوم تلك الليلة، وقال مالك: لا يقضي ما بعده. ومن أغمي عليه رمضان كله قضاؤه، ومن جُنَّ رمضان كله لم يقضه خلافاً لمالك، وإذا أفاق في بعضه قضى ما مضى خلافاً لزفر والشافعي. ثم لافرق بين الأصلي والعارض، قيل: هذا ظاهر الرواية، وعن مجد: أنه فرّق بينهما، وهذا مختار بعض المتأخرين.

ومن لم ينو في رمضان كله لا صوماً ولا فطراً فعليه قضاؤه، وقال زفر: يتأذى صوم رمضان بدون النية في حق الصحيح المقيم.

ومن أصبح غير ناوٍ للصوم فأفطر فلا كفارة عليه عند أبي حنيفة، وقال زفر: عليه الكفارة، وقال أبو يوسف ومجد: إذا أكل قبل الزوال تجب الكفارة. وإذا حاضت المرأة أو نُفست أفطرت وقضت.

وإذا قدم المسافر أو طهرت الحائض في بعض النهار أمسكاً ببقية يومهما، وقال الشافعي: لا يجب الإمساك، وعلى هذا الخلاف كل من صار أهلاً للزوم ولم يكن كذلك في أول اليوم.

وإذا تسخّر وهو يظن أن الفجر لم يطلع فإذا هو قد طلع، أو أفطر وهو يرى أن الشمس قد غربت فإذا هي لم تغرب أمسك ببقية يومه وعليه القضاء ولا كفارة عليه. والمراد بالفجر الفجر الثاني، وقد بيناه في الصلاة.

ثم التسخّر مستحب، والمستحب تأخيرُه وتعجيلُ الإفطار لقوله عليه السلام: { ثلاث من أخلاق المرسلين تعجيلُ الإفطار وتأخيرُ السحور والسواك، }^{٩٤١} إلا أنه إذا شك في الفجر . ومعناه: تساوى الظنن . الأفضل أن يدع السحور تحزراً عن المحرم، ولا يجب عليه ذلك. ولو أكل فصومه تام؛ لأن الأصل هو الليل. وعن أبي حنيفة: أنه إذا كان

^{٩٤١} روى الدارقطني عن عائشة رضي الله عنها قالت: "ثلاث من النبوة: تعجيل الإفطار، وتأخير السحور، ووضع اليد اليمنى على اليسرى في الصلاة،" سنن الدارقطني، باب في أخذ الشمال باليمين في الصلاة، ١٠٩٥.

في موضعٍ لا يستبين الفجر، أو كانت الليلة مُقْمِرَةً أو متَغَيِّمَةً، أو كان يبصره علّةٌ، وهو يشكّ لا يأكل. ولو أكل فقد أساء. وإن كان أكبر رأيه أنه أكل والفجر طالعٌ فعليه قضاؤه عملاً بغالب الرأي، وفيه الاحتياط،/[٥١ظ] وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه. ولو ظهر أن الفجر طالعٌ لا كفارة عليه. ولو شكّ في غروب الشمس لا يحلّ له الفطر، ولو أكل فعليه القضاء. وإن كان أكبر رأيه أنه أكل قبل الغروب فعليه القضاء روايةً واحدة، ولو كان شاكاً فيه وتبين أنها لم تغرب ينبغي أن تجب الكفارة.

ومن أكل في رمضان ناسياً فظنّ أن ذلك يفطره فأكل بعد ذلك متعمداً فعليه القضاء دون الكفارة. وإن بلغه الحديث وعلمه فكذلك في رواية عن أبي حنيفة، وهو ظاهر الرواية. وعنه: أنها تجب، وكذا عنهما. والمراد بالحديث قوله عليه السلام: {من نسي وهو صائمٌ فأكل أو شرب فليتمّ صومه، فإنما أطعمه الله وسقاه}.^{٩٤٢} كذا ذكره العلامة ابن الهمام في فتح القدير.

ولو احتجم وظنّ أن ذلك يفطره ثم أكل متعمداً فعليه القضاء والكفارة، إلا إذا أفتاه فقيهٌ بالفساد. وإن بلغه الحديث وهو قوله عليه السلام: {أفطر الحاجم والمحجوم}^{٩٤٣} واعتمده فكذا عند مُجَدِّ، وعن أبي يوسف خلاف ذلك؛ لأنّ على العامي الاقتداء بالفقهاء؛ لعدم الاهتداء في حقه إلى معرفة الأحاديث، قال صاحب العناية: لجواز أن يكون مصروفاً عن ظاهره أو منسوخاً، انتهى. وإن عرف تأويله تجب الكفارة لانتفاء الشبهة، وقول الأوزاعي^{٩٤٤} لا يورث الشبهة لمخالفته القياس.

وفي العناية: قوله: "وإن عرف تأويله" وهو أنّ النبي عليه السلام مرّ بهما. وهو معقل بن سنان مع حاجمه. وهما يغتابان آخر، فقال: {أفطر الحاجم والمحجوم}، أي: ذهب بثواب صومهما الغيبة، وقيل: إنّه غشي على المحجوم، فصبّ الحاجم الماء في حلقه، فقال عليه السلام: {أفطر الحاجم والمحجوم} أي: فطره بما صنع به، فوقع عند الراوي أنه قال: أفطر الحاجم والمحجوم، انتهى.

^{٩٤٢} مسلم، الصيام ١١٥٥؛ البخاري، الصوم، ٢٦.

^{٩٤٣} البخاري، الصوم ٣٢؛ أبو داود، الصوم ٢٩؛ الترمذي، الصوم، ٦٠.

^{٩٤٤} قال الأوزاعي: إنّ الحجامه تفطر الصائم.

ولو أكل بعد ما اغتاب متعمداً فعليه القضاء والكفارة كيف ما كان؛ لأنَّ الفطر يخالف القياس، والحديث مؤوَّل بالإجماع.

وإذا جُمعت النائمة أو المجنونة وهي صائمة؛ فعليها القضاء دون الكفارة، وقال زفر والشافعي: لا قضاء.

فصل فيما يوجب على نفسه

وإذا قال: لله عليَّ صومُ يوم النحر أفطر، وقضى. فهذا النذرُ صحيحٌ عندنا، خلافاً لزفر / [٥٢] والشافعي. وإن صام فيه يخرج عن العهدة. وإن نوى يميناً فعليه كفارة اليمين، يعني: إذا أفطر. وهذه المسألة على وجوه ستة: إن لم ينو شيئاً، أو نوى النذرَ لاغير، أو نوى النذرَ ونوى أن لا يكون يميناً يكون نذراً. وإن نوى اليمينَ ونوى أن لا يكون نذراً يكون يميناً. وإن نواهما يكون نذراً ويميناً عند أبي حنيفة ومُجَدِّد، وعند أبي يوسف: يكون نذراً. ولو نوى اليمينَ؛ فكذلك^{٩٤٥} عندهما، وعنده: يكون يميناً.

ولو قال: لله عليَّ صومُ هذه السنة أفطر يوم الفطر ويوم النحر وأيام التشريق وقضاها. وكذا إذا لم يعيّن، أي: ما قال: هذه السنة، لكنه شرطَ التتابع، لكن يقضيها أي: الأيام المنهية في هذا الفصل موصولة تحقيقاً للتتابع بقدر الإمكان. ويأتي في هذا خلافاً زفر والشافعي. ولو لم يشترط التتابع لم يُجزَّه^{٩٤٦} صومُ هذه الأيام، وعليه كفارة يمينٍ إن أراد يميناً.

ومن أصبح يومَ النحر صائماً ثم أفطرَ لا شيء عليه، وعن أبي يوسف ومُجَدِّد في النوادر: أنَّ عليه القضاء. ولو أوجب على نفسه صيامَ أيامٍ يجب على التفرق حتى ينصَّ على التتابع، ذكره في آخر الاعتكاف.

باب الاعتكاف

الاعتكافُ مستحبٌّ، والصحيحُ أنه سنةٌ مؤكدةٌ، وهو اللَّبُثُ في المسجد مع الصوم ونِيَّةُ الاعتكاف.

^{٩٤٥} أي فكذلك يكون نذرا ويمينا كما في الوجه الثالث، البناية، ١١٥/٤.

^{٩٤٦} س: لم يجزئه.

أما اللبث فركنه؛ لأنه ينبئ عنه، فكان وجوده به. والصوم من شرطه عندنا خلافاً للشافعي. والنية شرط في سائر العبادات. ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة، ولصحة التطوع فيما روى الحسن عن أبي حنيفة. وعلى هذه الرواية لا يكون أقل من يوم. وفي رواية الأصل. وهو قول محمد: أقله ساعة، فيكون من غير صوم. ولو شرع فيه ثم قطع لا يلزمه القضاء في رواية الأصل، وفي رواية الحسن يلزمه.

ثم الاعتكاف لا يصح إلا في مسجد الجماعة، وعن أبي حنيفة أنه لا يصح إلا في^{٩٤٧} مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس. أما المرأة فتعتكف في مسجد بيتها.

ولا يخرج من المسجد إلا لحاجة الإنسان أو الجمعة. [٥٢ظ] ولا يبطل الاعتكاف بالصعود إلى سطح المسجد؛ لأن سطح المسجد له حكم المسجد، ذكره في فصل: "ما يكره في الصلاة". ولا يمكث بعد فراغه من الطهور. أي: الطهارة. وقال الشافعي: الخروج إلى الجمعة مفسد. ويخرج إليها حين نزول الشمس، وإن كان منزله بعيداً عنه يخرج في وقت يمكنه إدراكها ويصلي قبلها أربعاً، وفي رواية ستاً: الأربع سنة، والركعتان تحية المسجد، وبعدها أربعاً أو ستاً على حسب الاختلاف في سنة الجمعة، وسننها توابع لها، فألحقت بها.

ولو أقام في المسجد الجامع أكثر من ذلك لا يفسد اعتكافه، إلا أنه لا يستحب. ولو خرج من المسجد ساعة من غير عذر فسد اعتكافه عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يفسد حتى يكون أكثر من نصف يوم، وهو الاستحسان.

وأما الأكل والشرب يكون في معتكفه، ولا بأس بأن يبيع ويبتاع في المسجد من غير أن يحضر السلعة، إلا أنهم قالوا: يكره إحضار السلعة للبيع والشراء، ويكره لغير المعتكف البيع والشراء فيه، ويذكر في كتاب الكراهة إن شاء الله تعالى.

ولا يتكلم إلا بخير، ويكره له الصمت.

^{٩٤٧} في ساقط في كل النسخ، إلا أننا أضفناه لصحة المعنى ووجوده في نسخ الهداية.

ويحرم على المعتكف الوطء، وكذا المسّ والقبلة، فإن جامع ليلاً أو نهاراً، عامداً أو ناسياً بطل اعتكافه. ولو جامع فيما دون الفرج فأُنزل أو قُبِل أو لمس فأُنزل يبطل اعتكافه، ولو لم يُنزل لا يفسد وإن كان مُحَرَّمًا.

ومن أوجب على نفسه اعتكافَ أيام لزمه اعتكافها بلياليها، وكانت متتابعةً وإن لم يشترط التتابع. وإن نوى الأيام خاصةً صحّت نيّته. ومن أوجب على نفسه اعتكافَ يومين يلزمه بليتهما،^{٩٤٨} وقال أبو يوسف: لا تدخل الليلة الأولى.

ومن نذر باعتكاف شهر رمضان يجوز أدائه في رمضان الأوّل، ولا يجوز قضاؤه في رمضان الثاني، ذكره في باب: "مجاورة الوقت بغير إحرام" من كتاب الحج.

ويتأدّى اعتكاف أيام متعددة بنيّة واحدة بالاتّفاق، وهذه مذكورة في فصل: ومن كان مريضاً في رمضان.

كتاب الحجّ

الحجّ واجب على الأحرار البالغين العقلاء الأصحاء / [٥٣و] إذا قدرُوا على الزاد والراحلة فاضلاً عن المسكن وما لا بدّ منه وعن نفقة عياله إلى حين عودته، وكان الطريق آمناً.

وصفه بالوجوب وهو فريضة محكمة ثبتت فرضيته بالكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿وَلِلّٰهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾.^{٩٤٩} ولا يجب في العمر إلا مرة واحدة، فما زاد فهو تطوّع.

ثم هو واجبٌ على الفور عند أبي يوسف، وعن أبي حنيفة: ما يدلّ عليه، وعند مُجَدِّ والشافعي: على التراخي، وتعجيله أفضل بالاتّفاق.

والأعمى إذا وجد من يكفيه مؤنّة سفره ووجد زاداً وراحلةً لا يجب عليه الحجّ عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وقد مر في كتاب الصلاة في باب الجمعة. وأما المُقْعَد فعن أبي حنيفة: أنّه يجب، وعن مُجَدِّ: أنّه لا يجب.

^{٩٤٨} هكذا في جميع النسخ، وفي بعض نسخ الهداية "بلياليهما"، وهو أظهر معنيّ و أوفق سياقاً.

^{٩٤٩} سورة آل عمران، ٩٧/٣.

ولابدّ من القدرة على الزّاد والراحلة، وهو قدر ما يكتري به شقّ محمّل^{٩٥٠} أو رأس زاملة،^{٩٥١} وقدر النفقة ذاهباً وجائياً، وإن أمكنه أن يكتري عقبة . أي: مُناوبة؛ فلا شيء عليه. ويشترط أن يكون فاضلاً عن المسكن وعمّا لا بدّ منه، كالخادم وأثاث البيت وثيابه؛ لأنّ هذه الأشياء مشغولة بالحاجة الأصلية، ويشترط أن يكون فاضلاً عن نفقة عياله إلى حين عودته. وليس من شرط الوجوب على أهل مكة الراحلة.

ولا بد من أمن الطريق. ثم قيل هو شرط الوجوب، حتى لا يجب عليه الإيصاء، وهو مروى عن أبي حنيفة، وقيل: هو شرط الأداء دون الوجوب.

ويعتبر في المرأة: أن يكون لها محرمٌ تحجّ بها أو زوجٌ، ولا يجوز لها أن تحجّ بغيرهما إذا كان بينها وبين مكة ثلاثة أيام. وقال الشافعي: يجوز لها الحجُّ إذا خرجت في رفقة ومعها نساءٌ ثقات. وإن وجدت محرماً لم يكن للزوج منعها. وقال الشافعي: له أن يمنعها. ولو كان الحجُّ نفلاً له أن يمنعها عندنا أيضاً. وإن كان المحرم فاسقاً قالوا: لا يجب عليها. ولها أن تخرج مع كلّ محرمٍ إلا أن يكون مجوسياً؛ لأنه يعتقد إباحتها. ولا عبرة بالصبي والمجنون. والصبيّة إذا بلغت حدّ الشهوة بمنزلة البالغة، حتى لا يسافر بها من غير محرم،/[٥٣ظ] ونفقته المحرم عليها.

واختلفوا في أنّ المحرم شرطُ الوجوب أو شرطُ الأداء على حسب اختلافهم في أمن الطريق. وإذا بلغ الصبيُّ بعد ما أحرم أو اعتق العبد فمضيا لم يجزئهما^{٩٥٢} عن حجة الإسلام. ولو جدّد الصبيُّ الإحرام قبل الوقوف ونوى حجة الإسلام جاز، والعبْد ولو فعل ذلك لم يجز.

فصل [في المواقيت]

والمواقيت التي لا يجوز أن يتجاوزها الإنسانُ إلّا محرماً خمسة: لأهل المدينة ذو الخليفة، ولأهل العراق ذات عرق، ولأهل الشام جُحفة، ولأهل التّجد قَرْنٌ، ولأهل اليمن يَلَمْلَم، هكذا وقت رسول الله هذه المواقيت لهؤلاء. وفائدة التأقيت: المنع عن تأخير الإحرام عنها؛ لأنه يجوز التقديم عليها بالاتفاق.

^{٩٥٠} أي جانيبه.

^{٩٥١} م: زائلة | والزاملة البعير الذي يحمل عليه المسافر متاعه و طعامه، من زمل الشيء إذا حمّله، البناية، ١١/٤.

^{٩٥٢} م: لم يجزها.

ثم الآفاقي إذا انتهى إليها على قصد دخول مكة عليه أن يحرم، قصد الحج أو العمرة أو لم يقصد عندنا. ومن كان داخل الميقات له أن يدخل مكة بغير إحرام لحاجة، كأهل مكة، حيث يباح لهم الخروج منها ثم دخولها بغير إحرام، بخلاف ما إذا قصد المكّي أداء النسك.

فإن قدّم الإحرام على هذه المواقيت جاز، والأفضل التقديم عليها، وعن أبي حنيفة: إنما يكون أفضل إذا كان يملك نفسه أن لا يقع في محظورة.^{٩٥٣}

ومن كان داخل الميقات فوقته الحل، معناه: الذي بين المواقيت وبين الحرم. ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم، وفي العمرة الحل.

باب الإحرام

وإذا أراد الإحرام اغتسل أو توضأ، والغسل أفضل، إلا أنه للتنظيف، حتى تؤمّر به الحائض وإن لم يقع فرضاً عنها. فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة، لكن الغسل أفضل؛ لأن معنى النظافة فيه أتم، ولأنه عليه السلام اختاره. وليس ثوبين جديدين أو غسيلين إزاراً ورداءً، والجديد أفضل. ومسّ طيباً إن كان له، وعن محمد: أنه يكره إذا تطيّب بما يبقى عينه بعد الإحرام، وهو قول مالك والشافعي. وصلى ركعتين، وقال: "اللهم إني أريد الحج، فيسره لي وتقبله مني." ثم يلبي عقب صلاته. وإن لبي بعدما استوت به راحلته جاز، ولكن الأول أفضل. وإن كان مفرداً بالحج ينوي بتلبيته الحج. والتلبية / [٥٤هـ] أن يقول: "لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، إن الحمد والنعمة لك والملك، لا شريك لك."

وقوله: "إن الحمد" بكسر الألف لا بفتحها؛ ليكون ابتداءً، لا بناءً؛ إذ الفتحة صفة الأول.^{٩٥٤} وهو إجابة لدعاء الخليل صلوات الله عليه على ما هو المعروف في القصة.

ولا ينبغي أن يُخلّ بشيء من هذه الكلمات؛ لأنه هو المنقول باتفاق الرواة. ولو زاد فيها جاز خلافاً للشافعي في رواية الربيع عنه.

^{٩٥٣} س: محظور.

^{٩٥٤} أي الإبتداء.

وإذا لبي فقد أحرم، يعني: إذا نوى؛ لأنَّ العبادة لا تتأدَّى إلا بالنية، إلا أنه لم يذكرها لتقدُّم الإشارة إليها في قوله: "اللهم إني أريد الحجَّ"، ولا يصير شارعاً في الإحرام بمجرد النية ما لم يأتِ بالتلبية خلافاً للشافعي. ويصير شارعاً بذكر يقصد به التعظيم سوى التلبية، فارسياً كان أو عربياً، هذا هو المشهور عن أصحابنا.

ويصحُّ الإحرام المبهم، أي: المبهم من التَّسْكِينِ الحجَّةِ والعمرة، بأنَّ أبْهَمَ في الإحرام، وقال: "لبيك اللهم لبيك" وما يعيَّن حجةً ولا عمرةً ولم ينو بقلبه شيئاً، فإنه يصحُّ إحرامه، ولا يخرج عنه إلا بأداء النسكين^{٩٥٥}. ذكرها في باب الفوات.

ويَنْقِي ما نهى الله عنه من الرِّفَثِ والفسوق والجدال. والرفث: الجماع أو الكلام الفاحش أو ذكرُ الجماع بحضرة النساء. والفسوق: المعاصي، وهي في حال الإحرام أشدَّ حرمةً. والجدال: أن يجادل رفيقه، وقيل: مجادلة المشركين في تقديم وقت الحجِّ وتأخيرهِ.

ولا تقتل صيداً، ولا يشير إليه، ولا يدلَّ عليه.

ولا يلبس قميصاً ولا سراويلًا ولا عمامةً ولا قباءً ولا خفين، إلا أن لا يجد النعلين فيقطعهما أسفل من الكعبين. والكعبُ هنا: المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك دون الناتئ فيما روى هشامٌ عن مُجَدِّ.

ولا يغطِّي وجهه ولا رأسه، وقال الشافعي: يجوز للرجل تغطية الوجه.

ولا يمسُّ طيباً، وكذا لا يدهن، ولا يخلق رأسه، ولا شعرَ بدنه، ولا يقصُّ لحيته.

ولا يلبس ثوباً مصبوغاً بوزرٍ^{٩٥٦} وزعفرانٍ ولا عُصْفُرٍ، إلا أن يكون غسبياً لا يُنْقَضُ أي: لا يتناثر عنه

الطيب، وقال الشافعي: لا بأس بلبس المعصر.

ولا بأس بأن يغتسل، ويدخل الحمام. ولا بأس بأن يستظلَّ بالبيت والمحمل. وقال مالك: يكره أن يستظلَّ

بالفسطاط وما أشبه ذلك. ولو دخل تحت أستار الكعبة حتى غطَّاه إن كان لا يصيب رأسه ولا وجهه فلا بأس به.

/[٤٥٧هـ]^{٩٥٧}

^{٩٥٥} أي بأداء أحد النسكين كما صرح في موقعه.

^{٩٥٦} الورس نبت أصفر يكون بالبن يتخذ منه الغمرة للوجه، الصحاح للجوهري، و ر س.

ولا بأس بأن يشدّ في وسطه الهيمنان، وقال مالك: يكره إذا كان فيه نفقة غيره.

ولا يغسل رأسه ولا لحيته بالخطمي.

ويكثر من التلبية عقيب الصلوات، وكلما علا شرفاً أو هبط وادياً أو لقي ركباً^{٩٥٨} وبالأسحار. والتلبية في

الإحرام على مثال التكبير في الصلاة، فيؤتى بها عند الانتقال من حالٍ إلى حالٍ، ويرفع صوته بالتلبية.

وإذا دخل مكة ابتداءً بالمسجد الحرام، ولا يضرّ ليلاً دخلها أو نهاراً. وإذا عاين البيت كبر وهلل. وكان ابن

عمر رضي الله عنه يقول إذا لقي البيت: "بسم الله والله أكبر". ومحمد لم يعين في الأصل لمشاهد الحج شيئاً من الدعوات؛ لأنّ

التوقيت أي: التعيين يذهب بالركة. وإن تبرّك بالمنقول منهما فحسن.

ثم ابتداءً بالحجر الأسود واستقبله وكبر ورفع يديه واستلمه وقبله إن استطاع من غير أن يؤذي مسلماً. وإن

أمكنه أن يُمسّ الحجر شيئاً في يده كالعرجون وغيره، ثم قبل ذلك فعَل، وإن لم يستطع شيئاً من ذلك استقبله وكبر

وهلل وحمد الله وصلى على النبي عليه السلام. ثم أخذ عن يمينه مما يلي الباب، وقد اضطبع رداءه، فيطوف بالبيت

سبعة أشواط. والاضطباع: أن يجعل رداءه تحت إبطه الأيمن، ويلقيه على كتفه الأيسر، وهو سنة. وقد نقل ذلك عن

رسول الله صلى الله عليه وسلم. ويجعل طوافه من وراء الحطيم. وهو اسم لموضع فيه الميزاب، فلهذا يجعل الطواف من ورائه، وهو

الأحوط، حتى لو دخل الفرجة التي بينه وبين البيت لا يجوز.

ويرمل في الثلاث الأول من الأشواط، والرمل: أن يهزّ في مشيته الكتفين كالمبارز يتبختر بين الصفين، وذلك

مع الاضطباع. ويمشي في الباقي على هينته. والرمل من الحجر إلى الحجر، وهو المنقول من رمل النبي عليه السلام. فإن

زحمه الناس في الرمل قام، يعني: وقف، ولا يطوف بدون الرمل في تلك الثلاث. كذا في العناية. فإذا وجد مسلماً

رَمَلَ، ويستلم الحجر كلّما مرّ به إن استطاع، فإن لم يستطع الاستلام استقبل وكبر وهلل على ما ذكرنا.

ويستلم الركنَ اليمانيّ، وهو حسنٌ في ظاهر الرواية، وعن مُجَدٍّ: أنّه سنة، ولا يستلم غيرهما.

^{٩٥٧} هذه الصحيفة وما وليتها الى [٥٥٥ظ] لم يصوّر في ل | ولكن أتمناها من نسخ آخر.

^{٩٥٨} س: راكباً.

ويختتم الطواف بالاستلام، يعني: استلام الحجر، ثم يأتي المقام، فيصلي عنده ركعتين، أو حيث يتيسر من المسجد، وهي واجبة، وقال الشافعي: سنة. ثم يعود إلى الحجر فيستلمه. والأصل: أن كل طواف بعده سعي يعود إلى الحجر. وهذا الطواف طواف القدوم، ويسمى طواف التحية، وهو سنة، وليس بواجب، وقال مالك: إنه واجب. وليس على أهل مكة طواف القدوم.

ثم يخرج إلى الصفا، فيصعد عليه، ويستقبل البيت، ويكبر، ويهلل، ويصلي على النبي عليه السلام، ويرفع يديه، ويدعو الله لحاجته. وإنما يصعد بقدر ما يصير البيت مراءى منه. ويخرج إلى الصفا من أي باب شاء. وإنما خرج النبي عليه السلام من باب بني مخزوم^{٩٥٩}. وهو الذي يسمى باب الصفا؛ لأنه كان أقرب الأبواب إلى الصفا، لا أنه سنة.

ثم ينحط نحو المروة، ويمشي على هينته^{٩٦٠}. فإذا بلغ بطن الوادي سعى بين الميلين الأخضرين سعياً، ثم على هينته حتى يأتي المروة، فيصعد عليها، ويفعل كما فعل على الصفا، وهذا شوط. يطوف سبعة أشواط، يبدأ بالصفا ويختتم بالمروة، ويسعى في بطن الوادي في كل شوط. ولو سعى قبل الطواف أو بدأ بالمروة قبل الصفا لايجزئه ما لم يُعد الكل، ذكرها في مسائل منثورة في آخر كتاب الحج.

ثم السعي بين الصفا والمروة واجب، وليس بركن، وقال الشافعي: إنه ركن. ثم يقيم بمكة حراماً ويطوف بالبيت كلما بدا له، إلا أنه لا يسعى عقيب هذه الأطوفة في هذه المدة. والتنقل بالسعي غير مشروع. ويصلي لكل أسبوع ركعتين، وهي ركعتا الطواف على ما بيناه، والطواف بالبيت تطوعاً أفضل في حق الآفاقي من الصلاة تطوعاً، ذكرها في الأضحية.

^{٩٥٩} م: مخدوم.

^{٩٦٠} أي على السكينة والوقار.

فإذا كان قبل يوم التروية بيومٍ خطب الإمام خطبةً يعلم فيها الناس الخروج إلى منى والصلاة بعرفات والوقوف والإفاضة. فالحاصل: أنَّ في الحج ثلاث خطبٍ: أوَّلها ما ذكرنا، والثانية: بعرفات يوم عرفة، والثالثة: بمنى في يوم الحادي عشر، فيفصل بين كلِّ خطبتين بيومٍ. وقال زفر: يُخطب في ثلاثة أيام متوالية، أوَّلها يوم التروية. فإذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج إلى منى فيقيم بها حتى [٥٥ ظ] يصلي الفجر من يوم عرفة. ولو بات بمكة ليلة عرفة وصلى بها الفجر ثم غدا إلى عرفات ومَرَّ بمنى أجزأه، ولكنه أساء في تركه الاقتداء برسول الله عليه السلام.

ثم يتوجَّه إلى عرفات فيقيم بها. وهذا بيان الأولوية. أما لو دفع أي: ذهب قبله جاز؛ لأنه لا يتعلق بهذا المقام حكمٌ، قال أي مُجَّد في الأصل: وينزل بها مع الناس؛ لأنَّ الانتباز^{٩٦١} تجبُّر، والحال حال تضرُّع، والإجابة في الجمع أرجى. وقيل: مراده: أن لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة.

وإذا زالت الشمس يصلي الإمام بالناس الظهر والعصر، فيبتدئ ويخطب خطبةً يعلم فيها الناس الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار والنحر والحلق وطواف الزيارة، يخطب خطبتين، يفصل بينهما جلسة كما في الجمعة. هكذا فعله رسول الله ﷺ. وقال مالك: يخطب خطبتين بعد الصلاة.

وفي ظاهر المذهب: إذا صعد الإمام المنبر فجلس أذن المؤذنون كما في الجمعة. وعن أبي يوسف: أنه يؤذَّن قبل خروج الإمام، وعنه: أنه يؤذَّن بعد الخطبة، والصحيح ما ذكرنا. ويقوم المؤذَّن بعد الفراغ من الخطبة، ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر بأذان وإقامتين، يؤذَّن للظهر، ويقوم للظهر، ثم يقيم للعصر، ولا يتطوَّع بين الصلاتين. ولو فعل فعل مكروهاً، وأعاد الأذان للعصر. أي: لو تطوَّع بينهما. في ظاهر الرواية، خلافاً لما يروى عن مُجَّد من عدم إعادة الأذان. فإن صلى بغير خطبة أجزأه. ومن صلى الظهر في رحله وحده صلى العصر في وقته عند أبي حنيفة، وقالوا: يجمع بينهما المنفرد.

ثم عند أبي حنيفة الإمام شرط في الصلاتين جميعاً، وقال زفر: في العصر خاصةً، وعلى هذا الخلاف الإحرام بالحج، قال في العناية: قال أبو حنيفة: الإحرام شرط فيهما جميعاً، وقال زفر: هو شرط في صلاة العصر، وثمرته تظهر

^{٩٦١} أي الانفراد والعزلة.

في حلالٍ مكِّيٍّ صلى الظهرَ مع الإمام، ثم أحرم بالحجِّ معه، أو المحرم بالعمرة صلى الظهرَ، ثم أحرم، فصلى العصرَ مع الإمام لم يجزه العصرُ إلا في وقتها عند أبي حنيفة، وعند زفر: يجوز، انتهى.

ثم لا بدّ من الإحرام بالحجّ قبل الزوال في روايةٍ، وفي روايةٍ أخرى: / [٥٦و] يكتفى بالتقديم على الصلاة.

ثم يتوجّه الإمام إلى الموقف، فيقف بقرب الجبل والقوم معه عقيب انصرافهم من الصلاة، والجبلُ يسمّى جبل الرحمة، والموقفُ الموقفُ الأعظم، وعرفات كلّها موقفٌ إلا بطن عُرّة. وينبغي للإمام أن يقف بعرفة على راحلته، وإن وقف على قدميه جاز، والأوّل أفضل. وينبغي للإمام أن يقف مستقبل القبلة، ويدعو، ويعلم الناس المناسك، ويدعو بما شاء وإن ورد الإثائر ببعض الدعوات. قال صاحب الهداية: وقد أوردنا تفصيلها في كتابنا المترجم^{٩٦٢} بـ "عُدّة الناسك في عُدّة من المناسك" بتوفيق الله تعالى.

وينبغي للناس أن يقفوا بقرب الإمام؛ لأنه يدعو ويعلم فيعوا ويسمعوا. وينبغي أن يقف وراء الإمام ليكون مستقبل القبلة. وهذا بيان الأفضلية؛ لأن عرفة^{٩٦٣} كلّها موقف على ما ذكرنا. ويستحبُّ أن يغتسل قبل الوقوف بعرفة، ويجهّد في الدعاء. أما الاغتسال فهو سنة، وليس بواجب. ولو اكتفى بالوضوء جاز كما في الجمعة والعديد عند الإحرام.

ويلبّي في موقفه ساعةً بعد ساعة، وقال مالك: يقطع التلبية كما يقف بعرفة.

فإذا غربت الشمس أفاض الإمام والناس معه على هينتهم حتى يأتوا المزدلفة. فإن خاف الزحام فدفع قبل الإمام ولم يجاوز حدود عرفة أجزاءه. والأفضل له أن يقف في مقامه كيلاً يكون آخذاً في الأداء قبل وقتها الثابت، ولو مكث قليلاً بعد غروب الشمس وإفاضة الإمام لخوف الزحام فلا بأس به.

وإذا أتى مزدلفةً فالأفضل أن يقف بقرب الجبل الذي عليه الميقدة يقال له: قُرَح. ويتحرّز في النزول على الطريق كيلاً يضرّ بالمارة، فينزل عن يمينه أو يساره. ويستحب أن يقف وراء الإمام لما بيننا في الوقوف بعرفة. ويصلي الإمام بالناس المغرب والعشاء بأذانٍ وإقامةٍ واحدةٍ، وقال زفر: بأذانٍ وإقامتين، ولا يتطوّع بينهما. ولو تطوّع أو تشاغَلَ

^{٩٦٢} أي المسمّى.

^{٩٦٣} هكذا جميع النسخ والأصح "عرفات".

بشيء أعاد الإقامة. ولا يشترط الجماعة لهذا الجمع عند أبي حنيفة. ومن صلى المغرب في الطريق لم يجزه عند أبي حنيفة ومحمد، وعليه إعادتها ما لم يطلع الفجر، وقال أبو يوسف: يجزئه وقد أساء، وعلى هذا الخلاف إذا صلى بعرفات. [٥٦ ظ] وإذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع، فسقطت الإعادة أي: عادت إلى الجواز، هكذا فسره الشراح.

وإذا طلع الفجر يصلي الإمام بالناس الفجر بعلس، ثم وقف ووقف الناس معه فدعا. ثم هذا الوقوف واجب عندنا وليس بركن، حتى لو تركه بغير عذر يلزمه الدم، وقال الشافعي: إنه ركن. والمزدلفة كلها موقف إلا وادي محسر.

وإذا طلعت الشمس أفاض الإمام والناس معه حتى يأتوا منى. قال ﷺ: هكذا وقع في نسخ المختصر، وهذا غلط. والصحيح: إذا أسفر أفاض الإمام والناس معه. وقال صاحب العناية: وأقول: معنى قوله "وإذا طلعت الشمس" إذا قربت إلى الطلوع، وفعل ذلك اعتماداً على ظهور المسألة، انتهى. ولا يخفى عليك ما في هذا الجواب من التكلف البعيد عن الصواب.

فبيدئ بجمرة العقبة، فيرميها من بطن الوادي بسبع حصياتٍ مثل حصي الخذف، بالخاء المعجمة.^{٩٦٤} ولو رمى بأكثر منه جاز لحصول الرمي، غير أنه لا يرمي بالكبار من الأحجار كيلاً يتأذى به غيره. ولو رماها من فوق العقبة أجزأه، والأفضل أن يكون من بطن الوادي. ويكبر مع كل حصاة. ولو سبّح مكان التكبير أجزأه. ولا يقف عندها، ويقطع التلبية مع أول حصاة.

ثم كيفية الرمي: أن يضع الحصاة على ظهر إبهامه اليمنى، ويستعين بالمسبحة. ومقدار الرمي: أن يكون بين الرامي وبين موضع السقوط خمسة أذرع، كذا روى الحسن عن أبي حنيفة. ولو طرحها طرحاً أجزأه؛ لأنه رمى إلى قدميه، إلا أنه مسيء لمخالفته السنة. ولو وضعها وضعاً لم يجزه؛ لأنه ليس برمي. ولو رماها فوقعت قريباً من الجمرة يكفيه، ولو وقعت بعيداً منها لا يجزه. ولو رمى بسبع حصياتٍ جملةً فهذه واحدة؛ لأن المنصوص عليه تفرق الأفعال. ويأخذ الحصى من أي موضع شاء، إلا من عند الجمرة، فإن ذلك يكره؛ لأنما عندها مردود، هكذا جاء في الأثر، فيتشام به، ومع هذا لو فعل أجزأه.

^{٩٦٤} ل س — بالخاء المعجمة، ل صح في الهامش؛ م: بالهاء، وهذا خطأ.

ويجوز الرمي بكلّ ما كان من أجزاء الأرض كالطين عندنا خلافاً للشافعيّ، بخلاف ما إذا رمى بالذهب والفضة؛ لأنه يسمى نثاراً لا رمياً.

ولا يتعيّد بمنى، أي: لا يقيم صلاة العيد بها، ذكرها في باب صلاة الجمعة.

ثم يذبح/[٥٧و] إن أحبّ، ثم يحلق أو يقصّر. ثم الحلق من محظورات الإحرام، فيتقدم عليه الذبح. وإنما علّق الذبح بالمحبة؛ لأنّ الدم الذي يأتي به المفرد تطوع، والكلام في المفرد.

والحلق أفضل، ويكتفي في الحلق برقع الرأس اعتباراً بالمسح، وحلق الكل أولى اقتداءً برسول الله عليه السلام. ومن لا شعر في رأسه يُجري موسى على رأسه، ويقام ذلك مقام الحلق، ذكره في باب خيار الرؤية من البيع.

والتقصير: أن يأخذ من رأس شعره مقدار الأملة.

وقد حلّ له كلّ شيء إلا النساء، وقال مالك: إلا الطيب أيضاً، ولا يحلّ الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافاً للشافعيّ.

ثم الرمي ليس من أسباب التحلل عندنا خلافاً للشافعيّ.

ثم يأتي مكة من يومه ذلك، أو من الغد أو من بعد الغد، فيطوف بالبيت طواف الزيارة سبعة أشواط. ووقته أيام النحر، وأوّل وقته بعد طلوع الفجر من يوم النحر، وأفضل هذه الأيام أوّلها كما في الأضحية. فإن كان سعى بين الصفا والمروة عقيب طواف القدوم لم يرمل في هذا الطواف، ولا سعى عليه. وإن كان لم يقدّم السعي رمل في هذا الطواف، وسعى بعده.

ويصلي ركعتين بعد هذا الطواف، وقد حلّ له النساء، ولكن بالحلق السابق؛ إذ هو المحلل، لا بالطواف، إلا أنّه أُجرّ عليه في حق النساء. وهذا الطواف هو المفروض في الحجّ، وهو ركنٌ فيه، ويسمّى طواف الإفاضة، وطواف يوم النحر. ويكره تأخيره عن هذه الأيام، فإن أخره عنها لزمه دمٌ عند أبي حنيفة.

ثم يعود إلى منى فيقيم بها، فإذا زالت الشمس في اليوم الثاني من أيام النحر رمى الجمار الثلاث، فيبدأ بالتي تلي مسجد الخيف، فيرميها بسبع حصياتٍ، يكثر مع كلّ حصاةٍ، ويقف عندها، ثم يرمي التي تليها مثل ذلك، ويقف عندها، ثم يرمي جمرة العقبة كذلك، ولا يقف عندها، ويقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه الناس، ويحمد الله،

ويُثَيِّ عليه، ويَهْلِل، ويَكْبَر، ويصَلِّي على النبي عليه السلام، ويدعو لحاجته، ويرفع يديه، وينبغي أن يستغفر للمؤمنين في دعائه في هذه^{٩٦٥} المواقف. / [٥٧ظ]

ثم الأصل أن كل رمي بعده رمي يقف بعده؛ لأنه في وسط العبادة، فيأتي بالدعاء فيه، وكل رمي ليس بعده رمي لا يقف لأن العبادة قد انتهت، ولهذا لا يقف بعد جرة العقبة في يوم النحر أيضاً.

وإذا كان من الغد رمى الجمار الثلاث بعد زوال الشمس كذلك، وإن أراد أن يتعجل النفر نهر إلى مكة. وإن أراد أن يقيم رمى الجمار الثلاث يوم الرابع بعد زوال الشمس. والأفضل أن يقيم، وله أن ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع. فإذا طلع الفجر من اليوم الرابع لم يكن له أن ينفر، وفيه خلاف الشافعي. وإن قدم الرمي في هذا اليوم - يعني: اليوم الرابع - قبل الزوال بعد طلوع الفجر جاز عند أبي حنيفة، وهذا استحسان، وقالوا: لا يجوز اعتباراً بسائر الأيام. وإنما التفاوت في رخصة النفر، فإذا لم يترخص التحق بها. ومذهبه مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما، بخلاف اليوم الأول والثاني، حيث لا يجوز الرمي فيها إلا بعد الزوال في المشهور من الرواية.

فأما يوم النحر فأول وقت الرمي فيه من طلوع الفجر، وقال الشافعي: أوله بعد نصف الليل. ثم عند أبي حنيفة يمتد هذا الوقت إلى غروب الشمس، أي: وقت الرمي في اليوم الأول من أيام النحر، كذا في النهاية. وعن أبي يوسف أنه يمتد إلى وقت الزوال. فإن أخر إلى الليل رماه، ولا شيء عليه. وإن أخر إلى الغد رماه وعليه دم عند أبي حنيفة. وإن رماها راكباً أجزأه. وكل رمي بعده رمي فالأفضل أن يرميه ماشياً، وإلا فيرميه راكباً. وبيان الأفضل مروي عن أبي يوسف.

ويكره أن لا يبيت بمنى ليالي الرمي. وعمر عليه السلام كان يؤدّب على ترك المقام بها، ولو بات في غيره متعمداً لا يلزمه شيء عندنا خلافاً للشافعي.

ويكره أن يقدم الرجل ثقله إلى مكة، ويقيم بها حتى يرمي. وإذا نفر إلى مكة نزل بالمحصب، وهو الأبطح. وهو اسم موضع قد نزل به رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم، وكان نزوله قصداً هو الأصح، حتى يكون النزول به سنة.

^{٩٦٥} ل م : هذا.

ثم دخل مكة، وطاف بالبيت سبعة أشواطٍ لا يرمل فيها، وهذا طوافُ الصدر، / [٥٨و] ويسمى: طوافُ الوداع، وطواف آخر عهدٍ بالبيت. وهو واجبٌ عندنا خلافاً للشافعيّ إلا على أهل مكة. ويصلي ركعتي الطواف بعده، ويأتي زمزم، فيشرب من مائها. ويستحبُّ أن يأتي الباب، ويقبل العتبة، ويأتي الملتزم. وهو ما بين الحجر إلى الباب، فيضع صدره ووجهه عليه، ويتشبّث بالأستار ساعةً، ثم يعود إلى أهله، هكذا روي أن النبي عليه السلام فعل بالملتزم ذلك، قالوا: ينبغي أن ينصرف وهو يمشي وراءه ووجهه إلى البيت متباكياً متحسّراً على فراق البيت حتى يخرج من المسجد، فهذا بيانُ تمام الحج.

فصل

فإذا لم يدخل الحرم مكة، وتوجه إلى عرفات، ووقف بها على ما بيّنّا سقط عنه طوافُ القدوم، ولا شيء عليه لتركه.

ومن أدرك الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس من يومها إلى طلوع الفجر من يوم النحر فقد أدرك الحج. وأوّل وقت الوقوف بعد الزوال عندنا. ومالكٌ كان يقول: إنّ أوّل وقته بعد طلوع الفجر أو بعد طلوع الشمس. ثم إذا وقف بعد الزوال وأفاض من ساعته أجزأه عندنا. وقال مالك: لا يجزئه إلا أن يقف في اليوم وجزء من الليل. وإذا أفاض من عرفات قبل الغروب ثم عاد إليه بعد الغروب لم يجزئه عن الوقوف، ذكرها في باب مجاورة الوقف بغير إحرام. ومن اجتاز بعرفات نائماً أو مغمى عليه أو لا يعلم أنها عرفات جاز عن الوقوف. ومن أغمي عليه فأهلاً عنه رفقاؤه جاز عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يجوز. فلو أمر إنساناً بأن يحرم عنه إذا أغمي عليه أو نام، فأحرم المأمور عنه صحّ بالإجماع، حتى إذا أفاق أو استيقظ وأتى بأفعال الحجّ جاز.

والمرأة في جميع ذلك كالرجل، غير أنّها لا تكشف رأسها وتكشف وجهها. ولو اسدلت شيئاً على وجهها وجافته عنه جاز. هكذا روي عن عائشة رضي الله عنها. ولا ترفع صوتها بالتلبية ولا ترمل ولا تسعى بين الميادين ولا تحلق ولكن تقصّر. وتلبس من المخيط ما بدا لها. قالوا: ولا تستلم الحجر إذا كان هنالك جمعٌ لأنها ممنوعة عن مماسة الرجال، / [٥٨ظ] إلا أن يجد الموضع خالياً.

ومن قَلَدَ بدنةً تطوعاً أو نذراً أو جزاءً صيدٍ أو شيئاً من الأشياء، وتوجه معها يريد الحجَّ فقد أحرم. وصفةُ التقليد: أن يربط على عنق بدنته قطعة نعلٍ أو عروة مزادةٍ أو لحاء شجرة. فإن قَلَدَها وبعث بها فلم يسقها لم يصر محرماً. فإن توجه بعد ذلك لم يصر محرماً حتى يلحقها. فإذا أدركها وساقها أو أدركها فقد اقترنت نيته بعملٍ هو من خصائص الإحرام، فيصير محرماً كما ساقها في الابتداء، إلا في بدنة المتعة، فإنه محرّم حين توجه. معناه: إذا نوى الإحرام. وهذا استحسانٌ. فإن جَلَلَ بدنةً أو أشعرها أو قَلَدَ شاةً لم يكن محرماً. والبُدنُ من الإبل والبقر. وقال الشافعيُّ: من الإبل خاصةً.

باب القران

القران أفضل من التمتع والإفراد، وقال الشافعيُّ: الإفراد أفضل، وقال مالك: التمتع أفضل من القران، وقيل: الاختلاف بيننا وبين الشافعي بناءً على أنَّ القارن عندنا يطوف طوافين، ويسعى سعيين، وعنده طوافاً واحداً وسعيًا واحداً.

وصفةُ القران أن يهَلَّ بالحج والعمرة معاً من الميقات، ويقول عقب الصلاة: اللهم إني أريد العمرة والحج فيسرها لي وتقبلهما مِنِّي، وكذا إذا أدخل حجةً على عمرةٍ قبل أن يطوف لها أربعة أشواط. وفي العناية: يعني: يكون قارناً في هذه الصورة أيضاً لوجود الجمع بين الحج والعمرة. وصورته: أن يحرم بعمرةٍ، فيطوف لها أقل من أربعة أشواط، ثم أحرم بحجة. ولو طاف لها أربعة لا يصير قارناً بالإجماع، انتهى.

ومتى عزم على أدائهما يسأل التيسيرَ فيهما، وقَدَمَ العمرة على الحج فيه، وكذلك يقول: لبيك بعمرةٍ وحجةٍ معاً. وإن أخر ذلك^{٩٦٦} في الدعاء والتلبية لأبَسَ به. ولو نوى بقلبه ولم يذكرهما في التلبية أجزأه. فإذا دخل مكةً ابتداءً فطاف بالبيت سبعة أشواطٍ يرمل في الثلاثة الأول منها، ويسعى بعدها بين الصفا والمروة. وهذه أفعالُ العمرة. ثم يبدأ بأفعال الحج، فيطوف طوافَ القدوم سبعة أشواطٍ، ويسعى / [٥٩و] كما بيّنا في المفرد. ويقَدِّم أفعال العمرة، ولا يحلق

^{٩٦٦} أي ذكر العمرة، العناية، ٥٢٥/٢.

بين العمرة والحج. وإنما يخلق في يوم النحر كما يخلق المفرد، ويتحلل بالخلق عندنا لا بالذبح كما يتحلل المفرد. ثم هذا مذهبننا. وقال الشافعي: يطوف طوافاً واحداً، ويسعى سعيّاً واحداً. فإن طاف طوافين وسعى سعين يجزئه وقد أساء.

وإذا رمى الجمرة يوم النحر ذبح شاة أو بقرة أو بدنة أو سُبُع بدنة، فهذا دُمُ القران. والقران في معنى المتعة، والهدي منصوبٌ عليه فيها. والهدي من الإبل والبقر والغنم على ما يذكر في بابه إن شاء الله تعالى. وأراد بالبدنة هنا البعير، وإن كان اسم البدنة يقع عليه وعلى البقر كما ذكرنا. وكما يجوز سُبُع البعير يجوز سبغ البقر. فإذا لم يكن له ما يذبح صام ثلاثة أيام في الحج آخرها يوم عرفة، وسبعة أيام إذا رجع إلى أهله. والأفضل أن يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة. وإن صامها بمكة بعد فراغه من الحج جاز. ومعناه: بعد مضي أيام التشريق. وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز إلا أن ينوي المقام فيها، فحينئذ يجزئه. فإن فاتته الصوم حتى أتى يوم النحر لم يجزه إلا الدم. وقال الشافعي: يصوم بعد هذه الأيام، وقال مالك: يصوم فيها. فلو لم يقدر على الهدي تحلل وعليه دمان: دُم التمتع. أي: بالقران. ودُم التحلل قبل الهدي.

فإن لم يدخل القارن مكة وتوجه إلى عرفات فقد صار رافضاً لعمرته بالوقوف، ولا يصير رافضاً بمجرد التوجه، هو الصحيح من مذهب أبي حنيفة أيضاً رحمهم الله.

وقوله: هو الصحيح احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة: أنه يصير رافضاً للعمرة بالتوجه إلى عرفات قياساً على التوجه إلى الجمعة، كذا في العناية. وسقط عنه دُم القران، وعليه قضاؤها.

باب التمتع

التمتع أفضل من الأفراد، وعن أبي حنيفة: أنَّ الأفراد أفضل.

والتمتع على وجهين: متمتع يسوق الهدي، ومتمتع لا يسوق. ومعنى التمتع: الترفق بأداء النسكين في سفرٍ واحدٍ/[٥٩ظ] من غير أن يلزم بأهله بينهما إماماً صحيحاً. قال صاحب الهداية: ويدخله اختلافات نبينها إن شاء الله تعالى، وصفته: أن يتدئ من الميقات في أشهر الحج، فيحرم بالعمرة، ويدخل مكة، فيطوف لها، ويسعى ويخلق أو يقصر، وقد حلّ من عمرته. وهذا هو تفسير العمرة. وكذلك إذا أراد أن يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا. وهكذا فعل رسول الله ﷺ في عمرة القضاء. وقال مالك: لا حلق عليه، إنما العمرة الطواف والسعي.

ويقطع التلبية إذا ابتدأ بالطواف، وقال مالك: كما وقع بصره على البيت.

ويقيم بمكة حالاً، فإذا كان يوم التروية أحرم بالحج من المسجد. والشرط أن يحرم من الحرم. أما المسجد فليس بلازم. وفعل ما يفعله الحاج المفرد، إلا أنه يرمي في طواف الزيارة، ويسعى بعده. ولو كان هذا المتمتع بعدما أحرم بالحج طاف وسعى قبل أن يروح إلى منى لم يرمي في طواف الزيارة ولا يسعى بعده، وعليه دم التمتع. فإن لم يجد صام ثلاثة أيام في الحج، وسبعة إذا رجع على الوجه الذي بيناه في القرآن. فإن صام ثلاثة أيام من شوال، ثم اعتمر لم يجزه عن الثلاثة. وإن صامها بعدما أحرم بالعمرة قبل أن يطوف جاز عندنا خلافاً للشافعي. والأفضل تأخيرها إلى آخر وقتها، وهو يوم عرفة على ما بينا في القرآن.

وإن أراد المتمتع أن يسوق الهدي أحرم، وساق هديه، وهذا أفضل. فإن كانت بدنة قلدها بمزادة أو نعل. والتقليد أولى من التجليل. ويلبي ثم يقلد. والأولى أن يعقد الإحرام بالتلبية. ويسوق الهدي، وهو أفضل من أن يقودها، إلا إذا كانت لا تنقاد وحينئذ يقودها. وأشعر البدنة عند أبي يوسف ومحمد، ولا يشعر عند أبي حنيفة، ويكره. والإشعار: هو الإدماء بالجرح لغة. وصفته: أن يشق سناسمها بأن يطعن في أسفل السناسم من الجانب الأيمن. قالوا: والأشبه هو الأيسر؛ لأن النبي عليه السلام طعن في جانب اليسار مقصوداً، وفي جانب اليمين اتفاقاً. ويلطخ سناسمها بالدم إعلاماً. وهذا الصنع مكروه عند أبي حنيفة، وعندهما حسن، وعند الشافعي: سنة. [٦٠و] وقيل: إن أبا حنيفة إنما كره إشعار أهل زمانه لمبالغتهم فيه على وجه يخاف منه السراية. وقيل: إنما كره إثارة على التقليد.

فإذا دخل مكة طاف وسعى، وهذا للعمرة على ما بينا في متمتع لا يسوق الهدي، إلا أنه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية كما يحرم أهل مكة على ما بينا. وإن قدم الإحرام قبله جاز. وما عجل المتمتع من الإحرام بالحج فهو أفضل. وهذه الأفضلية في حق من ساق الهدي وفي حق من لم يسق وعليه دم، وهو دم التمتع على ما بينا.

وإذا حلق يوم النحر فقد حل من الإحرامين.

وليس لأهل مكة تمتّع ولا قرآن، وإنما لهم الإفراؤ خاصةً خلافاً للشافعي. ومن كان داخل المواقيت فهو بمنزلة المكي، حتى لا يكون له متعة ولا قرآن، بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة وقرن، حيث يصح^{٩٦٧} لأن عمرته وحجته ميقائيتان، فصار بمنزلة الآفاقي.

وإذا عاد المتمتع إلى بلده بعد فراغه من العمرة، ولم يكن ساق الهدى بطل تمتّعه. وإذا ساق الهدى فيلماؤه لا يكون صحيحاً، ولا يبطل تمتّعه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يبطل.

والمكي إذا خرج إلى الكوفة، وأحرم بالعمرة، وساق الهدى لم يكن متمتعاً.

ومن أحرم بعمره قبل أشهر الحج، وطاف لها أقل من أربعة أشواط، ثم دخل أشهر الحج، فتمّمها، وأحرم بالحج كان متمتعاً. وإن طاف لعمرته قبل أشهر الحج أربعة أشواط فصاعداً، ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعاً. ومالك يعتبر الإتمام في أشهر الحج.

وأشهر الحج: شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة، كذا روي عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير. قال صاحب العناية: وإنما فصل عبد الله بن الزبير عن العبادلة. وهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس رضي الله تعالى عنهم. لأنه ما كان يفهم في عرفهم من إطلاق العبادلة إلا هؤلاء الثلاثة، وأما في عرف المحدثين؛ فالعبادلة: عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير، وليس عبد الله بن مسعود منهم؛ لأنه كان تقدّم موته، انتهى.

وإن قدّم الإحرام بالحج عليها جاز إحرامه، وانعقد حجاً، خلافاً/[٦٠ ظ] للشافعي، فإن عنده يصير محرماً بالعمرة. والإحرام ركنٌ عنده^{٩٦٨} وهو شرطٌ عندنا، فأشبهه الطهارة في جواز التقديم على الوقت.

وإذا قدم الكوئي بعمره في أشهر الحج وفرغ منها وقصر، ثم اتخذ مكة أو البصرة داراً وحج من عامه ذلك فهو متمتع. أما الأول فلا خلاف فيه. وأما الثاني فقليل: هو بالاتفاق، وقيل: هو قول أبي حنيفة، وعندهما: لا يكون متمتعاً. فإن قدم بعمره فأفسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة داراً ثم اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه لم يكن

^{٩٦٧} م: لا يصح، وهذا خطأ.

^{٩٦٨} أي الشافعي.

متمتعاً عند أبي حنيفة. وقالوا: هو متمتع. فإن كان رجع إلى أهله ثم اعتمر في أشهر الحجّ وحجّ من عامه ذلك يكون متمتعاً في قولهم جميعاً. ولو بقي بمكة ولم يخرج إلى البصرة حتى اعتمر في أشهر الحجّ وحجّ من عامه لا يكون متمتعاً بالاتفاق.

ومن اعتمر في أشهر الحجّ وحجّ من عامه فأَيُّهما أفسد مضي فيه، وسقط دُمُ المتعة. وإذا تمتعت المرأة فضحت شاة لم تحزنها من المتعة. وإذا حاضت المرأة عند الإحرام اغتسلت وأحرمت وصنعت كما يصنع الحاج، غير أنّها لا تطوف بالبيت حتى تطهر. فإن حاضت بعد الوقوف وطواف الزيارة انصرفت من مكة، ولا شيء عليها لطواف الصدر.

ومن اتخذ مكة داراً فليس عليه طواف الصدر، إلا إذا اتخذها داراً بعدما حلّ النفر الأول فيما يروى عن أبي حنيفة، ويرويه البعض عن محمد.

باب الجنائيات^{٩٦٩}

وإذا تطيب المحرم فعلية الكفارة؛ فإن طيب عضواً كاملاً فما زاد فعلية دم. وذلك مثل الرأس والساق والفخذ وما أشبه ذلك. وإن طيب أقل من عضو فعلية الصدقة. وقال محمد: يجب بقدره من الدم، وفي المنتقى: إنّه إذا طيب ربع العضو فعلية دم.

ثم واجب الدم يتأدى بالشاة في جميع المواضع إلا في موضعين نذكرهما في باب الهدي إن شاء الله تعالى. قال في العناية: يعني: إذا طاف طواف الزيارة جنباً، وإذا جامع بعد الوقوف بعرفة، انتهى.

فكل صدقة في الإحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من برّ، إلا ما يجب بقتل القملة والجراد،^{٩٧٠} هكذا [٦١و] روي عن أبي يوسف.

^{٩٦٩} ل: باب تطيب المحرم.

^{٩٧٠} ويتصدق فيهما ما شاء كما في العناية، ٢٦/٣.

فإن خضب رأسه بحناءٍ فعليه دمٌ. لأنَّه طيبٌ، فإن صار . أي: الشعرُ . ملبداً^{٩٧١} فعليه دمان: دمٌ للتطيب، ودمٌ للتغطية. ولو خضب رأسه بالوسمة لاشيء عليه لأنها ليست بطيبٍ. وعن أبي يوسف: إن^{٩٧٢} خضب^{٩٧٣} رأسه بالوسمة لأجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار أنَّه يغلف رأسه، وهذا صحيحٌ. ثم ذكر . أي: مُجَّد . في الأصل رأسه ولحيته، واقتصر على ذكر الرأس في الجامع الصغير دلٌّ على أن كل واحدٍ منهما مضمونٌ.

فإن ادهن بزيتٍ فعليه دمٌ عند أبي حنيفة بناءً على أنَّه أصلُ الطيب. وكونه مطعوماً لا ينافيه كالزعفران. وقالوا: عليه الصدقة. وقال الشافعي: إن استعمله في الشعر فعليه دمٌ، وإن استعمله في غيره فلا شيء عليه. وهذا الخلاف في الزيت البحت والخل البحت. أما المطيب منه كالبنفسج والزنبق^{٩٧٤} وما أشبههما يجب باستعماله الدم بالاتفاق؛ لأنَّه طيبٌ. وهذا إذا استعمله على وجه التطيب. ولو داوى به جرحه أو شقوقَ رجله فلا كفارة عليه بخلاف ما إذا داوى بالمسك وما أشبهه.

وإن لبس ثوباً مخبطاً أو غطى رأسه يوماً كاملاً فعليه دمٌ. وإن كان أقل من ذلك فعليه صدقة. وعن أبي يوسف أنَّه إذا لبس أكثر من نصف يومٍ فعليه دمٌ. وهو قول أبي حنيفة أولاً. وقال الشافعي: يجب الدم بنفس اللبس. ولو ارتدى بالقميص أو اتشح^{٩٧٥} به أو ائتزر^{٩٧٦} بالسراويل فلا بأس به. وكذا إذا أدخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في الكمين خلافاً لزفر. والتقدير في تغطية الرأس من حيث الوقت ما بيناه. ولا خلاف أنَّه إذا غطى جميع الرأس يوماً كاملاً يجب عليه الدم. ولو غطى بعض رأسه فالمروي عن أبي حنيفة أنَّه اعتبر الربع اعتباراً بالحلل والعورة. وعن أبي يوسف أنَّه يعتبر أكثر الرأس.

^{٩٧١} بأن كان الحناء جامداً.

^{٩٧٢} ل: إنه.

^{٩٧٣} م: إنه خضت.

^{٩٧٤} على وزن العنبر دهن الباسمين، العناية، ٢٧/٣.

^{٩٧٥} ل م: تشح.

^{٩٧٦} ايتزر في جميع النسخ.

وإذا حلق ربع رأسه أو ربع لحيته فصاعداً فعليه دمٌ. فإن كان أقلَّ من الربع فعليه صدقةٌ. وقال مالك: لا يجب إلا بحلق الكل. وقال الشافعي: يجب بحلق القليل. وإن حلق الرقبة كلها فعليه دمٌ، وإن حلق الإبطين أو أحدهما فعليه دمٌ.

ذكر في الإبطين الحلق ههنا، وفي الأصل التتف، وهو السنة.

وقال أبو يوسف ومُحمَّد: [٦١ظ] إذا حلق عضواً فعليه دمٌ، وإن كان أقلَّ فطعامٌ. أراد به الصَّدر والساق وما أشبه ذلك. قيل: كالعانة دون الرأس واللحية. وفي العناية: مثل الفخذ والعضد.

فإن أخذ من شاربه فعليه طعامٌ حكومة عدلٍ. معناه: أنه ينظر أنَّ هذا المأخوذ كم يكون من ربع اللحية؟ فيجب عليه الطعام بحسب ذلك، حتى لو كان مثلاً مثل ربع الربع يلزمه قيمة ربع الشاة. ولفظُ الأخذ من الشارب يدلُّ على أنه هو السنة فيه دون الحلق، والسنة أن يقصَّ شاربه حتى يوازي الإطار، وهو حرفُ الشَّفة الأعلى.

وإن حلق موضع الحاجم فعليه دمٌ عند أبي حنيفة، وقالوا: عليه صدقةٌ.

وإن حلق رأسَ مُحْرِمٍ بأمره أو بغير أمره فعلى الخالق الصدقة، وعلى المخلوق دمٌ، وقال الشافعي: لا يجب إذا كان بغير أمره، بأن كان نائماً. والمضطرُّ الذي وقع القمَل في رأسه حيث يتخيَّر. يعني: أن يذبح الشاة إن شاء، وبين أن يتصدَّق على ستة مساكين ثلاثة أصوعٍ من طعامٍ، وبين أن يصوم ثلاثة أيام، كذا في بعض الشروح. ثم لا يرجع المخلوق رأسه على الخالق. وكذا إذا كان الخالق حلالاً لا يختلف الجواب في حق المخلوق رأسه. وأما الخالق يلزمه الصدقة في مسألتنا^{٩٧٧} في الوجهين.^{٩٧٨} وقال الشافعي: لاشيء عليه. وعلى هذا الخلاف المحرَّم إذا حلق رأس حلالٍ.

فإن أخذ - أي: المحرم - من شارب حلالٍ، أو قلم أظافيره أطعم ما شاء، وإن قصَّ أظافير يديه ورجليه فعليه دمٌ، ولا يزداد على دم إن حصل في مجلسٍ واحدٍ، وإن كان في مجالس فكذلك عند مُحمَّد، إلا إذا تخلَّلت الكفارة، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: يجب أربعة دماء إن قلم في كلِّ مجلسٍ يداً أو رجلاً. وإن قصَّ يداً أو رجلاً فعليه دمٌ، فإن قصَّ أقلَّ من خمس أظافير فعليه صدقةٌ، معناه: يجب بكلِّ ظفرٍ صدقةٌ، وقال زفر: يجب بقصَّ ثلاثة أظافير منها، وهو

^{٩٧٧} أي: إذا كان الخالق محرماً.

^{٩٧٨} أراد به ما بأمره أو بغير أمره، العناية، ٣٧/٣.

قول أبي حنيفة الأول. وإن قص خمسة أظافر متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال
مُجَد: عليه دم. ويجب بقلم كل ظفر طعام مسكين، وكذلك لو قلم أكثر من خمسة متفرقاً،/[٦٢و] إلا أن يبلغ ذلك
دماً، فحينئذ ينقص عنه ما شاء.

وإن انكسر ظفر المحرم فتعلق فأخذه فلا شيء عليه.

وإن تطيب أو حلق أو لبس من عذر فهو محيّر: إن شاء ذبح شاة، وإن شاء تصدق على ستة مساكين
ثلاثة أصوع من الطعام، وإن شاء صام ثلاثة أيام. ثم الصوم يجزئه في أي موضع شاء. وكذا الصدقة عندنا. وأما
النسك يختص بالحرم بالاتفاق. ولو اختار الطعام أجزأه فيه التغذية والتعشية عند أبي يوسف، وعند مُجَد: لا يجزئه.

فصل

فإن نظر إلى فرج امرأة بشهوة فأمنى لاشيء عليه، كما لو تفكر فأمنى.

وإن قبل أو لمس بشهوة فعليه دم. وفي الجامع الصغير يقول: إذا مس بشهوة فأمنى، ولا فرق بين ما إذا أنزل
أو لم ينزل، ذكره في الأصل. وكذا الجواب في الجامع فيما دون الفرج. وعن الشافعي: أنه إنما يفسد حجّه^{٩٧٩} في جميع
ذلك إذا أنزل.

وإن جامع في أحد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجّه، وعليه شاة، ويمضي في الحج كما يمضي من لم
يفسد حجّه. وقال الشافعي: يجب بدنة. ثم سوى. أي: مُجَد. بين السبيلين، وعن أبي حنيفة: أن في غير الثبل منهما
لا يفسد لتقاصر معنى الوطء، فكان عنه روايتان. وليس عليه أن يفارق امرأته في قضاء ما أفسده عندنا، خلافاً لما لك
إذا خرجا من بيتهما، ولزفر إذا أحرم، وللشافعي إذا انتهيا إلى المكان الذي جامعها فيه.

ومن جاوز الميقات بغير إحرام وأحرم بالحج، ثم أفسده بالجماع قبل الوقوف بعرفة ثم قضاها فإن دم الوقت
يسقط عنه عندنا خلافاً لزفر، ذكرها في باب مجاوزة الوقت بغير إحرام.

^{٩٧٩} ل م + إحرامه.

ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجُّه وعليه بدنةٌ، خلافاً للشافعيّ فيما إذا جامع قبل الرمي. وإن جامع بعد الحلق فعليه شاةٌ.

ومن جامع في العمرة قبل أن يطوف أربعة أشواطٍ فسدت عمرته، فيمضي فيها، ويقضيها، وعليه شاةٌ. وإن جامع بعدما طاف أربعة أشواطٍ أو أكثر فعليه شاةٌ، ولا تفسد عمرته. وقال الشافعيّ: تفسد في الوجهين، وعليه بدنةٌ. [٦٢ظ]

ومن جامع ناسياً كان كمن جامع عامداً. وقال الشافعيّ: جماعُ النَّاسِي غيرُ مفسدٍ للحجِّ. وكذا الخلافُ في جماعِ النَّائِمَةِ والمَكْرَهَةِ.

فصل

ومن طاف طواف القدوم محدثاً فعليه صدقةٌ. وقال الشافعيّ: لا يُعتدُّ به. ثم قيل: هي سنةٌ، والأصحُّ: أنَّها واجبةٌ،^{٩٨٠} ولو فرض أنَّها سنةٌ يكون واجباً بالشروع. وكذا الحكمُ في كلِّ طوافٍ هو تطوعٌ. ولو طاف طوافَ الزيارة محدثاً فعليه شاةٌ. وإن كان جنباً فعليه بدنةٌ. وكذا إذا طاف أكثره جنباً أو محدثاً. والأفضلُ أن يعيد الطوافَ ما دام يمكنه، ولا ذبحَ عليه. وفي بعض النسخ^{٩٨١} وعليه أن يعيد، والأصحُّ: أنَّه يؤمر بالإعادة في الحدث استحباباً، وفي الجنابة إيجاباً. ثم إذا أعاده وقد طاف محدثاً لاذبحَ عليه وإن أعاده بعد أيام النحر. وإن أعاده وقد طاف جنباً في أيام النحر فلا شيءَ عليه. فإن أعاده بعد أيام النحر لزمه الدُّمُّ عند أبي حنيفةٍ بالتأخير على ما عرف من مذهبه. ولو رجع إلى أهله وقد طاف جنباً عليه أن يعود، ويعود بإحرامٍ جديدٍ. وإن لم يعدْ وبعث بدنةً أجزأه، إلا أنَّ الأفضلَ هو العودُ. ولو رجع إلى أهله وقد طافه محدثاً إن عاد فطاف جاز، وإن بعث بالشاة فهو أفضلُ. ولو لم يطف طواف الزيارة أصلاً حتى رجع إلى أهله فعليه أن يعود بذلك الإحرام وهو محزَّمٌ عن النساء أبداً حتى يطوفَ. أي: للزيارة..

^{٩٨٠} وهذا مخالف لما ذكر في باب الإحرام من أنه سنة.

^{٩٨١} أي في نسخ القدوري.

ومن طاف طوافَ الصدر محدثاً فعلیه صدقةً. وعن أبي حنيفة: أنه يجب شاةً، إلا أنّ الأول أصحُّ. ولو طاف جنباً فعلیه شاةً.

ومن ترك من طواف الزيارة ثلاثة أشواطٍ فما دونها فعلیه شاةً. فلو رجع إلى أهله أجزأه أن لا يعود ويبحث شاةً، ومن ترك أربعة أشواطٍ بقي محرماً أبداً حتى يطوفها. ومن ترك طوافَ الصدر أو أربعة أشواطٍ منه فعلیه شاةً. وما دام بمكة يؤمر بالإعادة إقامةً للواجب في وقته. ومن ترك ثلاثة أشواطٍ من طواف الصدر فعلیه الصدقة.

ومن طاف طوافَ الواجب في جوف الحجر، ولم يطف وراء الحطيم أعاده. والطوافُ في جوف الحجر: أن يدور حول الكعبة، ويدخل الفرجتين اللتين بينهما وبين الحطيم. فإذا فعل ذلك فقد أدخل نقصاً في طوافه. فما دام بمكة أعاد كله ليكون مؤدياً الطواف على الوجه المشروح، فإن أعاده على الحجر خاصةً/[٦٣و] أجزأه. وهو . أي: الإعادة. أن يأخذ عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهي إلى آخره، ثم يدخل الحجر من الفرجة، ويخرج من الجانب الآخر، هكذا يفعل سبع مرات. فإن رجع إلى أهله ولم يعده فعلیه دمً، ولا يجزئه الصدقة.

ومن طاف طوافَ الزيارة على غير وضوءٍ وطوافَ الصدر في آخر أيام التشريق طاهراً فعلیه دمً. فإن كان طاف طوافَ الزيارة جنباً فعلیه دمان عند أبي حنيفة، وقالوا: عليه دمٌ واحدٌ، ويؤمر بإعادة طواف الصدر ما دام بمكة، ولا يؤمر بعد الرجوع.

ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوءٍ وحلّ فما دام بمكة يعيدهما، ولا شيء عليه. ولو رجع إلى أهله قبل أن يعيد^{٩٨٢} فعلیه دمً. وكذا^{٩٨٣} إذا أعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح. وهذا^{٩٨٤} احتراز عما قال بعض المشايخ: إذا أعاد الطواف ولم يعد السعي كان عليه دمً. والذي اختاره صاحب الهداية هو اختيار شمس الأئمة السرخسي والإمام المحبوبي، كذا في العناية.

ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعلیه دمً، وحجّه تامٌ.

^{٩٨٢} أي الطواف.

^{٩٨٣} أي ليس عليه شيء، العناية، ٥٧/٣.

^{٩٨٤} أي قوله في الصحيح.

ومن أفاض قبل الإمام من عرفات فعليه دمٌ. وقال الشافعي: لاشيء عليه، بخلاف ما إذا وقف ليلاً، يعني: إذا شرع في الوقوف ليلاً لا تحب الإطالة، فإن عاد إلى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية، واختلفوا فيما إذا عاد قبل الغروب.

ومن ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دمٌ.

ومن ترك رمي الجمار في الأيام كلها فعليه دمٌ، ويكفيه دمٌ واحدٌ. والترك إنما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمي. وما دامت الأيام باقيةً فالإعادة ممكنة، فيرميها على التأليف، أي: على الترتيب: ثم بتأخيرها يجب الدم عند أبي حنيفة خلافاً لهما. وإن ترك رمي يوم فعليه دمٌ. ومن ترك رمي إحدى الجمار الثلاث فعليه الصدقة، إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف، فحينئذ يلزمه دمٌ واحدٌ. وإن ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دمٌ. وكذا إذا ترك الأكثر منها. وإن ترك منها حصاةً أو حصاتين أو ثلاثاً تصدق لكل حصاة نصف صاع، إلا أن يبلغ دمًا، فينقص ما شاء.

ومن أخر الحلق [٦٣ظ] حتى مضت أيام النحر فعليه دمٌ عند أبي حنيفة. وكذا إذا أخر طواف الزيارة، وقالوا: لاشيء عليه في الوجهين. وكذا الخلاف في تأخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي^{٩٨٥} والحلق قبل الذبح. وإن حلق في أيام النحر في غير الحرم فعليه دمٌ.

ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر أو حلق فعليه دمٌ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف: لاشيء عليه.

قال عليه السلام: ذكر في الجامع الصغير قول أبي يوسف في المعتمر، ولم يذكره في الجامع، وقيل: هو بالاتفاق، والأصح: أنه على الخلاف.

فالخاص أن الحلق يتوقفت^{٩٨٦} بالزمان والمكان عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف: لا يتوقفت^{٩٨٧} بهما، وعند محمد: يتوقفت^{٩٨٨} بالمكان دون الزمان، وعند زفر: يتوقفت^{٩٨٩} بالزمان دون المكان، وهذا الخلاف في التوقيت في حق التّضمين بالدم. أما لا يتوقفت في حق التحلل بالاتفاق.^{٩٩٠}

^{٩٨٥} م - وفي تقديم ... قبل الرمي.

والتقصيرُ والحلقُ في العمرة غيرُ مؤقَّتٍ بالزمان بالإجماع. فإن لم يقصّر حتى رجع وقصّر فلا شيء عليه في قولهم جميعاً. معناه: إذا خرج المَعْتَمِرُ، ثم عاد.

فإن حلق القارن قبل أن يذبح فعليه دمان عند أبي حنيفة، وعندهما: دمٌ واحدٌ، وهو الأول، ولا يجب بسبب التأخير عليه شيءٌ.

فصل

اعلم أنّ صيد البر محرّمٌ على الحرم، وصيد البحر حلالٌ لقوله تعالى: ﴿أَحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ﴾ الآية،^{٩٨٦} وصيد البر: ما يكون توالده ومثواه في البر، وصيد البحر: ما يكون توالده ومثواه في الماء. والصيد: هو الممتنع المتوحش في أصل الخلقة. واستثنى رسول الله ﷺ الخمسَ الفواسق، وهي الكلبُ العقورُ والذئبُ والحدأةُ والغرابُ والحيةُ والعقربُ، فإنها مبتدئاتٌ بالأذى، والمرادُ بالغراب: الذي يأكل الحيف هو المروي عن أبي يوسف. وإذا قتل الحرم صيداً أو دلّ عليه من قتله فعليه الجزاء، وفي الدلالة خلافُ الشافعي. وقال عطاء: أجمع الناسُ على أنّ على الدالّ الجزاء. بخلاف ما إذا كان الدالّ حلالاً على أنّ فيه الجزاء أيضاً على ما روي/[٦٤و] عن أبي يوسف وزفر. والدلالةُ الموجبةُ للجزاء: أن لا يكون المدلولُ عالماً بمكان الصيد، وأن يصدقه في الدلالة، حتى لو كذّبه وصدّق غيره لاضمان على المكذب. ولو كان الدالّ حلالاً في الحرم لم يكن عليه شيءٌ لما قلناه، وسواءٌ في ذلك العامدُ والناسي، والمبتدئُ والعائدُ.

والجزاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف: أن يقوم الصيدُ في المكان الذي قتل فيه أو في أقرب المواضع منه إذا كان في برية، فيقومه ذوا عدلٍ، ثم يتخيّر في الفداء، إن شاء ابتاع بها هدياً وذبحه إن بلغت هدياً، وإن شاء اشترى بها

^{٩٨٦} م: يتوقف.

^{٩٨٧} م: لا يتوقف.

^{٩٨٨} م: يتوقف.

^{٩٨٩} م: يتوقف.

^{٩٩٠} كذا في جميع نسخ العدة، وفي هذه العبارة مشكلة ونص الهداية هكذا: "وأما في حق التحلل فلا يتوقت بالاتفاق"

^{٩٩١} سورة المائدة، ٥ / ٩٦.

طعاماً وتصدّق على كلّ مسكينٍ نصف صاعٍ من برٍّ أو صاعاً من تمرٍّ أو شعيرٍ، وإن شاء صام على ما نذكر. وقال مُجَدُّ والشافعيُّ: يجب في الصيد النظيرُ فيما له نظيرٌ؛ ففي الطبي شاةٌ، وفي الضبع شاةٌ، وفي الأرنب عناقٌ، وفي اليربوع جفرةٌ،^{٩٩٢} وفي النعامة بدنةٌ، وفي حمار الوحش بقرةٌ؛ لقوله تعالى: ﴿فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾،^{٩٩٣} ومثله من النعم ما يشبه المقتولَ صورةً لأنّ القيمة لا يكون نَعَمًا، والصحابة أوجبوا النظر من حيث الخلقة. وما ليس له نظيرٌ عند مُجَدِّ تجب القيمةُ مثل العصفور والحمام وأشباههما. وإذا وجبت القيمةُ كان قوله كقولهما. والشافعيُّ يوجب في الحمامة شاةً، ويثبت المشابهة بينهما من حيث إنّ كلّ واحد منهما يُعَبّ ويهدر.

ثم الخيارُ على القاتل في أن يجعله هدياً أو طعاماً أو صوماً عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال مُجَدُّ والشافعيُّ: الخيارُ إلى الحكمين في ذلك؛ فإن حكما بالهدي يجب النظيرُ على ما بيننا. وإن حكما بالطعام أو الصيام فعلى ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف: إنما يرجع إليهما في تقويم المتلف، ثم الاختيارُ بعد ذلك إلى من عليه. ويقومان في المكان الذي أصابه لاختلاف القيم باختلاف الأماكن. فإن كان الموضعُ برّاً لا يباع فيه الصيدُ يعتبر أقربُ المواضع إليه مما يباع فيه ويشترى. قالوا: والواحد. أي: العدلُ الواحدُ. يكفي، والمثنى أولى لكونه أحوطاً وأبعدَ من الغلط. وقيل: يعتبر هنا المثنى بالنصّ.

والهدي لا يذبح إلا بمكة. ويجوز الإطعامُ في غيرها خلافاً/[٦٤ ظ] للشافعي. فإن ذبح بالكوفة أجزأه عن الطعام. معناه: إذا تصدق باللحم. وفيه وفاءٌ بقيمة الطعام.

وإذا وقع الاختيارُ على الهدي يهدي ما يجزئه في الأضحية. وقال مُجَدُّ والشافعيُّ: يجوز صغارُ النعم فيها. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف: يجوز الصغارُ على وجه الإطعام، يعني: إذا تصدّق.

وإذا وقع الاختيارُ على الطعام يقوم المتلفُ بالطعام عندنا. وإذا اشترى بالقيمة طعاماً تصدّق على كلّ مسكينٍ نصف صاعٍ من برٍّ أو صاعاً من تمرٍّ أو شعيرٍ. ولا يجوز أن يطعم لمسكينٍ^{٩٩٤} أقلّ من نصف صاعٍ. فإن اختار

^{٩٩٢} وهي الأنتى من ولد المعز وقيل الجفرة أصغر من العناق والعناق الأنتى من اولاد المعز.

^{٩٩٣} سورة المائدة، ٩٥/٥.

^{٩٩٤} م + لكل مسكين.

الصيامَ يَقُومُ المقتول طعاماً ثم يصوم عن كل نصف صاعٍ من برٍّ أو صاعٍ من شعير يوماً، فإن فضل من الطعام أقل من نصف صاعٍ فهو مخيرٌ: إن شاء تصدَّق به، وإن شاء صام عنه يوماً كاملاً. وكذلك إن كان الواجب دون طعام مسكينٍ يُطعمُ قدرَ الواجب أو يصوم يوماً كاملاً.

ولو جرح صيداً، أو نتف شعره، أو قطع عضواً منه ضمن ما نقصه. ولو نتف ريش طائرٍ أو قطع قوائم صيدٍ، فخرج عن حيز الامتناع فعليه قيمة كاملة.

ومن كسر بيض نعامةٍ أو شواه فعليه قيمته ما لم يفسد، فإن خرج من البيض فرخٌ ميتٌ فعليه قيمته حياً. وهذا استحسانٌ، والقياس أن لا يغرم سوى البيضة. وعلى هذا إذا ضرب بطن ظبيةٍ فألقت جنيناً ميتاً وماتت فعليه قيمتهما.

وليس في قتل الغراب والحدأة والذئب والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور جزاءٌ لقوله عليه السلام: {خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم} الحديث،^{٩٩٥} وليس فيه الذئب، وقد ذكر الذئب في بعض الروايات. وقيل: المراد بالكلب العقور: الذئب، أو يقال: إنَّ الذئب في معناه، والمراد: الغراب الذي يأكل الجيف ويخلط؛ لأنه يبتدىء بالأذى، أما العققُ فغير مستثنى؛ لأنه لا يسمى غراباً، ولا يبتدىء بالأذى. وعن أبي حنيفة: أنَّ الكلب العقورَ وغير العقور والمستأنس والمتوحش واليربوع ليست من الخمسة المستثناة؛ لأنهما لا يبتدئان بالأذى.

وليس في قتل البعوضة والنمل والبراغيث والقراد شيء، والمراد بالنمل: السوداء والصفراء الذي / [٦٥و] يؤذي. وما لا يؤذي لا يحلُّ قتلها، ولكن لا يجب الجزاء.

ومن قتل قملة تصدَّق بما شاء، مثل كفٍّ من طعام، وفي الجامع الصغير: أطعم شيئاً، وهذا يدل على أنه يجزئه أن يطعم مسكيناً شيئاً يسيراً على سبيل الإباحة وإن لم يكن مشبعاً.

ومن قتل جرادة؛ تصدَّق بما شاء، وقمراً خيراً من جرادة.

ولاشيء عليه في ذبح السلحفاة، وكذا الهوام والحشرات والخنافس والوزغات.

ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته.

^{٩٩٥} انظر: مسلم، كتاب الحج، ١١٩٨ بلفظ "خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم الحية والغراب الأبقع والفأرة والكلب العقور والحدأة".

ومن قتل ما لا يؤكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها فعليه الجزاء، إلا ما استثناه الشرع، وهو ما عددناه، وقال الشافعي: لا يجب الجزاء. ولا يجاوز بقيمته شاة، وقال زفر: تحب بالغه ما بلغت.

وإذا صال السبع على المحرم فقتله لاشيء عليه، وقال زفر: تحب قيمته. وإن اضطر المحرم إلى قتل صيد فقتله فعليه الجزاء.

ولا بأس للمحرم أن يذبح الشاة والبقر والبعير والدجاجة والبط الأهلي، أي: الذي يكون في المساكن والحياض؛ لأنه ألوف بأصل الخلقة.

ولو ذبح حماماً مسرولاً^{٩٩٦} فعليه الجزاء خلافاً للمالك. وكذا إذا قتل ظبياً مستأنساً، كالبعير إذا ند لا تأخذ حكم الصيد في الحرمة على المحرم.

وإذا ذبح المحرم صيداً فذبيحته ميتة لا يحل أكلها، وقال الشافعي: يحل ما ذبحه لغيره. فإن أكل المحرم الذابح من ذلك شيئاً فعليه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة، وقالوا: ليس عليه جزاء ما أكل. وإن أكل محرماً آخر منه فلا شيء عليه في قولهم جميعاً.

ولا بأس بأن يأكل المحرم لحم صيد اصطاده حلالاً وذبحه إذا لم يدل المحرم عليه، ولا أمره بصيده، خلافاً للمالك فيما إذا اصطاده لأجل المحرم. ثم شرط . أي: مُجَدِّد . عدم الدلالة، وهذا تنصيص على أن الدلالة محيطة، قالوا: فيه روايتان.

وفي صيد الحرم إذا ذبحه الحلال قيمته، يتصدق بها على الفقراء، ولا يجزئه الصوم. وقال زفر: يجزئه الصوم، وهل يجزئه الهدى؟ ففيه روايتان.

ومن دخل الحرم بصيد فعليه أن يرسله فيه إذا كان في يده خلافاً للشافعي. فإن باعه رد البيع فيه إن كان قائماً. وإن كان فائتاً فعليه الجزاء. وكذلك بيع المحرم الصيد من محرّم أو حلال.

ومن أحرم وفي بيته [٦٥ ظ] أو في قفص معه صيد فليس عليه أن يرسله. وقال الشافعي: عليه أن يرسله. ولو أرسله في مغارة فهو على ملكه. وقيل: إذا كان القفص في يده لزمه إرساله، لكن على وجه لا يضيع.

^{٩٩٦} بفتح الواو وهو ما في رجليه ريش، النباية، ٤/٤٠١.

فإن أصاب حلالاً صيداً، ثم أحرم فأرسله من يد غيره يضمن عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يضمن. بخلاف ما إذا كان أخذه في حالة الإحرام، فإنه لا يضمن عنده أيضاً.

وإن أصاب محرماً صيداً، فأرسله من يد غيره لاضماناً عليه بالاتفاق. فإن قتله محرماً آخر في يده فعلى كل واحدٍ منها جزاؤه، ويرجع الآخذ على القاتل، وقال زفر: لا يرجع.

وإن استهلك صيداً مملوكاً في الحرم يجب الجزاء لحق الشرع، والضممان للمالك، ذكره في كتاب السرقة في فصل: ما يقطع فيه وما لا يقطع.

ولو رمى المحرم صيداً، ثم حلّ، فوقع الرمية بالصيد فعليه الجزاء. وإن رمى حلالاً صيداً ثم أحرم فلا شيء عليه. ذكرهما في باب اعتبار حالة القتل من الجنايات، وقد ذكرنا هناك أيضاً.

فإن قطع حشيش الحرم أو شجره الذي ليس بمملوكٍ وهو مما لا ينبت الناس فعلية قيمته، إلا فيما جفّ منه، ويتصدّق بقيمته على الفقراء. وإذا أذاها ملكه. أي: حشيش الحرم. كما في حقوق العباد. ويكره بيعه بعد القطع، بخلاف الصيد، فإنه لا يجوز بيعه. والذي ينبت الناس عادةً عرفناه غير مستحقّ الأمن بالإجماع. ومالا ينبت عادةً إذا أنبت الإنسان التحق بما ينبت عادةً.

ولو نبت بنفسه في ملك رجلٍ فعلى قاطعه قيمةً لحمة الحرم حقاً للشرع، وقيمةً أخرى ضمناً لمالكة، كالصيد المملوك في الحرم.

وما جفّ من شجر الحرم لاضمان فيه.

ولا يرمى حشيش الحرم، ولا يقطع إلا الإذخر، وقال أبو يوسف: لا بأس بالرعي.

والقطع بالمشافر^{٩٩٧} كالقطع بالمنجل، والكمأة كالإذخر. وكلّ واحدٍ من نبات الحرم يستحقّ الأمن عن التعرض؛ فقليله وكثيره سواء، ذكرها في أوائل باب الجنايات.

وكلّ شيءٍ فعله القارنُ مما ذكرنا أنّ فيه على المفرد دماً فعليه دمان: دمٌ لحجته ودمٌ لعمرته، وقال الشافعي:

دمٌ واحدٌ.

^{٩٩٧} م: المسافر.

وإن تجاوز الميقاتَ غيرَ محرمٍ بالحجِّ أو العمرة فيلزمه دمٌ واحدٌ عندنا أيضاً خلافاً لزفر.

وإذا اشترك محرمان / [٦٦و] في قتل الصيد فعلى كلٍّ واحدٍ منهما جزاءٌ كاملٌ. وإذا اشترك حلالان في قتل

صيد الحرم فعليهما جزاءٌ واحدٌ.

وإذا باع المحرم صيداً أو ابتاعه فالببيع باطلٌ.

ومن أخرج ظبيةً من الحرم فولدت أولاداً فماتت هي وأولادها فعليه جزاؤهنَّ. فإن أدّى جزاءها ثم ولدت

ليس عليه جزاءُ الولد.

باب مجاوزة الوقت بغير إحرام

وإذا أتى الكويئُ بستانَ بني عامرٍ فأحرم بعمرتهٍ فإن رجع إلى ذات عرقٍ ولَبَّى بطل عنه دمُ الوقت. وإن رجع إليه ولم يلبَّ حتى دخل مكةَ وطاف لعمرته فعلية دمٌ. وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: إن يرجع إليه محرماً فليس عليه شيءٌ، لَبَّى أو لم يلبَّ، وقال زفر: لا يسقط لَبَّى أو لم يلبَّ. وعلى هذا الخلاف إذا أحرم بحجةٍ بعد المجاوزة مكان العمرة في جميع ما ذكرنا.

ولو عاد بعدما ابتدأ بالطواف فاستسلم الحجر لا يسقط عنه الدمُ بالاتفاق. ولو عاد إليه قبل الإحرام يسقط بالاتفاق. وهذا الذي ذكرنا إذا كان يريد الحجَّ والعمرة. فإن دخل البستانَ لحاجته فله أن يدخل مكة بغير إحرامٍ، ووقتهُ البستانُ وهو وصاحبُ المنزل سواءً.

والمرادُ بقوله: "وقته البستانُ": جميعُ الحِلِّ الذي بينه وبين الحرم، وقد مرَّ من قبل. فكذا وقت الداخل الملتحق

به.

فإن أحرم من الحِلِّ، ووفقاً بعرفة لم يكن عليهما شيءٌ. يريد به: البستانيّ والداخل فيه؛ لأنَّهُما أحرمَا من

ميقاتهما.

ومن دخل مكة بغير إحرامٍ، ثم خرج من عامه ذلك إلى الوقت، فأحرم بحجةٍ عليه أجزاءه من دخوله مكة

بغير إحرامٍ، وقال زفر: لا يجوز، وهو القياسُ. بخلاف ما إذا تحوّلت السنّةُ.

ومن جاوز الوقت بغير إحرام فأحرم بعمره فأفسدها مضى فيها وقضاها وليس عليه دمٌ بترك الوقت، وعلى قياس قول زفر لا يسقط عنه.

وإذا خرج المكي يريد الحج فأحرم ولم يعد إلى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة، فإن عاد إلى الحرم ولبي أو لم يلب فهو على الخلاف الذي ذكرناه في الآفاقي.

والمتمتع إذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم فأحرم بالحج ووقف بعرفة فعليه دمٌ. فإن رجع إلى الحرم فأهل فيه قبل أن يقف / [٦٦٦] بعرفة فلا شيء عليه. وهو على الخلاف الذي تقدم في الآفاقي.

باب إضافة الإحرام إلى الإحرام

قال أبو حنيفة رحمته الله: إذا أحرم المكي بعمره، وطاف لها شوطاً، ثم أحرم بالحج فإنه يرفض الحج، وعليه لرفضه دمٌ، وعليه حجة وعمره. وقال أبو يوسف ومحمد: رفض العمرة أحب إلينا، وقضاها وعليه دمٌ. وكذا إذا أحرم بالعمرة، ثم بالحج ولم يأت بشيء من أفعال العمرة. فإن طاف للعمرة أربعة أشواط، ثم أحرم بالحج رفض بالحج بلا خلاف، وعليه دمٌ بالرفض أيهما رفضه، إلا أن في رفض العمرة قضاءها لا غير، وفي رفض الحج قضاؤه وعمره. وإن مضى عليهما أجزأه، غير أنه منهي عنهما، والمنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من أصلنا، وعليه دمٌ. وهذا في حق المكي دم جبر، وفي الآفاقي دم شكر.

ومن أحرم بالحج، ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى، فإن حلق في الأولى لزمته الأخرى، ولا شيء عليه. وإن لم يحلق في الأولى لزمته الأخرى، وعليه دمٌ قصر أو لم يقصر عند أبي حنيفة، وقالوا: إن لم يقصر فلا شيء عليه. ومن فرغ من عمرته إلا التقصير، فأحرم بأخرى فعليه دمٌ لإحرامه قبل الوقت. ومن أهل بعمره بحجة، ثم أحرم بعمره؛ لزمه.

ولو وقف بعرفات، ولم يأت بأفعال العمرة فهو رافض لعمرته، فإن توجه إليها لم يكن رافضاً حتى يقف. فإن طاف الحج، ثم أحرم بعمره، فمضى عليهما لزمه، وعليه دمٌ لجمعه بينهما. والمراد بهذا الطواف: طواف التحية، وإنه سنة، وليس بركن، حتى لا يلزمه بتركه شيء. فإذا لم يأت بما هو ركن يمكنه أن يأتي بأفعال العمرة ثم بأفعال الحج، فلهاذا لو مضى عليهما جاز، وعليه دمٌ لجمعه بينهما، وهو دمٌ كفارة وجبر، هو الصحيح.

وفي العناية: احترازُ عما اختاره شمسُ الأئمة وقاضي خان والإمام المحبوبي: أنَّ ذلك دُمُ القُرآن، فيكون دُمُ شكرٍ. وذكر الإمام فخرُ الإسلام مثل ما ذكر في الكتاب، انتهى.

ويستحبُّ أن يرفض عمرته، وإذا رفض عمرته يقضيها، وعليه دُمُ لرفضها.

ومن أهلِ بعمرَةٍ في يوم النحر أو في أيام التشريق لزمتها، ويرفضها. أي: يلزمه الرفض، [٦٧و] فإن رفضها فعليه دُمُ لرفضها، وعمرَةٌ مكانها. فإن مضى عليها أجزأه، وعليه دُمُ لجمعه بينهما. وقيل: إذا حلق للحج، ثم أحرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر مُجَدِّدُ في الأصل، وقيل: يرفضها احترازاً عن المنهي. قال الفقيه أبو جعفر: ومشايخنا على هذا.

فإن فاتته الحجُّ، ثم أحرم بعمرَةٍ أو بحجَّةٍ فإنه يرفضها، وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها، ودُمُ لرفضها بالتحلل قبل أوانه.

باب الإحصار

وإذا أحصر الحرمُ بعدوٍّ أو أصابه مرضٌ فمنعه من المضىّ جاز له التحللُ. وقال الشافعي: لا يكون الإحصارُ إلا بالعدوّ.

وإذا جاز له التحللُ قيل له: ابعث شاةً تذبح في الحرم، وواعد من تبعته بيومٍ بعينه يذبح فيه، ثم تحلل. وقال الشافعي: لا يتوقّت به. ويجوز الشاةُ لأن المنصوص عليه الهدْي، والشاةُ أدناه. ويجزئه البقرةُ والبدنة أو سُبُعهما كما في الضحايا. وليس المرادُ بما ذكرنا بعث الشاة بعينها؛ لأن ذلك قد يتعدّر، بل له أن يبعث بالقيمة حتى تشتري بها الشاة هنالك، وتذبح عنه.

وقوله: "ثم تحلل" إشارةٌ إلى أنّه ليس عليه الحلُّ أو التقصيرُ، وهو قول أبي حنيفة ومُجَدِّد، وقال أبو يوسف: عليه ذلك، ولو لم يفعل لاشيء عليه.

وإن كان قارناً بعث بدمين، فإن بعث بهديٍّ واحدٍ ليتحلل عن الحج ويبقى في إحرام العمرة لم يتحلل عن واحدٍ منهما.

ولا يجوز ذبح دم الإحصار إلا في الحرم، ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يجوز الذبح للحصر بالحج إلا في يوم النحر، ويجوز للحصر بالعمرة متى شاء.

والحصر بالحج إذا تحلل فعليه حجة وعمرة، هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما، وعلى المحصر بالعمرة القضاء، فالإحصار عنها يتحقق عندنا، وقال مالك: لا يتحقق، وعلى القارن حجة وعمرتان.

فإن بعث القارن هدياً، وواعدهم أن يذبحوه في يوم بعينه، ثم زال الإحصار، فإن كان لا يدرك الهدي والحج لا يلزمه أن يتوجه، بل يصير حتى يحل بنحر الهدي. وإن توجه ليتحلل بأفعال العمرة له ذلك. وإن كان يدرك الحج والهدي لزمه التوجه. وإذا أدرك هديه صنع به ما شاء. وإن كان يدرك الهدي دون الحج يتحلل بعمرة. / [٦٧ ظ] وإن كان يدرك الحج دون الهدي جاز له التحلل استحساناً، والقياس بخلافه، وهو قول زفر. وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر، وإنما يستقيم على قول أبي حنيفة، وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق، وله الخيار: إن شاء صبر في ذلك المكان أو في غيره ليذبح عنه، فيتحلل، وإن شاء توجه ليؤدي النسك الذي التزمه بالإحرام، وهو أفضل؛ لأنه أقرب إلى الوفاء بما وعده.

ومن وقف بعرفة ثم أحصر لا يكون محصرًا.

ومن أحصر بمكة وهو ممنوع عن الطواف والوقوف فهو محصر. وإن قدر على أحدهما فليس بمحصر. وقد قيل: في هذه المسألة خلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف، والصحيح ما أعلمتك من التفصيل.

والمأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبح بعد ما زال الإحصار، وحج الأمر لم يضمن المأمور علم أو لا. قيل: هذه المسألة بالاتفاق، وقيل: فيها خلاف لأبي حنيفة، فإنَّ عنده يضمن المأمور، ذكرها وما فيها من الخلاف في الفصل الآخر من كتاب الشركة.

باب الفوات

ومن أحرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج، وعليه أن يطوف ويسعى ويتحلل ويقضي من قابل، ولا دم عليه.

والعمرة لاتنفوت، وهي جائزة في السنة إلا خمسة أيام يكره فعلها فيه، وهي عرفة ويوم النحر وأيام التشريق. وعن أبي يوسف: أنه لا يكره في يوم عرفة قبل الزوال، والأظهر من المذهب ما ذكرناه، ولكن مع هذا لو أذاها في هذه الأيام صح، ويبقى محرماً بما فيها.

والعمرة سنة، وقال الشافعي: فريضة. وهي الطواف والسعي، وقد ذكرناه في باب المتمتع.

باب الحج عن الغير

الأصل في هذا الباب أن الإنسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة أو صوماً أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة؛ لما روي عن النبي عليه السلام: {أنه ضحى بكبشين أملحين موقوئين أحدهما عن نفسه، والآخر عن أمته ممن أقر بوحداية الله وشهد له بالبلاغ جعل تضحية إحدى [٦٨] الشاتين لأمته}.^{٩٩٨}

والعبادات أنواع: مالية محضة كالزكاة، وبدنية محضة كالصلاة، ومركبة عنهما كالحج. والنيابة تجري في النوع الأول في حالي الاختيار والضرورة؛ لحصول المقصود بفعل النائب، ولا تجري في النوع الثاني بحال؛ لأن المقصود. وهو إتعاب النفس. لا يحصل به، وتجري في النوع الثالث عند العجز للمعنى الثاني، وهي المشقة بتنقيص المال، ولا تجري عند القدرة لعدم إتعاب النفس. والشرط: العجز الدائم إلى وقت الموت؛ لأن الحج فرض العمر، وفي حج النفل تجوز الإنابة حالة القدرة؛ لأن باب النفل واسع.

ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه، وبذلك تشهد الأخبار الواردة في الباب، كحديث الحنعمية، فإنه عليه السلام قال فيه: {حجني عن أبيك، واعتمري}.^{٩٩٩} وعن محمد: أن الحج يقع عن الحاج، وللأمر ثواب النفقة.

ومن أمره رجلان بأن يحج عن كل واحد منهما حجة، فأهل بحجة عنهما فهي عن الحاج، ويضمن النفقة. وإن أهبم الإحرام بأن نوى عن أحدهما غير عين، فإن مضى على ذلك صار مخالفاً. وإن عين أحدهما قبل المضى فكذلك عند أبي يوسف، وهو القياس، بخلاف ما إذا لم يعين حجة أو عمرة، حيث كان له أن يعين ما شاء.

^{٩٩٨} ابن ماجه، الأضاحي، ١.

^{٩٩٩} انظر: مسلم، باب الحج عن العاجز، ٣٢٥٢.

فإن أمره غيره أن يقرن عنه فالدُّم على من أحرم. وهذه المسألة تشهد بصحة المروي عن مُجَّد أن الحجَّ يقع عن المأمور. وكذلك إن أمره واحدٌ بأن يحجَّ عنه، والآخر بأن يعتمر عنه، وأذا له بالقران فالدُّم عليه.

ودم الإحصار على الأمر، وهذا عند أبي حنيفة ومُجَّد، وقال أبو يوسف: على الحاج.

فإن كان يحج عن ميت، فأحصر فالدُّم في مال الميت عندهما خلافاً لأبي يوسف، ثم قيل: هو من ثلث مال الميت، وقيل: هو من جميع المال.

ودم الجماعة على الحاج، ويضمن النفقة، معناه: إذا جامع قبل الوقوف حتى فسد حجُّه، بخلاف ما إذا فاته الحج، حيث لا يضمن النفقة. أما إذا جامع بعد الوقوف [٦٨ظ] لا يفسد حجُّه، ولا يضمن النفقة، وعليه الدُّم في ماله. وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج.

ومن أوصى بأن يحجَّ عنه، فأحجوا عنه رجلاً، فلما بلغ الكوفة مات أو سُرقت نفقته، وقد أنفق النصفَ يحجُّ عن الميت من منزله بثلاث ما بقي، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: يحجُّ عنه من حيث مات الأول. فالكلام هنا في اعتبار الثلث وفي مكان الحج. أما الأول فالمذكور قولُ أبي حنيفة. أما عند مُجَّد: يحجَّ عنه بما بقي من مال المدفوع إليه إن بقي شيء، وإلا بطلت الوصية. وعند أبي يوسف: يحجَّ عنه بما بقي من الثلث الأول. وأما الثاني فما ذكر من قول أبي حنيفة هو القياس، وقولهما هو الاستحسان. وأصل هذا الاختلاف في الذي يحجُّ بنفسه. ويتبني على ذلك المأمور بالحج، يعني: أن يخرج الرجل حاجاً عن نفسه، فلما بلغ الكوفة مثلاً مات وأوصى بأن يحجَّ عنه. والقياس أن يُحجَّ عنه من وطنه، وهو قولُ أبي حنيفة. وفي الاستحسان: من حيث مات، وهو قولهما، كذا في النهاية.

ومن أهل بحجة عن أبويه يجزئه أن يجعله عن أحدهما.

باب الهدى

الهدى أدناه شاة، وهو من ثلاثة أنواع: الإبل والبقر والغنم. ولا يجوز في الهدى إلا ما جاز في الضحايا. والشاة جائزة في كل شيء إلا في موضعين: من طاف طواف الزيارة جنباً، ومن جامع بعد الوقوف بعرفة، فإنه لا يجوز فيهما إلا البدنة.

ولا يجوز دفع القيم في الضحايا بالإجماع، ذكرها في كتاب الزكاة في فصل: "وليس في الفصلا.".

ويجوز الأكل من هدي التطوع والمتعة والقران، ويستحب له أن يأكل منها. وكذا يستحب أن يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا، ولا يجوز الأكل من بقية الهدايا.

ولا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران إلا في يوم النحر، وفي الأصل أي: المبسوط: يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر، وذبحه يوم النحر أفضل، وهذا هو الصحيح. ويجوز ذبح بقية الهدايا في أي وقت شاء. وقال الشافعي: لا يجوز إلا في يوم النحر.

ولا يجوز ذبح الهدايا إلا في الحرم. ويجوز أن يتصدق بها على مساكين الحرم / [٦٩و] وغيرهم خلافاً للشافعي.

ولا يجب التعريف بالهدايا، فإن عرّف بهدي المتعة فحسن. والأفضل في البدن النحر، وفي البقر والغنم الذبح. ثم إن شاء نحر الإبل في الهدايا قياماً أو أضجعها، وأيّ ذلك فعل فهو حسن، والأفضل أن ينحرها قياماً. ولا يذبح البقر والغنم قياماً. والأولى أن يتولى ذبحها بنفسه إذا كان يحسن ذلك. ويتصدق بجلالها وخطامها، ولا يعطي أجر الجزار منها. ومن ساق بدنة فاضطرّ إلى ركوبها ركبتها. فإن استغنى عن ذلك لم يركبها. ولو ركبتها فانتقص ركوبه فعليه ضمان ما نقص من ذلك. وإن كان لها لبن لم يجلبها، وينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن، ولكن هذا إذا كان قريباً من وقت الذبح. فإن كان بعيداً منه يجلبها ويتصدق بلبنها كيلاً يضرّ ذلك بها. وإن صرفه إلى حاجة نفسه تصدق بمثله أو بقيمته.

من ساق هدياً فعطب فإن كان تطوعاً فليس عليه غيره. وإن كان واجباً فعليه أن يقيم غيره مقامه. وإن أصابه عيب كثير يقيم غيره مقامه وضع بالعيب ما شاء.

وإذا عطبت البدنة في الطريق، فإن كان تطوعاً نحرها وصبغ نعلها بدمها، وضرب بها صفحة سنامها، ولم يأكل هو ولا غيره من الأغنياء. والمراد بالنعل فلادتها، وفائدة ذلك: أن يعلم الناس أنه هدي، فيأكل منه الفقراء دون الأغنياء. وإن كانت واجبة أقام غيره مقامها وضع بها ما شاء.

ويقلّد هدي التطوع والمتعة والقران، ولا يقلد دم الإحصار ولا دم الجنائيات.

ثم ذكر الهدى، ومراده: البدنة؛ لأنه لا يقلد الشاة عادةً، ولا يسن تقليده عندنا.

مسائل متفرقة

أهل عرفة إذا وقفوا في يوم ١٠٠٠ وشهد قوم أنهم وقفوا يوم النحر أجزأهم. قالوا: ينبغي للحاكم أن لا يسمع هذه الشهادة ويقول: قد تم حج الناس انصرفوا؛ لأنه ليس فيها إلا إيقاع الفتنة. وكذا إذا شهدوا عشية يوم عرفة برؤية الهلال، ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس/[٦٩ظ] أو أكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة. وقد أشرنا إلى هذه المسألة في محلها، وهو أول كتاب الصوم.

ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الأولى، فإن رمى الأولى ثم الباقيين فحسن. ولو رمى الأولى وحدها أجزأه. وقال الشافعي: لا يجزئه ما لم يعد الكل.

ومن جعل على نفسه أن يحج ماشياً فإنه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة. وفي الأصل خيّر بين الركوب والمشى. وهذا أي قول محمد: لا يركب حتى يطوف حسب ما وقع في الجامع الصغير إشارة إلى الوجوب، وهو الأصل. ثم قيل: يبتدئ المشي من حين يحرم، وقيل: من بيته؛ لأن الظاهر أنه هو المراد. ولو ركب أراق دمًا. قالوا: إنما يركب إذا بعدت المسافة وشق المشي، وإذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي أن لا يركب.

ومن باع جارية محرمة قد أذن لها في ذلك فللمشتري أن يخللها ويجماعها بغير كراهة، ويكره ذلك للبائع، وقال زفر: ليس له. أي: للمشتري. ذلك. وذكر في بعض النسخ: أو يجماعها، والأول يدل على أنه يخللها بغير جماع بقص شعر أو بقلم ظفر، ثم يجماع، والثاني يدل على أنه يخللها بالجماعة؛ لأنها لا تخلو عن تقديم مسّ يقع به التحلل، والأولى أن يخللها بغير الجماعة تعظيماً لأمر الحج.

كتاب النكاح

النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي، وينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي وبالأخر عن المستقبل، مثل أن يقول زوجني فيقول: زوجتك. وينعقد بلفظة النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة. وقال الشافعي: لا ينعقد إلا بلفظة النكاح والتزويج. وينعقد بلفظة البيع هو الصحيح. وهذا احتراز عن قول أبي بكر الأعمش، فإنه يقول: لا ينعقد بلفظ البيع، كذا في الكفاية.

ولا ينعقد بلفظة الإجارة في الصحيح. وهذا احتراز عن قول الكرخي، فإنه قال: ينعقد بها، كذا في العناية.

ولا بلفظ الإباحة والإحلال والإعارة ولا بلفظة الوصية.

ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين حزين عاقلين بالغين مسلمين، أو رجل وامرأتين، غدولاً كانوا أو غير عدول، [٧٠و] أو محدودين في قذف. قال الله: اعلم أن الشهادة شرط في باب النكاح. وعند مالك: الشرط هو الإعلان دون الشهادة. وقال الشافعي: يشترط شهادة رجلين عادلين. ويجوز بشهادة الغميان وأبي العاقدين تحملاً لا أداء، كالحودين في القذف.

فإن تزوج مسلم ذمياً بشهادة ذميين جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد وزفر: لا يجوز، كما إذا لم يسمع الشاهد كلام العاقد.

ومن أمر رجلاً بأن يزوجه ابنته الصغيرة، فزوجها والأب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح. وإن كان الأب غائباً لم يجوز. وعلى هذا إذا زوج الأب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد، إن كانت حاضرة جاز، وإن كانت غائبة لم يجوز.

والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة، ذكرها في باب البيع الفاسد.

فصل في بيان المحرمات

لا يحل للرجل أن يتزوج بأمة ولا بجذاته من قبل الرجال والنساء، ولا ببنته ولا ببنت ولده وإن سفل، ولا بأخته، ولا بنات أخته، ولا بنات أخيه، ولا بعمته، ولا بخالته. وحرمتها بالنص. وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الإخوة والأخوات المتفرقين، ولا بأم امرأته دخل بابنتها أو لم يدخل، ولا ببنت امرأته التي

دخل بها سواء كانت في حجره أو في حجر غيره، ولا بامرأة أبيه وأجداده، ولا بامرأة ابنه وبني^{١٠٠} أولاده، ولا بحليلة الابن من الرضاع، ويجوز بحليلة ابنه بالتبني، ولا يجوز بأمه من الرضاعة، ولا بأخته من الرضاعة.

ولا يجمع بين الأختين نكاحاً، ولا بملك يمين وطء، فإن تزوج أخت أمه له قد وطئها صح النكاح. فإذا جاز لا يطاق الأمة وإن كان لم يطاق المنكوحه. ولا يطاق المنكوحه إلا إذا حرّم الموطوءة على نفسه. ويطأ المنكوحه إن لم يكن وطأ المملوكه. فإن تزوج أختين في عقدتين، ولا يدري أيتهما أولى فُرق بينهما وبينهما، ولهما نصف المهر. وقيل: لا بد من دعوى كل واحدة أو الاصطلاح لجهالة المستحقة.

ولا يجمع بين امرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها، ولا يجمع بين امرأتين لو كانت إحداها رجلاً لم يجز له [٧٠ ظ] أن يتزوج بالأخرى. ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع يحرم.

ولا بأس بأن يجمع بين امرأة وابنة زوج كان لها من قبل، وقال زفر: لا يجوز.

ومن جمع بين الأجنبية وأخته في عقد النكاح جاز نكاح الأجنبية، ذكرها في باب البيع الفاسد.

ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبناتها، وقال الشافعي: الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة. وثبتت حرمة المصاهرة بالتقبيل بشهوة، وكذا الرجعة، ذكرها في كتاب الصوم في باب "ما يوجب القضاء".

ومن مسّته امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وبناتها، وقال الشافعي: لا تحرم، وعلى هذا الخلاف مسّه امرأة بشهوة، ونظره إلى فرجها، ونظرها إلى ذكره عن شهوة. ثم المسّ بشهوة أن تنتشر الآلة أو تزداد انتشاراً، هو الصحيح.

قال صاحب العناية: وهذا احتراز عن قول كثير من المشايخ، قال في الذخيرة: وكثير من المشايخ لم يشرطوا الانتشار وجعلوا حدّ الشهوة: أن يميل قلبه إليها ويشتهي جماعها. واختار المصنف قول شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام. قال في النهاية: هذا إذا كان شاباً قادراً على الجماع، فإن كان شيخاً أو عتيماً فحدّ الشهوة أن يتحرك قلبه بالاشتياق إن لم يكن متحركاً قبل ذلك أو يزداد الاشتياق إن كان متحركاً، وهذا إفراط. وكان الفقيه محمد بن مقاتل الرازي لا يعتبر تحريك القلب، وإنما يعتبر تحريك الآلة، وكان لا يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير والعتيق الذي ماتت شهوته، حتى لم يتحرك عضوه بالملامسة، وهو أقرب إلى الفقه، انتهى ما في العناية.

^{١٠٠} س - بني.

والمعتبرُ النظرُ إلى الفرج الداخل، ولا يتحقق ذلك إلا عند اتِّكائها.

ولو مسَّ فأنزل فقد قيل: يوجب الحرمة، والصحيح أنه لا يوجبها، وعلى هذا إتيانُ المرأة في دبرها.

ووطءُ المرأة بعد موتها لا توجب حرمة المصاهرة، ذكرها في أول كتاب الرضاع.

وإذا طلق امرأته طلاقاً بائناً أو رجعيّاً لم يتزوَّج بأختها حتى تنقضي عدتها، وقال الشافعي: إن كانت العدة

عن طلاق بائنٍ أو ثلاثٍ يجوز.

وإذا قال الزوجُ لزوجه في مرضه: قد كنت طلقتك ثلاثاً فانقضت عدَّتُك فصَدَّقته، أو طلقها ثلاثاً في مرضه

بأمرها، ثم تزوج بأختها يجوز بالإجماع، ذكرها في طلاق المريض.

ولا يتزوَّج المولى أُمته،/[٧١و] ولا المرأة عبدها، ويجوز له أن يتزوج جارية ابنه، ذكرها في باب نكاح العبد

والأمة.

ويجوز تزويجُ الكتابيات، ولا فرق بين الكتابية الحرّة والأمة على ما تُبين من بعدُ إن شاء الله تعالى.

ولا يجوز تزويجُ المجوسيات والوثنيات، ويجوز تزويج الصائبات إن كانوا يؤمنون بدين نبيٍّ ويقرُّون بكتاب. وإن

كانوا يعبدون الكواكب ولا كتابَ لهم لم يجز مناعتهم لأنهم مشركون. والخلافُ المنقولُ فيه محمولٌ على اشتباه

مذهبهم. وكلُّ أجاب على ما وقع عنده، وعلى هذا حلُّ ذبيحتهم.

قوله: "والخلافُ المنقولُ فيه" يعني: بين أبي حنيفة وصاحبيه: أن أنكحتهم صحيحةٌ عنده خلافاً لهما محمولٌ

على اشتباه مذهبهم، فكلُّ أجاب بما وقع عنده. وقع عند أبي حنيفة عليه السلام أنهم من أهل الكتاب يقرؤون الزبور، ولا

يعبدون الكواكب، لكنهم يعظّمونها كتعظيمنا القبلة في الاستقبال إليها، ووقع عندهما أنهم يعبدون الكواكب، ولا

كتابَ لهم، فصاروا كعبدة الأوثان. فإذا لاخلاف بينهم في الحقيقة؛ لأنهم إن كانوا كما قال به أبو حنيفة جاز

مناكحتهم عندهما أيضاً، وإن كانوا كما قالوا فلا يجوز مناعتهم عنده أيضاً. وحكمُ ذبيحتهم على هذا، كذا في

العناية.

ويجوز للمُحرّم والحرمة أن يتزوَّجا في حالة الإحرام، وقال الشافعي: لا يجوز. وتزويجُ الوليّ المحرم وليّته على هذا

الخلافاً.

ويجوز تزويج الأمة مسلمة كانت أو كتابية، وقال الشافعي: لا يجوز للحر أن يتزوج بأمة كتابية.

ولا يتزوج أمة على حرّ، وقال الشافعي: يجوز ذلك للعبد، وقال مالك: يجوز برضاء الحرّة.

ويجوز تزويج الحرّة عليها، فإن تزوّج أمة على حرّة في عدّة من طلاقٍ بائنٍ أو ثلاثٍ لم يجز عند أبي حنيفة،

ويجوز عندهما.

وللحرّ أن يتزوج أربعاً من الحرائر والإماء، وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك، وقال الشافعي: لا يتزوج إلا أمة

واحدة.

ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين، وقال مالك: يجوز.

فإن طلق الحرّ إحدى الأربع طلاقاً بائناً لم يجز له أن يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها، وفيه خلاف الشافعي،

وهو نظير نكاح الأخت في عدّة الأخت.

فإن تزوّج حُبلى من زنا جاز النكاح، ولا يطؤها حتى تضع / [٧١ظ] حملها، وهذا عند أبي حنيفة ومُجّد،

وقال أبو يوسف: النكاح فاسدٌ. وإن كان الحمل ثابت النسب حتى لايجوزُ إسقاطه فالنكاح^{١٠٠٢} باطلٌ بالإجماع. فإن

تزوّج حاملاً من السبي فالنكاح فاسدٌ.

وإن زوّج أمّ ولده لغيره وهي حاملٌ منه فالنكاح باطلٌ.

ومن وطئ جاريته ثم زوّجها^{١٠٠٣} جاز النكاح، إلا أنّ عليه^{١٠٠٤} أن يستبرئها. فإذا جاز النكاح فللزواج أن

يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال مُجّد: لأحبُّ له أن يطأها حتى يستبرئها. وكذا إذا رأى امرأة

تزني، فتزوّجها؛ حلٌّ له أن يطأها قبل أن يستبرئها عندهما، وقال مُجّد: لأحبُّ له أن يطأها ما لم يستبرئها.

ونكاح المتعة باطلٌ. وهو أن يقول لامرأة: أمتّع بك كذا مدة بكذا من المال. وقال مالك: هو جائز، وقال

العلامة ابن الهمام: نسبة هذا إلى مالك رحمه الله غلطٌ، انتهى.

^{١٠٠٢} ل: والنكاح.

^{١٠٠٣} أي زوجها لغيره.

^{١٠٠٤} أي على المولى الاستبراء قبل التزويج.

وقال في العناية: قيل: في نسبة جواز المتعة إلى مالك نظر، فإنه يروي الحديث في الموطأ عن شهاب عن عبد الله والحسن بن محمد بن علي عن أبيهما عن علي بن أبي طالب عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي عن متعة النساء يوم خيبر وعن أكل لحوم الحمير الإنسية^{١٠٠٥}. وقال في المدونة: لا يجوز النكاح إلى أجل قريب أو بعيد وإن سمى صداقاً، وهذه المتعة^{١٠٠٦}. وأقول: يجوز أن يكون شمس الأئمة الذي أخذ منه المصنف قد اطلع على قوله على خلاف ما في المدونة، وليس كل من يروي حديثاً يكون واجب العمل؛ لجواز أن يكون عنده ما يعارضه أو يترجح عليه، انتهى كلام العناية.

والنكاح الموقت باطل، مثل أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام. وقال زفر: هو صحيح لازم. ولا فرق بين ما إذا طالت مدة التأقيت أو قصرت. ولو أسقط الأجل لا ينقلب صحيحاً، ذكرها في باب البيع الفاسد. ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة إحداها لايحل له نكاحها صح نكاح الذي حل نكاحها، وبطل نكاح الأخرى. ثم جميع المسمى للتي تحل عند أبي حنيفة عليه السلام، وعندهما: تقسم على مهر مثليهما، وهي مسألة الأصل. ومن ادعت عليه امرأة أنه تزوجها، فأقامت على ذلك بيّنة، فجعلها القاضي امرأته، ولم يكن تزوجها/[٧٢و] وسعها المقام معه، وأن تدعه يجامعها، وهذا عند أبي حنيفة. وهو قول أبي يوسف أولاً، وفي قوله الآخر. وهو قول محمد: لا يسعه أن يطأها، وهو قول الشافعي. وهذا الاختلاف إذا كانت الشهود كذباً في الواقع، ولكنهم صدقة عند القاضي. وأما إذا ظهر أنهم عبيد أو كفار لا يسعها المقام معه، ولا أن تدعه يجامعها بالاتفاق، بخلاف الأملاك المرسلة. قال صاحب العناية: أي: المطلق عن إثبات سبب الملك، بأن ادعى ملكاً مطلقاً في الجارية أو الطعام من غير تعيين شئ أو إرث، حيث لا ينفذ القضاء إلا ظاهراً بالاتفاق، حتى لا يحل للمقضي له وطؤها، انتهى. وفيها تفصيل زائد، فليراجع إليها، ويذكر هذا في كتاب القضاء أيضاً.

^{١٠٠٥} البخاري، ذبايح، ٢٨، (٥٥٢٣)؛ مسلم، نكاح، ٣، ٢٩ (١٤٠٧)؛ الموطأ، باب المتعة، ٥٨٤.

^{١٠٠٦} انظر: المدونة، ١٣٠/٢.

باب الأولياء والأكفاء

وينعقد نكاح الحرة العاقلة برضاها، وإن لم يعقد عليها ولي، بكرًا كانت أو ثيبًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف: أنه لا ينعقد إلا بولي. وعند محمد: ينعقد موقوفًا، وقال مالك والشافعي: لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً. ثم في ظاهر الرواية: لافرق بين الكفء وغير الكفء، لكن للولي الاعتراض في غير الكفء، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنه لا يجوز في غير الكفء، ويروى رجوع محمد إلى قولهما. ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح خلافاً للشافعي. وكذا الغلام إن كان صغيراً جاز الإجبار لقصور العقل. وإن كان بالغاً لا يجوز.

وإذا استأذنها فسكتت أو ضحكت فذلك إذن. والضحك أدل على الرضا من السكوت، بخلاف ما إذا بكّت؛ لأنه دليل السخط والكراهة. وقيل: إذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا. وإذا بكّت بالأصوات لم يكن رضا. وإن فعل هذا غير الولي. يعني: إذا استأمر أو ولي غيره أولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به، بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولي؛ لأنه قائم مقامه. ويعتبر في الاستمارة تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه. ولا يشترط تسمية المهر، وهو الصحيح. وفي العناية: [٧٢ظ] احتراز عن قول من قال من المتأخرين: لا بد من تسمية المهر في الاستمارة، انتهى.

فلو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا.

ثم المخبر إن كان فضولياً يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبي حنيفة خلافاً لهما، ولو كان رسولاً لا يشترط إجماعاً، وله نظائر.^{١٠٠٧}

ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول.

^{١٠٠٧} كعزل الوكيل ووقوع العلم بفسخ الشركة.

وإذا زالت بكارتها بوثة أو حيضة أو جراحة أو تعيس^{١٠٠٨} فهي في حكم الأبكار. ولو زالت بزناً فهي كذلك عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: لا يكتفى بسكوتهما، بخلاف ما إذا وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد، فإنّ إذنها لا يكون سكوته.

وإذا قال الزوج: بلغك النكاح، فسكت^{١٠٠٩} وقالت: رددت فالقول قولها. وقال زفر: القول قوله. وإذا أقام الزوج البينة على سكوتهما ثبت النكاح. فإن لم يكن له بينة فلا يمين عليها عند أبي حنيفة. وهي مسألة الاستحلاف^{١٠١٠} في الأشياء الستة، وسيأتيك في الدعوى إن شاء الله تعالى.

ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجهما الولي، بكرًا كانت الصغيرة أو ثيبًا. والولي: هو العصبه، ومالك يخالفنا في غير الأب، والشافعي في غير الأب والجد، وفي الثيب الصغيرة أيضاً. والترتيب في العصبات في ولاية الإنكاح كالترتيب في الإرث، والأبعد محجوب بالأقرب. والأخ لا ولاية له في المال، لكنه يملك تسمية الصداق وضرورة التزويج، ذكرها في فصل "كيفية القسمة" من كتاب القسمة. قيل: معناه: أن الأخ يملك أن يزوجه الصغير، ويسمى الصداق في ماله مع أنه لا يملك دراهم الأخ الصغير، ولا ولاية له في دراهمه، انتهى.

فإن زوجهما الأب والجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما. وإن زوجهما غير الأب والجد فلكل واحدٍ منهما الخيار إذا بلغ، إن شاء أقام على النكاح، وإن شاء فسخ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا خيار لهما. وإطلاق الجواب في غير الأب والجد يتناول الأم أو القاضي، وهو الصحيح من الرواية. وهذا احتراز عما روى خالد بن صبيح المروزي عن أبي حنيفة [٧٣و] أنه لا يثبت الخيار لليتيمة إذا زوجها القاضي، كذا في العناية.

^{١٠٠٨} من عنست عنوسا إذا جاوزت وقت التزويج ولم تتزوج، البناية، ٨٦/٥.

^{١٠٠٩} ل م: فسكت.

^{١٠١٠} م: الاستحلاف.

ويشترط فيه القضاء. ثم عندهما إذا بلغت الصغيرة وقد علمت النكاح فسكتت فهو رضا، وإن لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم وتسكت.

ثم خيار البكر يبطل بالسكوت، ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل: رضيت أو يجيء منه ما يعلم أنه رضا. وكذا الجارية إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ. وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد إلى آخر المجلس، ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام.

ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق، وكذا بخيار العتق. بخلاف المخيرة. فإن مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر. وكذا إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق، بخلاف مباشرة الفضولي إذا مات أحد الزوجين قبل الإجازة.

ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون، ولا ولاية لكافر على مسلمة. وأما الكافر فيثبت له ولاية الإنكاح على ولده الكافر.

ولغير العصبات من الأقارب ولاية التزويج عند أبي حنيفة. معناه: عند عدم العصبات. وهذا استحسان. وقال محمد: لا تثبت، وهو القياس، وهو رواية عن أبي حنيفة، وقول أبي يوسف في ذلك مضطرب، والأشهر أنه مع محمد. ومن لا ولي لها. يعني العصة. من جهة القرابة إذا زوجها مولها الذي أعتقها جاز، وهو آخر العصبات. وإذا عدم الأولياء فالولاية إلى الإمام والحاكم.

وإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يزوجه، وقال زفر: لا يجوز. وولاية الغائب قائمة، حتى لو زوجها الأقرب الغائب حيث هو^{١١١} يجوز بالاتفاق. والغيبة المنقطعة أن يكون في بلد لا تصل إليه القوافل في السنة إلا مرة واحدة، وهو اختيار القدوري. وقيل: أدنى مدة السفر؛ لأنه لا نهاية لأقصاه، وهو اختيار بعض المتأخرين. قيل: إذا كان بحال يفوت الكفء باستطلاع رأيه، وهذا أقرب إلى الفقه.

ولا يتجزأ ولاية الإنكاح. قال في العناية في حله: يعني إذا وجد الإنكاح [٧٣ظ] من أحد الأولياء المتساوية في الدرجة صحّ النكاح في حق الكل؛ لأنّ سبب ولايته. وهو القرابة. غير متجزئ، فلا يتجزأ الولاية، انتهى.

^{١١١} أي لو زوجها الغائب في مكان هو فيه.

ولو طالبته . أي: الأخث الأخ . بإنكاحها من كفء يخطبها يجب عليه، ذكرها في باب "ما يملكه الوصي"

في الوصايا. ١٠١٢

وإذا اجتمع في المجنونة أبوها وابنها فالولي في نكاحها ابنها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: أبوها.

فصل في الكفاءة

الكفاءة في النكاح معتبرة. وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فلأولياء أن يفرقوا بينهما.

ثم الكفاءة تعتبر في النسب؛ فقريش بعضهم أكفاء لبعض، والعرب بعضهم أكفاء بعض. ولا يعتبر التفاضل

فيما بين قريش، و عن محمد إلا أن يكون نسباً مشهوراً، كأهل بيت الخلافة.

وبنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب؛ لأنهم معروفون بالخصاسة.

وأما الموالي؛ فمن كان له أبوان في الإسلام فصاعداً فهو من الأكفاء، يعني: لمن له آباء فيه. ومن أسلم

بنفسه أو له أب واحد في الإسلام لا يكون كفواً لمن كان له أبوان في الإسلام. وأبو يوسف ألحق الواحد بالثنى. ومن

أسلم بنفسه لا يكون كفواً لمن له أب واحد في الإسلام.

والكفاءة في الحرية نظيرها في الإسلام في جميع ما ذكرنا.

وتعتبر أيضاً في الدين . أي: الديانة .، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف معه هو الصحيح، أي: قرأ قول

أبي يوسف مع أبي حنيفة، حتى تكون الكفاءة في الدين قولهما جميعاً هو الصحيح. واحترز بذلك عن رواية أخرى عن

أبي يوسف: أنه لم يعتبر الكفاءة في الدين حيث قال: إذا كان الفاسق ذا مروءة يكون كفواً. وقالوا في شرح الجامع

الصغير: أراد به أعوان السلطان إذا كانوا بحيث يكون لهم مهابة عند الناس. كذا في العناية. وقال محمد: لا تعتبر إلا إذا

كان يُصَفَّعُ ويسخَّرُ منه أو يخرج إلى الأسواق سكران يلعب به الصبيان.

١٠١٢ س - ولا يتجزأ ... في الوصايا.

وتعتبر في المال، وهو أن يكون مالكا للمهر والنفقة، وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية، حتى إن من لا يملكهما أو لا يملك أحدهما لا يكون كفؤاً. والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله. وعن أبي يوسف: أنه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر.

فأما الكفاءة [٧٤و] في الغنى فمعتبرة في قول أبي حنيفة ومحمد، حتى إن الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة، وقال أبو يوسف: لا تعتبر.

وتعتبر في الصنائع، وهذا عند أبي يوسف ومحمد، وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان، وعن أبي يوسف: أنه لا يعتبر إلا أن يفحش، كالحائك والحجام والدباغ.

وإذا تزوجت المرأة، ونقصت من مهر مثلها فلأولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها، أو يفارقها.^{١١٣} وقالوا: ليس لهم ذلك، كما إذا أبرأته بعد التسمية، فإنه ليس لهم الاعتراض فيه بالاتفاق. وهذا الوضع إنما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح بغير الولي، وقد صح. أي: الرجوع. وهذه المسألة شهادة صادقة عليه.

وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة ونقص من مهر مثلها، أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما، ولا يجوز ذلك لغير الأب والجد. وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يجوز الحط والزيادة إلا بما يتغابن الناس فيه. ومعنى هذا الكلام: أنه لا يجوز العقد عندهما.

ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبداً، أو زوج ابنه وهو صغير أمة فهو جائز. قال عليه السلام: وهذا عند أبي حنيفة أيضاً، وعندهما: لا يجوز.

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

ويجوز لابن العم أن يزوجه بنت عمه من نفسه، وقال زفر: لا يجوز.

وإذا أذنت المرأة للرجل أن يزوجه من نفسه، فعقد بحضرة شاهدين جاز، وقال زفر والشافعي: لا يجوز.

^{١١٣} م: يفاقها.

وتزويج العبد والأمة بغير إذن مولاهما موقوف، فإن أجازته المولى جاز، وإن رده بطل. وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها أو رجلاً بغير رضاه، وهذا عندنا. وقال الشافعي: تصرفات الفضولي كلها باطلة.

ومن قال: اشهدوا أنني قد تزوجت فلانة، فبلغها فأجازت فهو باطل. وإن قال آخر: اشهدوا أنني قد زوجتها منه، فبلغها الخبر، فأجازت جاز. وكذلك إن كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: إذا زوجت نفسها غائباً، فبلغه، فأجاز جاز. وحاصل هذا: أن الواحد لا يصلح فضولياً [٧٤ظ] من الجانبين أو فضولياً من جانب أصيلاً من جانب عندهما، خلافاً له. ولو جرى العقد بين الفضوليين، أو بين الفضولي والأصيل جاز بالإجماع. وليس للفضولي في النكاح أن يفسخ قبل الإجازة، بخلاف البيع، ذكرها في فصل بيع الفضولي.

وإذا مات أحد الزوجين عن الآخر في نكاح الفضولي قبل الإجازة لا يرثه الآخر، ذكرها في باب الأولياء.

ومن أمر رجلاً أن يزوجه امرأة، فزوجه اثنين في عقد واحد لم تلزمه واحدة منهما.

ومن أمره أمير بأن يزوجه امرأة، فزوجه أمة لغيره جاز عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يجوز إلا أن يزوجه كفواً.

وذكر في الوكالة: أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما.

باب المهر

ويصح النكاح وإن لم يسم فيه مهرًا، وكذا يصح النكاح إذا تزوجها بشرط أن لامهر لها، وفيه خلاف لمالك.

وأقل المهر عشرة دراهم، وقال الشافعي: ما يجوز أن يكون ثمنًا في البيع. وكذا كل ما يصح أخذ العوض عنه بالشرط كالإجازة يصلح مهرًا عنده كتعليم القرآن، ذكرها في هذا الباب.

ولو سمى أقل من عشرة فلها العشرة عندنا، وقال زفر: مهر المثل.

ولو طلقها قبل الدخول بما يجب خمسة عند الثلاثة، وعنده: يجب المتعة كما إذا لم يسم شيئاً.

ويعتبر نكاح المريض بمهر المثل من جميع المال، ذكرها في باب الخلع.

ومن سمى مهرًا عشرة فما زاد فعليه المسمى إن دخل بها أو مات عنها، وإن طلقها قبل الدخول والخلو؛ فلها نصف المسمى.

وإن تزوّجها ولم يسم لها مهراً، أو تزوّجها على أن لا مهر فلها مهرٌ مثلها إن دخل بها أو مات عنها، وقال الشافعي: لا يجب شيء في الموت. وأكثرهم . أي: أكثر أصحابه . على أنه يجب في الدخول.

وكلّ فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلها المهر بعد الدخول، ذكرها في باب النفقة.

وإذا مكّنت نفسها من ابن زوجها قبل الدخول بها يسقط كلّ المهر، ذكرها في كتاب الرجوع عن الشهادات.

ولو طلقها قبل الدخول بها . أي بالمرأة التي لم يسم لها مهراً . / [٧٥و] فلها المتعة.

ثم هذه المتعة واجبة رجوعاً إلى الأمر،^{١١٤} وفيه خلافٌ مالك.^{١١٥} والمتعة ثلاثة أنواع من كسوة مثلها، درعٌ وخمارٌ وملحفة. وهذا التقدير مروى عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهما.

وقوله: "كسوة مثلها" إشارة إلى أنه يعتبر حالها، وهو قول الكرخي في المتعة الواجبة؛ لقيامها مقام مهر المثل. والصحيح: أنه يعتبر حاله عملاً بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾.^{١١٦} ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها، ولا تنقص عن خمسة دراهم، ويعرف ذلك في الأصل.

وإن تزوّجها ولم يسم لها مهراً ثم تراضيا على تسميته فهي لها إن دخل بها أو مات عنها، فإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة، وعلى قول أبي يوسف الأول نصف هذا المفروض، وهو قول الشافعي.

وإن زادها في المهر بعد العقد لزمه الزيادة خلافاً لزفر، وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن إن شاء الله تعالى.

وتجوز الزيادة في المنكوحة عندنا خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله، ذكرها في فصل "ومن دهن عصيراً." وصورة زيادة المنكوحة أن يزوّج المولى أمته من رجلٍ بألف، ثم يزوّج الأخرى منه بتلك الألف، وقبل الزوج يصح، وينقسم الألف عليهما. أما لو قال: زدتك هذه الأمة الأخرى لايحوز، كذا في بعض شروح الهداية.

^{١١٤} أي لأن الأمر للوجوب عند الإطلاق ، يشير الى قوله تعالى ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾.

^{١١٥} فإنه يقول بالاستحباب.

^{١١٦} سورة البقرة، ٢/٢٣٦.

وإذا صَحَّت الزيادةُ في المهر تسقطُ بالطلاق قبل الدخول، وعلى قول أبي يوسف أولاً: يتنصف مع الأصل.
وإن حطَّت عنه من مهرها صحَّ الحطُّ.

وإذا خلا الزوجُ بامرأته وليس هناك مانعٌ من الوطء ثم طَلَّقها فلها كمالُ المهر. وقال الشافعيُّ: لها نصفُ المهر. وإن كان أحدهما مريضاً أو صائماً في رمضان أو محرماً بحجٍّ فرضٍ أو نفليٍّ أو بعمرةٍ أو كانت حائضاً فليست الخلوةُ صحيحة، حتى لو طَلَّقها كان لها نصفُ المهر.

أما المرضُ فالمراد منه ما يمنع الجماعَ أو يلحقه به ضررٌ. وقيل مرضُهُ لا يعرى عن نوع تكسُّرٍ وفتورٍ، وهذا التفصيل في مرضها.

فإن كان أحدهما صائماً تطوعاً فلها المهرُ كُلُّه في رواية المنتقى. / [٧٥ظ] وهذا القولُ في المهر هو الصحيح، أي: الأخذُ برواية المنتقى في حقِّ كمال المهر دفعاً للضرر عنها هو الصحيح. وأما في حقِّ جواز الإفطار فالصحيحُ غير رواية المنتقى، وهو أنه لا يباح الإفطارُ. واحترز بقوله: هو الصحيح عن رواية شاذة عن أبي حنيفة، وهي أنَّ صومَ التطوع يمنع صحَّة الخلوة؛ لأنه يمنع عن الوطء شرعاً؛ لما فيه من إبطال العمل المؤتم، كذا في العناية. وصومُ القضاء والمنذور كالطَّوع في رواية. والصلاة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفلها.

وإذا خلا المجبوب بامرأته ثم طَلَّقها فلها كمالُ المهر عند أبي حنيفة، وقالوا: عليه نصف المهر. بخلاف العنَّين.^{١١٧} وعليها العدةُ في جميع هذه المسائل احتياطاً استحساناً. وذكر القدرويُّ في شرحه: أنَّ المانع إن كان شرعياً تجب العدة، وإن كان حقيقياً كالمرض والصغر لا تجب.

وتستحب المتعة لكلِّ مطلقةٍ إلا لمطلقةٍ واحدةٍ، وهي التي طَلَّقها الزوج قبل الدخول وقد سَمَّى لها مهرًا، وقال الشافعيُّ: تجب لكلِّ مطلقةٍ إلا لهذه. وفي هذه المسألة قد اختلفت نسخ الهداية، وذكرها صاحب العناية، وذكر فيها تفصيلاً، وأورد إشكالات، وحققها تحقيقاً، ومن أراد أن ينكشف الأمرُ لديه فليرجع إليها ليهتدي إليه.

وإذا زَوَّج الرجلُ بنته على أن يزوجه الرجلُ بنته أو أخته ليكون أحدُ العقدين عوضاً عن الآخر فالعقدان جائزان، ويجب مهرُ المثل، وقال الشافعيُّ: بطل العقدان.

^{١١٧} أي خلوة العنَّين صحيحة بالاتفاق.

وإن تزوّج حرّاً امرأةً على خدمته سنةً، أو على تعليم القرآن فلها مهرٌ مثلها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال مُجَدُّ: لها قيمةُ خدمته سنةً. وإن تزوج عبدٌ حرّاً بإذن مولاه على خدمته سنةً جاز، ولها خدمته سنة. وقال الشافعيُّ: لها تعليمُ القرآن والخدمة في الوجهين. وإن تزوّجها على خدمته حرّاً آخر لها خدمته. وقال صاحب **العناية**: إنّه ممنوعٌ في إحدى الروايتين. وإن تزوّجها على رعي الزوج غنمها جاز، ولها ذلك في رواية.

ويجوز التزويج على عينٍ مملوكةٍ للغير، وتجب قيمته عند تعدُّر تسليمه، كما إذا تزوّج على عبد الغير، ذكرها في كتاب الدعوى في باب "ما يدعيه الرجلان".

فإن تزوّجها على ألفٍ وقبضتها [٧٦و] ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسائة. وكذا إذا كان المهرُ مكيلاً أو موزوناً أو شيئاً آخر في الذمة. فإن لم تقبض الألفَ حتي وهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحدٌ منهما على صاحبه بشيءٍ. وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق، وهو قولُ زفر.

ولو قبضت خمسائةً ثم وهبت الألفَ كلّها المقبوضَ وغيره أو وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحدٌ منهما على صاحبه بشيءٍ عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يرجع بنصف ما قبضت اعتباراً للبعث الكلّ. ولو كانت وهبت أقلّ من النصف وقبضت الباقي فعنده يرجع عليها إلى تمام النصف، وعندهما بنصف المقبوض.

ولو تزوّجها على عَرَضٍ فقبضته أو لم تقبض، فوهبت له، ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيءٍ. وفي القياس. وهو قول زفر.: يرجع عليها بنصف قيمته، كما إذا باعت من زوجها. وجه الاستحسان: أنّ حقّه عند الطلاق سلامةُ نصف المقبوض من جهتها، وقد وصل إليه. ولهذا لم يكن لها دفعُ شيءٍ آخر مكان نصف العروض، بخلاف ما إذا كان المهرُ دَيْناً، وهي المسألة الأولى حيث يرجع عليها بالنصف، وبخلاف ما إذا باعت. يعني: الصداق العرض. من زوجها؛ لأنّه وصل إليه ببدلٍ، فيرجع عليها بنصف المهر.

ولو تزوّجها على حيوانٍ غير موصوفٍ في الذمة فكذلك الجواب، يعني: إذا وهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليه بشيءٍ، قبضت أو لم تقبض، كذا في **العناية**.

وإذا تزوّجها على ألفٍ على أن لا يخرجها من البلدة، أو على أن لا يتزوَّج عليها أخرى، فإن وفي بالشرط فلها المستمى. وإن تزوّج عليها أخرى أو أخرجها فلها مهرٌ مثلها كاملاً كما في تسمية الكرامة والهدية مع الألف،: يعني بأن

سمى مع الألف أن يكرمها، ولا يكلّفها الأعمال الشاقّة وما يتعب به، وكما لو سمي الهدية مع الألف، بأن يرسل إليها مع الألف الثياب الفاخرة، كذا في العناية.

ولو تزوّجها على ألفٍ إن أقام بها، وعلى ألفين إن أخرجها؛ فإن أقام فلها الألف، وإن أخرجها فلها مهرٌ المثل، لا يزداد على الألفين، ولا ينقص [٧٦ظ] عن الألف. وهذا عند أبي حنيفة. وقالوا: الشرطان جائزان حتى كان لها الألف إن أقام بها، والألفان إن أخرجها. وقال زفر: الشرطان جميعاً فاسدان ويكون لها مهرٌ مثلها لا ينقص عن ألفٍ ولا يزداد على ألفين. وأصل المسألة في الإجازات في قوله: إن خطّته اليوم فلك درهمٌ وإن خطّته غداً فلك نصف درهم، وسنبينها إن شاء الله تعالى.

وإن تزوّجها على هذا العبد أو على هذا العبد؛ فإذا أحدهما أوكس^{١٠١٨} والآخر أرفع؛ فإن كان مهرٌ المثل أقلّ من أوكسهما فلها الأوكس، وإن كان أكثر من أرفعهما فلها الأرفع، وإن كان بينهما فلها مهرٌ مثلها. وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: لها الأوكس في ذلك كلّ. فإن طلقها قبل الدخول بما فلها نصف الأوكس في ذلك كلّ بالإجماع. وإذا تزوّجها على حيوانٍ غير موصوفٍ صحّت التسمية، ولها الوسط منه. والزوج مخيّر؛ إن شاء أعطاه ذلك وإن شاء أعطاه قيمته. قال عليه السلام: معنى هذه المسألة: أن يسمي جنس الحيوان دون الوصف بأن يتزوّجها على فرسٍ أو حمارٍ. أما إذا لم يسم الجنس بأن يتزوّجها على دابةٍ لا تجوز التسمية، وتجب مهرٌ المثل. وقال الشافعي: يجب مهرٌ المثل في الوجهين جميعاً.

وإن تزوّجها على ثوبٍ غير موصوفٍ فلها مهرٌ المثل. ومعناه: ذكر الثوب ولم يزد عليه، والثياب أجناس. ولو سمي جنساً بأن قال: هرويّ يصح التسمية، ويتخيّر الزوج.^{١٠١٩} وكذا إذا بالغ في وصف الثوب، بأن قال: هرويّ وصفته كذا وكذا في ظاهر الرواية، وكذا إذا سمي مكيلاً أو موزوناً وسمى جنسه دون صفته. وإن سمي جنسه وصفته؛ لا يتخيّر.

^{١٠١٨} ل م: أوكس أحدهما | أي أنقص قيمة.

^{١٠١٩} أي بين القيمة والوسط، البناية.

ولو تزوّجها على لؤلؤة أو ياقوتة أو دارٍ لاتصحّ التسمية، كما لو تزوّج على ثوبٍ، ويصحّ ذلك على العبد.
وهذه المسائل من قوله: "ولو تزوّجها" مذكورة في القسمة.

وإن تزوّج مسلمةً على خمرٍ أو خنزيرٍ فالنكاح جائزٌ، ولها مهرٌ مثلها. فإن تزوّج امرأةً على هذا الدنّ من
الخلّ فإذا هو خمرٌ فلها مهرٌ مثلها عند أبي حنيفة، وقالوا: لها مثل وزنها خلاً. فإن تزوّجها على هذا العبد فإذا هو حرٌّ
يجب مهرٌ المثل عند أبي حنيفة ومُحمّد، وقال أبو يوسف / [٧٧و] تحب القيمة، كما إذا هلك العبدُ المستمى قبل
التسليم.

ولو تزوّجها على عينٍ مملوكةٍ لغيره جاز، حتى وجبت قيمته عند العجز عن تسليمه، ذكرها في فصل المكاتب
الفاصلة.

فإن تزوّجها على هذين العبدين، فإذا أحدهما حرٌّ فليس لها إلا الباقي إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي
حنيفة، وقال أبو يوسف: لها العبدُ وقيمة الحرّ لو كان عبداً، وقال مُحمّد. وهو رواية عن أبي حنيفة: . لها العبدُ الباقي،
وتأمّ مهرٌ مثلها إن كان مهرٌ مثلها أكثر من قيمة العبد.

وإذا فرّق القاضي بين الزّوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهرَ لها. وكذا بعد الخلوة. فإن دخل بها
فلها مهرٌ مثلها، لا يزداد على المسمى عندنا خلافاً لزفر. وعليها العِدّة، ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق، لا من آخر
الوطئات، هو الصحيح. وهذا احترازٌ عن قول زفر، كذا في العناية.

ويثبت نسبٌ ولدها، ويعتبر مدّة النّسب من وقت الدخول عند مُحمّد، وعليه الفتوى.
ومهرٌ المثل يعتبر بأخواتها وعمّاتها وبنات عمّها، ولا يعتبر بأُمّها وخالتها إذا لم تكونا من قبيلتها. فإن كانت
الأمّ من قوم أبيها، بأن كانت بنت عمّه فحينئذٍ يعتبر بمهرها.

ويعتبر في مهر المثل: أن تتساوى المرأتان في السنّ والجمال والمال والدين والعقل والبلد والعصر. قالوا: ويعتبر
التساوي أيضاً في البكارة.

وإذا ضمن الوليُّ المهرَ صحَّ ضمانه. ثم المرأة بالخيار في مطالبة زوجها أو وليِّها، ويرجع الوليُّ إذا أذى على الزوج إن كان بأمره كما هو الرسم في الكفالة. وكذا يصحَّ هذا الضمان وإن كانت الزوجة صغيرة. ولا يملك الأب قبضَ المهر بعد بلوغها، ويملك^{١٠٢٠} القبض برضاها دلالة، ولا يملك قبضه مع نهيها، ذكرهما في باب الأولياء.

وللمرأة أن تمنع نفسها قبل الدخول من زوجها حتى تأخذ المهرَ، وتمنعهُ أن يخرجها. أي: يسافر بها، وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفيه المهر كله. أي: المعجل. ولو كان المهر كله مؤجلاً ليس لها أن تمنع نفسها، وفيه خلافٌ أبي يوسف. وإن دخل بها فكذلك الجواب عند أبي حنيفة، وقالوا: ليس لها أن تمنع نفسها. والخلاف فيما إذا كان الدخول برضاها، حتى لو كانت مكرهة^[٧٧ظ] أو كانت صبيّة أو مجنونة لا يسقط حقُّها في الحبس بالاتفاق. وعلى هذا الخلاف الخلوة برضاها.

وإذا أوفاه مهرها نقلها إلى حيث شاء. وقيل: لا يخرجها إلى بلدٍ غير بلدها. قال صاحبُ العناية: وهو قولُ الفقيه أبي الليث؛ لأنَّ الغريب يُؤدِّي. قال ظهيرُ الدين المرغيناني: الأخذ بقول الله تعالى أُولَى من الأخذ بقول الفقيه أبي الليث. وردَّ: بأنَّ الفقيه هو الذي أخذ بقول الله تعالى؛ لأنَّ قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾^{١٠٢١} مخصوصٌ بدليلٍ مستقلٍّ مقارنٍ، وهو قوله: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُمْ﴾^{١٠٢٢}، وفي قرى المصر القريبة لا يتحقَّق الغرباء. سئل القاسمُ الصقَّارُ عمن يخرجها من المدينة إلى القرية، ومن القرية إلى المدينة، فقال: ذلك تبوُّة، وليس بسفرٍ، وإخراجها من بلدٍ إلى بلد سفر، وليس بتبوُّة، انتهى ما في العناية.

ومن تزوّج امرأةً ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة إلى مهر مثلها، والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل. وإن طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: القول قوله قبل الطلاق وبعده، إلا أن يأتي بشيءٍ قليلٍ. ومعناه: مالا يتعارف مهرًا لها، هو الصحيح. وفي العناية: احترازٌ عن قول بعض مشايخنا في تفسير قول أبي يوسف: إنَّ المراد به: ما يكون ما دون العشرة، فإنَّه مستنكرٌ شرعاً؛ لأنَّه لا مهر

^{١٠٢٠} م: لا يملك

^{١٠٢١} ﴿أَسْكِنُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُمْ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِمْ﴾ سورة الطلاق ٦٥/٦.

^{١٠٢٢} سورة الطلاق ٦٥/٦.

أقل من عشرة دراهم. والأصح: أن مراده: أن يدعي شيئاً قليلاً يعلم أنه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادةً، إلى آخر كلام العناية.

ثم ذكر ههنا أن^{١٠٢٣} بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر، وهذا رواية الجامع الصغير والأصل. وذكر في الجامع الكبير: أنه يحكم متعة مثلها، وهو قياس قولهما؛ لأن المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله، فتُحكم كهو. ووجه التوفيق: أنه وضع المسألة في الأصل في ألف والألفين، والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة، فلا يفيد تحكيمها. ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة، ومتعة مثلها عشرون، فيفيد التحكيم. والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار، فيحمل على ما هو المذكور في الأصل. وشرح قولهما فيما إذا اختلفا في حال قيام النكاح: أن الزوج / [٧٨و] إذا ادعى الألف والمرأة الألفين؛ فإن كان مهر مثلها ألفاً أو أقل فالقول قوله، وإن كان ألفين أو أكثر فالقول قولها. وأيهما أقام البينة في الوجهين تقبل. وإن أقاما البينة في الوجه الأول تقبل بينتهما، وفي الوجه الثاني بينته. وإن كان مهر مثلها ألفاً وخمسمائة تحالفا،^{١٠٢٤} وإذا حلفا يجب ألف وخمسمائة، هذا تحريج الرازي. وقال الكرخي: يتحالفان في الفصول الثلاثة، ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك. ولو كان الاختلاف في أصل المسمى يجب مهر المثل بالإجماع. ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما فالجواب فيه كالجواب في حال حياتهما. ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند أبي حنيفة، ولا يستثنى القليل. وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة. وإن كان في أصل المسمى فعند أبي حنيفة: القول قول من أنكره.

فالحاصل: أنه لاحكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه من بعد إن شاء الله تعالى.

والمرضى المديون إذا تزوج امرأة فبمهر مثلها أسوة للغرماء. قال صاحب العناية: وأما إذا كان أكثر منه فلا

يساويهم، بل يؤخر إلى استيفائهم حقهم كدين الصحة مع دين المريض، ذكرها في باب نكاح العبد والأمة.

^{١٠٢٣} أي أن الشأن.

^{١٠٢٤} ل م: تحالفان.

وإذا مات الزوجان وقد سُمي لها مهرًا فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج. وإن لم يكن سُمي لها مهرًا فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة، وقالوا: لورثتها المهر في الوجهين. معناه: المسمى في الوجه الأول، ومهر المثل في الوجه الثاني. ولتلك المرأة التصرف في صداقها المعين قبل القبض، ذكرها في الفصل الذي يليه.

ومن بعث إلى امرأته شيئاً فقالت: هو هدية، وقال الزوج: هو من المهر فالقول قوله، إلا في الذي يؤكل، فالقول قولها. والمراد منه: ما يكون مهيناً للأكل؛ لأنه يتعارف هدية. فأما الحنطة والشعير فالقول قوله. وقيل: ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ليس له أن يحسبه من المهر.

فصل

وإذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة، أو على غير مهر، وذلك في دينهم جائز، [٧٨ظ] فدخل بها أو مات عنها فليس لها مهر. وكذلك الحريان في دار الحرب، وهذا عند أبي حنيفة، وهو قولهما في الحريين، وأما في الذمية فلها مهر مثلها إن مات عنها أو دخل بها، والمتعة إن طلقها قبل الدخول بها. وقال زفر: لها مهر المثل في الحريين أيضاً.

وقوله في الكتاب: "أو على غير مهر" يحتمل: نفى المهر، ويحتمل السكوت، وقد قيل: في الميتة والسكوت روايتان، والأصح: أن الكل على الخلاف.

فإن تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلم أو أسلم أحدهما فلها الخمر والخنزير. معناه: إذا كانا بأعيانها، والإسلام قبل القبض. وإن كانا بغير أعيانها فلها في الخمر القيمة، وفي الخنزير مهر المثل، وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: لها مهر المثل في الوجهين، وقال محمد: لها القيمة في الوجهين.

ولو طلقها قبل الدخول بها فمن أوجب مهر المثل أوجب المتعة، ومن أوجب القيمة أوجب نصفها.

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما، وقال مالك: يجوز للعبد. وكذلك لا يملك المكاتب تزويج عبده، وتملك تزويج أمته. وكذا المكاتب لا يملك تزويج نفسها بدون إذن المولى، وتملك تزويج أمتها، وكذلك المدبر وأُم الولد.

وإذا تزوّج العبدُ بإذن مولاه فالمهرُ دينٌ في رقبته يباع فيه. والمدبّرُ والمكاتبُ يسعيان في المهر، ولا يباعان فيه.
وإذا تزوّج العبدُ بغير إذن مولاه فقال المولى: طلقها أو فارقها فليس هذا بإجازة. وإن قال: طلقها تطليقة
تملك^{١٠٢٥} الرجعة فهذا إجازة.

ومن اشترى جاريةً منكوحَةً ليس له أن يفسخ النكاح، كما أنّه ليس لمالكها أن يفسخ نكاحها بعدما أذن
لها بالنكاح، ذكرها في آخر كتاب الحج.

ومن قال لعبده: تزوّج هذه الأمة فتزوّجها نكاحاً فاسداً ودخل بها فإنّه يباع في المهر عند أبي حنيفة، وقالوا:
يؤخذ منه إذا أعتق.

من زوّج عبداً مأذوناً له امرأةً جاز، والمرأة أسوة للغراء في مهرها. معناه: إذا كان النكاح بمهر المثل.
ومن زوّج أمته فليس عليه أن يبوئها بيت الزوج، ولكنها تخدم المولى، ويقال للزوج: متى ظفرت بها وطئتها.
فإن بوأها معه بيتاً [٧٩و] فلها النفقة والسكنى، وإلا فلا. وإن بوأها بيتاً ثم بدا له أن يستخدمها له ذلك. قال رحمه
الله: ذكر تزويج المولى عبده وأمته ولم يذكر رضاها. وهذا يرجع إلى مذهبننا؛ لأنّ للمولى إجبارها على النكاح. وعند
الشافعي: لا إجبار في العبد، وهو رواية عن أبي حنيفة، بخلاف الأمة؛ لأنّه مالكٌ بضعها، فيملك تمليكها.

وإذا زوّج عبده المكاتب أو أمته المكاتبّة لا يقدر على جبرها، بل يشترط رضاها. قال صاحب العناية:
وهنا فرعٌ لطيفٌ، وهو أنّ المولى إذا زوّج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على إجازتها؛ لأنّها ملحقّةٌ بالبالغة فيما ييتني
على الكتابة. ثم إنّها لو لم تردّ حتى أدّت بدل الكتابة فعتقت بقي النكاح موقوفاً على إجازة المولى، لا على إجازتها؛
لأنّها بعد العتق لم تبق مكاتبّة، وهي صغيرة، والصغيرة ليست من أهل الإجازة. قال في النهاية: وهذه من ألطف
المسائل وأعجبها، حيث اعتبر إجازة المكاتبّة في حال رقّها، ولم تعتبر في حالة العتق لما ذكرنا من الفرق، انتهى.

ومن زوّج أمته، ثم قتلها قبل أن يدخلها بها زوجها فلا مهر لها عند أبي حنيفة، وقالوا: عليه المهر لمولاها
اعتباراً بموتها حتف أنفها كما لو قتلها أجنبيّ.

^{١٠٢٥} ل: يملك.

وإذا ارتدت الحرة^{١٠٢٦} فلا مهر لها بالاتفاق ولو كانت صغيرة عاقلة. وإن قتلت حرة نفسها قبل أن يدخل بها زوجها فلها المهر خلافاً لزفر.

وإذا تزوج أمة فالإذن في العزل إلى المولى عند أبي حنيفة، وعن أبي يوسف ومُجَّد: أن الإذن إليها. وللأمة المنكوحة المطالبة في الوطء دون أمته المملوكة.

وإن تزوجت أمة بإذن مولاهما، ثم أعتقت فلها الخيار حرّاً كان زوجها أو عبداً. والشافعي يخالفنا فيما إذا كان زوجها حرّاً. وكذلك المكاتب، يعني: إذا تزوجت بإذن مولاهما ثم أعتقت، وقال زفر: لا خيار لها. وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاهما ثم أعتقت صح النكاح، ولا خيار لها. وإن كانت تزوجت بغير إذن على ألفٍ ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم أعتقها مولاهما فالمهر للمولى. وإن لم يدخل بها حتى أعتقها فالمهر لها. والمراد بالمهر الألف المستسى. / [٧٩ظ]

ومن وطئ أمة ابنه فولدت منه فهي أمٌ ولدٍ له، وعليه قيمتها، ولامهر عليه. ومعنى المسألة: أن يدّعيه الأب. وقال زفر والشافعي: يجب المهر كما في الجارية المشتركة، فإنه لو استولدها وجب عليها العقر^{١٠٢٧}. ولو كان زوجها أباه فولدت لم تصر أمٌ ولد له، ولا قيمة عليه، وعليه المهر، وولدها حرّ، وقال الشافعي: لا يجوز تزوجها. وإذا كانت الحرة تحت عبدٍ، فقالت لمولاه: أعتقه عني بألفٍ، ففعل فسد النكاح، وقال زفر: لا يفسد. والعتق يقع عن الأمر عندنا، حتى يكون الولاء له. ولو نوى الكفارة يخرج عن العهدة، وعند زفر: يقع عن المأمور. ولو قال: أعتقه عني، ولم يسمّ مالاً؛ لم يفسد النكاح، والولاء للمعتق، وهذا عند أبي حنيفة ومُجَّد، وقال أبو يوسف: هذا والأول سواء.

ولو استولد جاريةً بالنكاح، ثم ملكها هو وغيره وراثته فإنه يضمن لشريكه نصيبه، كالأخ تزوج بجارية أخيه فاستولدها فمات المزوج وترك الجارية ميراثاً بين الزوج وأخٍ آخر يملكها الزوج بغير صنعه، ويضمن نصيب شريكه، وهذا ضمان التملك. أشار إليها في كتاب المضاربة، وهذا التفصيل في العناية.

^{١٠٢٦} أي قبل الدخول، كما صرح في العناية، ٣/ ٣٩٩.

^{١٠٢٧} أي المهر.

باب نكاح أهل الشرك

وإذا تزوّج الكافر بغير شهودٍ أو في عدّة كافرٍ، وذلك في دينهم جائزٌ ثم أسلما أُقِرّا عليه، وهذا عند أبي حنيفة. وقال زفر: النكاحُ فاسدٌ في الوجهين إلا أنه لا يُتعرّضُ لهم قبل الإسلام والمرافعة إلى الحُكّام. وقال أبو يوسف ومُحمّد في الوجه الأوّل^{١٠٢٨} كما قال أبو حنيفة، وفي وجه الثاني^{١٠٢٩} كما قال زفر.

فإن تزوّج المجوسي أمّه أو ابنته ثم أسلما فرّق بينهما. ثم بإسلام أحدهما يفرّق بينهما، وبمرافعة أحدهما لا يفرّق عنده خلافاً لهما. ولو ترافعا يفرّق بالإجماع. قال صاحب العناية: ولو حكّم رجلاً وطلبها منه حكّم الإسلام له أن يفرّق بينهما، فالقاضي أوّل ذلك لعموم ولايته، انتهى.

ولا يجوز أن يتزوّج المرتدّ مسلمةً ولا كافرةً ولا مرتدةً. وكذلك المرتدة لا يتزوجها مسلمٌ ولا كافرٌ. فإن كان أحدُ الزوجين مسلماً فالولدُ على دينه. وكذلك إن أسلم أحدهما/[٨٠و] وله ولدٌ صغيرٌ صار ولده مسلماً بإسلامه. ولو كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً فالولدُ كتابيٌّ، حتى يجوز للمسلم مناكحته، وتحلّ ذبيحته. والشافعي يخالفنا فيه، ويقول: الولدُ مجوسيٌّ.

وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافرٌ عرض القاضي عليه الإسلام، فإن أسلم فهي امرأته، وإن أبى فرّق بينهما، وكان ذلك طلاقاً عند أبي حنيفة ومُحمّد رحمهما الله. وإن أسلم الزوج وتحتة مجوسيةً عرض عليها الإسلام، فإن أسلمت فهي امرأته، وإن أبى فرّق القاضي بينهما، ولم تكن الفرقة طلاقاً. وقال أبو يوسف: لا يكون طلاقاً في الوجهين. أما العرضُ فمذهبنا، وقال الشافعي: لا يعرض الإسلام، إلا أنّ تلك النكاح قبل الدخول غيرُ متأكّدٍ، فينقطع بنفس الإسلام، وبعده متأكّدٌ، فيتأجّل إلى انقضاء ثلاث حيضٍ كما في الطلاق. ثم إذا فرّق بينهما بإبائها فلها المهرُ إن كان دخل بها، وإن لم يكن دخل بها فلا مهرَ لها.

^{١٠٢٨} أي في حالة التزوّج بغير شهود.

^{١٠٢٩} أي في حالة التزوّج في عدّة كافر.

وإذا أسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافرًا أو أسلم الحربي وتحتة مجوسية لم يقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلاث حيض، ثم تبين من زوجها. ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها، والشافعي يفصل. وإذا وقعت الفرقة والمرأة حريية فلا عدة عليها، وإن كانت هي المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وسيأتيك إن شاء الله تعالى. وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما.

وإذا خرج أحد الزوجين إلينا من دار الحرب مسلماً وقعت البينونة بينهما، وقال الشافعي: لا يقع. ولو سُبي^{١٠٣٠} أحد الزوجين إلينا وقعت البينونة بينهما.

ولا يجب على المسيبة العدة بالاتفاق. وإن سُبياً معاً لم تقع،^{١٠٣١} وقال الشافعي: وقعت. وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرةً جاز أن تزوج، ولا عدة عليها عند أبي حنيفة، وقالوا: عليها العدة. وإن كانت حاملاً لم تتزوج حتى تضع حملها. وعن أبي حنيفة: أنه يصح النكاح ولا يقربها الزوج حتى تضع حملها. وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام. والعياذ بالله تعالى. وقعت الفرقة بغير طلاق. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: إن كانت الردة [٨٠ظ] من الزوج فهي فرقة بطلاق. ولا يتوقف الفرقة بالردة على القضاء، بخلاف الفرقة بالإباء، فإنها تتوقف عليه، وسيذكر في محله في باب الخلع.

ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها المهر إن دخل بها، ونصف المهر إن لم يدخل بها. وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها، وإن لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة. وإن ارتد معاً وأسلم معاً فهما على نكاحهما استحساناً، وقال زفر: يبطل. وإن أسلم أحدهما بعد الارتداد قبل الآخر فسد النكاح.

باب القسم

وإذا كان للرجل امرأتان فعليه أن يعدل بينهما في القسم، بكرين كانتا أو ثيبتين، أو كانت إحداها بكرًا والأخرى ثيباً، والقديمة والجديدة سواء.

^{١٠٣٠} م: يُسبي.

^{١٠٣١} أي البينونة.

والاختيار في مقدار الدور إلى الزوج،^{١٠٣٢} والتسوية المستحقة في البينونة، لا في الجامعة؛ لأنها تبتني على النشاط.

وإن كانت إحداها حرّة والأخرى أمة فللحرّة الثلثان من القسم وللأمة الثلث. والمكاتب والمدبرة وأمّ الولد بمنزلة الأمة.

ولا حقّ لمن في القسم حالة السفر. ويسافر الزوج بمن شاء منهنّ، والأولى أن يقرع بينهنّ، فيسافر بمن خرجت قرعتها. وقال الشافعي: القرعة مستحقة. ونحن نقول: لاحق للمرأة عند مسافرة الزوج، فله أن يستصحب واحدة منهنّ، ولو استصحب واحدة منها لا يجتنب على الزوج بتلك المدة. ولو رضيت إحدى الزوجات بترك قسمتها لصاحبها جاز، ولها أن ترجع في ذلك.

كتاب الرضاع

قليل الرضاع وكثيره إذا حصل في مدة الرضاع تعلّق به التحريم. وقال الشافعي: لا يثبت التحريم إلا بخمس رضعات.

وينبغي أن يكون في مدة الرضاع على ما نبين. ثم مدة الرضاع ثلاثون شهراً عند أبي حنيفة، وقالوا: سنتان، وهو قول الشافعي. وقال زفر: ثلاثة أحوال. وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلّق بالرضاع تحريم.

ولا يعتبر الفطام قبل المدة إلا في رواية عن أبي حنيفة إذا استغنى عنه. وهل يباح الإرضاع^{١٠٣٣} بعد المدة؟ قد قيل: لا يباح. قال العلامة ابن الهمام: وعلى هذا لا يجوز [٨١و] الانتفاع به للتداوي. وأهل الطب يثبتون اللبن للبنّ.

^{١٠٣٢} إن شاء وحد أو ثلث أو سبع.

^{١٠٣٣} م + ألا | وهذا خطأ.

أي: الذي نزل بسبب بنت مرضعة . نفعاً لوجع العين، واختلف المشايخ فيه، قيل: لا يجوز، وقيل: يجوز إذا علم أنه يزول به الرمد. ولا يخفى أنّ حقيقة العلم متعذّر، فالمراد: إذا غلب على الظنّ، وإلا فهو معنى المنع، انتهى.

ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، إلا أمّ أخته من الرضاعة، فإنه يجوز أن يتزوَّجها، ولا يجوز أن يتزوَّج أمّ أخته من النسب. ويجوز تزوُّج أخت ابنه من الرضاع، ولا يجوز ذلك من النسب. وامرأة ابنه أو امرأة أبيه من الرضاع لا يجوز أن يتزوَّجها كما لا يجوز ذلك من النسب. وذكر الأصحاب في الأصل لإسقاط اعتبار التبيّن.

ولبن الفحل يتعلّق به التحريم. وهو أن ترضع المرأة صبيّة فتحرم هذه الصبيّة على زوجها وعلى آبائه وأبنائه، ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن أباً للمرضعة. وفي إحدى قولي الشافعيّ لبن الفحل لا يحرم. ويجوز أن يتزوَّج بأخت أخيه من الرضاع؛ لأنه يجوز أن يتزوج بأخت أخيه من النسب، وذلك مثل الأخ من الأب إذا كان له أخت من أمه جاز لأخيه من أبيه أن يتزوَّجها.

وكلّ صبيين اجتماعاً على ثدي واحد لم يجز لأحدهما أن يتزوَّج بالأخرى.

ولا تتزوَّج المرضعة أحداً من ولد التي أرضعت؛ لأنه أخوها، ولا ولد ولدها؛ لأنه ولد أخيها.

ولا يتزوَّج الصبيّ المرضع أخت زوج المرضعة؛ لأنها عمّته من الرضاع.

وإذا اختلط اللبن بالماء، واللبن هو الغالب تعلّق به التحريم. وإن غلب الماء لم يتعلّق به التحريم، خلافاً للشافعيّ. وإن اختلط بالطعام لم يتعلّق به التحريم وإن كان اللبن غالباً عند أبي حنيفة. وقالوا: إذا كان اللبن غالباً يتعلّق به التحريم. قال: . أي: المصنف: قولهما فيما إذا لم تمسّ النار، حتى لو طبخ بها لم يتعلّق به التحريم في قولهم جميعاً. ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده، هو الصحيح.

قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول بعضهم: إذا كان يتقاطر منه اللبن يثبت به الحرمة عنده؛ لأنّ القطرة من اللبن إذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لإثبات الحرمة. والأصحّ أنّه / [٨١ظ] لا يثبت على كل حال عنده؛ لأنّ التغذية كان بالطعام دون اللبن، كذا في العناية نقلاً عن المبسوط.

وإن خلط بالدواء واللبن غالبٌ تعلّق به التحريم. وإذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلّق به التحريم،

وإن غلب لبن الشاة لم يتعلّق به التحريم.

وإذا اختلط لبن امرأتين تعلّق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف، وقال محمد وزفر: يتعلّق التحريم بهما. وعن أبي حنيفة في هذا روايتان. وأصل المسألة في الأيمان.

وإذا نزل للبكر لبن فأرضعت صبيّاً تعلّق به التحريم. وإذا حلب لبن المرأة بعد موتها فأوجر به الصبيّ تعلّق به التحريم خلافاً للشافعي.

وإذا احتقن الصبيّ باللبن لم يتعلّق به التحريم، وعن محمد: أنّه يثبت به الحرمة. وإذا نزل للرجل لبن فأرضع صبيّاً لم يتعلّق به التحريم. وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلّق به التحريم.

وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة، فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج. ثم إن لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها وللصغيرة نصف المهر ويرجع به الزوج على الكبيرة إن كانت تعمدت الفساد. وإن لم تتعمد فلا شيء عليها وإن علمت أنّ الصغيرة امرأته. وعن محمد: أنّه يرجع في الوجهين، والصحيح ظاهر الرواية. ثم إنّما تكون متعمدة إذا علمت بالنكاح وقصدت بالإرضاع الإفساد. أما إذا لم تعلم بالنكاح أو علمت ولكنّها قصدت دفع الجوع والهلاك من الصغيرة دون الفساد لا تكون متعدية؛ لأنّها مأمورة بذلك. ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية أيضاً.

ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات. وإنما يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين. وقال مالك: يثبت بشهادة واحدة إذا كانت موصوفة بالعدالة.

كتاب الطلاق

الطلاق على ثلاثة أوجه: حسن وأحسن وبدعي.

والأحسن: أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه، ويتركها حتى تنقضي عدتها. وكان الصحابة رضي الله عنهم يستحبون أن لا يزيدوا على واحدة. وإن هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل ثلاثاً عند كل طهر واحدة، ولا خلاف لأحد في الكراهة، أي: في عدم الكراهة، يعني: لم يقل أحد بكراهة هذا الطلاق، كذا في العناية.

والحسن: هو طلاقُ السنَّة، وهو أن يطلق المدخولُ بها ثلاثاً في ثلاثة أطهارٍ. وقال مالك: إنَّه بدعةٌ [٨٢و] ولا يباح إلا واحدةً. ثم قيل: الأولى أن يؤخَّرَ الإيقاع إلى آخر الطهر احترازاً عن تطويل العدة، والأظهر: أنَّه يطلِّقُها كما طهرت.

وطلاقُ البدعة: أن يطلِّقَها ثلاثاً بكلمةٍ واحدةٍ أو ثلاثاً في طهرٍ واحدٍ. فإذا فعل ذلك وقع الطلاقُ وكان عاصياً. وقال الشافعي: كل طلاقٍ مباحٌ إلا في حالة الحيض، وكذا إيقاعُ الثنتين في الطهر الواحد بدعةٌ. واختلف الروايةُ في الواحدة البائنة، قال في الأصل: إنَّه أخطأ السنَّة، وفي الزيادات: إنَّه لا يكره للحاجة إلى الخلاص ناجزاً.^{١٠٣٤}

والسنَّة في الطلاق من وجهين: سنَّة في الوقت، وسنَّة في العدد. فالسنَّة في العدد يستوي فيها المدخولُ بها وغيرُ المدخول بها، وقد ذكرناها. والسنَّة في الوقت تثبُّ في المدخول بها خاصةً، وهو أن يطلقها في طهرٍ لم يجامعها فيه. وغيرُ المدخول بها يطلِّقها في حال الطهر والحيض خلافاً لزفر. وإذا كانت المرأة لا تحيض من صغرٍ أو كبرٍ، فأراد أن يطلقها ثلاثاً للسنَّة؛ طلقها واحدةً، فإذا مضى شهرٌ طلقها أخرى فإذا مضى شهرٌ طلقها أخرى. ثم إن كان الطلاقُ في أول الشهر يعتبر الشهرُ بالأهلة، وإن كان في وسطه فبالأيام في حقِّ التفريق وفي حقِّ العدة كذلك عند أبي حنيفة رحمته الله. وعندهما يكمل الأول بالآخر، والمتوسِّطان بالأهلة، وهي مسألةُ الإجازات.

وبجوز أن يطلِّقها ولا يفصلَ بين وطفها وطلاقها بزمانٍ، وقال زفر: يفصل بينهما بشهرٍ. وطلاقُ الحامل يجوز عقيب الجماع. ويطلِّقها للسنَّة ثلاثاً، يفصل بين كلِّ تطليقتين بشهرٍ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال مُجَدِّد وزفر: لا يطلِّقها للسنَّة إلا واحدةً.

^{١٠٣٤} أي في الحال.

وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق، ويستحب أن يراجعها. ثم الاستحباب قول بعض المشايخ، والأصح أنه واجب. وإذا طهرت وحاضت ثم طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها. قال عليه السلام: وهكذا ذكر في الأصل، وذكر الطحاوي: أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة. قال أبو الحسن الكرخي: ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة، وما في الأصل قولهما.

ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها: أنت طالق ثلاثاً للسنة، ولائمة له فهي طالق عند كل طهر. فإن نوى أن يقع الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو [٨٢ظ] على ما نوى، سواء كان في حالة الحيض أو في حالة الطهر. وقال زفر: لا يصح نية الجمع. وإن كانت آيسة أو من ذوات الأشهر وقعت الساعة واحدة، وبعد شهر أخرى. فإن نوى أن يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافاً لزفر، بخلاف ما إذا قال: أنت طالق للسنة، ولم ينص على الثلاث، حيث لا يصح نية الجملة فيه.

فصل

ويقع طلاق كل زوج إذا كان عاقلاً بالغاً، ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم.

وإذا قال: طلقْتُ وأنا مجنونٌ والمجنونُ منه كان معهوداً فالقول له، ذكرها في كتاب القضاء في فصل آخر. وطلاق المكره واقعٌ خلافاً للشافعي. وكذا طلاق الهازل بالاتفاق. وطلاق السكران واقع. واختيار الكرخي والطحاوي: أنه لا يقع، وهو أحد قولي الشافعي. وأما إذا كان السكر من مباح كالبنج ولبن الرماك والخمر إذا أكره على شربها بالقتل فهو كالإغماء يمنع وقوع الطلاق. وأما السكر الواقع من شرب الخمر طائفاً فزوال العقل فيه بسبب معصية، فجعل باقياً حكماً زجراً له، حتى لو شرب فصdec، وزال عقله بالصداع نقول: إنه لا يقع طلاق.

وطلاق الأخرس واقع بالإشارة.

وطلاق الأمة ثنتان، حرّاً كان زوجها أو عبداً. وطلاق الحرة ثلاث، حرّاً كان زوجها أو عبداً. وقال

الشافعي: عدد الطلاق معتبر بحال الرجال.

وإذا طلق العبد امرأته وقع طلاقه، ولا يقع طلاق مولاه على امرأته.

باب إيقاع الطلاق

الطلاق على ضربين: صريح وكناية.

فالصريح قوله: أنت طالق، ومطلقة، وطلقتك. فهذا يقع به الطلاق الرجعي، ولا يفتقر إلى النية. وكذا إذا

نوى الإبانة.

ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى. ولو نوى به الطلاق عن

العمل لم يدين في القضاء، ولا فيما بينه وبين الله. وعن أبي حنيفة: أنه يدين فيما بينه وبين الله.

ولو قال: أنت مطلق بتسكين الطاء لا يكون طلاقاً إلا بالنية.

ولا يقع به إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك، أي: لا يقع بكل واحد من الألفاظ الثلاثة المذكورة للرجعي

إلا واحدة، كذا في العناية. وقال الشافعي: [٨٣و] يقع ما نوى.

وإذا قال: أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق، أو أنت طالق طلاقاً فإن لم يكن له نية، أو نوى واحدة أو

ثنتين فهي واحدة رجعية، وإن نوى ثلاثاً فثلاث.

ولو قال: أنت طلاق يقع الطلاق به أيضاً، ولا يحتاج فيه إلى النية، ويكون رجعياً، ويصح نية الثلاث فيه،

ولا يصح نية الثنتين فيها خلافاً لزفر.

ولو قال: أنت طالق الطلاق، وقال: أردت بقولي: طالق واحدة، وبقولي: الطلاق أخرى يصدق، وكأنه

قال: أنت طالق وطالق، فتقع رجعتان إذا كانت مدخولاً بها.

وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق، وذلك مثل أن يقول: أنت طالق،

أو يقول: رقبتك طالق، أو عنقك، أو روحك طالق، أو بدنك، أو فرجك، أو جسدك، أو وجهك طالق. ومن هذا

القبيل الدم في رواية، يقال: دمه هدر، ومنه: النفس، وهو ظاهر. وكذلك إن طلق جزءاً شائعاً منها، مثل أن يقول:

نصفك أو ثلثك. ولو قال: يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق. وقال زفر والشافعي: لا يقع. وكذا الخلاف في

كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن. قال صاحب العناية: كالإصبع والشعر والظفر والسن، انتهى.

وإن أضاف الطلاق إلى غير محله يلغو، كما إذا أضافه إلى ريقها أو ظفرها، واختلفوا في الظهر والبطن، والأظهر: أنه لا يصح.

وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت طالقاً طلقاً واحدة، وكذا الجواب في كل جزء سواه. قال صاحب العناية: كالنصف والربع والثلث والسدس وغيرها، انتهى.

ولو قال: أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثاً. ولو قال: أنت طالق ثلاث أنصاف تطليقة، قيل: تقع تطليقتان، وقيل: تقع ثلاث تطليقات.

ولو قال: أنت طالق من واحدة إلى ثنتين، أو ما بين واحدة إلى ثنتين فهي واحدة. ولو قال: من واحدة إلى ثلاث، أو ما بين واحدة إلى ثلاث فهي ثنتان، وهذا عند أبي حنيفة. وقالوا في الأول: تقع ثنتان، وفي الثاني: ثلاث، وقال زفر في الأول: لا يقع شيء، وفي الثاني: تقع واحدة، وهو القياس. ولو نوى واحدة يدين ديناً لا قضاء.

ولو قال: أنت طالق واحدة في ثنتين، ونوى الضرب والحساب، أو لم تكن له نية فهي واحدة. وقال زفر: تقع ثنتان / [٨٣ ظ] لعرف الحسب، وهو قول الحسن بن زياد. وهذا الاختلاف يرجع إلى الاختلاف في بحث دخول الغاية الأخيرة تحت المعنى وعدم دخولها، ودخول الغاية الأولى وعدم دخولها، وفيه تفصيل كثير في كتب الأصول، خصوصاً في شرح البزدوي المسمى بالتقرير للعلامة الشيخ أكمل الدين، فليرجع إليه.

وإن نوى واحدة وثنتين فهي ثلاث. ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله: واحدة وثنتين. وإن نوى واحدة مع ثنتين تقع الثلاث. ولو نوى الظرف تقع واحدة.

ولو قال: اثنتين في اثنتين، ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان، وعند زفر: ثلاث.

ولو طلقها ألفاً تقع الثلاث، ذكرها في فصل المشيئة.

ولو قال: أنت طالق من ههنا إلى الشام فهي واحدة بملك الرجعة. وقال زفر: هي بائنة.

ولو قال: أنت طالق بمكة أو في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد. وكذلك قوله: أنت طالق في الدار؛

لأن الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان. وإن عني به: إذا أتيت مكة يصدق ديناً لا قضاء.

ولو قال: أنت طالق إذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة. ولو قال: في دخولك الدار يتعلق بالفعل أي: بالدخول؛ لمقارنة بين الظرف والشرط، فحمل عليه عند تعدد الظرف. قال صاحب العناية: إنما تعذر الظرفية لأن الفعل لا يصلح ظرفاً للطلاق على أن يكون شاغلاً له، فيحمل على الشرط لمقارنة. أي: مناسبة بين الشرط والظرف؛ لأن الظرف يسبق المظروف، كما أن الشرط يسبق المشروط. قاله شمس الأئمة. وقيل: لأن الظرف يجمع المظروف، كما أن الشرط يجمع المشروط، انتهى.

ولو قال لنسائه الأربع: بينكن تطليقة طلقت كل واحدة تطليقة، أشار إليه في باب الظهار. وهذه المسألة تفريعات مفصلة ذكرها في الخانية.

وفي الزيادات: رجل له ثلاث نسوة، ولم يدخل بواحدة، دخل عليه ثنتان فقال: إحداكما طالق، فخرجت إحداهما، ودخلت الأخرى، فقال: إحداكما طالق فما دام الزوج حياً يؤمر بالبيان، فإن قال: عني بالإيجاب الأول الخارجة؛ وقع الطلاق عليها، ويؤمر بالبيان في الثاني، ففي أيهما بين طلقت، وإن أراد بالكلام الأول الثانية طلقت هي، وبطل الكلام الثاني.^{١٠٣٥} [و٨٤] ولو بدأ ببيان الثاني إن بين الثاني في الداخلة يقال له: أوقع الطلاق الأول على أيهما شئت، وإن بين الكلام الثاني في الثانية طلقت الخارجة بالكلام الأول، بمنزلة ما لو قال بعد الكلام الأول: طلقتك. وإن مات الزوج قبل البيان يوزع حكم الطلاق على اعتبار الأحوال، إلى هنا منقول عن الزيادات. وفي الهداية: إذا مات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربه، ومن مهر الثانية ثلثه، ومن مهر الداخلة ثمنه، قيل: هذا قول محمد خاصة، وعندهما: يسقط ربه، وقيل: هو قولهما أيضاً، وقد ذكرنا الفرق. وتما تفريعاتها في الزيادات، انتهى، ذكرها في باب عتق أحد العبدین من العتاق.

ولو قال لامرأته: إحداكما طالق، ثم ماتت إحداهما تعينت الأخرى للطلاق. وكذا لو وطئ إحداهما، ذكرها أيضاً في الباب المذكور.

^{١٠٣٥} لأنها بسبب عدم وجود الدخول تكون بائنة وليس بإمكانه أن يطلقها ثانية.

وإن شهدا أنه طلق إحدى نسائه جازت الشهادة، ويجبر على أن يطلق إحداهن، وهذا بالإجماع، ذكرها في

الباب المذكور أيضاً.

فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان

ولو قال: أنت طالق غداً وقع الطلاق بطلوع الفجر. ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء.

ولو قال: أنت طالق اليوم غداً، أو غداً اليوم يؤخذ بأول الوقتين الذي تفوّه به، فيقع في الأول في اليوم، وفي

الثاني في الغد.

ولو قال: أنت طالق في غدٍ، وقال: نويت آخر النهار دين في القضاء عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يدين في

القضاء خاصةً.

ولو قال: أنت طالق أمس وقد تزوّجها اليوم لم يقع شيء، كما إذا قال: أنت طالق قبل أن أُخلق. ولو

تزوّجها^{١٠٣٦} أول من أمس وقع الطلاق الساعة.

ولو قال: أنت طالق قبل أن أتزوّجك لم يقع شيء، كما إذا قال: طلقْتُك وأنا صبيٌّ أو نائمٌ.

ولو قال: أنت طالق ما لم أطلقك، ومتى لم أطلقك، أو متى ما لم أطلقك، وسكت طلقت.

ولو قال: أنت طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت، كما في قوله: إن لم آت البصرة، وموتها بمنزلة موته.

قال في العناية: قوله: "كما في قوله: إن لم آت البصرة" يعني: كما إذا قال لها: أنت طالق / [٨٤ظ] إن لم

آت البصرة لا يقع الطلاق حتى يقع اليأس عن الإتيان. فإذا انتهى إلى الموت فقد وقع اليأس، فوجد الشرط، والمحلُّ

قابلٌ، والملك باقٍ، فوقع، فكذا هنا، انتهى.

ولو قال: أنت طالق إذا لم أطلقك، أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة، وقالوا: تطلق

حين يسكت، وهذا الخلاف فيما إذا لم يكن له نية. أما إذا نوى الوقت يقع في الحال، ولو نوى الشرط يقع في آخر

العمر.

^{١٠٣٦} م + من.

ولو قال: "أنت طالق ثلاثاً ما لم أطلّك، أنت طالق" فهي طالق هذه التّطبيق، معناه: قال ذلك موصولاً به، والقياس أن يقع المضاف، أي: المضاف إلى العدد، وهو قوله: أنت طالق ثلاثاً، فيقعان إن كانت مدخولاً بهما، وهو قول زفر. قوله^{١٠٣٧} (فيقعان) أي: الأول والثاني، فصار أربعاً، فيقع الثلاث، ويلغو الواحد، كذا في بعض الشروح. ومن قال لامرأة: يوم أتزوجك فأنت طالق، فتزوجها ليلاً طلق، ولو قال: عنيتُ بياض النهار خاصّة دُين في القضاء.

فصل

ومن قال لامرأته: أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقاً. ولو قال: أنا منك بائن، أو عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق، وقال الشافعي: يقع الطلاق في الوجه الأول أيضاً إذا نوى. ولو قال: أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء. قال عليه السلام: كذا ذكره في الجامع الصغير من غير خلاف، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخرًا. وعلى قول محمد. وهو قول أبي يوسف أولاً: تطلق واحدة رجعية، ذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيما إذا قال لامرأته: أنت طالق واحدة أو لا شيء، ولا فرق بين المسألتين. ولو كان المذكور هنا قول الكلّ فعن محمد روايتان.

ولو قال: أنت طالق مع موتي أو مع موتك فليس بشيء. وإذا ملك الرجل امرأته أو شقصاً منها، أو ملكت المرأة زوجها أو شقصاً منه وقعت الفرقة. ولو اشتراها، ثم طلقها لم يقع شيء، وعن محمد: أنه يقع. أي: في الصورة الثانية..

ولو قال لها وهي أمة لغيره: أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك، فأعتقها ملك الزوج الرجعة. ولو قال: إذا جاء غدّ فأنت طالق ثنتين، وقال المولى: إذا جاء غدّ فأنت حرة، فجاء الغدّ لم تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره، وعدّها ثلاث [٨٥و] حيض، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: زوجها يملك الرجعة.

^{١٠٣٧} ل — قوله.

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ومن قال لامرأته: أنت طالق هكذا، يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث. وإن أشار بواحدة فهي واحدة، وإن أشار بثنتين فهي ثنتان. والإشارة تقع بالمنشورة منها، وقيل: إذا أشار بظهورها فالمضمومة منها. وإذا كان تقع الإشارة بالمنشورة، فلو نوى الإشارة بالمضمومتين صدق ديانة لا قضاء، وكذا إذا نوى الإشارة بالكف، حتى تقع في الأولى ثنتان ديانة، وفي الثانية واحدة. ولو لم يقل: هكذا، تقع واحدة.

فإذا وصف الطلاق بضرب من الشدة والزيادة كان بائناً، مثل أن يقول: أنت طالق بائن وألبنة، فتقع واحدة بائنة إذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين، أما إذا نوى الثلاث؛ فثلاث. وقال الشافعي: يقع رجعيًا إذا كان بعد الدخول. ولو عني بقوله: أنت طالق واحدة، وبقوله: بائن أو ألبنة أخرى تقع تطليقتان بائنتان، وكذا إذا قال: أنت طالق أفحش الطلاق، وكذا إذا قال: أخبث الطلاق أو أسوأه، وكذا إذا قال: طلاق الشيطان أو طلاق البدعة، بناءً على أنَّ الرجعي هو السنة، فيكون البدعة وطلاق الشيطان بائناً. وعن أبي يوسف في قوله: أنت طالق للبدعة: إنَّه لا يكون بائناً إلا بالنية. وعن محمد: إذا قال: أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعيًا، وكذا إذا قال: كالجبل، وكذا إذا قال: مثل الجبل، وقال أبو يوسف: يكون رجعيًا.

ولو قال لها: أنت طالق أشد الطلاق، أو كالف، أو ملء البيت فهي واحدة بائنة، إلا أن ينوي الثلاث. وعن محمد: أنه يقع الثلاث عند عدم النية، كما إذا قال: أنت طالق كعدد ألف. ثم الأصل عند أبي حنيفة: أنه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائناً، أي شيء كان المشبه به، ذكر العظم أو لم يذكر؛ لأن التشبيه يقتضي زيادة وصف. وعند أبي يوسف: أن ذكر العظم يكون بائناً، وإلا فلا، أي شيء كان المشبه به. وعند زفر: إن كان المشبه به مما يوصف به عند الناس بالعظم يقع بائناً، [٨٥ظ] وإلا فهو رجعي. وقيل: مع أبي حنيفة، وقيل: مع أبي يوسف. وبيانه. أي: الخلاف. في قوله: مثل رأس الإبرة، مثل عظم رأس الإبرة، مثل الجبل، مثل عظم الجبل.

ولو قال: أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة، وعن أبي يوسف: أنه يقع بها رجعيًا.

وإن نوى الثلاث في هذه الفصول صحَّت نيته لتنوع البينونة، والواقع بها بائن.

فصل في الطلاق قبل الدخول

وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً قبل الدخول بها وقعَ عليها، فإن فَرَقَ الطلاقَ بانت بالأولى، ولم تقع الثانية، وذلك مثل أن يقول: أنت طالق طالق طالق، وكذا إذا قال: أنت طالق واحدةً وواحدةً تقع واحدة. ولو قال لها: أنت طالق واحدةً، فماتت قبل قوله: واحدةً كان باطلاً^{١٠٣٨}. وكذا^{١٠٣٩} لو قال: أنت طالق ثنتين أو ثلاثاً.

ولو قال: أنت طالق واحدةً قبل واحدةٍ، أو بعدها واحدةً وقعت واحدة، والأصل أنه متى ذكر شيئاً، وأدخل بينهما حرف الظرف، إن قرنها بماء الكناية كان صفة المذكور آخرًا، كقوله: جاءني زيدٌ قبله عمرو. وإن لم يقرنها بماء الكناية كان صفة المذكور أولاً، كقوله: جاء زيد قبل عمرو، وإيقاع الطلاق في الماضي إيقاعٌ في الحال. ولو قال: أنت طالق واحدةً قبلها واحدةً تقع ثنتان، وكذا إذا قال: أنت طالق واحدةً بعد واحدةٍ تقع ثنتان. ولو قال: أنت طالق واحدةً مع واحدةٍ، أو معها واحدةً تقع ثنتان، وعن أبي يوسف في قوله: معها: أنه تقع واحدةً، وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجه كلاًهما.

ولو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق واحدةً وواحدةً، فدخلت الدار وقعت عليها واحدةً عند أبي حنيفة، وقالوا: ثنتان.

ولو قال لها: أنت طالق واحدةً وواحدةً إن دخلت الدار، فدخلت طلقت ثنتين. ولو عطف بحرف الفاء فهو على الخلاف فيما ذكر الكرخي، وذكر الفقيه أبو الليث: أنه تقع واحدةً بالاتفاق؛ لأنَّ حرفَ الفاء للتعقيب، وهو الأصحُّ.

وأما الضربُ الثاني، وهو الكنايات؛ فلا يقع بها الطلاقُ إلا بالنية، أو^{١٠٤٠} بدلالة الحال.

^{١٠٣٨} أي لا يقع شيء.

^{١٠٣٩} أي يبطل.

^{١٠٤٠} م: أي | وهذا خطأ.

وهي على ضربين، منها ثلاثة ألفاظ يقع بها / [٨٦و] طلاق رجعي، ولا يقع بها إلا واحدة، وهي قوله: اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة. ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ، هو الصحيح؛ لأنّ العوام لا يميزون الإعراب.

قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول بعض المشايخ: يقع الطلاق إذا نصب الواحدة، وإن لم ينو؛ لكونه صفةً للطلاق. أما إذا رفعها فلا يقع وإن نوى؛ لأنها حينئذ تكون صفة شخصها. وقيل: هو قول محمد. وعند أبي يوسف: يقع في الأحوال كلها؛ لأن نية الطلاق تعرب عن الغرض وإن أخطأ في الإعراب. وإن أسكن؛ فهو محتاج إلى النية لاحتمال المعنيين، والصحيح: أنّ الكل سواء؛ لأنّ العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب، كذا في العناية.

وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدةً بآئنة، وإن نوى ثلاثاً كانت ثلاثاً، وإن نوى اثنين كانت واحدةً. وهذا مثل قوله: أنت بائن، وبئة، وبتة، وحرّام، وحبلك على غاربك، والحقي بأهلك، وخليّة، وبريّة، وهبتك لأهلك، وسرحتك، وفارقتك، وأمرك بيدك، وأنت حرّة، وتقنعي، وتخصري، واستبرئي، واغربي، واخرجي، وادهي، وقومي، وابتغي الأزواج؛ لأنها تحمل الطلاق وغيره، فلا بُدّ من النية، إلا أن تكون في حال مذاكرة الطلاق، فيقع بها الطلاق في القضاء، ولا يقع فيما بينه وبين الله، إلا أن ينويه.

قال رحمه الله: سوى بين هذه الألفاظ، وهذا فيما لا يصلح ردّاً، والجملة في ذلك: أنّ الأحوال ثلاثة: حالة مطلقة، وهي حالة الرضى، وحالة مذاكرة الطلاق، وحالة الغضب، والكنايات ثلاثة أقسام: ما يصلح جواباً وردّاً، وما^{١٠٤١} يصلح جواباً لا ردّاً، وما يصلح جواباً ويصلح سبّاً وشتيمةً. ففي حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقاً إلا بالنية. والقول قوله في إنكار النية لما قلنا. وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدّق فيما يصلح جواباً ولا يصلح ردّاً في القضاء، مثل قوله: خليّة، بريّة، بائن، بئة، حرام، اعتدي، أمرك بيدك، اختاري؛ لأنّ الظاهر أنّ مراده الطلاق عند سؤال الطلاق، ويصدّق فيما يصلح جواباً، مثل قوله: اخرجي، / [٨٦ظ] اذهبي، قومي، تقنعي، تخمري، وما يجري هذا المجرى. وفي حالة الغضب يصدّق في جميع ذلك إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للردّ والشتيم، كقوله: اعتدي

^{١٠٤١} ل + لا.

واختاري وأمرك بيدك. وعن أبي يوسف في قوله: لا ملك لي عليك، ولا سبيل لي عليك، وخليت سبيلك، وفارقتك: أنه يصدق في حالة الغضب.

ثم وقوع البائن بما سوى الثلاث الأول مذهبنا، وقال الشافعي: يقع بها رجعي. وتصح نية الثلاث بالاتفاق، ولا تصح نية الشنتين عندنا خلافاً لرفر.

وإن قال لها: اعتدي اعتدي، وقال: نويت بالأولى طلاقاً، وبالبقي حيضاً دين في القضاء، وإن قال: لم أنو بالبقي شيئاً فهي ثلاث، بخلاف ما إذا قال: لم أنو بالكل الطلاق، حيث لا يقع شيء، وبخلاف ما إذا قال: نويت بالثلاثة الطلاق دون الأولين، حيث لا يقع إلا واحدة.

ولو قال: أبنتك، ينوي الطلاق، أو قالت: أبنت نفسي، فقال الزوج: قد أجزت ذلك بانته؛ لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق، بخلاف الاختيار؛ لأنه ليس من ألفاظ الطلاق. ألا ترى أنه لو قال لامرأته: اخترتك أو اختاري، ينوي الطلاق لم يقع. ولو قالت ابتداءً: اخترت نفسي، فقال الزوج: أجزت؛ لا يقع شيء، إلا أنه عرف طلاقاً بالإجماع إذا حصل جواباً للتخير. وهذا المذكور من قوله: "ولو قال: أبنتك" إلى هنا ذكره في فصل المشيئة بعد هذا الفصل. وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية إنما يصدق مع اليمين؛ لأنه أمين في الإخبار عما في ضميره، والقول قول الأمين مع اليمين.

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

إذا قال لامرأته: اختاري ينوي بذلك الطلاق، أو^{١٠٤٢} قال لها: طلقي نفسك فلها أن تطلق^{١٠٤٣} نفسها ما دامت في مجلسها ذلك. فإن قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الأمر من يدها. فإن اختارت نفسها في قوله: اختاري كانت واحدةً بانه، والقياس أن لا يقع بهذا شيء وإن نوى الزوج الطلاق، وما ذكرناه استحساناً بإجماع الصحابة، ولا يكون ثلاثاً وإن نوى الزوج ذلك.

^{١٠٤٢} م: ولو | وهذا سهو.

^{١٠٤٣} ل: يطلق؛ م: طلق.

ولابدّ من ذكر النفس في كلامه أو كلامها، حتى / [٨٧و] لو قال لها: اختاري، فقالت: قد اخترت فهو باطل. ولو قال: اختاري نفسك فقالت: اخترت تقع واحدةً بئنةً. وكذا لو قال: اختاري اختيارةً فقالت: قد اخترت. وكذا لو قال: اختاري فقالت: اخترت نفسي يقع الطلاق إذا نوى الزوج. ولو قال: اختاري فقالت: أنا أختار نفسي فهي طالق، والقياس أن لا تطلق؛ لأن هذا مجرّد وعدٍ أو يحتمله، فصار كما إذا قال: طلق نفسي، فقالت: أنا أطلق نفسي، حيث لا يقع الطلاق، وما ذكرناه استحساناً، ووجهه مذکور في الكتاب.

ولو قال لها: اختاري اختاري اختاري فقالت: اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة طلقت ثلاثاً في قول أبي حنيفة، ولا يحتاج إلى نية الزوج، وقالوا: تطلق واحدة. ولو قالت: اخترت اختيارةً فهي ثلاث في قولهم جميعاً. ولو قالت: قد طلقت نفسي واحدةً، أو اخترت نفسي بتطبيقه فهي واحدة يملك الرجعة. وإن قال لها: أمرك بيدك في تطليقه، أو اختاري تطليقه، فاخترت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة. وإذا قال للمخيرة: اختاري بألف، فاخترت سقط الخيار، ولا يثبت العوض. وإذا أخبرت المرأة أنّ زوجها خيرها في نفسها صارت مخيرةً، فلها اختيار نفسها في مجلسها، سواء كان المخير عدلاً أو غير عدل، ذكر الأولى وأشار إلى الثانية في الشفعة.

فصل في الأمر باليد

وإذا قال لها: أمرك بيدك ينوي ثلاثاً، فقالت: قد اخترت نفسي بواحدةً فهي ثلاث، كما إذا قالت: اخترت نفسي بمرة واحدة، وبذلك يقع الثلاث إذا نوى الزوج الثلاث. ولو قالت: قد طلقت نفسي واحدةً، أو اخترت نفسي بتطبيقه فهي واحدة بئنةً. ولو قال لها: أمرك بيدك اليوم وبعد غدٍ لم يدخل فيه الليلة. وإن ردّت الأمر في يومها بطل أمر ذلك اليوم، وكان الأمر بيدها بعد غدٍ. وقال زفر: هما أمر واحد بمنزلة قوله: أنت طالق اليوم وبعد غدٍ. فإنّ فيه يكون الطلاق واحداً بالاتفاق، فكانت الطالق اليوم طالقاً غداً. ووجه الفرق بينهما / [٨٧ظ] مذکور في الكتاب.

ولو قال: أمرك بيدك اليوم وغداً يدخل الليلة في ذلك، فإن ردّت الأمر في يومها لا يبقى الأمر في يدها في الغد، كما إذا قال: أمرك بيدك في يومين، وعن أبي حنيفة: أنّها إذا ردّت الأمر في اليوم لها أن تختار نفسها غداً، وعن أبي يوسف: إذا قال: أمرك بيدك وأمرك بيدك غداً إنّهما أمران.

وإن قال: أمرك بيدك يوم يقدم فلان، فقدم فلان، ولم يعلم بقدمه حتى جنّ الليل فلا خيار لها. وإذا جعل أمرها بيدها، أو خيرها، فمكثت يوماً لم تقم فالأمر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر. ثم إن كانت تسمع. أي: كلام الزوج. يعتبر مجلسها ذلك، وإن كانت لاتسمع فمجلس علمها وبلغ الخبر إليها، ولا يعتبر مجلس الزوج.

وقوله: "مكثت يوماً" ليس للتقدير به، وقوله: "ما لم تأخذ في عمل آخر" يراد به: عمل يعرف أنّه قطع لما كان فيه، لا مطلق العمل.

ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها، وكذا إذا كانت قاعدة فأتكأت، أو متكئة فقعدت. وكذا إذا كانت محتبة فتربت. قال: هذا رواية الجامع الصغير، وذكر في غيره: أنّها إذا كانت قاعدة فأتكأت لاخيار لها، والأول أصح. ولو كانت قاعدة فاضطجعت فيه روايتان عن أبي يوسف.

ولو قالت: ادع أبي أستشير^{١٠٤٤} أو شهوداً أشهدهم فهي على خيارها. وإن كانت تسير على دابة، أو في محمل فوقفن فهي على خيارها. وإن سارت بطل خيارها. والسفينة بمنزلة البيت.

فصل في المشينة

ومن قال لامرأته: طلقي نفسك، ولا نية له، أو نوى واحدة، فقالت: طلقت نفسي فهي واحدة رجعية. وإن طلقت نفسها ثلاثاً وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها، ولو نوى الثنتين لاتصح، إلا إذا كانت المنكوحة أمة. وإن قال لها: طلقي نفسك، فقالت: أبنت نفسي طلقت^{١٠٤٥}.

^{١٠٤٤} م: أني أستشير.

^{١٠٤٥} رجعية، اللكنوي، ١٨٦/٣.

ولو قالت: قد اخترت نفسي لم تطلق، وينبغي أن تقع تطليقة رجعية، يعني: أنْ مُجَدَّأً أطلق الكلام، حيث قال: طلقت، لكن ينبغي أن تقع رجعية، وإنما قال: "ينبغي" بناءً على عدم سماعه أصل الرواية، كذا في بعض [٨٨و] الشروح. وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يقع بقولها: أبنت شيء.

وإن قال لها: طلقي نفسك فليس له أن يرجع عنه.^{١٠٤٦} ولو قامت عن مجلسها بطل؛ لأنه تمليك، بخلاف ما إذا قال لها: طلقي ضربتك؛ لأنه توكيل وإنباء،^{١٠٤٧} فلا يقتصر على المجلس، ويقبل الرجوع.

فإن قال لها: طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده.

وإذا قال لرجل: طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده، وله أن يرجع.

ولو قال لرجل: طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة، وليس للزوج أن يرجع، وقال زفر: هذا والأول سواء، أي: قوله: طلق امرأتي.

ولو قال لها: طلقي نفسك ثلاثاً، فطلقت واحدة فهي واحدة.^{١٠٤٨} ولو قال لها: طلقي نفسك واحدة، فطلقت نفسها ثلاثاً لم يقع شيء عند أبي حنيفة، وقالوا: تقع واحدة.

وإن أمرها بطلاق يملك الرجعة، فطلقت بائنة، أو أمرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما أمر به الزوج. فمعنى الأول: أن يقول لها الزوج: طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة، فتقول: طلقت نفسي واحدة بائنة، فتقع رجعية. ومعنى الثانية: أن يقول لها: طلقي نفسك واحدة بائنة، فتقول: طلقت نفسي واحدة رجعية تقع بائنة.

وإن قال لها: طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت، فطلقت واحدة لم يقع شيء. ولو قال لها: طلقي نفسك واحدة إن شئت، فطلقتها نفسها ثلاثاً فكذلك عند أبي حنيفة، وقالوا: تقع واحدة.

وإن قال لها: أنت طالق إن شئت، فقالت: شئت إن شئت، فقال شئت ينوي الطلاق بطل الأمر. ولو قال: شئت طلاقك يقع إذا نوى، بخلاف قوله: أردت طلاقك، حيث لا يقع. وكذا^{١٠٤٩} إذا قال: شئت إن شاء أبي، أو شئت إن كان كذا لأمر لم يجز بعد. وإن قالت: قد شئت إن كان كذا لأمر قد مضى طلقت.

^{١٠٤٦} لأنه في معنى اليمين.

^{١٠٤٧} ل م: إنباء.

ولو قال لها: أنت طالق إذا شئت، وإذا ما شئت، أو متى شئت، فردت الأمر لم يكن رداً، ولا يقتصر على المجلس، ولا تطلق نفسها إلا واحدة.

ولو قال لها: أنت طالق كلما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثاً، حتى لو عادت إليه بعد زوج آخر، [٨٨ظ] فطلقت نفسها لم يقع شيء، وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثاً بكلمة واحدة. ولو قال لها: أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء،^{١٠٤٩} وإن قامت من مجلسها فلا مشيئة لها.

وإن قال لها: أنت طالق كيف شئت طلقت بطلقة يملك الرجعة. معناه: قبل المشيئة؛ فإن قالت: قد شئت واحدةً بائنة أو ثلاثاً، وقال الزوج: نويت ذلك فهو كما قال. أما إذا أرادت ثلاثاً والزوج واحدةً بائنة، أو على القلب تقع واحدةً رجعيةً. وإن لم تحضره النية تعتبر مشيئتها فيما قالوا جرياً على موجب التخيير. قال عليه السلام: قال في الأصل: هذا قول أبي حنيفة عليه السلام، وعندهما: لا يقع ما لم توقع المرأة، فتشاء رجعيةً أو بائنةً أو ثلاثاً، وعلى هذا الخلاف العتاق. ولو قال لها: أنت طالق كم شئت أو ما شئت طلقت نفسها ما شاءت. وإن قامت من المجلس بطل، وإن ردت الأمر كان رداً.

وإن قال لها: طلقي نفسك من ثلاثٍ ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدةً وثلثتين، ولا تطلق ثلاثاً عند أبي حنيفة، وقالوا: تطلق ثلاثاً إن شاءت.

ولو قال: طلق من نسائي من شاءت له أن يطلق الكلّ بالاتفاق. ولو قال: من شئت كان على الخلاف.

باب الأيمان في الطلاق

وإذا أضاف الطلاق إلى النكاح وقع عقب النكاح، مثل أن يقول لامرأة: إن تزوّجْتُكِ فأنت طالق، أو كلّ امرأةً أتزوجها فهي طالق. وقال الشافعي: لا يقع.

وإذا أضافه إلى شرطٍ وقع عقب الشرط، مثل أن يقول لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، وهذا بالاتفاق. ولا تصحُّ إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكاً أو يضيّفه إلى ملكٍ.

^{١٠٤٨} أي لا يقع الطلاق.

^{١٠٤٩} أي في المجلس.

وإن قال لأجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق. وقال في باب أحكام المرتدين: والملك شرط في باب اليمين حال انعقاد اليمين وحال نزول الجزاء، وفيما بين ذلك ليس بشرط، كما إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم طلقها بائنة، فتزوجها، ودخلت الدار طلقت بعد ذلك، انتهى.

وألفاظ الشرط: إن، وإذا،^{١٠٠} [و٨٩] وإذاما، ومتى، ومتى ما، وكل، وكلما. وكلمة على وإن كان في المعاوزات بمنزلة الباء إلا أنها تجيء للشرط أيضاً مجازاً، كقوله تعالى: ﴿يُبَايِعُنَا عَلَى أَنْ لَا يُشْرِكُنَا بِاللَّهِ﴾^{١٠١}، حتى من قال لامرأته: أنت طالق على أن تدخل الدار كان شرطاً، ذكرها في باب الخلع مفصلاً.

ثم كلمة إن حرف الشرط؛ لأنه ليس فيها معنى الوقت، وما وراءها ملحق بها.

وكلمة: كل ليس شرطاً حقيقة؛ لأن ما يليها اسم، والشرط ما يتعلق به الجزاء، والأجزاء تتعلق بالأفعال، إلا أنه ألحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها، مثل قولك: كل عبد اشتريته فهو حر.

ففي هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت اليمين وانتهت، إلا في كلمة كلما، فإنها تقتضي تعميم الأفعال.

قال الله تعالى ﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُمْ﴾^{١٠٢} ومن ضرورة التعميم التكرار. فإن تزوجها بعد ذلك. أي: بعد زوج آخر، وتكرر الشرط لم يقع شيء، وفيه خلاف زفر. وعبرة الهداية في هذا المحل لا تخلو عن تسامح، وتحتاج إلى تقدير شيء، أفصح عنه صاحب العناية حيث قال: فإذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق طلقت حتى ينتهي الثلاث، فإن تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء، انتهى. ولقد أحسن فيه كما لا يخفى.

ولو دخلت على نفس التزوج، بأن قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحث بكل مرة، وإن كان بعد زوج آخر، وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها.

^{١٠٠} م — وإذا.

^{١٠١} سورة الممتحنة، ١٢/٦٠.

^{١٠٢} سورة النساء، ٥٦/٤.

ولو قال لها: إن طَلَّقْتُكَ فأنت طالق ثلاثاً، ففترّجها، وطلّقها واحدةً لا تطلق ثلاثاً، ذكرها في باب اليمين والعنق والطلاق. ثم إن وجد الشرط في الملك انحلّت اليمين، ووقع الطلاق، وإن وجد في غير الملك انحلّت اليمين، ولم يقع شيءٌ.

وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج، إلا أن تقيم المرأة البينة. فإن كان الشرط لا يعلم إلا من جنبها فالقول قولها في حق نفسها، مثل أن يقول: إن حضيت فأنت طالق وفلانة فقالت: قد حضيت طلقت هي ولم تطلق فلانة. ووقع الطلاق استحساناً، والقياس أن لا يقع. وكذا لو قال: إن كنت تحبين أن يعذبك الله بنار جهنم فأنت طالق وعبدي حرٌّ، [٨٩ظ] فقالت: أحبه، أو قالت: إن كنت تحبيني فأنت طالق وهذه معك، فقالت: أحببك؛ طلقت هي، ولم يعتق العبد، ولا تطلق صاحبته.

وإذا قال: إذا حضيت فأنت طالق، فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمرّ ثلاثة أيام، فإذا تمت ثلاثة أيام حكمنا بالطلاق من حين حاضت.

ولو قال لها: إذا حضت حيضةً فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها. وإذا قالت: أنت طالق إذا صمت يوماً طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم فيه، بخلاف ما إذا قال: إذا صمت من غير ذكر اليوم، يعني: إذا صامت ساعةً مقرونةً بالنية وقع الطلاق في هذه الصورة، كذا في العناية.

ومن قال لامرأته: إذا ولدت غلاماً فأنت طالق واحدةً، وإذا ولدت جاريةً فأنت طالق ثنتين، فولدت غلاماً وجاريةً ولا يدري أيّهما أوّل لزمه في القضاء تطليقةً، وفي التنزه تطليقتان، وانقضت العدة بالولد الأخير.

ومن قال: آخر امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثاً، ففترّج امرأةً، ثم أخرى، ودخل بها، ثم مات الرجل تطلق من حين التزوج، ولها مهرٌ ونصف، وعدّها بالحيض بلا حدادٍ، وترث منه عند أبي حنيفة. وعندهما: تطلق في آخر حياته، ولها مهرٌ واحدٌ، وعليها عدة الوفاة، وترث منه. وإن كان الطلاق رجعيّاً فعليها عدة الوفاة، أشار إليها في باب اليمين بالعنق والطلاق، والتفصيل منقول عن الكفاية.

ولو قال لها: إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ثلاثاً، ثم طلقها، وبانت، وانتقضت عدتها، فكلمت أبا عمرو، ثم تزوجها، فكلمت أبا يوسف فهي طالق ثلاثاً مع الواحدة الأولى، وقال زفر: لا يقع. وهذه المسألة على وجوه: أما إن وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق، فهذا ظاهر، أو وجداً في غير الملك فلا يقع، أو وجد الأول في الملك والثاني في غير الملك، فلا يقع أيضاً، أو وجد الأول في غير الملك والثاني في غير الملك فلا يقع أيضاً، أو جد الأول في غير الملك والثاني في الملك فهي مسألة الكتاب الخلافية.

وإن قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً، فطلقها ثنتين، وتزوجت زوجاً آخر، ودخل بها، ثم عادت إلى الأول، فدخلت الدار طلق ثلاثاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: هي طالق ما بقي من الطلاق الثلاث، وهو قول زفر. [٩٠و] وأصله: أن الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما، فيعود إليه بالثلاث، وعند محمد وزفر: لا يهدم، فيعود بما بقي.

وإن قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً، ثم قال لها: أنت طالق ثلاثاً، فتزوجت غيره، فدخل بها، ثم رجعت إلى الأول، فدخلت الدار لم يقع شيء، وقال زفر: يقع الثلاث.

ولو قال لامرأته: إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثاً، فجامعها، فلما التقى الختانان، فلبث ساعة لم يجب عليه المهر.^{١٠٥٣} وإن أخرجه ثم أدخله وجب عليه المهر.^{١٠٥٤} وكذا إذا قال لأمته: إذا جامعتك فأنت حرة. وعن أبي يوسف: أنه أوجب المهر في الفصل الأول لوجود الجماع بالدوام عليه، إلا أنه لا يجب الحد للاتحاد، بخلاف ما إذا أخرج ثم أوج؛ لأنه وجد الإدخال بعد الطلاق، إلا أن الحد لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر إلى المجلس والمقصود، وهو قضاء الشهوة. وإذا لم يجب الحد وجب العقر؛ إذ الوطء لا يخلو عن أحدهما. ولو كان الطلاق رجعيًا يصير مراجعاً باللباث عند أبي يوسف خلافاً لمحمد لوجود المساس. ولو نزع ثم أوج صار مراجعاً بالإجماع.

^{١٠٥٣} أي المهر الثاني.

^{١٠٥٤} أي ثانياً وهو مهر المثل فيجب بسبب دخول المطلقة ثلاثاً، لأن الوطء لا يخلو عن عقر أو عقر.

فصل في الاستثناء

وإذا قال لامرأته: أنت طالق إن شاء الله متصلاً لم يقع الطلاق، ولو سكت ثبت حكم الكلام الأول، فيكون الاستثناء أو^{١٠٥٥} ذكر الشرط بعده رجوعاً عن الأول.^{١٠٥٦} وكذلك^{١٠٥٧} إذا ماتت قبل قوله: إن شاء الله، بخلاف ما إذا مات الزوج^{١٠٥٨} لأنه لم يتصل به الاستثناء.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدةً طلقتنتين. وإن قال: إلا ثنتين طلقت واحدةً. ولو قال: إلا ثلاثاً تقع الثلاث؛ لأنه استثنى الكل من الكل، فلم يصح الاستثناء.

ولو قال: عبده حرّ وامرأته طالق، وعليه المشي إلى بيت الله الحرام إن شاء^{١٠٥٩} يصرف إلى الكل بحكم العطف، ولو ترك فرجةً، قالوا: لا يلتحق به، ويصير كفاحل السكوت، ذكرها قبيل فصل "القضاء بالمواريث" من كتاب القضاء.

باب طلاق المريض

وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقاً بائناً/[٩٠ظ] فمات وهي في العدة ورثته. وإذا مات بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها، وقال الشافعي: لا ترث في الوجهين.

وإن طلقها ثلاثاً بأمرها، أو قال لها: اختاري فاخترت نفسها، أو اختلعت منه، ثم مات وهي في العدة لم ترثه.^{١٠٦٠}

وإن قالت: طلقني للرجعة، فطلقها ثلاثاً ورثته.

^{١٠٥٥} م: و.

^{١٠٥٦} والرجوع عن اليمين لا يصح، و في الطلاق معنى اليمين فيقع الطلاق.

^{١٠٥٧} أي لم يقع كما في المسألة الأولى.

^{١٠٥٨} قبل الاستثناء فيقع الطلاق.

^{١٠٥٩} يعني لو قال "عبدني حر و امرأتي طالق وعليّ المشي الى بيت الله الحرام إن شاء الله" يصرف هذا الاستثناء الى الكل لا الى الأخيرة فقط.

^{١٠٦٠} لأن الطلاق في الأحوال المذكورة باين، والمعتدة من طلاق بائن لا ترث الا عند مظنة الفرار.

وإن قال لها في مرضه: قد كنت طلقتك ثلاثاً في صحتي، وانقضت عدتك، فصدقته، ثم أقر لها بدين، أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث عند أبي حنيفة، وقالوا: يجوز وصيته وإقراره.

فإن طلقها ثلاثاً في مرضه بأمرها، ثم أقر لها بدين، أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعاً، إلا على قول زفر، فإن لها جميع ما أوصى وما أقر.

ومن كان محصوراً^{١٠٦١} أو في صف القتال فطلق امرأته ثلاثاً لم ترثه.

وإن كان بارز رجلاً أو قدّم ليقتل في قصاص أو رجم ورثت إن مات في ذلك الوجه أو قُتل.

وقوله: "إذا مات في ذلك الوجه أو قتل" دليل على أنه لا فرق بين ما إذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر، كصاحب الفراش^{١٠٦٢} بسبب المرض إذا قتل. وأصله أن امرأة الفار تترث استحساناً. وإنما يثبت حكم الفرار بتعلق حثها بماله. وإنما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالباً، كما إذا كان صاحب فراش، وهو أن يكون بحال لا يقوم بجوائجه كما يعتاده الأصحاء. وقد يثبت بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب، وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار. والمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة؛ لأن الحصن لدفع بأس العدو، وكذا المنعة، فلا يثبت به حكم الفرار. والذي بارز أو قدّم ليقتل الغالب منه الهلاك، فيتحقق به الفرار. ولهذه أخوات تخرج على هذا الحرف. أي: الأصل..

قال صاحب العناية: منها: راكب السفينة بمنزلة الصحيح، فإن تلاطمت الأمواج وخيف الغرق صار كالمريض في هذه الحالة. ومنها: المرأة الحامل، فإنها كالصحيحة، فإذا أخذها الطلق^{١٠٦٣} فهي كالمريضة. ومنها: المقعد والمفلوج ما دام يزداد ما به، فهو كالمريض، فإن صار بحيث لا يزداد كان بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره؛ لأنه مادام يزداد في علته فالغالب أن آخره الموت،/[٩١و] وإذا صار بحيث^{١٠٦٤} لا يزداد فلا يخاف منه ما^{١٠٦٥} لم يكن كذلك، انتهى.

^{١٠٦١} في الحصن.

^{١٠٦٢} وهو أن يكون بحال لا يقوم بجوائجه، كما سيبين بعد قليل.

^{١٠٦٣} أي الوجع عند بداية الإيلاد.

^{١٠٦٤} م: بحال.

وذكر في الكفاية: أنَّ المرضَ المعتبرَ: أن يكون بحالٍ يخشى عليه التلف؛ لأنَّه حينئذٍ يتعلَّق حقُّها بماله، فالإبانهُ في هذه الحالة إبطالُ حقها. وقيل: أن لا يقوم إلا بشدة. وقيل أن لا يقوم إلا أن يقيمه إنسانٌ. وقيل: أن لا يقدر أن يصلي قائماً. وقيل: أن لا يقدر على المشي إلا أن يتهدى بين اثنين. وقيل: أن لا يقدر على صبِّ ماءٍ من كوزٍ إلى كوزٍ. ومن يقوم بحوائجه في البيت كالمشي إلى الخلاء والتوضؤ بنفسه كالصحيح عند البلخين، وقال البخاريون: إذا عجز عن القيام بحوائجه خارج البيت فمريضٌ، انتهى.

قوله: "فمريض" أي: مرض الموت.

وإذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح: إذا جاء رأسُ الشهر، أو إذا دخلت الدار، أو إذا صلى فلانُ الظهرَ، أو إذا دخل فلانُ الدار فأنت طالق، فكانت هذه الأشياءُ والزوجُ مريضٌ لم ترث. وإن كان القولُ في المرضِ وَرِثَتْ، إلا في قوله: إذا دخلت الدار.

وهذا على وجوه: إما أن يعلق الطلاقُ بمجيء الوقت، أو بفعل الأجنبي، أو بفعل نفسه، أو بفعل المرأة. وكلَّ وجهٍ على وجهين: إما أن كان التعليقُ في الصحة والشرطُ في المرض، أو كلاهما في المرض. أما الوجهان الأولان. وهما: إذا كان التعليقُ بمجيء الوقت، بأن قال: إذا جاء رأسُ الشهر فأنت طالق، أو بفعل الأجنبي، بأن قال: إذا دخل فلان الدار، أو صلى فلان الظهرَ فإن كان التعليقُ والشرطُ في المرض فلها الميراث. وإن كان التعليقُ في الصحة والشرطُ في المرض لم ترث. وقال زفر: ترث. وأما الوجهُ الثالث وهو ما إذا علَّقه بفعل نفسه فسواء كان التعليقُ في الصحة والشرطُ في المرض أو كانا في المرض والفعلُ مما له منه بُدٌّ أو لا بُدٌّ له منه يصيرُ فارقاً. وأما الوجه الرابع وهو ما إذا علَّقه بفعلها فإن كان التعليقُ والشرطُ في المرض والفعلُ مما لها منه بُدٌّ ككلام زيد ونحوه لم ترث. وإن كان الفعلُ لا بُدَّ لها منه كأكل الطعام وصلاة الظهر وكلام الأبوين فلها الميراث. وأما إذا كان التعليقُ في الصحة إن كان الفعلُ مما لها منه بُدٌّ فلا إشكالَ أنَّه لاميراثُ لها. وإن كان مما لا بُدَّ لها منه [٩١ ظ] فكذلك الجوابُ عند مُجَدِّ، وهو قول زفر، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف: ترث.

وإذا طلقها ثلاثاً وهو مريضٌ ثم صحَّ ثم مات لم ترث، وقال زفر: ترث.

ولو طَلَّقَهَا فارتدت . والعياذ بالله تعالى . ثم أسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث. وإن لم ترتد بل طأوعت ابن زوجها في الجماع ورثت، بخلاف ما إذا طأوعت في حال قيام النكاح، يعني: لا ترث.

والفرقة بالإباء . سواء كانت من الزوج أو الزوجة فرقةً بطلاقٍ ويتوقف على القضاء، بخلاف الفرقة بارتداد أحد الزوجين عن الإسلام والعياذ بالله تعالى، فإنها فرقةٌ بغير طلاقٍ عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال مُجَدُّ: إن كانت الردة من الزوج فهي فرقةٌ بطلاقٍ، ولا يتوقف هذه الفرقة على القضاء، ذكرها في باب نكاح أهل الشرك.

ومن قذف امرأته وهو صحيحٌ، ولأَعَنَ في المرض ورثت منه، وقال مُجَدُّ: لا ترث. وإن كان القذف في المرض ورثت في قولهم جميعاً.

وإن آلى وهو صحيحٌ، ثم بانث بالإيلاء وهو مريضٌ لم ترث. وإن كان الإيلاء أيضاً في المرض ورثت.

والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه. وكلُّ ما ذكرنا أنها ترث إنما ترث إذا مات وهي في العدة.

وإذا قال لها: إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً فمرض حتى طلقت، ومات من ذلك المرض يصير فاراً، ذكرها في باب جنابة المملوك.

باب الرجعة

وإذا طلق الرجل امرأته تطليقةً رجعيةً أو تطليقتين فله أن يراجعها في عدتها، رضيت بذلك أو لم ترضى.

والرجعة أن يقول: راجعتك، أو راجعت امرأتِي، وهذا صريحٌ في الرجعة، ولا خلاف فيه بين الأئمة، أو يطأها، أو يقبلها، أو يلمسها، أو ينظر إلى فرجها بشهوةٍ، وهذا عندنا. وقال الشافعي: لا تصحُّ الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه.

ويستحبُّ أن يشهد على الرجعة شاهدين. وإن لم يشهد صحت الرجعة. وقال الشافعي في أحد قوليهِ: لا تصحُّ، وهو قولُ مالك.

وإذا انقضت العدة، فقال: كنت راجعتك في العدة، فصدَّقته فهي رجعةٌ، وإن كَذَّبته فالقول قولها، ولا يمينٌ عليها عند أبي حنيفة، وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة، وقد مر في كتاب النكاح.

وإذا قال / [٩٢و] الزوج: قد راجعتك، فقالت مجيبةً له: قد انقضت عدتي لم يصح الرجعة عند أبي حنيفة، وقالوا: تصح الرجعة.

ولو قال لها: طلقك، فقالت مجيبةً له: قد انقضت عدتي يقع الطلاق. وقال صاحب الهداية: وهذه المسألة على الخلاف الواقع في مسألة الرجعة. ثم قال: ولو كانت على الاتفاق بالطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء، والمراجعة لا تثبت به.

وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها: قد كنت راجعتها، وصدقه المولى، وكذبته الأمة فالقول قولها عند أبي حنيفة، وقالوا: القول قول المولى. ولو كان على القلب. أي: صدقته الأمة وكذبه المولى؛ فعندهما: القول قول المولى، وكذلك عنده في الصحيح. وإن قالت: قد انقضت عدتي، وقال الزوج والمولى: لم تنقض فالقول قولها.

وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل. وإن انقطع لأقل من عشرة أيام لم تنقطع حتى تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة كامل، بخلاف ما إذا كانت كتابية تحت مسلم، فإنه حينئذ يكتفى بالانقطاع. وتنقطع. أي: الرجعة. إذا تيممت وصلت عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهذا استحسان، وقال محمد: إذا تيممت انقطعت، وهذا قياس. ثم قيل: تنقطع بنفس الشروع عندهما، وقيل: بعد الفراغ. وإذا اغتسلت ونسيت شيئاً من بدنها لم يصبه الماء، فإن كان عضواً فما فوقه لم تنقطع الرجعة، وإن كان أقل من عضو انقطعت. قال: وهذا استحسان، والقياس في العضو الكامل: أن لا تبقى الرجعة، وفيما دون العضو أن تبقى. وعن أبي يوسف: إن ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل، وعنه. وهو قول محمد: هو بمنزلة مادون العضو.

ومن طلق امرأته وهي حامل، أو ولدت منه، وقال: لم أجامعها فله الرجعة. وتأويل مسألة الولاد: أن تلد قبل الطلاق؛ لأنها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولاد، فلا يتصور الرجعة. فإن خلا بها، وأغلق باباً، أو أرخى ستراً، وقال: لم أجامعها، ثم طلقها لم يملك الرجعة. فإن راجعها. معناه: بعدما خلا بها. وقال: لم أجامعها، ثم جاءت / [٩٢ظ] بولدٍ لأقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة.

ولو قال لها: إذا ولدت فأنت طالق، فولدت، ثم أتت بولدٍ آخر فهي رجعة. معناه: من بطنٍ آخر، وهو أن يكون بعد ستة أشهر وإن كان أكثر من سنتين إذا لم تُقرّ بانقضاء العدة.

وإن قال: كلّمَا ولدت ولدًا فأنت طالق، فولدت ثلاثة أولادٍ في بطون مختلفة فالولدُ الثاني رجعةً، وكذلك الثالث، وتقع الطلقةُ الثالثة بولادة الثالث، ووجبت العدةُ بالأقراء.

والمطلقةُ الرجعيةُ تشوّفُ وتترزّئُ، ويستحبُّ لزوجها أن لا يدخل عليها حتى يؤذنها أو يُسمِعَهَا خفقَ نعليه. معناه: إذا لم يكن من قصده المراجعة؛ لأنّها ربّما تكون متجرّدةً، فيقع بصره على موضعٍ يصير به راجعاً، ثم طلقها، فيطوّل العدةَ عليها.

وليس له أن يسافر بها حتى يشهد على رجعتها، وقال زفر: له ذلك.

وقوله: "حتى يُشهد على رجعتها" معناه: الاستحباب على ما قدمناه، يعني: في أوائل الباب، حيث قال: ويستحبُّ أن يشهد على الرجعة شاهدين.

والطلاقُ الرجعيُّ لا يحرم الوطء، وقال الشافعي: يحرمه. والرجعة لا يعمل فيها الإكراه، فلو أكرهه على الرجعة، فراجعها؛ صحَّ النكاح، ذكرها في كتاب الإكراه.

فصل فيما تحلّ به المطلقة

وإذا كان الطلاقُ بائناً دون الثلاث فله أن يتزوَّجها في العدة وبعد انقضائها. وإن كان الطلاقُ ثلاثاً في الحرة، أو اثنتين في الأمة لم تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً، ويدخل بها، ثم يطلقها أو يموت عنها. ولا خلاف لأحدٍ في اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيّب، وقوله غيرُ معتبرٍ، حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ. والشرط الإيلاجُ دون الإنزال. والصبيُّ المراهقُ في التحليل كالبالغ، ومالكٌ يخالفنا فيه. وفسره أي: المراهقُ في الجامع الصغير وقال: غلامٌ لم يبلغ. ومثله يجامع. جامع امرأته وجب عليها الغسل، وأحلّها للزوج الأول. ومعنى هذا الكلام: أن يتحرّك آله، ويشتهي. وإنما وجب الغسلُ عليها لالتقاء الختانين، وهو سببٌ لنزول مائها، والحاجة إلى الإيجاب في حقّها. أما لاغسل على الصبي وإن كان يؤمر به تحلُّقاً.^{١٠٦٦}

^{١٠٦٦} أي أما الأمر بالغسل للمراهق بعد الجماعه فللتخلّق والتعود لأنه غير مكلف. يعني عدم وجوب الغسل على المراهق لا يؤثر في التحليل.

ووطء المولى أمته لا يُحِلُّها، يعني: إذا طلق امرأته ثنتين وهي أمة الغير، فوطئها المولى بعد انقضاء / [٩٣و]

العدة لم يحل للزوج الأول، كذا في العناية.

وإذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه، فإن طلقها . أي: المتزوج بشرط التحليل . بعد ما وطئها حلت

لأول، وعن أبي يوسف: أنه يفسد النكاح،^{١٠٦٧} وعن محمد: أنه يصح النكاح،^{١٠٦٨} ولا يحل على الأول.^{١٠٦٩}

وإذا طلق الحرّة تطليقة أو تطليقتين، وانقضت عدتها، وتزوجت بزواج آخر، ثم عادت إلى الزوج الأول عادت

بثلاث تطليقات، ويهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين كما يهدم الثلاث، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال

محمد: لا يهدم ما دون الثلاث.^{١٠٧٠}

وإذا طلقها ثلاثاً، فقالت: قد انقضت عدتي وتزوجت، ودخل بي الزوج، وطلقني، وانقضت عدتي، والمدة

تحتل ذلك جاز للزوج أن يصدّقها إذا كان في غالب ظنه أنها صادقة. واختلفوا في أدنى هذه المدة، وسنبيّه في باب

العدة إن شاء الله تعالى.

باب الإيلاء

إذا قال الرجل لامرأته: والله لا أقربك، أو قال: لأقربك أربعة أشهر فهو مولى. فإن وطئها في الأربعة

الأشهر حنث في يمينه، ولزمه الكفارة، وسقط الإيلاء. فإن لم يقرها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقه. وقال

الشافعي: تبين بتفريق القاضي كما في الحب والعنة. والذي قلنا هو المأثور عن عثمان وعلي والعبادة الثلاثة وزيد بن

ثابت، وكفى بهم قدوة.

فإن كان حلف على أربعة أشهر فقد سقط اليمين. وإن كان حلف على الأبد فاليمين باقية، إلا أنه

لا يتكرر الطلاق قبل التزوج، فإن عاد فتزوجها عاد الإيلاء، فإن وطئها، وإلا وقعت بمضي أربعة أشهر أخرى. ويعتبر

^{١٠٦٧} لأنه في معنى الموقت.

^{١٠٦٨} لأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد.

^{١٠٦٩} قيد للروايتين الأخيرتين.

^{١٠٧٠} وهذه هي المسألة المسماة بمسألة الهدم.

ابتداءً هذا الإيلاء من وقت التزوج. فإن تزوّجها ثالثاً عاد الإيلاء، ووقعت بمضي أربعة أشهرٍ أخرى إن لم يقربها. فإن تزوّجها بعد زوجٍ آخرٍ لم يقع بذلك الإيلاء طلاقاً، وهي فرعُ مسألة التنجيز الخلاقيّة، وقد مر من قبل. قال في العناية: فإنه يبطل التعليق عندنا خلافاً لزفر، وقد مر من قبل. أي: في باب الأيمان في الطلاق :: واليمينُ باقيةٌ لإطلاقها وعدم الحنث، فإن وطئها كفرٌ عن يمينه. فإن حلف على أقلّ من أربعة أشهرٍ لم يكن مولياً.

ولو قال: والله لأقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين معطوفاً بواو / [٩٣ظ] الجمع فهو مولٍ. ولو مكث يوماً، ثم قال: والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن مولياً.

ولو قال: والله لأقربك سنةً إلا يوماً لم يكن مولياً خلافاً لزفر. ولو قربها في يومٍ والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار مولياً.

ولو قال وهو بالبصرة: والله لأدخل الكوفة وامراته بها لم يكن مولياً؛ إذ يمكنه قربان^{١٠٧١} من غير شيء يلزمه بالإخراج من الكوفة.

ولو حلف بحجٍّ أو صومٍ أو صدقةٍ أو عتقٍ أو طلاقٍ فهو مولٍ. وصورةُ الحلف بالعتق: أن يعلّق بقربانها عتق عبده، وفيه خلافٌ أبي يوسف. والحلف بالطلاق: أن يعلّق بقربانها طلاقها أو طلاق صاحبها،^{١٠٧٢} وكلّ ذلك بائن^{١٠٧٣}.

وإن آلى من المطلقة الرجعيّة كان مولياً، وإن آلى من المبانة لم يكن مولياً.

ولو قال لأجنبيّة: والله لأقربك، أو أنت عليّ كظهر أمي، ثم تزوّجها لم يكن مولياً ولا مظاهراً، وإن قربها كفر.

ولو قال لنسائه: والله لأقربكنّ، فإنه إذا لم يقربهنّ حتى مضت ستة أشهر طلقن جميعاً، وإن قرب الكلّ قبل مضيّ المدّة يجب عليه كفارةٌ واحدة، أشار إليه في باب الظهار.

^{١٠٧١} ل س: القربان.

^{١٠٧٢} أي ضربها.

^{١٠٧٣} أي في كل هذه الصور لو لم يقرب أربعة أشهر يقع بائن، وإن قرب يكون لجاحا وهو مخير بين كفارة اليمين وتنفيذ قوله.

ومدة إيلاء الأمة شهران.

وإن كان المولى مريضاً لا يقدر على الجماع، أو كانت مريضة، أو رتقاء، أو صغيرة لا تجتمع، أو كانت بينهما مسافة لا يقدر أن يصل إليها في مدة الإيلاء ففيه أن يقول بلسانه: فئتُ إليها. وإذا قال ذلك سقط الإيلاء. وقال الشافعي: لا فيء إلا بالجماع، وإليه ذهب الطحاوي. ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء، وصار فيئه بالجماع.

وإذا قال لامرأته: أنت علي حرام سئل عن نيته. فإن قال: أردت الكذب فهو كما قال، وقيل: لا يصدق في القضاء. وإن قال: أردت الطلاق فهو تطليقة بائنة إلا أن ينوي الثلاث، وقد ذكرناه في الكنايات. وإن قال: أردت الظهار فهو ظهار. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: ليس بظهار. وإن قال: أردت التحريم أو لم أرد شيئاً فهو يمين يصير به مولياً. ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم إلى الطلاق من غير نية بحكم العرف. ويصح الإيلاء والفيء فيه مع الهزل، ولا يعمل فيهما الإكراه،^{١٠٧٤} ذكرها [٩٤و] في الإكراه.

وإذا قال لامرأته: إن دخلت الدار فوالله لأقربك يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول، ذكرها في باب جنابة المملوك من الجنابات.

ولا يشترط الإشهاد في الفيء، ذكرها في باب الرجعة.

باب الخلع

والخلع في جانب الزوجة بمنزلة البيع، حتى يصح رجوعها، ولا يتوقف على ما وراء المجلس. وأما في جانب الزوج فيمين، حتى لا يصح رجوعه، ويتوقف على ما وراء المجلس، وسنذكره في أثناء هذا الباب في خلال الدليل، وإنما ذكرناها هنا لتسهيل الأمر.

فإذا تشاق الزوجان، وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه بمالٍ يخلعها به، فإذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة، ولزمها المال، إلا أن ذكر المال أغنى عن النية هنا، وهذا من قبيل الكنايات، والواقع بالكنايات بائن.

^{١٠٧٤} يعني إيلاء الهازل وفيه صحيح نافذ بخلاف المكروه.

ولو اختلعت امرأة، ثم أقامت بينةً على أنه طلقها ثلاثاً قبل الخلع فإنها تُسمع وإن تناقضت، ذكرها في باب الاستحقاق من البيوع.

وإن كان النشور من قبله يكره له أن يأخذ منها عوضاً، وإن كان النشور منها كرهنا له أن يأخذ أكثر مما أعطاه. وفي رواية الجامع الصغير: طاب الفضل أيضاً. ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء، وكذلك إذا أخذ والنشور منه.

وإن طلقها على مالٍ فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال، وكان الطلاق بائناً. فإن بطل العوض في الخلع، مثل أن يخالع المسلمة على خمرٍ أو خنزيرٍ أو ميتةٍ فلا شيء للزوج، والفرقة بائنة. وإن بطل العوض في الطلاق كان رجعيًا،^{١٠٧٥} بخلاف ما إذا خالع على خلٍ بعينه فظهر خمرًا. قال في العناية: فإنه يلزم عليها ردُّ المهر الذي أخذته عند أبي حنيفة، وعندهما: ردُّ مثل ذلك من خلٍ وسطٍ، وهذا والصدائق سواء؛ لأنَّها سمت مالاً، وغرته بذلك، فكانت ضامنة؛ لأنَّ التَّغْيِيرَ في ضمن العقد يوجب الضمان، انتهى.

ولو خالع على لؤلؤةٍ أو ياقوتةٍ لاتصح التسمية، ويصحُّ ذلك على عبدٍ، ذكرها في القسمة. وما جاز أن يكون مهرًا جاز أن يكون بدلاً في الخلع.

فإن قالت له: / [٩٤ ظ] خالِني على ما في يدي، فخالعها، فلم يكن في يدها شيءٌ فلا شيءٌ له عليها.

وإن قالت: خالِني على ما في يدي من مالٍ، فخالعها، فلم يكن في يدها شيءٌ ردَّت عليه مهرها.

ولو قالت: خالِني على ما في يدي من دراهم أو من الدِّراهم، ففعل، فلم يكن في يدها شيءٌ فعليها ثلاثة دراهم.

فإن اختلعت على عبدٍ لها آبقٍ على أنَّها بريئة من ضمانه لم تبرأ، وعليه تسليم عينه إن قدرت، وتسليم قيمته إن عجزت، فيبطل الشرط، ولا يبطل الخلع لأنَّه لا يبطل بالشروط الفاسدة.

وإذا قالت: طلقني ثلاثاً بألفٍ . بحرف الباء . فطلقها واحدةً فعليها ثلث الألف، والطلاق بائنٌ لو جوب المال. وإن قالت: طلقني ثلاثاً على ألفٍ . بكلمة على . فطلقها واحدةً فلا شيءٌ عليها عند أبي حنيفة، وبملك الرجعة،

^{١٠٧٥} هذا من أحد الفروق بين الخلع وبين الطلاق على مال.

وقالا: هي واحدةٌ بئنةٌ بثلاث الألف. والفرق بين الباء وعلى مذكورٌ في الهداية مفصلاً،^{١٠٧٦} ولكن لم نتعرض له؛ لكونه خارجاً عن مقصدنا.

ولو قال الزوج: طَلَّقِي نفسك ثلاثاً بألفٍ، أو على ألفٍ، فطلقت نفسها واحدةً لم يقع شيءٌ.
ولو قال: أنت طالقٌ على ألفٍ، فقبلت طلقت، وعليها الألفُ، وهو كقوله: أنت طالقٌ بألفٍ، ولا بُدَّ من
القبول في الوجهين، والطلاقُ بائنٌ.

ويعتبر خلْعُ المريضة من الثلاث.

وإذا خالع المريضُ امرأته على ألف سنة^{١٠٧٧} جاز، ولو طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثاً على ألف كان جميع
الألف بمقابل الواحدة الباقية، ذكرهما في كتاب المكاتب في فصل "وإذا ولدت المكاتبَةُ من المولى."
ولو قال لامرأته: أنت طالقٌ وعليك ألفٌ، فقبلت، أو قال لعبده: أنت حرٌّ وعليك ألفٌ فقبل عتق العبدُ،
وطلقت المرأة، ولا شيء عليهما عند أبي حنيفة. وكذا إذا لم يقبل. وقالوا: على كلٍّ واحدٍ منهما الألفُ إذا قبل، وإذا لم
يقبل لا يقع الطلاقُ والعتاقُ.

ولو قال: أنت طالقٌ على ألف درهمٍ على أيٍّ بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام، فقبلت فالخيارُ باطلٌ
إذا كان للزوج، وهو جائزٌ إذا كان للمرأة. وإن ردت الخيارَ في الثلاث بطل، وإن لم تردَّ طلقت، ولزمها الألفُ، وهذا
عند أبي حنيفة. وقالوا: الخيارُ/[٩٥و] باطلٌ في الوجهين، والطلاقُ واقعٌ، وعليها ألف درهمٍ.

ومن قال: طَلَّقْتُكِ أمسٍ على ألف درهمٍ فلم تقبلي، فقالت: قبلتُ فالقولُ قولُ الزوج. ومن قال لغيره: بعثْ
منك هذا العبدَ بألف درهمٍ أمسٍ فلم تقبلِ فقال: قبلتُ فالقولُ قولُ المشتري. والمبارأة كالخلع، كلاهما يسقطان كلَّ
حقٍّ لكلٍّ واحدٍ من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة، وقال مُجَدُّ: لا يسقط فيهما إلا ما سَمَّياه.
وأبو يوسف معه في الخلع، ومع أبي حنيفة في المبارأة.^{١٠٧٨}

^{١٠٧٦} فعندهما كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات، وعنده هي للشرط والباء للعوض.

^{١٠٧٧} هكذا جميع النسخ، والظاهر: إلى سنة، كذا في الهداية، أي على ألف بشرط تأجيله إلى سنة.

^{١٠٧٨} أي عند أبي يوسف الخلع لا يسقط الحقوق، والمباراة تسقط.

ومن خلع ابنته وهي صغيرةً بما لها لم يجوز عليها، بخلاف النكاح، يعني: إذا نكح الأب ابنه الصغيرَ بمال الصغير بمهر المثل حيث يجوز. وإذا لم يجوز الخلع لا يسقط المهر، ولا يستحق مالها. ثم يقع الطلاق في رواية، ولا يقع في رواية، والأول أصح.

وإن خلعها على ألفٍ على أنه. أي: الأب. ضامنٌ فالخلع واقعٌ والألف عليه.

واشترائط بدل الخلع على الأجنبي صحيح، كما إذا قال لغيره: طلق امرأتك على ألف درهمٍ عليّ، ففعل، حيث يجب على الأمر الألف، ذكرها في باب "العتق على جعل". فعلى الأب أولى، ولا يسقط مهرها.

وإن شرط الزوج الألف عليها توقّف على قبولها إن كانت من أهل القبول، يعني: بأن كانت تعقل العقد، وتعبّر عن نفسها، كذا في الكفاية. فإن قبلت وقع الطلاق ولا يجب المال. فإن قبله الأب عنها ففيه روايتان. وكذا إذا خالعها على مهرها ولم يضمن الأب المهر توقّف على قبولها. فإن قبلت طلقت، ولا يسقط المهر. وإن قبل الأب عنها فعلى الروايتين.^{١٠٧٩}

وإن ضمن الأب المهر وهو ألف درهمٍ، طلقت، فيلزمه خمسمائة استحساناً. وفي القياس يلزمه الألف. وأصله في الكبيرة إذا اختلعت^{١٠٨٠} قبل الدخول على ألف ومهرها ألف، ففي القياس عليها خمسمائة زائدة، وفي الاستحسان لا شيء عليها.

والفضولي بالخلع من جانب المرأة إذا ضمن المال وكان متبرعاً على المدعى عليه لا يرجع عليه بشيء، ذكرها في باب / [٩٥ ظ] التبرع بالصلح من كتاب الصلح.

وإن خالع امرأته على هذا العبد أو على هذا العبد، فإذا أحدهما أوكس والآخر أرفع يتعيّن الأوكس، ذكرها في باب المهر.

والخلع من جانب الزوج يمينٌ أو طلاقٌ كما مر في أول الباب، فلا يعمل فيه الإكراه، فلو كان مكرهاً على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام، ذكرها في كتاب الإكراه.

^{١٠٧٩} أي يصح في رواية وفي أخرى لا.

^{١٠٨٠} ل: اختلفت.

باب الظَّهَار

إذا قال الرجل لامرأته: أنت عليّ كظهر أمي فقد حرمت عليه، لا يحل له وطؤها، ولا مسّها، ولا تقبيلها حتى يكفّر عن ظهاره. فإن وطئها قبل أن يكفّر استغفر الله تعالى، ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى، ولا يعاود حتى يكفّر.

وهذا اللفظ لا يكون إلا ظهاراً. ولو نوى به الطلاق لا يصحّ.

وإذا قال: أنت عليّ كبطن أمي، أو كفخذها، أو كفرجها فهو مظاهرٌ. وكذا إذا شبّهها بمن لا يحلّ النظر إليها على التأييد من محارمه، مثل أخته أو عمته أو أُمّه من الرضاعة. وكذلك إن قال: رأسك عليّ كظهر أمي، أو فرجك، أو وجهك، أو رقبتك، أو نصفك، أو ثلثك.

ولو قال: أنت عليّ مثل أمي وكأمي يرجع إلى نيّته لينكشف حكمه، فإن قال: أردت الكرامة فهو كما قال، وإن قال: أردت الظهار فظهارٌ، وإن قال: أردت الطلاق فهو طلاقٌ بائنٌ، وإن لم يكن له نيّةٌ فليس بشيءٍ عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال مُجَدّ: يكون ظهاراً. وإن عني به التحريم لاغير فعند أبي يوسف: هو إيلاءٌ، وعند مُجَدّ: ظهارٌ.

ولو قال: أنت عليّ حرامٌ كأمي، ونوى به ظهاراً أو طلاقاً فهو على ما نوى. وإن لم يكن له نيّةٌ فعلى قول أبي يوسف إيلاءٌ، وعلى قول مُجَدّ ظهارٌ.

ولو قال: أنت عليّ حرامٌ كظهر أمي، ونوى طلاقاً أو إيلاءً لم يكن إلا ظهاراً عند أبي حنيفة، وقالوا: هو على ما نوى، غير أنّ عند مُجَدّ إذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً، وعند أبي يوسف يكونان جميعاً، يعني: يقع الطلاق بنيّته.

ويكون مظاهراً بالتّصريح بالظهار، ولا يصدّق في صرف الكلام عن ظاهره قضاءً، كذا في العناية.

ولا يكون الظَّهَارُ^{١٠٨١} إلا من الزوجة، حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهراً. ولو كانت الأمة منكوحته يتحقَّق الظَّهَارُ في حقِّها بانتظام^{١٠٨٢} / [٩٦و] اسم النساء المذكور في آية الظهار لها، أشار إليها في فصل بيان المحرمات في أول كتاب النكاح.

فإن تزوج امرأةً بغير أمرها، ثم ظاهر منها، ثم أجازت النكاح فالظَّهَارُ باطلٌ.
ومن قال لنسائه: أنتنَّ عليّ كظهر أمي كان مظاهراً منهنَّ جميعاً، وعليه لكلِّ واحدةٍ كفارةٌ.
ومن قال لأجنبية: أنت عليّ كظهر أمي، ثم تزوجها لم يكن مظاهراً، ذكرها في باب الإيلاء.

فصل في الكفارة

وكفارة الظهار: عتق رقبة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً، وكلُّ ذلك قبل المسيس.

ويجزئ في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة، والذكر والأنثى، والصغير والكبير. والشافعي يخالفنا في الكافرة. ولا يجزئ العمياء، ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين، وتجاوز العوراء ومقطوعة إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلافٍ، بخلاف ما إذا كانت مقطوعتين من جانبٍ واحدٍ حيث لا يجوز.

ويجوز الأصمُّ، والقياس أن لا يجوز، وهو رواية النوادر، إلا أنا استحسنا الجواز لبقاء أصل المنفعة، فإنه إذا صبح عليه يسمع، حتى لو كان بحالٍ لا يسمع أصلاً بأن ولد أصم. وهو الأخرس. لا يجزئه.

ولا يجوز مقطوعٌ إبهامي اليدين. ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل. والذي يجنُّ ويفيق يجزئه.

ولا يجوز عتق المدبر وأم الولد، وكذا المكاتب الذي أدى بعض المال. وعن أبي حنيفة: أنه يجزئه. فإن أعتق مكاتباً لم يؤد شيئاً جاز، خلافاً للشافعي.

ولو اشترى أباه أو ابنه ينوي بالشرى الكفارة جاز عندنا، وقال الشافعي: لا يجوز.

^{١٠٨١} ل — ولا يصدق ... الظهار.

^{١٠٨٢} م — بانتظام.

فإن أعتق نصفَ عبدٍ مشتركٍ وهو موسرٌ، وضمن قيمةً باقية لم يجز عند أبي حنيفة، ويجوز عندهما، بخلاف ما إذا كان المعتق معسراً، فإنه لا يجوز بالاتفاق.

وإن أعتق نصفَ عبده عن كفارةٍ، ثم أعتق باقية عنها جاز. فإن أعتق نصفَ عبده عن كفارته، ثم جامع التي ظاهر منها، ثم أعتق باقية لم يجز عند أبي حنيفة، وعندهما: يجوز.

وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيها شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق. / [٩٦ ظ]

فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلاً عامداً أو نهاراً ناسياً استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يستأنف.

وإن أفطر يوماً منها بعذرٍ أو بغير عذرٍ استأنف.

وإن ظاهر العبد لم يجزه في الكفاية إلا الصوم، وإن أعتق المولى أو أطعم عنه لم يجزه.

وإذا لم يستطع المظاهر الصيام أطعم ستين مسكيناً، ويطعم كل مسكين نصف صاعٍ من برٍّ أو صاعاً من تمرٍ أو شعيرٍ أو قيمة ذلك.

وقوله: "أو قيمة ذلك" مذهبننا، وقد ذكرناه في الزكاة.

فإن أعطى من برٍّ أو منوين من تمرٍ أو شعيرٍ لمسكينٍ واحدٍ جاز لحصول المقصود؛ إذ الجنس متحد.

وإن أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره، ففعل أجزاءه من غير تفرقة بين ما إذا كان الطلب بعوضٍ أو بغيره،

ذكر هذا القيد في باب نكاح العبد والأمة.

فإن غداهم وعشاها جاز، قليلاً أكلوا أو كثيراً. وقال الشافعي: لا يجزئه إلا التملك.

لو كان فيمن عشاها صبي فطيم لا يجزئه.

ولا يئد من الإدام في خبز الشعير، وفي خبز الحنطة لا يشترط الإدام.

وإن أعطى مسكيناً واحداً ستين يوماً أجزاءه، فإن أعطاه في يوم واحدٍ - يعني: طعام ستين - دفعةً لم يجزه إلا

عن يومه.

وأما التَّمْلِيك من مسكينٍ واحدٍ في يومٍ واحدٍ بدفعاتٍ فقد قيل: لا يجزئه، وقد قيل: يجزئه.

وإن قَرِبَ التي ظاهر منها في خلال الإطعام لم يستأنف.

وإذا أطلع عن ظهارين ستين مسكيناً كل مسكين صاعاً لم يجزه إلا عن واحدٍ منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف، كما إذا نوى أصل الكفارة، فإنه يقع عن أحدهما بالاتفاق، وقال مُجَدُّ: يجزئه عنهما.

وإن أطلع ذلك عن إفطارٍ وظهارٍ أجزأه عنهما.

ومن وجبت عليه كفارتا ظهار، فأعتق رقتين لاينوي عن إحداها بعينها جاز عنهما. وكذلك إذا صام أربعة أشهر، أو أطلع مائة وعشرين مسكيناً جاز.

وإن أعتق عنهما رقبةً واحدةً، أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيّهما شاء.

وإن أعتق عن ظهارٍ وقتلٍ لم يجز عن واحدٍ منهما. وقال زفر: لا يجزئه عن أحدهما في الفصلين. / [٩٧و]

وقال الشافعي: له أن يجعله عن أحدهما في الفصلين.

والظهار لا يعمل فيه الإكراه لعدم احتماله الفسخ، ذكرها في فصل "وإن أكره على أن يأكل الميتة" من كتاب بالإكراه.

باب اللّعان

إذا قذف الرجلُ امرأته بالزنا وهما من أهل الشّهادة، والمرأة ممن يحدُّ قاذفها، أو نفى نسب ولدها، وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان. فإن امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكدِّب نفسه.

ولو لاعن وجب عليها اللعان، ويبتدأ بالزوج الذي هو المدّعي. فإن امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تصدِّقه.

وإذا كان الزوج عبداً أو كافراً، بأن أسلمت امرأته، فقذفها قبل عرض الإسلام عليه، أو محدوداً في قذف، فقذف امرأته فعليه الحد.

وإن كان هو من أهل الشّهادة، وهي أمة، أو كافراً، أو محدوداً في قذف، أو كانت ممن لا يحدُّ قاذفها، بأن كانت صبيةً، أو مجنونةً، أو زانيةً فلا حدَّ عليه ولا لعان، كما إذا صدّفته، فإنه يسقط الحدُّ حينئذٍ.

ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد.

وصفة اللعان: أن يبتدأ القاضي بالزوج، فيشهد أربع مرات، يقول في كل مرة: أشهد بالله أنني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، ويقول في الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا، يشير إليها في جميع ذلك. ثم تشهد المرأة أربع مرات، تقول في كل مرة: أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، وتقول في الخامسة: غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا. وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يأتي بلفظ المواجهة، يقول: فيما رميتك به من الزنا.

وإذا التعنا لاتقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما، وقال زفر: تقع بتلاعنهما. وتكون الفرقة تطليقةً بآئنة عند أبي حنيفة ومحمد، وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما، وقال أبو يوسف: هو تحریم مؤبد. ولو كان القذف بولد نفي القاضي نسبه، وألحقه بأمه. فإذا أكذب الملاعن نفسه ينسب إليه. أي: إلى الملاعن، ذكرها في أول كتاب الولاء.

وصورة/[٩٧ظ] اللعان في ذلك. أي: في نفي الولد: أن يأمر الحاكم الرجل، فيقول: أشهد بالله أنني لمن الصادقين فيما رميتك من نفي الولد، وكذا في جانب المرأة.

واللعان لا يستلزم وجود الولد، فإنه يصح بدونه، بأن قذف منكوحته بالزنا؛ لأن اللعان يجب بالقذف، والقذف لا يستلزم وجود الولد، ذكرها في باب دعوى النسب. ولو قذفها بالزنا ونفى الولد ذكر في اللعان الأمرين.

ثم ينفي القاضي نسب الولد، ويلحقه بأمه. وعن أبي يوسف: أن القاضي يفرق، ويقول: قد ألزمت أمه، وأخرجته من نسب الأب. ولا يثبت نسب ولد الملاعنة من غير الملاعن بناءً على أن له أن يكذب نفسه، ذكرها في باب دعوى النسب.

فإن عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي، وحل له أن تتزوجها، وهذا عندهما. وكذلك إن قذف غيرها فحد، وكذا إذا زنى فحدث.

وإذا قذف امرأته وهي صغير أو مجنونة فلا لعان بينهما.

وقد فُ الأخرس لا يتعلّق به اللعانُ خلافاً للشافعي.

وإذا قال الزوج: ليس حملك مّي فلا لعان، وهذا قول أبي حنيفة وزفر، وقال أبو يوسف ومُحَمَّد: اللعانُ يجب
بنفي الحمل إذا جاءت به بأقلّ من ستة أشهر.

وإن قال لها: زنيّت وهذا الحملُ من الزنا تلاعنا، ولم ينفِ القاضي الحمل، وقال الشافعي: ينفيه.

وإذا نفى الرجلُ ولدَ امرأته عقيب الولادة، أو في الحالة التي تُقبل^{١٠٨٣} التهنئة فيها، وتُباع آلهُ الولادة صحّ
نفيه، ولاعَنَ به. وإن نفاه بعد ذلك لاعن، ويثبت النسبُ، وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومُحَمَّد: يصحُّ منه
نفيه في مدة النفاس.

ولو كان غائباً، ولم يعلم بالولادة، ثم قدم تعتبر المدّة التي ذكرناها على الأصلين. قال صاحب العناية:
فيجعل كأنّها ولدته الآن، فله النفي عند أبي حنيفة في مقدار ما يقبل فيه التهنئة، وعندهما: ومقدار مدة النفاس بعد
القدوم، انتهى.

وإذا ولدت ولدين في بطنٍ واحدٍ، فنفي الأول، واعترف بالثاني ثبت نسبهما؛ لأنّهما توأمان خلقا من ماءٍ
واحدٍ، وحدّ الزوج. وإن اعترف بالأول ونفى الثاني يثبت نسبهما،/[٩٨و] ولاعَنَ، كما لو قال: إنّها عفيفة، ثم قال:
هي زانية، وفي ذلك التلاعن.

باب العَيْنِ وَغَيْرِهِ

وإذا كان الزوج عَيْنًا^{١٠٨٤} أَجَلُهُ الْحَاكِمُ سَنَةً، فَإِنْ وَصَلَ إِلَيْهَا، وَإِلَّا فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا إِذَا طَلَبَتِ الْمَرْأَةُ ذَلِكَ، كَذَا
روي عن عمر وعليّ وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم. وإذا امتنع ناب القاضي منابه، ففَرَّقَ بَيْنَهُمَا. ولا بُدَّ من طلبها
لأنّ التفريق حقّها.

وتلك الفرقة تطليقةً بائنة، وقال الشافعي: هو فسخٌ، لكنّ النكاح لا يقبل الفسخ عندنا، ولها كمالُ مهرها
إن كان قد خلا بها.

^{١٠٨٣} ل — تقبل.

^{١٠٨٤} أي غير مقتدر على الجماع بسبب مرض أو كبر سنّ أو تأخير أو غيرها.

وخلوة العنين صحيحة، ويجب العدة. هذا^{١٠٨٥} إذا أقر الزوج أنه لم يصل إليها. ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول إليها، فإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه. ثم إن حلف بطل حقه، وإن نكل يؤجل سنة. وإن كانت بكرًا نظر إليها النساء، فإن قلن: هي بكرٌ أجل سنة لظهور كذبه، وإن قلن: هي ثيبٌ يحلف الزوج، فإن حلف لاحق لها، وإن نكل يؤجل سنة.

وإن كان محبوباً فرق بينهما في الحال إن طلبت.

والخصي يؤجل كما يؤجل العنين، فإذا أجل العنين سنة وقال: قد جامعته وأنكرت نظرت إليها النساء، فإن قلن: هي بكرٌ خيرت. وإن قلن: هي ثيبٌ حلف الزوج، فإن نكل خيرت، وإن حلف لاخير. وإن كانت ثيباً في الأصل فالقول قوله مع يمينه.

فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار. ولو قال العنين لامرأته: اختاري ترك الفسخ بألف، فاختارت سقط الخيار، ولا يثبت العوض، ذكرها في أواخر كتاب الشفعة. وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح، وتحتسب بأيام الحيض وبشهر رمضان، ولا يحتسب بمرضه ومرضاها.

قوله: "هو الصحيح" وهو ظاهر الرواية، وهي ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوماً. وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يعتبر السنة الشمسية، وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً وجزء من مائة وعشرين جزءاً من اليوم، كذا في العناية. وإذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج، وقال الشافعي: ترد بالعبوب الخمسة، وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن.

وإذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام [٩٨ظ] فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لها الخيار. والمرأة تملك المطالبة بالوطء، كما يملك الزوج المطالبة بالتمكين، ذكرها في باب إيقاع الطلاق.

^{١٠٨٥} أي تأجيل العنين سنة والتفريق بعد سنة، البناءة.

باب العدة

وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً أو رجعيّاً أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاقٍ وهي حرةٌ من تحيض فعدّها ثلاثة أفرأء. والأقراء: الحيض عندنا، وعند الشافعيّ: الإطهار. واللفظُ حقيقةٌ فيهما؛ إذ هو من الأضداد. كذا قال ابن السكيت. ولا ينتظمهما جملةٌ للاشتراك، والحملُ على الحيض أولى، ووجهه مذكورٌ في الهداية على التفصيل.

وإن كانت لا تحيض من صغرٍ أو كبرٍ فعدّها ثلاثة أشهرٍ. وكذا التي بلغت بالسنّ ولم تحض. وإن كانت حاملاً فعدّها أن تضع حملها ولو ولدت ولداً ميتاً، ذكرها في باب "اليمين في الطلاق". وكذا السقط الذي استبان بعض خلقه. كالإصبع مثلاً. تنقضي به العدة، ذكرها في فصل "النفاس" في الطهارات.

وإن كانت أمةً فعدّها حيضتان. وإن كانت لا تحيض فعدّها شهرٌ ونصفٌ.

وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشرون، وعدة الأمة شهران وخمسة أيام. وإن كانت حاملاً فعدّها أن تضع حملها.

المراة الممتدّ طهرها لم يذكر صاحب الهداية عدّها، لكن قال في أول كتاب الطلاق بطريق التّنظير: فصار كالممتدّ طهرها من غير بيان عدّها، وقد ذكرها^{١٠٨٦} صدرُ الشريعة وصاحب الدرر والغرر في باب الحيض عندما قالوا: وأقلُّ الطهر خمسة عشر يوماً، ولا حدّ لأكثره. فقال صدرُ الشريعة: ولا حدّ لأكثره إلا لنصب العادة، فإنّ أكثر الطهر مقدّرٌ في حقه، واختلفوا في تقدير مدّته، والأصحّ: أنّه مقدّرٌ بستة أشهرٍ إلا ساعة؛ لأنّ العادة نقصانُ طهر غير الحامل عن طهر الحامل، وأقلُّ مدة الحمل ستة أشهرٍ، فانتقصَ عن هذا بشيءٍ، وهو الساعة. وصورته: مبتدأةٌ رأت عشرة أيام دماً، وستة أشهرٍ طهرًا، ثم استمرّ الدّم تنقضي عدّها بتسعة عشر شهراً إلا ثلاث ساعاتٍ؛ لأنها تحتاج إلى ثلاث حيضٍ كل حيضٍ عشرة، وإلى ثلاثة أطهارٍ كل طهرٍ ستة أشهرٍ إلا ساعة، انتهى. / [٩٩و] وقال صاحب العناية بعدما ذكر في هذه المسألة أقوالاً كثيرة: قيل: والفتوى على قول الحاكم الشهيد؛ لأنه أيسرُ على المفتي والنساء،

^{١٠٨٦} ل م ن س + صاحب. وهذا مقحم ظاهر الخطأ.

والذي قاله الحاكمُ حسبما ذكر في **العناية**: أن طهرها شهران، وهو رواية ابن سماعة عن مُجَدٍّ؛ لأنَّ العادة مأخوذةٌ من المعاودة، والحَيْضُ والطَّهْرُ مما يتكرر في الشهرين عادةً؛ إذ الغالب أنَّ النساءَ يحضن في كل شهرٍ مرَّةً، فإذا طهرت شهرين؛ فقد طهرت في أيام عادتِها، والعادةُ تنتقل بمرتين، فصار ذلك الطَّهْرُ عادةً لها، فوجب التقديرُ به، انتهى. ثم اعترض صاحبُ **العناية** عن عدم إيراد صاحب **الهداية** هذه المسألة، وقال: ولما كان الأقوالُ فيه كثيرةً أعرض المصنفُ عنها، وقال: ويعرف ذلك في كتاب الحيض، انتهى.

وإذا ورثت المطلقةُ في المرض ^{١٠٨٧} فعَدَّتْها أبعَدُ الأجلين، ^{١٠٨٨} وهذا عند أبي حنيفة ومُجَدٍّ. وقال أبو يوسف: ثلاثة حيضٍ، ومعناه: إذا كان الطلاقُ بائناً أو ثلاثاً. أما إذا كان رجعيًّا فعليها عدَّةُ الوفاة بالإجماع. ولو قتل على رَدِّته حتى ورثته امرأته ^{١٠٨٩} فعَدَّتْها على هذا الاختلاف. وقيل: عدَّتْها بالحيض بالإجماع. فإن أعتقت الأمة في عدَّتْها من طلاقٍ رجعيٍّ انتقلت عدَّتْها إلى عدة الحرائر. وإن أعتقت وهي مبتوتة، أو متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدَّتْها.

وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور، ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدَّتْها، وعليها أن تستأنف العدة بالحيض. ومعناه: إذا رأت على العادة؛ لأن عودَها يبطل الإياس، هو الصحيح. وهذا احترازٌ عن قول مُجَدٍّ بن مقاتل الرازي، فإنه يقول: هذا إذا لم يحكم بإياسها، فأما إذا انقطع عنها الدم زماناً حتى حكم بإياسها وكانت ابنة تسعين سنةً ونحو ذلك فرأت الدم بعد ذلك لم يكن حيضاً، كذا في **النهاية**. ولو حاضت حيضتين ثم بُسِتَ تعتدُّ بالشهور. والمنكوحَةُ نكاحاً فاسداً، والموطوءة بشبهةٍ عدَّتْها الحيضُ في الفرقة والموت.

وإذا مات مولى أمِّ الولد عنها أو أعتقها فعَدَّتْها ثلاث حيضٍ، وقال الشافعي: حيضةً واحدةً، وإن كانت من لا تحيض فعَدَّتْها ثلاثة أشهر كما في النكاح.

^{١٠٨٧} أراد به امرأة الفاجر.

^{١٠٨٨} أي أجل الطلاق وهو بالحيض وأجل الوفاة وهو بالشهور.

^{١٠٨٩} المرتد إذا قتل على رَدِّته يرثه ورثته المسلمون تركته التي اكتسبها قبل رَدِّته، وزوجته من ورثته. يوسف جيفر، **الفرائض**، ٤٠.

وإذا مات الصغير عن امرأته وبها حبلٌ فعَدَّتْها أن تضع حملها، وهذا عند أبي حنيفة / [٩٩ظ] ومُجَّد. وقال أبو يوسف: عَدَّتْها أربعة أشهر وعشرٌ، وهو قول الشافعي، كما إذا حدث الحبلُ بعد الموت فإنَّ العدة فيه أربعة أشهر وعشرٌ بالاتفاق. ولا يثبت نسبُ الولد في الوجهين، يعني: في وجهي مسألة الصغير، وهما وجهُ القائم عند الموت ووجهُ الحادث بعده.

وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحیضة التي وقع فيها الطلاق.

وإذا وُطئت المعتدة بشبهة فعلية عدَّة أخرى، وتداخلت العدتان، ويكون ما تراه من الحيض محتسباً منهما جميعاً. وإذا انقضت العدَّة الأولى، ولم تكمل الثانية فعلية تمام العدة، وهذا عند أبي حنيفة، وقال الشافعي: لا تتداخلان.

والمعتدة عن وفاة إذا وُطئت بشبهة تعتد بالشهور، وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقاً للتدخل بقدر الإمكان.

منكوحه الغير إذا وُطئت بشبهة تجب عليها العدة، ولا يطل نكاحها، ولكن للزوج أن لا يطأها حتى تنقضي عدتها، ذكرها في باب نكاح أهل الشرك.

وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق، وفي الوفاة عقيب الوفاة. فإن لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها. ومشايخنا يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار نفيًا لتهمة المواضعة. والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق أو عزم الواطئ على ترك وطئها. وقال زفر: آخر الوطئات. وإذا قالت المعتدة: انقضت عدتي، وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين.

وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهرٌ كاملٌ، وعليها عدَّة مستقلة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال مُجَّد: نصفُ المهر، وعليها تمام العدة الأولى، وقال زفر: لاعدَّة عليها أصلاً.

وإذا اشترى منكوحته التي ولدت منه ثم أعتقها يجب عليها ثلاثُ حيضٍ: حيضتان من النكاح، وتحتنب فيها ما تحتنب المنكوحه من الخروج والبروز والتزین، وحيضة من العتق لا تحتنب فيها.

وإذا طلق الذميّ الذميّة فلا عدّة عليها، وكذا إذا خرجت الحرّيّة إلينا [١٠٠] مسلمةً. فإن تزوّجت جاز
إلا أن تكون حاملاً، وهذا كله قول أبي حنيفة. وقالوا: عليها وعلى الذميّة العدّة. وعن أبي حنيفة: أنّها إذا كانت
حاملاً يجوز نكاحها ولا يطؤها كالحبلى من الزنا. والأول أي: عدم جواز نكاح المهاجرة الحامل أصحّ.
وإذا وقعت الفرقة والمرأة حرّيّة فلا عدّة عليها، وكذا لا عدّة على المسيّبة، وهذه مذكورة في الهداية في باب
نكاح أهل الشرك، ونحن كتبناها في الموضعين.

فصل

وعلى المبتوتة والمتوفّى عنها زوجها إذا كانت بالغّة مسلمة الحداد. وقال الشافعيّ: لاحداد على المبتوتة.
والحداد ويقال: الإحداد وهما لغتان أن تترك الطيب والزينة والكحل والدهن. المطيب وغير المطيب^{١٠٩}. إلا من عذر،
وفي الجامع الصغير: إلا من وجع.
ولو اعتادت الدهن، فخافت وجعاً، فإن كان ذلك أمراً ظاهراً يباح لها. وكذا لبس الحرير إذا احتاجت إليه
لعذر لا بأس به، بأن تؤذيها القمل أو الحكة أو غيرها خشونة الثوب.
ولا تختضب بالحناء، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً بعصفر ولا زعفران.
ولا إحداد على كافرة، ولا على صغيرة، وعلى الأمة الإحداد، وليس في عدّة أم الولد ولا في عدة النكاح
الفاسد إحداد.

ولا ينبغي أن تُخطب المعتدّة. ولا بأس بالتعريض في الخطبة.
ولا يجوز للمطلقة الرجعيّة والمبتوتة الخروج من بيتها ليلاً ولا نهاراً. والمتوفى عنها زوجها تخرج نهاراً وبعض الليل،
ولا تبسّ في غير منزلها. والمختلعة على نفقة عدتها، قيل: إنّها تخرج نهاراً، وقيل: لا تخرج، كالمختلعة على أن لا سكنى لها
لا يجوز لها الخروج. ولا تمنع الأمة من الخروج.

^{١٠٩} ل - غير المطيب.

وعلى المعتدة أن تعتد في المنزل الذي يضاف إليها بالسكنى^{١٠٩١} حال وقوع الفرقة والموت. والبيث المضاف إليها هو الذي تسكنه، حتى لو زارت أهلها كان عليها أن تعود إلى منزلها فتعتد فيه. وإن كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها، وأخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت، كما إذا خافت على متاعها، أو خافت سقوط المنزل، أو كانت فيها بأجر ولا تجد ما تؤدّيه.

ثم إن وقعت الفرقة بطلاق بائن أو ثلاث لا بد من سترة بينهما. ثم لأبأس/[١٠٠ظ] بالشكون خلف السترة، إلا أن يكون فاسقاً يخاف عليها، فحينئذ تخرج. ولا تخرج عما انتقلت إليه، والأولى أن يخرج هو ويتركها. وإن جعلاً بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن. وإن ضاق عليهما المنزل فلتخرج، والأولى خروجه. وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثاً أو مات عنها فإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاث أيام رجعت إلى مصرها. وإن كان ثلاثة أيام إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت، كان معها ولي أو لم يكن، إلا أن يكون طلقها أو مات عنها في مصر. فإنها لا تخرج حتى تعتد، ثم تخرج إن كان لها محرم، وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان لها محرم لأبأس بأن تخرج قبل أن تعتد.

باب ثبوت النسب

ومن قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولداً لستة أشهر من يوم تزوجها فهو ابنه، وعليه المهر.

ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به لستين أو أكثر ما لم تقر بانقضاء العدة. وإن جاءت به لأقل من سنتين بانث من زوجها، ويثبت نسبه، ولا يصير مراجعاً. وإن جاءت به لأكثر من سنتين كانت رجعة. والمبتوتة يثبت نسب ولدها منه إذا جاءت به لأقل من سنتين. وإن جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت إلا أن يدعيه. فإن كانت المبتوتة صغيرةً تجامع مثلها، فجاءت بولدٍ لستة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لأقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يثبت النسب منه إلى سنتين. وإن كانت الصغيرة مطلقاً طلاقاً

^{١٠٩١} م - بالسكنى.

رجعياً فكذاك الجواب عندهما. وعنده: يثبت إلى سبعة وعشرين شهراً. وإن كانت الصغيرة ادّعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواءً.

ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين سنتين. وقال زفر: إذا جاءت به بعد انقضاء عدتها، ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر يثبت نسبه، وإن جاءت به لستة أشهر لم يثبت. وهذا اللفظ بإطلاقه يتناول كل معتدة، يعني: كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن، بالأشهر / [١٠١] أو بالحيض. كذا في العناية، وفيه تفصيل فليرجع إليه.

وإذا ولدت المعتدة ولداً لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان، إلا أن يكون هناك حبل ظاهر، أو اعتراف من قبل الزوج، فيثبت النسب من غير شهادة. وقال أبو يوسف ومحمد: يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة.

فإن كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة، ولم يشهد على الولادة أحد فهو ابنه في قولهم جميعاً. وهذا في حق الإرث ظاهر، وأما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم؟ قالوا: إذا كانوا من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة، ولهذا قيل: يشترط لفظ الشهادة، وقيل: لا تشترط.

وإذا تزوج الرجل امرأة، فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه. وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً يثبت نسبه، اعترف به الزوج أو سكت. فإن جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة، حتى لو نفاه الزوج يلاعن. فإن ولدت ثم اختلفا فقال الزوج: تزوجتك منذ أربعة أشهر فقالت هي: منذ ستة أشهر فالقول لها، ولم يذكر الاستحلاف، فهو على الاختلاف، أي: على الاختلاف المذكور في الأشياء الستة؛ لأنه اختلاف في النسب أو في النكاح، كذا في الكفاية.

وإن قال لامرأته: إذا ولدت فأنت طالق، فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة، وقالوا: تطلق. وإن كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة، وعندهما: يشترط شهادة القابلة.

وأكثر مدة الحمل سنتان، وأقله ستة أشهر، والشافعي يقدر الأكثر بأربع سنين.

ومن تزوج أمةً فطلقها ثم اشتراها فإن جاءت بولدٍ لأقلَّ من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه أي: الولد، وإلا لم يلزمه. وهذا إذا كان الطلاق واحداً بائناً أو خلعاً أو رجعيّاً. أما إذا كان ثنتين يثبت النسبُ إلى سنتين من وقت الطلاق.

ومن قال لأمنه: إن كان في بطنك ولدٌ فهو مِنِّي، فشهدت على الولادة امرأةً فهي أمٌ ولده؛ لأنَّ الحاجةَ إلى تعيين الولد، ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالإجماع، والإرث لا يثبت بشهادة القابلة ابتداءً، لكن يثبت بها النسبُ، وفي ضمنه يثبت الإرث. ذكرها في أول كتاب الصوم. / [١٠١ ظ]

ومن قال لغلام: هو ابني، ثم مات، فجاءت أمُّ الغلام، وقالت: أنا امرأته فهي امرأته وهو ابنه يرثانه. وفي النوادر جعل أي: مُجَّد هذا جواب الاستحسان، والقياس أن لا يكون لها الميراث؛ لأنَّ النسبَ كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهةٍ وبملك اليمين، فلم يكن قوله إقراراً بالنكاح. وجه الاستحسان أنَّ المسألة فيما إذا كانت معروفةً بالحرية، وبكونها أمُّ الغلام، والنكاحُ الصحيح هو المتعَيَّن لذلك عادةً ووضعاً. ولو لم نعلم أنَّها حرةٌ فقلت الورثة: أنت أم الولد فلا ميراث لها.

ويصحُّ إقرار الحربيِّ بنسب من هو في يده منه، وكذا بأمية^{١٠٩٢} الولد. ذكرها في باب من يمر على العاشر

الزكاة.

باب الولد من أحقَّ به [الحضانة]

وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأمُّ أحقُّ بالولد، ولا تجبر الأمُّ عليه، أي: على أخذ الولد إذا أبت أو لم تطلب، كذا في العناية. ثم قال: إلا أن لا يكون للولد ذو رحمٍ محرمٍ سوى الأمِّ، فتجبر على حضانتها لئلا يفوت حقُّ الولد؛ إذ الأجنبية لا شفقةً لها عليه، انتهى.

فإن لم يكن له أمُّ فأُمُّ الأمِّ أولى وإن بعدت. فإن لم تكن فأُمُّ الأبِّ أولى من الأخوات. فإن لم تكن له جدةٌ فالأخواتُ أولى من العمات والخالات. وفي رواية: الخالة أولى من الأخت لأب. وتقدَّم الأخُّ لأب وأم، ثم الأخت

^{١٠٩٢} ل: أمامية.

من الأم، ثم الأخت من الأب، ثم الخالات أولى من العمات، وينزلن كما نزلت الأخوات. معناه: ترجح ذات قرابتين، ثم قرابة الأم، ثم العمات ينزلن كذلك.

وكل من تزوجت من هؤلاء سقط حقها، إلا الجدة إذا كان زوجها الجد. وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه. ومن سقط حقها بالتزوج يعود إذا ارتفعت الزوجية.

فإن لم يكن للصبي امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فأولاهم أقربهم تعصباً، غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبية غير محرم، كمولى العتاقة وابن العم تحزراً عن الفتنة.

والأم والجدة أحق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويستنجي وحده. وفي الجامع الصغير: حتى يستغني فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده،/[١٠٢و] والمعنى واحد. والخصاف قدّر الاستغناء بسبع سنين اعتباراً للغالب.

وهما أي: الأم والجدة أحق بالجارية حتى تحيض. وعن محمد: أنها تدفع إلى الأب إذا بلغت حد الشهوة. ومن سوى الأم والجدة أحق بالجارية حتى تبلغ حداً تشتهي. وفي الجامع الصغير: حتى تستغني. والأم والجدة تقدران على استخدامها شرعاً، ولهذا يجوز^{١٠٩٣} أن تؤاجراها للخدمة. ومن سواهما لا يقدران على استخدامها شرعاً،^{١٠٩٤} ولهذا لا يجوز أن تؤاجراها للخدمة.

والأمة إذا أعتقها مولاها، وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد، وليس لهما قبل العتق حق في الولد. والذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان أو يخاف أن يألّف الكفر. ولا خيار للغلام والجارية، وقال الشافعي: لها الخيار.

^{١٠٩٣} ل: لا يجوز.

^{١٠٩٤} م - ولهذا ... شرعاً.

فصل

وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك إلا أن تخرج به إلى وطنها، وقد كان الزوج تزوجها فيه. وإن أرادت الخروج إلى مصر غير وطنها، وقد كان التزوج فيه أشار في الكتاب إلى أن ليس لها ذلك. وهذه رواية كتاب الطلاق. وذكر في الجامع الصغير أن لها ذلك، والأول أصح. والحاصل أنه لا بُدَّ من الأمرين جميعاً: الوطن ووجود النكاح. وهذا كله إذا كان بين المصرين تفاوت. أما إذا تقاربا بحيث يمكن للوالد أن يُطالع ولده، ويبين في بيته فلا بأس به. وكذا الجواب في القريتين. ولو انتقلت من قرية مصر إلى المصر لا بأس به نظراً للصغير، حيث يتخلق بأخلاق أهل مصر، ولا ضرر فيه بالأب. وفي عكسه ضررٌ بالصغير؛ لتخلقه بأخلاق أهل السواد، فليس لها ذلك.

باب النفقة

التَّفَقُّه واجبٌ للزوجة على زوجها مسلمة كانت أو كافرة إذا سلّمت نفسها إلى منزله، فعليه نفقتها وكسوتها وسكنائها، وتعتبر^{١٠٩٥} في ذلك حالهما جميعاً. قال رحمته الله: وهذا اختيارُ الخصّاف، وعليه الفتوى. وتفسيره: أنّهما إن كانا موسرين تجب نفقة اليسار، وإن كانا معسرين فنفقة الإعسار، وإن كانت معسرةً والزوج موسراً فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات. وقال/[١٠٢ ط] الكرخي: يعتبر حال الزوج، وهو قول الشافعي. ونحن نقول بموجب النص، يعني قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾^{١٠٩٦} أنه يخاطب بقدر وسعه، والباقي دينٌ في ذمته، أي: بالقضاء أو التصالح، كذا في الكفاية. والمراد بالمعروف في النص: الوسط، لا ما قدّره الشافعي أنه على الموسر مُدّان، وعلى المعسر مُدٌّ، وعلى المتوسط مد ونصف.

^{١٠٩٥} م س: يعتبر.

^{١٠٩٦} سورة الطلاق، ٧/٦٥.

وإن امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة. وإن نشزت فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزله، بخلاف ما إذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج، حيث تجب^{١٠٩٧} النفقة والزوج يقدر على الوطء كرهاً.

وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها، وقال الشافعي لها النفقة. وإن كان الزوج صغيراً لا يقدر على الوطء وهي كبيرة فلها النفقة من ماله، فصار كالمحبوب والعين.

وإذا حبست المرأة في دينٍ فلا نفقة لها، سواءً كان الحبس بمماطلتها أو بعجزها. وكذا إذا غصبها رجلٌ كرهاً فذهب بها. وعن أبي يوسف: أنَّ لها النفقة، والفتوى على الأول. وكذا^{١٠٩٨} إذا حجّت مع محرم. وعن أبي يوسف أنَّ لها النفقة، ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر. ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق، وتجب نفقة الحضر دون السفر، ولا يجب الكراء.

وإن مرضت في منزل الزوج فلها النفقة، والقياس أن لانفقة لها إذا كان مرضاً يمنع من الجماع. وعن أبي يوسف: أنَّها إذا سلّمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة، ولو مرضت ثم سلّمت نفسها لا تجب. قالوا: هذا حسنٌ، أي: التفصيل المروي عن أبي يوسف. كذا قيل. وفي لفظ الكتاب. أي: القدوري. ما يشير إليه، وهو قوله: فإن مرضت في منزل الزوج فإنه يشير إلى أنَّها سلّمت نفسها إلى منزل الزوج ثم مرضت فيه، كذا في العناية.

ولا يجب على الزوج دواؤها، بل هو في مالها، ذكرها في باب صدقة الفطر وفي كتاب المضاربة.

وتفرض^{١٠٩٩} على الزوج النفقة إذا كان موسراً، ونفقة خادمها، والمراد بهذا: بيان نفقة الخادم. ولهذا ذكر في بعض النسخ: "وتفرض على الزوج إذا كان موسراً نفقة خادمها". ولا تفرض أكثر من خادمٍ واحدٍ، وهذا عند أبي حنيفة / [١٠٣و] ومُجَّد. وقال أبو يوسف: تفرض لخادمين. وقالوا: إنَّ الزوجَ الموسرَ يلزمه من نفقة الخادم ما يلزمه المعسر من نفقة امرأته، وهو أدنى الكفاية. وقوله في الكتاب: إذا كان موسراً إشارةً إلى أنه لا تجب نفقة الخادم عند إعساره، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، وهو الأصحُّ خلافاً لما قاله مُجَّد.

^{١٠٩٧} ل م: لا تجب | وهذا خطأ.

^{١٠٩٨} لا تجب.

^{١٠٩٩} ل - هو في مالها ... وتفرض.

ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرّق بينهما، ويقال لها: استديني عليه. وقال الشافعي: يفرّق. وفائدة الأمر بالاستدانة مع الفرض: أن يمكنها إحالة الغريم على الزوج. فأما إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج. وإذا قضى القاضي لها نفقة الإعسار ثم أيسر فخاصمته تَمّ لها نفقة الموسر. وإذا مضت مدّة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها، إلا أن يكون القاضي فرض لها النفقة أو صالحت الزوج على مقدار فيها، فيقضي لها بنفقة ما مضى. وإن مات الزوج بعدما قضى عليه بالنفقة، ومضت شهور سقطت النفقة، وكذا إذا ماتت الزوجة. وقال الشافعي: يصير ديناً قبل القضاء، ولا تسقط بالموت.

وإن أسلفها نفقة السنة ثم مات لم يسترجع منها شيء، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يحتسب لها نفقة ما مضى، وما بقي للزوج، وهو قول الشافعي. وعلى هذا الخلاف الكسوة. وعن محمد: أمّا إذا قبضت نفقة الشهر أو ما دونه لا يسترجع منها شيء. وأما إذا هلكت النفقة من غير استهلاك لا يسترد منها شيء بالإجماع. وإذا تزوّج العبد الحرّة فنفقتها دينٌ عليه يباع فيها. ومعناه: إذا تزوّج بإذن مولاه، وله أن يفدي. ولو مات العبد سقطت، وكذا إذا قتل في الصحيح. وفي العناية: قوله: "في الصحيح" احتراز عن قول الكرخي: إنّها تكون في قيمته، انتهى.

ولو تزوّج الحرّ أمةً فبؤاها مولاهما معه منزلاً فعليه^{١١٠٠} النفقة، وإن لم يبؤها فلا نفقة لها. والتبؤة: أن يخلّي بينها وبينه في منزله، ولا يستخدمها. ولو استخدمها بعد التبؤة سقطت النفقة، والتبؤة غير لازمة على ما مرّ [١٠٣/ظ] في النكاح. ^{١١٠١} ولو خدمته الجارية أحياناً من غير أن يستخدمها لا تسقط النفقة. والمدبرة وأمّ الولد في هذا كالأمة.

^{١١٠٠} أي للزوج. لأنه إذا لم يوجد التبؤة لا يتمكن منها الزوج للاستمتاع، انظر: بدائع الصنائع، ٢١/٤.

^{١١٠١} أي إذا بؤاها [المولى] ثم بدا له أن يستخدمها كان له ذلك؛ لأن حق المولى لم يزل بالتبؤة كما لم يزل بالنكاح. العناية، ٣٩٦/٤.

فصل

وعلى الزوج أن يسكنها في دارٍ مفردةٍ ليس فيها أحدٌ من أهله، إلا أن تختار ذلك. وإن كان له ولدٌ من غيرها ليس له أن يسكنه معها.

ولو أسكنها في بيتٍ من الدار مفرد وله غلقٌ كفهاها.

وله أن يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها من الدخول عليها، ولا يمنعهم من النظر إليها وكلامها في أي وقتٍ اختاروا. وقيل: لا يمنعهم من الدخول والكلام، إنما يمنعهم من القرار. وقيل: لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين ولا يمنعها من الدخول عليها في كل جمعة، وفي حق غيرها التقدير بسنة،^{١١٠٢} وهو الصحيح. وهذا احترازٌ عن قول محمد بن مقاتل، فإنه يقول: لا يمنع المحارم من الزيارة في كل شهر، كذا في العناية.

وإذا غاب الرجلُ وله^{١١٠٣} مال في يد رجلٍ يعترف به وبالزوجة فرض القاضي في ذلك المال نفقةً زوجة الغائب وولده الصغير ووالديه. وكذا إذا علم القاضي ذلك، ولم يعترف المودعُ بالمال. فإذا أقرَّ بهما فقد أقرَّ أن حق الأخذ لها لأن^{١١٠٤} لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضا. ولو أنكر أحد الأمرين^{١١٠٥} لا تقبل بينة المرأة فيه. وكذا^{١١٠٦} إذا كان المالُ في يده مضاربةً. وكذا الجواب في الدين،^{١١٠٧} ويأخذ منها كفيلاً بما أي: بالنفقة، ويحلفها بالله ما أعطاه النفقة نظراً للغائب. وهذا كله إذا كان المالُ من جنس حقها، دراهم أو دنانير أو طعاماً أو كسوة. أما إذا كان من خلاف جنسه لا يفرض النفقة فيه لاحتياجه إلى البيع، ولا يباع مالُ الغائب بالاتفاق. ولا يقضي بنفقةٍ في مال الغائب إلا لهؤلاء. ولو لم يعلم القاضي بذلك، ولم يكن المودعُ مقرأً به فأقامت البينة على الزوجية، أو لم يُخلف مالاً

^{١١٠٢} ل: لسنة.

^{١١٠٣} م: له و.

^{١١٠٤} م — لها لأن.

^{١١٠٥} أي الوديعة والزوجية.

^{١١٠٦} أي يفرض القاضي النفقة.

^{١١٠٧} أي إذا جاء غريم الزوج فاعترف بالدين والزوجية فرض القاضي النفقة.

فأقامت البينة ليفرض القاضي بنفقتها على الغائب، ويأمرها بالاستدانة لا يقضي القاضي بذلك لكونه قضاءً على الغائب.

وقال زفر: يقضي؛ لأنَّ فيه نظراً لها، ولا ضرر فيه على الغائب، فإنه لو حضر وصدَّقها / [١٠٤] فقد أخذت حقها، وإن جحد يحلَّف، فإن نكل فقد صدَّق. وإن أقامت بينةً فقد ثبت حقها، وإن عجزت يضمن الكفيلُ أو المرأة. وعملُ القضاة اليوم على هذا أنه يقضى بالنفقة على الغائب لحاجة الناس، وهو أي: القضاء على الغائب مجتهدٌ فيه، وفي هذه المسألة أقاويل مرجوع عنها، فلم نذكرها.

فصل [في نفقة المطلقة]

وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيًّا كان أو بائناً. وقال الشافعي: لانفقة للمبتوتة إلا إذا كانت حاملاً. وأما وجوبُ السكنى فبالإجماع. ولانفقة للمتوفى عنها زوجها. وكلُّ فرقةٍ جاءت من قبل المرأة بمعصيةٍ، مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها. وفي العناية وغيرها: إنما لم يتعرض للسكنى لأنها واجبة بأيِّ فرقةٍ كانت. لأنَّ القرارَّ في البيت مستحقٌّ عليها، فلا يسقط بمعصيتها. وفي العناية في هذا المحلِّ تفصيلٌ جليلٌ وبسطٌ طويلٌ فليرجع إليها.

وإذا كانت الفرقة من قبلها بغير معصيةٍ، كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق بعدم الكفاءة فلها النفقة، وكذا إذا حبست نفسها لاستيفاء المهر.

وإن طلقها ثلاثاً ثم ارتدت . والعياذ بالله . سقطت نفقتها بناءً على أنَّ المرتدة تحبس حتى تتوب، ولانفقة للمحبوسة.

وإن مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة، معناه: مكنت بعد الطلاق.

فصل [في نفقة الأولاد الصغار]

ونفقة الأولاد الصغار على الأب لا يشاركه فيها أحدٌ، كما لا يشاركه في نفقة الزوجة. وإن كان الصغيرُ رضيعاً فليس على الأم أن ترضعه. وذلك إذا كان توجد من ترضعه عندها. أما إذا كان لا توجد من ترضعه تجبر على الإرضاع. ويستأجر الأب من ترضعه عندها. وقوله: "عندها" معناه: إذا أرادت ذلك، وليس للأب أن يأخذه منها.

وإن استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز. وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة. وكذا في المبتوتة في رواية، وفي رواية أخرى: جاز استئجارها. ولو استأجرها وهي منكوحته [١٠٤ظ] أو معتدته لإرضاع ابن له من غيرها جاز. وإن انقضت عدتها فاستأجرها يعني: لإرضاع ولدها جاز. فإن قال الأب: لأستأجرها، وجاء بغيرها، فرضيت الأم بمثل أجره الأجنبية، أو رضيت بغير أجر كانت هي أحق به. وإن التمسست زيادة لم تجبر الزوج عليها.

ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه في دينه، كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وإن خالفته في دينه. وفي جميع ما ذكرنا إنما تجب النفقة على الأب إذا لم يكن للصغير مال. أما إذا كان فالأصل أن نفقة الإنسان في مال نفسه صغيراً كان أو كبيراً.

فصل [في نفقة الأقارب]

وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجدّاته إذا كانوا فقراء وإن خالفوه في دينه. معناه إذا كانوا من أهل الذمة. أما إذا كانوا من أهل الحرب فلا نفقة لهم وإن كانوا مستأمنين.

ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة والأبوين والأجداد والجندات والولد وولد الولد. ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم، وكذا العكس.

ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد. وهي على الذكور والإناث بالسوية في ظاهر الرواية، وهو الصحيح. وهذا احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة: أنّ النفقة بين الذكور والأنثى أثلاثاً، على الذكر مثل حظ الأنثيين على قياس الميراث، وعلى قياس نفقة ذوي الأرحام. كذا في العناية وغيره.

والنفقة لكل ذي رحم محرم إذا كان صغيراً فقيراً، أو كانت امرأة بالغة فقيرة، أو ذكراً فقيراً زمناً أو أعمى. ويجب ذلك على مقدار الميراث. ويجب عليه حتى تكون نفقة الصغير على الأم والجّد ثلاثاً، ونفقة الأخ المعسر على الأخوات المتفرقات الموسرات أخماساً على قدر الميراث، غير أن المعتبر أهلية الإرث لا إحرازه، فإنّ المعسر إذا كان له خال وابن عم يكون نفقته على خاله، وميراثه يجرزه ابن عمه.

ويجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على أبويه أثلاثاً، على الأب الثلثان وعلى الأم الثلث. قال عليه السلام: هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن، وفي ظاهر الرواية: كل النفقة على الأب،/[١٠٥] وصار كالولد الصغير.

ولا تجب نفقتهم. أي: نفقة المحارم. مع اختلاف الدين.

ولا تجب على الفقير. ثم اليسار مقدّر بالنصاب فيما روي عن أبي يوسف. وعن محمد: أنّه قدره بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهراً أو بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم، والفتوى على الأول، لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة.

وإذا كان لابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه. وإذا باع أبوه متاعه في نفقته جاز عند أبي حنيفة، وهذا استحسان. وإن باع العقار لم يجز. وفي قولهما: لا يجوز ذلك كله، وهو قياس. ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة، وكذا لا تملك الأم في النفقة.

ولا ولاية لغير الأب من الأقارب أصلاً في التصرف في حالة الصغير، ولا في الحفظ حالة الكبر.

ولو باع الأب عقار الصغير ومنقوله جاز لكمال ولايته، ثم له أن يأخذ منه نفقته؛ لأنه من جنس حقه.

وإذا كان للابن الغائب مال في يد أبويه فأنفقا منه لم يضمنا. وإن كان له مال في يد أجنبي فأنفق عليهما

بغير إذن القاضي ضمن، وإذا ضمن لا يرجع على القابض.

وإذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الأرحام بالنفقة فمضت مدة سقطت، بخلاف نفقة الزوجة إذا

قضى بها القاضي، إلا أن يأذن القاضي في الاستدانة عليه، وهذا استثناء من قوله: "فمضت مدة سقطت"، كذا في

العناية.

فصل

وعلى المولى أن ينفق على أمته وعبدته، فإن امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وأنفقا. وإن لم يكن لهما كسب،

بأن كان العبد زمناً أو جارية لا تزجر مثلها أجبر المولى على بيعهما.

وفي سائر الحيوانات لا يجبر على نفقتها، إلا أنه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى. وعن أبي يوسف: أنّه

يجبر، والأصح ما قلنا.

ونفقة العبد الموصى بخدمته على الموصى له بها، ذكرها في كتاب الوقف.

ومن باع عبداً وأحدهما بالخيار فنفقته في مدة الخيار على من له الملك وقت الوجوب، ذكرها في صدقة

الفطر.

ونفقة المعقد الذي لا مال له ولا قرابة له في بيت المال، ذكرها في كتاب اللقيط.

ونفقة المملوك المشترك على قدر الانصباء،/[١٠٥ظ] ذكرها في كتاب القسمة.

كتاب العتاق

الإعتاق تصرّف مندوبٌ إليه. قال عليه: {يَمَّا مَسْلَمٌ أَعْتَقَ مُؤْمِنًا أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ عَضْوٍ مِنْهُ عَضْوًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ}.^{١١٠٨} ولهذا استحبوا أن يعتق الرجل العبد، والمرأة الأمة ليتحقق مقابلة الأعضاء بالأعضاء.

والعتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه، وهو حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى، وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى، ذكرها في باب العتق في المرض.

ولو قال البالغ: أعتقت وأنا صبي فالقول قوله. ولو قال المفقئ: أعتقت وأنا مجنون، وجنونه كان ظاهراً فكذا لو قال الصبي: كلّ مملوك أملكه فهو حرّ إذا احتملت لا يصحّ. ولا بد أن يكون العبد في ملكه، حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ.

ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه، وفيه تفصيل في كتاب الرهن. وفي بعض أقوال الشافعي: لا ينفذ إذا كان المعتق معسراً، بخلاف ما إذا كان موسراً، حيث ينفذ على بعض أقواله.

ولو أعتق عبده المستأجر ينفذ. وكذا لو أعتق العبد المشتري قبل القبض ينفذ.^{١١٠٩} ولا يسعى العبد للبائع، سواء كان المشتري المعتق موسراً أو معسراً إلا رواية عن أبي يوسف. فإنه قال: إذا كان المشتري معسراً يسعى العبد للبائع، ويجعله كالرهن. وكذا إذا أعتق العبد الأبق والمغصوب ينفذ.

وإعتاق الوارث العبد الموصى بربيته لا يلغو، بل يؤخّر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة. وفي العناية: وعند الشافعي لا ينفذ لحق الموصى له. ثم قال: وصورة المسألة: مريضٌ أوصى بربيته عبده لشخص، ولا مال له غيره، ثم مات وأعتق الوارث العبد لا يلغو، بل يؤخّر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة. أما عندهما فلا إشكال؛ لأنه يعتق في الحال، انتهى.

وهذه من قوله "ولو أعتق الراهن" مذكورة في كتاب الرهن في باب "تصرف الراهن".

^{١١٠٨} انظر: البخاري، باب العتق وفضله، ٢٥١٧.

^{١١٠٩} م: لا ينفذ | أي اعتاق البائع ينفذ قبل القبض دون المشتري لأن العقد لا يتم قبله.

ولو اشترى عبداً ثم أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع ينقلب إقرار المقر عليه، ويجعل كأنه أعتق. ذكرها في باب "عتق البعض" من كتاب العتاق.

وإذا قال لعبده أو أُمته: أنت حر أو مَعْتَقُ/[١٠٦] أو عتيق أو محرّر أو قد حررتك أو أعتقتك فقد عتق، نوى به العتق أو لم ينو. وهذه الألفاظ وإن كانت موضوعة للأخبار فقد جعلت إنشاءً في التصرفات الشرعية للحاجة، كما في الطلاق والبيع وغيرهما. ولو قال: عنيتُ به الأخبار الباطلة أو أنه حر من العمل صدّق ديانةً لا قضاءً.

ولو قال له: ياحر ياعتيق؛ يعتق، إلا إذا سمّاه حرّاً، ثم ناداه: ياحر. ولو ناداه بالفارسية: يا آزاد، وقد لقّبه بالحر، قالوا: يعتق، وكذا عكسه. وكذلك لو قال: رأسك حرّ أو وجهك أو رقبتك أو بدنك، أو قال لأُمته: فرجك حرّ. وإن أضافه إلى جزءٍ شائعٍ يقع في ذلك الجزء، وسيأتيك الخلاف فيه إن شاء الله تعالى. وإن أضافه إلى جزءٍ معيّنٍ لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافاً للشافعي.

ولو قال: لاملِك لي عليك، ونوى به الحرية عتق، وإن لم ينو لم يعتق. وكذا جميعُ كنايات العتق. وذلك مثل قوله: خرجت من ملكي، ولا سبيل لي عليك، ولا رقّ لي عليك، وقد خلّيت سبيلك. وكذا قوله لأُمته: قد أطلقتك، هو المروي عن أبي يوسف، بخلاف قوله: طلقتك.

ولو قال: لا سلطان لي عليك، ونوى العتق لم يعتق.

ولو قال: هذا ابني، وثبت على ذلك^{١١١٠} عتق. ومعنى المسألة: إذا كان يولد مثله لمثله. فإن كان لا يولد مثله لمثله ذكره^{١١١٢} بعد هذا. ثم إن لم يكن للعبد نسبٌ معروفٌ يثبت نسبه منه. وإذا ثبت عتق. وإن كان له نسبٌ معروفٌ لا يثبت نسبه منه، ويعتق.

ولو قال: هذا مولاي أو يا مولاي عتق. وكذا إذا قال لأُمته: هذه مولاتي. ولو قال: عنيت به المولى في الدين أو الكذب يصدّق فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يصدق في القضاء. وقال زفر: لا يعتق في الثاني، أعني في قوله: يامولاي.

ولو قال: بإسدي يامالكي لا يعتق بالاتفاق.

ولو قال: يا ابني أو يا أخي لم يعتق، ويروى عن أبي حنيفة شاذاً أنه يعتق فيهما، والاعتماد على الظاهر.^{١١١٣}

ولو قال: يا ابن، من غير إضافة لا يعتق. وكذا لو قال: يا بني أو يا بنيّة.

ولو قال لِعَلَامٍ لا يولد مثله لمثله: هذا ابني عتق عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يعتق، وهو قول الشافعي.

[١٠٦ ظ]

ولو قال: هذا أبي أو أُمي، ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف.

ولو قال لصبيٍّ صغيرٍ: هذا جدّي قيل: هو على الخلاف وقيل: لا يعتق بالإجماع.

^{١١١٠} أي لم يدّع به الكرامة والشفقة.

^{١١١١} ل م س — عتق.

^{١١١٢} أي القدوري.

^{١١١٣} أي ظاهر الرواية.

ولو قال: هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة: أنه يعتق.
ولو قال لعبده: هذا ابنتي فقد قيل: على الخلاف وقيل: هو لا يعتق بالإجماع.
وإن قال لأُمته: أنت طالق أو بائن أو تحمري، ونوى به العتق لم يعتق. وقال الشافعي: تعتق إذا نوى. وكذا على هذا الخلاف سائر ألفاظ الصريح والكناية على ما قاله مشايخه.
وإذا قال لعبده: أنت مثل الحر لا يعتق. ولو قال: ما أنت إلا حر عتق. ولو قال: رأسك رأس حرّ بالإضافة لا يعتق. ولو قال: رأسك رأس حرّ بالتوصيف عتق.
ولو قال لعبده: أنت حرّ كيف شئت عتق عند أبي حنيفة، ولا مشيئة له. ولا يقع عندهما ما لم يشأ. وحاصل الاختلاف راجع إلى أن أصل الطلاق هل يتعلق بمشيئتها أم لا؟ عنده: لا يتعلق، وعندهما: يتعلق بها أصل الطلاق بأوصافه. ذكرها في كتاب الطلاق في "فصل في المشيئة".

فصل

ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه. والمراد: القرابة المؤيدة بالحرمية ولاداً أو غيره؛ لانتظام عموم قوله عليه السلام: {من ملك ذا رحم محرم فهو حرّ} ^{١١٤} كلّهما. والشافعي يخالفنا في غير الولاد. ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً في دار الإسلام. وهذا بخلاف ما إذا ملك ابنة عمّه وهي أخته من الرضاع، حيث لا يعتق وإن كانت ذا رحم محرم.

والصبي جعل أهلاً لهذا العتق، وكذا المجنون، حتى عُتق القريب عليهما عند الملك.
ومن اشترى قريباً ذا رحم محرم له على أن الخيار ثلاثة أيام فما دونها يعتق عليه عنده خلافاً لهما. ذكرها في باب خيار الشرط.

وإذا اشترت امرأة ابن زوجها فماتت وترك زوجاً وأخاً عتق نصيب الزوج، ولا يضمن لأخيها شيئاً لعدم الصنع منه. ذكرها في أوائل كتاب المضاربة.

ومن أعتق عبداً لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق.
وعتق المكره والسكران واقع.

وإن أضاف العتق إلى ملك أو شرط صحّ كما في الطلاق. أما الإضافة إلى الملك ففيه خلاف [١٠٧و] الشافعي.

وإذا باع عبداً على أن للبائع الخيار ثلاثة أيام فما دونها، فأعتقه البائع في مدة الخيار نفذ عتقه ولو كان في يد المشتري. ذكرها في باب خيار الشرط.

وإذا خرج عبدٌ الحربي إلينا مسلماً عتق.

ولو أقرّ بحرية عبد غيره ثم اشتراه عتق. ذكرها في المضاربة.

^{١١٤} أبو داود، ٣٩٤٩.

وإن أعتق حاملاً عتق حملها أيضاً تبعاً لها. ولو أعتق الحملَ خاصةً عتق دونها. ولو أعتق الحملَ على مالٍ صحَّ، ولا يجب المالُ. وإنما يعرف قيام الحبل وقت العتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهرٍ منه. وولد الأمة من مولاهَا حرٌّ، وولدها من زوجها مملوكٌ لسيدها. وولد المغرور^{١١١٥} حرٌّ بالقيمة، وولدُ الحرِّ على كل حالٍ. وإذا ملكت الحرَّةُ زوجها وقد ولدت منه لا يعتق الزوج الذي ملكته بموتها. وإذا ملك الزاني ابنه يعتق عليه. ولو اشترى أخاه من الزنا لا يعتق عليه. ذكر المسائل الثلاثة في باب الاستيلاء. قال في العناية: أي: أخاه لأب، وأما الأخ لأم فإنه يعتق عليه إذا ملكه وإن كان من الزنا؛ لأن النسبة بينهما ثابتة، انتهى.

باب العبد الذي يعتق بعضه

وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر، ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة، وقالوا: يعتق كله. وأصله: أن الإعتاق متجزئ عنده، فيقتصر على ما أعتق، وعندهما لا يتجزأ، وهو قول الشافعي. فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل، فلهذا يعتق كله. وإذا عجز معتق البعض لا يرد إلى الرق. وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق. وإن كان موسراً فشريكه بالخيار، إن شاء أعتق، وإن شاء ضمّن شريكه قيمة نصيبه، وإن شاء استسعى العبد، فإن ضمّن رجع المعتق على العبد، والولاء للمعتق. وإن أعتق واستسعى فالولاء بينهما. وإن كان المعتق معسراً فالشريك بالخيار، إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين، وهذا عند أبي حنيفة. وقالوا: ليس له إلا الضمان مع اليسار، والسعاية مع الإعسار، ولا يرجع المعتق على العبد، والولاء للمعتق. وهذه المسألة تبتني على حرفين: [١٠٧ظ] أحدهما: تجزؤ الإعتاق وعدمه، والثاني: يسار^{١١١٦} المعتق لا يمنع السعاية عنده، وعندهما يمنع. ثم المعتبر يسار^{١١١٧} التيسير، وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغني. ولا يرجع المستسعي على المعتق بإجماع بيننا، بخلاف العبد المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر، وتفصيله في كتاب الرهن. وقول الشافعي في الموسر كقولهما، وقال في المعسر: يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب. ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة، وكذا إذا كان أحدهما موسراً والآخر معسراً، والولاء لهما. وقال أبو يوسف ومحمد: إن كانا موسرين فلا سعاية عليه، وإن كانا معسرين سعى لهما، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى للموسر منهما، والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما، أي: في هذه الصور التي يحيله كل منهما على صاحبه، وهو يتبرأ عنه، فيبقى موقوفاً إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما.

^{١١١٥} إذا وطء رجل امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح ففولدت منه ثم استحققت الوالدة فالرجل مغرور والولد ولد المغرور، انظر:

العناية، ٣١٤/٨.

^{١١١٦} م: سائر.

^{١١١٧} م: سائر.

ولو قال أحد الشريكين: إن لم يدخل فلان هذه الدار غداً فهو حرّ، وقال الآخر: إن دخل فهو حرّ، فمضى الغدّ ولا يدرى أنه دخل أم لا عتق النصف، وسعى لهما في النصف، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال مُجَدّ: يسعى في جميع قيمته.

ولو حلفا على عشرين كل واحد منهما لأحدهما لم يعتق واحد منهما. وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الأب، ولا ضمان عليه، علم الآخر أنه ابن شريكه أو لم يعلم. وكذا إذا أورثاه،^{١١٨} فالشريك بالخيار، إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء استسعى العبد، وهذا عند أبي حنيفة. وقالوا: في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسراً، وإن كان معسراً يسعى الابن في نصف قيمته لشريك أبيه. وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه بجهة أو صدقة أو وصية. وعلى هذا إذا اشتراه رجلان وأحدهما قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه. وإن بدأ الأجنبي، فاشترى نصفه، ثم اشترى الأب نصفه الآخر وهو موسرٌ فالأجنبي بالخيار، إن شاء ضمن الأب وإن شاء استسعى الابن في نصف [١٠٨] قيمته، وهذا عند أبي حنيفة. وقالوا: لا خيار له، ويضمن الأب نصف قيمته عندهما.

ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة. وقالوا: يضمن إن كان موسراً. ومعناه: إذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبايعه شيئاً عنده. وإنما قيد بقوله: "ممن يملك كله" لأنه إذا اشترى نصيب أحد الشريكين يضمن للساكن بالإجماع. كذا في العناية.

وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر، دبره أحدهم وهو موسرٌ ثم أعتقه الآخر وهو موسرٌ فأردوا الضمان فللساكن أن يضمن المدبر، ولا يضمن المعتق، وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً، ولا يضمنه الثلث الذي ضمن للساكن، وهذا عند أبي حنيفة، والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثاً، ثلثاه للمدبر، والثلث للمعتق. وقالوا: العبد كله للذي دبره أول مرة، ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسراً كان أو معسراً، والولاء كله للمدبر.

وإذا كانت جارية رجلين، زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه، وأنكر الآخر فهي موقوفة، أي: يرفع عنها الخدمة يوماً، ويوماً تخدم المنكر عند أبي حنيفة، وقالوا: إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها، ثم تكون حرةً لاسبيل له عليها.

وإن كانت أم ولد بينهما، فأعتقها أحدهما وهو موسرٌ فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة. وقالوا: يضمن نصف قيمتها، وقيمتها ثلث قيمتها فنةً على ما قالوا. وهذا الخلاف يبتني على أن مالية أم الولد غير متقومةً عنده، ومتقومةً عندهما. قال صاحب الهداية: وعلى هذا الأصل يبتني عدة من المسائل أوردها في كفاية المنتهي.

باب عتق أحد العبدین

ومن كان له ثلاثة أعبد، دخل عليه اثنان، فقال: أحكما حرّ، ثم خرج واحدٌ ودخل آخر، فقال: أحكما حرّ، ثم مات ولم يبين عتق من الذي أعيد عليه القول ثلاثة أرباعه، ونصف كل واحد من الآخرين عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال مُجَدّ كذلك إلا في العبد الأخير، فإنه يعتق ربعه. فإن كان القول منه في المرض قسم الثلث [١٠٨ ظ]

^{١١٨} م: ورثاه.

على هذا. وشرح ذلك: أن يجمع بين سهام المعتق، وهي سبعة على قولهما؛ لأننا نجعل كل رقبة على أربعة لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع، فنقول: يعتق من الثابت ثلاثة أسهم، ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان، فبلغ سهام العتق سبعة، والعتق في مرض الموت وصية، ومحل نفاذها الثلث، فلا بد أن تجعل سهام الورثة ضعف ذلك، فنجعل كل رقبة على سبعة، وجميع المال أحد وعشرون، فيعتق من الثابت ثلاثة، ويسعى في أربعة، ومن الباقي من كل واحد سهمان، ويسعى في خمسة، فإذا تأملت وجمعت استقام الثلث والثلثان. وعند محمد: يجعل كل رقبة على ستة؛ لأنه يعتق من الداخل عنده سهم، فنقصت سهام العتق بسهم، وصار جميع المال ثمانية عشر، وباقي التخيير ما مر.

ومن قال لعبديه: أحكما حرّ، فباع أحدهما أو مات، أو قال له: أنت حرّ بعد موتي عتق الآخر. وكذا إذا استولد إحداها، ولا فرق بين البيع الصحيح والفساد مع القبض وبدونه، والمطلق وبشرط الخيار لأحد المتعاقدين. والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن أبي يوسف. والهبة والتسليم^{١١٩} والصدقة والتسليم بمنزلة البيع قبل التسليم ليس بشرط، وإنما ذكره تأكيداً. كذا في العناية.

وإذا أعتق أحد عبديه لابعينه، أو بعينه ونسيه، ومات قبل التذكر والبيان يعتق من كل واحد نصفه، ويسعى في نصفه الآخر بالاتفاق، ذكرها في باب "العبد الذي يعتق بعضه". ولو قال لأمتيه: إحكما حرّة، ثم وطئ إحداها لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة، وقالوا: تعتق. قال صاحب الهداية: وعلى مذهب أبي حنيفة: يحلّ وطؤها، إلا أنه لا يفتى به.

ومن قال لأمتيه: إن كان أول ولدٍ تلدينه غلاماً فأنت حرّة، فولدت غلاماً وجاريةً ولا يدرى أيهما ولد أولاً عتق نصف الأم ونصف الجارية، وتسعيان في النصف، والغلام عبدٌ. وإذا ولدت الغلام أولاً يعتق كل واحدة من الأم والجارية. وإن ولدت الجارية أولاً ترقّ كل منهما. أما الغلام يرق في الحالين، فلهذا يكون عبداً. فإن ادّعت الأم أنّ الغلام هو المولود أولاً، وأنكر المولى والجارية / [١٠٩و] صغيرةً فالقول قوله مع اليمين. فإن حلف لم يعتق واحدٌ منهما. وإن نكل عتقت الأم والجارية. ولو كانت الجارية كبيرة لم تدّع شيئاً، والمسألة بحالها عتقت الأم بنكول المولى خاصة دون الجارية. ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام، والأم ساكنة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الأم، والتحليف على العلم فيما ذكرنا. قال صاحب الهداية: وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهي.

وإذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة، إلا أن تكون في وصية استحساناً، ذكره في العتاق. وإن كان في الطلاق جازت، ويجبر على أن يطلق إحداهن، وقد ذكرناه في الطلاق أيضاً. وقال أبو يوسف ومحمد: الشهادة في العتق مثل ذلك، أي: مثل الطلاق، ويجبر على تعيين أحدهما. وهذا الاختلاف متفرع على مسألة أخرى مختلف فيها، وهي أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند أبي حنيفة، وعندهما تقبل، والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحه مقبولة من غير دعوى بالاتفاق، والمسألة معروفة. وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده لا تتحقق في هذه المسألة؛ لأن الدعوى من المجهول لا تتحقق، فلا تقبل الشهادة، وعندهما:

^{١١٩} ل م س: التسلم.

ليس بشرط، فتقبل الشهادة وإن انعدمت الدعوى. ولو شهدا أنه أعتق إحدى أمتيه لاتقبل عند أبي حنيفة وإن لم تكن الدعوى شرطاً فيه بدليل آخر تركنا ذكره لخروجه عن وظيفتنا.

وهذا كله إذا شهدا في صحته أنه أعتق أحد عبديه. أما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته، أو شهدا على تدبيره في صحته أو مرضه، وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد وفاته تقبل استحساناً. ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته: أحكما حرّاً، فقد قيل: لاتقبل، وقد قيل: تقبل.

وإعتاق الوارث عبداً من التركة وهي مستغرقة بالديون يصحّ، وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك، ذكره في فصل "بيع الفضولي" من كتاب البيع.

باب الحلف بالعتق

ومن قال: إذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حرّ، وليس له مملوك فاشترى مملوكاً / [١٠٩ظ] ثم دخل عتق. وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبداً، فبقي على ملكه حتى دخل عتق. ولو لم يكن قال في يمينه: يومئذ لم يعتق.

ومن قال: كل مملوك لي ذكرٍ فهو حرّ، وله جارية حامل، فولدت ذكراً لم يعتق، سواءً ولدت لستة أشهر فصاعداً أو ولدت لأقل من ستة أشهر. وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال: كل مملوك لي تدخل الحمل، فيدخل الحمل تبعاً.

ولو قال: كل مملوك أملكه حرّ بعد غد، أو قال: كل مملوك لي فهو حرّ بعد غد، وله مملوك فاشترى آخر، ثم جاء بعد غد عتق الذي ملكه يوم حلف.

ولو قال: كل مملوك أملكه أو كل مملوك لي حرّ بعد موتي، وله مملوك فاشترى آخر فالذي كان عنده مديراً، والآخر ليس بمدير. وإن مات عتقا من الثلث. وقال أبو يوسف في النواذر: يعتق ما كان في ملكه يوم حلف، ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه، وعلى هذا إذا قال: كل مملوك لي إذا متّ فهو حرّ.

ولو قال: إن ملكت عبداً فهو حرّ، فاشترى عبداً على أنّ له الخيار لا يعتق عنده خلافاً لهما، بخلاف ما إذا قال: إن اشتريت عتق، وسقط الخيار. ذكره في باب خيار الشرط.

والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة. ذكرها في كتاب المكاتب.

ولو قال لأجنبيّة: إن طلقتك فعبدي حرّ، ثم تزوجها، وطلقها فالعبد يعتق بالاتفاق. ذكرها في باب اليمين بالعتق والطلاق.

باب العتق على جُعْل

ومن أعتق عبده على مالٍ، فقبل العبد عتق، وذلك مثل أن يقول: أنت حر على ألف درهمٍ أو بألف درهمٍ، فإذا قبل صار حرّاً، وما شرط ديناً عليه حتى تصح الكفالة به.

وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد والعرض والحيوان وإن كان بغير عينه. وكذا الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس، ولا يضره جهالة الوصف.

ولو علق عتقه بأداء المال صحّ، وصار مأذوناً، وذلك مثل أن يقول: إن أدبت إليّ ألف درهم فأنت حرّ. ومعنى قوله "صحّ"^{١٢٠}: أنّه يعتق عند الأداء من غير أن يصير مكاتباً.

وإذا أحضر^{١٢١} المال أجبره الحاكم على قبضه، وعتق العبد. ومعنى الإجبار فيه وفي سائر الحقوق: أنه ينزل قابضاً بالتخلية. وقال زفر: لا يجبر على القبول، وهو القياس. فالحاصل: [١١٠و] أن في هذه المسألة اعتبارين: الأول: أنه تعليق نظراً إلى اللفظ، والثاني: أنه معاوضة نظراً إلى المقصود، فعملنا بالشبهين. وجعلناه تعليقاً ابتداءً، فلا يتوقف على قبول العبد، ولا يحتمل الفسخ، ولا يجبر على مباشرة الشرط، ولا يمتنع على المولى بيعه، ولا يكون العبد أحق بمكاسبه، ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء. وجعلناه معاوضةً في الانتهاء، حتى يجبر المولى على القبول، فعلى هذا يدور الفقه، وتخرج المسائل.

ولو أدى البعض يجبر على القبول، إلا أنه لا يعتق ما لم يؤدّ الكلّ، كما إذا حطّ البعض وأدى الباقي. ثم لو أدى ألفاً اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه. أي: على العبد. بألف أخرى، وعتق. ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه.

ثم الأداء في قوله: إن أدبت يقتصر على المجلس، وفي قوله: إذا أدبت لا يقتصر. ومن قال لعبده: أنت حرّ بعد موتي على ألف درهم فالقبول بعد الموت، كما إذا قال: أنت حرّ غداً بألف درهم. قالوا: لا يعتق في مسألة الكتاب وإن قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث. ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين، فقبل العبد، فعتق، ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: عليه قيمة خدمته أربع سنين. ومن قال لآخر: أعتق أمتك على ألف درهم على أن تزوجنيها، ففعل، فأبت أن تزوجه فالتق جائر، ولا شيء على الأمر.

ومن قال لغيره: أعتق عبدك على ألف درهم عليّ، ففعل لا يلزمه شيء، ويقع العتق عن المأمور. ولو قال: أعتق أمتك عني على ألف درهم، والمسألة بحالها قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها، فما أصابت القيمة أداه الأمر، وما أصاب المهر بطل عنه. فلو زوجت نفسها منه أي: في المسألتين كذا في النهاية لم يذكره في الجامع الصغير. وجوابه: أن ما أصاب قيمتها سقط في الوجه الأول، وهي للمولى في الوجه الثاني، وما أصاب مهر المثل كان مهرًا لها في الوجهين.

وإذا قال لعبده: أنت معتق على ألف درهم على أي بالخيار، أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام، فقبل العبد فالخيار باطل إذا كان في جانب المولى، وجائر إذا كان للعبد. ولو رد العبد [١١٠ظ] الخيار في الثلاث بطل، وإن لم يرد عتق العبد، ولزمه الألف. أشار إليه في باب الخلع. لكن المذكور فيه: أنّ الخيار إذا كان في جانب الزوج فباطل بالإجماع، وإذا كان في جانب المرأة ففيه خلاف؛ عند أبي حنيفة: يجوز الخيار، فإن ردت الخيار في الثلاث بطل، وإن لم ترد طلقت، ولزمها الألف. وعندهما: الخيار باطل في الوجهين، والطلاق واقع، وعليها ألف درهم. ثم قال: وجانب

^{١٢٠} م - صح.

^{١٢١} ل م: حضر.

العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق، والذي يفهم من كلامه: أن الخيار إذا كان من جانب العبد ففيه أيضاً خلاف كما في مسألة الخلع، لكن المفهوم من كلام صاحب العناية الجواز مطلقاً من غير اختلاف، حيث قال: وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق، يعني: يصح الخيار من العبد إذا خيّر في الإعتاق على مال، كما يصح الخيار في الخلع من جانب المرأة. انتهى. حيث أطلق القول على الجواز في المسألتين، ولم يتعرض للخلاف، فليُنظر في هذا المحل حتى يرتفع الإشكال وينحل.

إذا أعتق عبده على هذا العبد أو على هذا العبد، فإذا أحدهما أوكس، والآخر أرفع يتعين فيه الأوكس، ذكره في باب المهر.

وإذا قال لعبده: أنت حرّ وعليك ألف، فقبل عتق العبد، ولا شيء عليه عند أبي حنيفة، وكذا إذا لم يقبل. وقالوا: عليه الألف إذا قبل، وإذا لم يقبل لا يقع العتق.

وإذا أعتق عبده على خمير أو خنزير أو ميتة يصحّ ويجب قيمة العبد، ذكرها في باب الخلع. ولو أعتقه على مال فبلغه الخبر فأجازه جاز، ذكرها في فصل "الوكالة بالنكاح".

مسائل منثورة

ولو أعتق المشتري المبيع قبل القبض يجوز، ذكرها في الإباق.

وإذا أعتق المشتري العبد قبل القبض لا يسعى للبائع إلا رواية عن أبي يوسف رحمه الله، ذكرها في باب التصرف في الرهن.

ولا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الضمان عند محمد رحمه الله. وعندهما يجوز، وقد ذكره هلال، وهو الأصح. ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع، ثم يجبر البائع، وإعتاق [١١١و] المشتري من الراهن. وإعتاق الوارث عبداً من التركة وهي مستغرقة بالديون يصحّ، وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك. والكلّ مذكورة في بيع الفضولي.

باب التدبير

التدبير يتجزأ عند أبي حنيفة خلافاً لهما، كالإعتاق؛ لأنه شعبة من شعب الإعتاق، فيكون معتبراً به.

ومالية المدبر متقومة. ذكرها في العبد الذي يعتق بعضه.

والتدبير لا يقبل الفسخ. ذكرها في باب كتابة العبد المشترك من المكاتب.

وإذا قال المولى لمملوكه: إذا متّ فأنت حرّ، أو أنت حر عن دبرٍ مني، أو أنت مدبرٌ، أو قد دبرتك فقد صار

مدبراً، ثم لا يجوز بيعه، ولا هبته، ولا إخراجة عن ملكه إلا إلى الحرية. وقال الشافعي: يجوز.

وللمولى أن يستخدمه ويؤجره، وإن كانت أمةً وطئها، وله أن يتزوجها.

وإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث المال، حتى إنّه لو لم يكن مالٌ غيره سعى في ثلثيه. وإن كان على المولى

دينٌ سعى في جميع قيمته.

وولد المدبرة مدبرٌ.

وإن علق التدبير بموته على صفةٍ، مثل أن يقول: إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا أو من مرضي كذا فليس بمدبرٍ، ويجوز بيعه. فإن مات المولى على الصفة التي ذكرها يعتق كما يعتق المدبر، معناه: من الثلث. ومن المقيد أن يقول: إن مت إلى سنة أو عشر سنين، بخلاف ما إذا قال: إلى مائة سنة، ومثله لا يعيش إليه في الغالب.

وإذا قال: أنت مدبرٌ على ألف درهمٍ يكون القبول إليه في الحال، لا بعد الموت. ذكرها في باب "العتق على جعل".

وإذا كانت أمة بين رجلين، دبرها، ثم وطئها أحدهما، فجاءت بولد منه، فادعاه يثبت نسب الولد منه، ويقتصر أمومته على نصيبه بالإجماع، حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله. أشار إليه في باب "كفاية العبد المشترك".

وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما، ثم أعتقه الآخر وهو موسرٌ، فإن شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته، وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء أعتق.

وإن أعتقه أحدهما، ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق، ولكن يستسعي أو يعتق، وهذا عند أبي حنيفة. وإذا ضمنه في الصورة الأولى يضمنه قيمة نصيبه مدبراً. ثم قيل: قيمة المدبر تعرف بتقويم / [١١١ ظ] المقومين، وقيل: يجب ثلثا قيمته وهو قن لأن المنافع أنواع ثلاثة: البيع وأشباهه، والاستخدام وأمثاله، والإعتاق وتوابعه، والفائض البيع، فيسقط الثلث. وإذا ضمنه لا يملكه بالضمنان. وقال أبو يوسف ومحمد: إذا دبره أحدهما، فعتق الآخر بطل، ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً، ويضمن قيمته قناً. وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل، ويضمن نصف قيمته إن كان موسراً، ويسعى العبد في ذلك إن كان معسراً. وهذه المسألة مذكورة مفصلة في باب "كتابة العبد المشترك".

باب الاستيلاء

إذا ولدت الأمة من مولاها وإن كان المولود ميتاً فقد صارت أم ولد له، لا يجوز بيعها ولا تملكها. وكذا إذا كان بعضها مملوكاً له. وله وطئها واستخدامها وإجارتها وتزويجها.

ولا يثبت نسب ولدها إلا أن يعترف به. وقال الشافعي: يثبت نسبه منه وإن لم يدع.

فإن جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير إقراره، معناه: بعد اعتراف منه بالولد الأول، إلا أنه إذا نفاه ينتفي بقوله. قال في العناية: أي من غير لعان ما لم يقضي القاضي به، أو لم يتناول المدة. فأما بعد قضاء القاضي فقد لزمه به على وجه لا يملك إبطاله، وكذلك بعد التطاول، انتهى. وهذا الذي ذكرناه حكماً، فأما الديانة فإن كان وطئها وحسنها، ولم يعزل عنها يلزمه أن يعترف به ويدعي. وإن عزل عنها أو لم يحسنها جاز له أن ينفيه. هكذا روي عن أبي حنيفة. وفيه روايتان أخراوان^{١١٢٢} عن أبي يوسف ومحمد ذكرنا في "كفاية المنتهي".

^{١١٢٢} هكذا النسخ والأصح: أخريان.

فإن زوجها فجاءت بولدٍ فهو في حكم أمّة، والنسبُ يثبت من الزوج. ولو ادعاه المولى لاثبت نسبته منه، ويعتق الولد، ويصير أمه أم ولد له. وفي العناية: وقوله: "ولو ادعاه" معناه: إذا زوج المولى أمته لاثبت النسب منه لأنه ثابت النسب من غيره، ويعتق الولد، ويصير أمه أم ولد له لإقراره. وإنما فسرنا كلامه بذلك ليستقيم قوله: "وتصير أمه أم ولد له"؛ لأن أمومة أم الولد ثابتة قبل هذه الدعوى، فلا يستقيم حينئذٍ قوله: "وتصير أمه أم ولد له". هكذا نقل عن فوائد مولانا حميد الدين الضرير، انتهى.

وإذا مات المولى عتقت أم الولد من جميع المال، ولاسعاية عليها في دين المولى للغرماء. وإذا ادعى المريض ولدً جاريته إن كان معها / [١٢١و] ولدً لاتسعى في قيمتها للغرماء، وإن لم يكن معها ولدٌ سعت في جميع قيمتها للغرماء، ذكرها في كتاب الحجر. وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها. وهي بمنزلة المكاتب لا يعتق حتى يؤدي السعاية. وقال زفر: تعتق في الحال، والسعاية دينٌ عليها. وهذا الخلاف فيما إذا عرض على المولى الإسلام فأبى، فإن أسلم تبقى على حالها. وإن مات مولاه عتقت بلاسعاية. ولو عجزت في حال حياته لاترد قنّة. ومن استولد أمة غيره بنكاح، ثم ملكها صارت أم ولدٍ له. وقال الشافعي: لاتصير أم الولد له. ولو استولدها بملك يمين، ثم استحقت، ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا، وله فيه قولان، وهو ولد المغرور. ولو اشترى المورث جاريةً ومات واستولدها الوارث ثم استحقت يكون الولدُ حراً بالقيمة، ويرجع الوارث بها وبالثمن على البائع كالمورث، ويصير مغروراً بشراء المورث، ذكرها في "القسمة" قبيل فصل "فيما يقسم وما لا يقسم". وإذا ولدت المشتراة في مدة خيار المشتري بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده خلافاً لهما، ذكرها في باب "خيار الشرط".

وإذا علقت عن الزنا، ثم ملكها الزاني لاتصير أم ولد له، ولا يثبت نسب ولده، إلا أنه يعتق. ومن اشترى أخاه من الزنا. أي: أخاه لأب. لا يعتق. وإذا وطئ جارية ابنه، فجاءت بولد، فادعاه يثبت نسبه، وصارت أم ولد له، وعليه قيمتها، وليس عليه عُقرها^{١١٢٣} ولا قيمة ولدها. وإذا وطئ أب الأب مع بقاء الأب لم يثبت النسب. ولو كان الأب ميتاً يثبت من الجد كما يثبت من الأب.

وكفر الأب ورثته بمنزلة موته. وإذا كانت الجارية بين شريكين، فجاءت بولدٍ، فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه، وصارت أم ولد له. والاستيلاء لا يتجزأ عندهما، وعند أبي حنيفة: يصير نصيبه أم ولد له، ثم يتملك نصيب صاحبه، ويضمن نصف قيمتها، ويضمن نصف عُقرها، ولا يغرم قيمة ولدها. وإن ادعياه معاً يثبت نسبه منهما. معناه: إذا حبلت على ملكهما. وقال الشافعي: يرجع إلى قول القائف، / [١٢١ظ] وعندنا ثبت نسبه منهما؛ كانت الأمة أم ولد لهما،

^{١١٢٣} أي مهر مثلها، البنائة.

وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصاً بماله على الآخر، ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل، ويرثان منه ميراث أب واحد.

وإذا كان أحد الشريكين أب الآخر، أو كان مسلماً والآخر ذمياً لا يثبت نسبه منهما معاً، بل يثبت من الأب والمسلم.

إذا وطئ المولى جارية مكاتبه، فجاءت بولد، فادعاه، فإن صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه، وعليه عقرها بقيمة ولدها، ولا تصير أم ولد له. وعن أبي يوسف: لا يعتبر تصديقه، وإن كذبه في النسب لم يثبت. ولو ملكه يوماً ثبت نسبه منه لا يرجع المغرور بعقر لزمه عليه إلى الذي أوقعه في هذا الصنع. ذكره في باب الجنائيات من كتاب الحج. وصورته: إذا باع رجل جارية، وقال: هذه الجارية لي، وسلم إلى المشتري، ثم تبين أنها كانت لآخر؛ يلزمه العقر، والعقر: مهر المرأة إذا وطئت عن شبهة، سمي عقراً؛ لأنه يجب على الواطئ بعقره إياها، أي: بجرحه إياها بإزالة بكارتها، هذا هو الأصل، ثم صار للثيب، من طلبة الطلبة.^{١١٢٤}

ومن استولد جاريةً بالنكاح، ثم ملكها هو وغيره وراثته يضمن نصيب شريكه، ذكرها في أول كتاب المضاربة.

^{١١٢٤} س - من طلبة الطلبة.

كتاب الأيمان

الأيمان على ثلاثة أضرب: يمين العَمُوس، ويمين منعقدة، ويمين لغو.
فالغموس: هي الحلف على أمر ماضٍ يعتمد الكذب فيه، فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها، ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار، وقال الشافعي: فيها الكفارة.
والمنعقدة: ما يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله، فإذا حنث في ذلك لزمته الكفارة.
ويمين اللغو: أن يحلف على أمر ماضٍ وهو يظن أنه كما قال، والأمر بخلافه، فهذه اليمين نرجو أن لا يؤخذ الله بها صاحبها.
ومن اللغو أن يقول: والله إنه لزيد وهو يظنه زيداً، وإنما هو عمرو، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾^{١١٢٥} وإنما علقه . أي: مُجَدِّد . بالرجاء للاختلاف في تفسيره.
والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء، حتى تجب الكفارة، والشافعي خالفنا في ذلك، وسيبين في الإكراه إن شاء الله تعالى.
ومن فعل المحلوف عليه ناسياً أو مكرهاً فهو سواء، وكذا إذا فعله وهو مغمى عليه أو [١١٣] مجنون.

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

واليمين بالله تعالى أو باسم آخر من أسماء الله، كالرحمن والرحيم، أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفاً، كعزة الله وجلاله وكبريائه، إلا قوله: وعلم الله، فإنه لا يكون يمينا. ولو قال: غضب الله وسخطه لم يكن حالفاً، وكذا: ورحمة الله.
ومن حلف بغير الله لم يكن حالفاً، كالنبي والكعبة، وكذا إذا حلف بالقرآن. قال عليه السلام: معناه: أن يقول: والنبي والقرآن. أما لو قال: أنا بريء منه يكون يمينا، والتبري منهما كفر.
والحلف بحروف القسم، وحروف القسم: الواو كقوله: والله، والباء كقوله: بالله، والتاء كقوله: تالله. وقد يضم^{١١٢٦} الحرف، فيكون حالفاً كقوله: الله لا أفعل كذا. ثم قيل: ينصب لانتزاع حرف خافض، وقيل: يخفض، فتكون الكسرة دلالة على المحذوفة. وكذا إذا قال: لله. قال أبو حنيفة عليه السلام: إذا قال: وحق الله فليس بحالف، وهو قول محمد وإحدى الروایتين عن أبي يوسف. وعنه رواية أخرى: أنه يكون يمينا. قالوا: لو قال: والحق يكون يمينا، ولو قال: حقاً لا يكون يمينا.

^{١١٢٥} سورة البقرة، ٢/٢٢٥؛ سورة المائدة، ٥/٨٩.

^{١١٢٦} ل: يضم.

ولو قال: أقسم أو أقسم بالله أو أحلف أو أحلف بالله أو أشهد أو أشهد بالله فهو حالف. والحلف بالله هو المعهود المشروع، وبغيره محذور، فيصرف إليه، ولهذا قيل: لا يحتاج إلى النية، وقيل: لا بد منها.

ولو قال بالفارسية: "سَوَكُنْد مِي خُورَم بِخْداي" ^{١١٢٧} يكون يمينا. ولو قال: سوكند خورم، قيل: لا يكون يمينا.

ولو قال: سوكند مِي خورم بطلاق زَم ^{١١٢٨} لا يكون يمينا. وكذا ^{١١٢٩} قوله: لَعَمْرُ الله وأَيُّم الله، وكذا قوله: وعهد الله وميثاقه، وكذا إذا قال: عليّ نذرٌ أو نذر الله.

وإن قال: إن فعلت كذا فهو يهوديٌّ أو نصرانيٌّ أو كافر يكون يمينا. ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس، ولا يكفر اعتباراً بالمستقبل، يعني: لو حلف به على أمر في المستقبل، فإنه في المستقبل كان يمينا يكفر، ولا يكفر الحالف كذلك إذا كان في الماضي. كذا في **العناية**. وقد قيل: يكفر، والصحيح: أنه لا يكفر فيهما إن كان يعلم أنه يمين. وإن كان جاهلاً أو عنده أنه يكفر بالحلف يكفر فيهما.

فإن قال: إن فعلت كذا فعليّ غضب الله أو سخطه فليس بحالف. وكذا إذا قال: إن فعلت كذا فأنا زانٍ / [١٣ ظ] أوسارقٌ أو شارب خمرًا أو آكل رباً.

فصل في الكفارة

كفارة اليمين عتق رقبة، يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار. وإن شاء كسا عشرة مساكين، كل واحد ثوباً فما زاد، وأدناه ما يجوز فيه الصلاة. وإن شاء أطعم عشرة كالإطعام في كفارة الظهار.

ولو اختار الطعام أجزأه التغذية والتعشية، ولا يجب التصديق، ذكرها في باب الجنائيات من الحج.

فإن لم يقدر على أحد الأشياء الثلاثة صام ثلاثة أيام متتابعات. وقال الشافعي: يخير في التتابع.

ويجوز دفع القيم في الكفارة والنذر، ذكره في كتاب الزكاة.

ثم المذكور في الكتاب في بيان أدنى الكسوة مروى عن محمد، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أن أدناه ما يستر عامة بدنه، حتى لا يجوز السراويل، وهو الصحيح. وهذا احتراز عما روي في **نوادير ابن سماعة** أنه يجوز، وفي رواية أخرى: إن أعطى السراويل المرأة لا يجوز، وإن أعطى الرجل يجوز، كذا في **العناية**. لكن ما لا يجزئه عن الكسوة يجزئه عن الطعام باعتبار القيمة.

وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزئه. وقال الشافعي: يجزئه بالمال، ^{١١٣٠} ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة.

ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلاناً ينبغي أن يحنث ويكفر عن يمينه.

وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر أو بعد إسلامه فلا حنث عليه.

^{١١٢٧} سوكند أي الحلف ، مي خورم أي أحلف.

^{١١٢٨} أي أحلف بطلاق زوجتي.

^{١١٢٩} يكون يمينا.

^{١١٣٠} قيد بالمال؛ لأن ظاهر مذهبه أن الصوم لا يجوز؛ لأن العبادات البدنية لا تتقدم على وقت الأداء، **البنية** ، ١٨٥/٨.

ومن حرم على نفسه شيئاً مما يملكه لم يصّر محرّماً، وعليه إن استباحه كفارة يمين. وقال الشافعي: لا كفارة عليه.

ولو قال: كل حلال عليّ حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوي غير ذلك. والقياس أن يحنث كما فرغ بمباشرته فعلاً مباحاً هو التنفس ونحوه، وهذا قول زفر. ولا يتناول المرأة إلا بالنية، وإذا نواها كان إيلاء. ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب، وهذا كله جواب ظاهر الرواية. ومشايخنا قالوا: يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال، وعليه الفتوى. وكذا ينبغي في قوله: "حلال بر وى حرام" للعرف. واختلفوا في قوله: "هرجه بدست راست كبرم حرام" أنه هل يشترط النية؟ والأظهر: أنه يجعل طلاقاً من غير نية للعرف.

ومن نذر نذراً مطلقاً فعليه الوفاء. وإن علق/[١١٤و] النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر. وعن أبي حنيفة: أنه رجع عنه وقال: إذا قال: إن فعلت كذا فعليّ حجة، أو صوم سنة، أو صدقة مال أملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين. وهو قول محمد، ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضاً. وهذا إذا كان شرطاً لا يريد كونه، بخلاف ما إذا كان شرطاً يريد كونه، كقوله: إن شفى الله مريضتي، وهذا التفصيل هو الصحيح.

ومن نذر أن يصوم شهراً لم يتعين الشهر الذي يلي النذر ما لم يعينه، ذكرها في باب الإجارة الفاسدة. والنذر لا يعمل فيه الإكراه؛ لأنه لا يحتمل^{١١٣١} الفسخ، ولا رجوع على المكروه بما لزمه؛ لأنه لا مطالب له في الدنيا، ذكرها في فصل "وإن أكره على أكل الميتة" من كتاب الإكراه.^{١١٣٢} ومن حلف على يمين وقال: إن شاء الله متصلاً بيمينه فلا حنث عليه.^{١١٣٣}

باب اليمين في الدخول والسكنى

ومن حلف لا يدخل بيتاً، فدخل الكعبة أو المسجد أو البيعة أو الكنيسة لم يحنث. وكذا إذا دخل دهليزاً أو طُلة باب الدار. وقيل: إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يبقى داخلياً وهو مسقف يحنث. وإن دخل صُفة حنث. وقيل: هذا إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة، وهكذا كانت صفافهم، وقيل: الجواب مجرى على الإطلاق، وهو^{١١٣٤} الصحيح.

ومن حلف لا يدخل داراً، فدخل داراً خربةً لم يحنث. ولو حلف لا يدخل هذه الدار، فدخلها بعدما انهدت وصارت صحراء حنث. ولو حلف لا يدخل هذه الدار، فخربت، ثم بنيت أخرى، فدخلها يحنث. وإن جعلت مسجداً أو حماماً أو بستاناً أو بيتاً فدخله لم يحنث. وكذا إذا دخله بعد انهدام الحمام وأشباهه.

^{١١٣١} ل م : يحتمل.

^{١١٣٢} س — والنذر لا يعمل فيه ... الإكراه.

^{١١٣٣} ن — ومن حلف ... عليه.

^{١١٣٤} ل — هو.

وإن حلف لا يدخل هذا البيت، فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث، وكذا إذا بنى بيتاً جديداً، فدخله. ولو بقيت الحيطان وسقط السقف حنث.

ومن حلف لا يدخل هذه الدار، فوقف على سطحها حنث، وقيل: في عرفنا لا يحنث. وكذا إذا دخل دهليزها يحنث، ويجب أن يكون على التفصيل الذي تقدم. وإن وقف في طاق الباب بحيث^{١١٣٥} إذا أغلق الباب كان خارجاً لا يحنث.

ومن حلف / [١١٤ظ] لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالعود حتى يخرج ثم يدخل استحساناً، والقياس أن يحنث.

ومن حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث إذا دخلها راكباً أو جالساً أو حافياً أو متعللاً، ذكرها في باب "اليمين في الأكل والشرب".

ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لا يسه فتزعه في الحال لم يحنث. وكذا إذا 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، وقال زفر: يحنث. فإن لبث على حاله ساعة حنث. ولو نوى بالركوب والسكون الابتداء الخالص لا الدوام يصدق.

ولو حلف لا يسكن هذه الدار، فخرج هو بنفسه، ومتاعه وأهله فيها، ولم يُرد الرجوع إليها حنث. والبيت والمحلة بمنزلة الدار. ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والأهل فيما روي عن أبي يوسف. والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب. ثم قال أبو حنيفة: لا بد من نقل كل المتاع، حتى لو بقي وتد يحنث، وقال أبو يوسف: يعتبر نقل الأكثر، وقال محمد: يعتبر نقل ما يقوم به كتخدايته^{١١٣٦} قالوا: هذا أحسن وأرفق بالناس. وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يكون باراً، فإن انتقل إلى السكة أو المسجد قالوا: لا يبر.

باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك

ومن حلف لا يخرج من المسجد فأمر إنساناً فحمله فأخرجه حنث. وإن أخرجه مكرهاً لم يحنث. ولو حمله برضاه لا بأمره لم يحنث في الصحيح، وهذا احتراز عن قول بعض المشايخ، فإنهم قالوا: يحنث. كذا في العناية.

ومن حلف لا يخرج من المسجد فركب دابة فخرجت حنث.

ولو حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة فخرج إليها ثم أتى حاجة أخرى لم يحنث.

ولو حلف لا يخرج إلى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث.

ولو حلف لا يأتيها. أي: مكة. لم يحنث حتى يدخلها. ولو حلف لا يذهب إليها قيل: هو كالإتيان، وقيل: كالخروج، وهو الأصح.

ولو حلف ليأتيني البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من أجزاء حياته.

^{١١٣٥} ل م: يحنث.

^{١١٣٦} أي سكنه فيما انتقل إليه، فتح القدير.

ولو حلف ليأتيته غداً إن استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة،/[١١٥و] وفسره في الجامع الصغير وقال: إذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يحج أمر لا يقدر على إتيانه فلم يأتيه حنث. وإن عني استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى، ثم قيل: يصح قضاء أيضاً، وقيل: لا يصح.

قال صاحب العناية: اعلم أن الاستطاعة تطلق على معنيين؛ أحدهما: صحة الأسباب والآلات، قال الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾^{١١٣٧} وفسره رسول الله ﷺ بالزاد والراحلة. والثاني: القدرة الحقيقية، وهي أنواع عدة يترتب عليها الفعل عند إرادته إرادة جازمة يخلقه الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا، قال الله تعالى: ﴿مَا كَانُوا يَسْتَطِيعُونَ السَّمْعَ﴾^{١١٣٨}. إذا عرف هذا ففيما نحن فيه كلامه ينصرف إلى الأول؛ لأنه هو المتعارف. وإن عني الثاني وقد عبر عنه باستطاعة القضاء صدق فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه نوى. أي: أراد. حقيقة كلامه. انتهى كلام صاحب العناية.

ولو حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه، فأذن لها مرة، فخرجت، ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث، ولا بد من الإذن في كل خروج. ولو نوى الإذن مرة يصدق ديانة لا قضاء.

ولو قال: إلا أن أذن لك، فأذن لها مرة واحدة، ثم خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث، كما إذا قال: حتى أذن لك.

ولو أرادت المرأة الخروج، وقال: إن خرجت فأنت طالق، فجلست، ثم خرجت لم يحنث، وكذلك إذا أراد رجل ضرب عبده، فقال له آخر: إن ضربته فعبدي حر، فتركه، ثم ضربه، وهذه تسمى: يمّين فور. وتفرد أبو حنيفة في إظهاره. قال صاحب العناية: أي: باستنباطه، وكان الناس قبله يعلمون اليمين نوعين: مؤبدة ومؤقتة لفظاً، ثم استنبط أبو حنيفة هذا النوع الثالث، وهو المؤبد لفظاً والمؤقت معنى. وقد أخذه من حديث جابر وابنه رضي الله عنهما حين دعيا إلى نصرة رجل، فحلفا أن لا ينصره، ولم يحنثا، واعتبر ذلك في العرف، إلى آخر ما ذكره، انتهى.

ولو قال له رجل: اجلس فتغدد عندي، فقال: إن تغديت فعبدي حر، فرجع إلى منزله، فتغدى لم يحنث، بخلاف ما إذا قال: إن تغديت اليوم، فيحنث، ويجعل مبتدئاً.

ومن حلف/[١١٥ظ] لا يركب دابة فلان، فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة، إلا أنه إذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وإن نوى. وإن كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث مالم ينوه. وقال أبو يوسف في الوجه كلها: يحنث إذا نواه، وقال محمد: يحنث وإن لم ينو.

باب اليمين في الأكل والشرب

ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها، لكن الشرط أن لا يتغير بصنعة^{١١٣٩} جديدة، حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ.

^{١١٣٧} سورة آل عمران، ٩٧/٣.

^{١١٣٨} سورة هود، ٢٠/١١.

^{١١٣٩} ل م: صيغة.

وإن حلف لا يأكل من هذا البسر، فصار رطباً، فأكله لم يحنث. وكذا إذا حلف لا يأكل من هذا الرطب أو من هذا اللبن، فصار تمرًا، أو صار اللبن شيرازًا.

ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل^{١١٤٠} فأكل بعدما صار كبشاً حنث.

ومن حلف لا يأكل لحم البقر لا يحنث بأكل لحم الجواميس، ذكرها في فصل زكاة البقر.

ومن حلف لا يأكل بسرًا فأكل رطباً لم يحنث. ومن حلف لا يأكل رطباً أو بسرًا، أو حلف لا يأكل رطباً ولا بسرًا فأكل مذنبًا. وهو البسر الذي في ذنبه قليل الرطب. حنث عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يحنث في الرطب، يعني: بالبسر المذنب، ولا في البسر بالرطب المذنب، وهو عكس البسر المذنب.

ولو حلف لا يأكل رطباً، فأكل كباسة بسر فيها رطب يحنث.

ولو حلف لا يأكل شعيرًا، فأكل حنطة فيها حبات شعيرٍ حنث، بخلاف الشرى. وسيجيء في باب اليمين في البيع والشرى.

ولو حلف لا يأكل لحماً، فأكل لحم السمك لا يحنث. وهذا استحسان، والقياس أن يحنث. وإن أكل لحم خنزير أو انسان حنث. وكذا إذا أكل كبدًا أو كرشًا، وقيل: في عرفنا لا يعد لحماً، فلا يحنث.

ولو حلف لا يأكل شحمًا، فأكل ألية لم يحنث إلا في شحم البطن عند أبي حنيفة. وقالوا: يحنث في شحم الظهر أيضاً، ويحنث بأكله في اليمين على أكل اللحم. وقيل: هذا بالعربية، فأما اسم ييه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال.

ولو حلف لا يأكل لحماً أو شحمًا، فأكل ألية لم يحنث.

ولو حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها^{١١٤١}. ولو أكل من خبزها لم يحنث. وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: إن أكل من خبزها حنث أيضاً.

ولو حلف لا يأكل من هذا [١١٦] أو الدقيق، فأكل من خبزه حنث. ولو استنقه^{١١٤٢} كما هو لا يحنث، هو الصحيح. وهذا احتراز عن قول بعض مشايخنا: إنه يحنث، كذا في العناية.

ولو حلف لا يأكل خبزاً فيمينه على ما يعتاد أهل المصر أكله خبزاً، وذلك خبز الحنطة والشعير. ولو أكل من خبز القطايف لم يحنث إلا إذا نواه. ولو أكل خبز الأرز بالعراق لم يحنث بناء على أنه غير معتاد عندهم، حتى لو كان بطبرستان أو في بلدة طعامهم ذلك يحنث.

ولو حلف لا يأكل طعاماً فهو على ما يطعم، وهذا بناء على القياس اعتباراً للحقيقة. ذكره في فصل الوكالة بالشرى.

ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر إلا أن ينوي ما يشوى من بيض وغيره.

^{١١٤٠} وهو ولد الضأن في السنة الأولى، والجمع حُمْلان، البناءة، ١٦٨/٦.

^{١١٤١} القضم الأكل بأطراف الأسنان، البناءة، ١٨٤/٦.

^{١١٤٢} أي أكله من غير مضغ، العناية، ١٢٦/٥.

وإن حلف لا يأكل الطبخ فهو على ما يطبخ من اللحم، وهذا استحسان اعتباراً للعرف، إلا إذا نوى غير ذلك. وإن أكل من مرقه يحنث.

ومن حلف لا يأكل الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التناير، ويبيع في المصر، ويقال: يكبس. وفي الجامع الصغير: لو حلف لا يأكل رأساً فهو على رؤوس البقر والغنم عند أبي حنيفة، وقالوا: على الغنم خاصة. وهذا خلاف عصر وزمان، كان العرف في زمنه فيهما، وفي زمنهما في الغنم خاصة. وفي زماننا يفتى على حسب العادة، كما هو المذكور في المختصر.

وإذا حلف لا يأكل فاكهة، فأكل عنباً أو رماناً أو رطباً أو قثاء أو خياراً لم يحنث. وإن أكل تقاحاً أو بطيخاً أو مشمشاً حنث. وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: حنث في العنب والرطب والرمان أيضاً.

ولو حلف لا يأتمد، فكل^{١١٤٣} شيء اصطبغ به فهو إدام. والشواء ليس بإدام، والملح إدام، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو إدام، وهو رواية عن أبي يوسف. وفي العناية: وحاصل ذلك على ثلاثة أوجه؛ ما يصطبغ به فهو إدام بالاتفاق، والبطيخ والعنب والتمر وأمثالها مما يؤكل وحده غالباً ليس بإدام بالاتفاق، وفي اللحم والبيض والجن اختلاف، جعلها محمد إداماً خلافاً لهما، انتهى. وقال صاحب الهداية: والعنب والبطيخ ليس بإدام هو الصحيح. وفي العناية: كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي، وقال بعض مشايخنا: إنه على هذا الاختلاف.

وإذا حلف لا يتغدى فالغداء: الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر، والعشاء: [١٦١ ظ] من صلاة الظهر إلى نصف الليل، والسحور: من نصف الليل إلى طلوع الفجر. ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة، ويعتبر عادة أهل كل بلد في حقهم، ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشبع.

ومن قال: إن لبست أو أكلت أو شربت فعبدي حر، وقال: عنيت شيئاً دون شيء لم يدين في القضاء وغيره أي: ديانة. ولو قال: إن لبست ثوباً أو أكلت طعاماً أو شربت شراباً لم يدين في القضاء خاصة.

ومن حلف لا يشرب من دجلة، فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعاً عند أبي حنيفة، وقالوا: إذا شرب بإناء يحنث. وإن حلف لا يشرب من ماء دجلة، فشرب منها بإناء حنث، كما إذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة.

ومن قال: إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق، وليس في الكوز ماء لم يحنث. فإن كان فيه ماء، فأهريق قبل الليل لم يحنث، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يحنث في ذلك كله، يعني: إذا مضى اليوم. وعلى هذا الخلاف إذا كان اليمين بالله تعالى. ولو كانت اليمين مطلقة^{١١٤٤} ففي الوجه الأول^{١١٤٥} لا يحنث عندهما، وعند أبي يوسف: يحنث في الحال، وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعاً، كما إذا مات الحالف قبل تحقق البر.

^{١١٤٣} ل: كل.

^{١١٤٤} أي عن ذكر الوقت.

^{١١٤٥} يعني فيما إذا لم يكن في الكوز ماء، العناية، ١٣٩/٥.

ومن حلف ليصعدن السماء، أو ليقبلن هذا الحجر ذهباً انعقدت يمينه، وحنث عقبيها. وقال زفر: لا تتعقد. وفي هاتين الصورتين لو مات الحالف يحنث بالاتفاق.

ولو حلف لا يشرب اللبن، فشرب لبناً مغلوباً بالماء لا يحنث، ذكرها في أوائل الرضاع. وقال صاحب العناية: وأصل المسألة في الأيمان فيما إذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة، فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى وهو غالب فشربه فهو على الخلاف؛ عند أبي يوسف لا يحنث، وعند محمد يحنث، انتهى.

باب اليمين في الكلام

ومن حلف لا يكلم فلاناً، فكلمه وهو بحيث يسمع، إلا أنه نائم حنث، وفي بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه، وعليه مشايخنا، يريد: ما روي في رواية: "فناداه وأيقظه" يحنث في يمينه. / [١١٧] وهذه الرواية تشير إلى اشتراط الإيقاظ للحنث. وذكر في بعض الروايات: "فناداه أو أيقظه"، وهذه تدل على أنه متى ناداه يحنث لو كان يقظان يسمع صوته حنث وإن لم يوقظه. وقال شمس الأئمة السرخسي: والأظهر أنه لا يحنث، وإليه أشار بقوله: "وعليه مشايخنا" والوجه ما ذكره في الكتاب، كذا في العناية.

ولو ناداه وهو بحيث يسمع، لكنه لم يفهم لتغافله. أي: لغفلته. حنث. ولو ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته فضلاً عن أن يميز حروفه لا يحنث، وفي ذلك يكون لاغياً، لا مكلفاً منادياً، وصار كما لو كان ميتاً لا يحنث بكلامه. كذا في فتح القدير.

ولو حلف لا يكلمه إلا بإذنه، فأذن له، ولم يعلم بالإذن حتى كلمه حنث، وقال أبو يوسف: لا يحنث. ولو حلف لا يكلمه إلا برضاه، فرضي المحلوف عليه بالاستثناء، ولم يعلم الحالف، فكلمه لا يحنث بالاتفاق.

وإن حلف لا يكلمه شهراً فهو من حين حلف، ولا يفوّض إليه التعيين، بخلاف ما إذا قال: والله لأصومن شهراً، فحينئذ يلزمه شهر واحد، والتعيين يفوّض إليه.

وإن حلف أنه لا يتكلم، فقرأ القرآن في صلاته لم يحنث. وإن قرأ في غير صلاته حنث. وعلى هذا التسييح والتهيل والتكبير. وفي القياس يحنث فيهما، وهو قول الشافعي. وقيل: في عرفنا لا يحنث في غير الصلاة أيضاً. ولو قال: يوم أكلّم فلاناً فامرأته طالق فهو على الليل والنهار، فإن عنى النهار خاصة دين في القضاء، وعن أبي يوسف: لا يدين في القضاء.

ولو قال: ليلة أكلّم فلاناً فهو على الليل خاصة. ولو قال: إن كلمت فلاناً إلا أن يقدم فلان، أو قال: حتى يقدم فلان أو إلا أن يأذن فلان أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق، فكلمه قبل القدوم والإذن حنث. فإن مات فلان سقطت اليمين، خلافاً لأبي يوسف.

ومن حلف لا يكلم عبد فلان، ولم ينو عبداً بعينه، أو امرأة فلان أو صديق فلان، فباع فلان عبده، أو بانت منه امرأته، أو عادى صديقه، فكلّمهم لم يحنث. قال ﷺ: هذا في إضافة الملك^{١١٤٦} بالاتفاق، وفي إضافة النسبة^{١١٤٧}

^{١١٤٦} وهو قوله عبد فلان.

^{١١٤٧} وهو قوله امرأة فلان وصديق فلان.

عند مُجَّد: يحنث كالمراة والصدیق. قاله في الزيادات. / [١١٧ظ] وإن كانت يمينه على عبد بعينه لم يحنث في العبد، وحنث في المرأة والصدیق، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال مُجَّد: يحنث في العبد أيضاً، وهو قول زفر. وإذا حلف لا يكلم موالی فلان يتناول الأعلى والأسفل. ذكرها في باب الوصية للأقارب. ولو حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها فلان ثم دخلها فهو على الخلاف. وإن حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث. ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخاً حنث. ولو حلف لا يقرأ كتاب فلان، فنظر فيه وفهمه، ولم يقرأ بلسانه فإنه يحنث عند مُجَّد خلافاً لأبي يوسف. ذكرها في كتاب الصلاة في باب ما يفسد الصلاة.

فصل

ومن حلف لا يكلمه حيناً أو زماناً أو الحين أو الزمان فهو على ستة أشهر. وهذا إذا لم يكن له نية. أما إذا نوى شيئاً فهو على ما نوى. وكذلك الدهر عند أبي يوسف ومُجَّد. وقال أبو حنيفة: الدهر لأدري ما هو. وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح. وفي العناية: وهذا احتراز عن رواية بشر عن أبي حنيفة: أنه لافرق على قول أبي حنيفة بين قوله: دهر أو بين قوله: الدهر. وإذا كان الاختلاف في المنكر فالمعروف يكون متفقاً عليه، انتهى. وأما المعروف بالألف واللام فيراد به الأبد عرفاً. ولو حلف لا يكلمه أياماً فهو على ثلاثة أيام. ولو حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة، وقالوا: على أيام الأسبوع. ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة أشهر عنده، وعندهما: على اثني عشر شهراً، وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين، وعندهما: ينصرف إلى العمر. ومن حلف لا يكلم فلاناً شهراً فهو من حين حلف، ذكرها في باب الإجارة الفاسدة. ومن قال لعبد: إن خدمتني أياماً كثيرة فأنت حرّ فالأيام الكثيرة عند أبي حنيفة عشرة، وقالوا: سبعة أيام. وقيل: لو كانت اليمين بالفارسية ينصرف إلى سبعة أيام.

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته: إذا ولدت ولداً / [١١٨و] فأنت طالق فولدت ولداً ميتاً طلقت. وكذا إذا قال لأمته: إذا ولدت ولداً فأنت حرة. ولو قال: إذا ولدت ولداً فهو حر فولدت ولداً ميتاً ثم آخر حياً عتق الحي وحده. وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يعتق واحد منهما. ولو قال: أول عبد أشتريه فهو حر، فاشتري عبداً عتق. فإن اشتري عبدين معاً ثم اشتري آخر لم يعتق واحد منهم. وإن كان قال: أول عبد أشتريه وحده فهو حر عتق الثالث.

وإن قال: آخر عبد اشتريه فهو حر فاشتري عبداً ومات^{١١٤٨} لم يعتق. ولو اشترى عبداً ثم عبداً ثم مات. أي: المولى. عتق الآخر، ويعتق يوم اشتراه^{١١٤٩} عند أبي حنيفة، ويعتبر من جميع المال. وقالوا: يعتق يوم مات حتى يعتق من ثلث المال.

ومن قال: كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة متفرقون عتق الأول، وإن بشره معاً عتقوا جميعاً.

ولو قال: إن اشتريت فلاناً فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يُجزَّه. وإن اشترى إياه ينوي به عن كفارة يمينه أجزأه عندنا، خلافاً لزفر والشافعي.

وإن اشترى أم ولده ونوى عن كفارته لم تجزه. ومعنى هذه المسألة: أن يقول لأمة قد استولدها بالنكاح: إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فإنها تعتق، ولا تجزئه عن الكفارة، بخلاف ما إذا قال لقتة: إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني، حيث يجزئه عنها إذا اشتراها.

ومن قال: إن تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت، وإن اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافاً لزفر.

ومن قال: كل مملوك لي حر تعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده، ولا يعتق مكاتبه إلا أن ينوبهم. ومن قال لنسوة له: هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الأخيرة، وله الخيار في الأوليين، كما لو قال: إحداها طالق وهذه. وكذا لو قال لعبيده: هذا حر وهذا وهذا؛ عتق الأخير، وله الخيار في الأولين. ولو علق الطلاق أو العتاق بالشرط، ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط^{١١٥٠} وثبت العتق لا يحنث في يمينه ذلك. ذكرها في باب جنابة المملوك من كتاب الديات. وإذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق^{١١٥١} الولد، وفي العتق ولد حي. ذكرها في باب الوصية بالثلث من كتاب الوصايا. / [١١٨ ظ]

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤاجر، فوكل من فعل ذلك لم يحنث إلا أن ينوي ذلك، أي: إلا أن ينوي أن لا يأمر غيره أيضاً، فحينئذ يحنث، أو يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه. ومن حلف لا يبيع، فباع بالعين أو بالغبن الفاحش يحنث^{١١٥٢}، ذكرها في باب الوكالة بالبيع، ولو كان العاقد الوكيل هو الحالف يحنث.

^{١١٤٨} أي مات المولى.

^{١١٤٩} اشتريه، هكذا الخط في جميع النسخ.

^{١١٥٠} ل م - ثم وجد الشرط.

^{١١٥١} م: ومطلق.

^{١١٥٢} ل م - يحنث.

ولو حلف لا يشتري ربياً، فاشترى بسرّاً، أو لا يشتري بسرّاً، فاشترى ربياً، أو لا يشتري ربياً، فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث. ذكرها في باب اليمين في الأكل والشرب.

ولو حلف لا يشتري شعيراً، فاشترى حنطة فيها حبات شعير لا يحنث. ذكرها في الباب المزبور.

ولو حلف لا يشتري لحماً لا يحنث إلا في شحم البطن عند أبي حنيفة، وقالوا: يحنث في شحم الظهر أيضاً. ذكرها في الباب المزبور.

ومن حلف لا يتزوج أو لا يطلق أو لا يعتق، فوكل بذلك حنث. ولو قال: عنيت أن لا أتكلم به لم يدين في القضاء خاصة.

ولو حلف لا يضرب عبده، أو لا يذبح شاته، فأمر غيره، ففعل يحنث في يمينه. ولو قال: عنيت أن لا ألي ذلك بنفسه يدين في القضاء.

ومن حلف لا يضرب ولده فأمر إنساناً بضربه لم يحنث في يمينه.

ومن قال لآخر: إن بعث لك هذا الثوب فامرأته طالق، فدنس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف، فباعه ولم يعلم لم يحنث، بخلاف ما إذا قال: إن بعث ثوباً لك، حيث يحنث إذا باع ثوباً مملوكاً له، سواء كان بأمره أو بغير أمره، علم بذلك أو لم يعلم. ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما تجري فيه النيابة، بأن قال: إن صنعت^{١١٥٣} لك حلياً أو صنعت^{١١٥٤} حلياً لك، وبأن قال: إن خطت لك هذا الثوب أو خطت ثوباً لك. كذا في بعض الشروح، بخلاف الأكل والشرب وضرب الغلام. قال في العناية: والمراد بالغلام إما العبد كما ذكره في الجامع الصغير لقاضي خان، وإما الولد كما ذكره في الفوائد الظهيرية. وهذا هو الصواب؛ لأن ضرب العبد يحتمل النيابة. ولهذا لو حلف لا يضرب عبده فأمر غيره بضربه حنث. وقد ذكره المصنف قبيل هذا، كذا في العناية. ومن قال هذا العبد حر إن بعته فباعه على أنه [١١٩و] بالخيار عتق. وكذا لو قال المشتري: إن اشتريته فهو حر، فاشتراه على أنه بالخيار عتق أيضاً. ولو قال: إن ملكت عبداً فهو حر، فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافاً لهما، ذكرها في خيار الشرط.

ومن قال: إن لم أبع هذا العبد أو هذه الأمة فامرأته طالق فأعتق أو دبر طلقت امرأته.

وإذا قالت المرأة لزوجها: تزوجت عليّ، فقال: كل امرأة لي طالق ثلاثاً طلقت هذه التي حلفت في القضاء، وعن أبي يوسف: أنها لا تطلق، ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء.

ولو حلف لا يتزوج عليها، فتزوج في عدتها من البائن لا يحنث. ولو حلف لا يتزوج على الحرة، فتزوج عليها أمة لا يحنث بهذا. ذكرها في أوائل النكاح.

ولو حلف لا يتزوج ينصرف إلى الجائز بخلاف البيع. ذكرها في نكاح الرقيق. وقال صاحب الهداية هناك: إن هذه المسألة ممنوعة، فليرجع إلى الهداية وشروحها.

^{١١٥٣} ل: صنعت.

^{١١٥٤} ل: صنعت.

باب اليمين في الحج والصلاة والصوم

ومن قال وهو في الكعبة أو في غيرها: عليّ المشي إلى بيت الله أو إلى الكعبة فعليه حجة أو عمرة ماشياً. وإن شاء ركب وأهراق دمًا. وفي القياس لا يلزمه شيء. كما^{١١٥٥} إذا قال: عليّ زيارة البيت ماشياً. ولو قال: عليّ الخروج أو الذهاب إلى بيت الله فلا شيء عليه. ولو قال: عليّ المشي إلى الحرم، أو إلى الصفا والمروة فلا شيء عليه، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا في قوله: عليّ المشي إلى الحرم حجة أو عمرة. ولو قال: إلى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف. ومن قال: عهدي حر إن لم أحج العام، فقال: حججت، فشهد شاهدان أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يعتق. ومن حلف لا يصوم، فنوى الصوم، وصام ساعة، ثم أفطر من يومه حنث. ولو حلف لا يصوم يوماً أو صوماً، فصام ساعة، ثم أفطر لم يحنث. ولو حلف لا يصلي، فقام وقراً وركع لم يحنث. وإن سجد مع ذلك ثم قطع حنث، وهذا استحسان، والقياس أن يحنث بالافتتاح اعتباراً بالشروع في الصوم. ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث ما لم يصل ركعتين. ولو نذر أن يصلي أربعاً بتسليم لا يخرج عنه بتسليمتين، وعلى القلب^{١١٥٦} يخرج. ذكرها في باب النوافل. ومن حلف / [١١٩ظ] لا يدرك الجماعة، فأدرك من الظهر ركعة، ولم يدرك الثلاث يحنث في يمينه. ولو حلف لا يصلي الظهر بالجماعة لم يحنث في هذه الصورة. ذكرها في باب إدراك الفريضة. ولو قال: والله لأصومنّ عمري يقتضي الاستيعاب، ولو قال: لأصومنّ في عمري بلفظ في لا يقتضي الاستيعاب، وكذا لو قال: هذا الدهر وفي الدهر. ذكرها في باب إضافة الطلاق إلى الزمان.

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته: إن لبست من غزلك فهو هدي^{١١٥٧}، فاشتري قطناً فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدي عند أبي حنيفة، وقالوا: ليس عليه أن يهدي حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف. ومعنى الهدى: التصديق به بمكة. ولو غزلت من قطن مملوك له وقت النذر يحنث بالاتفاق. ومن حلف لا يلبس جلياً فلبس خاتم فضة لم يحنث، وإن كان من ذهب حنث. ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع^{١١٥٨} لا يحنث عند أبي حنيفة، وقالوا: يحنث. وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان، ويفتق بقولهما.

^{١١٥٥} أي يلزم.

^{١١٥٦} أي وإن نذر أن لا يصلي أربعاً بتسليمتين يخرج عنها بتسليمتين.

^{١١٥٧} أي صدقة إلى فقراء مكة، كما سيأتي.

^{١١٥٨} الترصيع التركيب يقال تاج مرصع بالجواهر، البناية.

ومن حلف لا ينام على فراش . أي: بعينه . فنام عليه وفوقه قرام حنث، وإن جعل فوقه فراشاً آخر فنام عليه لا يحنث.

ولو حلف لا يجلس على الأرض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث، بخلاف ما إذا حال بينه وبين الأرض لباسه.

ولو حلف لا يجلس على سرير . أي: بعينه . فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير؛ حنث، بخلاف ما إذا جعل فوقه سريراً آخر.

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

ومن قال: إن ضربتك فعبدي حر فضربه فهو على الحياة. وكذلك الكسوة، يعني: بأن قال: إن كسوتك فعبدي حر فكساه بعد الموت لا يحنث، كذا في العناية. وقيل: بالفارسية ينصرف إلى اللبس، مثل أن يقول: اكر تراجامه بوشانم، كذا في بعض الشروح. وكذا الكلام والدخول.

ولو قال: إن غسّلتك فعبدي حر فغسله بعدما مات لم يحنث.
ومن حلف لا يضرب امرأته فمّد شعرها أو خنقها أو عضّها يحنث، وقيل: لا يحنث في حال الملاعبة.
ومن قال: إن لم أقتل فلاناً فامرأته كذا وفلان ميّت وهو عالم به حنث، وإن لم يعلم لم يحنث.

باب اليمين في تقاضى الدراهم

[١٢٠و] ومن حلف ليقضيه دينه إلى قريب فهو ما دون الشهر، وإن قال: إلى بعيد فهو أكثر من الشهر.

ومن حلف ليقضيه فلاناً دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفاً أو نهرجة أو مستحقة لم يحنث الخالف، وإن وجدها رصاصاً أو ستوقه حنث. وإن باعه بها عبداً وقبضه برّ في يمينه. وإن وهبها له . يعني: الدين . لم يبرّ.

ومن حلف لا يقبض دينه درهماً دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه. فإن قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما إلا بعمل الوزن لم يحنث، وليس ذلك بتفريقي.
ومن قال: إن كان لي إلا مائة درهم فامرأته طالق، فلم يملك إلا خمسين درهماً لم يحنث، وكذلك إذا قال: غير مائة أو سوى مائة.

مسائل متفرقة

وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبداً. وإن حلف ليفعلن كذا ففعله مرة بر في يمينه. وإنما يحنث بوقوع اليأس عنه، وذلك بموته أو بفوت محل الفعل.

وإذا استحلف الوالي رجلاً كيُعلمته بكل داعر دخل البلد، والداعر: الخبيث المفسد فهذا على حال ولايته، ولا يفيد بعد زوال سلطنته. والزوال بالموت، وكذا بالعزل في ظاهر الرواية.
ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه، خلافاً لزفر.

ومن حلف لا يشم ريحاناً فشم ورداً أو ياسميناً لا يحنث.
ولو حلف لا يشتري بنفسجاً ولا نية له فهو على دهنه، وقيل: في عرفنا يقع على الورق. وإن حلف على
الورد فاليمين على الورق.



كتاب الحدود

الحد لغة: هو المنع، ومنه الحدّاد للبوّاب. وفي الشريعة: العقوبة المقدّرة حقاً لله تعالى، حتى لا يسمّى القصاصُ حداً لما أنه حق العبد، والتعزيرُ لعدم التقدير. والمقصد الأصليّ من شرعه الانزجارُ عما يتضرر به العباد. والطهارة ليست أصلية فيه، بدليل شرعه في حق الكافر.

الزنا يثبت بالبينة والإقرار. والمراد: ثبوته عند الإمام. والبينة: أن يشهد أربعة من الشهود على رجل أو امرأة بالزنا. وإذا شهدوا يسألهم الإمام عن الزنا؛ ما هو؟ وكيف هو؟ وأين زنى؟ ومتى زنى؟ وبمن زنى؟ فإذا بيّنوا ذلك وقالوا: رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المَكْحَلَة^{١١٥٩}، / [١٢٠ظ] وسأل القاضي عنهم، فعَدّلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم، ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالاً للدرء، بخلاف سائر الحقوق عند أبي حنيفة. وتعديل السر والعلانية نيّنه في الشهادات إن شاء الله تعالى.

قال في الأصل: يحبس حتى يسأل عن الشهود، بخلاف الدّين حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة، وسيأتي إن شاء الله تعالى.

والإقرار أن يقرّ البالغ العاقل على نفسه بالزنا في أربعة مجالس من مجالس المقر، كلّما أقرّ ردّه القاضي. واشتراط الأربع مذهبنا، وعند الشافعي: يكتفى بالإقرار مرة واحدة اعتباراً بسائر الحقوق، والاختلاف في المجالس بأن يرده القاضي كلما أقرّ فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقرّ، هو المروي عن أبي حنيفة. وإذا تم إقراره أربع مرات سألته عن الزنا؛ ما هو؟ وكيف هو؟ وأين زنى؟ وبمن زنى؟ فإذا بيّن ذلك لزمه الحد. ولا يسأله عن الزمان^{١١٦٠} كما يسأله الشهود. وقيل: لو سألته جاز. فإن رجع المقر عن إقراره قبل إقامة الحد أو في وسطه قبل رجوعه، وحلّى سبيله. وقال الشافعي: وهو قول ابن أبي ليلى: يقيم عليه الحد.

ويستحب للإمام أن يلقن المقرّ الرجوع، ويقول له: لعلك لمست أو قبّلت. قال في الأصل: وينبغي أن يقول الإمام: لعلك تزوّجتها أو وطئتها بشبهة، وهذا قريب من الأول في المعنى.

فصل في كيفية الحد وإقامته

وإذا وجب الحد، وكان الزاني محصناً؛ رجم بالحجارة حتى يموت. ويخرجه إلى أرض فضاء، يبتدئ الشهود برجمه ثم الإمام ثم الناس. وقال الشافعي: لا يشترط بدايته^{١١٦١}. فإن امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد. وإذا سقط بامتناع أحدهم، هل يحدّ الشهود أو لا؟ ذكر في المبسوط: أنه لا يقام الحد على الشهود، كذا في العناية، وكذا إذا ماتوا أو غابوا في ظاهر الرواية.

^{١١٥٩} الوعاء الصغير الذي فيه الكُحْل، وهي أداة من زجاج أو معدن أو خزف يكتحل بها.

^{١١٦٠} م: الزنا.

^{١١٦١} أي بداية الشاهد، أفرد المصنف الضمير تسامحاً أو اعتباراً بالخطّ المذكور في الهداية.

قال في العناية نقلاً عن الإيضاح: لو امتنع الشهود أو بعضهم، أو كانوا غُيباً، أو ماتوا، أو مات بعضهم، أو عمي بعضهم أو خرس أو جنّ أو ارتدّ، أو قذف فحدّ لم يرجم المشهود عليه في قول أبي حنيفة ومُحمّد وإحدى الروایتين عن أبي يوسف، وروي عنه: أنّهم إذا امتنعوا أو غابوا رجم الإمام ثم الناس، وكذا في الذخيرة. فعلى هذا ما قيده بظاهر الرواية، راجع إلى امتناع [١٢١و] الشهود بعد الحضور، وليس بمختص بقوله: "وكذا إذا ماتوا أو غابوا"، انتهى. فظهر أن ما ذكره صاحب الهداية في أول كتاب الوكالة من أن الحدود والقصاص يُستوفيان عند غيبة الشهود إنما هو على غير ظاهر الرواية، وكأنه لم يصرح به اكتفاء بما ذكره في هذا المحل، تدبر!

وإن كان مقرراً يبتدئ الإمام ثم الناس، ويغسل ويكفّن ويصلّى عليه.
وإن لم يكن محصناً، وكان حراً فحدّه مائة جلدة بأمر الإمام، يضربه بسوطٍ لا ثمة له ضرباً متوسطاً، والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم. وينزع عنه ثيابه. معناه: دون الإزار. ويفرق الضرب على أعضائه إلا رأسه ووجهه وفرجه، وقال أبو يوسف: يضرب الرأس أيضاً. وإنما يضرب سوطاً واحداً، ويضرب في الحدود كلها قائماً غير ممدود. ثم قوله: "غير ممدود" فقد قيل: المد أن يلقى على الأرض، ويمدّ كما يفعل في زماننا، وقيل: أن يمدّ السوط، فيرفعه الضارب فوق رأسه، وقيل: أن يمدّ بعد الضرب، وكل ذلك لا يفعل.
وإن كان عبداً جلده خمسين، والرجل والمرأة في ذلك سواء، غير أن المرأة لا ينزع من ثيابها إلا الفرو والحشو، وتضرب جالسة.

وإن حفر لها في الرجم جاز، وإن ترك لا يضربه، والحفر أحسن، ويحفر إلى الصدر، ولا يحفر للرجل.
ولا يقيم المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام، وقال الشافعي: له أن يقيمه.
وإحصان الرجم: أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً ودخل بها وهما على صفة الإحصان، والشافعي يخالفنا في اشتراط الإسلام، وكذا أبو يوسف في رواية.
والإحصان يثبت بالشبهة، حتى يثبت الدخول الذي هو شرط الإحصان بالحكم بثبوت النسب، كما إذا تزوج امرأة وولدت منه بعد مضي ستة أشهر وأنكر دخوله بها يثبت الإحصان بثبوت نسب الولد منه. أشار إليه في باب الشهادة على الزنا.

ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه في نكاحها قبل الطلاق جعل واطئاً، ويثبت بهذا الوطء الإحصان، يعني: في حق الرجم. ذكرها في باب الرجعة.

والمعتبر في الدخول إيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل.
وشرط صفة الإحصان فيهما عند الدخول، حتى لو دخل بالمنكوح الكافرة أو المملوكة [١٢١ظ] أو المجنونة أو الصبّية لا يكون محصناً. وكذا إذا كان الزوج موصوفاً بإحدى هذه الصفات، وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة، وأبو يوسف يخالفهما في الكافرة.

ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم، ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي، إلا أن يرى الإمام في ذلك مصلحة، فيعزر به على قدر ما يرى، وقال الشافعي: يجمع بينهما حداً.

وإذا زنى المريض وحدّه الرجم رُجم، وإذا كان حدّه الجلد لم يجلد حتى يبرأ.
وإذا زنت الحامل لم تحدّ حتى تضع حملها، وإن كان حدّها الجلد فحتى تتعالى من نفاسها، أي ترتفع، يريد به: تخرج منه. وعن أبي حنيفة أنه يؤخّر إلى أن يستغني ولدها عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته.

ثم الحبلى تجبس إلى أن تلد إن كان الحد ثابتاً بالبينه، بخلاف الإقرار.
وما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد.
السارق إذا زنى وهو محصن فإنه يرجم لاغير، أي: لايقطع. ذكرها في باب قطع الطريق.
ولا يزول ملك المحكوم عليه بالرجم، وتصرف الزاني المقضي عليه بالرجم صحيح. ذكرها في باب أحكام المرتدين.

باب الوطئ الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

الوطئ الموجب للحد هو الزنا، وإنه في عرف الشرع واللسان وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك.

ثم الشبهة نوعان: شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه، وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية. فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه، بأن يظن غير الدليل دليلاً، ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه. والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته، ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده. والحد يسقط بالنوعين، والنسب يثبت في الثاني إذا ادعى الولد، ولا يثبت في الأول وإن ادعاه.

والشبهة في الفعل في ثمانية مواضع: جارية أبيه وأمه، وزوجته، والمطلقة ثلاثاً وهي في العدة، وبائناً بالطلاق على مال وهي في العدة، وأم ولد أعتقها المولى وهي في العدة، وجارية المولى في حق العبد، والجارية المرهونة في حق المرتحن في رواية كتاب الحدود، وهو الأصح، والمستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتحن. وفي هذه المواضع لا يحد إذا قال: ظننت أنها تحل لي.

ولو قال: علمت أنها علي حرام وجب الحد. [١٢٢و]

والشبهة في المحل في ستة مواضع: جارية ابنه، والمطلقة طلاقاً بائناً بالكنايات، والجارية المبعة في حق البائع قبل التسليم، والممهور في حق الزوج قبل القبض، والمشاركة بينه وبين غيره، والمرهونة في حق المرتحن، ففي هذه المواضع لا يجب الحد وإن قال: علمت أنها علي حرام.

ثم الشبهة في المحل عند أبي حنيفة تثبت بالعقد وإن كان متفقاً على تحريمه وهو عالم به، وعند الباقي لا يثبت إذا علم بتحريمه، ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك إن شاء الله تعالى.

إذا عرفنا هذا فنقول: ومن طلق امرأته ثلاثاً، ثم وطئها في العدة، وقال: علمت أنها علي حرام حد، ولا يصير شبهة لدرء الحد. ولو قال: ظننت أنها تحل لي لا يحد.

وأم الولد إذا أعتقها مولاه، والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث.

ولو قال لها: أنت خلّية، أو برّية، أو أمرك بيدك، فاختارت نفسها، ثم وطئها في العدة، وقال: علمت أنها علي حرام؛ لم يحد. وكذا الجواب في سائر الكنايات، وكذا إذا نوى ثلاثاً.

ولو قال لامرأته: إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثاً، فجامعها، فلما التقى الختانان، فلبث ساعة لا يجب الحد، وكذا إذا أخرجه ثم أدخله، وأصلها مذكورة في باب الأيمان في الطلاق.

ولاحد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وإن قال: علمت أنها عليّ حرام. ويثبت النسب منه، وعليه قيمة الجارية. وإذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته، وقال: ظننت أنها تحل لي فلاحد عليه، ولا على قاذفه. وإن قال: علمت أنها عليّ حرام حُدّ. وكذا العبد إذا وطئ جارية مولاه، وكذا إذا قالت الجارية: ظننت أنه يحل لي، والفحل لم يدّع، في الظاهر.

وإن وطئ جارية أخيه أو عمّه، وقال: ظننت أنها تحل لي حُدّ، وكذا سائر المحارم سوى الولاد. ومن زوّت إليه غير امرأته، وقالت النساء: إنها زوجتك، ووطئها لاحد عليه، وعليه المهر، قضى بذلك عليّ عليه السلام وبالعدة، ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف. ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد، وكذا إذا كان أعمى، إلا إذا دعاها فأجابته أجنبية وقالت: أنا زوجتك فواقعها.

ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها / [١٢٢ظ] فوطئها لم يجب عليه الحد عند أبي حنيفة، ولكن يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك، وقال أبو يوسف ومُحمّد والشافعي: عليه الحد إذا كان عالماً بذلك.

ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج يعزّر. ومن أتى امرأة في الموضع المكروه، أو عمل عمل قوم لوط فلاحد عليه عند أبي حنيفة، ويعزّر، وزاد في الجامع الصغير: ويودع في السجن، وقالوا: هو كالزنى، فيحد، وهو أحد قولي الشافعي، وقال في قول: يقتلان بكل حال.

ومن وطئ بجمعة فلاحد عليه، إلا أنه يعزّر. والذي يروى: أنه تذبّح البهيمة وتحرق، فذلك لقطع التحدث به، وليس بواجب.

ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج إلينا لا يقيم عليه الحدّ، وعند الشافعي: يحد. ولو غزا من له ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة وأمير مصر يقيم الحد على من زنى في معسكره، بخلاف العسكر والسرية.

وإذا دخل حربي دارنا بأمان، فزنى بدمية، أو زنى ذمية بحرية يحد الذمي والذميّة عند أبي حنيفة، ولا يحد الحربي والحربية، وهو قول مُحمّد في الذمي يعني: إذا زنى بحرية، فأما إذا زنى الحربي بدمية لا يحدان عند مُحمّد، وهو قول أبي يوسف أولاً، وقال أبو يوسف: يحدون كلهم، وهذا قوله الآخر. ^{١١٦٢}

وإذا زنى الصبي والمجنون بامرأة طأوعته فلاحد عليه ولاعليها، وقال زفر والشافعي: يجب الحد عليها، وهو رواية عن أبي يوسف.

وإن زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصّة، وهذا بالإجماع. ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلاحد عليه، وكان أبو حنيفة يقول أولاً: يحد، وهو قول زفر. وإن أكرهه غير السلطان فعليه الحد عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يحد. قالوا: هذا اختلاف عصر وزمان؛ لأنه لم يكن في زمن أبي حنيفة

^{١١٦٢} ل م + يحدون كلهم.

لغير السلطان من القوة مالا يمكن دفعها بالسلطان، وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب، وزماننا كذلك. قال في الكفاية: فيفتي بقولهما، انتهى.

وإذا زنى المكره بالمطوعة تحد المطاوعة عنده، وعند مُجَّد: لا تحد.
ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة، وقالت هي: تزوجني، أو أقرت بالزنا، وقال الرجل: تزوجتها/[١٢٣و] فلاحده عليه، وعليه المهر في ذلك.
ومن زنى بجارية فقتلها فإنه يحد، وعليه القيمة، معناه: قتلها بفعل الزنا. وعن أبي يوسف: أنه لا يحد. وإن اشتراها بعدما زنى بها فهو على هذا الخلاف، يعني: عند أبي حنيفة ومُجَّد يحد خلافاً لأبي يوسف.
وإن زنى بها فأذهب عينيها يجب عليه قيمتها، ويسقط الحد.
وكل شيء صنعه الإمام الذي ليس فوقه إمام فلاحده عليه، إلا القصاص، فإنه يؤخذ به وبالأموال.

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم على إقامته بُعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة. وفي الجامع الصغير: وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به، وضمن السرقة. والأصل: أن الحدود الخالصة حقاً لله تعالى تبطل بالتقادم خلافاً للشافعي، فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق لله، حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار، فيكون التقادم فيه مانعاً.
وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه، ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار، والتقادم غير مانع في حقوق العباد، والدعوى فيه شرط، فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى، بخلاف حد السرقة؛ لأن الدعوى ليس بشرط للحد، وإنما شرط للمال.

ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الإقامة بعد القضاء عندنا خلافاً لزفر، حتى لو هرب بعدما ضرب بعض الحد، ثم أخذ بعد تقادم الزمان لا يقام عليه. واختلفوا في حق التقادم، وأشار في الجامع الصغير إلى ستة أشهر، وهكذا أشار الطحاوي، وأبو حنيفة لم يقدر في ذلك، وفوّضه إلى رأي القاضي في كل عصر، وعن مُجَّد: أنه قدّره بشهر، وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو الأصح. وهذا إذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر، أما إذا كان يقبل شهادتهم ولا تتحقق التهمة.

والتقادم في حد الشرب كذلك عند مُجَّد، وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه إن شاء الله تعالى.
وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة، وفلانة غائبة فإنه يحد، وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع.

وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد، وإن أقر بذلك حدّ./[١٢٣ظ]
وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها، وآخران أنها طاعته درئ الحد عنهما جميعاً عند أبي حنيفة، وهو قول زفر، وقالوا: يحد الرجل خاصة.
وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة، وآخران أنه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعاً، ولا يحد الشهود خلافاً لزفر.

وإن اختلفوا في بيت واحد حدّ الرجل والمرأة، معناه: أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية، وهذا استحسان، والقياس أن لا يجب.

وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالتخيّل^{١١٦٣} عند طلوع الشمس، وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدّيهرند درئ الحد عنهم جميعاً. والنخيلة تصغير النخلة التي هي واحدة النخل موضع قريب من الكوفة، والباء المفتوحة والجيم تصحيف؛ لأنها اسم حيّ من اليمن، وديهرند لا يساعد عليه؛ لأنه أيضاً موضع قريب من الكوفة. كذا في العناية.

وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا، وهي بكر درئ الحد عنها وعنهم. ومعنى المسألة: أن النساء نظرن إليها، فقلن: إنها بكر، وشهادتهن حجة في إسقاط الحد، لا في إيجابه.

وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون في قذف، أو أحدهم عبد، أو محدود في قذف فإنهم يحدون، ولا يحد المشهود عليه.

وإن شهدوا وهم فسّاق، أو ظهر أنهم فسّاق لم يحد، ويتأتى فيه خلاف الشافعي بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة، فهو كالعبد عنده.

وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا.

وإن شهد أربعة على رجل بالزنا، فضرب بشهادتهم، ثم وجد أحدهم عبداً أو محدوداً في قذف فإنهم يحدون، وليس عليهم ولا على بيت المال أرش الضرب. وإن رجم فديته على بيت المال، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: أرش الضرب أيضاً على بيت المال. قال عليه السلام: معناه إذا كان جرحه. وعلى هذا الخلاف إذا مات من الضرب. وعلى هذا إذا رجع الشهود لا يضمنون عنده، وعندهما يضمنون.

وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد، فإذا جاء الأولون فشهدوا على المعاينة في ذلك / [١٢٤و] المكان لم يحد أيضاً. معناه: شهدوا على ذلك الزنا بعينه، ولا يحد الشهود.

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم فكلّموا رجوع واحد حد الراجع وحده، وغرم ربع الدية. وقال الشافعي: يجب القتل^{١١٦٤} دون المال بناء على أصله في شهود القصاص، وسنبيته في الديات إن شاء الله تعالى. وأما الحد فمذهب الثلاثة، وقال زفر: لا يحد. فإن لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعاً، وسقط الحد عن المشهود عليه. وقال عليه السلام رحمه الله تعالى: حد الراجع خاصة. ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعاً. وقال زفر: يحد الراجع خاصة.^{١١٦٥}

فإن كانوا خمسة فرجع أحدهم لاشيء عليه، فإن رجع آخر حدّا وغرم ربع الدية.

وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم، فإذا الشهود مجوس أو عبيد فالدية على المزكّن عند أبي حنيفة. معناه: إذا رجعوا عن التزكية. وقالوا: هو على بيت المال. وقيل: هذا إذا قالوا: تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم. ولا فرق

^{١١٦٣} اسم موضع قريب من الكوفة، كما سيأتي.

^{١١٦٤} أي قتل الراجع.

^{١١٦٥} لعل الفرق بين المسئلتين الأخيرتين أن الرجوع في الأولى بعد القضاء قبل إنفاذ العقد، وفي الثاني قبلهما.

بين ما أشهدوا، أي المزكّون بلفظة الشهادة أو أخبروا، وهذا إذا أخبروا بالحرية والإسلام. أما إذا قالوا: هم عدول، وظهروا عبيداً فلا يضمنون، ولا ضمان على الشهود، ولا يحدون حد القذف.

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا، فأمر القاضي رجمه، فضرب رجل عنقه، ثم وجد الشهود عبيداً فعلى القاتل الدية استحساناً، وفي القياس يجب القصاص، وبخلاف ما إذا قتله قبل القضاء حيث يجب القصاص مطلقاً. وإن رجم ثم وجدوا عبيداً فالدية على بيت المال، كما لو باشر الإمام الرجم بنفسه، ثم وجد الشهود عبيداً. ولو شهدوا على رجل بالزنا، وقالوا: تعمدنا النظر قبلت شهادتهم.

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا، فأنكر الإحصان، وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم، معناه: أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط. فإن لم تكن ولدت منه، وشهد عليه بالإحصان رجل وامرأتان رجم، خلافاً لزفر والشافعي.

وإذا شهد ذميّان على ذميّ زنى عبده المسلم أنه اعتقه قبل الزنا لا تقبل، يعني: أن الزاني لو كان مملوكاً لذمي، وذلك المملوك الزاني مسلم، فشهد على الزاني ذميان أن مولاه الذمي اعتقه قبل الزنا لم يرجم، مع أن شهادة أهل الذمة على الذمي بالعق [١٢٤ ظ] مقبولة.^{١١٦٦} فإن رجع شهود الإحصان لا يضمنون عندنا خلافاً لزفر.

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجود، أو جاؤوا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد. وكذلك إذا أقر وريحها موجود. وإن أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحّد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال مُجَدّ: يحّد. وكذلك إذا شهدوا عليه بعدما ذهب ريحها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال مُجَدّ: يحّد. فإن أخذه الشهود وريحها توجد منه أو سكران، فذهبوا به من مصر إلى مصر فيه الإمام، فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حد في قولهم جميعاً.

ومن سكر من النبيذ حد.

ولاحد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها.

ولا يحّد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعاً.

وشرب المكروه لا يوجب الحد، وكذا السكر من المباح كالبنج.

ولبن الرماك لا يوجب الحد.

ولا يحّد حتى يزول عنه السكر.

وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطاً، ويفرق الضرب على بدنه كما في حد الزنا على ما مر. ثم يجرد في

المشهور من الرواية، وعن مُجَدّ: أنه لا يجرد.

وإن كان عبداً فحدّه أربعون.

ومن أقر بشرب الخمر والسكر، ثم رجع لا يحّد.

^{١١٦٦} س - وإذا شهد ... مقبولة.

ويثبت الشرب بشهادة شاهدين، وبالإقرار مرة واحدة، وعن أبي حنيفة: أنه يشترط الإقرار مرتين.

ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال.

والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقاً، لقليلاً ولا كثيراً، ولا يعقل الرجل والمرأة، وهذا عند أبي حنيفة. وقال: هو الذي يهذي ويختلط كلامه، وإليه مال أكثر المشايخ، والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع. والشافعي يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه. ولا يحد السكران بإقراره على نفسه.

باب حدّ القذف

وإذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصريح الزنا، وطالب المقدوف بالحد حدّه الحاكم ثمانين سوطاً إن كان حراً، ويفرق على أعضائه، ولا يجرد من ثيابه، غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو. وإن كان القاذف عبداً جلد أربعين سوطاً.

والإحصان أن يكون المقدوف حراً عاقلاً^{١١٦٧} بالغاً مسلماً عفيفاً عن فعل الزنا.

ومن نفى نسب غيره وقال: لست لأبيك فإنه يحد. [١٢٥و] وهذا إذا كانت أمّه حرة مسلمة.

ومن قال لغيره في غضب: لست بابن فلان لأبيه الذي يُدعى له يحد. ولو قال في غير غضب لا يحد. ولو

قال: لست بابن فلان يعني جده لم يحد، ولو نسبّه إلى جده لا يحد أيضاً.

ولو قال له: يا ابن الزانية، وأمّه ميتة محصنة، فطالب الابن بحدّه حد القاذف.

ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القدح في نسبه بقذفه، وهو الولد والوالد، وعند الشافعي: يثبت

حق المطالبة لكل وارث، وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الإرث، فتثبت للمحروم عن الميراث بالقتل، وتثبت لولد

البنات كما تثبت لولد الابن خلافاً لمحمد، وتثبت لولد الولد حال قيام الولد.

ولو كان المقدوف محصناً، وهو ميت جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد خلافاً لزفر.

وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمّه الحرة، ولا للابن أن يطالب أباه بقذف أمّه الحرة المسلمة. ولو كان

لها ابن من غيره له أن يطالب.

ومن قذف غيره، فمات المقدوف بطل الحد، وقال الشافعي: لا يبطل. ولو مات بعدما أقيم بعض الحد

بطل الباقي عندنا خلافاً له.

واعلم أن هذه المسألة تنفر على قاعدة مختلف فيها بيننا وبين الشافعي، وهي أن القذف حق العبد من

جهة، وحق الشرع من جهة أخرى. والشافعي غلب حق العبد على حق الشرع، ولهذا ذهب إلى جواز الإرث فيه،

ونحن غلبنا حق الشرع، فلم نجوّز الإرث فيه، ويتفرع عليه مسائل؛ منها الإرث، فعندنا القذف ليس من حقوق العباد،

فلا يورث، وعنده يورث. ومنها العفو، فإنه لا يصح العفو من المقدوف عندنا، ويصح عنده. ومنها أنه لا يجوز

الاعتياض عنه عندنا، وبه قال مالك، وعنده يجوز، وهو قول أحمد. كذا في فتح القدير. ومنها أنه يجري فيه التداخل

^{١١٦٧} ل م س + أو امرأة محصنة.

عندنا. قال ابن الهمام: وبه قال مالك، حتى لو قذف شخصاً مراتٍ أو قذف جماعة كان فيه حد واحد إذا لم يتخلل حد بين القذفين. ولو ادعى بعضهم، فحدّ، ففي أثناء الحد ادعى آخرون كمل الحدّ، وعند الشافعي: لا يجوز فيه التداخل، انتهى. وعن أبي يوسف في العفو مثل قول الشافعي. / [١٢٥ ظ] ومن أصحابنا من قال: إنّ الغالب حق العبد، وخرّج هذه الأحكام^{١١٦٨}، والأول أظهر.

ومن أقر بالقذف، ثم رجع لم يقبل رجوعه.

ومن قال لعربي: يا بُنْطِي^{١١٦٩} لم يحد، وكذا إذا قال: لست بعربيّ.

ومن قال لرجل: يا ابن ماء السماء فليس بقاذف، وإن نسبته إلى عمّه أو خاله أو إلى زوج أمّه فليس بقاذف.

ومن قال لغيره: زنأت في الجبل، وقال: عنيت صعود الجبل حدّ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال مُجَدّ: لا يحد. ولو قال: زنأت على الجبل، قيل: لا يحد، وقيل: يحد.

ومن قال لآخر: يا زاني، فقال: لا، بل أنت فأثما يحدان.

ومن قال لامرأته: يا زانية، فقالت: لا بل أنت حدّت، ولا لعان.

ولو قال: زנית بك فلا حد ولا لعان، معناه: قالت بعدما قال لها: يا زانية.

ومن أقر بولد، ثم نفاه فإنه يلعن. وإن نفاه ثم أقرّه به حدّ، والولد ولده في الوجهين.

وإن قال: ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان، أي إن قال الزوج الذي جاءت زوجته بولد: ليس بابني ولا بابنك... إلخ. كذا فسرّه العلامة ابن الهمام. وقد أصاب فيه.

ومن قذف امرأة معها أولاد لا يعرف لهم أب، أو قذف الملائنة بولد والولد حيّ، أو قذفها بعد موت الولد فلا حدّ عليه.

ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحدّ.

ومن وطئ وطئاً حراماً في غير ملكه لم يحدّ قاذفه، والأصل فيه: أن من وطئ وطئاً حراماً لعينه لا يجب الحد بقذفه؛ لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه، وإن كان محرماً لغيره يحدّ؛ لأنه ليس بزناً، فالوطئ في غير الملك من وجه أو من كل وجه حرام لعينه، وكذا الوطء في الملك والحرمه مؤبدة. فإن كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره. وأبو حنيفة يشترط أن يكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع أو بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد. بيانه: إذا قذف رجلاً وطئ جارية بينه وبين آخر فلا حدّ عليه، وكذا إذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها.

ولو قذف رجلاً أتى أمته وهي مجوسية، أو امرأته^{١١٧٠} وهي حائض، أو مكاتبة له فعليه الحدّ، وعن أبي يوسف: إن وطئ المكاتبة يسقط الإحصان، وهو قول زفر.

^{١١٦٨} أي أجاب عن الأحكام التي تدل على أنه حق الله، العناية، ٩٨/٥.

^{١١٦٩} نسبة إلى نبط بفتح ن، قوم ينزلون سواد العراق، قال الشليبي: فسرّه أبو الليث برجل من غير العرب، انظر: تبين الحقائق شرح كنز

الدقائق وحاشية الشليبي، ٢٠١/٣.

^{١١٧٠} ل م: امرأة.

ولو قذف رجلاً وطئ أمته وهي أخته من الرضاعة لا يحد،/[١٢٦و] وهذا هو الصحيح، وهو احتراز عن قول الكرخي: إنه بوطئها لا يسقط الإحصان. كذا في العناية.

ولو قذف مكاتباً مات وترك وفاءً ل أحد عليه.

ولو قذف مجوسياً تزوج بأقمة، ثم أسلم يحد عند أبي حنيفة، وقال: ل أحد عليه.

وإذا دخل الحرير دارنا بأمان، فقذف مسلماً حُد.

وإذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وإن تاب، وقال الشافعي: تقبل إذا تاب.

وإذا حد الكافر في قذف لم يجز شهادته على أهل الذمة، فإن أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين، بخلاف العبد إذا حُد حد القذف، ثم أعْتق، حيث لا تقبل شهادته.

وإن ضرب سوطاً في حد قذف، ثم أسلم، ثم ضرب ما بقي جازت شهادته، وعن أبي يوسف أنه ترد شهادته، والأول أصح.

ومن قذف أو زنى أو شرب غير مرة، فحد فهو لذلك كله، وهذا بخلاف ما إذا زنى وقذف وشرب، يعني: يحد لكل واحد منها، وقال الشافعي: إن اختلف المقذوف^{١١٧١} أو المقذوف به^{١١٧٢} وهو الزنا لا يتداخل.

وإذا قذف المحدود في القذف المقذوف الأول . معناه: بعين ذلك الزنا . فلا يحد. ذكرها في آخر باب ما يقطع فيه وما لا يقطع.

وقذف الأخرس^{١١٧٣} لا يوجب الحد خلافاً للشافعي. ذكرها في باب اللعان.

فصل في التعزير

قال صاحب العناية نقلاً عن الفتاوى الظهيرية: اعلم أن التعزير قد يكون بالحبس، وقد يكون بالصفع وتعريك الأذن، وقد يكون بالكلام العنيف، وقد يكون بالضرب، وقد يكون بنظر القاضي إليه بوجه عبوس. ولم يذكر مُجَدِّ التعزير بأخذ المال. وقد قيل: روي عن أبي يوسف أن التعزير من السلطان بأخذ المال جائز. وذكر الإمام التمرتاشي: أن التعزير الذي يجب حقاً لله تعالى يلي إقامته كلُّ أحد بعلّة النيابة من الله تعالى، انتهى.^{١١٧٤}

ومن قذف عبداً أو أمة أو أم ولد أو كافر بالزنا عَزَّر، وكذا إذا قذف مسلماً بغير الزنا، فقال: يافاسق، أو يا كافر، أو يا خبيث، أو ياسارق. ولو قال: ياحمار أو يا خنزير لم يعزِّر، وقيل: في عرفنا يعزِّر، وقيل: إن كان المسبوب من الأشراف كالفقهاء والعلماء يعزِّر، وإن كان/[١٢٦ظ] من العامة لا يعزِّر، وهذا حسن.

والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطاً، وأقله ثلاث جلدات، وقال أبو يوسف: يبلغ التعزير خمسة وسبعين سوطاً، وفي رواية عنه: تسعة وسبعين، وهو قول زفر، وهو القياس. والأول مأثور عن علي رضي الله عنه، فقلده. وذكر مشايخنا:

^{١١٧١} بأن قذف غير الأول، الكفاية،

^{١١٧٢} بأن قذف الأول بزنا آخر، ألكفاية،

^{١١٧٣} من قبيل الأضافة الى الفاعل.

^{١١٧٤} العناية، ٣٤٤/٥.

أن أدناه على ما يراه الإمام، يقدّره بقدر ما يعلم أنه ينزجر، وعن أبي يوسف: أنه على قدر عظم الجرم وصغره، وعنه: أنه يقرب كل نوع من بابه، فيقرب للمس والقبلة من حد الزنا، والقذف بغير الزنا من حد القذف.

فإن رأى الإمام أن يضمّ إلى الضرب في التعزير الحبس فعل.

ويصلح الحبس أن يكون تعزيراً بانفراده، حتى لو رأى أن لا يضربه ويجبسه أياماً عقوبةً فعل. ذكرها في الفتاوى وغيرها. كذا في فتح القدير.

ولهذا. أي: لكون الحبس بمفرده تعزيراً. يشرع الحبس في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد.

وأشد الضرب التعزير، ولا يفرق على الأعضاء، ثم حد الزنا، ثم حد الشرب، ثم حد القذف.

ومن حده الإمام أو عزّره، فمات قدمه هدر، وقال الشافعي: تجب الدية في بيت المال، بخلاف الزوج إذا

عزر زوجته، فماتت، حيث يضمن عندنا أيضاً.

والمولى يعزر عبده بلا إذن الإمام.

والصبي يعزّر مع أن حق الشرع موضوع عنه. ذكر هاتين المسألتين في باب كيفية الحد وإقامته.

كتاب السرقة

السرقة في اللغة: أخذ الشيء من الغير على الخفية والاستسار، ومنه استراق السمع، قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَنِ اسْتَرَقَ السَّمْعَ﴾^{١١٧٥}، وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه إن شاء الله تعالى. والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء أو ابتداء لا غير، كما إذا نقب الجدار على الاستسار، وأخذ المال من المالك مكابرة، على الجهار، حيث يقطع به. وفي السرقة الكبرى. أعني: قطع الطريق. مسارقة عين الإمام، وفي الصغرى مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه.

وإذا سرق البالغ العاقل عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لاشبهة فيه وجب القطع، والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا، وعند الشافعي التقدير بربع دينار،/[١٢٧] وعند مالك بثلاثة دراهم. والتقدير بالمضروبة ظاهر الرواية، وهو الأصح، حتى لو سرق عشرة تبراً قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع، والمعتبر وزن سبعة مثاقيل. وقوله: "أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم" إشارة إلى أن غير الدراهم يعتبر قيمته بها وإن كان ذهباً.

والعبد والحر في القطع سواء.

^{١١٧٥} سورة الحجر، ١٥ / ٨.

ويجب القطع بإقراره مرة واحدة، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يقطع إلا بالإقرار مرتين، ويروى عنه أنهما في مجلسين مختلفين.

ويجب بشهادة شاهدين، وينبغي أن يسألها الإمام عن كيفية السرقة، وماهيتها، وزمانها، ومكانها. ويجبسه إلى أن يسأل عن الشهود. وإذا اشترك جماعة في سرقة، فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع، وإن أصابه أقل لا يقطع.

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لا يقطع فيما يوجد تافهاً مباحاً في دار الإسلام، كالخشب والقصب والحشيش والسمك والطير والصيد والزرنخ والمغرة^{١١٧٦} والنورة. ويدخل في السمك المالح والطيء، وفي الطير الدجاج والبط والحمام. وعن أبي يوسف: أنه يجب القطع في كل شيء إلا التراب والطين والسرقين، وهو قول الشافعي. ولو أحرز ماء مباحاً، فسرقه إنسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصاباً لم يقطع. ذكرها في إحياء الموات في فصل المياه.

ولا قطع فيما يتسارع إليه الفساد، كاللبن واللحم والفواكه الرطبة. والمراد من الطعام في قوله عليه السلام: {لا قطع في الطعام}^{١١٧٧}. والله أعلم: ما يتسارع إليه الفساد، كالمتهياً للأكل منه وما في معناه، كاللحم والتمر. ويقطع في الخنطة والسكر إجماعاً. وقال الشافعي: يقطع فيها، أي: فيما ذكرنا من اللبن واللحم والفواكه الرطبة والطعام. قال العلامة ابن الهمام: والقطع في الخنطة وغيرها إجماعاً إنما هو في غير سنة القحط، أما فيها فلا، سواء كان مما يتسارع إليه الفساد أو لا؛ لأنه عن ضرورة ظاهرة، وهي تبيح تناول. وعنه عليه السلام: {لا قطع في مجاعة مضطر}^{١١٧٨}، وعن عمر رضي الله عنه: لا قطع في عام^{١١٧٩} سنة، انتهى. وقال في الكفاية: إنه يرخص له بالقيمة عند المخمصة، انتهى.

ولا قطع في الفاكهة على الشجر، والزروع الذي لم يحصد.

ولا قطع في الأشربة المطربة، وكذا إذا سرق آنية فيها خمر، وقيمة الآنية [١٢٧ ظ] تربو على النصاب، ولا في سرقة المصحف وإن كان عليه حلية، وقال الشافعي: يقطع، وعن أبي يوسف مثله، وعنه أيضاً: أنه يقطع إذا بلغت الحلية نصاباً، فتعتبر بانفرادها.

ولا يقطع في أبواب المسجد، ولا الصليب من الذهب، ولا الشطرنج، ولا النرد، بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال، وعن أبي يوسف: إن كان الصليب في المصلى لا يقطع، وإن كان في بيت آخر يقطع.

^{١١٧٦} بفتحات الثلاث، الطين الأحمر، وتسكين الغين فيه لغة، العناية، ٣٦٤/٥.

^{١١٧٧} غريب بهذا اللفظ، انظر: نصب الراية، ٣٦٢/٣.

^{١١٧٨} انظر: مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، لملا علي القاري، ٢٣٥٧/٦.

^{١١٧٩} م: عامة.

ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حلي، وقال أبو يوسف: يقطع إن كان عليه حلي هو نصاب، وعلى هذا إذا سرق إناء فضة فيه نبيذ أو ثريد. والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم. ولا قطع في سرقة العبد الكبير، ويقطع في سرقة العبد الصغير إلا إذا كان يعبر عن نفسه، وقال أبو يوسف: لا يقطع وإن كان صغيراً لا يعقل ولا يتكلم استحساناً. ولا قطع في الدفاتر^{١١٨٠} كلها إلا في دفاتر الحساب، ولا في سرقة كلب، ولا فهد ولا في دفّ ولا طبل ولا برّبط ولا مرمار. ويقطع في الساج والقناة والآبنوس والصندل، ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد. وإذا اتخذ من الخشب أوانٍ أو أبواب قطع فيها، بخلاف الحصير، وفي الحصير^{١١٨١} البغدادية قالوا: يجب القطع بسرقتها.

وإنما يجب القطع في غير المركب أي من الأبواب، والمراد تركيب الأبواب بالجدار وتعليقها به، وأما إذا لم يكن الأبواب محرزة في البيت، بل كانت مركبة ومعلقة بالجدار لا يجب القطع، وإنما يجب إذا كان خفيفاً لا يثقل على الواجد حمله.

ولا قطع على خائن ولا خائنة، والخيانة أن يخون المودع ما في يده من الشيء المأمون. كذا في العناية. ولا قطع على منتهب ولا مختلس، والانتهاب أن يأخذ على وجه العلانية قهراً من ظاهر بلدة أو قرية، والاختلاس أن يأخذ من اليد بسرعة جهراً، كذا في العناية. ولا قطع على النباش، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف والشافعي: عليه القطع. وإن كان القبر في بيت مغفل فهو على الخلاف في الصحيح، وكذا إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت. ولا يقطع السارق من بيت المال، ولا من مال للسارق فيه شركة. ومن له على آخر دراهم فسرق منه [١٢٨و] مثلها لم يقطع. وكذا إذا سرق زيادة على حقه. وإن سرق منه عروضاً قطع، وعن أبي يوسف: أنه لا يقطع.

ومن كان حقه دراهم فسرق منه دنانير، قيل: يقطع، وقيل: لا يقطع. ومن سرق عيناً فقطع فيها فردّها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع، والقياس أن يقطع، وهو رواية أبي يوسف، وهو قول الشافعي. وإذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة يقطع اتفاقاً. فإن تغيّرت عن حالها، مثل أن يكون غزلاً فسرقه فردّه ثم نسج فعاد فسرقه قطع.

فصل في الحرز والأخذ منه

ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذوي رحم محرم منه لم يقطع، وفي الثاني^{١١٨٢} خلاف الشافعي. ولو سرق أحد الصديقين من الآخر قطع.

^{١١٨٠} ل: الدفاتير.

^{١١٨١} س: الخضر؛ م: الحصر.

^{١١٨٢} أي السرقة من ذى رحم محرم، البناءة، ٣٥/٧.

ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع. ولو سرق ماله^{١١٨٣} من بيت غيره يقطع. وإن سرق من أمته من الرضاع قطع، وعن أبي يوسف: أنه لا يقطع، بخلاف الأخت من الرضاعة. وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر، أو العبد من سيده، أو من امرأة سيده، أو من زوج سيده لم يقطع. وإن سرق أحد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافاً للشافعي. ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع، وكذلك السارق من المغنم. والحرز على نوعين: حرز لمعنى فيه كالدار والبيوت والصندوق والخانات، وحرز بالحفاظ كمن جلس في الطريق أو في المسجد وعنده متاعه، فهو محرز به. وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحفاظ هو الصحيح. وهذا احتراز عما ذكر في العيون: على قول أبي حنيفة يقطع السارق من الحمام في وقت الإذن، أي: في وقت دخولها إذا كان ثمة حافظ. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يقطع، وبه أخذ أبو الليث والصدور الشهيد. وفي الكافي: وعليه الفتوى، وهو ظاهر المذهب. كذا في فتح القدير.

[وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحفاظ] وإن لم يكن له باب أو كان وهو مفتوح، حتى يقطع السارق منه، إلا أنه لا يجب القطع إلا بالإخراج، بخلاف المحرز بالحفاظ، حيث يجب القطع كما أخذ. ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظاً/[١٢٨ظ] أو نائماً، والمتاع تحته أو عنده، هو الصحيح. وهذا احتراز عن قول بعض مشايخنا: إن صاحب المتاع إنما يكون محرزاً لمتاعه في حال نومه إذا جعل المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه. أما إذا كان موضوعاً بين يديه فلا يكون محرزاً له في حال نومه، كذا في العناية. ومن سرق شيئاً من حرز أو من غير حرز، وصاحبه عنده يحفظه قطع. ولا قطع على من سرق من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله. ويدخل في ذلك حوانيت التجارة والخانات، إلا إذا سرق منها ليلاً.

ومن سرق من المسجد متاعاً وصاحبه عنده قطع. ولا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه. ومن سرق سرقة ولم يخرجها من الدار لم يقطع. فإن كانت داراً فيها مقاصير^{١١٨٤} فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار قطع.

وإن غار^{١١٨٥} إنسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع. وإذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما، وعن أبي يوسف: إن أخرج الداخل يده وناولها الخارج فالتقط على الداخل. وإن أدخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع. فإن ألقاه في الطريق فخرج فأخذه قطع، وقال زفر: لا يقطع. ولو ألقاه ولم يأخذه يصير مضيقاً لا سارقاً، فلا يقطع بالاتفاق. وكذا لو ألقاه في الطريق فأخذه غيره لا يقطع. ولو حمله على حمار فساقه وأخرجته قطع.

^{١١٨٣} أي مال ذي رحم، البنائة، ٣٦/٧.

^{١١٨٤} أي الحجرات، جمع مقصورة.

^{١١٨٥} أي أخذ بسرعة.

وإذا دخل الحرز جماعة فتولّى بعضهم الأخذ قطعوا جميعاً. قال ﷺ: هذا استحسان، والقياس أن يقطع الحامل وحده، وهو قول زفر. ومن نقب البيت وأدخل يده فيه فأخذ شيئاً لم يقطع، وعن أبي يوسف في الإملاء: أنه يقطع، كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي، وأخرج الغطريفي^{١١٨٦}، حيث يقطع بالاتفاق. وإن طرّ صرة خارجة من الكم لم يقطع. وإن أدخل يده في الكم يقطع. ولو كان مكان الطرّ حلّ الرباط، ثم الأخذ^{١١٨٧} في الوجهين^{١١٨٨} ينعكس الجواب^{١١٨٩}، وعن أبي يوسف: أنه يقطع على كل حال. وإن سرق من القطار بعيراً أو حملاً لم يقطع. ولو كان مع الأحمال من يتبعها للحفاظ قالوا: يقطع. وإن شقّ [١٢٩و] الحمل، فأخذ منه قطع. وإن سرق جوالقاً^{١١٩٠} فيه متاع، وصاحبه يحفظه، أو نائم عليه قطع. معناه: إذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز، كالطريق ونحوه، حتى يكون محرزاً بصاحبه. وكذا النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل. وذكر في بعض النسخ: "وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون حافظاً له".

فصل في كيفية القطع وإثباته

وتقطع يمين السارق من الزّند وتُحسَم، والحسم: من حَسَمَ العرق بحديدة محمّاة لفلا يسيل دمه، كذا في العناية.

ولا يقام القطع عند شدة الحر والبرد، ذكرها في باب كيفية الحد وإقامته. فإن سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى، فإن سرق ثالثاً لم يقطع، وخلّد في السجن حتى يتوب، وهذا استحسان، ويعزر أيضاً. ذكره المشايخ. وقال الشافعي: في الثالثة تقطع يده اليسرى، وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى. وإن كان السارق أشلّ اليد اليسرى، أو أقطع، أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع. وكذلك إذا كانت رجله اليمنى شلاء، وكذا إذا كانت إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو الإصبعان منها سوى الإبهام. فإن كانت إصبع واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء قطع.

وإذا قال الحاكم للحدّاد: اقطع يمين هذا في سرقة سرقها، فقطع يساره عمداً فلا شيء عليه عند أبي حنيفة، وقالوا: لاشيء عليه في الخطأ، ويضمن في العمد، وقال زفر: يضمن في الخطأ أيضاً، وهو القياس. والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد. وأما الخطأ في معرفة اليمين واليسار فلا يجعل عفواً. وقيل: يجعل عذراً أيضاً. وعلى هذا لو قطعه غير الحدّاد لا يضمن أيضاً هو الصحيح. وهذا احتراز عما ذكره في شرح الطحاوي، فقال فيه: ولو قطع غيره يده اليسرى، فإن في العمد القصاص، وفي الخطأ الدية، وسقط القطع عنه في اليمين، كذا في العناية. ولو أخرج السارق

^{١١٨٦} بالكسر، درهم منسوب إلى غطريف بن عطاء الكندي، وهي كانت من أعز الدراهم ببخارى. انظر: البناية، ٤٥/٧.

^{١١٨٧} ل: أخذ

^{١١٨٨} أي من الخارج والداخل.

^{١١٨٩} أي إذا حلّ رباطاً في الخارج يجب القطع، وفي الداخل لا.

^{١١٩٠} بضّم الجيم وهو اسم للواحد، وجمعه الجوالق بفتح الجيم كالسراقد، البناية، ٤٧/٧.

يساره، وقال: هذا يعني لا يضمن بالاتفاق. ثم في العمد عنده عليه ضمان المال وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة، وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن.

ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه، فيطالب بالسرقة.

ولافرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافاً للشافعي / [١٢٩ ظ] في الإقرار، وكذا إذا غاب عند القطع عندنا. وللمستودع والغاصب وصاحب الربا^{١١٩١} أن يقطعوا السارق منهم^{١١٩٢} ولرب الوديعة أن يقطعه أيضاً، وكذا للمغصوب منه. وقال زفر والشافعي: لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع. وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشرى والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك.

ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء، إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين. وإذا حضر المالك وغاب المؤمن فإنه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية.

وإن قطع سارق بسرقة فسُرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة أن يقطع السارق الثاني، وللأول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية. ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الأول أو بعدما درئ القطع بشبهة يقطع بخصومة الأول.

ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع إلى الحاكم لم يقطع، وعن أبي يوسف: أنه يقطع. وإذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع. معناه: إذا سلمت. وكذلك إذا باعها المالك إياه. وقال زفر والشافعي: يقطع، وهو رواية عن أبي يوسف. ولو ملكها منه قبل القضاء لا يقطع اتفاقاً. وكذلك إذا نقصت قيمتها من النصاب، يعني: قبل الاستيفاء بعد القضاء، وعن محمد: أنه يقطع، وهو قول زفر والشافعي. وإذا هلك بعض المال بعد القضاء قبل الاستيفاء حتى لم يبق نصاباً؛ فإنه يقطع اتفاقاً، وكذا إذا انتقض السعر.

وإذا ادّعى السارق أن العين المسروقة ملّكه سقط القطع عنه وإن لم يقم بينة. معناه: بعدما شهد الشاهدان بالسرقة. وقال الشافعي: لا يسقط بمجرد الدعوى.

وإذا أقر رجلان بسرقة، ثم قال أحدهما: هو مالي لم يقطعا. فإن سرقا ثم غاب أحدهما وشهد شاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول أبي حنيفة الآخر، وهو قولهما، وكان يقول أولاً: لا يقطع.

وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فإنه يقطع، ويرد السرقة إلى المسروق منه، وهذا عند أبي حنيفة، / [١٣٠ و] وقال أبو يوسف: يقطع، والعشرة للمولى، وقال محمد: لا يقطع، والعشرة للمولى، ومعناه: إذا كذبه المولى، وقال: إنه مالي. ولو أقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده بالإجماع. ولو كان العبد مأذوناً له يقطع في الوجهين، وقال زفر: لا يقطع في الوجهين كلها، ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها.

^{١١٩١} الربوا، هكذا الخط كخط المصحف في جميع النسخ

^{١١٩٢} أي لا يقطع بخصومة المستودع والغاصب ... الخ.

وإذا قال المسروق منه: أريد المال فقط يسمع، ولا يسقط القطع. وكذا يثبت المال في دعوى السرقة بلا قطع فيما لو ادعاه، وأقام رجلاً وامرأتين شهوداً بها، فإنه يقضى بالمال دون القطع. وكذا إذا أقر بالسرقة ثم رجع يلزمه المال، ولا قطع. وفي عكسه لا يسمع، حتى لو قال المسروق منه: أريد القطع دون المال لا تسمع خصومته. وإذا قال الحر: هذا الثوب الذي في يد زيد سرقت من عمرو، وزيد يقول: هو ثوبي يقطع يد المقر، ولا يؤخذ الثوب من يد زيد.

وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها، فإن كانت مستهلكة لم يضمن، وهذا الإطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة، وهو المشهور. وروى الحسن عنه: أنه يجب في الاستهلاك، وقال الشافعي: يضمن فيهما.

ومن سرق سرقاً فقطع في إحداها فهو لجميعها، ولا يضمن شيئاً عند أبي حنيفة، وقالوا: يضمن كلها إلا التي قطع لها. ومعنى المسألة: إذا حضر أحدهم. وإن حضروا جميعاً وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيئاً بالاتفاق في السرقات كلها. وعلى هذا الخلاف إذا كان النصب كلها لواحد خاصم في البعض.

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوباً فشقه في الدار بنصفين، ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع، وعن أبي يوسف: أنه لا يقطع، كالمشتري إذا سرق مبيعاً فيه خيار البائع، بخلاف ما إذا سرق البائع مبيعاً باعه، ولم يعلم المشتري بالعيب، فإنه يقطع. وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان، وأخذ الثوب. فإن اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق، وهذا كله إذا كان النقصان فاحشاً. فإن كان يسيراً يقطع بالاتفاق. وإن سرق شاة، فذبحها، ثم أخرجها لم يقطع.

ومن سرق ذهباً أو فضة يجب فيه القطع، فصبغه [١٣٠ظ] دراهم أو دنانير قطع فيه، وترد الدراهم والدنانير إلى المسروق منه، وهذا عند أبي حنيفة. وقالوا: لا سبيل للمسروق منه عليها، ويجب الحد عند أبي حنيفة، وقيل: على قولهما لا يجب، وقيل: يجب. فإن سرق ثوباً، فصبغه أحمر، فقطع فيه لم يؤخذ منه الثوب، ولم يضمن، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يؤخذ منه الثوب، ويعطى ما زاد الصبغ فيه. وإن صبغه أسود، فقطع أخذ منه الثوب في المذهبين، يعني: عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف، هذا والأول سواء.

باب قطع الطريق

وإذا خرج جماعة ممنعين، أو واحد يقدر على الامتناع، فقصدها قطع الطريق، فأخذوا قبل أن يأخذوا مالا، ويقتلوا نفساً حبسهم الإمام حتى يحدثوا توبة. وإن أخذوا مال مسلم أو ذمي، والمأخوذ إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعداً أو ما يبلغ قيمته ذلك قطع الإمام أيديهم وأرجلهم من خلاف. والمراد: قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى. وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم حداً، حتى لو عفا الأولياء عنهم لا يلتفت إلى عفوهم. ولو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع.

والرابعة: إذا قتلوا، وأخذوا المال فالإمام بالخيار إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم، وإن شاء قتلهم، وإن شاء صلبهم. وقال مُجَدُّ: يقتل أو يصلب، ولا يقطع. ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه، وهو ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف: أنه لا يترك، ويصلب حياً، ويعج بطنه برمح إلى أن يموت، ومثله عن الكرخي، وعن الطحاوي: أنه يقتل ثم يصلب توقياً عن المثلثة، والأول هو الأصح. ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام، وعن أبي يوسف: أنه يترك على خشبة حتى ينقطع، فيسقط ليعتبر به غيره. وإذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مالٍ أخذه.

وإن باشر القتل أحدهم أجري الحد عليهم بأجمعهم. والقتل إن كان بعضاً أو بحجر أو بسيف فهو سواء. وإن لم يقتل القاطع، ولم يأخذ مالاً، وقد خرج اقتصر منه مما فيه القصاص، وأخذ الأرض منه مما فيه الأرض، وذلك إلى الأولياء. وإن أخذ مالاً ثم جرح قطعت يده ورجله من خلاف، وبطلت الجراحات. وإن أخذ بعد ما تاب، وقد قتل عمداً [١٣١و] فإن شاء الأولياء قتلوه، وإن شاؤوا عفووا عنه، ويجب الضمان إذا هلك في يده أو استهلكه.

وإن كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقيين. فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر، وعن أبي يوسف: أنه لو باشر العقلاء يحد الباقيون، وعلى هذا السرقة الصغرى. وأما ذو الرحم المحرم فقد قيل: تأويله: إذا كان المال مشتركاً بين المقطوع عليهم، والأصح أنه مطلق، بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن.

وإذا سقط الحد صار القتل إلى الأولياء، فإن شاؤوا قتلوه، وإن شاؤوا عفووا. وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد.

ومن قطع الطريق ليلاً أو نهاراً في المصر أو بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحساناً. وفي القياس يكون قاطع الطريق، وهو قول الشافعي. وعن أبي يوسف: أنه يجب إذا كان خارج المصر وإن كان بقرية. وعنه: إن قاتلوا نهاراً بالسلاح أو ليلاً به أو بالخشب فهم قطاع. وقال العلامة ابن الهمام: وفي شرح الطحاوي: الفتوى على قول أبي يوسف، انتهى.

ومن خنق رجلاً حتى قتله فالدية على العاقلة عند أبي حنيفة، وهي مسألة القتل بالمثل، وسنبين في الديات إن شاء الله تعالى. وإن خنق في المصر غير مرة قتل به.

كتاب السير

السير جمع سيرة، وهي الطريقة في الأمور، وفي الشرع يختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه. والجهاد فرض على الكفاية، إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقيين، وإن لم يقم به أحد أثم جميع الناس بتركه، إلا أن يكون النفير عاماً، فحينئذ يكون من فروض الأعيان. وفي الجامع الصغير: الجهاد واجب، إلا أن المسلمين في سعة حتى يحتاج إليهم، فأول هذا الكلام إشارة إلى الوجوب على الكفاية، وآخره إلى النفير العام. وقتال الكفار واجب وإن لم يبدءوا.

ولا يجب الجهاد على صبي، ولا عبد، ولا امرأة، ولا أعمى، ولا مقعد، ولا أقطع.
فإن هجم العدو على بلد يجب على جميع الناس الدفع، حتى تخرج المرأة بغير إذن زوجها، والعبد بغير إذن المولى.

ويكره الجُّعل ما دام للمسلمين فيء، أراد بالجعل: ما يضرب الإمام للغزاة على الناس بما يتقوى به الذين يخرجون إلى الجهاد،/[٣١ظ] كذا في العناية. فإن لم يكن فلا بأس بأن يقوي بعضهم بعضاً.

باب كيفية القتال

وإذا دخل المسلمون دار الحرب، فحاصروا مدينة أو حصناً دعوهم إلى الإسلام، فإن أجابوا كفوا عن قتالهم، وإن امتنعوا دعوهم إلى أداء الجزية، وهذا في حق من يقبل منه الجزية. ومن لا يقبل منه كالمتردين وعبدة الأوثان من العرب لا فائدة إلى قبول الجزية؛ لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام، فإن بذلوا فلهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين، والمراد بالبدل القبول، وكذا المراد بالإعطاء المذكور في القرآن.

ولا يجوز أن يقاتل من لم يبلغه الدعوة إلى الإسلام إلا أن يدعوه.
ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم، ولا غرامة.

ويستحب أن يدعو من بلغته الدعوة، ولا يجب ذلك، فإن أبوا ذلك استعانوا بالله عليهم، وحاربوهم، ونصبوا عليهم المناجيق، وأحرقوهم، وأرسلوا عليهم الماء، وقطعوا أشجارهم، وأفسدوا زروعهم، ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر.

وإن تترسوا بصبيان المسلمين أو بالأسارى لم يكفوا عن رميهم، ويقصدون بالرمي الكفار، وما أصابوا منهم لا دية عليهم ولا كفارة.

ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كان عسكرياً عظيماً يؤمن عليهم، ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها.

ولو دخل مسلم إليهم بأمان لا بأس بأن يحمل معه المصحف إذا كانوا قوماً يوفون بالعهد.
والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لإقامة عمل يليق بهن، كالطبخ والسقي والمداواة. وأما الشواب فمقائمهن في البيوت أدفع للفتنة، ولا يباشرن القتال، ولا يستحب إخراجهن للمباذنة^{١١٩٣} والخدمة، فإن كانوا لا بد مخرجين فبالإماء دون الحرائر.

ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها، ولا العبد إلا بإذن سيده، إلا أن يهجم العدو.
وينبغي للمسلمين أن لا يغدروا، ولا يغلولوا، ولا يمتثلوا. والغلول: السرقة من المغنم، والغدر: الخيانة ونقض العهد، والمثلة: أن يسود وجه الرجل أو يقطع أنفه وما أشبه ذلك.

^{١١٩٣} أي للجماع.

ولا يقتلوا^{١١٩٤} امرأة ولا صبياً، ولا شيخاً فانياً، ولا مُقعداً، ولا أعمى، ولا يابس الشق^{١١٩٥} والمقطوع اليمنى، والمقطوع يده ورجله/[١٣٢و] من خلاف، إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب، أو تكون المرأة ملكة. وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء. والشافعي يخالفنا في الشيخ الفاني والمقعد والأعمى. ولا يقتلوا مجنوناً إلا أن يقاتل، فيقتل، غير أن الصبي والمجنون يقتلان ما داموا يقاتلان. وغيرهما لا بأس بقتله بعد الأسر.

وإن كان يجن ويفيق فهو في حال إفاقته كالصحيح. ويكره أن يبتدئ الرجل أباه من المشركين فيقتله. فإن أدركه امتنع عليه حتى يقتله غيره، وإن قصد الأب قتله بحيث لا يمكنه دفعه إلا بقتله لا بأس به.

باب الموادة ومن يجوز أمانه

وإذا رأى الإمام أن يصلح أهل الحرب أو فريقاً منهم، وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به. وإن صالحهم مدة، ثم رأى نقض الصلح أنفع نبذ إليهم وقتلهم. ولا بد من اعتبار مدة يبلغ خبر النبذ إلى جميعهم، ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته. فإن بدءوا بخيانة قاتلهم، ولم ينبذ إليهم إذا كان ذلك باتفاقهم، بخلاف ما إذا دخل جماعة منهم، فقطعوا الطريق، ولا منعة^{١١٩٦} لهم، حيث لا يكون ذلك نقض للعهد. ولو كانت لهم منعة، فقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضاً للعهد في حقهم دون غيرهم، وهذا إذا كان بغير إذن ملكهم، ولو كان بإذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد. وإذا رأى الإمام موادة أهل الحرب، وأن يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به، وهذا إذا كان بالمسلمين حاجة، أما إذا لم تكن لا يجوز. والمأخوذ من المال يُصرف مصارف الجزية إذا لم ينزلوا بساحتهم، بل أرسلوا رسولاً. أما إذا أحاط الجيش بهم، ثم أخذوا المال فهو غنيمة، يخمسها، ويقسم الباقي بينهم. وأما المرتدون يوادعهم الإمام حتى ينظروا في أمرهم، ولا يأخذ عليه مالا، ولو أخذه لم يردّه. ولو حاصر العدو المسلمين، وطلبوا الموادة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعل الإمام إلا إذا خاف الهلاك.

ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب، ولا يجهز إليهم، وكذا الكراع، وكذا الحديد، وكذا بعد الموادة. وهذا هو القياس في الطعام والثوب، ولكنهما استثناء بالنص.

^{١١٩٤} معطوف على قوله: "ان لا يغدروا".

^{١١٩٥} يابس الشق أي المفلوج.

^{١١٩٦} جمع مانع، يقال فلان في منعة أي في قوم يمنعونه ويحمونه، انظر: الأزهرى، تهذيب اللغة، ١٥/٣.

فصل

[١٣٢ظ] وإذا آمن رجل حرّ أو امرأة حرّة كافراً أو جماعةً أو أهل حصن أو مدينةً صح أمانهم، ولم يكن لأحد من المسلمين قتالهم، إلا أن يكون في ذلك مفسدة، فينبذ إليهم. ولو حاصر الإمام حصناً، وآمن واحد من الجيش، وفيه مفسدة ينبذ الإمام، ويؤديه، بخلاف ما إذا كان فيه نظر.

ولا يجوز أمان ذمي ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم. ومن أسلم في دار الحرب، ولم يهاجر إلينا لا يصح أمانه. ولا يجوز أمان العبد عند أبي حنيفة إلا أن يأذن له مولاه في القتال. وقال مُجَدُّ: يصح، وهو قول الشافعي. وأبو يوسف معه في رواية، ومع أبي حنيفة في رواية. والأمان المؤبد: وهو عقد الذمة، يجوز من العبد بالاتفاق، وقال في الكفاية: يعني: إذا عقد حربي عقد الذمة مع العبد، وقبل الجزية، وقبل العبد منه هذا العقد يصح العقد والقبول من العبد، ويصير ذمياً بالاتفاق، انتهى. ولو آمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالجنون. وإن كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف. وإن كان مأذوناً له في القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق.

باب الغنائم وقسمتها

وإذا فتح الإمام بلدة عنوة . أي: قهراً . فهو بالخيار، إن شاء قسمه بين الغانمين، وإن شاء أقر أهله عليه، ووضع عليهم الجزية، وعلى أراضيهم الخراج. وقيل: الأولى هو الأول عند حاجة الغانمين، والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدّة في الزمان الثاني، وهذا في العقار. أما في المنقول المجرد فلا يجوز المَنّ بالرد عليهم، وفي العقار خلاف الشافعي. ^{١١٩٧} وإن مَنّ عليهم بالرقاب والأراضي يدفع إليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل. وهو . أي: الإمام . في الأسارى بالخيار، إن شاء قتلهم، وإن شاء استرقّهم، وإن شاء تركهم أحراراً ذمة للمسلمين، إلا مشركي العرب والمرتدين.

ولا يجوز أن يردهم إلى دار الحرب، فإن أسلموا . أي: بعد الأسر . لا يقتلهم، وله أن يسترقّهم. ولا يفادي بالأسارى عند أبي حنيفة، وقالوا: يفادي بهم أسارى المسلمين، وهو قول الشافعي. أما المفاداة بمال يأخذ منهم فلا يجوز في المشهور من المذهب، وفي السير الكبير: أنّه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة. ولو كان أسلم الأسير في أيدينا لا يفادي بمسلم أسير [١٣٣و] في أيديهم، إلا إذا طابت به نفسه، وهو مأمون على إسلامه. ^{١١٩٨}

^{١١٩٧} أي لا يجوز إقرار أهل البلد على بلدهم بالمنّ عليهم في العقار عند الشافعي.

^{١١٩٨} بحيث لا يخاف عليه الردة.

ولا يجوز المنّ عليهم . أي: على الأسارى. ^{١١٩٩} خلافاً للشافعي .

وإذا أراد الإمام العود ومعه مواشي، فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها، وحرقها، وصار كتنخرب البنيان. والتحريق قبل الذبح منهّي عنه، ولا يعقرها، ولا يتركها، وقال الشافعي: يتركها. أي: بلا عقر وذبح ..

وتحرق الأسلحة أيضاً، وما لا يحرق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار .

ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الإسلام، وقال الشافعي: لا بأس بذلك. قال صاحب الهداية رحمه الله عليه: وأصله: أن الملك للغنائم لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا، وعنده يثبت. ثم قيل: موضع الخلاف ترتّب الأحكام، أي: أحكام الملك على القسمة إذا قسم الإمام لا عن اجتهاد، أي: مجازفة بغير رأي، حتى لو رأى الإمام المصلحة في القسمة تجوز بالاتفاق، وقيل: الكراهة، أي: حكم قسمة الغنائم في دار الحرب على مذهبنا الكراهة، لا عدم الجواز، كذا في الكفاية. وهي كراهة تنزيه عند مُجَدِّد، فإنه قال: على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب، وعند مُجَدِّد الأفضل أن تقسم في دار الإسلام.

والرّدء ^{١٢٠٠} والمقاتل في العسكر سواء، وكذلك إذا لم يقاتل لمرض أو غيره.

وإذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام شاركهم فيها خلافاً للشافعي بعد انقضاء القتال. وإنما ينقطع حق المشاركة عندنا بالإحراز وينقسم الإمام في دار الحرب، أو يبيعه المغنم ^{١٢٠١} فيها.

ولا حق لأهل سوق العسكر في الغنيمة إلا أن يقاتلوا، وقال الشافعي في أحد قولي: يسهم لهم.

وإن لم يكن للإمام حمولة يحمل عليها الغنائم قسمها بين الغنائم قسمة إيداع ليحملوها إلى دار الإسلام، ثم يرتجعها منهم، فيقسمها. قال رحمه الله: هكذا ذكر في المختصر، ولم يشترط رضاهم، وهو رواية السير الكبير: والجملة في هذا أن الإمام إذا وجد في المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها، وكذا إذا كان في بيت المال فضل حمولة. ولو كان للغنائم أو لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير، ويجبرهم في رواية السير الكبير.

ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب، وفيه خلاف للشافعي، وقد بينا الأصل.

ومن مات من الغنائم في دار الحرب / [١٣٣ظ] فلا حق له في الغنيمة، ومن مات منهم بعد إخراجها إلى

دار الإسلام فنصيبه لورثته. وقال الشافعي: من مات بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه.

ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب، ويأكلوا ما وجدوه من الطعام، والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالزيت والسمن. قال رحمه الله: أرسل، ولم يقيده بالحاجة، وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في الأخرى، يعني: أن تحقق الحاجة شرط في الرواية الأولى كما في الثياب والدواب، حيث لا يجوز أخذها من غير حاجة بالاتفاق، وفي الأخرى يدار الحكم على دليل الحاجة، وهو كونه في دار الحرب. والمتعاد فيه أن لا يستصحب الغازي قوت نفسه وعلف ظهره مدة مُقامه فيها، والميرة منقطعة، بخلاف السلاح، فإنه يستصعبه. وإذا مسّت إليه حقيقة الحاجة يستعمله، ثم يرده إلى المغنم إذا استغنى عنه. والدابة مثل السلاح.

^{١١٩٩} أي الإنعام عليهم مجانا بدون استرقاق أو قتل أو ذمة.

^{١٢٠٠} أي الذي يخدم المقاتلين.

^{١٢٠١} م: القائم.

ويستعملوا الحطب، وفي بعض النسخ: الطيب، ويدهنوا بالدهن ويُوقَّحوا^{١٢٠٢} به الدابة، ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح، كل ذلك بلا قسمة. وتأويله: إذا احتاج إليه، بأن لم يكن له سلاح. ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئاً، ولا يتمولونه، وهذا إشارة إلى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض. فإن باعه أحدهم رد الثمن إلى الغنيمة. وأما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بهما قبل القسمة من غير حاجة، إلا أنه يقسم الإمام بينهم في دار الحرب إذا احتاجوا إلى الثياب والدواب والمتاع، ولم يذكر القسمة في السلاح، ولا فرق في الحقيقة، فإنه إذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين، وإن احتاج الكل يقسم في الفصلين، بخلاف ما إذا احتاجوا إلى السَّيِّ، حيث لا يقسم.

ومن أسلم منهم . معناه: في دار الحرب . أحرز بإسلامه نفسه^{١٢٠٣} وأولاده الصغار التابعين له في الإسلام، وكل مال هو في يده أو وديعة في يد مسلم أو ذمي، فإن ظهرنا على الدار فعقاره فيء، وقال الشافعي: هو له، وقيل: هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر، وفي قول محمد . وهو قول أبي يوسف الأول .: هو كغيره من الأموال، وزوجته فيء، وكذا حملها فيء خلافاً للشافعي، وأولاده الكبار فيء، ومن قاتل / [١٣٤و] من عبيده فيء، وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء، غصباً كان أو وديعة، وما كان غصباً في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة، وقال محمد: لا يكون فيئاً. قال عليه السلام: كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير، وذكر في الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد. أقول وقع في هذا المحل اختلاف في نسخ الهداية، وقد تعرض الشراح لتفصيله، ونحن لم نتعرض له، واقتصرنا على النسخة المشهورة روماً للاختصار، ومن أراد التفصيل فليرجع إلى الشروح.

وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة، ولا يأكلوا منها. ومن فضل معه طعام أو علف ردّه إلى الغنيمة. ومعناه: إذا لم يقسم. وعن الشافعي مثل قولنا، وعنه: أنه لا يرد كالمتلصص . أي: الغازي . إذا سرق من مال أهل الحرب لا يرد إلى الغنيمة بالاتفاق، ويكون له. وبعد القسمة تصدقوا به إن كانوا أغنياء، وانتفعوا به إن كانوا محاييج، وإن كانوا انتفعوا به بعد الإحراز يرد قيمته إلى المغنم إن كان لم يقسم. وإن قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته، والفقير لاشيء عليه.

فصل في كيفية القسمة

ويقسم الإمام الغنيمة، فيخرج خمسها، ويقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين، ثم للفارس سهمان، وللراجل سهم عند أبي حنيفة، وقالوا: للفارس ثلاثة أسهم، وهو قول الشافعي. ولا يسهم إلا لفارس واحد، وقال أبو يوسف: يسهم للفرسين، ولا يسهم لثلاثة أفراس بالاتفاق. والبراذين^{١٢٠٤} والعناق والمهجين^{١٢٠٥} والمُقرِف^{١٢٠٦} والعرب سواء.

^{١٢٠٢} ل م: توقَّحوا

^{١٢٠٣} أي سلم من الاسترقاق

^{١٢٠٤} البراذين جمع بَرَذُون، خيل العجم، والعناق خيل العرب.

^{١٢٠٥} المهجين ما يكون أبوه من براذين وأمه عربية.

ومن دخل دار الحرب فارساً، فنفق^{١٢٠٧} فرسه استحق سهم الفرسان، ومن دخل راجلاً، فاشترى فرساً استحق سهم راجل، وجواب الشافعي على عكسه، وهكذا روى ابن المبارك عن أبي حنيفة في فصل الثاني أنه يستحق سهم الفرسان. والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة، وعنده حالة انقضاء الحرب.

ولو دخل فارساً، وقاتل راجلاً لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق.

ولو دخل فارساً، ثم باع فرسه، أو وهب، أو أجر، أو رهن؛ ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة يستحق سهم الفرسان، وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة. ولو باعه بعد الفراغ / [١٣٤ ظ] لم يسقط سهم الفرسان، وكذا إذا باع في حالة القتال عند البعض، والأصح أنه يسقط.

ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي، ولكن يرضخ لهم^{١٢٠٨} على حسب ما يرى الإمام. والمكاتب

بمنزلة العبد.

ثم العبد إنما يرضخ له إذا قاتل، والمرأة يرضخ لها إذا كانت تداوي الجرحى، وتقوم على المريض، والذمي إنما يرضخ له إذا قاتل، أو دل على الطريق ولم يقاتل، إلا أنه يزداد على السهم في الدلالة إذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم إذا قاتل.

وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم؛ سهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لابن السبيل، يدخل فقراء ذوي القرى فيهم، ويقدمون، ولا يدفع إلى أغنيائهم. وقال الشافعي: لهم خمس الخمس، يستوي فيه فقيرهم وغنيهم، ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين. ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم. فأما ذكر الله تعالى في الخمس فإنه لافتتاح الكلام تبركاً باسمه.

وسهم النبي عليه الصلاة والسلام سقط بموته كما سقط الصفي، والصفي: شيء كان النبي عليه الصلاة والسلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة، مثل درع أو سيف أو جارية. وقال الشافعي: يصرف سهم الرسول ﷺ إلى الخليفة.

وسهم ذوي القرى كانوا يستحقونه في زمن النبي ﷺ بالنصرة، وبعده بالفقر، قال ﷺ: هذا الذي ذكره هو قول الكرخي، وقال الطحاوي: سهم الفقير منهم ساقط أيضاً، قيل: والأول هو الأصح.

وإذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير إذن الإمام، فأخذوا شيئاً لم يخمس. ولو دخل الواحد أو الاثنان بإذن الإمام فيه روايتان، والمشهور أنه يخمس. فإن دخلت جماعة لها منعة، فأخذوا شيئاً خمس وإن لم يأذن لهم الإمام.

^{١٢٠٦} م: المعروف. | المقرف ما يكون أبوه عربية وأمه برذونة، فتح القدير،

^{١٢٠٧} أي هلك.

^{١٢٠٨} أي يعطى لهم شيء قليل من كثير.

فصل في التنفيل

ولا بأس بأن ينقل الإمام في حال القتال، ويحرض به على القتال، فيقول: من قتل قتيلاً فله سلبه، ويقول للسرية: قد جعلت لكم الربع بعد الخمس، معناه: بعدما رفع الخمس. ثم قد يكون التنفيل بما ذكرنا، وقد يكون بغيره، إلا أنه لا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ. فإن فعله مع السرية جاز.

ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام إلا من الخمس. وإذا لم يجعل السلب / [١٣٥] للقاتل فهو من جملة الغنيمة. والقاتل وغيره في ذلك سواء. وقال الشافعي: السلب للقاتل إذا كان من أهل أن يسهم له، وقد قتله مقبلاً. والسلب: ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه، وكذا ما على مركبه من السرج والآلة، وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيقته أو على وسطه، وما عدا ذلك فليس بسلب، وما كان مع غلامه على دابة أخرى فليس بسلبه.

ولو قال الإمام: من أصاب جارية فهي له، فأصابها مسلم، واستبرأها لم يحل له وطؤها، وكذا لا يبيعها، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: له أن يطأها ويبيعها. ووجوب الضمان بالإتلاف قد قيل: على هذا الاختلاف، قال صاحب العناية: وإنما ذكره دفعاً لشبهة ترد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وبيان ذلك: أن محمد ذكر في الزيادات: أن المتلف لسلبه نفله الإمام رجلاً يضمن؛ لأن الحق متأكد، ولم يذكر فيه الخلاف، فورد الضمان شبهة عليهما؛ لأن الضمان دليل تمام الملك، فينبغي أن يحل الوطء على مذهبهما أيضاً بعد الاستبراء، فقال في دفع ذلك: إنه أيضاً على الاختلاف، عند محمد يضمن، وعندهما لا يضمن.

باب استيلاء الكفار

وإذا غلب الترك على الروم، فسبّوهم، وأخذوا أموالهم ملكوها، والمراد به: كفار الترك، ونصارى الروم. كذا في العناية وغيره.

فإن غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك، وإذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها، وقال الشافعي: لا يملكونها. فإن ظهر عليها المسلمون، فوجدوها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء، وإن وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة إن أحبوا. وإن دخل دار الحرب تاجر فاشتري ذلك، وأخرجه إلى دار الإسلام فمالكه الأول بالخيار، إن شاء أخذه بالثمن الذي اشتراه، وإن شاء ترك. ولو اشتراه بعرض يأخذه بقيمة العرض. ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته، ولو كان مغنوماً^{١٢٠٩} وهو مثلي يأخذه قبل القسمة، ولا يأخذه بعدها. وكذا إذا كان موهوباً لا يأخذه، وكذا إذا كان مشترى بمثله قدرأً ووصفاً.

فإن أسروا عبداً، فاشتراه رجل، وأخرجه إلى دار الإسلام، ففقت عينه، وأخذ أرشها، فإن المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدو.

^{١٢٠٩} أي غنمه المسلمون.

وإن أسروا عبداً،/[١٣٥ظ] فاشتره رجل بألف درهم، فأسروه ثانياً، وأدخلوه دار الحرب، فاشتره رجل آخر بألف درهم فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثاني، وللمشتري الأول أن يأخذه من الثاني بالثمن، ثم يأخذه المالك القديم بألفين إن شاء. وكذا إذا كان المأسور منه الثاني غائباً ليس للأول أن يأخذه. ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا إلا العبيد، ونملك^{١٢١٠} عليهم جميع ذلك.

وإذا أبقى عبد لمسلم، فدخل إليهم، فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة، وقالوا: يملكونه، بخلاف الأبق المتروك^{١٢١١} في دارنا إذا أخذوه وأحرزوه بدارهم ملكوه. وإذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة يأخذه المالك القديم بغير شيء، موهوباً كان أو مشترى أو مغنوماً قبل القسمة، وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال، وليس له على المالك جعل الأبق.

وإن نذ بعير إليهم فأخذوه ملكوه، وإن اشتراه رجل وأدخله دار الإسلام فصاحبه يأخذه بالثمن إن شاء. وإن أبق عبد إليهم، وذهب معه بفرس ومتاع، فأخذ المشركون ذلك كله، واشترى رجل ذلك كله، وأخرجه، فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء، والمتاع والفرس بالثمن، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: يأخذ العبد وما معه بالثمن إن شاء.

وإن اختلف المالك القديم والمشتري من العدو في مقدار الثمن فالبينة للمشتري من العدو، وذكر محمد في السير الكبير: أن البينة بينة المالك القديم. ذكرها في الشفعة. وقال صاحب العناية هناك: ورجحنا بينة المولى القديم لكونها ملزمة على بينة المشتري من العدو؛ لأنها غير ملزمة، انتهى. وإذا دخل الحربي دارنا بأمان، واشترى عبداً مسلماً، وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يعتق.

وإذا أسلم عبد لحربي، ثم خرج إلينا، أو ظهر على الدار فهو حر، وكذا إذا خرج^{١٢١٢} عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار.

باب المستأمن

وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجراً فلا يحل له أن يتعرض بشيء من أموالهم، ولا من دمائهم، إلا إذا غدر بهم ملكهم، فأخذ أموالهم أو حبسهم، أو فعل غيره يعلم الملك ولم يمنعه، بخلاف الأسير، حيث يباح له التعرض وإن أطلقوه طوعاً. فإن غدر بهم. أعني: التاجر.، فأخذ شيئاً، وخرج به ملكه ملكاً محظوراً، فيؤمر بالتصدق به.

^{١٢١٠} م: ولا نملك

^{١٢١١} أي الأبق الذي تردد في دار الإسلام.

^{١٢١٢} ل م: أخرج.

وإذا دخل/[١٣٦و] المسلم دار الحرب بأمان، فأدانه حربي، أو أدان هو حريباً، أو غضب^{١٢١٣} أحدهما صاحبه، ثم خرج إلينا، واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء، وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين. ولو خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما، ولم يقض^{١٢١٤} بالغصب.

وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان، فغصب حريباً، ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب، ولم يقض عليه، يعني: يؤمر بالرد إفتاء لا قضاء.

وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان، فقتل أحدهما صاحبه عمداً أو خطأ فعلى القاتل الدية في ماله، وعليه الكفارة في الخطأ.

فإن كانا أسيرين، فقتل أحدهما صاحبه، أو قتل مسلم تاجر أسيراً فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة، وقالوا: في الأسيرين الدية في الخطأ والعمد.

رجل دخل دار الحرب بأمان، وأخذ مال حربي، ثم أسلم الحربي، ثم خرجا إلينا، فقال له المسلم: أخذت منك مالاً وأنت حربي، وقال: أخذت مني وأنا مسلم فالقول قول الحربي عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يضمن. ذكرها في باب أحكام المرتدين إجمالاً.

ويضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن. ذكرها في باب جنابة المملوك من كتاب الديات.

فصل

وإذا دخل الحربي إلينا مستأمناً لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة، ويقول الإمام: إن أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية، ثم إن رجع بعد مقالة الإمام قبل تمام السنة إلى وطنه فلا سبيل عليه، وإذا مكث سنة^{١٢١٥} فهو ذمي. ولالإمام أن يؤقت في ذلك ما دون السنة كالشهرين والشهر. وإذا أقامها بعد مقالة الإمام يصير ذمياً، ثم لا يترك أن يرجع إلى دار الحرب.

وإن دخل الحربي دارنا بأمان، فاشتري أرض خراج، فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي^{١٢١٦}.

وإذا دخلت حربية بأمان، فتزوجت ذمياً صارت ذمية. وإذا دخل حربي بأمان، فتزوج ذمية لم يصير ذمياً.

وإذا دخل الحربي دارنا بأمان لا تثبت الفرقة بينه وبين زوجته. ذكرها في نكاح أهل الشرك.

ولو أن حربي دخل دارنا بأمان، ثم عاد إلى دار الحرب، وترك وديعة عند مسلم أو ذمي، أوديناً في ذمتهم فقد صار دمه مباحاً بالعود. وما في دار الإسلام من ماله على خطر، فإن أسير أو ظهر على الدار، فقتل سقطت ديونته، وصارت الوديعة فيئاً. وإن قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته، وكذلك إذا مات.

^{١٢١٣} م: غضب.

^{١٢١٤} م: نقض.

^{١٢١٥} ل - إلى وطنه ... سنة.

^{١٢١٦} س - فهو ذمي.

وما أوجف^{١٢١٧} المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين/[١٣٦ظ] كما يصرف الخراج، قالوا: هو مثل الأراضي التي أجلبوا^{١٢١٨} أهلها عنها والجزية^{١٢١٩}، ولا خمس في ذلك، وقال الشافعي: فيهما الخمس.

وإذا دخل الحربي دارنا بأمان، وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار، ومال أودع بعضه ذمياً وبعضه حربياً وبعضه مسلماً، فأسلم ههنا، ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء، وكذلك ما في بطن امرأته لو كانت حاملاً. وإن أسلم في دار الحرب، ثم جاء إلينا، وظهر على الدار^{١٢٢٠} فولده الصغار أحرار مسلمون. وإذا سبي مع الصغير أبويه يعتبر كافراً، ذكرها في باب اللقيط. وما كان من مال أودعه مسلماً أو ذمياً فهو له، وما سوى ذلك فيء. وإذا أسلم الحربي في دار الحرب، فقتله مسلم عمداً أو خطأ، وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ، وقال الشافعي: تجب الدية في الخطأ، والقصاص في العمد.

والمرتد والمستأمن في دارنا من أهل دارهم حكماً، فلا تجب الدية بقتلهم. وإذا قتل رجلاً عمداً على ظن أنه حربي، وعليه علامتهم تجب الدية لا القصاص، ذكرها في باب الشهادة على الزنا.

ومن قتل مسلماً خطأ لا ولي له، أو قتل حربياً دخل دارنا بأمان فأسلم فالدية على عاقلته للإمام، وعليه الكفارة. ومعنى قوله: "للإمام": أنّ حق الأخذ له. وإن كان عمداً فإن شاء الإمام قتله، وإن شاء أخذ الدية. قوله: "وإن شاء أخذ الدية" معناه: بطريق الصلح، وليس له أن يعفو.

وإذا دخل الحربي دارنا بغير أمان يتوقف حاله بين الاسترقاق والقتل والمنّ، فيتوقف تصرفاته، ذكرها في باب أحكام المرتدين.

وإذا أسلم الحربي في دار الحرب، فأخبره إنسان بما عليه من الفرائض، إن كان المخبر عدلاً أو أخبره اثنان لزمته، حتى لو ترك شيئاً منها يجب قضاؤه إجماعاً. وإن كان^{١٢٢١} فاسقاً، فإن صدّقه فكذلك، أو كذّبه فعلى الخلاف، يعني: لا يجب القضاء عند أبي حنيفة، وعندهما يجب. وقال العلامة ابن الهمام نقلاً عن شمس الأئمة السرخسي أنه قال: الأصح عندي يلزمه القضاء ههنا اتفاقاً؛ لأن المخبر له رسول الله ﷺ^{١٢٢٢}،^{١٢٢٣} ثم قال: وفيه نظر، ذكرناه^{١٢٢٤} في كتابنا المسمى بتحرير الأصول، انتهى. وهذه مذكورة في باب القضاء/[١٣٧و] بالمواريث إجمالاً^{١٢٢٥}.

^{١٢١٧} أي أعملوا من خيلهم وركابهم في تحصيله كذا في الكفاية، من ل و م و س.

^{١٢١٨} أي أخرج.

^{١٢١٩} بالجر عطفاً على الأراضي، من س.

^{١٢٢٠} أي على دار الحرب، البناءة.

^{١٢٢١} أي المخبر.

^{١٢٢٢} س: رسول رسول الله.

^{١٢٢٣} م س: عليه السلام.

^{١٢٢٤} م: ذكرها.

^{١٢٢٥} س - إجمالاً.

باب العشر والخراج

أرض العرب كلها أرض عُشر، وهي ما بين العُدَيْب^{١٢٢٦} إلى أقصى حجر باليمن بِمَهْرَةٍ^{١٢٢٧} إلى حد الشام. والسواد أرض خراج، وهي ما بين العذيب إلى عقبة خلوان، ومن الثعلبية . ويقال: من العُلث. إلى عبّادان. ومن شرط وضع الخراج أن يقر أهلها على الكفر كما في سواد العراق. ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف. وعمر عليه السلام حين فتح السواد وضع الخراج عليهما بمحضر من الصحابة، ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص رضي الله عنه، وكذا أجمعت الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين على وضع الخراج على الشام. وأرض السواد مملوكة لأهلها، يجوز بيعهم لها، وتصرفهم فيها. وكل أرض أسلم أهلها، أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي أرض عشر، وكل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهي أرض خراج، وكذا إذا صالحهم. ومكة مخصوصة من هذا، فإن رسول الله ﷺ فتحها عنوة، وتركها لأهلها، ولم يوظف الخراج. وكما لا رق على العرب فكذا لا خراج في أرضهم، كذا في العناية. وفي الجامع الصغير: كل أرض فتحت عنوة، فوصل إليها ماء الأنهار فهي أرض خراج، وما لم يصل إليها ماء الأنهار، واستخرج منها عين فهي أرض عشر. ومن أحيا مواتاً فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها، فإن كانت من حيز أرض الخراج . معناه: بقره . فهي خراجية، وإن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية. والبصرة عند أبي يوسف عشرية بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم، وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية من جهة كونها من حيز أرض الخراج، إلا أن الصحابة وظفوا عليها العشر، فثُرَّ القياس لإجماعهم. قال مُجَدُّ: إن أحياها بئر حفرها، أو عين استخرجها، أو ماء دجلة والفرات والأنهار التي لا يملكها أحد فهي عشرية، وكذا إن أحياها بماء السماء. وإن أحياها بماء الأنهار التي احتفرها الأعاجم مثل نهر الملك ونهر يَزْدَجَرْد^{١٢٢٨} فهي خراجية. ونهر الملك على طريق الكوفة من بغداد، كذا في العناية. وقيل: المراد بالملك: أنوشروان؛ لأنه حفره، ويزدجرد ملك من ملوك العجم.

والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي،/[١٣٧ظ] وهو الصاع ودرهم. ومن جريب الرطبة خمسة دراهم، ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم، هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه، فإنه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق، وجعل حذيفة عليه مشرفاً، فمسح، فبلغ ستاً وثلاثين ألف ألف جريب، ووضع على ذلك ما قلنا، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين من غير نكير، فكان إجماعاً منهم. وما سوى ذلك من الأصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة، قالوا: ونهاية الطاقة: أن يبلغ الواجب نصف الخراج لايزداد عليه. والبستان: كل أرض يحوطها حائط، وفيها

^{١٢٢٦} وهو ماء لتميم، فتح القدير، ٣١/٦.

^{١٢٢٧} اسم قبيلة، بدل مما قبله، انظر المصدر السابق.

^{١٢٢٨} بوزن يستعيب، الميداني، اللباب في شرح الكتاب، ٤/١٤٠.

نخيل متفرقة وأشجار، وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الأراضي كلها، وترك كذلك. فإن لم تطق ما وضع عليها نقصهم الإمام، فالتقصان عند قلة الربيع جائز بالإجماع، وأما الزيادة عند زيادة الربيع فتجوز عند محمد، وعند أبي يوسف لا تجوز.

وإن غلب على أرض الخراج الماء، أو انقطع عنها، أو اضطلم الزرع آفة فلا خارج عليه. وإن عطلها صاحبها فعليه الخراج. قالوا: من انتقل إلى أخس الأمرين من غير عذر فعليه خراج الأعلى، وهذا يعرف ولا يفتى كيلا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس. قال صاحب العناية: بأن كان الأرض صالحة لزراعة الزعفران مثلاً، فزرع الشعير وجب الزعفران؛ لأنه هو الذي ضيع الزيادة، انتهى.

ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله.

ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذمي، فيؤخذ منه الخراج، ولا عشر في الخارج من أرض الخراج، وقال الشافعي: يجمع بينهما.

ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة، وإذا مضت سنون ولم يعط الخراج لم يؤخذ منه خراج عند أبي حنيفة، وعندهما يؤخذ منه، وقيل: لا تداخل، فيؤخذ ما مضى بالاتفاق. أشار إليه في باب الجزية والعبارة لابن الهمام. ويوضع الخراج على مولى القرشي ولا يوضع عليه، ذكرها في فصل "ونصارى بني تغلب". وقال في باب من يجوز دفع الصدقة إليه من الزكاة: وإذا أعتق القرشي عبداً نصرانياً يؤخذ منه الجزية، ويعتبر حال المعتق بالفتح اسم مفعول، انتهى.

وتداخل خراج [١٣٨و] الأرض على الخلاف الذي سيذكره في تداخل الجزية، وقيل: لا تداخل فيه بالاتفاق، ذكرها في باب الجزية.

باب الجزية

وهي على ضربين: جزية توضع بالتراضي والصلح، فتتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق، كما صالح رسول الله ﷺ بني نجران على ألف ومائتي حلة، وجزية يبتدئ الإمام وضعها إذا غلب على الكفار، وأقرهم على أملاكهم، فيضع على الغني الظاهر الغني في كل سنة ثمانية وأربعين درهماً، يأخذ منه في كل شهر أربعة دراهم، وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهماً، في كل شهر درهمين، وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهماً، في كل شهر درهماً، وهذا عندنا، وقال الشافعي: يضع على كل حالم ديناراً أو ما يعدل الدينار، الغني والفقير في ذلك سواء. وتوضع على مولى القرشي، ولا توضع عليه. ذكرها في فصل ونصارى تغلب. وتوضع على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم، كما يجوز استرقاقهم. وفي وضع الجزية عليهم خلاف الشافعي.

قال العلامة ابن الهمام: أهل الكتاب اليهود، ويدخل فيهم السامرة، فإنهم يدينون بشريعة موسى عليه السلام، إلا أنهم يخالفونهم في فروع، والنصارى، ويدخل فيهم الفرنج والأرمن. فأما الصابئون فعلى الخلاف؛ من قال: هم من النصارى أو قال: هم من اليهود؛ فهم من أهل الكتاب، ومن قال: يعبدون الكواكب فليسوا من الكتابيين كعبدة الأوثان. وفي فتاوى قاضي خان: ويؤخذ الجزية من الصابئة عند أبي حنيفة خلافاً لهما. ويطلق في أهل

الكتاب، فيشمل أهل الكتاب من العرب والعجم، وأما المجوس عبدة النار ففي البخاري: ولم يكن عمر عليه السلام أخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر،^{١٢٢٩} انتهى.

ويجوز دفع القيم في الجزية بالاتفاق، ذكرها في كتاب الزكاة في فصل وليس من الفصلان. ولا توضع على عبدة الأوثان من العرب ولا المرتدين، وعند الشافعي يسترق مشركو العرب.^{١٢٣٠} وإذا ظهر عليهم فمساؤهم وصبيانهم فيء، ومن لم يسلم من رجالهم قتل.

ولا جزية على امرأة، ولا صبي، ولا زمن، ولا أعمى، [١٣٨ ظ] وكذلك المفلوج والشيخ الكبير، وعن أبي يوسف: أنه يجب إذا كان له مال، ولا فقير غير معتمل خلافاً للشافعي.

ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدير وأم الولد، ولا يؤدي عنهم مواليتهم، وتوضع على مولى المسلم إذا كان نصرانياً، ذكره في فصل ونصارى بني تغلب.

ولا توضع على الرهبان الذي لا يخالطون الناس. كذا ذكر ههنا. وذكر محمد عن أبي حنيفة: أنه توضع عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل، وهو قول أبي يوسف، ولا قتل أيضاً على الذي لا يخالطون الناس.

ولابد أن يكون المعتمل صحيحاً، ويكتفى بصحته في أكثر السنة. ومن أسلم وعليه جزية سقطت عنه، وكذا إذا مات كافراً خلافاً للشافعي، فإن اجتمعت عليه الحولان تداخلت. وفي الجامع الصغير: ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة، وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ منه، وهذا عند أبي حنيفة، وقال: يؤخذ منه. وإن مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعاً، وكذا إن مات في بعض السنة.

وإذا مات الذمي ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين، ولو كان عليه دين يقضى منه، ذكرها في أحكام المرتدين.

ولو بعث الجزية على يد نائبه لا تقبل في أصح الروايات، بل يكلف أن يأتي به بنفسه، فيعطي قائماً، والقابض منه قاعداً، وفي رواية: يأخذ بلتبيبه ويهزه هزاً، ويقول: أعط الجزية يا ذمي. والتليب. بالفتح.^{١٢٣١} ما على موضع اللب من ثيابه، واللّب: موضع القلادة من الصدر. كذا في النهاية نقلاً عن المغرب. ثم قول محمد في الجزية في الجامع الصغير: وجاءت سنة أخرى حمله بعض المشايخ على الماضي مجازاً، وقال: الوجوب بآخر السنة، فلا بد من الماضي ليتحقق الإجماع، فتداخل، وعند البعض هو مجرئ على حقيقته، والوجوب عند أبي حنيفة بأول الحول، فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء، والأصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول، وعند الشافعي في^{١٢٣٢} آخره.

^{١٢٢٩} البخاري، ٣١٥٧. | وهجر اسم بلد في البحرين، يذكر فيصرف وهو لأكثر ويؤنث فيمنع من الصرف، تعليق مصطفى البغا، ٩٦/٤.

^{١٢٣٠} ل م: مشركوا العرب.

^{١٢٣١} س - بالفتح.

^{١٢٣٢} ل - في.

فصل [في بعض أحكام الذمي]

ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة في دار الإسلام، وإن أهدمت البيع والكنائس القديمة أعادوها، إلا أنهم لا يمكنون من نقلها؛ لأنه إحداث في الحقيقة.

والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة، أي: لا يمكنون من إحداثها، بخلاف موضع [١٣٩و] الصلاة في البيت. وهذا في الأمصار دون القرى، وقيل: في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى أيضاً، والمروى عن صاحب المذهب . أي: عن أبي حنيفة . في قرى الكوفة وفي أرض العرب يمنعون من ذلك في أمصارها وقراها. وقد ذكر العلامة ابن الهمام في هذا الحل تفصيلاً حقيقاً بأن يكتب بمداد من الذهب، فأحببت إيراده لتأييد المذهب، حيث قال:

وفي عبارة الهداية: "ولما أقرهم الإمام" إشارة إلى أن ذلك إذا كان بإقرار الإمام إياهم على ذلك، وذلك إذا صالحهم على إقرارهم على أراضيهم، سواء كان إماماً في زمن الصحابة والتابعين أو بعدهم، ثم قيل: أمصار المسلمين ثلاثة: أحدها: مصره المسلمون كالقوفة والبصرة وبغداد وواسط، فلا يجوز فيها إحداث بيعة ولا كنيسة ولا صومعة ولا مجتمع للصلوات بإجماع العلماء، ولا يمكنون من شرب الخمر واتخاذ الخنازير وضرب الناقوس، وثانيها: ما فتحه المسلمون عنوة، فلا يجوز فيها إحداث شيء منها بالإجماع، وما كان منها هل يجب هدمه؟ فقال مالك والشافعي في قول وأحمد في رواية: يجب، وعندنا: إن جعلهم ذمة أمرهم أن يجعلوا كنائسهم مساكن، ويمنع من صلواتهم فيها، ولكن لا تهدم، وهو قول الشافعي ورواية عن أحمد، وثالثها: ما فتح صلحاً، فإن صالحهم على أن الأرض لهم ولنا الخراج جاز إحداثهم، وإن صالحهم على أن الدار لنا، ويؤدون الجزية فالحكم في الكنائس على ما يوقع عليه الصلح، فإن صالحهم على شرط تمكين الإحداث لا يمنعهم، إلا أن الأولى أن لا يصالحهم إلا على ما وقع عليه صلح عمر رضي الله عنه من عدم إحداث شيء منها. وإن وقع الصلح مطلقاً لا يجوز الإحداث، ولا يتعرض للقدمة، ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنزير بالإجماع. انتهى كلامه. وإنما أوردنا هذا التفصيل والإكثار، مع خروجنا عما التزمناه من الاختصار، روماً لتكثير الفوائد، ومثل هذا لا يعد من الزوائد.

ويؤخذ أهل الذمة بالتمييز عن المسلمين في زيّهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم، فلا يركبون الخيل، ولا يعملون بالسلاح، أي: لا يحملونه. وفي الجامع الصغير: ويؤخذ أهل الذمة بإظهار الكستيجات والركوب [١٣٩ظ] على السروج التي كهية الأكف. والكستيج: خيط غليظ بقدر الإصبع يشده الذمي فوق ثيابه، دون ما يترنون به من الزنانير المتخذة من الإبرسيم، كذا في العناية. وصرح في الهداية: أن الخيط الغليظ يكون من الصوف يشده على وسطه.

ولا يبتدئ الذمي بالسلام، ويضيق عليه الطريق، ويجب أن تتميز نسائهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات، ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة، قالوا: الأحق أن لا يتركوا أن يركبوا إلا للضرورة، وإذا ركبوا للضرورة فلينزّلوا في مجامع المسلمين، فإن لزم الضرورة اتخذوها سروجاً بالصفة التي تقدمت، ويمنعون عن لباس يختص به أهل العلم والزهد والشرف.

ومن امتنع من الجزية، أو قتل مسلماً، أو سبَّ النبي ﷺ، أو زنى بمسلمة لم ينتقض عهده، وقال الشافعي: سب النبي ﷺ يكون نقضاً.

ولا ينتقض العهد إلا أن يلحق بدار الحرب، أو يغلبوا على موضع، فيحاربونا. وإذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد، معناه: في الحكم بموته بالحق، وكذا في حكم ما يحمله من ماله، إلا أنه لو أُسِرَ يُسْتَرَقَّ.

فصل [في بني تغلب]

ونصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكاة، فيؤخذ من نسائهم، ولا يؤخذ من صبيانهم، وقال زفر: لا يؤخذ من نسوانهم أيضاً، وهو قول الشافعي.

قال العلامة ابن الهمام: واختلف الفقهاء فيه، فقليل: إنه جزية من كل وجه، فلا يؤخذ من المرأة والصبي، وهو قول الشافعي، وقال أصحابنا وأحمد: هو وإن كان جزية في المعنى فهو واجب بشرائط الزكاة وأسبابها، فلا يراعى فيه شرائط الجزية من وصف الصغار، فيقبل من النائب. ويعطي جالساً إن شاء، ولا يؤخذ بتلبسه. ^{١٢٣٣} والمصرفُ مصالح المسلمين؛ لأنه مال بيت المال، وذلك لا يختص الجزية، والمرأة من أهلها، فيؤخذ منها، بخلاف الصبي والمجنون، انتهى ما ذكره ملخصاً.

ويوضع على مولى التغلبي الخراج - أي: الجزية -، وخراج الأرض بمنزلة مولى القرشي، وقال زفر: يضاعف.

وما جباه الإمام من الخراج ومن أموال بني تغلب وما أهده أهل الحرب إلى الإمام والجزية يصرف في مصالح المسلمين،/[١٤٠] كسد الثغور، وبناء القناطر والجسور، ويُعطى قضاة المسلمين وعمّاهم وعلمائهم منه ما يكفيهم، ويدفع منه أرزاق المقاتلة وذرائعهم. ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء. ولما كان عطاءً فلا يملك قبل القبض، ويسقط بالموت. وأهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي، وكذا نفقة اللقيط والمقعد الذي لا مال ولا قرابة له، ذكرها في اللقيط.

قال صاحب العناية: والعطاء ما يكتب للغزاة في الديوان، ولكل من قام بأمر من أمور الدين، كالقاضي والمفتي والمدرس، وفي الابتداء كان يعطى كل من كان له ضرب مزية في الإسلام، كأزواج النبي ﷺ وأولاد المهاجرين والأنصار ﷺ. وكذا لو مات في آخر السنة لا يورث العطاء. وإنما وضع المسألة في نصف السنة؛ لأنه لو مات في آخر السنة يستحب صرف ذلك إلى قريبه، انتهى كلامه.

وفي المحيط البرهاني: قال مُجَدُّ في آخر كتاب الزكاة من الأصل: بيوت الأموال أربعة: أحدها: بيت مال الزكاة والعشور والكفارات إذا وصلت إلى يد الإمام، والثاني: بيت مال الخراج والجزية وصدقات بني تغلب، والثالث: بيت مال الخمس، يعني: خمس الغنائم والركاز والكنوز، والرابع: بيت مال اللقطات والتركات. فمالُ الزكاة وعشور

^{١٢٣٣} م: بتلية.

الأراضي مصروفة إلى المذكور في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ﴾^{١٢٣٤} الآية، لا يجوز صرفها إلى المقاتلة، ولا إلى فقراء بني هاشم. ومال^{١٢٣٥} الخراج والجزية يصرف إلى المقاتلة، وإلى سد ثغور المسلمين، وبناء الحصون في الثغور، وإلى مراصد الطريق في دار الإسلام، وإلى كرى^{١٢٣٦} الأنهار العظام الذي فيه صلاح المسلمين، وإلى فرع^{١٢٣٧} نفسه لعمل المسلمين نحو القضاة والمحتسب والمفتين والمؤذنين والمعلمين، وإلى عمارة المساجد والقناطر،^{١٢٣٨} وإلى معالجة المرضى إذا كانوا فقراء، وتكفين الموتى الذين لا مال لهم، وإلى نفقة اللقيط، وعبد جاء منه، وما أشبه ذلك.

والحاصل: أن هذا النوع يصرف إلى ما فيه صلاح الدين، وصلاح دار الإسلام والمسلمين. والخمس يصرف إلى فقراء المسلمين، الهاشمي وغيره سواء. واللقطات والتركات تصرف إلى ما فيه صلاح المسلمين كمال الخراج والجزية، إلا أنه يجعل لها / [١٤٠ ظ] بيت على حدة؛ لأنه ربما يظهر له مستحق بعينها. ولو كان في بعض بيوت هذه الأموال مال، ولم يكن في البعض مال فلإمام أن يصرف مال ذلك البيت إلى هذا البيت عند الحاجة، حتى إذا لم يكن في بيت مال الخراج وفي بيت مال الصدقة مال فالإمام يأخذ من بيت مال الصدقة، ويصرفه إلى المقاتلة. ثم إذا وصل إليه مال الخراج يرد على بيت مال الصدقة مثل ما أخذ؛ لأنه لاحق للمقاتلة في مال الصدقة، وإنما صرف إلى وجه القرض، فيرد مثله عند القدرة، إلا إذا صرف إلى فقراء المقاتلة، فهي لا ترد؛ لأنه صرفه إلى مصرفه. ولو لم يكن في بيت مال الصدقة مال، وصرف مال الخراج إلى الفقراء، ثم وصل إليه مال الصدقات؛ لا يرد مثله إلى بيت مال الخراج؛ لأن الخراج له حكم الغنيمة، وللفقراء حظ من الغنيمة، فلا يصير قرصاً، انتهى ملخصاً.

باب أحكام المرتدين

وإذا ارتد المسلم عن الإسلام. والعياذ بالله تعالى. عرض عليه الإسلام، فإن كانت له شبهة كشفت عنه، والعرض غير واجب على ما قالوا، ويجبس ثلاثة أيام، فإن أسلم، وإلا قتل. وفي الجامع الصغير: المرتد يعرض عليه الإسلام، فإن أبي قتل، وتأويل الأول: أنه يستمهل، فيمهل ثلاثة أيام، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام، طلب ذلك أو لم يطلب، وعن الشافعي: أن على الإمام أن يؤجله ثلاثة أيام، ولا يحل له أن يقتله قبل ذلك.

ولا فرق بين الحر والعبد، وإن عبداً لزمي، ذكرها في الغصب.

وكيفية توبته: أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى الإسلام، ولو تبرأ عما انتقل إليه كفاه. فإن قتله قاتل قبل عرض الإسلام عليه كره، ولا شيء على القاتل. ومعنى الكراهة ههنا ترك المستحب، وانتفاء الضمان. والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب.

^{١٢٣٤} سورة التوبة، ٩/٦٠.

^{١٢٣٥} ل: وقال؛ س - ومال.

^{١٢٣٦} أي الحفر، من ل.

^{١٢٣٧} ل - فرع.

^{١٢٣٨} م س: قناطر.

وأما المرتدة فلا تقتل، ولكن تحبس حتى تسلم، وقال الشافعي: تقتل. وفي الجامع الصغير: وتجبر المرأة على الإسلام، حرة كانت أو أمة، والأمة يجبرها مولاها، ويروى: تضرب في كل أيام.

ويزول ملك المرتد عن أمواله برّدته زوالاً مراعي، فإن أسلم عادت على حالها. وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب، وحكم بلحقه استقر كفره، وزال ملكه. قالوا: هذا عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يزول ملكه. فإن مات أو قتل على رده انتقل ما اكتسبه في حال إسلامه إلى ورثته المسلمين، وكان ما اكتسبه في حال رده فيئاً، وهذا عند أبي حنيفة،/[١٤١و] وقالوا: كلاهما لورثته، وقال الشافعي: كلاهما فيء. ثم إنما يرثه من كان وارثاً له حالة الردة، وبقي وارثاً إلى وقت موته في رواية عن أبي حنيفة، وعنه: أنه يرثه من كان وارثاً له عند الردة، ولا يبطل استحقاقه بموته، بل يخلفه وارثه، وعنه: أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت.

ورثته امرأته المسلمة إذا مات أو قتل وهي في العدة وهو فار، وإن كان صحيحاً وقت الردة. والمرتدة كسبها لورثتها، بخلاف المرتد عند أبي حنيفة كما مر آنفاً، ويرثها زوجها المسلم إن ارتدت وهي مريضة، وإن كانت صحيحة لا يرثها.

والمرتد لا يرث المرتد.

وإن لحق بدار الحرب مرتد، أو حكم الحاكم بلحقه عتق مدبروه وأمهات أولاده، وحلت الديون التي عليه، ونقل ما اكتسبه في حال الإسلام إلى ورثته من المسلمين. وقال الشافعي: يبقى ماله موقوفاً كما كان، ثم يعتبر كونه وارثاً عند لحاقه في قول محمد، وقال أبو يوسف: وقت القضاء.

والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا. وقال العلامة ابن الهمام: إذا لحقت الحربية فلزوجها أن يتزوج بأختها قبل انقضاء عدتها، انتهى.

وتقضى الديون التي لزمته في حال الإسلام مما اكتسبه في حال الإسلام، وما لزمه في حال رده من الديون مما اكتسبه في حال رده. قال عليه السلام: وهذا رواية عن أبي حنيفة، وعنه: أنه يبدأ بكسب الإسلام، فإن لم يف بذلك يقضى من كسب الردة. قيل: وهذا رواية الحسن عنه، وعنه على عكسه. وقال أبو يوسف ومحمد: يقضى دينه من الكسبين.

وما باعه أو اشتراه أو أعتقه أو رهنه أو وهبه أو تصرف فيه من أمواله في حال رده فهو موقوف، فإن أسلم صحت عقوده، وإن مات أو قتل أو لحق بطلت، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يجوز ما صنع في الوجهين بناء على قيام الأهلية والملك، ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة أشهر من امرأة مسلمة يرثه. ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه، فتصح تصرفاته، إلا عند أبي يوسف، تصح كما تصح من الصحيح، وعند محمد: تصح كما تصح من المريض.

وأما المرتدة فهي بخلافه، تصح تصرفاته بالاتفاق.

اعلم أن تصرفات المرتد على أقسام:/[١٤١ظ] نافذ بالاتفاق كالاستيلاء والطلاق، أي: طلاق امرأته المرتدة، بأن ارتدا معاً، كذا في بعض الشروح، وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة، وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة. ومختلف في توقفه، وهو ما عددناه، يعني: قوله: وما باعه أو اشتراه... إلخ، كذا في العناية.

فإن عاد المرتد بعد الحكم بلحقه إلى دار الإسلام مسلماً فما وجدته في يد ورثته من ماله بعينه أخذه، بخلاف ما أزاله الوارث عن ملكه، وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه.

وإذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الإسلام، فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر منذ ارتد، فادعاه فهي أم ولد له، والولد حر، وهو ابنه، ولا يرثه. وإن كانت الجارية مسلمة ورثه الابن إن مات على الردة أو لحق بدار الحرب.

وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب، ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء، إلا أنه لو أسير لا يسترق، بل يقتل إن أصّر على ارتداده، ذكرها في فصل ولا يجوز إحداث بيعه. فإن لحق، ثم رجع، وأخذ مالا، وألحقه بدار الحرب، فظهر على ذلك المال، فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم.

وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد، فقصى به لابنه، فكاتبه، ثم جاء المرتد مسلماً فالكاتب جائزة، والمكاتبه أي بدل الكتابة والولاء للمرتد الذي أسلم.

وإذا قتل المرتد رجلاً خطأ، ثم لحق بدار الحرب أو قتل على رده فالدية في مال اكتسبه في حال الإسلام خاصة عند أبي حنيفة، وقالوا: الدية فيما اكتسبه في حال الإسلام والردة.

وإذا قُطعت يد المسلم عمداً، فارتد، ثم مات على رده من ذلك أو لحق ثم جاء مسلماً، فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة، بخلاف ما إذا قُطعت يد المرتد، ثم أسلم، فمات من ذلك، فإنه لا يضمن القاطع شيئاً. فإن لم يلحق وأسلم ثم مات فعليه دية كاملة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد وزفر: في جميع ذلك نصف الدية.

وإذا مات المرتد وقد أتلّف نفساً أو مالاً . يعني: بعد اللحق بدار الحرب . يصير كالباغى في الحكم والخلاف، يعني: لا يجب الضمان عندنا، وقال الشافعي / [١٤٢ و] في القديم: إنه يجب. وأما قبل اللحق فيجب الضمان عندنا أيضاً. كذا في الشروح. وهي مذكورة في باب البغاة.

وإذا ارتد المكاتب، ولحق بدار الحرب، واكتسب مالا، فأخذ بماله، وأبى أن يُسلم، فقتل فإنه يوفي مولاه مكاتبته، وما بقي فلورثته.

وإذا ارتد الرجل وامرأته . والعياذ بالله . ولحقا بدار الحرب، فحبلت المرأة في دار الحرب، وولدت ولداً، وولد لولدهما ولد، فظهر عليهم جميعاً فالولدان فيء، ويجبر الولد الأول على الإسلام، ولا يجبر ولد الولد. وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يجبر تبعاً للجد، وأصله التبعية في الإسلام، وهي رابعة أربع مسائل كلها على الروائتين، يعني: في ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الأب في تلك المسائل، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة جعل الجد فيها بمنزلة الأب. كذا في العناية. والثانية: صدقة الفطر، والثالثة: جر الولاء، والأخرى: الوصية للقرابة.

وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد، ويجبر على الإسلام، ولا يقتل. وإسلامه إسلام لا يرث أبويه إن كانا كافرين. وقال أبو يوسف: ارتداده ليس بارتداد، وإسلامه إسلام. وقال زفر والشافعي: إسلامه ليس بإسلام، وارتداده ليس بارتداد. وهذا في الصبي الذي يعقل. ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده، وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل أصلاً. قال العلامة ابن الهمام: وكذا المجنون لا يصح ارتداده بالإجماع ولا إسلامه، والسكران الذي لا يعقل كالمجنون، وهو قول مالك وأحمد في رواية والشافعي في قول، وقال في قول آخر: يصح ارتداده كطلاقه. ولا تبين امرأة السكران الذي ارتد. ذكرها في باب حد الشرب.

فروع

كل من أبغض رسول الله ﷺ بقلبه كان مرتدًا، فالسائب بطريق أولى، ثم يقتل حداً عندنا، فلا تعمل توبته في إسقاط القتل. قالوا: هذا مذهب أهل الكوفة ومالك، ونقل عن أبي بكر الصديق، ولا فرق بين أن يجيء تائباً من نفسه أو شهد عليه بذلك، بخلاف غيره / [١٤٢ ظ] من المكفرات، فإن الإنكار فيها توبة، فلا تعمل الشهادة معه، حتى قالوا: يقتل وإن سب سكران، ولا يعفى عنه. ولا بد من تقييده بما إذا كان سكره بسبب محذور باشره مختاراً بلا إكراه، وإلا فهو كالمجنون. وقال الخطابي: لا أعلم أحداً خالف في وجوب قتله. وأما مثله في حقه تعالى فتعمل توبته في إسقاط قتله.

ومن هزل بلفظ كفر ارتد وإن لم يعتقه للاستخفاف، فهو ككفر العناد.

والألفاظ التي يكفر بها تعرف في الفتاوى.

وإذا تهود نصراني أو عكسه لا نأمره بالرجعة إلى ما كان عليه؛ لأنه لا يؤمر بالكفر. والردة مُحِيطَةٌ ثواب جميع الأعمال. وإذا عاد إلى الإسلام، إن عاد في وقت صلاةٍ صلاتها فعليه أداؤها ثانياً، وكذا يجب عليه الحج ثانياً إن كان حجاً.

وتقبل الشهادة بالردة من عدلين، ولا يعلم مخالف إلا الحسن، قال: لا يقبل في القتل إلا أربعة قياساً على الزنا.

وإذا شهدوا على مسلم بالردة وهو ينكر لا يتعرض له لا لتكذيب الشهود العدول، بل لأن إنكاره توبة. وقتل المرتد مطلقاً إلى الإمام عند عامة أهل العلم، إلا عند الشافعي في وجه في العبد إلى السيدة. ومن أصاب حداً، ثم ارتد، ثم أسلم، إن لم يلحق بدار الحرب أقيم عليه الحد، وإن لحق ثم عاد لا يقام عليه، وعند الشافعي وأحمد: يقام مطلقاً.

ولا تقبل توبة الساحر والزنديق في ظاهر المذهب، وهو من لا يدين بدين. وأما من يُظن الكفر ويُظهر الإسلام فهو المنافق. ويجب أن يكون حكمه في عدم قبولنا توبته كالزنديق؛ لأن ذلك في الزنديق لعدم الاطمئنان إلى ما يُظهر من التوبة إذا كان يُخفي كفره، والمنافق مثله في الإخفاء، وعلى هذا فطريق العلم بحاله: إما بأن يعثر بعض الناس عليه، أو يُسرّه إلى من آمن إليه. والحق أن الذي يقتل ولا يقبل توبته هو المنافق. فالزنديق إن كان حكمه كذلك فيجب أن يكون مُبطناً كفره، ويظهر تدينه بالإسلام أو غيره إلى أن ظفرنا به وهو عدل، وإلا فلو فرضناه مظهرًا لذلك حتى تاب يجب أن لا يُقتل وتُقبل توبته كسائر الكفار المظهرين لكفرهم إذا أظهروا^{١٢٣٩} التوبة، / [١٤٣ و] وكذا^{١٢٤٠} من علم أنه ينكر في الباطن بعض الضروريات كحرمة الخمر، ويظهر اعتراف حرمة.

^{١٢٣٩} ل: إذا أظهروا.

^{١٢٤٠} أي لا يقتل.

وقال أصحابنا: للسحر حقيقة وتأثير في إيلاام الأجسام خلافاً لمن منع ذلك وقال إنما هو تخييل. وتعليم السحر وتعلمه حرام بلا خلاف، واعتقاد إباحته كفر. وعن أصحابنا ومالك وأحمد: يكفر الساحر بتعلمه وفعله سواء اعتقد تحريمه أو لا، ويقتل، وعند الشافعي: لا يقتل ولا يكفر إلا إذا اعتقد إباحته. وأما الكاهن فقليل: هو الساحر، وقيل: هو العراف الذي يحدس^{١٢٤١} ويتحرص^{١٢٤٢}، وقيل: هو الذي له من الجن من يأتيه بالأخبار.

قال أصحابنا: إن اعتقد أن الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر، وإن اعتقد أنه تخييل لم يكفر، وعند الشافعي: إن اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب إلى الكواكب وأنها تفعل ما يلتمسه كفر، وعند أحمد: حكمه حكم الساحر، في رواية يقتل، وفي رواية إن تاب لم يقتل. ويجب أن لا يعدل عن مذهب الشافعي في كفر الساحر والعراف وعدمه^{١٢٤٣}.

وأما قتله فيجب، ولا يستتاب إذا عُرفت مزاويلته لعمل السحر لسعيه بالفساد في الأرض، لا لمجرد عمله إذا لم يكن في اعتقاده ما يوجب كفره.

وإذا طلب المرتدون الموادة لا يجيبهم إلى ذلك، كذا في فتح القدير.

باب البغاة

وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد، وخرجوا عن طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة، وكشف عن شبهتهم، ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤوه، فإن بدؤوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم، قال: هكذا ذكر القدروي في مختصره، وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده: أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا، وقال الشافعي: لا يجوز حتى يبدؤوا بالقتال حقيقة.

وإذا بلغه أنهم يشترون السلاح، ويتهيؤون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك، ويحدثوا توبة دفعاً للشر بقدر الإمكان. والمروي عن أبي حنيفة من لزوم البيت وعدم المباشرة للقتال محمول على حال عدم الإمام. أما إعانة الإمام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة.

فإن كانت لهم فئة أجهز على جريحهم، وأُتبع موليهم،/[٤٣ ظ] وإن لم يكن فئة لم يجهز على جريحهم، ولم يتبع موليهم، وقال الشافعي: لا يجوز ذلك في الحالين.

ولا يسبي لهم ذرية، ولا يقسم لهم مال، ولا يقتل أسير. قال علي كرم الله وجهه يوم الجمل: ولا يقتل أسير، ولا يكشف ستر، ولا يؤخذ مال، وهو القدوة في هذا الباب. وقوله ﷺ في الأسير تأويله إذا لم يكن لهم فئة، فإن كانت يقتل الإمام الأسير، وإن شاء حبسه.

^{١٢٤١} م: يحدس

^{١٢٤٢} م: يتحرص

^{١٢٤٣} أي عدم قبول توبته.

ولابأس بأن يقاتلوا بسلاحهم إن احتاج المسلمون إليه. وللإمام أن يفعل ذلك في مال العادل، أي: يستعين بكراع العادل وسلاحه عند حاجة المسلمين إليه، ففي مال الباغي أولى، وقال الشافعي: لا يجوز، والكراع على هذا الخلاف.

ويحبس الإمام أموالهم، فلا يردّها عليهم، ولا يقسمها حتى يتوبوا ويردّها عليهم وإن كان الإمام لا يحتاج إليها، إلا أنه يبيع الكراع ولا ينفق عليه من بيت المال، ويحبس الثمن.

وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الإمام ثانياً، فإن كانوا صرفوه في حقه أجراً من أخذ منه، وإن لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى أهله فيما بينهم وبين الله أن يعيدوا ذلك. قال عليه السلام: قالوا: لا إعادة عليهم في الخراج، بل يبقى في ذمتهم من جهة كونهم من المقاتلة، فكانوا مصارف وإن كانوا أغنياء، وفي العشر إن كانوا فقراء فكذلك. قال العلامة ابن الهمام: وإن كانوا أغنياء أفتوا بالإعادة، وكذا في زكاة الأموال كلها لو أخذوها، انتهى. وفي المستقبل يأخذه الإمام.

ومن قتل رجلاً وهما من عسكر أهل البغي، ثم ظهر عليهم فليس عليه شيء. وإن غلبوا على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلاً من أهل المصر عمداً، ثم ظهر على المصر فإنه يقتص منه، وتأويله: إذا لم يجر على أهله أحكامهم، وأزعجوا قبل ذلك.

وإذا قتل رجل من أهل العدل باغياً فإنه يرثه، وإن قتله الباغي وقال: كنت على حق وأنا الآن على حق ورثه. وإن قال: قتلته وأنا أعلم أنني على الباطل لم يرثه، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يرث الباغي في الوجهين، وهو قول الشافعي. [١٤٤و] وأصله: أن العادل إذا أتلّف نفس الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأثم، والباغي إذا قتل العادل - يعني: بعد^{١٢٤٤} قيام منعتهم وشوكتهم، كذا في فتح القدير - لا يجب الضمان عندنا، ويأثم. وقال الشافعي في القديم: إنه يجب. قال العلامة ابن الهمام: والحاصل: أن نفي الضمان منوط بالمنعة مع التأويل، فلو تجرد المنعة عن التأويل، كقوم غلبوا على أهل بلدة، فقتلوا، أو استهلكوا الأموال بلا تأويل، ثم ظهر عليهم أخذوا بجميع ذلك. ولو انفرد التأويل عن المنعة، بأن انفرد واحد واثنان، فقتلوا، وأخذوا عن تأويل ضمنوا إذا تابوا أو قدر عليهم، انتهى.

ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عساكرهم، وليس ببيعه بالكوفة من أهل الكوفة ممن لم يعرفه من أهل الفتنة بأس.

^{١٢٤٤} ل - إذا أتلّف ... بعد.

كتاب اللقيط

اللقيطُ سمي به باعتبار ماله لما أنه يُلقط. والالتقاط مندوب إليه، وإن غلب على ظنه ضياعه فواجب. واللقيط حرّ، ونفقته في بيت المال، وميراثه وجنابته فيه. والمتلقت متبرع في الإنفاق عليه، إلا أن يأمره القاضي ليكون ديناً عليه. فإن التلقطه رجل لم يكن لغيره أن يأخذه منه، فإن ادعى مدّع أنه ابنه فالقول قوله. معناه: إذا لم يدّع المتلقط نسبه، وهذا استحسان، والقياس أن لا يقبل قوله. ثم قيل: يصح في حقه دون إبطال يد المتلقط، وقيل: يثبتني عليه بطلان يده. ولو ادعاه المتلقط، قيل: يصح قياساً واستحساناً، والأصح أنه على القياس والاستحسان،^{١٢٤٥} وقد عرف في الأصل. وإن ادعاه اثنان، ووصف أحدهما علامة في جسده فهو أولى به. وإن لم يصف أحدهما علامةً فهو ابنهما. ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه، إلا إذا أقام الآخر بينةً. وإذا وجد في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم، فادعى ذميّ أنه ابنه ثبت نسبه منه، وكان مسلماً، وهذا استحسان. وإن وجد في قرية من قرى أهل الذمة أو في بيعة أو كنيسة كان ذميّاً، وهذا الجواب فيما إذا كان الواجد ذميّاً رواية واحدة. وإن كان الواجد مسلماً في هذا المكان، أو ذميّاً في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه، ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان، وفي كتاب [١٤٤ ظ] الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد، وهو رواية ابن سماعة عن محمد، وفي بعض النسخ^{١٢٤٦} اعتبر الإسلام نظراً للصغير. ومن ادعى أن اللقيط عبده لم يقبل منه، إلا أن يقيم البينة أنه عبده، فإن ادعى عبد أنه ابنه ثبت نسبه منه، وكان حراً. والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد، والمسلم من الذمي. وإن وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له، وكذا إذا كان مشدوداً على دابة هو عليها. ثم يصرفه الواجد إليه بأمر القاضي، وقيل: يصرفه بغير أمر القاضي، وله ولاية الإنفاق، وشري ما لا بد منه، كالطعام والكسوة. ولا يجوز تزويج المتلقط، أي: تزويجه اللقيط لآخر. ولا يجوز تصرفه في مال اللقيط، ويجوز أن يقبض له الهبة، ويسلّمه في صناعة، ويؤاجره. قال عليه السلام: وهذا رواية القدوري في مختصره، وفي الجامع الصغير: لا يجوز أن يؤاجره. ذكره في الكراهية، وهو الأصح.

^{١٢٤٥} أي على اختلاف حكم القياس مع حكم الاستحسان، يعني في القياس لا يصح وفي الاستحسان يصح، العناية، ١١٢/٦.

^{١٢٤٦} ل: نسخة؛ م: نسخه.

كتاب اللقطة

اللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها، أو يردها على صاحبها. وأخذها أفضل من تركها في محلها عند عامة العلماء، وليس عليه أن يأتي بها إلى السلطان، ذكره في كتاب الإباق. وواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا، فلا يكون مضمونة، وكذلك إذا تصادقا أنه أخذها للمالك. ولو أقر أنه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع. وإن لم يشهد الشهود عليه، وقال الآخذ: أخذته للمالك، وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومُجَد، وقال أبو يوسف: لا يضمن، والقول قوله مع اليمين.

ويكفيه في الإشهاد أن يقول: "من سمعتموه يُنشد لقطة فدلّوه عليّ" واحدة كانت اللقطة أو أكثر. فإن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياماً، وإن كانت عشرة فصاعداً عرفها حولاً، وهذه رواية عن أبي حنيفة، وقوله: "أياماً" معناه: على حسب ما يرى. وقدره مُجَد في الأصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير، وهو قول مالك والشافعي. وقيل: الصحيح أن شيئاً من هذه المقادير ليس بلازم، ويفوّض إلى رأي اللقيط، يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك، ثم يتصدق بها.

وإن كانت اللقطة شيئاً لا يبقى عرفه، حتى إذا خاف أن يفسد تصدق به. / [١٤٥و]

وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي أصابها وفي الجامع، يعني في الأسواق وأبواب المساجد، فينادي: "من ضاع له شيء فطلبه عندي"، كذا في فتح القدير.

وإن كانت اللقطة شيئاً يعلم أن صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون إلقاؤه إباحة، حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف، ولكنه مُبْقَى على ملك مالكة. فإن جاء صاحبها، وإلا تصدق بها. فإن جاء صاحبها - يعني: بعدما تصدق بها - فهو بالخيار؛ إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها، وإن شاء ضمن الملتقط، وإن شاء ضمن المسكين إذا هلك في يده، وإن كان قائماً أخذه.

ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير، وقال مالك والشافعي: إذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك أفضل، وعلى هذا الخلاف الفرس.

فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع، وإن أنفق بأمره كان ذلك ديناً على صاحبه.

وإذا رفع ذلك إلى الحاكم نظر فيه، فإن كان للبهيمة منفعة آجرها، وأنفق عليها من أجرها. وإن لم يكن لها منفعة، وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها، وأمر بحفظ ثمنها. وإن كان الأصلح الإنفاق عليها أذن في ذلك، وجعل النفقة ديناً على صاحبها. قالوا: إنما يأمر بالإنفاق يومين أو ثلاثة على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكةا. فإن لم يظهر يأمر ببيعها. قال: وفي الأصل شرط إقامة البينة، وهو صحيح، يعني: شرط مُجَد في الإذن بالإنفاق أن يقيم الملتقط البينة على أن هذه الدابة لقطة عندي. كذا في الكفاية.

وإن قال: لا بينة لي يقول القاضي: أنفق عليها إن كنت صادقاً فيما قلت حتى ترجع على المالك إن كان صادقاً، ولا يرجع إن كان غاصباً. وقوله في الكتاب: "وجعل النفقة ديناً على صاحبها" إشارة إلى أنه يرجع على المالك بعدما حضر.

ولم تُبع^{١٢٤٧} اللقطة إذا شرط القاضي الرجوع على المالك، وهذه رواية، وهو الأصح.

وإذا حضر - يعني: المالك - فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة.

ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس، ويسقط بعد الحبس.

ولقطة الحل والحرم^{١٢٤٨} سواء، وقال الشافعي: يجب التعريف أبدأً في لقطة الحرم إلى أن يجيء [١٤٥ظ]

صاحبها.

وإذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة. فإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه، ولا يجبر على ذلك في القضاء، وقال مالك والشافعي: يجبر.

والعلامة مثل أن يسمى وزن الدراهم وعددها ووعاءها، ويأخذ منه كفيلاً إذا كان يدفعها إليه استينافاً،^{١٢٤٩}

وهذا بلا خلاف. قال^{١٢٥٠} صاحب العناية: هذا إذا دفع اللقطة بذكر العلامة، أما إذا دفعها بإقامة الحاضر البينة أنها له ففي أخذ الكفيل عنه روايتان، والصحيح: أن لا يأخذ كفيلاً، انتهى. وأشار إليه في باب القضاء بالمواريث.

وإذا صدقه مع العلامة أو لا معها فلا شك في جواز دفعه إليه، لكن هل يجبر؟ قيل: يجبر كما لو أقام بينة،

وقيل: لا يجبر.

ولا يتصدق باللقطة على غني. وإن كان الملتقط غنياً لم يجز له أن ينتفع بها. وقال الشافعي: يجوز. وإن كان

الملتقط فقيراً فلا بأس بأن ينتفع بها. وكذا إذا كان الفقير أباه أو ابنه أو زوجته وإن كان هو غنياً.

^{١٢٤٧} م: ولم يبع.

^{١٢٤٨} م: الحرام.

^{١٢٤٩} م: استينافاً.

^{١٢٥٠} م س: وقال.

كتاب الأبق

الأبق أخذه أفضل في حق من يقوى عليه. وأما الضالّ فقد قيل كذلك، وقد قيل: تركه أفضل. ثم أخذ الأبق يأتي به إلى السلطان، وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسي. قال العلامة ابن الهمام: أما لو فرض قدرته على ذلك لاحتاج إلى السلطان، وبهذا الاعتبار خيّرهما الحلواني بين أن يأتي به إلى السلطان أو يحفظه بنفسه، انتهى.

ثم إذا دفع الأبق إليه يحبس، ولو دفع الضالّ لا يحبس. ومن ردّ الأبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً فله عليه جُعله أربعون درهماً. وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه، وهذا استحسان، والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط، وهو قول الشافعي. وله أن يحبس الأبق حتى يستوفي الجعل.

وإن كان للعبد الأبق منفعة آجره وأنفق عليه من أجره، وإلا باعه، وأمر بحفظ ثمنه. وإذا أخذ الأبق، وأنفق عليه بغير إذن الحاكم فهو متبرع. وإن أنفق بأمره كان ذلك ديناً على صاحبه. وإذا رفع ذلك إلى الحاكم نظر فيه، فإن كان له منفعة آجره، وأنفق عليه من أجرته. هذه المسائل في كتاب اللقطة. ويقدر الرضخ^{١٢٥١} في الرد [١٤٦و] عما دون السفر باصطلاحهما، أو يفوّض إلى رأي الإمام، وقيل: يقسمون الأربعون على الأيام الثلاثة. وإن كانت قيمته أقل من أربعين درهماً يقضى له بقيمته إلا درهماً، وهو قول محمد، وقال أبو يوسف: له أربعون درهماً. ولا يجوز الصلح على الزيادة على أربعين، بخلاف الصلح على الأقل، وهذا بالاتفاق.

وأم الولد والمدير في هذا بمنزلة القن إذا كان الرد في حياة المولى. ولو رد بعد مماته لاجعل فيهما. ولو كان الراد أب المولى أو ابنه وهو في عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل. وإن أبق من الذي رده فلا شيء عليه، وهذا إذا شهد. قال عليه السلام: وذكر في بعض النسخ: أنه لاشيء له، وهو صحيح أيضاً. وكذا إذا مات في يده لاشيء عليه. ولو أعتقه المولى كما لقيه صار قابضاً بالإعتاق. قال في العناية: فيجب الجعل عليه، وأشار بقوله: "بالإعتاق" إلى أنه لو دبر مكان الإعتاق لم يصير قابضاً، انتهى. وكذا^{١٢٥٢} إذا باعه من الراد. وينبغي إذا أخذه أن يشهد أنه يأخذه ليرده، والإشهاد حتم فيه عليه على قول أبي حنيفة ومحمد، حتى لو رده من لم يشهد وقت الأخذ لاجعل له عندهما.

^{١٢٥١} الرضخ الشيء القليل، من ل و م و س.

^{١٢٥٢} أي: صار قابضاً.

ولو اشتراه من الآخذ أو اتخبه أو ورثه فردة على مولاه لاجعل له، إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرده، فيكون له الجعل، وهو متبرع في أداء الثمن.

وإن كان الآبق رهناً فالجعل على المرتحن، والرد في حياة الراهن وبعده سواء. وهذا إذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل منه، وإن كانت أكثر فبقدر الدين عليه، والباقي على الراهن.

وإن كان مديوناً فعلى المولى إن اختار قضاء الدين.

وإن بيع بدئاً بالجعل، والباقي للغرماء.

وإن كان جانبياً فعلى المولى إن اختار الفداء، وعلى الأولياء إن اختار الدفع.

وإن كان موهوباً فعلى الموهوب له وإن رجع الواهب في هبته بعد الرد.

وإن كان لصي فالجعل في ماله، وإن رده وصيه فلا جعل له.

وإذا دفع القاضي الآبق إلى الذي أثبت عنده أنه صاحبه، فإنه يدفعه إليه، لكن في أخذ الكفيل منه روايتان عنه، والأصح: أنه على الخلاف. وقيل: إن دفع بإقرار العبد يكفل^{١٢٥٣} بالإجماع، ذكرها في كتاب القضاء.

[١٤٦ ظ] ونقل صاحب العناية خلافاً فيما إذا دفعه بإقامة الحاضر البينة على أنه له، وقد كتبناه قبيل هذا في آخر كتاب اللقطة.

كتاب المفقود

إذا غاب الرجل، ولم يُعرف له موضعٌ، ولا يُعلم أحيى هو أم ميت؟ نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه. وقوله: "ويستوفي حقه" لا خفاء أنه يقبض غلاته والدين الذي أقر به غريمٌ من غرمائه، ويخاصم في دين وجب بعقده، أي: بعقد الذي أقامه القاضي، ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود، ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل. ثم ما كان يخاف عليه الفساد يُبيعه القاضي،^{١٢٥٤} ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها.

وينفق على زوجته وأولاده من ماله، وليس هذا الحكم مقصوداً على الأولاد، بل يعم جميع قرابة الولاد. والأصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته، وكل من لا يستحقها في حضرته إلا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته، فمن الأول: الأولاد الصغار والإناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار، ومن الثاني: الأخ والأخت والخال والخالة والعم والعمة. وقوله: "من ماله" مراده: الدراهم والدنانير؛ لأن حقهم في المطعوم والملبوس، فإن لم يكن في ماله عيئهما يحتاج إلى القضاء بالقيمة، وهي النقدان،

^{١٢٥٣} م: تكفيل.

^{١٢٥٤} س — ولا يخاصم ... القاضي.

والتبر^{١٢٥٥} بمنزلهما في هذا الحكم. وهذا إذا كان الدراهم والدنانير والتبر في يد القاضي، فإن كانت وديعة أو ديناً ينفق عليهم منهما إذا كان المودع والمديون مقرّين بالوديعة والدين والنكاح والنسب، وهذا إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي، فإن كانا ظاهرين لاجابة إلى الإقرار. وإن كان أحدهما ظاهراً بالوديعة والدين أو النكاح والنسب يشترط الإقرار بما ليس بظاهر، هذا هو الصحيح. وهو احتراز عن جواب القياس، وهو قول زفر: أنه لا ينفق عليهم بالإقرار، كذا في العناية.

وإن دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يضمن المودع، ولا يبرأ المديون. وإن كان المودع والمديون جاحدين أصلاً، أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة [١٤٧و] خصماً في ذلك.

ولا يفرق بينه وبين امرأته، وقال مالك رحمه الله: إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته، وتعتد عدة الوفاة، ثم تتزوج من شاءت.

وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته، قال رحمه الله: هذا رواية الحسن عن أبي حنيفة، وفي ظاهر المذهب: يقدر بموت الأقران، وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة، وقدر بعضهم بتسعين، والأقيس أن لا يقدر بشيء، والأرفق أن يقدر بتسعين.

وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت، وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت. ومن مات قبل ذلك لم يرث منه.

ولا يرث المفقود من أحد مات في حال فقدته، وكذلك لو أوصى للمفقود، ومات الموصي. ثم الأصل أنه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به، ولكن ينتقص حقه به، يعطى أقل النصيبين، ويوقف الباقي. وإن كان معه وارث يحجب به لا يعطى أصلاً. بيانه: رجل مات من ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد أجنبي، وتصادقوا على فقد الابن، وطلبت الابنتان الميراث؛ تعطيان النصف؛ لأنه المتيقن به، ويوقف النصف الآخر، ولا يعطى ولد الابن، ويحبسون بالمفقود لو كان حياً، فلا يستحقون الميراث بالشك، ولا ينزع من الأجنبي إلا إذا ظهرت منه خيانة.

^{١٢٥٥} أي: غير المضروب، ابن الهمام، من م.

كتاب الشركة

الشركة جائزة، وهي ضريان: شركة أملاك وشركة عقود.

فشركة الأملاك العين يرثها رجلان أو يشتريانها، فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بأمره، وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي. وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب، كما إذا اتَّهب الرجلان عيناً، أو ملكاها بالاستيلاء، أو اختلط مالاها من غير صنع أحدهما، أو بخلطهما خلطاً يمنع التمييز رأساً أو إلا يخرج.

ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور، ومن غير شريكه بغير إذنه، إلا في صورة الخلط والاختلاط، فإنه لا يجوز إلا بإذنه.

والضرب الثاني شركة العقود، وركنها الإيجاب والقبول، وهو أن يقول أحدهما: شاركتك في كذا وكذا، ويقول الآخر: قبلت. وشرطه: أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً / [٤٧ ظ] للوكالة، ثم هي على أربعة أوجه: مفاوضة، وعنان، وشركة الصنائع، وشركة الوجوه.

فأما شركة المفاوضة فهو أن يشترك الرجلان، فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما. ولا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء، وذلك في المال. والمراد به: ما يصح الشركة فيه من الدراهم والدنانير والفلوس على قولهما دون العروض. ولو كان لأحدهما وديعة نقد^{١٢٥٦} لم تصح المفاوضة. ولو كان له دين صحت إلى أن يقبضه. فإذا قبضه فسدت، وصارت عناناً، كذا في فتح القدير.

ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح الشركة فيه، وكذا يعتبر التساوي في التصرف، وكذا في الدين^{١٢٥٧}. وهذه الشركة جائزة عندنا استحساناً، وفي القياس لا تجوز، وهو قول الشافعي، وقال مالك: لا أعرف ما المفاوضة.

ولا تنعقد إلا بلفظة المفاوضة لبعده شرائطها عن علم العوام، حتى لو بيَّنا جميع ما يقتضيه يجوز. وتجوز بين الكبيرين الحرين مسلمين أو ذميين، وإن كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً تجوز أيضاً. ولا تجوز بين الحر والمملوك، ولا بين الصبي والبالغ، ولا بين المسلم والكافر، وهذا قول أبي حنيفة ومُجَّد، وقال أبو يوسف: تجوز. ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما بعد تساويهما في أصل التصرف لجواز المفاوضة بين الشافعي والحنفي مع تفاوتهما في العقد على متروك التسمية، إلا أنه يكره، وهذا استثناء من قوله: "وقال أبو يوسف تجوز" بناء على استعمال الجواز في أعم من الإباحة بمعنى استواء الطرفين، وهو مما لا يعاقب عليه. كذا في فتح القدير. وقد أورد عليه اعتراضاً، فليرجع إليه.

ولا تجوز بين العبدین، ولا بين الصبيين، ولا بين المكاتبين.

^{١٢٥٦} ل م: نفذ.

^{١٢٥٧} بكسر الدال من ل.

وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها، ولا يشترط ذلك في العنان كان عناناً.
وتعتقد [أي المفاوضة] على الوكالة والكفالة.
وما يشتره كل واحد منهما يكون على الشركة إلا طعام أهله وكسوتهم، وكذا كسوته، وكذا الإدام، وهو استحسان، والقياس أن يكون على الشركة.
وللبالغ أن يأخذ بالثمن أيهما شاء؛ المشتري بالأصالة، وصاحبه بالكفالة، ويرجع الكفيل على المشتري
/[٤٨ و] بحصته مما أدى.
وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلاً عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له، فما يصح الاشتراك فيه الشرى والبيع والاستئجار، ومن القسم الآخر: الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة.
وإذا أجم أحد المتفاوضين في الإقرار يحمل على ما يكون سبباً للتجارة، ذكرها في كتاب الإقرار قبيل باب الاستثناء.
ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يلزمه، وتصح من الثلث من المريض.
ولو كفل عن أجنبي بالنفس لا يلزم صاحبه بالاتفاق.
وأما الإقراض فعن أبي حنيفة يلزم صاحبه، ولو سلم فهو إعارة، فيكون لمثلها حكم عينها، لا حكم البدل، حتى لا تصح فيه الأجل، فلا تتحقق المعاوضة. ولو كانت الكفالة بغير أمره^{١٢٥٨} لم يلزم صاحبه في الصحيح، ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد. وقوله: "في الصحيح" إشارة إلى نفي ما ذهب إليه عامة المشايخ في شروح الجامع الصغير من عدم التفرقة بين ما إذا كانت بأمره أو بغير أمره؛ لإطلاق جواب الجامع الصغير، والمصنف تابع ما ذهب إليه الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير من التفرقة بينهما. وأجاب عن إطلاق جواب الكتاب . أي الجامع الصغير . بأنه محمول على المقيد، وهو الكفالة بالأمر. كذا في العناية.^{١٢٥٩}
وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة.
وإن ورث أحدهما مالاً تصح فيه الشركة، أو وهب له، ووصل إلى يده بطلت المفاوضة، وصارت عناناً.
وإن ورث أحدهما عرضاً فهو له، ولا تفسد المفاوضة، وكذا العقار.

فرع

اشترى نصف عبد بمائة، واشترى آخرُ نصفه الآخر بمائتين، ثم باعاه^{١٢٦٠} مساومة بثلاثمائة أو بمائتين فالثمن بينهما نصفين، ولو باعاه^{١٢٦١} مراجعة بربح مائة أو [قال] بالعشرة أحد عشر كان الثمن بينهما أثلاثاً؛ لأن الثمن في

^{١٢٥٨} م: بغيره.

^{١٢٥٩} م + مآلاً.

^{١٢٦٠} ل م: باعه.

^{١٢٦١} ل م: باعه.

بيع المساومة يقابل الملك، فيعتبر الملك في المحل دون الثمن الأول.^{١٢٦٢} وأما بيع المراجعة والتولية والوضعية فباعتبار الثمن الأول، ألا يرى أنه لا تستقيم هذه البيوع في المغصوب لعدم الثمن، ويستقيم مع المساومة فيه. وكذا لو كان مشتري بعوض لا مثل له، والثمن الأول كان أثلاثاً بينهما، فكذا الثاني. يوضحه: أنا لو اعتبرنا في بيع المراجعة الملك في قسمة الثمن دون الثمن الأول كان البيع مراجعة في حق أحدهما، ووضعية في حق الآخر، وقد نصا على بيع المراجعة في نصبيهما، فلا بد من اعتبار [١٤٨ ظ] الثمن الأول، بخلاف المساومة. كلٌّ من المبسوط،^{١٢٦٣} انتهى.

فصل

ولا تنعقد الشركة إلا بالدرهم والدنانير والفلوس النافقة، وقال مالك: تجوز بالعروض والمكيل والموزون أيضاً إذا كان الجنس واحداً، وقالوا في جواز الشركة بالفلوس النافقة: إنه قول مُجَدِّد. أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فلا تجوز الشركة والمضاربة بها. ويروى عن أبي يوسف مثل قول مُجَدِّد، والأول أقيس وأظهر، وعن أبي حنيفة صحة المضاربة بها. ولا تجوز بما سوى ذلك، إلا أن يتعامل الناس بها، كالتمر والنقرة، فتصح الشركة بهما. هكذا ذكر في الكتاب. وذكر في الجامع الصغير: ولا يكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة، ومراده التبر، فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين، فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات، وذكر في كتاب الصرف: أن النقرة لا تتعين بالتعيين، حتى لا يفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم، فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما بحسب خلقتهم اثنين في الأصل، إلا أن الأول. أي: اختصاص المفاوضة بالدرهم والدنانير المضروبة على ما ذكر في الجامع الصغير. أصح، إلا أن يجري التعامل في التبر والنقرة باستعمالهما ثنناً.

ثم قوله: "ولا يجوز بما سوى ذلك" يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب، ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط، ولكل واحد منهما متاعه، وعليه وضيعته. وإن خلطاً، ثم اشتركا فكذلك عند أبي يوسف، والشركة شركة ملك لا عقد، وعند مُجَدِّد تصح شركة العقد. وثمة الخلاف تظهر عند التساوي في المالين، واشتراط التفاضل في الربح، فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف.

ولو اختلفا جنساً، كالحنطة والشعير، والزيت والسمن، فخلطاً لاتنعقد الشركة بها بالاتفاق. وإذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر، ثم عقد الشركة. قال رضي الله عنه: وهذه شركة ملك، وتأويله: إذا كانت قيمة متاعهما على السواء، ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما يثبت به الشركة. ويبيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ثمنه لا يجوز، وشري أحدهما شيئاً بماله على أن يكون المبيع بينه وبين غيره جائز. ذكرهما قبيل هذا في أول الفصل. [١٤٩ و]

وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة، وهي أن يشترك اثنان في نوع بر أو طعام، أو يشتركا في عموم التجارات، ولا يذكران الكفالة، ويصح التفاضل في المال، ويصح أن يتساويا في المال، ويتفاضلا في الربح، وقال زفر والشافعي: لا يجوز، بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما، أو يجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون

^{١٢٦٢} ل م: في الأول.

^{١٢٦٣} انظر: المبسوط للسرخسي، ١١/١٧٣.

البعض، ولا تصح إلا بما بينا أن المفاوضة تصح به، ويجوز أن يشتركا ومن جهة أحدهما دنائير ومن الآخر دراهم، وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر سود، وقال زفر والشافعي: لا يجوز، وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه، فإن عندهما شرط، ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس.

وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طوّل بثمره دون الآخر، ثم يرجع على شريكه بحصته منه. معناه: إذا أدى من مال نفسه. فإن كان لا يعرف بذلك إلا بقوله فعلية الحجة، يعني: بأن قال: اشتريت عبداً، ونفدت من مالي، ومات العبد. فهذا مما لا يعرف إلا بقوله، فعلية الحجة. أما إذا جاء بالغلام، وقال له: اشتريت هذا من مالي فلا حاجة إلى الحجة ههنا؛ لأنه يعرف بقوله، كذا في الكفاية.

وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالكين قبل أن يشتريا شيئاً بطلت الشركة، وأيهما هلك هلك من مال صاحبه. وإن اشترى أحدهما بماله، وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرط. ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافاً للحسن بن زياد، حتى إن أيهما باعه جاز بيعه، ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه. هذا إذا اشترى أحدهما بأحد المالكين أولاً، ثم هلك المال الآخر. أما إذا هلك أحدهما، ثم اشترى الآخر بالمال الآخر إن صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشتركة بينهما على ما اشترطا، وتكون شركة ملك، ويرجع على شريكه بحصته من الثمن. وإن ذكرا مجرد الشركة، ولم ينصّا على الوكالة فيها كان المشتري للذي اشتراه خاصة.

وتجوز الشركة وإن لم يخلط المال، وقال زفر والشافعي: لا تجوز. وأصلهما: أن الربح فرع المال، ولا يقع الفرع على الشركة إلا بعد الشركة في الأصل، وإنه بالخلط. وهذا أصل كبير لهما، حتى يعتبر اتحاد^{١٢٦٤} الجنس، ويشترط الخلط.

ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال.

ولا يجوز شركة التقبّل [٤٩ ظ] والأعمال، وعندنا الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال، والعقد هو المسمى بالشركة، فلا بد من تحقيق معنى هذا الاسم، فلم يكن الخلط شرطاً. وإذا تحققت الشركة بالتصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به، وهو الربح بدونه، وصار كالمضاربة، فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح، وتصح شركة التقبّل.

ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهم دراهم مسماة من الربح. ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان أن يُضجع المال، وله أن يستأجر أجيراً على العمل، وله أن يودعه، وله أن يدفعه مضاربة. وعن أبي حنيفة: أنه ليس له ذلك، أي: الدفع مضاربة، والأول أصح، وهو رواية الأصل.

ويوكل من يتصرف فيه، ويده في المال يد أمانة.

ولا يملك أحد شريكي العنان أن يزوج عبداً من مال الشركة بلا إذن صاحبه، ولا إعتاقه ولو بمال، ولا يبيع عبد من نفسه، ولا هبة شيء من مالها ولو بعوض، ولا إقراضه، ولا تصدقه إلا بيسير عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: له أن يزوج أمته. أشار إليها في كتاب المكاتب. وهذا التفصيل من الوقاية. وفي العناية: ذكر في بعض

^{١٢٦٤} م: اتحاد.

الشروح: أن المفاوض يجوز أن يكاتب عبد الشركة بلا خلاف، واستدل بنقل عن الكرخي وغيره، وليس فيه ذكر الخلاف، وقال: ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق، وفيه ما فيه، انتهى.

وأما شركة الصنائع، وتسمى شركة التقبل فالحطاطان والصباغان يشتركان على أن يتقبلا الأعمال، ويكون الكسب بينهما، فيجوز ذلك، وهذا عندنا. وقال زفر والشافعي: لا تجوز. ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافاً للمالك وزفر فيهما.

ولو شرطاً العمل نصفين، والمال أثلاثاً جاز، وفي القياس لا يجوز، وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه، ويلزم شريكه، حتى إن كل واحد منهما يطالب بالعمل، ويطالب بالأجر، ويبرأ الدافع بالدفع إليه، وهذا ظاهر في المفاوضة، وفي غيرها استحسان، والقياس خلاف ذلك.

وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما، على أن يشتريا لوجوههما ويبيعا، فتصح الشركة، على هذا سميت به؛ لأنه لا يشتري بالنسبة إلا من له وجاهة عند الناس، وإنها تصح مفاوضة من جهة إيمان [١٥٠و] تحقيق الكفالة والوكالة في الأبدان.

وإذا أطلقت تكون عناناً؛ لأن مطلقه ينصرف إليه، وهي جائزة عندنا خلافاً للشافعي. وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه.

فإن شرطاً أن المشتري بينهما نصفان فالربح كذلك، ولا يجوز أن يتفاضلا فيه. وإن شرطاً أن يكون المشتري بينهما أثلاثاً فالربح كذلك، وهذا مبني على أصل، وهو أن الربح لا يستحق إلا بالمال أو بالعمل أو بالضمان فربُّ المال يستحقه بالمال، والمضارب بالعمل، والأستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف^{١٢٦٥} بالضمان، ولا يستحق بما سواها، ألا يرى أن من قال لغيره: تصرف في مالك على أن لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني.

واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان، والضمان على قدر الملك في المشتري، فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن، فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة، والوجوه ليست في معناها، بخلاف العنان؛ لأنه في معناها من حيث إن كل واحد يعمل في مال صاحبه، فيلحق^{١٢٦٦} بها.

فصل في الشركة الفاسدة

ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد، وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه، وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شيء مباح. فإن أخذه معاً فهو بينهما نصفان. وإن أخذه أحدهما، ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل. وإن عمل أحدهما، وأعانه الآخر في عمله، بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر، أو قلعه وحمله الآخر فللمعين أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد، وعند أبي يوسف: لا يجاوز به نصف ثمن ذلك. ولا يجوز دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد. ذكرها في باب السلم.

^{١٢٦٥} قيد اتفاقي، من ل و م.

^{١٢٦٦} م: فيلتحق.

وإذا اشتركا، ولأحدهما بغل، وللآخر راوية يستقى عليها الماء، والكسب بينهما لم تصح الشركة، والكسب كله للذي استقى، وعليه أجر مثل الراوية إن كان العامل صاحب البغل، وإن كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل.

وكل شركة فاسدة الربح فيها على قدر رأس المال، ويبطل شرط التفاضل. وإذا مات أحد الشريكين، أو ارتد ولحق بدار الحرب، وقضي به بطلت الشركة. ولا فرق بين ما إذا [١٥٠ ظ] علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم، بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة، حيث يتوقف على علم الآخر.

فصل

وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه، فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدي زكاته، فأدى كل واحد منهما فالثاني ضامن، علم بأداء الأول أو لم يعلم، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يضمن إذا لم يعلم، وهذا إذا أديا على التعاقب، أما إذا أديا معاً ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه. وإذا أذن أحد المتعاضدين لصاحبه أن يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة، وقالوا: يرجع عليه بنصف الثمن وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء بالاتفاق. وإذا اشترى أحدهما الطعام والكسوة بإذن صاحبه يرجع صاحبه بنصيبه بالاتفاق، لكن تعليل أبي حنيفة غير تعليل الإمامين، والتفصيل في الهداية.

كتاب الوقف

قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم، أو يعلقه بموته، فيقول: إذا مت فقد وقفت داري على كذا. وقال أبو يوسف: يزول الملك بمجرد القول. وقال رحمتهما: لا يزول حتى يجعل للوقف ولياً، ويسلمه إليه.

قال رحمتهما: الوقف لغة هو الحبس، تقول: وقفت الدابة وأوقفتها بمعنى، وهو في الشرع عند أبي حنيفة رحمتهما: حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة. ثم قيل: المنفعة معدومة، والتصدق بالمعدوم لا يصح، فلا يجوز الوقف أصلاً عنده، وهو المفلوظ في الأصل، والأصح: أنه جائز عنده، إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية. وعندهما: حبس العين على حكم ملك الله، فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه يعود منفعته إلى العباد، فيلزم. ولا يباع، ولا يورث، ولا يوهب. واللفظ ينتظمهما، والترجيح بالدليل. قال رحمتهما: لا يزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم، أو يعلقه بموته، وهذا في حكم الحاكم صحيح، فيكون قضاء في المجتهد فيه. أما في تعليقه بالموت فالصحيح: أنه لا يزول ملكه، / [١٥١] إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبداً، فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً، فيلزم. والمراد بالحاكم: المولى. وأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ.

ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي: هو بمنزلة الوصية بعد الموت، والصحيح: أنه لا يلزم عند أبي حنيفة، وعندهما: يلزم، إلا أنه يعتبر من الثلث، والوقف في الصحة من جميع المال. وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف، وهو قول الشافعي بمنزلة الإعتاق، وعند رحمتهما: لابد من التسليم إلى المتولي.

وإذا صح الوقف على اختلافهم - وفي بعض النسخ: "وإذا استحق" مكان قوله: "صح" - خرج عن ملك الواقف، ولم يدخل في ملك الموقوف عليه. وقوله: "خرج من ملك الواقف" يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره.

ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف، وقال رحمتهما: لا يجوز، وهذا فيما يحتمل القسمة. وأما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند رحمتهما أيضاً، إلا في المسجد والمقبرة، فإنه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة أيضاً عند أبي يوسف.

ولو وقف الكل، ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند رحمتهما، بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض، أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض، وقد وهب أو وقف في مرضه، وفي المال ضيق. ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي.

ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ورحمتهما حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبداً. قال أبو يوسف: إذا سمي فيه جهة تنقطع جاز، وصار بعدها مال الفقراء وإن لم يستمهم. وقيل: إن التأيد شرط بالإجماع، إلا أن عند أبي يوسف لا يشترط ذكر التأيد، وعند رحمتهما ذكر التأيد شرط. والتوقيت يبطل الوقف كما يبطل البيع.

ويجوز وقف العقار، ولا يجوز وقف ما ينقل ويتحول.^{١٢٦٧} قال عليه السلام: وهذا على الإرسال قول أبي حنيفة عليه السلام، وقال أبو يوسف: إذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها^{١٢٦٨} وهم عبيده جاز. وكذا سائر آلات الحراثة تبعاً للضيعة، كدخول البناء في الوقف تبعاً للعروة، وتُجَدُّ معه فيه أي في تجويز وقف المنقول بتبعية الضيعة. وقال مُجَدُّ: يجوز حبس الكراع والسلاح، معناه وقفه في سبيل الله،/[١٥١ظ] وأبو يوسف معه فيه على ما قالوا، وهو استحسان، والقياس أن لا يجوز. وعن مُجَدُّ أنه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات، كالقأس والمرّ والقدوم والمنشار والجنّابة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف. وعند أبي يوسف: لا يجوز. وعن نصير بن يحيى: أنه وقف كتبه إلحاقاً لها بالمصحف، وهذا صحيح، وأكثر فقهاء الأمصار على قول مُجَدُّ.

وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا. وقال الشافعي: كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه. والحاصل عندنا: أن المنقول الذي ليس فيه نص، ولا تعامل لا يتأبد فلا يجوز وقفه كالدراهم والدنانير. ومن فروع وقف المنقول: وقف داراً فيها حمامات، يخرج من ويرجعن يدخل في وقفه الحمامات الأهلية. قال الفقيه^{١٢٦٩}: هو كوقف الضيعة مع الثيران^{١٢٧٠}.

وسئل أبو بكر عمن وقف شجرة بأصلها، والشجرة مما ينتفع بأوراقها وثمرها، قال: الوقف جائز، وينتفع بثمرها، ولا يقطع أصلها، إلا أن تفسد أغصانها، فإن لم ينتفع بأوراقها وثمرها فإنها تقطع، ويصرف ثمنها إلى سبيله، فإن نبتت ثانياً، وإلا غرس مكانها.

وسئل أبو القاسم الصقار عن شجرة وقف ييس بعضها وبقي بعضها، فقال: ما ييس منها فسبيله سبيل غلتها، وما بقي متروك على حالها، وهذه الفروع من فتح القدير. وإذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تملكه، إلا أن يكون مشاعاً عند أبي يوسف، فيطلب الشريك القسمة، فيصح مقاسمته. ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه؛ لأن الولاية إلى الواقف، وبعد الموت إلى وصيه. وإن وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي، أو يبيع نصيبه الباقي من رجل، ثم يقاسمه المشتري، ثم يشتري. أي: الواقف. ذلك منه. أي: من المشتري..

ولو كان في القسمة فضل دراهم إن أعطي للواقف لا يجوز، وإن أعطى أي: الواقف. من خاصته جاز، ويكون بقدر الدراهم شراء، والواجب أن يتدبّر من ارتفاع الوقف بعمارته، شرط ذلك الواقف أو لم يشترط. ثم إن كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم، وأقرب أموالهم هذه الغلة، فيجب فيها.

ولو كان الوقف على رجل بعينه، وآخره للفقراء،/[١٥٢و] فهي في ماله أي مال شاء في حياته، ولا يؤخذ من الغلة. وإنما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه. وإن خرب يبني على ذلك الوقف. فأما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة للموقوف عليه، والغلة مستحقة له، فلا يجوز صرفه إلى شيء آخر إلا برضاه. ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض، وعند الآخرين يجوز ذلك، والأول أصح.

^{١٢٦٧} س " ويحول.

^{١٢٦٨} الأكرة جمع أكار وهو كأنها جمع أكر تقديرا، كذا في العناية، من ل و م و س.

^{١٢٦٩} أراد به الفقيه ابا الليث السمرقندي صاحب العيون.

^{١٢٧٠} جمع ثور وهو ذكر البقر، جمهرة اللغة، ٤٢٤/١.

وإن وقف داراً على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى. فإن امتنع من ذلك، أو كان فقيراً أجراها الحاكم، وعمرها بأجرتها. وإذا عمرها ردها إلى من له السكنى، ولا يجبر الممتنع على العمارة، ولا يكون امتناعه رضاً منه ببطلان حقه.

ولا يصح إجارة من له السكنى.

وما اتهم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج إليه. وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته، فيصرفه فيها. فإن مست الحاجة إليه في الحال إليها؛ صرفه فيها، وإلا؛ أمسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك أو أن الحاجة، فيبطل المقصود. وإن تعذر إعادة عينه إلى موضعه بيع، وصرف ثمنه إلى المرقمة صرفاً للبدل إلى مصرف المبدل، ولا يجوز أن يقسمه. يعني: النقض. بين مستحقي الوقف.

والمتولي يفعل في المسجد من مال الوقف ما يرجع إلى أحكام البناء دون ما يرجع إلى النقش بالجص والساج وماء الذهب، حتى لو فعل يضمن، ولو فعل من مال نفسه لا بأس به. هذه الجملة في فصل "ويكره استقبال القبلة بالفرج" من كتاب الصلاة.

وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه، أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف. قال عليه السلام: ذكر فصلين؛ شرط الغلة لنفسه، وجعل الولاية إليه. أما الأول فهو جائز عند أبي يوسف، ولا يجوز على قياس قول عليه السلام، وهو قول هلال الرازي، وبه قال الشافعي. وقيل: إن الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والإفراز، وقيل: هي مسألة مبتدأة. والخلاف فيما إذا شرط البعض لنفسه في حياته، وبعد موته للفقراء، وفيما إذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء سواءً.

ولو وقف، وشرط البعض أو الكل لأمهات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء، فإذا ماتوا [١٥٢ظ] فهو للفقراء والمساكين فقد قيل: يجوز بالاتفاق، وقد قيل: هو على الخلاف أيضاً، وهو الصحيح.

ولو بنى خاناً، أو سقاية، أو جعل أرضه مقبرة، وشرط أن ينزله، أو يشرب منه، أو يدفن فيه يجوز بالاتفاق. قال العلامة ابن الهمام بعد التفصيل في ترجيح قول أبي يوسف في جواز جعل الواقف الغلة لنفسه: قال الصدر الشهيد: والفتوى على قول أبي يوسف، ونحن أيضاً نفتي بقوله ترغيباً للناس في الوقف، واختاره مشايخ بلخ، وكذا ظاهر الهداية، حيث أحر وجهه أي: دليله، ولم يدفعه. انتهى.

ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف، وعند عليه السلام: الوقف جائز، والشرط باطل.

ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف، وعند عليه السلام: الوقف باطل. وأما فصل الولاية فقد نص أي: **القدوري** فيه على قول أبي يوسف، وهو قول هلال أيضاً، وهو ظاهر المذهب، وذكر هلال في وقفه: وقال أقوام: إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له، وإن لم يشترط لم يكن له ولاية. قال مشايخنا: الأشبه أن يكون هذا قول عليه السلام بناء على أصله من أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف، فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه. قال العلامة ابن الهمام نقلاً عن **فتاوى قاضي خان** وهو نقله عما ذكره عليه السلام في السير الكبير هذه المسألة، وحاصل ما نقله: أن هذا قول عليه السلام بناء على أصله، وأما على قول أبي يوسف التسليم ليس بشرط، فكانت الولاية له وإن لم يشترطها. انتهى.

ومن اتخذ مسجداً يكون أولى بعمارته، ونصب المؤذن فيه.

ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه، وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينتزعها من يده نظراً للفقراء، وكذا إذا شرط أن ليس لسلطان^{١٢٧١} ولا لقاض ولاية أن يخرجها من يده، ويوليها غيره.

فصل

وإذا بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه، ويأذن للناس بالصلاة فيه. فإذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة عن ملكه في رواية عنه، وكذا عن محمد. وعن محمد: أنه يشترط الصلاة بالجماعة، وقال أبو يوسف: يزول ملكه بقوله: جعلته مسجداً.

ومن جعل مسجداً تحته سرداب، [١٥٣و] أو فوقه بيت، وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله فله أن يبيعه، وإن مات يورث عنه. ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس، وروى الحسن عنه. أي: عن أبي حنيفة. أنه قال: إذا جعل السفلى مسجداً، وعلى ظهره مسكن فهو مسجد. وعن محمد على عكس هذا، وعن أبي يوسف: أنه يجوز في الوجهين حين قدم بغداد، ورأى ضيق المنازل. وعن محمد: أنه حين دخل الري أجاز ذلك. وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجداً، أو أذن للناس بالدخول فيه، يعني: له أن يبيعه، ويورث عنه. وإذا ملكه محيطاً بجوانبه كان له حق المنع، فلم يصير مسجداً، وعن محمد: أنه لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، اعتبره مسجداً، وهكذا عن أبي يوسف أنه يصير مسجداً.

ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع فيه، ولا يبيعه، ولا يورث عنه. ولو خرب ما حول المسجد، واستغنى عنه يبقى مسجداً عند أبي يوسف. وعند محمد يعود إلى ملك البايع أو إلى وراثته بعد موته، وصار كحصير المسجد وحشيشه إذا استغنى عنه، إلا أن أبا يوسف يقول في الحصر والحشيش: إنه ينقل إلى مسجد آخر.

ولو بنى مسجداً، وشرط بعض بقعته لنفسه لا يجوز، ذكرها قبيل هذا الفصل. ومن بنى سقاية للمسلمين، أو خاناً يسكنه بنو السبيل، أو رباطاً، أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة ولو سلمه إلى متولٍ. كذا في فتح القدير، أو يضيفه إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء، بخلاف المسجد، فإنه لا يحتاج إليه؛ إذ ليس له حق الانتفاع، فخلص الله تعالى من غير حكم الحاكم. وعند أبي يوسف: يزول ملكه بالقول، وعند محمد: إذا استسقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط، ودفنوا في المقبرة زال الملك، ويكتفى بالواحد. وعلى هذا البئر والخوض.

ولو سلم إلى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه. وأما في المسجد فقد قيل: لا يكون تسليمًا، وقيل: يكون تسليمًا. والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل، وقد قيل: هو بمنزلة السقاية والخان يصح التسليم إلى المتولي، كما لو نصب المتولي يصح وإن كان بخلاف العادة.

^{١٢٧١} ل: للسلطان.

ولو جعل داراً له بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى [١٥٣ظ] والمعتمرين، أو جعل داره في غير مكة سكنى للمسكين، أو جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين، أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله، ودفع ذلك إلى والٍ يقوم عليه فهو جائز.

ولا رجوع فيها، إلا أن في الغلة محل للفقراء دون الأغنياء، وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الفقير والغني. والفارق: هو العرف بين الفصلين.

فروع

منقولاً من شرح الهداية^{١٢٧٢} للعلامة ابن الهمام وهي فصلان:

الفصل الأول: في المتولي.

قالوا: لا يولّى من طلب الولاية على الأوقاف، كمن طلب القضاء لا يقَلد. وللمتولي أن يشتري ما فضل من غلة الوقف إذا لم يحتج إلى العمارة مستغلاً، ولا يكون وفقاً في الصحيح، حتى جاز بيعه.

ومن سكن دار الوقف غصباً، أو بإذن المتولي بلا أجره كان عليه أجره مثله، سواء كان ذلك معداً للاستغلال أو غير معد له، حتى لو باع المتولي داراً للوقف، فسكنها المشتري، ثم رفع إلى قاض هذا الأمر، فأبطل البيع، وأظهر الاستحقاق للوقف كان على المشتري أجره مثله. وللمتولي أن يستأجر من يخدم المسجد يكنسه^{١٢٧٣} ونحو ذلك بأجرة مثله أو زيادة يتغابن فيها، فإن كان أكثر فالإجارة له. وعلى المتولي الدفع من مال نفسه، ويضمن لو دفع من مال الوقف. وإن علم الآخر أن ما أخذه من مال الوقف لا يحل له.

وله أن ينفق من ماله على حاجة الوقف. ولو أدخل جذعاً من ماله في المسجد كان له الرجوع. وله أن يشتري من غلة المسجد دهنًا وحصيراً وآجرًا وجصّاً لفرش المسجد إن كان الواقف وسّع فقال: يفعل ما يراه مصلحة. وإن وقف لبناء المسجد، ولم يزد فليس له أن يشتري ذلك، فإن لم يُعرف له شرط يعمل ما عمل من قبله.

ولا يستدين على الوقف إلا إذا استقبله أمر لا بد منه، فيستدين بأمر القاضي، ويرجع في غلة الوقف. وذكر الناطقي: وكذا له أن يستدين لزراعة الوقف وبذره بأمر القاضي؛ لأن القاضي يملك الاستدانة على الوقف، فصح بأموره، بخلاف المتولي لا يملكه. والاستدانة أن لا يكون في يده شيء، فيستدين، ويرجع. أما إذا كان في يده مال الوقف، فاشتري، ونقّد الثمن من مال نفسه فإنه يرجع بالإجماع.

وليس له أن يرهن دار [١٥٤و] الوقف، فإن فعل، وسكنها المرتكن ضمن أجره المثل.

^{١٢٧٢} وهو كتابه المشهور المسمى بفتح القدير.

^{١٢٧٣} م: يكنسه.

ولو أنفق دراهم الوقف في حاجة نفسه، ثم أنفق من ماله مثلها في الوقف جاز، ويرأ عن الضمان.
ولو خلط دراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضامناً للكل.
ولو اجتمع مال للوقف، ثم نابت نائبة من الكفرة فاحتيج إلى مال لدفع شرهم، قال الشيخ الإمام: ما كان من غلة المسجد الجامع يجوز للحاكم أن يصرفه إلى ذلك على وجه القرض إذا لم يكن حاجة للمسجد إليه.
وله أن يبني على باب المسجد ظلة لدفع أذى المطر عن الباب من مال الوقف إن كان على مصالح المسجد، وإن كان على عمارته أو ترميمه فلا، والأصح ما قاله ظهير الدين: ان الوقف على عمارة المسجد ومصلح المسجد سواء.
وإذا كان على عمارة المسجد لا يشتري منه الزيت والحصير، ولا يصرف منه للزينة والشرفات، ويضمن إن فعل.

ومن وقف وقفاً، ولم يجعل له متولياً حتى حضرته الوفاة، فأوصى إلى رجل، قالوا: يكون وصياً وقيماً، هذا في قول أبي يوسف؛ لأن التسليم ليس بشرط، فصح الوقف في حياته بلا تسليم، بخلاف ما لو جعل له قيماً، ثم حضرته الوفاة فأوصى لا يكون هذا الوصي قيماً في الوقف.
قيم مسجد مات، فاجتمع أهل المسجد على جعل رجل قيماً بغير أمر القاضي، فقام وأنفق من غلات وقف المسجد في عمارته، اختلف المشايخ في هذه التولية، والأصح: لا يصح، بل نصب القيم إلى القاضي، لكن لا يضمن ما أنفق في العمارة من غلاته إذا كان أجر الوقف، وأخذ الغلة فأنفق، بخلاف ما إذا كان وقف على أرباب معلومين، فإن لهم أن ينصبوا متولياً من أهل الصلاح، لكن قيل: الأولى أن يرفعوا أمرهم إلى القاضي لينصب لهم، وقيل: بل الأولى في هذا الزمان أن لا يفعلوا، وينصبوهم.
وليس للمشرف أن يتصرف في مال الوقف، بل وظيفته الحفظ لاغير، وهذا يختلف بحسب العرف في معنى المشرف.

وللمتولي أن يفوض إلى غيره عند موته، إلا أنه لو كان الواقف جعل لذلك المتولي مالاً مسمى لم يكن ذلك لمن أوصى إليه، بل يرفع الأمر إلى القاضي إذا تبرع بعمله ليفوض^{١٢٧٤} له أجر مثله، إلا أن يكون الواقف جعل ذلك لكل متولٍ.

وليس للقاضي أن يجعله للذي كان أدخله ما كان الواقف جعله للذي كان أدخله. [١٥٤ ظ]
وإذا أخذ المتولي من مال الوقف، ومات بلا بيان لا يضمن. فالأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل، إلا في ثلاثة مسائل: هذه أحدها، والثانية: إذا أودع السلطان الغنيمة عند بعض الغانمين، ومات، ولم يبين عند من أودع، والثالثة: القاضي إذا أخذ مال اليتيم، وأودع غيره، ثم مات، ولم يبين عند من أودع لاضمان عليه. أما لو كان القاضي أخذ مال اليتيم عنده، ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكر هشام: أنه يضمن.
ولو قال قبل موته: ضاع مال اليتيم عندي، أو أنفقته عليه، ومات لا يكون ضامناً. أما لو مات قبل أن يقول ضمن. وكذا لو باع المتولي دار الوقف، ومات، ولم يبين أين الثمن، فإنه يكون ديناً في تركته.

^{١٢٧٤} م: ليفرض.

وللناس أن يأخذوا المتولي بتسوية حائط الوقف إذا مال إلى أملاكهم، فإن لم يكن له غلة يرفع إلى القاضي ليأمر بالاستدانة لإصلاحها.

وله أن يبنى قرية في أرض الوقف للأكرة وحفاظها، وليجمع فيها الغلة، وأن يبنى بيوتاً يستغلها إذا كانت الأرض متصلة ببيوت المصر ليست للزراعة، فإن كان زراعتها أصلح من الاستغلال لا يبنى. في النوازل في إقراض ما فضل من مال الوقف قال: إن كان أحرز للغلة أرجو أن يكون واسعاً.

ولا يؤجر الوقف إجارة طويلة، وأكثر ما تجوز ثلاث سنين، وليس له الإقالة إلا إذا كانت أصلح للوقف. ولو زرع الواقف أو المتولي أرض الوقف، وقال: زرعته لنفسي، وقال المستحقون: بل للوقف فالقول قوله. وعلى الواقف والمتولي في هذا نقصان الأرض، وليس عليهما أجر مثل الأرض، ويقول القاضي له: ازرعها للوقف، فإن قال: ليس للوقف مال أزرعها به يأمره بالاستدانة لذلك، فإن قال: لا يمكنني، يقول لأهل الوقف: استدينوا، فإن قالوا: لا يمكننا، بل نزرع لأنفسنا لا يمكنهم؛ لأن الوقف في يد الواقف، فهو أحق به، ولا يخرج عنه إلا أن يكون غير مأمون. ذكر هذه المسألة بفروعها في فتاوى قاضي خان وغيره.

وبعزل^{١٢٧٥} الناظر بالجنون المطبق إذا دام سنة، نص عليه الخصاف. لا إن دام أقل من ذلك، ولو عاد عاد إليه عقله، وبرأ من علته عاد إليه النظر. / [١٥٥]

وللناظر أن يوكل من يقوم بما كان إليه من أمر الوقف، ويجعل له من جعله شيئاً، وله أن يعزله، ويستبدله به أو لا يستبدل. ولو جرت انعزل وكيله، ويرجع إلى القاضي في النصب.

ولو أخرج حاكم قيمياً، فمات أو عزل، فتقدم المخرج إلى القاضي الثاني بأن ذلك القاضي أخرجه بلا جنحة لا يدخله؛ لأن أمر الأول محمول على السداد، ولكن يكلفه أن يثبت عنده أنه أهل وموضع للنظر في هذا الوقف، فإن فعل أعاده. وكذا لو أخرجه لفسق وجناية، فبعد مدة أناب إلى الله تعالى، وأقام بينة أنه صار أهلاً لذلك، فإنه يعيده. وليس على الناظر أن يفعل إلا ما يفعله أمثاله من الأمر والنهي بالمصالح، ويصرف الأجر من مال الوقف للعملة بأيديهم.

الفصل الثاني: في الموقوف عليه

لو وقف على ولده، ثم للمساكين فلولد صلبه، يستوي فيه الذكر والأنثى، إلا أن يخصّ صنفاً، مادام واحد منهم فالكل له. فإن لم يكن له ولد وقت الوقف، بل ولد ابن كان له، لا يشاركه من دونه من البطون. فإن كان له ابن بنت لا يدخل في ظاهر الرواية، وبه أخذ هلال، وعن محمد: يدخل، وصحح ظاهر الرواية. ثم إذا ولد للواقف ولد لصلبه رجع من ابن الابن إليه.

ولو ضم إلى الولد ولد الولد، فقال: على ولدي وولد ولدي، ثم المساكين اشترك الصليبيون وأولاد بنيه وأولاد بناته. كذا اختاره هلال والخصاف، وصححه في فتاوى قاضي خان. وأنكر الخصاف رواية حرمان أولاد البنات، وقال: لم أجد من يقوم برواية ذلك عن أصحابنا، وإنما روي عن أبي حنيفة فيمن أوصى بثلاثة لولد زيد بن عبد الله،

^{١٢٧٥} س: يعزل.

فإن وجد له ولد ذكور وإناث لصلبه يوم يموت الموصي كان بينهم، فإن لم يكن له أولاد لصلبه، بل ولد ولد من أولاد الذكور والإناث كان لولد الذكور دون البنات، فكأنهم قاسوا على ذلك، وهذه هي وزان المسألة الأولى. وفرق شمس الأئمة بينها وبين هذه: بأن ولد الولد اسم لمن وَلَدَهُ وَلَدَهُ، وبنْتُهُ وَلَدَهُ، بخلاف قوله: ولدي، فإن ولد البنت لا يدخل في ظاهر الرواية؛ لأن اسم ولده يتناول ولده لصلبه، / [١٥٥ ظ] وإنما وضع في ولد ابنه؛ لأنه ينسب إليه عرفاً. قال: وذكر مُجَدُّ أن ولد الولد يتناول ولد البنت عند أصحابنا.

ثم إذا انقرض ولد الولد لا يعطى لمن بعدهم، بل للفقراء.

ولو قال: ولدي وولد ولدي وولد ولد ولدي صرفت إلى أولاده أبداً ما تناسلوا، ولا يصرف إلى الفقراء ما كان من نسله واحد، ويستوي الأقرب والأبعد إلا أن يرتب الواقف.

ولو قال: أولادي بلفظ الجمع يدخل النسل كله كذكر الطبقات الثلاث بلفظ ولدي.

ولو قال: ولدي وأولادهم، وله أولاد أولاد مات آباؤهم قبل الوقف لا يدخلون مع أولاد الأولاد^{١٢٧٦} الموجودين؛ لأنه لما قال: بعد موت أولئك على أولادي، فإنما أراد الموجودين، وضمير أولادهم يرجع إليهم خاصة، بخلاف أولادي وأولاد أولادي لاموجب لقصره على الأولاد الموجودين، فيدخل أولاد الذين ماتوا من قبل معهم. ولو قال: أولادي، وهم فلان وفلان وفلان، وبعدهم للفقراء، فمات أحد الثلاثة أعطي نصيبه للفقراء لا للباقيين من إخوته، بخلاف ما لو لم يقل: فلان وفلان وفلان، بل أولادي، ثم الفقراء، يصرف الكل للواحد إذا مات من سواه.

ولو قال: على بَنِيّ، وله ذكران صرف إليهما. وإن كان واحداً فله النصف، والنصف الآخر للفقراء. وعليه فَرَعَ ابن الفضل قوله: على المحتاجين من ولدي، وليس في ولده محتاج إلا واحد، إن النصف له، والنصف الآخر للفقراء، غير أنه يشكل بأولادي، فإنه يصرف للواحد الكل، إلا أن يكون عرف في أولادي يخالف كل جمع لمادة غيره كبنِيّ والمحتاجين ونحوه مما هو جمع غير لفظ أولادي. ونقل الخلاف بين أبي يوسف ومُجَدُّ رحمهما الله فيما لو أعطى القيم نصيب الفقراء لواحد، أجازة أبو يوسف؛ لأن الفقراء لا يحصون، فكان المقصود الجنس، ومنعه مُجَدُّ للجمعية^{١٢٧٧} فأوجب إعطاء اثنين.

وتدخل البنات في قوله: بَنِيّ، واختاره هلال، وعن أبي حنيفة اختصاص الذكور به، قال بعض المشايخ: في المسألة روايتان، انتهى. والوجه: الدخول لما عرف في أصول الفقه، وعليه بنؤا قول المستأمن: آمنوني على بَنِيّ تدخل البنات. قال في الخلاصة: / [١٥٦ و] وهذا إنما يستقيم في بني أب يُحْصَوْنَ، أما فيما لا يحصون فيصح أن يقال: هذه المرأة من بني فلان، انتهى. يعني: فيدخل المرأة بلا تردد.

ولو لم يكن له إلا بنات صرفت الغلة للفقراء، وعلى بناتي لا يدخل الذكور.

وليس للموقوف عليهم الدائر سُكْنَاهَا، بل الاستغلال، كما ليس للموقوف عليهم السكنى الاستغلال.

^{١٢٧٦} ل: أولاد.

^{١٢٧٧} ل م: الجمعية.

واعلم أنه إذا ذكر أولاده وأقاربه صح للغني والفقير منهم، إلا أن يخص الفقراء. وأما غيرهم، قال شمس الأئمة: إذا ذكر مصرفاً فيهم تنصيب على الحاجة فهو صحيح، سواء كانوا يَحْصُونَ أو لا؛ لأن المطلوب وجه الله تعالى. ومتى ذكر مصرفاً يستوي فيه الأغنياء والفقراء، فإن كانوا يَحْصُونَ فذلك صحيح لهم باعتبار أعيانهم. وإن كانوا لا يَحْصُونَ فهو باطل، إلا أن كان في لفظه ما يدل على الحاجة استعمالاً بين الناس، لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى، فالوقف عليهم صحيح، ويصرف للفقراء منهم دون أغنيائهم. فأنبى على هذه ما لو وقف على الرجال أو النساء أو الصبيان، أو على مُصَرٍّ أو ربيعة أو على تميم^{١٢٧٨} أو بني هاشم لا يجوز شيء من ذلك لانتظامه الأغنياء والفقراء مع عدم الإحصاء. ونص الخَصَّاف على أن الوقف على الزماني والعميان والعوران باطل من قبيل أنه ينتظم الغني والفقير، وهم لا يَحْصُونَ. وكذا على قُرَاء القرآن، وعلى الفقهاء، أو على أصحاب الحديث، أو الشعراء كل ذلك باطل لما ذكر، والذي يقتضيه الضابط الذي ذكره شمس الأئمة: أنه يصح على الزماني والعميان وقراء القرآن والفقهاء وأهل الحديث، ويصرف للفقراء منهم كاليتامى لإشعار الأسماء بالحاجة استعمالاً؛ لأن العمى والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب، فيغلب فيهم الفقر. وقد صرح في الوقف على الفقراء باستحقاق الفقراء منهم، وهو فرع الصحة. والمسألة المذكورة في آخر فصل المسجد من الهداية يفيد ذلك، وهي ما إذا جعل غلة أرضه وقفاً على الغزاة أنه يصح، ويصرف إلى فقراء الغزاة، مع أن اسم الغزاة ينتظم الغني والفقير، وهم لا يَحْصُونَ، غير أنه يشعر بالحاجة. ونص في وقف هلال على جوازه على الزماني،/[١٥٦ ظ] ويدفع لفقرائهم، وصرح في وقف الخَصَّاف بصحة الوقف على أرامل بني فلان، وأنه لكل أرملة كانت يوم الوقف أو حدثت، سواء كنَّ يُحْصَيْن أو لا، وهو للفقراء منهن إذا كانت بالغة، فمن أعطى منهن أجزاً.

والأئمة المستحقة: كل بالغة كان لها زوج وطلقها أو مات، وخالفوا في الأيامى.

وإذا وقف على أيامى بني فلان، وبعدهن للمساكين، أو أيامى قرابتي، إن كنَّ يَحْصَيْن فالوقف جائز، وغلته للغنية، وإن كن لا يَحْصَيْن لم يجز الوقف، فيكون للمساكين.

والأئمة المستحقة: كل أنثى جومعت ولو بفجور، ولا زوج لها، بالغة أو لا.

ولو قال: على كل ثيب من بني فلان أو من قرابتي، فإن كن يَحْصَيْن جاز لهن ولكل من يحدث منهن، وإن كن لا يَحْصَيْن قسمت من القسم، فهو باطل، والغلة للمساكين.

والثيب: كل من جومعت ولو بفجور، ولها زوج أو لا، وإن لم تبلغ.

ولأبكار قرابتي أو بني فلان: فإن كن يَحْصَيْن فهو لهن ولمن يحدث أبداً، وإن كن لا يَحْصَيْن فالوقف عليهن باطل، وهو للمساكين.

والبكر: من لم تجامع، وإن كانت العذرة زائلة في كل من لا يحصى ممن ذكرنا أنه لا يصح منه الوقف لو قيد فقال: للفقراء منهن جاز.

^{١٢٧٨} ل م س : يقيم.

ومن أعطى أجراً كالوقوف على الأقارب وقف على أهل بيته، ثم المساكين؛ دخل الغني والفقير ممن يناسبه إلى الأب الذي أدرك الإسلام أسلم ذلك الأب أو لا ممن كان موجوداً حال الوقف، أو حدث بعد ذلك من الرجال والنساء والصبيان لأقل من ستة أشهر من مجيء الغلة ولو كانوا مرقوقين لقوم أو كفاراً ذميين.

ولا يدخل ذلك الأب، ويدخل أب الواقف وأجداده وولده لصلبه وأولاد الذكور منهم وإن سفلوا، ولا يدخل أبناء البنات من ولده إلا إذا كان آباؤهم من قوم آخرين.

وقوله: على آلي وجنسي كأهل بيتي، ولا يخص الفقراء إلا إن خصهم.

وقوله: على الفقراء منهم وعلى من افتقر منهم سواء، حيث يكون لمن يكون فقيراً وقت الغلة، وإن كان غنياً وقت الوقف، ولا يتقيد من كان غنياً فافتقر على الصحيح.

ولو وقف على قرابته [١٥٧و] فهو لمن يناسبه إلى أقصى الأب في الإسلام من قبل أبيه، وإلى أقصى أب له في الإسلام من قبل أمه، لكن لا يدخل أب الواقف ولا أولاده لصلبه، وفي دخول الجد روايتان، و**ظاهر الرواية** لا يدخل، ويدخل أولاد البنات وأولاد العمات والحالات والأجداد الأعلون والجدات.

ورحمي وأرحامي وكل ذي نسب مني كالقاربة، وعلى عيالي يدخل كل من كان في عياله من الزوج والولد ومن كان يعوله من ذوي الرحم وغير ذوي الرحم. وإذا عرف هذا فلو قال: على أهل بيتي فإذا انقضوا فعلى قرابتي فهو صحيح، ويصرف بعده لمن يناسبه من قبل أبيه. ولو عكس فقال: على قرابتي فإذا انقضوا فعلى أهل بيتي لم يصح. ومثله لو قال: على إخواني فإذا انقضوا فعلى إخواني لأبي، وله أخوة متفرقون؛ إذ بعد انقراض الكل لا يبقى له أخ، فيكون بعد انقراضهم للمساكين.

وعلى جيرانه يجوز، ثم عند أبي حنيفة: الملاصقون، فهو لجميع من كان في دار ملاصقة، من الأحرار - ولو كانوا أهل ذمة - والعبيد بالسوية، قربت الأبواب أو بعدت. وعن أبي يوسف: هم الذين يجمعهم محلة واحدة أو مسجد واحد، فإن جمعتهم محلة واحدة، وتفرقوا في مسجدين فهي محلة واحدة إن كان المسجدان صغيرين متقاربين، فإن تباعدا أو كان مسجد عظيم جامع فكل أهل مسجد جيران دون الآخرين. وقال محمد: هو الملازقون السكّان، سواء كانوا مالكيين للدار أو لا، وسيأتي بقیة هذا في الوصايا إن شاء الله تعالى.

ولا يدخل الأرقاء ومن انتقل من الجوار على الخلاف في الجار بطل حقه من الوقف.

انتهى ما استخرج من فروع **فتح القدير** للعلامة ابن الهمام، أسكنه الله من الجنة في أعلى المقام.

كتاب البيوع

البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظ الماضي، مثل أن يقول أحدهما: بعت، والآخر: اشتريت، ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل.

وقوله: رضيت، أو أعطيتك بكذا، أو خذه بكذا في معنى قوله: بعت واشتريت.

وينعقد بالتعاطي في النفيس/[١٥٧ظ] والخسيس هو الصحيح. وفي العناية: قوله: "هو الصحيح" احتراز عما قال الكرخي: البيع ينعقد بالتعاطي في الخسيس كالقبل وأمثاله، انتهى.

والتسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي، وإن لم يوجد نقد الثمن لاستتمام التراضي، وهو المعتبر في الباب، ذكرها في باب الوكالة بالشراء.

وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار، إن شاء قبل في المجلس، وإن شاء رد، وهذا خيار القبول، ويمتد إلى آخر المجلس، فيعتبر ساعاته ساعة واحدة تحقيقاً لليسر، ودفعاً للعسر.

والكتاب كالخطاب، وكذا الإرسال، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة.

وليس له أن يقبل في بعض المبيع، ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن، إلا إذا بين ثمن كل واحد.

وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب. ويبطل أيضاً بموت المشتري قبل قبوله بعد الإيجاب البائع، ذكرها في أول الوصايا.

وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع، ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية، وقال الشافعي: يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس.

والواحد لا يتولى طرفي البيع، ذكرها في باب ما يجوز ارتقانه من كتاب الرهن.

وفي تسليم المبيع والتمن يُحضر المبيع، ثم يسلم الثمن أولاً، ذكرها في أول كتاب الرهن.

وإذا خلّى البائع بين المبيع والمشتري، ولم يقبض المشتري يتأكد كل الثمن، ذكرها في باب المهر.

ولو أعتق المشتري العبد المبيع قبل القبض يجوز، ويصير قابضاً، ويتأكد الثمن، ذكرها في باب الإباق.

ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد. ذكرها في باب جناية المملوك.

ولو مات العبد المبيع قبل القبض ينفسخ البيع. ولو أبق قبل القبض لا ينفسخ، ذكرها في باب فسخ

الإجارة.

ولو كان العين وديعة في يد رجل، فباعها صاحبها منه يحتاج إلى تجديد القبض، ولا ينوب قبض الأمانة عن

القبض المضمون، ذكرها في كتاب الهبة.

وفي العناية: ومعنى تجديد القبض: أن يتهياً^{١٢٧٩} إلى موضع فيه العين، ويمضي وقت يتمكن فيه قبضها، انتهى.

والأعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع.
والأثمان المطلقة عن الإشارة لاتصح إلا أن تكون معروفة القدر / [٥٨ و] والصفة.
وكل جهالة تفضي إلى المنازعة تمنع الجواز.
وإذا جعل المكيل أو الموزون ثمن المبيع، وأشير إليهما جاز وإن لم يعرف مقدارهما بالاتفاق، ذكرها في باب السلم.

ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل إذا كان الأجل معلوماً.
ولو اشترى شيئاً بمكيل أو موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الإيفاء عنده، وعندهما لا يشترط، وقيل: لا يشترط ذلك في الثمن بالإجماع، والصحيح: أنه يشترط إذا كان الثمن مؤجلاً، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي. ذكرها في باب السلم.

ولو تباعا عيناً بدين، ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع، وينعقد صحيحاً. ذكرها أيضاً في باب السلم.
ومن أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد. فإن كانت النقود مختلفة في المالية فالبيع فاسد، إلا أن يبين أحدها. هذا إذا كان الكل في الرواج سواء، إلا أن ترتفع الجهالة بالبيان، أو يكون أحدهما أروج، فيصرف إليه تحريماً للجواز. وهذا إذا كانت مختلفة في المالية، فإن كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصري اليوم بسمرقند، والاختلاف بين العدالي بفرغاية جاز البيع إذا أطلق اسم الدرهم، كذا قالوا. وينصرف إلى ما قدر به من أي نوع كان.
ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة. وهذا إذا باعه بخلاف جنسه، بخلاف ما إذا باعه بجنسه.
ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره، وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره، وعن أبي حنيفة: أنه لا يجوز، والأول أصح وأظهر.

ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة، إلا أن يسمى جميع قفزاتها، وقالوا: يجوز في الوجهين. ثم إذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة للمشتري الخيار. وكذا إذا كيل في المجلس، أو سمى جميع قفزاتها.

ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة، وكذا^{١٢٨٠} من باع ثوباً مذارعة ذراع بدرهم، ولم يسم جملة الذرعان. وكذا كل معدود متفاوت، وعندهما: يجوز في الكل، وعنده ينصرف إلى الواحد، غير أن بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز، ويبيع قفيز / [٥٨ ظ] من صبرة يجوز.
ومن ابتاع صبرة على أنها مائة قفيز بمائة، فوجدها أقل كان المشتري بالخيار، إن شاء أخذ الموجود بحصته، وإن شاء فسخ البيع. وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع.

^{١٢٧٩} ل: يهياً؛ م: يهياً؛ س: يهياً.

^{١٢٨٠} هذا الحكم باعتبار كون الأثواب يومذاك قيمية، أما اليوم فمعظمها مثلية. إذا فالعبرة بمثلية السلعة أو قيميتها.

ومن اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع بعشرة، أو أرضاً على أنها مائة ذراع بمائة، فوجدها أقل، فالمشتري بالخيار، إن شاء أخذها بجملة الثمن، وإن شاء ترك. وإن وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري، ولا خيار للبائع. وكذا إذا باعه معيباً، فإذا هو سليم.

ولو قال: بعتكها على أنها مائة ذراع بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن، وإن شاء ترك. فإن وجدها زائدة فهو بالخيار، إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم، وإن شاء فسخ البيع.

ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبائع فاسد عند أبي حنيفة، وقالوا: هو جائز. وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعاً. ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما إذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم، هو الصحيح، خلافاً لما يقوله الخصاف من أن الفساد إنما هو عند جهالة جملة الذرعان، وأما إذا عرفت مساحتها فإنه يجوز. جعل هذه المسألة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم إذا كان عدد جملة الشياه معلوماً، فإنه يجوز عنده. كذا في العناية.

ولو اشترى عدلاً على أنه عشرة أثواب، فإذا هو تسعة أو أحد عشر؛ فسد البيع. ولو بين لكل ثوب ثمناً؛ جاز في فصل النقصان بقدره، وله الخيار، ولم يجز في الزيادة. وقيل: عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضاً، وليس بصحيح. بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان، فإذا أحدهما مروي، حيث لا يجوز فيهما وإن بين ثمن كل واحد منهما.

ولو اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم، فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف، قال أبو حنيفة: في الوجه الأول يأخذه بعشرة من غير خيار، وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة إن شاء. وقال أبو يوسف في الوجه الأول يأخذه بأحد عشر إن شاء،/[١٥٩و] وفي الثاني يأخذه بعشرة إن شاء. وقال محمد في الأول يأخذه بعشرة ونصف إن شاء، وفي الثاني بتسعة ونصف، ويتخير.

وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه: لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط، وعلى هذا قالوا: يجوز بيع ذراع منه، يعني: إذا باع ذراعاً منه ولم يعين موضعه جاز. كذا في العناية.

ولو لم يذكر أحد المتعاقدين حالاً ولا مؤجلاً فهو حال، ذكرها قبيل فصل الجنين.

وإذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة، وقيمتها ألف، ثم مات، ولم يُجز الورثة فعندها يقال للمشتري: أد ثلثي الثمن حالاً، والثلث إلى أجله، وإلا فانقض البيع، وعنده: يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه. هذه في المكاتب في فصل "وإذا ولدت المكاتبه".

فصل

ومن باع داراً دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه. ومن باع أرضاً دخل ما فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه.

ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية، كالمتاع الذي فيه.

ويدخل الحمل في البيع الوارد على الأم، ذكرها في الذبائح.

ومن باع نخلاً أو شجراً فيه ثمر فثمره للبائع، إلا أن يشترط المبتاع، ويقال للبائع: اقطعها، وسلّم المبيع. وكذا إذا كان فيها زرع يجب تفريغ ملك البائع عن ملك المشتري، كما إذا كان فيه متاع. وقال الشافعي: يترك حتى يظهر صلاح الثمر، ويستحصد الزرع. ولا فرق بينهما إذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم تكن في الصحيح، ويكون في الحالين للبائع. وقوله: "في الصحيح" احتراز عما قيل: إذا لم يكن له قيمة يدخل في المبيع، ويكون للمشتري، كذا في العناية. وأما إذا بيعت الأرض، وقد بذر فيها صاحبها، ولم ينبت بعد لم يدخل فيه، إلا أنه مودّع فيها كالمبتاع. ولو نبت ولم يصر له قيمة قد قيل: لا يدخل فيه، وقيل: يدخل. وكأنّ هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل.

ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق.

ولو قال: بكل قليل وكثير هو له فيها، ومنها من حقوقها، أو قال: من مرافقها لم يدخلها فيه. وإن لم يقل: من حقوقها أو من مرافقها دخلاً فيه.

أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود بمنزلة المتاع لا يدخل [١٥٩ ظ] إلا بالتصريح به.

ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها، أو قد بدا جاز البيع، وقد قيل: لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها، والأول أصح، وعلى المشتري قطعها في الحال. وهذا إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع، وإن شرط تركها على النخيل ففسد البيع. وكذا بيع الزرع بشرط الترك. وكذا إذا تناهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، واستحسنه مجاهد للعادة، بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها. ولو اشتراها مطلقاً، وتركها بإذن البائع طاب له الفضل. وإن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته. وإن تركها بعدما تناهى لم يتصدق بشيء. وإن اشتراها مطلقاً، وتركها على النخيل، وقد استأجر النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل، بخلاف ما إذا اشترى الزرع، واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه، حيث لا يطيب له الفضل. ولو اشتراها مطلقاً، فأثمرت ثمراً آخر قبل القبض ففسد البيع. ولو أثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط، والقول قول المشتري في مقداره. وكذا في الباذنجان والبطيخ، والمخلص له أن يشتري الأصول ليحصل الزيادة على ملكه.

ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أوطالاً معلومة، خلافاً للمالك، بخلاف ما إذا استثنى نخلاً معيناً. قال رضي الله عنه: قالوا: هذا رواية الحسن، وهو قول الطحاوي، أما على ظاهر الرواية فينبغي أن يجوز. والأصل فيه: أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثنائه من العقد. وبيع قفيز من صبرة جائزة، فكذا استثنائه، بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان؛ لأنه لا يجوز بيعه، فكذا استثنائه.

وجوز الحنطة في سنبلها، والباقلاء في قشره، وكذا الأرز والسمسم. وقال الشافعي: لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر، وكذا الجوز واللوز والفسق في قشره الأول عنده، وله في بيع السنبله قولان، وعندنا يجوز ذلك كله، لكن هذا إذا بيع بخلاف جنسه، أما لو بيع بجنسه لا يجوز.

ولا يجوز بيع تراب الصاغة إذا بيع بجنسه، أما إذا بيع بخلاف جنسه جاز.

ومن باع داراً دخل [١٦٠ و] في البيع مفاتيح أغلاقها من غير تسمية.

وأجرة الكيال وناقذ الثمن على البائع. ومعنى هذا إذا كان بيع مكايلة. وكذا أجرة الوازن والذراع والعداد. وأما النقد فللمذكور رواية ابن رستم عن مجاهد، وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري. وأجرة وزان الثمن على المشتري. ومن باع سلعة بثمن، قيل للمشتري: ادفع الثمن أولاً.

ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنًا بثمن، قيل لهما: سلما معاً. وللبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن، ولهذا كان أخص به من الغرماء حين مات المشتري قبل القبض.
ولو سلم البائع المبيع أولاً لم يبق له حق الحبس. ولو كان الثمن مؤجلاً ليس له حق الحبس، ذكرها في باب المهر.

وحق الحبس لا يزول باستيفاء بعض الثمن، ذكرها في باب خيار العيب.
ولا يسقط الحبس إذا قبض المشتري بغير رضا البائع، ذكرها في باب "الأجر متى يستحق" من الإجازات.
وإذا اشترى رجلان من رجل واحد، فأدى أحدهما حصته لم يكن له أن يقبض شيئاً، وكان للبائع أن يحبس حتى يستوفي ما على الآخر، ذكرها في فصل "ومن رهن عبدين".

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري، ولهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها، ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة، وهو قول زفر والشافعي. وقال أبو يوسف ومُحَمَّد: يجوز إذا سمي مدة معلومة، إلا أنه إذا أجاز في الثلاثة جاز عند أبي حنيفة خلافاً لزفر. وقيل: إن العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع، وقيل: ينعقد فاسداً، ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط.

ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز، وإلى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال مُحَمَّد: يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر، فإن نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعاً، وقول أبي يوسف في هذه المسألة موافق للقياس، وفيها قياس آخر، وإليه مال زفر، ومقتضاه: أن لا يجوز هذا البيع أصلاً، ووجهه مذكور في الهداية وشروحها.

ولو شرط الخيار أربعة أيام، ثم أسقط اليوم الرابع قبل أن يجيء وقته انقلب إلى الجواز، ذكرها في الإجارة [١٦٠ ظ] الفاسدة.

وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه، ولهذا ينفذ عتقه، وقد أوردناه في كتاب العتاق، فلا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع.

ولو أعتقه المشتري في مدة خيار البائع، ثم أجاز البائع لا يصح عتقه، ذكرها في فصل بيع الفضولي. فلو قبضه المشتري، وهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة، ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع، ولا شيء على المشتري.
وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع، إلا أن المشتري لا يملكه عند أبي حنيفة، وقالوا: يملكه. فإن هلك في يده هلك بالثمن، وكذا إذا دخله عيب، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع.

ومن اشترى امرأته على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح، وإن وطئها له أن يردّها، إلا إذا كانت بكرًا، وهذا عند أبي حنيفة. وقالوا: يفسد النكاح، فإن وطئها لم يردّها وإن كانت ثيبًا. ولهذا المسألة أخوات كلها تبني^{١٢٨١} على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه، وقد أوردناها صاحب الهداية في هذا المحل، ونحن أوردنا كلاً منها في

^{١٢٨١} م س: تبني.

محلها المناسب، ولم نوردتها ههنا ليوافق غرضنا، إلا مسألة واحدة مناسبة لهذا المقام، وهي إذا اشترى ذمي من ذمي خمرًا على أنه . أي: المشتري . بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما، وعنده: يبطل البيع.

ومنها ثلاث مسائل أوردتها العلامة ابن الهمام، حيث قال:

ومنها: إذا اشترى داراً على أنه بالخيار، وهو ساكنها بإجارة أو إعارة، فاستدام سكنها، قال الإمام السرخسي: لا يكون اختياراً، وإنما الاختيار ابتداء السكنى، وقال خواهرزاده رحمه الله: استدامة السكنى اختيار عندهما، وعنده ليس باختيار.

ومنها: حلال اشترى ظبيًا بالخيار، فقبضه، ثم أحرم والظي في يده ينتقض البيع عنده، ويرد إلى البائع، ولا يلزم المشتري، ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالإجماع، ولو كان للمشتري، فأحرم البائع للمشتري أن يرده.

ومنها: أن الخيار إذا كان للمشتري وقع العقد، فالزوائد ترد على البائع عنده، وعندهما للمشتري. انتهى [١٦١] ما ذكره ابن الهمام.

ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في مدة الخيار، وله أن يجيزه، فإن أجاز بغير حضرة صاحبه جاز، وإن فسخ لم يجز، إلا أن يكون الآخر حاضراً عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يجوز، وهو قول الشافعي. والشرط هو العلم، وإنما كني بالحضرة عنه.

وإذا لم يصرح بالفسخ، بل فعل شيئاً يدل على الفسخ فإنه يبطل الخيار أيضاً، ولا يحتاج إلى التصريح. ذكرها في أوائل كتاب الوصايا.

ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه، وبلغه في المدة تم الفسخ. ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ.

وإذا كان لأحد العاقدين أو لهما خيار الشرط فأسقط، أو شرطاه بعد العقد جاز. ذكره في فصل قبيل باب الربا.

وإذا مات من له الخيار يبطل خياره، ولم ينتقل إلى ورثته. وقال الشافعي: يورث عنه.

ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز جاز، وأيهما نقض انتقض. وهذا . أي: شرط الخيار لغيره . جائز استحساناً، وفي القياس لا يجوز، وهو قول زفر.

ولو أجاز أحدهما، وفسخ الآخر يعتبر السابق. ولو خرج الكلامان منهما معاً يعتبر تصرف العاقد في رواية، وتصرف الفسخ في أخرى، وقيل: الأول قول محمد، والثاني قول أبي يوسف.

ومن باع عبيدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد. وإن باع كل واحد بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع. والمسألة على أربعة أوجه: أحدها: أن لا يفصل^{١٢٨٢} الثمن، ولا يعين الذي فيه الخيار، وهو الوجه الأول في الكتاب، وهذا فاسد كما مر. والوجه الثاني: أن يفصل الثمن، ويعين الذي فيه الخيار، وهو المذكور ثانياً في الكتاب، وهذا جائز كما مر أيضاً. والثالث: أن يفصل، ولا يعين، والرابع: أن يعين ولا يفصل، والعقد فاسد في الوجهين.

^{١٢٨٢} ل: يفضل.

ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة، وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز، وكذلك الثلاثة. فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد. وهذا استحسان، والقياس أن يفسد البيع [١٦١ظ] في الكل لجهالة المبيع، وهو قول زفر والشافعي. ثم قيل: يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين، وهو المذكور في الجامع الصغير. وقيل: لا يشترط، وهو المذكور في الجامع الكبير، فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفقاً لشرطاً.

وإذا لم يذكر خيار الشرط لابد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده، ومدة معلومة أيتها كانت عندهما، ثم ذكر في بعض النسخ: اشترى ثوبين، وفي بعضها: اشترى أحد الثوبين، وهو الصحيح؛ لأن المبيع في الحقيقة أحدهما، والآخر أمانة، والأول تجوز واستعارة.

ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه ثمنه، وتعين الآخر للأمانة. ولو هلكا جميعاً معاً يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما. ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعاً. ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما، لكن لا لأن الخيار يورث، بل لاختلاط ملكه بملك الغير؛ لأن الباقي خيار التعيين للاختلاط، ولهذا لا يتوقف في حق الوارث، فأما خيار الشرط فلا يورث، وقد ذكرناه من قبل.

ومن اشترى داراً على أنه بالخيار، فبيعت دار بجنبها، فأخذها بالشفعة فهو رضا.

وإذا اشترى الرجلان على أنهما بالخيار، فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة، وقالوا: له أن يرده، وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية.

ومن باع عبداً على أنه خبار أو كاتب، وكان بخلافه فالمشتري بالخيار، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك.

ومن اشترى دابة بخيار الشرط، فركبها في حاجة لا يكون الركوب مسقطاً للخيار، ذكره في باب خيار العيب.

والمشروط له الخيار إذا ادعى الرد بعدما مضى المدة، وادعى صاحبه السكوت فإنه لا يعتبر قوله، بل القول قول من يدعي لزوم العقد بالسكوت بالإجماع؛ لأن السكوت أصل، والرد عارض، فكان القول قول من يدعي السكوت، ذكرها في باب الأولياء.

ومن باع جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم وطنها سقط الخيار، كما إذا سقط بالقول، بل ههنا أولى، ذكرها في باب الرجعة.

وإذا وكل بقبض ما اشتراه بشرط الخيار، فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط، أشار إليه [١٦٢و] في باب خيار الرؤية.

وخيار الشرط يبطل بالتعيب والتصرف كما سيجيء في أول باب خيار الرؤية.

باب خيار الرؤية

ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز، وله الخيار إذا رآه، إن شاء أخذه، وإن شاء رده. وقال الشافعي: لا يصح العقد أصلاً. وكذا إذا قال: رضيت، ثم رآه، له أن يرد.

ومن باع ما لم يره فلا خيار له، وكان أبو حنيفة يقول أولاً: له الخيار.

ثم خيار الرؤية غير مؤقت، بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله. وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية. ثم إن كان تصرفاً لا يمكن دفعه كالإعتاق والتدبير، أو تصرفاً يوجب حقاً للغير، كالبيع المطلق والرهن والإجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها. وإن كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية، ويبطله بعد الرؤية.

ومن نظر إلى وجه الصبرة، أو إلى ظاهر الثوب مطوياً، أو إلى وجه الجارية، أو إلى وجه الدابة، وكفلها فلا خيار له. والأصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره، فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود. ولو دخل في البيع أشياء، فإن كان لا يتفاوت أحاده كالمكيل والموزون - وعلامته: أن يعرض بالنموذج - يكتفى برؤية واحد منها، إلا إذا كان الباقي أرذى مما رأى، فحينئذ يكون له الخيار. وإن كان تتفاوت أحاده كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد. والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي، وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونهما متقاربة.

إذا ثبت هذا فنقول: النظر إلى وجه الصبرة كاف، وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم البقية، إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصوداً كموضع العلم. والوجه هو المقصود في الآدمي، وهو والكفل في الدواب، فيعتبر رؤية المقصود، ولا يعتبر رؤية عين. وشرط بعضهم رؤية القوائم، والأول هو المروي عن أبي يوسف. وفي شاة اللحم لا بد من الجس،^{١٢٨٣} وفي شاة القَيْئَةِ^{١٢٨٤}. أي التي تتخذ للنسل لا للتجارة. لا بد من رؤية الضرع. وفيما يُطعم [٦٢ ظ] لا بد من الذوق.

ومن رأى صحن الدار فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها، وكذا إذا رأى خارج الدار، أو رأى أشجار البستان من خارج. وعند زفر: لا بد من دخول داخل البيوت. والأصح: أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الأبنية، فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ. فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل البيوت، والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل. ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده إلا من عيب. ولا يكون نظر الرسول كنظره، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: هما سواء. وله أن يرده، أي: حكم الوكيل بمنزلة حكم الرسول، حتى بقي الخيار بعد رؤيتهما، كذا في النهاية. قال رحمته: معناه: الوكيل بالقبض، أما الوكيل بالشرى فرويته تسقط الخيار بالإجماع.

وإذا وكل بقبض المبيع، فقبضه مستوراً، ثم رآه الوكيل، فأسقط الخيار قصداً لا يسقط خيار الموكل. وبيع الأعمى وشرائه جائز، وله الخيار إذا اشترى. ثم يسقط خياره بحسه المبيع إذا كان يعرف بالجس، وبشمه إذا كان يعرف بالشم، وبذوقه إذا كان يعرف بالذوق كما في البصير. ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له. وعن أبي يوسف: أنه إذا وقف في مكان لو كان بصيراً لراه فقال: قد رضيت سقط خياره. وقال الحسن: يوكل وكيلاً يقبضه وهو يراه، وهذا أشبه بقول أبي حنيفة.

^{١٢٨٣} أي المس باليد، من م.

^{١٢٨٤} م: القَيْئَةِ.

ومن رأى أحد الثوبين، فاشترهما، ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما، ثم لا يرده وحده، بل يردهما، ولا يفرق الصفقة قبل التمام، وهي لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده، ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا، ويكون فسخاً من الأصل.

ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره.

ومن رأى شيئاً، ثم اشتراه بعد مدة، فإن كان على الصفة التي رآه فإلّا خيار له، إلا إذا كان لا يعلم مرثيته، أي: لا يعلم أنه هو الذي رآه. كذا في الكفاية. وإن وجدته متغيراً فله الخيار.

وإن اختلفا في التغير فالقول للبائع، إلا إذا بعدت المدة على ما قالوا، بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية.

[١٦٣و]

ومن اشترى عدل زطّي^{١٢٨٥} ولم يره، فباع منه ثوباً أو وهبه وسلمه لم يرد شيئاً منها إلا من عيب. وكذا خيار الشرط. فلو عاد إليه بسبب هو فسخ، بأن رد المشتري الثاني بالعيب بقضاء القاضي فهو على خيار الرؤية. كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي. وعن أبي يوسف: أنه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط، وعليه اعتمد القدوري.

باب خيار العيب

وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار، إن شار أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده، وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان. والمراد به عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض.

ولو باع جارية وفاتت عينها قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن في مقابلتها، وإنما يأخذها بالثمن الأول، أو يردّها إلى البائع، ذكرها في باب المراجعة.

وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب.

والإباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ، فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ. ومعناه إذا ظهرت عند البائع في صغره، ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يرده، وإن حدثت بعد بلوغه لم يرده. والمراد من الصغير من يعقل، فأما الذي لا يعقل فهو ضالّ لا آبق.

والجنون في الصغير عيب أبداً، ومعناه: إذا جنّ في الصغير في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه أو في الكبير، وليس معناه أن لا يشترط المعاودة في يد المشتري؛ لأن الله قادر على إزالته. وإن كان قل ما يزول فلا بد من المعاودة للرد.

والبخر^{١٢٨٦} والذفر^{١٢٨٧} عيب في الجارية، وليس بعيب في الغلام، إلا أن يكون من داء.

والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام، إلا أن يكون الزنا عادة له على ما قالوا.

^{١٢٨٥} الزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية كذا في المغرب وقيل جيل من الناس بسواد العراق، كذا في الكفاية، من ل و م و

س.

^{١٢٨٦} نقن رائحة الفم، من م.

^{١٢٨٧} رائحة مؤذية تحي من الإبط.

والكفر عيب فيهما، فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً لا يرده.

فلو كانت الجارية بالغة لاحتيز، أو هي مستحاضة فهي عيب، وارتفاع الدم واستمراره علامة الداء، ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ، وهي سبع / [٦٣ ظ] عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة، ويعرف ذلك بقول الأمة، فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح. قال العلامة ابن الهمام: احترز بقوله: "هو الصحيح" عما روي عن أبي يوسف: أنها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة، وعن محمد: إذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء، انتهى.

ومن اشترى شيئاً، فوجده معيباً يرجع بنقصان العيب وإن لم يشترط ذلك لفظاً لما أن وصف السلامة مستحق للمشتري. أشار إليه في أول كتاب الحوالة.

وإذا حدث عند المشتري عيب، واطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان، ولا يرد المبيع إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه.

ومن اشترى ثوباً فقطعه فوجد به عيباً رجع بالعيب، فإن قال البائع: أنا أقبله كذلك كان له ذلك. فإن باعه المشتري لم يرجع بشيء. فإن قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو لت السويق بسمن، ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه، وليس للبائع أن يأخذه. فإن باعه المشتري. أي: الثوب المخيط أو الثوب المصبوغ بالحمرة أو السويق الملتوت بالسمن. بعدما رأى العيب رجع بالنقصان.

ومن اشترى ثوباً فقطعه لباساً لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان. ولو كان الولد كبيراً يرجع.

ومن اشترى عبداً فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه.

والتدبير والاستيلاء بمنزلة الإعتاق. فإن أعتقه على مال لم يرجع بشيء، وعن أبي حنيفة أنه يرجع.

ومن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن، ذكرها في الغصب.

وإذا ولدت الجارية المبيعة ولداً قبل قبض المشتري يسري حكم البيع إلى الولد حكم التبعية، حتى يكون الولد ملك المشتري كالأم. ذكرها في كتاب الشفعة قبيل باب "ما تجب فيه الشفعة".

وإن قتل المشتري العبد أو كان طعاماً فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة. أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أنه يرجع. وأما الأكل فعلى / [٦٤ و] الخلاف، عندهما يرجع، وعنده لا يرجع، وعلى هذا إذا لبس الثوب حتى تحرق.

وإن أكل بعض الطعام، ثم علم بالعيب فكذلك الجواب عند أبي حنيفة، وعنهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل، وعنهما أنه يرد ما بقي.

ومن اشترى بيضاً أو بطيخاً أو قثاء أو خياراً أو جوزاً، فكسره، فوجده فاسداً. أي: وجد الكل فاسداً، بأن كان منتناً أو مرّاً أو خاوياً بحيث لا يصلح لأكل الناس ولا لعلف الدواب، ولم يتناول منه شيئاً بعدما ذاقه، كذا في العناية، فإن لم ينتفع به رجع بالثمن كله.

ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل، وإن كان ينتفع به مع فساده لم يرده، ولكن يرجع بنقصان العيب، وقال الشافعي: يرده.

ولو وجد البعض فاسداً وهو قليل جاز البيع استحساناً، والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة، كالواحد والاثنين في المائة. وإن كان الفساد كثيراً لا يجوز، ويرجع بكل الثمن. قال صاحب **العناية** في الكثير: إنه ما فوق الاثنين.

قال العلامة ابن الهمام: وقال المصنف في القليل: إنه كالواحد والمتنى. وفي **النهاية**: أراد بالكثير ما وراء الثلاثة، لا ما زاد على النصف. وجعل الفقيه أبو الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز معفوفاً، ثم قال: ولو اشترى عشر جوزات، فوجد خمسة خاوية، اختلفوا فيه، قيل: يجوز العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن بالإجماع، وقيل: يفسد في الكل بالإجماع، وقيل: العقد فاسد في الكل عند أبي حنيفة، وعندهما: يصح في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن، وهو الأصح. انتهى ما ذكره العلامة ملخصاً.

اشترى عرضاً وردَّ بعيب ولم يسلم إلى البائع حتى هلك في يده يبطل الرد، ويعود البيع. ذكرها في باب التحالف من الدعوى.

ومن باع عبداً فباعه المشتري، ثم رد عليه بعيب، فإن قبل بقضاء القاضي بإقرار أو بينة أو بإبائه يمين له أن يرده على بائعه. ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار، فأثبت بالبينة. وإن قبل بغير قضاء القاضي ليس له أن يرد. وفي **الجامع الصغير**: وإن رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن [١٦٤ ظ] ^{١٢٨٨} أن يخاصم الذي باعه، وبهذا تبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء. وفي بعض روايات البيوع: أن فيما لا يحدث مثله يرجع.

ومن اشترى عبداً فقبضه وادعى عيباً لم يجز على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة، فإن قال المشتري: شهودي بالشام استحلف البائع، ودفع الثمن. يعني: إذا حلف، أما إذا نكل لزم العيب.

ومن اشترى عبداً فادعى إباقاً لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري بينة أنه أبق عنده، والمراد التحليف على أنه لم يأبق عنده. فإذا أقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق قط، كذا قال في **الكتاب**. وإن شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي، أو بالله ما أبق عندك قط. أما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب، ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب.

ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده، وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عنده يحلف على قولهما. واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة. قال في **العناية**: وهو المذكور في **النوادر**، ذكره الطحاوي، وهو مختار المصنف، وقيل: لا خلاف في هذه المسألة. انتهى.

وإن نكل عن اليمين عندهما يحلف للرد على الوجه الذي قدمناه. قال رحمته الله: إذا كان الدعوى في إباق الكبير يحلف بالله ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال؛ لأن الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد الكبر.

العبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده. ذكرها في باب عجز المكاتب.

ولو باع ثم أبق قبل القبض فالمشتري بالخيار، إن شاء فسخ البيع، وإن شاء انتظر عوده. ذكرها في السلم.

ومن اشترى جارية وتقايبضا فوجد بها عيباً فقال البائع: بعثك هذه وأخرى معها، وقال المشتري: بعثنيها وحدها فالحقول قول المشتري. وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع، واختلفا في المقبوض، قال في العناية: أي في مقداره، بأن كان المبيع جاريين ثم اختلفا، فقال البائع: قبضتهما، وقال المشتري: ما قبضت إلا إحداها فالحقول قول المشتري. انتهى. [١٦٥و]

ومن اشترى عبيدين صفقة واحدة، فقبض أحدهما، ووجد بالآخر عيباً فإنه يأخذها أو يدعهما. ولو وجد بالمقبوض عيباً اختلفوا فيه، ويروى عن أبي يوسف: أنه يرده خاصة، والأصح أنه يردها أو يأخذها. ولو قبضهما، ثم وجد بأحدهما عيباً يرده خلافاً لفر، فإن عنده ليس له إلا أن يردها إن شاء. ولو استحق أحدهما بعد قبضهما ليس له أن يرده الآخر.

ومن اشترى شيئاً مما يكال أو يوزن، فوجد ببعضه عيباً رده كله أو أخذه كله. ومراده بعد القبض. وقيل: هذا إذا كان في وعاء واحد. وإن كان في وعائين فهو بمنزلة عبيدين حتى يرده الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر. ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي، وهذا إذا كان بعد القبض، أما لو كان قبل القبض له أن يرده الباقي. وإن كان المبيع ثوباً فله الخيار في رد ما بقي.

ومن اشترى جارية فوجد بها قرحاً فداواها، أو كانت دابة فركبها في حاجة فهو رضاء. قال ابن الهمام: أي حاجة نفسه، وفي بعض النسخ: حاجته. انتهى. وإن ركبها ليردها على بائعها أو لسقيها أو ليشترى لها علفاً فليس برضاء. أما الركوب للرد فلا فرق فيه بين أن يكون له منه بد أو لا. وأما للسقي والعلف فمحمول على ما إذا لم يجد منه بداً لكونها شمساً أو لعجزه عن المشي لضعف أو كبر، أو لكون العلف في عدل واحد. أما إذا وجد منه بداً لانعدام الأولين، أو لكون العلف في عدلين وركب كان الركوب رضاء. كذا في العناية.

وفي فتح القدير: ولو اختلفا، فقال البائع: ركبتهما لحاجة نفسك، وقال المشتري: لأردها عليك فالحقول قول المشتري. فأما لو قال البائع: ركبتهما للسقي بلا حاجة؛ لأنها تنقاد وهي ذلول ينبغي أن يسمع قول المشتري؛ لأن الظاهر أن المسوغ للركوب بلا إبطال حق الرد خوف المشتري من شيء مما ذكرنا، لا حقيقة الجموع والصعوبة، والناس يختلفون في تخيل أسباب الخوف، فرب رجل لا يخطر بخاطره بشيء من تلك الأسباب، وآخر بخلافه. نعم، لو حمل عليها علفاً لغيرها كان رضاء، ركبها أو لم يركبها. ولو وجد بالدابة عيباً بالسفر، وهو يخاف على حمله حملها عليها، ويرد بعد انقضاء [١٦٥ظ] سفره، وهو معذور. انتهى ما في فتح القدير.

ومن اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم [المشتري] به فقطع عند المشتري فله أن يرده، ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة، وقالوا: يرجع بما بين قيمته سارقاً إلى غير سارق. وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب وجد في يد البائع من القتل العمد والردة، فعندهما يصير كما إذا اشترى جارية حاملاً، فماتت في يده بالولادة، فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملاً إلى غير حامل. وقال صاحب الهداية في هذه المسألة من جانب أبي حنيفة: إن هذه المسألة ممنوعة، وبين صاحب العناية وغيره من الشراح وجهه بأن هذه المسألة أيضاً على الخلاف، فإن ذلك قولهما. وأما على قول أبي حنيفة فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن إذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اقتص من العبد المشتري. ولئن سلمنا فقد ذكر في المبسوط: وأما الحامل فهناك السبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لا موت الأم، بل

الغالب عند الولادة السلامة، وهو نظير الزاني عند البائع إذا جُلِد عند المشتري، فمات منه؛ لا يرجع على البائع بالثمن. انتهى ما ذكره الشراح.

ولو سرق في يد البائع، ثم في يد المشتري، فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا، وعنده لا يردده بدون رضا البائع للعيب الحادث، ويرجع بربع الثمن. وإن قبله البائع فبثلاثة الأرباع. ولو تداولته الأيدي، ثم قطع في يد الآخر رجع الباعة بعضهم على بعض عنده، وعندهما يرجع الآخر على بائعه، ولا يرجع بائعه على بائعه. وقوله في الكتاب: "ولم يعلم المشتري"^{١٢٨٩} يفيد على مذهبهما؛ لأن العلم بالعيب رضاً به، ولا يفيد على قوله في الصحيح؛ لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع.

ومن باع عبداً وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يردده بعيب وإن لم يسم العيوب بعددها، وقال الشافعي: لا يصح البراءة. ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف، وقال محمد: لا يدخل فيه الحادث، وهو قول زفر.

ومن اشترى جارية ثم اطلع على أنها مُحَرَّمَةٌ لا يرددها بعيب الإحرام،/[١٦٦و] وقال زفر: يتمكن من ردها؛ لأنه ممنوع عن غشيانها. ذكرها في آخر كتاب الحج. وإذا اشترى معيماً لم ير عيبه، ثم وكل بقبضه، فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل. أشار إليه في باب خيار الرؤية.

الوارث خليفة عن الميت حتى يردّ بالعيب، ويردّ عليه به، ويصير مغروراً بشري المورث. ذكرها في باب الوصي.

وفي بعض الشروح: الأب إذا اشترى شيئاً، واستحققه آخر من يد الابن يرجع الابن على البائع؛ لأنه مغرور من جهته، كما يرجع الأب، وكذا في ولد المغرور. أما الملك الثابت بالشري فملك مبتدأ، ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه.

ومن اشترى عسيراً، فتخمر قبل القبض يبقى العقد، إلا أنه يتخير بين البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما إذا تعيب. وإذا انتقص سعر المبيع قبل القبض لا يثبت الخيار للمشتري. ذكرها في باب التصرف في الرهن من كتاب الرهن.

وإذا قال: بعثك معيماً، وقال المشتري: بل بعثنيه سليماً فالقول للمشتري. ذكرها في باب الاستثناء من الإقرار.

إذا اشترى جاريةً منكوحَةً لا يكون للمشتري أن يفسخه، كما لا يكون للبائع ذلك إذا باشرت بإذنه. ذكرها في الحج في آخر الكتاب.

^{١٢٨٩} يشير الى قوله: "ومن اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم [المشتري] به فقطع عند المشتري فله أن يردده."

باب البيع الفاسد

وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد، كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر. وكذا إذا كان غير مملوك كالحر. قال عليه السلام هذه فصول جمعها . أي: القدوري . وفيها تفصيل نبئتها إن شاء الله تعالى. فنقول: البيع بالميتة والدم باطل، وكذا بالحر. والبيع بالخمر والخنزير فاسد، والباطل لا يفيد ملك التصرف.

ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه أي في البيع الباطل يكون أمانة عند بعض المشايخ، وعند البعض يكون مضموناً. وقيل: الأول قول أبي حنيفة، والثاني قولهما، كما في بيع أم الولد والمدبر على ما نبينه إن شاء الله تعالى.

والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به، ويكون البيع مضموناً في يد المشتري فيه، وفيه خلاف الشافعي.

وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل. وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدین كالدراهم والدنانير / [١٦٦ ظ] فالبيع باطل. وإن كان قوبل بعين، كما إذا اشترى الثوب بالخمر فالبيع فاسد، حتى يملك ما يقابله وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير. وكذا إذا باع الخمر بالثوب.

وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد، معناه: باطل. ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان، والأظهر الجواز، والمراد بالمدبر: المدبر المطلق دون المقيد،^{١٢٩٠} وفي المطلق خلاف الشافعي، وقد ذكر في العتاق.

وإن ماتت أم الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة، وقالوا: عليه قيمتها، وهو رواية عنه.

ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد، ولا في حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد، ومعناه: إذا أخذه، ثم ألقاه فيها. وإن كان يؤخذ من غير حيلة جاز، إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها، ولم يشدَّ عليها المدخل.^{١٢٩١}

مسائل مهمة في هذا المحل نقلت من شرح العلامة ابن الهمام بحذف الأدلة:

بيع السمك في البحر أو النهر لا يجوز، فإن كانت لها حظيرة ودخلها السمك، فإذا أن يكون أعدها لذلك أو لا، فإن كان أعدها لذلك، فما دخلها ملكه، وليس لأحد أن يأخذه. ثم إن كان يؤخذ بغير حيلة اصطيد^{١٢٩٢} جاز بيعه مثل السمكة في جب، وإن لم يكن يؤخذ إلا بحيلة لا يجوز بيعه. فإن لم يكن أعدها لذلك لا يملك ما يدخل فيها فلا يجوز بيعه، إلا أن يسد الحظيرة إذا دخل، فحينئذ يملكه. ثم ينظر إن كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه، وإلا لا يجوز. ولو لم يعدها لذلك ولكنه أخذه، ثم أرسله في الحظيرة ملك. فإن كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه، أو بحيلة لم يجوز. قال أبو يوسف في كتاب الخراج: رخص في بيع السمك في الآجام أقوام، وكان الصواب عندنا في قول من كرهه. انتهى.

^{١٢٩٠} هو المدبر الذي علق عتقه بالموت مطلقاً بدون قيد، مثل إن مت فأنت حر، ولا يجوز بيع هذا أي المدبر المقيد هو المدبر الذي علق عتقه بقيد، مثل إن يقول: إن مت في سفري هذا أو في مرضي هذا فأنت حر، وبيع المدبر المطلق بالإجماع، انظر: البناية، ٩١/٦.

^{١٢٩١} وإن سد موضع الدخول بحيث لا يقدر على الخروج يكون بمنزلة ما وقع في شبكة فيتحقق الأخذ والتملك ويجوز بيعه، انظر المصدر المذكور.

^{١٢٩٢} ل م: اصطاد.

ولا بيع الطّير في الهواء، ولو كان أرسله من يده، ولا بيع الحمل ولا النتاج. قال في العناية: ولا بيع الحمل .
أي: الجنين، ولا نتاج الحمل، وهو حبل الحبل،^{١٢٩٣} انتهى.

ولا بيع اللبن في الضرع، ولا الصوف على ظهر الغنم. وعن أبي يوسف: أنه جَوَّز بيع هذا الصوف، بخلاف
القوائم، حيث يجوز بيعها. والقوائم: هي الأشجار الصغار، والأغصان التي تنبت حوالي الشجرة من أصلها، تعلق
للغرز، أو تقطع للحرق أو غيره. كذا [١٦٧و] في بعض الشروح.

وقال العلامة ابن الهمام: قال الإمام الفضلي: الصحيح عندي أن بيع قوائم الخلاف لا يجوز، وأنه إن كان
ينمو من أعلاه فموضع القطع مجهول، فهو كمن اشترى شجرة على أن يقطعها المشتري لا يجوز لجهالة موضع القطع.
وما ذكره من منع بيع الشجرة ليس متفقاً عليه، بل هي خلافية، منهم من منعها؛ إذ لا بدّ في القطع من حفر
الأرض، ومنهم من أجازها للتعامل، بخلاف القصيل؛ لأنه يقلع، فجاز بيعه قائماً في الأرض. انتهى.

وجذع في سقف، وذراع من ثوب، ذكرا القطع أو لم يذكره، بخلاف ما لم يكن في التبعض مضرّة، كبيع
عشرة دراهم من نقرة فضة، وذراع من كرباس، ولو لم يكن معيناً لا يجوز.

ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود صحيحاً، بخلاف ما إذا باع النوى في
التمر، والبذر في البطيخ، حيث لا يكون صحيحاً وإن شقها وأخرج المبيع.

وضربة القانص. وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة. وبيع المزابنة. وهي بيع الثمر على النخيل بتمر
مجدوذ مثل كيله خرساً. وبيع المحاقلة. وهو بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرساً. وكذا العنب بالزبيب على
هذا، وقال الشافعي: تصح فيما دون خمسة أوسق.

ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر، والملازمة، والمنازمة، وهذه بيوع كانت في الجاهلية، وهو أن يتراوض الرجلان .
أي: يتساومان . على سلعة، فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاةً لزم البيع. فالأول
بيع الملازمة، والثاني المنازمة، والثالث إلقاء الحجر.

ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين. ولو قال: على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز استحساناً، وقد ذكرناه
في باب خيار الشرط.

ولا يجوز بيع المراعي ولا إيجارها، والمراد الكلاً.

ولا يجوز بيع النحل، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال مُجَدُّ: يجوز إذا كان محرراً، وهو قول الشافعي.

ولو باع كُوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعاً له، كذا ذكره الكرخي.

ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف: يجوز إذا ظهر فيه القُرُّ تبعاً له، وعند مُجَدُّ: يجوز
كيف ما كان.

ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز. [١٦٧ظ] قال ابن الهمام: وفي الخلاصة في بيعهما
قال: الفتوى على قول مُجَدُّ، انتهى. وقيل: أبو يوسف مع أبي حنيفة كما في دوده.

والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها.

^{١٢٩٣} حبل الحبله نتاج النتاج وولد الجنين، صحاح جوهرة، من م.

ولا يجوز بيع الآبق إلا أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده، ثم لا يصير قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده، وكان أشهد أنه يأخذ للرد على المولى. ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضاً.

ولو قال: هو عند فلان فبعه مني، فباعه لا يجوز. ولو باع الآبق، ثم عاد من الإباق لا يتم ذلك العقد، وعن أبي حنيفة: أنه يتم العقد إذا لم يفسخ، وهكذا يروى عن محمد.

ولا بيع لبن امرأة في قدح. وقال الشافعي: يجوز بيعه. ولا فرق في ظاهر الرواية بين الحرّة والأمة، وعن أبي يوسف: أنه يجوز بيع لبن الأمة.

ولا بيع شعر الخنزير، ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة إذا وجد مباحاً من غير بيع.

ولا يجوز بيع شعور الإنسان، ولا الانتفاع بها، ولا بيع جلود الميتة قبل أن يدبغ، ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ.

ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها، والانتفاع بذلك كله.

والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد، وعندهما بمنزلة السباع، حتى يباع عظمه، وينتفع به.

ويجوز بيع الجحش والأرض السَّبخة،^{١٢٩٤} ذكرها في باب ما يجوز من الإجارة.

وإذا كان السفلى لرجل وعلوه لآخر فسقطا، أو سقط العلو وحده، فباع صاحب العلو علوه لم يجز، بخلاف الشَّرب، حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات، ومفرداً في رواية، وهو اختيار مشايخ بلخ.

وبيع رقبة الطريق وهبته جائز. وبيع رقبة مسيل الماء وهبته باطل. وبيع حق المرور فيه روايتان.

وبيع حق التسييل^{١٢٩٥} لا يجوز بالاتفاق.

قال صاحب العناية: بيع رقبة الطريق وهبته جائز إن كان معلوماً ببيان طوله وعرضه، وإلا قدر بعرض باب الدار العظمى، وهو مشاهد محسوس. وبيع رقبة المسيل من حيث هو مسيل وهبته إذا لم يبين الطول والعرض لا يجوز، سواء كان على السطح أو على الأرض. والقيد الأول^{١٢٩٦} لإخراج بيع رقبته من حيث إنه / [١٦٨] و، فإنه يجوز بيعها. ذكره شمس الأئمة السرخسي. والثاني^{١٢٩٧} لإخراج بيعه من حيث إنه مسيل إذا بين حدوده وموضعه، فإنه جائز أيضاً. ذكره قاضي خان. وبيع حق المرور وهو حق التطرق دون رقبة الأرض جائز في رواية ابن سماعه، وجعل في كتاب القسمة لحق المرور قسطاً من الثمن، وهو يدل على جواز البيع، وفي رواية الزيادات لا يجوز، وصححه الفقيه أبو الليث. وبيع التسييل وهو حق المسيل لا يجوز، انتهى ما ذكره ملخصاً.

ومن باع جارية، فإذا هو غلام فلا بيع بينهما، بخلاف ما إذا باع كبشاً، فإذا هو نعجة، حيث ينعقد البيع ويتخير.

^{١٢٩٤} أي ذات ملح ونز، مختار الصحاح، ١/١٤١.

^{١٢٩٥} م: التسييل.

^{١٢٩٦} أي قوله من حيث هو مسيل، من م وس.

^{١٢٩٧} أي قوله إذا لم يبين الطول والعرض، من ل وم وس.

والخل والدبس كالغلام والجارية، يعني: أنهما أيضاً جنسان مختلفان، فإذا باع على أنه خلّ فإذا هو دبس، أو بالعكس فلا بيع بينهما، وكذا الوذاري والزندنجي^{١٢٩٨} على ما قالوا، جنسان.

ومن اشترى فصّاً على أنه ياقوت أحمر، فإذا هو زجاج لا ينعقد العقد، ولو اشترى على أنه ياقوت أحمر، فإذا هو أخضر ينعقد العقد، ويتخير. ذكرهما في باب المهر.

ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة، فقبضها، ثم باعها من البائع بخمسائة قبل أن ينقد الثمن الأول لا يجوز البيع الثاني، وقال الشافعي: يجوز. بخلاف ما إذا باع بالعرض، وقيّمته أقل من الألف، حيث يجوز. قال في العناية: وبخلاف ما إذا تغيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البائع بأقل من الثمن الأول، وبخلاف ما إذا اشترى بدنانير قيمتها أقل من الثمن الأول، قياساً، وهو قول زفر، وفي الاستحسان لا يجوز، انتهى.

ومن اشترى جارية بخمسائة، ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع، ويبطل في الأخرى.

ولو اشترى عبداً بألف، ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز في المشتري بألف وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه، وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره، وقال: بعثك أحدهما لا يجوز وإن أمكن تصحيحه بالصرف إلى عبده. ذكر هاتين المسألتين في كتاب الصرف.

ومن اشترى زيتاً على أن يزنه بظرفه، فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً فهو فاسد، وإن اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز.

ومن اشترى سمناً في زقّ، فردّ الظرف وهو عشرة [١٦٨ ظ] أرطال، فقال البائع: الزقّ غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري.

الذمي إذا باع الخمر أو الخنزير أو اشترى، ثم أسلم قبل القبض فإنه لا يجوز القبض، بل يفسخ العقد؛ لأن المبيع يستفاد ملك التصرف فيه بعد القبض لا قبله، والإسلام مانع منه. ذكرها في باب المهر.

وإذا تباع الذميان خمرًا، ثم أسلم أحدهما يفسد البيع على ما قاله البعض.

وإذا أمر المسلم نصرانياً ببيع خمر أو شرائها، ففعل جاز عند أبي حنيفة، وكذا إذا ورثهما، وقال: لا يجوز على المسلم، وعلى هذا الخلاف الخنزير. ثم إن كان خمرًا يخللها، وإن كان خنزيراً يسيبه^{١٢٩٩} وفي العناية: لكن قالوا: هذه الوكالة مكروهة أشد الكراهة، انتهى.

وقال العلامة ابن الهمام: إذا أمر المسلم نصرانياً ببيع خمر أو خنزير أو شرائها ففعله جاز عند أبي حنيفة، حتى يدخل الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكّل، فيجب أن يخلل الخمر أو يريقها أو يسيب الخنزير. وهذا في الشراء وفيما إذا كان التوكيل بالبيع، بأن كان في ملك المسلم خمر أو خنزير. وصورته أن يكون كافراً، فيسلم عليهما، ويموت قبل أن يزيلهما، وله وارث مسلم، فيرثهما، فيوكل كافراً ببيعهما، فعليه أن يتصدق بثمنهما لتمكين الخبث فيه، قال عليه السلام:

^{١٢٩٨} قال في الكفاية: الوذاري بفتح الواو وكسرهما والذاي المعجمة ثوب منسوب إلى وذار قرية بسمرقند والزندنجي ثوب منسوب إلى زندنة قرية ببخارى، كذا في المغرب، من ل وم وس.

^{١٢٩٩} أي يرسله

{إن الذي حرّم أكلها حرّم بيعها وأكل ثمنها}.^{١٣٠٠} وقال أبو يوسف ومُحمَّد ومالك والشافعي وأحمد رحمهم الله: لا يصح هذا التوكيل إلى آخر ما ذكره. وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده.

ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يديره أو يكتبه، أو أمةً على أن يستولدها فالبيع فاسد. وجملة المذهب فيه أن يقال: كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد، وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسد، كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع، ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده، وهو الظاهر من المذهب، كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة. إذا ثبت هذا فنقول: هذه الشروط لا يقتضيها العقد، بل مقتضاه الإطلاق في التصرف والتخيير، لا الإلزام حتماً الذي هو مقتضى الشرط، وفيه منفعة للمعقود عليه، والشافعي يخالفنا في العتق، وقيسه/[١٦٩] على بيع العبد نسمةً، وتفسير البيع نسمةً: أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه، لا أن يشترط فيه، فلو أعتقه المشتري بعدما اشتراه بشرط العتق صح البيع، حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة، وقالوا: يبقى فاسداً، حتى تجب عليه القيمة، ولا ينقلب جائزاً، كما إذا أُلِف بوجه آخر. قال صاحب العناية: كالقتل والموت والبيع، وكما إذا باع بشرط التدبير والاستيلاء والكتابة، وقد وفي المشتري بما شرط أو لم يف، فإنه مضمون بالقيمة اعتباراً لحقيقة الحرية بحق الحرية، انتهى. وكذلك إذا باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً، أو داراً على أن يسكنها، أو على أن يقرضه المشتري درهماً، أو على أن يهدي له هديةً.

ومن باع عبداً على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر فالبيع فاسد، ومن اشترى جارية إلا حملها فسد البيع.

فروع

ولو قال: بعثك الدار الخارجة على أن تجعل لي طريقاً إلى داري هذه الدّاخلية فسد البيع، ولو قال: إلا طريقاً إلى داري الدّاخلية جاز، وطريقه عرض باب الدار الخارجة.

ولو باع بيتاً على أن لا طريق للمشتري في الدار، وعلى أنّ بابه في الدهليز يجوز، ولو زعم أن له طريقاً، فظهر أن لا طريق له يرد.

ولو باع داراً على أن لا بناء فيها، فإذا فيها بناء البيع فاسد.

ولو باعها على أن بناءها من آجر، فإذا هو لبن فهو فاسد، كما لو باعه ثوباً على أنه هروي فظهر بلخياً. ولو باع الأرض على أن فيها بناءً، فإذا لا بناء فيها، وكذا إذا اشتراها بشجرها، وليس فيها شجر جاز، وله الخيار. وكذا لو باعها بعلوها وسفلها، فظهر أن لا علوها، ومثله لو اشترى بأجذاعها. كذا في فتح القدير.

ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع ويخطه قميصاً أو قباءً فالبيع فاسد.

ومن اشترى نعلًا على أن يخذوه البائع أو يشركه فالبيع فاسد. قال ﷺ: ما ذكره جواب القياس، وفي الاستحسان يجوز بالتعامل، كصبغ الثوب.

^{١٣٠٠} رواه مسلم (١٥٧٩)؛ وموطأ (٧١٣) وغيرهما بلفظ: {إن الذي حرّم شربها حرّم بيعها}

والبيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد. ولو كانا يعرفانه لكونه معلوماً عندهما يجوز، أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم، ومدة [١٦٩ ظ] صومهم معلومة. ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج، وكذلك إلى الحصاد والدياس والقطف والجزاز. والتوقيت يبطل البيع كما يبطل الوقف، ذكرها في أول كتاب الوقف، بخلاف ما إذا باع مطلقاً، ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات، حيث جاز.

ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضاً، وقال زفر: لا يجوز، وقوله في الكتاب: " ثم تراضيا " خرج وفقاً؛ لأن من له الأجل يستبد بإسقاطه.

ومن جمع بين حر وعبد، أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: إن سمي لكل واحد ثمناً جاز في العبد والذكية.

ومن جمع بين عبد ومدبر، أو بين عبده وعبد غيره صحَّ البيع بحصته من الثمن عند الثلاثة، وقال زفر: فسد فيهما.

ومن باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره يصح، وينصرف إلى حصته تصحيحاً لتصرفه، ذكرها في كتاب الصرف.

ولو اشترى من غيره عبد نفسه وعبد البائع صفقة واحدة، فإن عبده يدخل في شرائه ليثبت الملك في حق الآخر، أشار إليها في أول هذا الباب. ومتروك التسمية عامداً كالميتة، والمكاتب وأم الولد كالمدبر.

وينعقد في عبد الغير بإجازته، وفي المكاتب برضاه في الأصح، وفي المدبر بقضاء القاضي، وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

ولو اشترى عبيدين، وهلك أحدهما قبل القبض يفسخ البيع فيه وحده، وتجب حصة الآخر من الثمن.

فروع

في الكافي: جمع بين وقف وملك وأطلق صحَّ في الملك في الأصح. وقال الحلواني: يفسد فيهما، ثم رجع وقال: جاز في الملك كما في العبد والمدبر.

ولو باع كرمًا فيه مسجد قديم إن كان عامراً يفسد البيع، وإلا لا، وكذا في المقبرة.

ولو اشترى داراً فيها طريق للعامة لا يفسد البيع، والطريق عيب. ولو اشترى داراً بطريقها، ثم استحق الطريق، إن شاء أمسكها بحصتها، وإن شاء ردها إن كان الطريق مختلطاً بها، وإن كان متميزاً لزمه الدار بحصتها، ومعنى اختلاطه كونه لم يذكر له الحدود. [١٧٠ و] وفي المنتقى: إذا لم يكن الطريق محدوداً فسد البيع.

والمسجد الخاص بالطريق المعلوم. ولو كان مسجد جماعة فسد البيع في الكل. وفي بعض النسخ: ولو كان مسجد الجامع فسد في الكل. وكذا لو كان مهدوماً أو أرضاً ساحة لا بناء فيها بعد أن يكون أصله مسجد جامع. كذا في المجتبى. والظاهر: أن هذا متفرع على قول أبي يوسف في المسجد، إلا أن كان من ريعه معلوم يعاد به.

ولو باع قرية وفيها مسجد، واستثنى المسجد جاز. كذا في فتح القدير.
وإذا باع بالرقم، وهو أن يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بما الدلال أو غيره ثمن الثوب، ولا يعلم المشتري ذلك، فإذا قال: يعتك هذا الثوب برقمه، وقبل المشتري من غير أن يعلم المقدار انعقد البيع فاسداً، فإن علم المشتري قدر الرقم في المجلس وقبله انقلب جائزاً بالاتفاق. ذكرها في باب خيار الشرط.
ولو باع شيئاً على أن يكون الثمن لغيره لا يجوز. أشار إليه في باب الوكالة بالبيع والشراء.

فصل في أحكامه

وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع، وفي العقد عوضان، كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته. وإذا تلف المبيع في البيع الفاسد يجب رد قيمته بالغاً ما بلغت، لا ينقص^{١٣٠١} عن المسمى، ويزاد عليه. ذكرها في فصل المكاتب الفاسدة من كتاب المكاتب. وقال الشافعي: لا يملكه وإن قبضه. وقوله "لزمته قيمته" أي: في ذوات القيم، فأما في ذوات الأمثال يلزمه المثل. ولكل واحد من المتعاقدين فسخه. وهذا قبل القبض ظاهر، وكذا بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد. وإن كان الفساد لشرط زائد فلمن له الشرط ذلك أي: الفسخ دون من عليه. فإن باعه المشتري نفذ بيعه، وسقط حق الاسترداد.

ومن اشترى عبداً بخمر أو خنزير، فقبضه وأعتقه، أو باعه، أو وهبه وسلّم فهو جائز، وعليه القيمة.
والأوصاف تضمن في البيع الفاسد، ذكرها في باب استيلاء الكفار من السير.
وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن، وإن مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن.

ولو اشترى عبداً شراءً فاسداً، وأدى ثمنه؛ له أن يحبسه ليستوفي الثمن، ذكرها في باب ما يجوز ارتكابه. ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها/[١٧٠ظ] بعينها، وهو الأصح. وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها. قوله: "وهو الأصح" احتراز عن رواية أبي حفص. قال الإمام الترمذاني: ذكر بكر: فإن كان المنقود قائماً هل يتعين؟ على رواية أبي حفص لا، وعلى رواية أبي سليمان يتعين. كذا في الكفاية. وقال ابن الهمام: لكن سيأتي ما يقوي رواية أبي حفص، انتهى.

ومن باع داراً بيعاً فاسداً، فبناها المشتري فعليه قيمتها عند أبي حنيفة، رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير، ثم شك بعد ذلك في الرواية. وقالوا: ينقض البناء، ويرد الدار. والغرس على هذا الخلاف. وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة، وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة.

ومن اشترى جارية بيعاً فاسداً، فتقابضا، فباعها، وبيع فيها تصدق بالربح، ويطيب للبائع ما ربح في الثمن. وكذا إذا ادّعى على آخر مالاً، فقضاه إياه، ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء، وقد ربح المدعي في الدراهم، يطيب له الربح.

^{١٣٠١} ل: لا ينقص.

فصل فيما يكره

ونهى رسول الله صلى الله عليه عن النجش، وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشرى ليرغب غيره، وعن السوم على سوم غيره، وهذا أي النهي عنه إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة، فإذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد، ولا بأس به. وعن تلقي الجلب، وهذا إذا كان يضر بأهل البلد، فإن كان لا يضر لا بأس به، إلا إذا لبس السعر على الواردين، فحينئذ يكره.

وعن بيع الحاضر للبادي، وهذا إذا كان أهل البلد في قحط وعوز، وهو يبيع من أهل البدو طمعاً في الثمن الغالي فيتضررون، أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به. والبيع عند أذان الجمعة، وقد ذكرنا الأذان المعتر في كتاب الصلاة، وكل ذلك يكره، ولا يفسد به البيع. ولا بأس ببيع من يزيد، وتفسيره ما بيّنا.

نوع منه

ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما. وكذلك إذا كان أحدهما كبيراً. ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح، حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب، كأمراة الأب، ولا قريب غير محرم، كابن العم، ولا يدخل فيه الزوجان، حتى جاز التفريق بينهما. ولا بدّ من اجتماعهما في ملكه، حتى لو كان أحد الصغيرين له / [١٧١و] والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما. ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به، كدفع أحدهما بالجناية، وبيعه بالدين، ورده بالعيب. وإن فرق كره له ذلك، وجاز العقد. وعن أبي يوسف: أنه لا يجوز في قرابة الولاد، ويجوز في غيرها، وعنه: أنه لا يجوز في جميع ذلك. وإن كانا كبيرين لا بأس بالتفريق بينهما.

فصل في البيع الجائز الذي يسمى بيع الوفاء

اعلم أنّ هذا البيع غير مذكور في الهداية، إلا أنه ذكر نبد منه في كتاب الإكراه، فأحبينا أن نجعل له فصلاً مستقلاً، ونكتب ما ذكر في الإكراه في عنوان الفصل، ثم نضيف إليه بعض المسائل المتعلقة إليه المذكورة في جامع الفصولين، وإن كان خارجاً عن مقصودنا تعميماً للنفع، وتكثيراً للفائدة.

قال صاحب الهداية رحمته في كتاب الإكراه: ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعاً فاسداً يجعله كبيع المكره، حتى يُنقَضَ بيع المشتري من غيره؛ لأن الفساد لفوت الرضا، ومنهم من جعله رهناً لقصد المتعاقدين، ومنهم من جعله باطلاً اعتباراً بالهزل. ومشايخ سمرقند جعلوه بيعاً جائزاً مفيداً بعض الأحكام على ما هو المعتاد للحاجة إليه.

قال في العناية: يريد بالبيع الجائز المعتاد: بيع الوفاء. وصورته: أن يقول البائع للمشتري: بعت منك هذا العين بما لك عليّ من الدين على أيّ متى قضيت الدين فهو لي، أو يقول: بعت منك هذا العين على أيّ إذا دفعت إليك ثمنك تدفع العين لي، انتهى.

وقال صاحب جامع الفصولين: البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالاً للربوا فسمّوه بيع الوفاء هو رهن في الحقيقة، ولا ينتفع به إلا بإذن مالكة، وهو ضامن لما أكل من ثمره، وأتلف من شجره، ويسقط الدين بهلاكه لو بقي،

ولا يضمن الزيادة، وللبائع استرداده إذا قضى دينه، لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام؛ لأنّ المتعاقدين وإن سُمّياه ^{١٣٠٢} البيع، ولكن غرضهما الرهن والاستيثاق بالدين؛ إذ العاقد يقول لكل أحد بعد هذا العقد: رهنّت ملكي فلاناً، والمشتري يقول: ارتحنت ملك فلان، والعبرة في التصرفات / [١٧١ظ] للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني. قال السيّد الإمام: قلت للإمام الحسن الماتريدي: قد فشا هذا البيع بين الناس، وفيه مفسدة عظيمة، وفتواك أنه رهن، وأنا أيضاً على ذلك، فالصواب أن يجتمع الأئمة، وتتفق على هذا، وتظهره بين الناس، فقال: المعتبر اليوم فتوانا، فقد ظهر ذلك بين الناس، فمن خالفنا فليُزَرَّ وليُقَمِّ دليله، وقيل: هو بيع جائز.

وسئل عمن باعه بيعاً وفاءً، وتقابضاً، فاستأجره من المشتري، هل يلزمه الأجرة؟ قال: لا؛ لأنه رهن ^{١٣٠٣} والراهن لو استأجره من مرتهنه لم يلزمه الأجر. قال النسفي: اتفق مشايخ زماننا على صحته بيعاً على ما كان عليه بعض السلف؛ لأنهما تلفظا بلفظ البيع بلا ذكر شرط فيه، والعبرة الملفوظ أيضاً دون المقصود، فإن من تزوج امرأة، ومن نيته أن يطلقها بعدما جامعها صحّ العقد. قال للنسفي مستفتٍ: بعثت حانوتاً بأربعمائة، ثم طلب المشتري إقالة البيع، وردّ الثمن، وهو يقول: بعثني بيع الوفاء، وأنا أقول: بعثك باتاً، فأجاب: إن القول قولك، فقال السائل: لو حلّفتني على ذلك هل يسعني أن أحلف؟ وكان نيتي أن آخذ الحانوت منه وأردّ الثمن إليه بعد زمان، فكان قصد المشتري ذلك أيضاً كما هو العرف، إلا أنني لا أقدر اليوم على أن أنقد الثمن؟ أجاب: إن ما ذكر كان قبل العقد، وما كان في القلب عند العقد لا عبرة لذلك لو لم يذكر عند العقد سوى الإيجاب والقبول، ولك أن تحلف أنك بعته بيعاً باتاً. فدل هذا أن العبرة للملفوظ، وقد تلفظا بلفظ البيع لا الرهن، فاعتباره بيعاً أولى، إلا أنه يُشكّل بأن المبيع إذا احتاج إلى العمارة فالبائع يعمره، ويؤدي خراجه أيضاً. والجواب: أنه يفعل ذلك اختياراً لا جبراً، حتى لو امتنع لا يجبر، فكذا لا يجبر على ترك الوفاء بذلك، ويجعل البيع باتاً، وللمشتري حق طلب الثمن لا غير. فإن انتقض المبيع بأن كان داراً فهدم لا يجبر البائع على ردّ الثمن؛ لأنه كبيع جديد.

ولو كان المبيع قنّاً أو دابةً، فهلك عند المشتري فلا شيء لواحد منهما على الآخر. / [١٧٢و] خ ^{١٣٠٤} الصحيح أن بيع الوفاء وإن كان بلفظ البيع لا يكون رهناً. ثم لو ذكرنا شرط ^{١٣٠٥} الفسخ في البيع ففسد البيع ولو لم يذكره فيه وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء، أو تلفظا بالبيع الجائز، وعندهما هذا البيع غير لازم، فكذلك، يعني: يفسد.

ولو ذكر البيع بلا شرط، ثم ذكر الشرط على وجه العدة جاز البيع، ولزم الوفاء بالوعد؛ إذ المواعيد قد يكون لازمة، فيجعل لازماً لحاجة الناس. مخر ^{١٣٠٦}

^{١٣٠٢} ل س: سماه.

^{١٣٠٣} س: رهن؛ م: يرهّن.

^{١٣٠٤} رمز به قاضيخان.

^{١٣٠٥} ل م س: لو ذكر اشتراط.

^{١٣٠٦} مختصر الكرخي.

لو شرطاً التلجئة في البيع فسد البيع. ولو تواضعا قبل البيع، ثم تباعا بلا ذكر شرط جاز البيع عند أبي حنيفة إلا إذا تصادقا أنهما تباعا على تلك المواضعة. فكذا لو تواضعا الوفاء قبل البيع، ثم عقدا بلا شرط الوفاء، فالعقد جائز، ولا عبرة للمواضعة السابقة. غر^{١٣٠٧}

قال أبو حنيفة: لا يكون البيع تلجئة حتى يقول في البيع: بعتك هذا تلجئة بكذا. ص^{١٣٠٨}
فتوى أئمة زماننا أن حكم بيع الوفاء حكم الرهن، فيسقط حصة النقصان من مال الوفاء، بأن يقسم مال الوفاء على قيمة الباقي والمالك، فيسقط حصة المالك لا الباقي كما في الرهن، وكذا لو أتلّف المشتري بناءه أو شجره يضمن قيمته كمرقن. عد^{١٣٠٩}

ولو جمع في البيع الجائز بين العقار والمنقول الذي لا يجوز البيع الجائز فيه، بأن لم يكن تبعاً للعقار، حتى فسد البيع فيه، هل يفسد العقار؟ أجاب: لا يفسد في العقار، ويبقى بيعاً جائزاً، وهذا إشارة إلى أن البيع الجائز لم يجز في المنقول. وقيل: الوصي يملك بيع عقار الصبي بيعاً جائزاً، وقيل: لا يملكه. فشين^{١٣١٠}

شرى داره جائزاً قبضه، فأجره من بائه مدة معلومة، وسلمه إلى بائه، فرفع البائع مال الوفاء إلى المشتري قبل مضي مدة الاجارة تنفسخ الاجارة. فك^{١٣١١}

الشفعة في بيع الوفاء للبائع لا للمشتري؛ لأن بيع المعاملة وبيع التلجئة حكمهما حكم الرهن، وللراهن حق الشفعة وإن كان في يد المشتري. شين^{١٣١٢}

ادعى البائع وفاءً والمشتري باتاً، أو عكسا فالقول لمدعي البات. قال شيخ الإسلام برهان الدين: وكنت أفتي في الابتداء أن القول لمدعي الوفاء، وله وجه حسن، إلا أن الأئمة هكذا أجابوا، [١٧٢ ظ] فوافقهم. انتهى ملخصاً من جامع الفصولين.

باب الإقالة

الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول. فإن شرطاً أكثر منه أو أقل فالشرط باطل، ويردّ مثل الثمن الأول، إلا أن يحدث في المبيع عيب، فحينئذ جازت الإقالة بالأقل بالاتفاق. والأصل: أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين، بيع جديد في حق غيرهما، إلا أن لا يمكن جعله فسخاً، فتبطل، وهذا عند أبي حنيفة. ولكونه فسخاً في حقهما يبطل ما نطقا به من الزيادة على الثمن الأول، والنقصان منه كما مرّ آنفاً. والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء، كما إذا تباعا بألف، ثم بألف وخمسمائة. ذكرها في كتاب الصرف.

^{١٣٠٧} غريب الرواية للسيد أبي الشجاع.

^{١٣٠٨} فصول العمادي حفيد صاحب الهداية.

^{١٣٠٩} عدة المفتين للنسفي.

^{١٣١٠} فوائد شيخ الإسلام برهان الدين صاحب الهداية.

^{١٣١١} فتاوى أبي بكر محمد بن الفضل.

^{١٣١٢} شيخ الإسلام برهان الدين.

ولو باع البائع المبيع من المشتري قبل أن يسترده منه جاز، ولو كان بيعاً لما جاز لكونه قبل القبض، ولكونه بيعاً جديداً في حق غيرهما.

تجب الشفعة للشفيع فيما إذا باع داراً، فسلم الشفعة، ثم تقايلا، وعاد المبيع إلى ملك البائع، فطلب الشفيع الشفعة في الإقالة كان له ذلك. ولو لم يكن بيعاً لم يكن له ذلك. فإن تعذر جعلها فسخاً في حقهما بطلت، كما إذا ولدت المبيعة بعد القبض ولداً، فإن الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقاً للشرع.

وعند أبي يوسف هو بيع في حقهما، إلا أن لا يمكن جعله بيعاً، كما إذا تقايلا في المنقول قبل القبض، فيجعل حينئذٍ فسخاً، إلا إذا تعذر جعلها فسخاً، فتبطل، كما إذا تقايلا في العروض المبيعة بالدرهم بعد هلاكها. وعند محمد هي فسخ إلا إذا تعذر ذلك، كما إذا تقايلا بأكثر من الثمن الأول، فيجعل حينئذٍ بيعاً، إلا إذا تعذر ذلك، فتبطل، كما في صورة بيع العروض بالدرهم.

وإذا ثبت هذا فنقول: إذا شرط الأكثر أو الأقل فالشرط باطل، وردّ مثل الثمن الأول عند أبي حنيفة كما مرّ في أول الباب، وعندهما إذا شرط الزيادة يجوز مطلقاً. وإذا شرط الأقل يصح به عند أبي يوسف، وعند محمد هو فسخ بالثمن الأول. وهذا التفصيل التقطه من الهداية والشروح، وأوردته على وجه الوضوح، لكونه مهماً في هذا المقام، خصوصاً في حل كلام الهداية على وفق المرام، ومن الله التوفيق والإعلام. / [١٧٣و]

باع صابوناً رطباً، ثم تقايلا بعدما جف، فنقص وزنه لا يجب على المشتري شيء؛ لأن كل المبيع باق. كذا في فتح القدير.

ولو أقال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة، ويجعل التسمية لغواً، وعندهما بيع.

ولو ولدت المبيعة ولداً، ثم تقايلا فالإقالة باطلة عنده، وعندهما يكون بيعاً. والإقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة ومحمد، وكذا عند أبي يوسف في المنقول، وفي العقار يكون بيعاً عنده.

وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة، وهلاك المبيع يمنع صحتها، فإن هلك بعض المبيع^{١٣١٣} جازت الإقالة في الباقي، وإن تقايضا^{١٣١٤} تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما، ولا تبطل بهلاك أحدهما. وإذا اشتريا عبداً، فأقال أحدهما في نصيبه يجوز بدون رضا الآخر. ذكرها في فصل الدين المشترك من الصلح.

ولو اشترى جارية بألف، ثم تقايلا، فماتت في يد المشتري بطلت الإقالة. ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة، وهذا بخلاف بيع المقايضة، حيث تصح الإقالة، وتبقى بعد هلاك أحد العوضين، من حيث إنّ كلا البديلين مبيع فيه. ذكرها في باب السلم.

وجحود أحد المتعاقدين البيع فسخ للعقد. ذكرها في الودعة.

^{١٣١٣} ل م: المبيع بعض.

^{١٣١٤} باع العروض بالعروض، من س.

باب المراجعة والتولية

المراجعة نقل ما ملك بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح، والتولية نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح. وينعقد بقوله: ولتكنك بالثمن الأول، أو بعثك مراجعة على الثمن الأول إذا كان ذلك معلوماً، فلا بد من البناء على الأول، والبيعان جائزان.

ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل.

ولو كان المشتري باعه مراجعة ممن يملك ذلك البدل، وقد باعه بربح درهم أو شيء من المكيل الموصوف جاز، وإن باعه بربح ده يازده^{١٣١٥} لا يجوز.

فروع^{١٣١٦}

اشترى عبداً بعشرة خلاف نقد البلد، وباعه بربح درهم فالعشرة مثل ما نقد، والربح من نقد البلد إذا أطلقه. فإن نسب الربح إلى رأس المال، فقال: بعثك بربح العشرة أحد عشر، أو بربح ده يازده فالربح [١٧٣ظ] من جنس الثمن. وفي المحيط: اشترى بنقد نيسابور، وقال ببلخ: قام علي بكذا، وباعه بربح مائة، أو بربح ده يازده فالربح ورأس المال على نقد بلخ، إلا أن يصدقه المشتري أنه نقد نيسابور، أو تقوم بينة. وإذا كان نقد نيسابور دون نقد بلخ في الوزن والجودة، ولم يبين فرأس المال والربح على نقد نيسابور. وإن كان على عكسه واشتراه ببلخ بنقد نيسابور، ولم يعلم أنه أزون وأجود فهو بالخيار، إن شاء أخذ وإن شاء ترك. واعلم أن المعتبر في المراجعة ما وقع العقد الأول عليه دون ما وقع عوضاً عنه، حتى لو اشترى بعشرة، ورفع عنها ديناراً، أو ثوباً قيمته عشرة أو أقل أو أكثر، فإن رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب؛ لأن وجوب هذا بعقد آخر، وهو الاستبدال، انتهى. كذا في فتح القدير.

ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والصبغ والطراز والقتل وأجرة حمل الطعام، ويقول: قام علي بكذا، ولا يقول: اشتريته بكذا.

وسوق الغنم بمنزلة الحمل، بخلاف أجر الراعي وكذا بيت الحفظ، وبخلاف أجر التعليم.

فإن أطلع المشتري على خيانة في المراجعة فهو بالخيار عند أبي حنيفة، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه. وإن أطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن. وقال أبو يوسف: يحطّ فيهما، وقال محمد: يخير فيهما. فلو هلك يعني في المراجعة قبل أن يرده، أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة.

ومن اشترى ثوباً، فباعه بربح، ثم اشتراه، فإن باعه مراجعة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك. فإن كان استغرق الثمن لم يبعه مراجعة. وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة؛ لأنه يتأكد به بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب.

^{١٣١٥} أي بربح درهم على عشرة دراهم، من م.

^{١٣١٦} م: من شرح العلامة ابن الهمام.

والشبهة كالحقيقة في بيع المراجعة احتياطاً، ولهذا لم يجز المراجعة فيما أخذ بالصلح بشبهة الخطيئة، وصار كأنه اشترى خمسة وثوباً بعشرة،/[١٧٤و] فيطرح خمسة، بخلاف ما إذا تخلل ثالث؛ لأن التأكيد حصل بغيره. وقالوا يبيعه مراجعة على الثمن الأخير، كما إذا تخلل ثالث، بأن باعه المشتري الثاني من رجل غير البائع الأول، ثم اشترى منه البائع الأول، فإنه يبيعه مراجعة بالثمن الآخر، كذا في الكافي. صورته: إذا اشترى بعشرة، وباعه بخمسة عشر، ثم اشترى بعشرة، فإنه يبيعه مراجعة بخمسة، ويقول: قام عليّ بخمسة.

ولو اشترى بعشرة، وباعه بعشرين مراجعة، ثم اشترى بعشرة لا يبيعه مراجعة أصلاً، وعندهما يبيعه مراجعة على العشرة في الفصلين.

وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة، وعليه دين يحيط برقبتة، فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه يبيعه مراجعة على عشرة. وكذلك إن كان المولى اشترى بعشرة، فباعه من العبد.

وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالتصف، فاشترى ثوباً بعشرة، وباعه من ربّ المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مراجعة باثني عشر ونصف خلافاً لفر، فإن عنده لا يجوز بيع ربّ المال من المضارب، ولا بيع المضارب من ربّ المال إذا لم يكن في المال ربح.

ولو اشترى قلباً أي سواراً بعشرة، وثوباً بعشرة، ثم باعهما مراجعة لا يجوز وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب، ذكرها في كتاب الصرف.

ومن اشترى جارية فاعورت، أو وطئها وهي ثيب يبيعهامراجعة، ولا يبين أنها كانت سليمة فاعورت في يدي. والمسألة. أي: مسألة الوطء فيما إذا لم ينقصها الوطء. وعن أبي يوسف في الفصل الأول: أنه لا يبيع من غير بيان، كما إذا احتبس بفعله، وهو قول الشافعي.

وأما إذا فقا عينها بنفسه، أو فقاها أجنبي، فأخذ أرشها لم يبيعهامراجعة حتى يبين، وكذا إذا وطئها وهي بكر.

وإذا اشترى شيئاً بثمن مؤجل، ثم ولّاه غيره لا يثبت الأجل إلا بالذكر، ذكرها في الشفعة. ومن اشترى ثوباً فأصابه قرض فأر أو حرق نار يبيعهامراجعة من غير بيان، وكذا إذا احترق البناء، وبقيت العرصة، يبيعهامراجعة من غير بيان، ذكرها في الشفعة أيضاً.

ولو تكسر بنشره/[١٧٤ظ] ووطئه لا يبيعه حتى يبين.

ومن اشترى غلاماً بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري، فإن شاء رده وإن شاء قبل، كما لو اشترى شيئين وباع أحدهما مراجعة بثمانها. وإن استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة. وإن كان ولّاه إياه ولم يبين رده إن شاء. وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة. وعن أبي يوسف: أنه يردّ القيمة ويسترد كل الثمن، وهو نظير ما إذا استوفى الزبوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق، وسيأتيك من بعد في مسائل منثورة قبل كتاب الصرف إن شاء الله تعالى. وقيل: يقوم بثمن حال ومؤجل، فيرجع بفضل ما بينهما. ولو لم يكن الأجل مشروطاً في العقد، ولكنه منجم معتاد، قيل: لا بدّ من بيانه، وقيل: يبيعه ولا يبينه.

ومن ولّى رجلاً شيئاً قام عليه، ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد. فإن أعلمه البائع يعني: في المجلس فهو بالخيار، إن شاء أخذه وإن شاء تركه. ونظيره بيع الشيء برقمه إذا علم في المجلس.

فصل في مسائل متفرقة

وفيه المسائل المتعلقة بالقرض.

ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه.

ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز.

ومن اشترى مكيلاً مكايلاً أو موزوناً موازنة فاكتاله أو اتزنه ثم باعه مكايلاً أو موازنة لم يجز للمشتري منه أن

يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن فيه، بخلاف ما إذا باعه مجازفة، وبخلاف ما إذا باع الثوب مذارة.

ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع، وإن كان بحضرة المشتري، ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري. ولو كاله

البائع بعد البيع بحضرة المشتري، فقد قيل: لا يكتفى به، والصحيح: أنه يكتفى به.

ولو اشترى المعداد عدداً فهو كالمذروع فيما يروى عنهما، وكالموزون فيما يروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه.

ولو ماتت الشاة المبعة قبل القبض فدبغ الجلد لا يعود البيع، ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع، ويقول:

يعود البيع. ذكرها في كتاب الرهن في فصل [١٧٥] "ومن رهن عصيراً".

والتصرف في الثمن قبل القبض جائز، سواء كان مما لا يتعين كالنقود، أو مما يتعين كالمكيل والموزون، كذا في

العناية، بخلاف التصرف في المبيع.

ويجوز للمشتري أن يزيد البائع في الثمن، ويجوز للبائع أن يزيد في المبيع، ويجوز أن يحط من الثمن، ويتعلق

الاستحقاق بجميع ذلك، فالزيادة والخطأ يلتحقان بأصل العقد عندنا، وعند زفر والشافعي: لا يصحان على اعتبار

الالتحاق، بل على اعتبار ابتداء الصلة، بخلاف حط الكل، فإنه لا يصح بطريق الالتحاق بأصل العقد، بل يكون

هبة، وحط الكل صحيح بطريق البر والصلة بالاتفاق. كذا أفاده بعض الفضلاء. ويظهر حكم الالتحاق في المراجعة

والتولية، حتى يجوز على الكل في الزيادة، ويباشر على الباقي في الخط، وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الخط. ثم

الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية بخلاف الخط.

ومن باع بثمن حال، ثم أجله أجلاً معلوماً صار مؤجلاً. ولو أجله إلى أجل مجهول، إن كانت الجهالة

متفاحشة كهبوب الرياح لا يجوز، وإن كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز.

والأجل المضروب للدينين يكون لكل منهما كملاً، كمن قال لآخر: أجل هذا الدين وهذا الدين، فقال:

أجلت هذين الدينين سنة يضرب تأجيل السنة إلى كل واحد منهما كملاً، ذكرها في كتاب الرضاع. وصوّره صاحب

العناية بوجه آخر، حيث قال: مثل أن يقول لفلان: علي ألف درهم وخمسة أفقرة حنطة إلى شهرين يكون الشهران

أجلاً.

والتأجيل في الأعيان باطل، ذكرها في جناية الملوك.

والباع يوجب التسليم في مكانه، أي: مكان العقد، ذكرها في باب "الولد من أحق به" في كتاب الطلاق.

وفي الكفاية: وذكر في الفتاوى: من باع شعيراً، والشعير بالقرية، والمشتري يعلم ذلك يستحق تسليمه في

مكانه، لا في مكان العقد. وإن لم يعلم بذلك فهو بالخيار، إن شاء سلّمه مكانه وإن شاء فسخ، انتهى.

وكل دين حالّ إذا أجله صاحبه صار مؤجلاً، إلا القرض، فإن تأجيله لا يصحّ، ولا يملكه . أي: القرض .
من لا يملك التبرع كالوصيّ والصبيّ.

ولا يحتاج إلى تعيين / [١٧٥ظ] مكان التسليم، بل مكان العقد هو مكان التسليم بعينه، ذكرها في باب السلم.

ويجوز الشيوخ في القرض، بأن دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضاً عليه، ويعمل في النصف الآخر بشركته، ذكرها في كتاب الهبة. وتصوير المسألة المذكور في العناية.

والقرض تبرّع من وجهه، وعقد ضمان من وجهه، فشرطنا القبض الظاهر دون القسمة عملاً بالشبهين، على أن القبض غير منصوص عليه فيه، ذكرها في أول كتاب الهبة.

ويجوز استقراض اللحم وزنا عندهما، وقال أبو حنيفة: إن جواز الاستقراض ممنوع بناء على أنه من ذوات الأمثال على رواية الجامع، ذكرها في باب السلم مع التفصيل.

ولو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة، ذكرها في آخر كتاب الوصايا.
إذا استقرض كراً، ثم اشترى المستقرض كراً من الغير، ثم أمر المقرض بقبض ذلك الكرّ جاز، ويكتفى بكيل واحد، ولا يلزمه كيله مرتين كما في السلم، ذكرها في باب السلم.

ولو كان عليه دراهم دين، فدفع إليه كيساً ليزنهما المديون فيه لم يصّر قابضاً، ذكرها أيضاً في باب السلم.
ولو استقرض حنطة، وأمر المقرض أن يزرعها في أرضه يكون المستقرض به قابضاً لو صوله إلى ملكه برضاه، وهذا مما يثبت به القبض، كما لو دفع إلى صائغ خاتماً، فأمره أن يزيد من عنده نصف دينار يصير قابضاً له، ذكرها في باب السلم.

وإذا سلم المديون الدين بالدائن، ولا مانع من القبض برئ وإن لم يقبضه.
والدين المشترك إذا حضر أحد الدائنين، فطلب نصيبه يدفع المديون إليه نصيبه من غير أن يحضر الآخر بالاتفاق، فإذا حضر الغائب ليس له أن يشارك في المقبوض، ذكرها في أول كتاب الكفالة.

تذييل [في بيع العينة المعبر عنها بالمعاملة الشرعية]

ذكرنا فيه بعضاً من المسائل المتعلقة بالقرض لعموم البلوى، وشيوع ذلك الأمر بين الناس، حتى إن من لا يعرف تلك المسائل يقع في الربا الذي حرم الله تعالى بالنص الصريح، وأوعد لمرتكبيه بالعقاب الفضيح، أعاذنا الله تعالى منه.

ذكر في فتاوى قاضي خان: رجل له على رجل عشرة دراهم، فأراد أن يجعلها ثلاثة عشر إلى أجل، قالوا: يشتري من المديون / [١٧٦و] شيئاً بتلك العشرة، فيقبض المبيع، ثم يبيع من المديون بثلاثة عشر إلى سنة، فيقع التحرز عن الحرام، ومثل هذا مروى عن رسول الله ﷺ أنه أمر بذلك.

رجل طلب من رجل دراهم ليقرضه يده ذو اذنه،^{١٣١٧} فوضع المستقرض متاعاً بين يدي المقرض، فيقول للمقرض: بعت منك هذا المتاع بمائة درهم، فيشتري المقرض، ويدفع الدراهم إليه، ويأخذ المتاع، ثم يقول المستقرض: يعني هذا المتاع بمائة وعشرين، فيبيعه، فيحصل للمستقرض مائة، ويعود إليه متاعه، ويجب للمقرض عليه مائة وعشرون درهماً. والأوثق والأحوط أن يقول المستقرض للمقرض بعدما قرر المعاملة: كل مقالة وشرط كان بيننا فقد تركت، ثم يعقدان بيع المتاع. وهذه المسألة دليل على جواز بيع الوفاء إذا لم يكن الوفاء شرطاً في البيع. هذا إذا كان المتاع للمستقرض. فإن كان المتاع للمقرض وليس للمستقرض شيء ويريد أن يقرضه عشرة بثلاثة عشر إلى أجل فإن المقرض يبيع من المستقرض سلعة بثلاثة، ويسلم السلعة إلى المستقرض، ثم إن المستقرض يبيع السلعة من أجنبي بعشرة، ويأخذ السلعة إلى الأجنبي، ثم الأجنبي يبيع السلعة من المقرض بعشرة، ويأخذ منه العشرة، ويدفعها إلى المستقرض، فيبرأ الأجنبي من الثمن الذي كان عليه للمستقرض، فيصل السلعة إلى المقرض بعشرة، وللمقرض على المستقرض ثلاثة عشر إلى أجله.

وحيلة أخرى: أن يبيع المقرض من المستقرض سلعة بثلاثة عشر إلى أجل معلوم، فيدفع السلعة إلى المستقرض، ثم يبيعها المستقرض من أجنبي، ثم إن المستقرض يقبل البيع مع الأجنبي قبل القبض أو بعده، ثم يبيعها المستقرض من المقرض بعشرة، ويأخذ العشرة، فيحصل للمستقرض عشرة، وعليه للمقرض ثلاثة عشر، وتصل السلعة إلى المقرض بعشرة، والمقرض وإن صار مشترياً ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، إلا أنّ ذلك جائز؛ لتخلل البيع الثاني، وهو البيع الذي جرى بين المستقرض والأجنبي.

وحيلة أخرى: أن يبيع المقرض من المستقرض سلعة بثمن مؤجل، ويدفع السلعة إلى المستقرض، ثم إن المستقرض يبيعها من غيره بأقل مما اشترى، ثم ذلك الغير يبيعها من المقرض بما اشترى ليصل السلعة إليه بعينها، ويأخذ الثمن، ويدفعه إلى المستقرض، فيصل المستقرض إلى القرض، ويحصل الربح للمقرض. وهذه الحيلة هي العينة التي ذكرها محمد رحمه الله. وقال مشايخ بلخ: يبيع العينة في زماننا خير من البيع الذي يجري في أسواقنا، وعن أبي يوسف أنه قال: العينة جائزة مأجورة، وقال: أجيزه لمكان الفرار من الحرام.

رجل استقرض عشرة دراهم، ثم أوفاه، وزاد، قالوا: إن كانت الزيادة قليلة تجري بين الوزنين كدانق في مائة لا بأس به، وإن كانت كثيرة كدرهم في مائة لا يجوز، وعليه ردّ الزيادة. واختلفوا في نصف الدرهم في مائة، قال بعضهم: هو كثير لا يجوز، وقال بعضهم: هو قليل، فيجوز. ولو أن المستقرض وهب الزيادة من المقرض لا يصح؛ لأنها هبة المشاع فيما يحتل القسم، انتهى.

باب الربا

الربا في كل مكيال أو موزون يبيع بجنسه، وهو معتبر في المعاوضات دون التبرعات، ذكرها في الهبة في فصل "ومن وهب جارية."

^{١٣١٧} أي أعطني بدل العشرة بزيادة اثنتين.

فالعلة الكيل مع الجنس، أو الوزن مع الجنس. قال ﷺ: ويقال: القدر مع الجنس، وهو أشمل. وإذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل جاز البيع، وإن تفاضلاً لم يجوز. ولا يجوز بيع الجيد بالردئ مما فيه من الربا إلا مثلاً بمثل.

ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين، والتفاحة بالتفاحتين، وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة. ولو تباعاً مكيلاً أو موزوناً غير مطعوم بجنسه متفاضلاً كالخصّ والحديد لا يجوز عندنا، وعنده: يجوز. وإذا عدم الوصفان: الجنس والمعنى [١٧٦ظ] المضموم إليه، أي: الكيل أو الوزن حلّ التفاضل والنساء، وإذا وجدا حرم التفاضل والنساء، وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حلّ التفاضل وحرم النساء، مثل: أن يُسلم هروياً في هروي، أو حنطة في شعير، وقال الشافعي: الجنس بانفراده لا يحرم النساء.

وكل شيء نصّ رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلاً فهو مكيل أبداً وإن ترك الناس الكيل فيه، مثل الحنطة والشعير والتمر والملح. وكل ما نص علي تحريم التفاضل فيه وزناً فهو موزون أبداً، مثل الذهب والفضة. وما لم ينصّ عليه فهو محمول على عادات الناس. وعن أبي يوسف: أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً، ويقول: إن ورد النصّ في ذلك الوقت كان لمكان العادة، فكانت هي المنظور إليها، وقد تبدّلت، فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساوياً وزناً، والذهب بجنسه متماثلاً كيلاً لا يجوز عندهما وإن تعارفوا ذلك، إلا أنه يجوز الإسلام في الحنطة ونحوها وزناً. وكلّ ما ينسب إلى الرّطل فهو وزني، معناه: ما يباع بالأواقي؛ لأنها قدرت بطريق الوزن، حتى يحتسب ما يباع بها وزناً، بخلاف سائر المكايل. وإذا كان موزوناً، فلو بيع بمكيل لا يعرف وزنه بمكيل مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة.

وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان، يعتبر فيه قبض عوضه في المجلس، وما سواه مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين، ولا يعتبر فيه التقابض خلافاً للشافعي في بيع الطعام بالطعام.

ولو باع ثوباً بثوب أو بثوبين، واختلفا لا عن قبض يجوز بالاتفاق.

ويجوز بيع البيضة بالبيضتين، والتمرة بالتمرتين، والجوزة بالجوزتين، والشافعي يخالفاً فيه، أي: في مجموع ما

ذكر.

ويجوز بيع الفلّس بالفلّسين بأعياهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال مُجَدُّ: لا يجوز.

وإذا باع كَرَّ شعير وكَرَّ حنطة بكريّ شعير وكري حنطة جاز، وجعل كل جنس بخلافه. وقال زفر والشافعي:

لا يجوز، ذكرها في كتاب الصرف، وهي مذكورة هناك أيضاً.

ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق وإن كان [١٧٧و] كيلاً بكيل، ويجوز بيع الدقيق متساوياً كيلاً.

وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة متفاضلاً ولا متساوياً، كما لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية، ولا بيع السويق بالحنطة، وكذا بيع أجزائهما، وعندهما يجوز. ولا يجوز بيع المقلية مع غير المقلية، والعلكة بالمسوسة بالاتفاق. وفي العناية: المقلية هي المشوية، من قلّى يقلّي إذا شوى، ويجوز مقلوة من: فلا يقلّو. والعلكة: هي الجيدة التي تكون كالعلك من صلابتها تمتد من غير انقطاع، والسوسة: هي العثة، وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام، ومنه حنطة مسوسة بكسر الواو المشددة، انتهى.

ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال مُجَدُّ: إذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز، إلا إذا

كان اللحم المفزّر أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه أي في الحيوان من اللحم، والباقي بمقابلة السقط تحرّراً عن الربا. وفي

الكفاية: وسقط المتاع رذالته، وأراد به ههنا مالا يطلق عليه اسم اللحم من الشاة، كالجلد والكرش والأمعاء والطحال، انتهى.

وصار هذا كالحلّ بالسّمسم، يعني كبيع دهن السّمسم بالسّمسم، فإنه لا يصح إلا بطريق الاعتبار، كذا في الكفاية.

ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يجوز. وكذلك العنب بالزبيب، يعني على هذا الخلاف، وقيل: لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالحنطة المقلية بغير المقلية.

والرطب بالرطب يجوز متماثلاً كيبلاً عندنا، وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة، أو التمر أو الزبيب المثقّف بالمتقّع أو غير المثقّف منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال مُجَدُّ: لا يجوز في جميع ذلك. ولو باع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز، بخلاف الكُفْرَى، حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد. وهو ليس بتمر، وهذا الاسم له من أول ما ينعقد صورته لا قبله، والكفْرَى عددي متفاوت، حتى لو باع التمر به نسيئةً لا يجوز.

ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت، والسّمسم بالشّيْرَج حتى يكون الدهن والشيرج أكثر مما في الزيتون والزيت، فيكون الدهن بمثله والزيادة بالتّجِير. والشجير الثّقلَة^{١٣١٨} بضم التاء^{١٣١٩} وسكون الفاء، كذا في العناية. والجوز بدهنه، واللبن بسمنه، والعنب بعصيره، والتمر بدبسه [١٧٧ظ] على هذا الاعتبار.

واختلفوا في القطن بغزله، والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالإجماع. ويجوز بيع اللّحْمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً. ومراده لحم الإبل والبقر والغنم، فأما البقر والجواميس فجنس، وكذا المعز مع الضأن، وكذا العراب مع البخاتي، وكذا ألبان البقر والغنم، وعن الشافعي: أنّها أي اللحمان والألبان جنس واحد. وكذا^{١٣٢٠} حَلّ الدَقْل. وهو التمر الرديء. بحلّ العنب، وكذا عصيرهما. وفي العناية: وكذا حكم سائر التمرور. ولما كانوا يجعلون الحلّ من الدقل غالباً أخرج الكلام على مجرى العادة، انتهى.

وشعر المعز وصوف الغنم جنسان، وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم. ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلاً، وعن أبي حنيفة: أنه لا خير فيه، أي: لا يجوز، والتركيب للمبالغة في النهي؛ لأنه نكرة في سياق النفي، فعَمَّ نفي جميع جهات الخير، كذا في العناية. والفتوى على الأول، وهذا إذا كانا نقدين، فإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضاً، وإن كان الخبز نسيئةً يجوز عند أبي يوسف، وعليه الفتوى. ولا خير في استقراضه عدداً أو وزناً عند أبي حنيفة. وعند مُجَدُّ: يجوز بهما، وعند أبي يوسف: يجوز وزناً، ولا يجوز عدداً.

^{١٣١٨} م: الثقلَة.

^{١٣١٩} م: التاء.

^{١٣٢٠} أي يجوز مبادلة احدهما بالآخر.

ولا ربا بين المولى وعبيده، وهذا إذا كان مأذوناً له، ولم يكن عليه دين، فحينئذ لا يتحقق البيع، فلا يتصور الربا. وإن كان عليه دين لا يجوز. أي: البيع. بطريق الربا بطريق الاتفاق، لكن قول أبي حنيفة مبني على دليل يغاير دليلهما، فليرجع إلى الهداية وشروحها.

ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافاً لأبي يوسف والشافعي.
ويتحقق الربا في عقود أهل الذمة، ذكرها في الغصب.

باب الحقوق

ومن اشترى منزلاً فوقه منزل فليس له الأعلى، إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو له فيه أو منه.

ومن اشترى بيتاً فوقه بيت بكل حق لم يكن له الأعلى ما لم ينص.

ومن اشترى داراً بحدودها فله العلو والكنيف.

وفناء الدار يُعطى له حكم الدار، حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وإن كان ذلك الفناء [١٧٨و] غير مملوك له. ذكرها في باب العشر والخراج من السير.

جمع. أي: مُجَّد. في الجامع الصغير بين المنزل والبيت والدار. فاسم الدار ينتظم العلو؛ لأنه اسم لما أدير عليه الحدود، والعلو من توابع الأصل وأجزائه، فيدخل فيه. والبيت اسم لما ييات فيه، والعلو مثله، والشيء لا يكون تبعاً لمثله، ولا يدخل فيه إلا بالتنصيص عليه. والمنزل بين الدار والبيت يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور؛ إذ لا يكون فيه منزل الدواب، فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر التوابع، ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه. وقيل: في عرفنا يدخل العلوي جميع ذلك، لأن كل ذلك بيت يسمى "خانه". ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف؛ لأنه من توابعه.

ولا تدخل الظلة إلا بذكر ما ذكرنا، وهو قوله: بكل حق هو له عند أبي حنيفة. وعندهما: إن كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا. ولما كان في هذا التفصيل نفع عظيم وفوائد جمّة اخترنا أن نورد في هذا المحل ليندفع به كثير من الإشكال وينحل.

ومن اشترى بيتاً في دار أو منزلاً أو مسكناً لم يكن له الطريق، إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير، وكذا الشرب والمسيل.

وإذا قال البائع: بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط لا تدخل الغايتان في البيع. ذكرها في باب إيقاع الطلاق.

وإذا باع داراً أو أرضاً، ولا يتمكن المشتري من الاستطراق، ولا من التسييل، ولم يذكر بالحقوق فالبيع لا يفسد. وإذا ذكر الحقوق في البيع يدخل فيه ما كان له من الطريق والتسييل، ذكرها في القسمة.

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية، فولدت عنده، فاستحقها رجل بيّنة أي: لا باستيلاده، كذا في **العناية**، فإنه يأخذها وولدها. وإن أقرّ بها لرجل لم يتبعها ولدها. ثم قيل: يدخل الولد في القضاء بالأم تبعاً، وقيل: يشترط القضاء بالولد على حدة، وإليه تشير المسائل.

ومن اشترى عبداً، فإذا هو حرّ، وقد قال العبد للمشتري: اشتري، فإني عبد، فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيباً معروفةً لم يكن على العبد شيء. قال العلامة ابن الهمام: والتقيد بالقيدين/[١٧٨ظ] لأنه لو قال: أنا عبد وقت البيع، ولم يأمره بشرائه، أو قال: اشتري، ولم يقل: فإني عبده لا يرجع عليه بشيء، انتهى. وإن كان البائع لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد، ورجع هو على البائع.

وإن ارتكن عبداً مقراً بالعبودية، فوجده حرّاً لم يرجع عليه على كل حال. وهذه مذكورة في الرهن. وعن أبي يوسف: أنه لا يرجع فيهما. ونظير مسألتنا قول المولى: بايعوا عبدي هذا، فإني قد أذنت له، ثم ظهر الاستحقاق؛ يرجعون عليه بقيمته.

ثم في وضع المسألة ضربٌ إشكال على قول أبي حنيفة؛ لأن الدعوى شرط في حرية العبد عنده، والتناقض يفسد الدعوى، وقيل: إن كان الوضع في حرية الأصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الأم. وقيل: هو شرط، لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق. وإن كان الوضع في الاعتاق؛ فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به، فصار كالمختلعة تقيم البيئة على الطلاقات الثلاث قبل الخلع، والمكاتب يقيمها على الإعتاق قبل الكتابة.

ومن ادعى حقاً في دار. معناه: حقاً مجهولاً. فصالحه الذي في يده على مائة درهم، فاستحققت الدار إلا ذراعاً منها لم يرجع بشيء، وإن ادّعاها كلها، فصالحه على مائة درهم، فاستحق منها شيء رجع بحسابه.

ومن باع نفس العبد منه بجارية بعينها، ثم استحققت الجارية أو هلكت رجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما، وبقيمة الجارية عنده، ذكرها في العتق على جعل.

فروع من شرح العلامة ابن الهمام

أقام المشتري بينة على أنه ملك فلان لا يقبل لتناقضه، فإن إقدامه على الشراء إقرار منه بملك البائع، فإذا ادّعاؤه لغيره تناقض، بخلاف ما لو برهن على إقرار البائع أنه ملك فلان يقبل لعدم تناقضه، وبخلاف ما لو برهن على أنها حرة الأصل، وهي تدعي ذلك، أو أنّها ملك فلان، وهو أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل شرائها، حيث يقبل، ويرجع بالثمن على البائع؛ لأنّ التناقض في دعوى الحرية وفروعها لا يمنع صحة الدعوى.

باع عقاراً، ثم برهن أن ما باعه وقف/[١٧٩و] لا يقبل؛ لأنّ مجرد الوقف لا يزيل الملك، بخلاف الإعتاق. ولو برهن أنه وقف محكوم بلزومه قبل.

ولو برهنت أمة في يد المشتري الأخير أنّها معتقة فلان أو مدبرته أو أمّ ولده يرجع الكل، إلا من كان قبل

فلان.

اشترى شيئاً ولم يقبضه حتى ادّعى آخر أنه له لا تسمع دعواه حتى يحضر المشتري والبائع؛ لأنّ الملك للمشتري، واليد للبائع، والمدّعي يدعيهما، فشرط القضاء عليهما حضورهما.

ولو استحقّت جارية من يد المشتري، فبرهن الذي قبله على بيع المستحق من بائع بايعه قبل؛ لأنه خصم. ولو برهن البائع الأوّل أن المستحق أمره ببيعها، وهلك الثمن في يده يقبل. ولو استهلكه أو ردّه لا يقبل. ولو أقرّ عند الاستحقاق بالاستحقاق، ومع ذلك أقام المستحق البينة، وأثبت عليه الاستحقاق بالبينة له أن يرجع على بائعه. هكذا ذكر رشيد الدّين في باب دعوى الدّين بسبب وبغير سبب من فتواه. وذكر في باب ما يكون إقراراً من المدعى عليه من فتاواه: المدعي لو أقام بينة على دعواه، ثم أقر المدعى عليه بالملك له فالقاضي يقضي بالإقرار لا بالبينة؛ لأن البينة إنما تقبل على المنكر لا المقر. وذكر في آخر كتاب الدعوى: ادّعى عينا في يد رجل، وأنكر المدعى عليه، فأقام بينة على ما ادّعه، فقبل أن يقضي القاضي للمدعي ببينة أقر المدعى عليه بالعين للمدعي، يقضي بالبينة أو بالإقرار؟ اختلف فيه المشايخ، بعضهم قالوا: بالإقرار، وبعضهم قالوا: بالبينة، قال: والأول أقرب إلى الصواب، وهو يناقض ما ذكره في باب دعوى الدين، إلا أن يخص تلك بعراض الحاجة إلى الرجوع، وقصد القاضي إلى القضاء بإحدى الحجّتين بعينها، فيحصل أنه إذا ثبت الحقّ بالبينة والإقرار ينبغي على ما جعله أن يقضي بالإقرار وإن سبقته إقامة البينة، غير أن القاضي يتمكن من اعتباره قضاء بالبينة، فعند تحقق حاجة الخصم إلى ذلك ينبغي أن يعتبر قضاؤها ليندفع الضّرر عنه بالرجوع.

ولو قضى بالاستحقاق، فطلب المشتري الثمن من البائع، فردّه إليه، ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشتري أن يسترد المستحق من البائع لثبوت التقايل ولو لم يتراد، ولكن القاضي [١٧٩ظ] قضى للمستحق، وفسخ البيع، ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ.

ولو أحب البائع أن يأمن غائلة الردّ بالاستحقاق، فأبرأه المشتري من ضمان الاستحقاق قائلاً: لا أرجع بالثمن إن ظهر الاستحقاق، فظهر، فإنّ له الرجوع، ولا يعمل ما قاله؛ لأنّ الإبراء لا يصحّ تعليقه بالشّرط. قالوا: والحيلة فيه: أن يقر المشتري أن بائعي قبل أن يبيعه مني اشتراه مني، فإذا أقرّ علي هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق؛ لأنه لو رجع على بائعه فهو أيضاً يرجع عليه بإقراره أنّه بايعه منه، والله أعلم، انتهى.

فصل في بيع الفضوليّ

ومن باع ملك غيره بغير أمره فالملك بالخيار، إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ، وقال الشافعي: لا ينعقد. وله الإجازة إذا كان المعقود عليه باقياً، والمتعافدان بحالهما. وإذا أجاز المالك كان الثمن مملوكاً له أمانة في يده، بمنزلة الوكيل.

وللفضولي أن يفسخ قبل الإجازة، وهذا إذا كان الثمن ديناً. فإن كان عرضاً معيناً إنما تصحّ الإجازة إذا كان العرض باقياً أيضاً.

ثم الإجازة إجازة نقد، لا إجازة عقد، حتى يكون العرض الثمن مملوكاً للفضوليّ، وعليه مثل المبيع إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان من ذوات القيم. ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث في الفصلين.

ولو أجاز المالك في حياته، ولا يعلم حال المبيع . يعني: من حيث الوجود والعدم، كذا في العناية . جاز البيع في قول أبي يوسف أولاً، وهو قول مُجَدِّ، ثم رجع أبو يوسف وقال: لا يصحّ حتى يعلم قيامه عند الإجازة . ومن غصب عبداً، فباعه، وأعتقه المشتري، ثم أجاز المولى البيع فالتحق جائز استحساناً، ويصير موقوفاً على إجازة المولى، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال مُجَدِّ: لا يجوز . فإن قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب، وأخذ المشتري أرضها، ثم أجاز المالك البيع فالأرش للمشتري، ويتصدق بما زاد على نصف الثمن . فإن باعه المشتري من آخر، ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني، فإن لم يبعه المشتري، فمات في يده أو قتل، ثم أجاز البيع لم يجز . [١٨٠و]

ومن باع عبد غيره بغير أمره، وأقام المشتري البيعة على إقرار البائع أو ربُّ العبد أنه لم يأمر بالببيع، وأراد ردّ البيع لم تقبل بينته . وإن أقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع إن طلب المشتري ذلك . قال ﷺ: وذكر في الزيادات: أن المشتري إذا صدّق مدعيه، ثم أقام البيعة على إقرار البائع أنه للمستحق تقبل، وفرقوا أن العبد في هذه المسألة في يد المشتري، وفي تيك في يد غيره، وهو المستحق، وشرط الرجوع بالثمن: أن لا يكون العين سالماً للمشتري . ومن باع داراً لرجل، وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن عند أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف آخر، وكان يقول أولاً: يضمن البائع، وهو قول مُجَدِّ . وهي مسألة غصب العقار .

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب، وهو آية المداينة . قال ابن عباس رضي الله عنهما: أشهد أن الله تعالى أحلّ السلف المضمون، وأنزل فيه أطول آية في كتابه، وتلا قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ﴾ الآية، ^{١٣٢١} وبالسنة، وهو ما روي {أنه ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم} . ^{١٣٢٢} وهو جائز في المكيلات والموزونات، والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير . ثم قيل: يكون باطلاً، وقيل: ينعقد بيعاً بثمن مؤجل، والأول أصح . وكذا في المذروعات، وكذا ^{١٣٢٣} في المعدودات التي لا تتفاوت، كالجوز والبيض، والصغير والكبير سواء، بخلاف البطيخ والرقمان من جهة تفاوت أحدهما تفاوتاً فاحشاً . وتفاوت الأحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت . وعن أبي حنيفة: أنه لا يجوز في بيع النعامة . ثم كما يجوز السلم فيها عدداً يجوز كيلاً، وقال زفر: لا يجوز، وعنه: أنه لا يجوز عدداً أيضاً، وكذا في الفلوس عدداً، وقيل: هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند مُجَدِّ: لا يجوز .

وجوز السلم في الخبز في الصحيح، يعني: قول أبي يوسف . ذكرها في باب الربا . وفي الكفاية: وهذا احتراز عما روي عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز . وفي المبسوط: وأما السلم في الخبز فلا يجوز عند أبي حنيفة، ومن أصحابنا [١٨٠ظ] من يقول: يجوز عندهما على قياس السلم باللحم، ومنهم من يقول: لا يجوز، انتهى . ولا يجوز السلم في الحيوان، وقال الشافعي: يجوز .

^{١٣٢١} سورة البقرة، ٢/٢٨٢ .

^{١٣٢٢} انظر: نصب الراية للزيلعي، ٤/٤٤، ٤٥ . | يذكر هناك أن هذا مركب من حديثين، أخرج أوله أبو داود و آخره البخاري .

^{١٣٢٣} يجوز .

ولا في أطرافه كالرؤوس والأكارع، ولا في الجلود عدداً، ولا في الحطب حزماً، ولا في الرطبة جزراً، إلا إذا عرف ذلك، بأن يبين طول ما يشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع، فحينئذ يجوز إذا كان على وجه لا يتفاوت. ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين الحل، حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند الحل أو على العكس، أو منقطعاً فيما بين ذلك؛ لا يجوز. وقال الشافعي: يجوز إذا كان موجوداً وقت الحل.

ولو انقطع بعد الحل فرب السلم بالخيار، إن شاء فسخ السلم وإن شاء انتظر وجوده. ويجوز السلم في السمك المالح وزناً معلوماً، وضرباً معلوماً، ولا يجوز السلم فيه عدداً. ولا خير في السلم في السمك الطري، إلا في حينه وزناً معلوماً. ولو كان في بلد لا ينقطع في زمان الشتاء أيضاً يجوز. وعن أبي حنيفة: أنه لا يجوز في لحم الكبار منها، وهي التي تقطع. ولا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة. وقالوا: إذا وصف من اللحم موضعاً معلوماً بصفة معلومة جاز، فيكون موزوناً مضبوط الوصف، بخلاف لحم الطيور؛ لعدم إمكان وصف موضع منه. وقوله مبني على أصل، وهو أن فيه جهالة مفضية إلى المنازعة من وجهين: أحدهما من جهة قلة العظم وكثرته، وثانيهما من جهة سمته وهزأله على اختلاف فصول السنة.

وفي اللحم المخلوع عظمه لا يجوز السلم إلا مؤجلاً، وقال الشافعي: يجوز. ولا يجوز إلا بأجل معلوم، والأجل أدناه شهر، وقيل: ثلاثة أيام، وقيل: أكثر من نصف يوم، والأول أصح. ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه، ولا بذراع رجل بعينه. معناه: لا يعرف مقداره. ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط، كالقصاص مثلاً، فإن كان مما لا ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز إلا في قرب الماء، كذا عن أبي يوسف.

ولا في طعام قرية بعينها، أو ثمرة نخلة بعينها. ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان [١٨١] الصفة لا بأس به على ما قالوا، كالحشمراني ببخارى، أو البساجي بفرغانة.

ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط: جنس معلوم، كقولنا: حنطة أو شعير، ونوع معلوم، كقولنا: سقية أو بحسية، وصفة معلومة، كقولنا: جيد أو رديء، ومقدار معلوم، كقولنا: كذا كيلاً بمكيال معروف أو كذا وزناً، وأجل معلوم، ومعرفة رأس المال إذا كان يتعلق العقد على مقداره، كالمكيل والموزون والمعدود، وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له حمل ومؤنة. وقالوا: لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معيناً، ولا إلى مكان التسليم، ويسلمه في موضع العقد، فعندهما تكون الشرائط خمسة. قال العلامة ابن الهمام: وبقولهما قال مالك وأحمد والشافعي، انتهى.

وإذا كان رأس المال ثوباً لا يشترط تعيين مقدار ذرعانه بالاتفاق مع اختلاف الطرفين في الدليل. ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال: إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما، أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما؛ لا يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز، فالأول كما إذا أسلم مائة درهم في كثر حنطة وكثر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما، فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز. والثاني كما إذا أسلم دراهم ودنانير في كثر حنطة وقد علم وزن أحدهما دون الآخر، فإنه لا يجوز عنده، وعندهما يجوز، كذا في العناية. ومن أسلم هروياً في هروي، أو حنطة في شعير حلّ التفاضل وحرم النساء، ذكرها في باب الربا.

وما لم يكن له حمل ومؤنة كالمسك والكافور لا يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع، ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه، قال عليه السلام: وهذا رواية **الجامع الصغير** وال**بيوع من المبسوط**، وذكر في الإجازات: يوفيه في أي مكان شاء، وهو الأصح.

ولو عين مكاناً، قيل: لا يتعين، وقيل: يتعين.

ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به.

ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارق فيه، سواء كان رأس المال من النقود أو من الأعيان.

ولا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لها أو لأحدهما، وكذا لا يثبت فيه خيار / [١٨١ظ] الرؤية، بخلاف خيار العيب.

ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق، ورأس المال قائم جاز، خلافاً لزفر.

وجملة الشروط جمعوها في قولهم:

إعلام رأس المال وتعجيله وإعلام المسلم فيه وتأجيله / وبيان مكان الإيفاء والقدرة على تحصيله.

فإن أسلم مائتي درهم في كثر حنطة مائة منها في دين على المسلم إليه، ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل، ويجوز في حصة النقد، ولا يشيع الفساد الطارئ بناء على أن عقد السلم وقع صحيحاً. فلو نقد رأس المال قبل الافتراق صح، إلا أنه يبطل بالافتراق.

ولا يجوز التصرف في رأس المال السلم والمسلم فيه قبل القبض.

ويصح قبض الصبي والعبد المحجور عليه في السلم والصرف، ذكرها في باب الوكالة بالشراء.

ولا تجوز الشركة والتولية في المسلم فيه، فإن تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئاً حتى يقبضه كله، إلا أنه لا يجب قبض رأس المال في مجلس إقالة السلم، كما يجب قبضه في مجلس بيع السلم، وفيه خلاف زفر.

ومن أسلم في كثر، فلما حلّ الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كثرًا، وأمر ربّ السلم بقبضه قضاء لحقه لم يكن قضاء، وإن أمره أن يقبضه له، ثم يقبضه لنفسه، فإكتاله له، ثم إكتاله لنفسه جاز.

ومن أسلم في كثر، فأمر ربّ السلم أن يكيّله المسلم إليه في غرائر رب السلم، ففعل وهو غائب لم يكن قضاء. ولو كانت الحنطة مشترة والمسألة بحالها صار قابضاً، كما لو اشترى حنطة بعينها، ودفع غرائره إلى البائع، وقال: اجعلها في غرائري، ففعل والمشتري حاضر أو غائب يصير قابضاً، كذا في **النهاية**. فلو أمره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم إليه، وفي الشراء للمشتري. وكذا إذا أمر أن يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم إليه، وفي الشراء من مال المشتري، ويتقرر الثمن عليه، ولهذا يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح، وهذا احتراز عما قيل: لا يكتفى بكيل واحد تمسكاً بظاهر ما روي عنه صلى الله عليه وسلم: أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان: صاع البائع وصاع المشتري، كذا في **العناية**.

ولو أمره في الشراء أن يكيّله في غرائر البائع، ففعل لم يصير المشتري قابضاً، كما لو أمره أن يكيّله، ويعزله في ناحية من بيت البائع.

ولو اجتمع العين والدين والغرائر للمشتري، إن بدأ / [١٨٢و] بالعين صار قابضاً، وإن بدأ بالدين لم يصير قابضاً، وينتقض البيع عند أبي حنيفة، وعندهما: بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء شاركه في المخلوط. قال صاحب

العناية: صورته رجل أسلم في كَرّ حنطة، فلما حلَّ الأجل اشترى من المسلم إليه كَرّاً آخر بعينه، ودفع غرائر إليه ليجعل الدّين أي المسلم فيه والعين . وهو المشتري . فيها، فلا يخلو البائع من أن يجعل فيها أولاً الدّين أو العين، فإن كان الثاني صار المشتري قابضاً لهما جميعاً، وإن كان الأوّل لم يصير قابضاً، انتهى.

ومن أسلم جارية في كَرّ حنطة، وقبضها المسلم إليه، ثم تقايلا، فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها، ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز.

ولو اشترى جارية بألف، ثم تقايلا، فماتت في يد المشتري بطلت الإقالة. ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة، بخلاف بيع المقايضة، حيث تصحّ الإقالة، وتبقى بعد هلاك أحد العوضين. وقد ذكرنا هذه المسألة في موضعها في باب الإقالة.

ومن أسلم إلى رجل دراهم في كَرّ حنطة، فقال المسلم إليه: شرطت لك رديّاً،^{١٣٢٤} وقال ربّ السلم: لم نشرط شيئاً فالقول قول المسلم إليه. وفي عكسه قالوا: يجب أن يكون القول لربّ السّلم عند أبي حنيفة وإن كان صاحبه منكراً، وعندهما: القول للمسلم إليه وإن أنكر الصّحة.

ولو قال المسلم إليه: لم يكن له . أي: للمسلم . أجل، وقال ربّ السلم: بل كان له أجل فالقول ربّ السلم بالاتفاق، وفي عكسه القول لربّ السّلم عندهما، وعند أبي حنيفة: القول للمسلم إليه، والأصل فيه: أن من خرج كلامه تعتقاً فالقول لصاحبه بالاتفاق، وإن خرج خصومة، ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول للمدعي الصّحة عنده، وعندهما للمنكر وإن أنكر الصّحة.

ويجوز السلم في الثياب إذا بيّن طولاً وعرضاً ورقعةً، وإن كان ثوب حرير لا بدّ من بيان وزنه أيضاً. ولو كان رأس مال السلم عرضاً، فردّه بالعيب، وهلك قبل التسليم إلى ربّ السّلم لا يعود السّلم، ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع، ذكرها [١٨٢ ظ] في باب التحالف من كتاب الدّعوى.

ولا يجوز السلم في الجواهر، ولا في الحُرّز. وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم. ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر إذا سمى مبلغاً معلوماً. وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه، وما لا تضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه.

ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك إذا كان يعرف، وإن كان لا يعرف فلا خير فيه. وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجلٍ جاز استحساناً، وفي القياس لا يجوز، والصّحيح أنه يجوز بيعاً لا عِدّة. قال صاحب **العناية**: وهو مذهب عامة مشايخنا، وكان الحاكم الشّهادي يقول: هو مواعدة، وإنّما ينعقد العقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغاً، ولهذا يثبت الخيار لكل واحد منهما، انتهى.

والمعقود عليه في الاستصناع العيّن دون العمل، حتى لو جاء به مفروغاً لا من صنعته، أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز. ولا يتعين إلا بالاختيار، حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز، وهذا كلّهُ هو الصّحيح. قال في **الكفاية**: قوله: "وهذا كله... إلخ" راجع إلى قوله: "إنّه يجوز بيعاً لا عِدّة"، وقوله: "والمعقود عليه العين دون العمل" وقوله: "ولا يتعيّن إلا بالاختيار" لما أن في كل منهما قولاً آخر، انتهى.

^{١٣٢٤} رديّاً، هكذا في جميع النسخ.

وهو بالخيار، إن شاء أخذه وإن شاء تركه، ولا خيار للصانع، كذا ذكره في **المبسوط**، وهو الأصح، وعن أبي حنيفة: أن له الخيار أيضاً، وعن أبي يوسف: أنه لا خيار لهما.

ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب، وفيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليتمكن التسليم. وإنما قال: "بغير أجل"؛ لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير سلباً عند أبي حنيفة خلافاً لهما. ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلباً بالاتفاق.

إذا قبض رأس مال السلم، فوجد بعضها زيواً أو نبهجة، وتجاوز بها المسلم إليه صار مستوفياً دينه. ولو وجدها رصاصاً أو ستوقاً لا يصير مستوفياً ولو تجاوز بهما. أشار إليه في باب تقاضي الدراهم من كتاب الأيمان. وإذا أسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وإن جمعهما الوزن، ذكرها في باب الربا.

مسائل منثورة [١٨٣و]

ويجوز بيع المصحف؛ لأنه مال متقوم، ذكرها في السرقة. ويجوز بيع الفهد والكلب والسباع. والمعلم وغير المعلم في ذلك سواء، وعن أبي يوسف: أنه لا يجوز بيع الكلب العقور، وقال الشافعي: لا يجوز بيع الكلب. ولا يجوز بيع الخمر والخنزير، وقد ذكرناه في أول باب البيع الفاسد. وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين، إلا في الخمر والخنزير خاصة، فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير، وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة. ومن قال لغیره: بع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فهو جائز، ويأخذ الألف من المشتري، والخمسمائة من الضامن. وإن كان لم يقل: من الثمن جاز البيع بألف، ولا شيء على الضمين.

ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجهها، فوطئها الزوج فالتكاح جائز، وهذا قبض. وإن لم يطأها فليس بقبض، والقياس أن يصير قابضاً. ولو اشترى عبداً من رجل، ثم نسيه عند الاختلاط بأمثاله فهذه جهالة طارئة توجب هلاك المبيع، فيمتنع وجوب نقد الثمن، فيسقط الثمن. ذكرها في باب الاستثناء من كتاب الإقرار.

ومن اشترى عبداً، فغاب، ولم ينقد الثمن، فأقام البائع البيّنة أنه باعه إياه، ولم يقبض الثمن، فإن كانت غيبة معروفة لم يبيع في دين البائع. وإن لم يدر أين هو بيع العبد، وأوفي الثمن، كالراهن إذا مات. والمشتري إذا مات قبل قبض المبيع مفلساً، فإن المبيع يباع بثمنه، بخلاف ما بعد القبض. ثم إن فضل شيء يمسك للمشتري، وإن نقص يتبع هو أيضاً. فإن كان المشتري اثنين، فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه. فإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه، وكان متطوعاً بما أذى عن صاحبه.

ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان، ويمثله لو اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل، ومن الفضة دراهم وزن سبعة، قال في النهاية: وهذا اللفظ. يعني: قوله: [١٨٣ظ] "ومثله" - في استعمال الفقهاء فيما إذا كانت المسألتان تتشابهان صورة وتختلفان حكماً، وهنا كذلك، انتهى.

الكساد لا يوجب الفساد، كما إذا اشترى بالرطب شيئاً، فانقطع في أوانه، بأن لا يوجد في الأسواق لا يبطل اتفاقاً، وتجب القيمة، أو ينتظر زمان الرطب، بأن لا يوجد إلا في السنة الآتية. ذكرها في كتاب الصّرف.

ومن له على آخر عشرة دراهم جيداً، فقضاه زيوفاً وهو لا يعلم، فأنفقها، أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يرد مثل زيوفه، ويرجع بدراهمه.

رجل له على آخر جيداً، فاستوفى زيوفاً ظنها جيداً، ثم علم بالزيافة، وطالب بالجيد، وأخذها، فإن الجيد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف، ويجدد القبض. ذكرها في آخر كتاب الرهن.

وإذا أفرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه، وكذا إذا باض فيها، وكذا إذا تكسر^{١٣٢٥} فيها طير. ويحترز به عما لو كسره رجل فيها، فإنه لذلك الرجل لا للآخذ، ولا يختص بصاحبه، وهذا إذا لم يعد صاحب الأرض أرضه لذلك، بأن حفر فيها بئراً ليسقط فيها، أو أعد مكاناً للفراخ ليأخذها. فإن كان أعدّها لذلك لا يملكها الآخذ، بل رب الأرض يصير بذلك قابضاً، كذا قاله ابن الهمام، بخلاف ما إذا عسل النحل في أرضه، فالعسل يعد من أنزاله. أي: من زيادات الأرض، فيملكه تبعاً لأرضه، كالشجر النابت فيه، والتراب المجتمع في أرضه بجران الماء.

ولو اصطاد سمكة، فباعها، فوجد المشتري في بطنها درة لا يملكها المشتري، فيكون للبائع، ذكرها في الزكاة في باب المعادن والركاز. قال العلامة ابن الهمام: وما ذكر في السمكة من الإطلاق ظاهر الرواية، وقيل: إذا كانت الدرة غير مثقوبة تدخل في البيع بخلاف المثقوبة، كما لو كان في بطنها عنبر يملكه المشتري؛ لأنها تأكله، وكل ما تأكله يدخل في بيعها. وكذا لو كانت الدرة في صدفة ملكها المشتري. قلنا: هذا الكلام لا يفيد إلا مع دعوى أنها تأكل الدرة غير المثقوبة كأكلها العنبر، وهو ممنوع. نعم، قد يتفق أنها تبلعها مرة، بخلاف العنبر، فإنه حشيش، والصدف دسم من شأنها أكل ذلك، انتهى.

وقال العلامة أيضاً: [١٨٤و] من جنس هذه المسائل: صوف وضع على سطح بيت، فابتل بالمطر، فعصره رجل، فإن كان وضعه للماء فهو لصاحبه، وإلا فالماء للآخذ.

ولو باض صيد في أرض رجل، أو تكسر فيها، فجاء رجل ليأخذها، فمنعه صاحب الأرض، فإن كان في موضع يقدر صاحب الأرض على أخذه قريباً منه، بأن كان بحضرته كان الصيد لرب الأرض، كأنه أخذه عنده، وإن لم يكن بحضرته لا يملك. وكذا إذا وقع في ثيابه النثار^{١٣٢٦} من السكر أو الدراهم فهو لمن أخذه ما لم يكفّ ثوبه على الساقط فيه، أو كان مستعداً له. أي: للثار. بأن بسط ثوبه لذلك، فإذا كفّه أو كان مستعداً له فهو له. وكذا من هباً مكاناً للسرقة، فله ما طرح فيه عند البعض. وفي فتاوى الفضلي خلاف هذا، قال: أهل سكة يرمون في ساحة رجل الرماد والتراب والسرقة هو لمن يسبق، سواء هباً المكان له أو لا، انتهى.

^{١٣٢٥} أي انكسر رجله، من م.

^{١٣٢٦} النثار ما ينثره العروس أثناء دخوله على الناس، وأحياناً بعض الناس ينثره على العروس، ويقال للعروس بالعامية يا عريس كثر ملبس

كتاب الصرف

الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان، سمي به للحاجة إلى النقل في بدليه من يدٍ إلى يدٍ، والصَّرف: هو التَّقل والرَّد لغة، أو لأنه لا يطلب منه إلا الزَّيادة؛ إذ لا ينتفع بعينه، والصَّرف هو الزيادة لغةً، كذا قاله الخليل، ومنه سميت العبادة النافلة صرفاً.

فإن باع فضةً بفضةٍ أو ذهباً بذهب لا يجوز إلا مثلاً بمثل وإن اختلفت في الجودة والصياغة. وإذا وجد في أحد العوضين بعضه زيوفاً أو نبهرجة، وتجوَّز به أحد العاقلين، وقبضه صار مستوفياً. ولو وجده رصاصاً أو ستوقاً لا يجوز التجوز بهما، وكذا في السلم كما مرَّ ذكرها في باب اليمين في تقاضي الدراهم. ولا بدّ من قبض العوضين قبل الافتراق، سواء كانا يتعينان كالمصوغ، أو لا يتعينان كالمضروب، أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر. والمراد من الافتراق الافتراق بالأبدان، حتى لو ذهبا بمشيان معاً في جهة واحدة، أو ناما في المجلس، أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف.

وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل ووجب التقابض. فإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد، ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه، ولا الأجل، إلا إذا أسقط الخيار في المجلس، فيعود إلى الجواز. والاعتياض عن الأجل حرام. ذكرها في باب الصلح عن الدين [١٨٤ظ] من كتاب الصلح. ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه، حتى لو باع ديناراً بعشرة دراهم، ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوباً فالبيع في الثوب فاسد، وقال زفر: يجوز في الثوب.

ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازة، لكن يشترط القبض في المجلس، بخلاف بيعه بجنسه مجازة. ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة، وفي عنقها طوق فضة فيها ألف مثقال بألفي مثقال فضة، ونقد من الثمن ألف مثقال، ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضّة. وكذا لو اشتراها بألفي مثقال ألفاً نسيئة، وألفاً نقداً؛ فالنقد ثمن الطوق. وكذا لو باع سيفاً محلي بمائة درهم وحليته خمسون درهماً، ودفع من الثمن خمسين جاز البيع، وكان المقبوض حصّة الفضّة وإن لم يبين ذلك، وكذلك إن قال: خذ هذه الخمسين من ثمنها، فإن لم يتقبض حتى افترقا بطل العقد في الحلية. وكذا في السيف إن كان لا يتخلص إلا بضرر. ولهذا . أي: ولعدم إمكان تسليمه بدون الضرر . لا يجوز إفراده . أي: السيف . بالبيع. وإن كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف، وبطل في الحلية. وهذا إذا كان الفضة المفردة أزيد مما فيه، وإن كانت مثله أو أقل منه أو لا يدري لا يجوز البيع.

ومن باع إناء فضة، ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض، وصحّ فيما قبض، وكان الإناء مشتركاً بينهما. ولو استحق بعض الإناء فالمشتري بالخيار، إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء ردّ.

وإن باع قطعة نُقِرَ، ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصّتها، ولا خيار له.

ومن باع درهمين وديناراً بدرهم ودينارين جاز البيع، وجعل كل جنس بخلافه، وقال زفر والشافعي: لا يجوز. وعلى هذا الخلاف إذا باع كَرَّ شعير وكَرَّ حنطة بكري شعير وكري حنطة.

ولو باع درهماً وثوباً بدرهم وثوب، وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين، ولا يصرف الدرهم إلى الثوب.

ومن باع أحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار جاز البيع، ويكون العشرة بمثلها، والدينار بدرهم. ولو تباعا فضةً بفضةٍ، أو ذهباً بذهبٍ، ومع أقلهما شيء آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة، [١٨٥و] وإن لم يبلغ فمع الكراهة، وإن لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع. ومن كان له على آخر عشرة دراهم، فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة دراهم، ودفع الدينار، وتقصاً العشرة بالعشرة فهو جائز، ووقعت المقاصة استحساناً، والقياس بنفيه. ومعنى المسألة: إذا باع بعشرة مطلقة. وزفر يخالفنا فيه عملاً بالقياس. وهذا إذا كان الدين سابقاً، أي على عقد الصرف. فإن كان لاحقاً فكذلك في أصح الروايتين. قال صاحب العناية: بأن اشترى ديناراً بعشرة دراهم وقبض الدينار، ثم إن مشتري الدينار باع ثوباً من بائع الدينار بعشرة دراهم، ثم أراد أن يتقاصا، ففيه روايتان: في رواية أبي سليمان وهي التي اختارها فخر الإسلام، وقال المصنف في أصح الروايتين تقع المقاصة، وفي رواية أبي حفص واختارها شمس الأئمة وقاضي خان لا تقع المقاصة، انتهى.

ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلّة بدرهمين صحيحين ودرهم غلّة. والغلّة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار. وفي العناية: الغلّة من الدراهم هي المقطعة التي في القطعة منها قيراط وطسوج أو حبة، فردّها بيت المال لا لزيافتها، بل لكونها قطعاً، ويأخذها التجار، انتهى.

فإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم، وإن كان الغالب على الدينار الذهب فهي ذهب، ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد، حتى لا يجوز بيع الخالصة بها، ولا بيع بعضها ببعضها إلا متساوياً في الوزن. وكذا لا يجوز الاستقراض بها إلا وزناً. والنقود لا تخلو عن قليل غشّ عادة؛ لأنها لا تنطبع إلا مع الغشّ، وقد يكون الغش خلقياً كما في الرديء منه، فيلحق القليل بالرداءة، والجيد والرديء سواء. فإن كان الغالب عليهما الغش فليس في حكم الدراهم والدينار اعتباراً للغالب. فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف. وإن بيعت أي: الدراهم التي غشّها غالبٌ بجنسها متفاضلاً جاز صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس، وهي في حكم شيئين: [١٨٥ظ] فضةٌ وصفرٌ، ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس. قال صاحب الهداية: قال العبد الضعيف: ومشايخنا. يعني به: علماء ما وراء النهر. لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والعطارية؛ لأنها أعزّ الأموال في ديارنا، فلو أبيح التفاضل فيه يفتح باب الربا.

ثم إن كانت تروّج بالوزن فالتبائع والاستقراض فيهما بالوزن. وإن كانت تروج بالعدّ فبالعدّ. وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما؛ لأن المعتبر هو المعتاد فيها إذا لم يكن نصّ. ثم هي ما دامت تروج تكون أثماً لا يتعين بالتعيين، وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين. وإن كان يقبلها البعض دون البعض فهي كالزّيوف لا يتعلق العقد بعينها، بل بجنسها زيوفاً إن كان البائع يعلم بحالها، وبجنسها من الجياد إن كان لا يعلم.

وإذا اشترى بها سلعة، فكسدت، فترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: عليه قيمتها يوم البيع، وقال محمد: عليه قيمتها آخر ما تعامل الناس بها.

وتجوز البيع بالفلوس، فإن كانت نافقة جاز البيع وإن لم يعيّن، وإن كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها.

وإذا باع بالفلوس النافقة، ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وهو نظير الاختلاف الذي بيناه.

ولو استقرض فلوساً، فكسدت عند أبي حنيفة: عليه مثلها، وعندهما: يجب قيمتها، كما إذا استقرض مثلياً، فانقطع، لكن عند أبي يوسف يوم القبض، وعند محمد يوم الكساد على ما مرّ. وأصل الاختلاف فيمن غصب مثلياً فانقطع. وقول محمد أنظر، وقول أبي يوسف أيسر.

ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز، وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس، وكذا إذا قال: بدانق فلوس، أو بغيراط فلوس، وقال زفر: لا يجوز في جميع ذلك. ولو قال: بدرهم فلوس أو بدرهين فلوس فكذلك عند أبي يوسف. وعن محمد: أنه لا يجوز، ويجوز فيما دون الدرهم، قالوا: وقول أبي يوسف أصح سيّما في ديارنا.

ومن أعطى صيرفياً درهماً، وقال: [١٨٦و] أعطني بنصفه فلوساً، وبنصفه نصفاً إلا حبة جاز البيع في الفلوس، وبطل فيما بقي عندهما. وفي العناية: قوله "وبنصفه نصفاً" أي: درهماً صغيراً وزنه نصف درهم كبير إلا حبة، انتهى. وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل في الكل، ولو كرّر لفظ الإعطاء كان جوابه كجوابها هو الصحيح. وفي العناية: قوله "هو الصحيح" احتراز عمّا حكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني والفقيه المظفر ابن اليمان والشيخ الإمام شيخ الإسلام أن العقد لا يصحّ ههنا أيضاً وإن كرّر لفظ الإعطاء لاتحاد الصّفقة، قيل: والأول هو الصحيح، وهو اختيار المصنف، انتهى.

ولو أعطى نصف درهم فلوس ونصفاً إلا حبة جاز. قال رحمته الله: وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسألة الثانية، ولم يذكر الأولى.

كتاب الكفالة

الكفالة هي الضم لغة، قال الله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾.^{١٣٢٧} ثم قيل: هي ضم الدمة إلى الدمة في المطالبة، وقيل: في الدين، والأول أصح.

الكفالة ضربان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال.

فالكفالة بالنفس جائزة، والمضمون بما إحضار المكفول به، وقال الشافعي: لا تجوز.

وتنعقد إذا قال: تكلفت بنفس فلان، أو برقبته، أو بروحه، أو بجسده، أو برأسه. وكذا ببذنه وبوجهه وكذا، بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه، بخلاف ما إذا قال: تكلفت بيد فلان أو برجله. وكذا إذا قال: ضمنته، أو عليّ، أو إليّ. وكذا إذا قال: أنا زعيم به، أو قبيل، بخلاف ما إذا قال: أنا ضامن لمعرفته.

فإن شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه في ذلك الوقت وفاءً بما التزمه. فإن أحضره، وإلا حبسه الحاكم، ولكن لا يحبسه أول مرة لعله ما درى بماذا يدعي.

ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه. فإن مضت ولم يحضره يحبسه. وإذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه برئ الكفيل من الكفالة. فإذا كفّل على أن يسلمه في مجلس القاضي، فسلمه في السوق برئ. وقيل: في زماننا لا يبرأ. وإن سلمه في برية لم يبرأ. وكذا إذا سلمه في سواد ليس فيه قاضٍ يفصل الحكم. ولو سلمه في مصر آخر غير المصر الذي كفّل فيه برئ عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يبرأ. [١٨٦ظ] ولو سلمه في السجن، وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ.

وإذا مات المكفول به؛ برئ الكفيل بالنفس من الكفالة، وكذا إذا مات الكفيل، بخلاف الكفيل بالمال.

ولو مات المكفول له فللوصي أن يطالب الكفيل، وإن لم يكن فلوارثه.

ومن كفّل بنفس آخر، ولم يقل: إذا دفعت إليك فأنا بريء، فدفعه إليه فهو بريء، ولا يشترط قبول الطالب

التسليم.

ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح، وكذا إذا أسلمه إليه وكيل الكفيل أو رسوله. فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه، وهو ألف، فلم يحضره إلى الوقت لزمه ضمان المال، ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس. وهذا تعليق بشرط متعارف، فيصح، وليس تعليقاً بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه. وقال الشافعي: لا تصح هذه الكفالة.

ومن كفّل بنفس رجل، وقال: إن لم يواف به غداً فعليه المال، فإن مات المكفول عنه ضمن المال.

ومن ادّعى على آخر مائة دينار، ويّنها أو لم يّنها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به غدا؛

فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: إن لم يّنها حتى تكفل ثم ادّعى بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه.

^{١٣٢٧} سورة آل عمران، ٣/٣٧.

ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله. معناه: لا يجبر عليها عنده، أي: لا يجبر على إعطاء الكفيل، كذا قاله العلامة ابن الهمام. وقالوا: يجبر في حدّ القذف وحدّ القصاص، بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى. ولو سمحت به نفسه يصحّ بالإجماع. وكذا يجبر في التعزير بالاتفاق، ولا يجبس فيها حتى يشهد شاهدان أو شاهد عدل يعرفه القاضي. وذكر في أدب القاضي: أنّ على قولهما لا يجبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد.

والرهن والكفالة جائزان في الخراج.

ومن أخذ من رجل كفيلًا بنفسه، ثم ذهب، وأخذ منه كفيلًا آخر فهما كفيلان.

ولو صالح من كفالته بالنفس على عوض تبطل الكفالة، ولا يجب المال في رواية، وفي أخرى: لا تبطل الكفالة، ولا يجب المال. ذكرها في أواخر الشفعة.

وأما الكفالة بالمال فجائزة، معلومًا كان المال المكفول به أو مجهولًا، إذا كان دينًا صحيحًا، مثل أن يقول: تكفّلت عنه بألف، أو بما لك عليه، أو بما يدركك في هذا البيع،/[١٨٧و] ومثل هذه الجهالة تتحمل في الكفالة التي مبناها على التوسع، مع أن الكفالة بالدرك تصحّ بالإجماع وإن تضمنت الجهالة، وصار هذا كما إذا كفّل بشجّة صحت الكفالة وإن احتمل السراية والاقتصار.

وشرط أن يكون دينًا صحيحًا، ومراده: أن لا يكون بدل الكتابة.

والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل وإن شاء طالب كفيله، إلّا إذا شرط المكفول له البراءة، أي: براءة الذي عليه الأصل، فحينئذ تنعقد حوالة، كما أن الحوالة بشرط أن لا يرثها المحيل تكون كفالة. ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما.

ويجوز تعليق الكفالة بالشروط، مثل أن يقول: ما بايعت فلانًا فعليّ، وما ذاب لك عليه فعليّ، وما غصبك فعليّ. والأصل: أنه يصحّ تعليقه بشرط ملائم له، مثل أن يكون شرطًا لوجوب الحقّ، كقوله: إذا استحق المبيع، أو لإمكان الاستيفاء، مثل قوله: إذا قدم زيد وهو مكفول عنه، أو لتعذر الاستيفاء، مثل قوله: إذا غاب عن البلدة. وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه، فأما [ما] لا يصحّ التعليق بمجرد الشرط، كقوله: إن هبّت الرّيح أو جاء المطر. وكذا إذا جعل واحدًا منهما أجلًا، إلّا أنّه تصحّ الكفالة ويجب المال حالًا، والكفالة لما صحّ تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق.

وتجوز الكفالة إلى قدوم الحاجّ، وإلى الحصاد والديّاس والقطاف والجذاذ. ذكرها في باب البيع الفاسد.

وإن قال: تكفّلت بما لك عليه، فقامت البيّنة بألف عليه ضمنه الكفيل. وإن لم تقم البيّنة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعرف به. فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله، ويصدّق في حق نفسه.

ويجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره. فإن كفّل بأمره رجوع بما أدى عليه. وإن كفّل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه. وقوله: "رجع بما أدّى" معناه: إذا أدى ما ضمنه. أما إذا أدّى خلافه رجوع بما ضمن. وذلك بأن كفّل عن رجل بدراهم جياد، وأعطى الطالب زيوفًا رجوع بمثل ما ضمنه على الأصل، كذا في الكفاية. فحينئذ يملك الدّين بالأداء، فينزل الكفيل منزلة الطالب، كما إذا ملكه بالهبة، بأن يهب المكفول له الدّين الذي في ذمّة المكفول عنه للكفيل، أو بالإرث، وهو بأن يموت المكفول له، ويرثه الكفيل، بخلاف المأمور بقضاء الدّين،/[١٨٧ظ] حيث يرجع

بما أدى، وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف على خمسمائة، فصار كما إذا أبرأ الطالب الكفيل. قال العلامة ابن الهمام: يعني: عن خمسمائة، وأخذ منه خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه إلا بخمسمائة، أو المعنى: إذا أبرأ الكفيل عن كل الدين لا يرجع بشيء، فكذا لا يرجع عن بعضه لا يرجع في حق ذلك البعض اعتباراً للبعض بالكل، انتهى.

ولو كفل عن غيره بغير أمره، فبلغه، فأجاز لا يتغير حكمه، حتى لو أدى لا يرجع عليه. ذكرها في باب من كاتب عبده.

وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه، فإن لوزم بالمال كان له أن يلزم المكفول عنه حتى يخلصه، وكذا إذا حبس كان له أن يجسه.

وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه، أو استوفى منه برئ الكفيل. وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل. وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن كفيله. ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيراً عن الذي عليه الأصل، بخلاف ما إذا كفل بالمال الحال مؤجلاً إلى شهر، فإنه يتأجل عن الأصيل.

فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الأصل، ويرجع على الأصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره، بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر، فيرجع بجميع الألف.

ولو كان صالحه عما استوجب الكفالة، وهو المطالبة لا يبرأ الأصيل. قال في الكفاية: صورته ما ذكر في المبسوط: أنه لو صالحه على مائة درهم على أن أبرأ الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الأصيل بمائة، ورجع الطالب على الأصيل بتسعمائة؛ لأن إبراء الكفيل يكون فسخاً للكفالة، ولا يكون إسقاطاً لأصل الدين، انتهى. ومن قال لكفيل ضمن له مالاً: قد برئت إلي من المال؛ رجع الكفيل على المكفول عنه، معناه: ضمن له بأمره.

وإن قال: أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه.

ولو قال: برئت، قال محمد: هو مثل الثاني، وقال أبو يوسف: هو مثل الأول، وقيل في جميع ما ذكرناه: إذا كان الطالب حاضراً يرجع في البيان إليه.

ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط. قال العلامة ابن الهمام: أي: بالشرط المتعارف، مثل: إن عجلت لي البعض أو دفعت البعض [١٨٨و] فقد أبرأتك من الكفالة. أما غير المتعارف فلا يجوز تعليق الكفالة به، انتهى. ويروى أنه يصح.

وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا يصح الكفالة به، كالحقوق والقصاص، معناه: بنفس الحد، لا بنفس من عليه الحد.

إذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز، والثمن دين كسائر الديون. وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح، والمبيع عين مضمون بغيره، وهو الثمن.

والكفالة بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافاً للشافعي لكن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعاً فاسداً، والمقبوض على سوم الشراء، والمغصوب، لا بما كان مضموناً بغيره، كالرهون والمبيع، ولا بما يكون أمانة، كالوديعة والمستأجر والمستأجر ومال المضاربة والشركة.

ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض، أو بتسليم الرهن بعد القبض إلى الراهن، أو بتسليم المستأجر إلى المستأجر جاز بالتزامه فعلاً واجباً.

ومن استأجر دابةً للحمل عليها، فإن كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل، وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة. وكذا من استأجر عبداً للخدمة، فكفل له رجل بخدمته فهو باطل.

ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في مجلس العقد، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: تجوز إذا بلغه فأجاز، ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة، والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعاً، إلا في مسألة واحدة، وهي أن يقول المريض لوارثه: تكفل عني بما عليّ من الدين، فتكفل به مع غيبة الغرماء، حيث يصح وإن لم يسم المكفول لهم. قالوا: إنما يصح إذا كان له مال، فإن لم يكن له مال لا تؤخذ الورثة بديونه. ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه، يعني: منهم من لم يصح ذلك، ومنهم من صححه.

وإذا مات الرجل وعليه ديون، ولم يترك شيئاً، فتكفل رجل عنه للغرماء لم يصح عند أبي حنيفة، وقالوا: يصح، كما إذا تبرع به إنسان.

ولا تصح الكفالة إذا كان المكفول له مجهولاً، كما إذا كفل لأحد الغرماء. ذكرها في فصل القضاء بالمواريث من كتاب القضاء.

ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره، فقضاه [١٨٨ظ] الألف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها، بخلاف ما إذا كان الدفع. أي: دفعه إلى الكفيل. على وجه الرسالة، فيكون أمانة، فله أن يرجع. وإن ربح الكفيل فيه فهو له، ولا يتصدق به إذا كان قبضه على وجه الاقتضاء بناء على أنه ملكه، حتى لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح. فكذا إذا قبضه يملكه، لكن فيه نوع خبط على مذهب أبي حنيفة، فلا يتصدق به. وأما إذا كان قبضه على وجه الرسالة وكان أمانة فلا يطيب له الربح في قول أبي حنيفة ومحمد، وفي قول أبي يوسف: يطيب، كذا في العناية.

ولو كانت الكفالة بكر حنطة، فباعها، وربح فيها فالربح له في الحكم أي: قضاء. قال. أي: أبو حنيفة. وأحب إليّ أن يرده على الذي قضاه الكرّ، ولا يجب عليه في الحكم، وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير، وقال أبو يوسف ومحمد: هو له، ولا يرده على الذي قضاه، وهو رواية عن أبي حنيفة. وعنه: أنه يتصدق به، وهذا. أي: الرد على المديون. أصح، لكنّه استحباب لا جبر.

ومن كفل عن رجل بألف بأمره، فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريراً، ففعل فالشراء للكفيل، والربح الذي ربحه البائع فهو عليه. ومعناه الأمر ببيع العينة، مثل أن يستقرض من تاجر عشرة، فيتأبى عليه، ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشرة مثلاً رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة، ويتحمل خمسة. سمي به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين، وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة لمذموم البخل. ثم قيل: هذا ضمان لما يخسر المشتري نظراً إلى قوله: عليّ، وهو فاسد، وليس بتوكيل، وقيل: هو توكيل فاسد، وكيف ما كان فالشرى للمشتري، وهو الكفيل. والربح. أي: الزيادة. عليه، وهو العاقد.

ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه، أي: تقرّر عليه، أو بما قضي له عليه، فغاب المكفول عنه، فأقام المدعي البينة على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لم يقبل.

ومن أقام البيّنة أنّ له على فلان كذا، وأنّ هذا كفيل عنه بأمره فإنه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه. وإن كانت الكفالة بغير أمره يقضى على الكفيل / [١٨٩و] خاصة.

وفي الكفالة بأمر يرجع الكفيل بما أدّى على الأمر، وقال زفر: لا يرجع.

ومن باع داراً، وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم أي: تصديق من الكفيل بأنّ الدار ملك البائع، كذا في العناية.

ولو شهد وختم، ولم يكفل لم يكن تسليمًا، وهو على دعواه. ومعنى قوله: "ختم" أن يكتب اسمه في الصكّ، وجعل اسمه تحت رصاص مكتوباً، ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل. كذا في العناية نقلاً عن شمس الأئمة الحلواني.

قالوا: إذا كتب في الصكّ: باع وهو يملكه أو بيعاً باتاً نافذاً، وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم، إلّا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين.

فصل في الضمان

ومن باع لرجل ثوباً، وضمن له الثمن، أو مضارب ضمن ثمن متاع فالضمان باطل، وكذلك رجلان باعا عبداً صفقة واحدة، وضمن أحدهما لصاحبه حصّته من الثمن، بخلاف ما إذا باعا صفقتين، فحينئذ لا يكون فيه شركة، ألا يرى أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما، ويردّ نصيب الآخر، وأن يقبض نصيب أحدهما إذا نقد ثمن حصته وإن قبل الكلّ.

ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز. أما الخراج فقد ذكرناه، وأما النوائب، فإن أريد بها: ما يكون بحق، ككرى النهر المشترك، وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش، وفداء الأسرى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق. وإن أريد بها: ما ليس بحق، كالجبايات في زماننا، ففيه اختلاف المشايخ، وممن يميل إلى الصّحة الشيخ الإمام عليّ البرّدوي. وأما القسمة فقد قيل: هي النوائب بعينها أو حصة منها، والرّواية بأو، وقيل: هي النّائبة الموظّفة الرّاتبية، والمراد بالنوائب: ما ينوبه غير راتب، والحكم ما بيّناه.

ومن قال لآخر: لك عليّ مائة إلى شهر، وقال المقرّر له: هي حالة فالقول قول المدّعي.

وإن قال: ضمننت لك عن فلان مائة إلى شهر، وقال المقرّر له: هي حالة فالقول قول الضامن، والشّافعي ألحق الثاني. أي: الضمان. بالأول. أي: الإقرار، وأبو يوسف. فيما يروى عنه. ألحق الأول بالثاني.

ومن اشترى جاريةً، وكفل له رجل بالدرك، فاستحققت / [١٨٩ظ] لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع، وهذا في مجرّد الاستحقاق بناءً على أنّ البيع لا ينتقض به في ظاهر الرواية ما لم يقض له بالتّمن على البائع، فلم يجب على الأصيل ردّ الثمن، فلا يجب على الكفيل، بخلاف القضاء بالحرّة بناءً على أن البيع يبطل بها رأساً، فيرجع على البائع والكفيل، وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الأصل.

ومن اشترى عبداً، فضمن له رجل بالعهدّة فالضّمان باطل، بخلاف الدرك، فإنّه يصح، ويستعمل في ضمان الاستحقاق عرفاً.

ولو ضمن الخلاص لا يصحّ عند أبي حنيفة، وعندهما هو بمنزلة الدرك، فيصحّ.

ولا تجوز كفالة المملوك والصبي إلا بالإذن. ولا تصح كفالة المكاتب. ولو صدر الكفالة من المريض يصح من الثلث، وهذه كلها في أول الشَّرْكة، ومسألة كفالة المريض المذكورة في باب عتق المريض من كتاب الوصايا. ومن باع عبداً على أن يعطيه كفيلاً معيّناً حاضراً من المجلس، فقبل جاز استحساناً. وإذا لم يكن الكفيل معيّناً أو غائباً حتى افترقا لم يجز البيع. ولو كان غائباً فحضر في المجلس وقبل صح. ذكرها في الرهن قبيل فصل "ومن رهن عبدين." ومن أثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل، كمن أثبت الشرى ممن في يده. ذكرها في باب القضاء بالمواريث، وقد أوردناها في كتاب الدعوى أيضاً.

باب كفالة الرجلين

وإذا كان الدين على اثنين، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، كما إذا اشتريا عبداً بألف درهم، وكفل كل واحد منهما عن صاحبه، فما أدى أحدهما لم يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة. وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلاً كان أو كثيراً، ثم يرجعان على الأصيل، وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه. وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع. وإذا افترق المتفاوضان، فلاصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين، ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف. [١٩٠و]

وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه. ولو لم يؤدي شيئاً حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق، وبرئ عن النصف، ويبقى النصف على الآخر. وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة، وصاحبه بالأصالة. فإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبهما يؤدي، وإن أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء.

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق، ولم يسمَ حالاً ولا غيره فهو حال. قوله: "لا يجب عليه" صفة "مالاً" أي: مالاً صفته أنه لا يجب عليه حتى يعتق، بأن أقرّ باستهلاك مال، وكذبه المولى، أو أقرضه إنسان أو باعه وهو محجور، أو وطئ امرأةً بشبهةٍ بغير إذن المولى، فإنه لا يؤاخذ به في الحال، كذا في الكفالية، بخلاف الدين المؤجل، فإنه لا يؤخذ الكفيل أيضاً إلا بعد الأجل. ثم إذا أدى رجع على العبد بعد العتق، كما لا يرجع الطالب عليه إلا بعد العتق.

ومن ادّعى على العبد مالا، وكفل له رجل بنفسه، فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الأصيل، كما إذا كان المكفول بنفسه حرّاً. فإن ادّعى رقة العبد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدّعي البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته.

وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأذاه أو كان المولى كفل عنه فأذاه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه. وقال زفر: يرجع. ومعنى الوجه الأول أن لا يكون على العبد دين، حتى يصحّ كفالته بالمال عن المولى إذا كان بأمره. أما كفالته عن العبد تصحّ على كل حال. ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة، حرّ تكفّل به أو عبد. وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة، وعلى قولهما: تصحّ. وتصح الكفالة بمال أعتق عبده عليه، ذكرها في باب العتق على جعل.

كتاب الحوالة

وهي جائزة بالدين، قال عليه السلام: {مَنْ أُحِيلَ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ}.^{١٣٢٨} وتصحّ برضاء المحيل والمحال والمحتال عليه، وإذا تمت الحوالة / [١٩٠ ظ] برئ المحيل من الدين بالقبول، وقال زفر: لا يبرأ. ويجبر على القبول إذا نقد المحيل، ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوي حقه، وقال الشافعي: لا يرجع وإن توى. والتوى عند أبي حنيفة أحد الأمرين: إما أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بيّنه له عليه، أو يموت مفلساً. وقالوا هذان، ووجه ثالث، وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه حال حياته. وإذا شرط في الحوالة أن لا يبرأ المحيل تكون كفالةً، وقد مرّ في الكفالة أيضاً. وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة، فقال المحيل: أحلت بدين لي عليك؛ لم يقبل قوله، وكان عليه مثل الدين. والحوالة لا تكون إقراراً منه بالدين عليه؛ لأنها قد تكون بدونه. وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به، فقال: إنما أحلتك لتقبضه لي، وقال المحتال: بل أحلتني بدين لي عليك فالقول قول المحيل مع يمينه. ومن أودع رجلاً ألف درهم، وأحال بما عليه آخر فهو جائز. فإن هلك برئ لتقيدها بها، بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب. يعني: بأن كان الألف مغصوباً عند المحال عليه، كذا في العناية. فحيث لا تبطل الحوالة بهلاك ذلك المغصوب المعين، بل تبقى الحوالة متعلقة بمثله أو قيمته، كذا في النهاية. وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً، وحكم المقيد في هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه. وقوله: "في هذه الجملة" المراد به: الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت أو غصباً، وبالدين، كذا في العناية. وهذا على مثال الرهن وإن كان أسوة للغرماء بعد الموت، يعني: أنه لا يكون أخصّ بذلك العين أو الدين الذي قيّدت به الحوالة عند موت المحيل من سائر الغرماء، بل هو أسوة لهم خلافاً لزفر، وهو القياس. كذا في العناية.

^{١٣٢٨} الطبراني، معجم الأوسط، ٨٥٨٢؛ ورواه البخاري و مسلم بلفظ "إذا أتبع أحدكم...".

والمترحم يكون أخص من سائر الغرماء عند موت الراهن، كذا في الكفاية، بخلاف الحوالة المطلقة، فحينئذ لا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أو عنده.

وإذا ملك المحتال عليه الدين بالأداء إلى المحتال، بأن أحال المدينون رجلاً على رجل/[١٩١و] ليس عليه دين، فقبل الحوالة، وأدى فإنه يملك الدين الذي على المحيل، فيرجع به، لا بما أدى، حتى لو أدى عروضاً أو دراهم من الدنانير لا يرجع إلا بالدين كالكفيل. وكذا لو وهب المحتال الدين للمحتال عليه، أو تصدق به عليه، أو ورثه المحتال عليه من المحتال. أشار إليها في كتاب الكفالة. والعبارة عن شرح العلامة ابن الهمام.

ويكره السفاتج، وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق، وهذا نوع نفع استفيد به، وقد نهي النبي عليه السلام عن قرضٍ جرّ نفعاً.

كتاب أدب القاضي

ولا تصح ولاية القاضي حتى تجمع في المولى شرائط الشهادة، ويكون^{١٣٢٩} من أهل الاجتهاد. والفاسق أهل للقضاء، حتى لو قلّد يصح، إلا أنه لا ينبغي أن يقلّد كما في حكم الشهادة. ولو كان عدلاً، ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينزل، ويستحق العزل، وهذا هو ظاهر المذهب، وعليه مشايخنا، وقال الشافعي: الفاسق لا يجوز قضاؤه، كما لا تقبل شهادته عنده، وعند علمائنا الثلاثة في النواذر: أنه لا يجوز قضاؤه. وقال بعض المشايخ: إذا قلّد الفاسق ابتداءً يصحّ، ولو قلّد وهو عدل ينزل بالفسق، وهل يصلح مفتياً؟ قيل: لا، وقيل: يصلح.

والصحيح: أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية للقضاء، وأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا، ويمكن أن يقضى بفتوى غيره خلافاً للشافعي.

وينبغي للمقلد أن يختار من هو الأقدر والأولى، وفي حدّ الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه. وحاصله أن يكون صاحب حديث، له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار، أو صاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه. وقيل: أن يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس، وكثير من الأحكام يبتنى عليها.

ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه يؤدي فرضه. وقد تقلّد الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين، وكفى بهم قدوة، وهو فرض كفاية. ويكره الدّخول فيه لمن يخاف العجز عنه، ولا يأمن على نفسه/[١٩١ظ] الحيف فيه، وكره بعضهم الدّخول فيه مختاراً، والصحيح: أنّ الدخول فيه رخضة، والترك عزيمة لعله يخطئ ظنه، فلا يوفق له أولاً يعينه عليه غيره.

ولا بدّ من الإعانة إلا إذا كان هو الأهل للقضاء دون غيره، فحينئذ يفترض عليه التقلّد صيانة لحقوق العباد، وإخلائاً للعالم عن الفساد.

^{١٣٢٩} ل س: تكون.

وينبغي أن لا يطلب الولاية، ولا يسألها.

ثم يجوز التقليد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل، إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء بحق.

ومن قلّد القضاء يسأل ديوان القاضي الذي قبله، وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها؛ لأنها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة، فيجعل في يد من له ولاية القضاء، ثم إن كان البياض من بيت المال فظاهر، وكذا إذا كان من مال الخصوم في الصحيح، وكذا إذا كان من مال القاضي المعزول هو الصحيح. وفي العناية: وقوله: "في الصحيح" في الصورتين احتراز عما قاله بعض المشايخ: إن البياض إذا كان من مال الخصوم أو مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه؛ لأنه ملكه أو وهب له، ولكن الصحيح فيهما ما ذكر، انتهى.

ويبعث أمينين ليقبضها بحضرة المعزول أو أمينه ويسألانه شيئاً فشيئاً، ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى، وهذا السؤال لكشف الحال لا للإلزام.

وينظر في حال المحبوسين، فمن اعترف بحق ألزمه إياه، ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة، فإن لم تقم لم يجعل بتخليته حتى ينادي عليه، وينظر في أمره.

وينظر في الودائع، وارتفاع الوقوف، فيعمل به على ما تقوم به البينة، أو يعترف به من هو في يده. ولا يقبل قول المعزول إلا أن يعترف الذي هو في يده أن المعزول سلّمها إليه، فيقبل قوله فيها، إلا إذا بدأ بالاقرار لغيره، فيسلم إلى المقر له الأول.

ولا يقبل إخبار المعزول قاضي آخر في غير عمله أو في غير عملهما، ذكرها في كتاب القاضي إلى القاضي. ويجلس للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرماء وبعض المقيمين، والمسجد الجامع أولى، وقال الشافعي: يكره الجلوس في المسجد للقضاء.

ولا يمنع المشترك من دخوله في المسجد، والحائض تخبر بحالها، فيخرج القاضي إليها [٩٢و] أو إلى باب المسجد، أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها، كما إذا كانت الخصومة في الدابة. ولو جلس في داره لا بأس به.

ويأذن للناس في الدخول بها، ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك.

ولا يقبل هدية إلا من ذي رحم محرم، أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته، وفيما وراء ذلك يصير أكلاً بقضائه، حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته، وكذا إذا زاد المهدي على المعتاد، وكانت له خصومة.

ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة، ويدخل في هذا الجواب قريبه، وهو قولهما، وعن محمد: أنه يجيبه. أي: القريب. وإن كانت خاصة كالهديّة. والخاصة: ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها.

ويشهد الجنّاة، ويعود المريض، ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه.

وإذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والإقبال، ولا يسارّ أحدهما، ولا يشير إليه، ولا يلقيه حجة، ولا يضحك في وجه أحدهما، ولا يمازحهم ولا واحداً منهم.

ويكره تلقين الشاهد، ومعناه: أن يقول له: أ تشهد بكذا وكذا، واستحسنه أبو يوسف في غير موضع التهمة، وقال: الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس، ففي التلقين إحياء للحق بمنزلة الإشخاص والتكفيل. والإشخاص: هو أن يبعث القاضي شخصاً ليحضر الخصم إلى مجلس القضاء.

فصل في الحبس

وإذا ثبت الحق عند القاضي، وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحسبه، وأمره بدفع ما عليه، وهذا إذا ثبت الحق بإقراره، فإذا امتنع بعد ذلك يظهر مظهره فيحبسه. أما إذا ثبت بالبينة يظهر مظهره بإنكاره، فيحبسه كما يثبت.

وإذا ثبت الدين بالبينة لا يحبس قبل ظهور عدالة الشهود، بخلاف الحدود، وقد مرّ في الحدود. وإن امتنع حبسه في كلّ دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده كضمن المبيع، أو التزمه بعقد، كالمهر والكفالة. والمراد بالمهر: معجّله دون مؤجله، ولا يحبس فيما سوى ذلك إذا قال: إني فقير، فحينئذ يكون القول قول من عليه إلا أن يثبت غريمه أن له مالاً، فيحبسه. ويروى أن القول لمن عليه في جميع ذلك، ويروى/[٩٢ظ] أن القول له إلا فيما بدله مال. وفي النفقة القول قول الزوج أنه معسر. وفي إعتاق العبد المشترك القول للمعتق، والمسألان تؤيدان القولين الآخرين. ثم فيما كان القول قول المدّعي أن له مالاً أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبس شهرين أو ثلاثة، ثم يسأل عنه، وهذا التقدير لمحمد، ويروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة إلى ستة أشهر. والصحيح: أن التقدير مفوّض إلى رأي القاضي. فإن لم يظهر له مال خلّى سبيله، يعني: بعد مضيّ المدّة.

وإذا ادّعى المديون الإفلاس، وعليه ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدّعيه، ذكرها في أول كتاب الغصب. ولو قامت البينة على إفلاسه قبل المدّة تقبل في رواية، ولا تقبل في رواية، وعلى الثانية عاقبة المشايخ. قال في الكتاب: خلّى سبيله، ولا يحول بينه وبين غرمائه، وهذا كلام في الملازمة، وسنذكره في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى. والإفلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافاً لهما؛ لأن مال الله تعالى غايٍ ورائح. ذكرها في كتاب الحوالة. وفي الجامع الصغير: رجل أقرّ عند القاضي بدين، فإنه يحبس، ثم يسأل عنه. فإن كان موسراً أبّد حبسه، وإن كان معسراً خلّى سبيله. ومراده: إذا أقرّ عند غير القاضي، أو عنده وظهرت مماطلته، والحبس أولاً ومدّته قد بيّناه، فلا نعيده.

ويحبس الرجل في نفقة زوجته، ويحبس كل منهما بالدين بينهما، ذكرها في باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل.

ولا يحبس والد في دين ولده إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه.

باب كتاب القاضي إلى القاضي

ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق إذا شهد به عنده. فإن شهدوا على خصم حكم بالشهادة، وكتب بحكمه، وهو المدعو سجلاً.

وإن شهدوا بغير خصم لم يحكم، وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب إليه بها، وهذا هو الكتاب الحكمي، وهو نقل الشهادة في الحقيقة، ويختص بشرائط تذكرها إن شاء الله تعالى.

وقوله: "في الحقوق" يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المحجودة والمضاربة المحجودة.

ويقبل / [١٩٣و] في العقار أيضاً، ولا يقبل في الأعيان المنقولة. وعن أبي يوسف: أنه يقبل في العبد دون الأمة، وعنه: أنه يقبل فيها بشرائط تعرف في موضعه، يعني: كتبه المبسوطة **كالمبسوط** وشروح أدب القاضي. كذا في **العناية** مع تفصيل في هذا المحل. وعن محمد: أنه يقبل في جميع ما ينقل، وعليه المتأخرون. ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وهو مُلزم، فلا يكون إلا بالحجة، بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب؛ لأنه ليس بملزم، وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي، ورسوله إلى القاضي. ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه، أو يعلمهم به، ثم يختمه بحضرتهم، ويسلمه إليهم، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وهذا أي: علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم. شرط، وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما، ولهذا يدفع إليهم كتاب آخر غير محتوم ليكون معهم معاوناً على حفظهم. وقال أبو يوسف آخراً: شيء من ذلك ليس بشرط، والشرط: أن يشهدهم أن هذا كتابه وخاتمه. وعن أبي يوسف: أن الختم ليس بشرط أيضاً، فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء، وليس الخبر كالمعاينة، واختار شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف.

وإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بحضرة الخصم، بخلاف سماع القاضي الكاتب، فإنه يسمع شهادة شهود المدعي مع أن الخصم - وهو المدعي عليه - ليس بحاضر. كذا في **التهاية**. وإذا سلمه الشهود إليه نظر إلى ختمه، فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي، سلمه إلينا في مجلس حكمه، وقرأه علينا، وختمه فتحه القاضي، وقرأه على الخصم، وألزمه ما فيه، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه قبله على ما مر، ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح، والصحيح: أنه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة. كذا ذكره الخصاف.

وإنما يقبله المكتوب إليه إذا كان الكتاب على القضاء، حتى لو مات أو غزل، ولم يبق أهلاً للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله. وكذا لو مات المكتوب إليه بطل كتابه، إلا إذا كتب: "إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا وإلى كل من يصل / [١٩٣ظ] إليه من قضاة المسلمين"، بخلاف ما إذا كتب ابتداءً: "إلى كل من يصل إليه" على ما عليه مشايخنا.

ولو كان مات الخصم بنفذ الكتاب على وارثه.

ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص.

فصل آخر

ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص.

وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء، إلا أن يفوض إليه ذلك، بخلاف المأمور بإقامة الجمعة، حيث يستخلف وإن لم يفوض إليه. ولو قضى الثاني بمحضر من الأول، أو قضى الثاني فأجاز الأول جاز كما في الوكالة. وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو الستة أو الإجماع، بأن يكون قولاً لا دليل عليه، وفي **الجامع الصغير**: وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي، ثم جاء قاضٍ آخر يرى غير ذلك أمضاه. والأصل أن القضاء متى لاقى محلاً مجتهداً فيه ينفذ، ولا يردّه غيره.

ولو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة. وإن كان عامداً ففيه روايتان، وعندهما: لا ينفذ في الوجهين، وعليه الفتوى.

ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفاً لما ذكرنا، والمراد بالسنة: المشهورة منها، وفيما اجتمع عليه الجمهور. ولا يعتبر مخالفة البعض، وذلك خلاف، وليس باختلاف، والمعتبر: الاختلاف في الصدر الأول. ويعتبر تبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء، ذكرها في كتاب الصيد.

وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة، وكذلك إذا قضى بإحلال، وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين، وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور، بخلاف الأملاك المرسلة. أي: المطلقة عن إثبات سبب الملك، بأن ادعى ملكاً مطلقاً في الجارية أو الطعام من غير تعيين شري أو إرث، حيث لا ينفذ القضاء إلا ظاهراً بالاتفاق، حتى لا يحل للمقضي له وطؤها، كذا في العناية. ذكرها في آخر باب المحرمات من النكاح، وقد قيدت هذه المسألة هناك أيضاً.

ولا يقضي القاضي على غائب، إلا أن يحضر من يقوم مقامه، وقال الشافعي: يجوز. ولو أنكر، ثم غاب فكذلك، يعني: لا يقضى عليه، وفيه خلاف [١٩٤و] أبي يوسف، فإنه يقول: الشرط الإصرار على الإنكار إلى وقت القضاء، وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب، كذا في العناية. ومن يقوم مقامه قد يكون بإنابته أو بإنابة الشارع، كالوصي من جهة القاضي، وقد يكون حكماً، بأن كان ما يدعى به على الغائب سبباً لما يدعى على الحاضر، وهذا في غير صورة في الكتب، أي في صور كثيرة. أما إذا كان شرطاً لحقه فلا معتبر به في جعله خصماً عن الغائب، وقد عرف تمامه في الجامع.

وذكر العلامة ابن الهمام في هذا الخلّ تفصيلاً أحببنا أن نوردته كثيراً للفائدة، وإن كان خارجاً عن وظيفتنا، فقال:

وإذا علمت أنه لا بد من حضوره أو حضور من يقوم مقامه، فمن يقوم مقامه أحد ثلاثة: نائب بإنابته كوكيله، أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي، وقد يكون حكماً، يعني: شخصاً يقوم مقامه حكماً، أي: يكون قيامه عنه حكماً لأمر لازم له. واقتصر المصنف عليهما نفيًا للمسخر من جهة القاضي، فإن فيه اختلاف الروايتين، وهو الذي ينصبه القاضي لسمع عليه الدعوى. وكذا لو أحضر المدعي رجلاً غير خصمه لسمع القاضي الخصومة والقاضي يعلم أنه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهته. وإنما يجوز نصب القاضي الوكيل عن خصم اختفى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم، ولكن بعد أن يبعث أمناءه إلى باب داره، فينادي على باب داره، ويقول: احضر مجلس الحكم وإلا يحكم عليك. أما في غير ذلك الموضع فلا.

وذكر محمد في الجامع: رجل غاب، وجاء رجل، فادعى على رجل ذكر أنه غريم الغائب، والغائب وكله يطلب كل حق له على غرمائه بالكوفة، والمدعى عليه ينكر وكالته، فأقام بينة على وكالته قضى عليه بالوكالة، يعني: على الغائب. قال شيخ الإسلام: فيه دليل على جواز الحكم على المسخر، فإنه قال: ذكر أنه غريم الغائب، ولم يقل: هو غريم الغائب. قال الصدر الشهيد: هذا محمول على ما إذا لم يعلم القاضي أنه مسخر، والوجه أن يحمل على إحدى الروايتين.

ثم ذكر ظهير الدين في **فتاواه** أن في نفاذ قضاء القاضي على الغائب روايتين، ذكر شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام أنه ينفذ، وغيرهما من المشايخ قالوا: لا ينفذ. وفي **مبسوط خواهر زاده**: لا ينبغي للقاضي أن يقضي للغائب من غير خصم، كما لا ينبغي أن يقضي على الغائب [١٩٤ظ] إلا أن مع هذا لو وكل وكيلاً، وأنفذ الخصومة بينهم فهو جائز، وعليه الفتوى، انتهى. والذي يقتضيه النظر أن نفاذ القضاء على الغائب موقوف على إمضاء قاض؛ لأن نفس القضاء هو المجتهد فيه، فهو قضاء المحدود في قذف ونحوه، وحيث قضي على غائب فلا يكون عن إقرار عليه. ومن فروعه مسألة عجيبة في الفصل الأول من **الفتاوى الصغرى**: عين في يد رجل ادعى آخر أنه ملكه اشتراه من فلان الغائب، وصدقه ذو اليد فالقاضي لا يأمر ذا اليد أن يسلمها إلى المدعي حتى لا يكون قضاء على الغائب بالبراءة بإقراره. وهو عجيب؛ لأنه اعترف بالملك للمدعي، ولا يقضي عليه بالتسليم. قال: وأحال الصدر الشهيد هذه المسألة إلى باب اليمين من أدب القاضي، ولم أجدها ثمّة،^{١٣٣٠} انتهى ما ذكره العلامة ابن الهمام. القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب، ذكرها في باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل. وقد أشار إليه العلامة ابن الهمام فيما نقلناه عنه آنفاً بقوله: أما في غير ذلك الموضع فلا. ويُقرض القاضي أموال اليتامي، ويكتب ذكر الحق، أي: يكتب الصك لأجل تذكّر الحق، وهو المسمى في عرفنا حجة، كذا في الشروح. وإن أقرض الوصي ضمن، والأب بمنزلة الوصي في أصح الروايتين.

باب التحكيم

وإذا حكم رجلان رجلاً، وحكم بينهما، ورضيا بحكمه جاز، وينفذ حكمه عليهما، وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم، فيشترط أهلية القضاء. ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والأعمى والمحدود في القذف والفاسق والصبي، والفاسق إذا حكم يجب أن يجوز عندنا. ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما، وإذا حكم لزمهما. وإذا رفع حكمه إلى القاضي، فوافق مذهبه أمضاه، وإن خالفه أبطله. ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص، قال صاحب **العناية**: لا يجوز في الحدود الواجبة حقاً لله تعالى باتفاق الروايات. وأما في حد القذف والقصاص فقد اختلف فيه، قال شمس الأئمة: من أصحابنا من قال: التحكيم في حد القذف والقصاص جائز. وذكر في **الذخيرة** عن صلح الأصل أن التحكيم في القصاص جائز. وذكر الخصاص: [١٩٥و] أن التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص مطلقاً، واختاره المصنف، انتهى كلامه ملخصاً. قالوا: وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهادات، وهو صحيح، إلا أنه لا يفتى به، ويقال: يحتاج إلى حكم المولى دفعاً لتجاسر العوام.

^{١٣٣٠} ل م: ثم.

وإن حَكِّمًا في دم خطأ، ففضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه. ولو حكم على القاتل بالدية في ماله ردَّه القاضي، ويقضى بالدية على العاقلة إلا إذا ثبت القتل بإقراره. ويجوز أن تسمع البينة، ويقضى بالنكول، وكذا بالإقرار. ولو أخبر بإقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله، وإن أخبر بالحكم لا يقبل. وحكم الحاكم لأبويه وولده وزوجته باطل. والمولَّى والمحكَّم فيه سواء، بخلاف ما إذا حكم عليهم. ولو حَكِّمًا رجلين لا بد من اجتماعهما.

مسائل شتى من كتاب القضاء

وإذا كان علوُّ لرجل، وسفلٌ لآخر، فليس لصاحب السفلى أن يتدَّ فيه وتَدَّ، ولا ينقب كَوَّة عند أبي حنيفة. معناه: بغير رضا صاحب العلو. وقالوا: يصنع ما لا يضر بالعلو. وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه، قيل: ما حكى عنهما تفسير لقول أبي حنيفة، فلا خلاف، وقيل: الأصل عندهما الإباحة، والأصل عنده الحظر.

وإذا كانت زائفة مستطيلة تشعب عنها زائفة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لأهل الزائفة الأولى أن يفتحوا باباً في الزائفة القصوى، ولا حق لهم في المرور، والمرور لأهلها خصوصاً، حتى لا يكون لأهل الأولى فيما بيع فيها حق الشفعة، بخلاف النافذة، فإن المرور فيها حق العامة. قيل: المنع من المرور لا من فتح الباب، والأصح أن المنع من الفتح.

وإن كانت مستديرة قد لُزق طرفاها فلهم أن يفتحوا، ولكل منهم حق المرور منها، وهي ساحة مشتركة، ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها.

ومن ادعى في دار دعوى، وأنكرها الذي في يده، ثم صالحه منها فهو جائز، وهي مسألة الصلح على الإنكار، وسنذكرها في الصلح إن شاء الله تعالى.

والمَدَّعى وإن كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا.

ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت، فسأل البينة، فقال: جحدني الهبة، فاشتريتها، وأقام البينة على الشرى قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته. ولو شهدوا به بعدها تقبل. ولو كان ادعى الهبة، ثم أقام البينة على الشرى قبلها، ولم يقل: جحدني الهبة، فاشتريتها/[١٩٥ظ] لم تقبل أيضاً. ذكرها في بعض النسخ.

ومن قال لآخر: اشتريت مني هذه الجارية، فأنكر، إن أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها.

ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم، ثم ادعى أنها زيوف صدَّق. وفي بعض النسخ اقتضى، وهو عبارة عن القبض أيضاً، بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد أو حَقَّه أو الثمن أو استوفى؛ لإقراره بقبض الجياد صريحاً أو دلالة فلا يصدَّق.

والنهرجة كالزيوف، وفي الستوفة لا يصدق، والزيف ما زيفه بيت المال، والنهرجة: ما يردده التجار، والاستوق: ما يغلب عليه الغش.

ومن قال لآخر: لك علي ألف درهم، فقال: ليس لي عليك شيء، ثم قال في مكانه . أي مجلسه: بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء. والقول الأول إقرار، وقد ارتد برد المقر له، والثاني دعوى، فلا بد من الحجة أو تصديق خصمه، بخلاف ما إذا قال: اشتريت هذا العبد مني، وأنكر له أن يصدقه.

ومن ادعى على آخر مالا، فقال: ما كان لك علي شيء قط، فأقام المدعي البينة على ألف، وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته، وكذلك على الإبراء، وقال زفر: لا تقبل. وكذا إذا قال: ليس لك علي شيء قط.

ولو قال: ما كان لك علي شيء قط، ولا أعرفك لم تقبل بينته على القضاء، وكذلك على الإبراء. وذكر القدوري: أنه تقبل أيضاً. والمحجب أو المخدرة قد يؤدي بالشغب على بابه، فيأمر بعض وكلائه بإرضائه، ولا يعرفه، ثم يعرفه بعد ذلك، فأمكن التوفيق.

ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته، فقال: لم أبعها منك قط، فأقام البينة على الشراء، فوجد بها أصبعاً زائدة، فأقام البائع البينة أنه بريء إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع، وعن أبي يوسف: أنه يقبل اعتباراً بما ذكرنا.

ذكر حَقَّ^{١٣٣١} كُتِبَ في أسفله. ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى، أو كُتِبَ في شري فعلي فلانٍ خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله بطل الذكر كله، والكل كشيء واحد بحكم العطف، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: إن شاء الله هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق، والاستثناء يصرف إلى ما يليه، وقولهما استحسان، ذكره في الإقرار.

فصل في القضايا بالمواريث

وإذا مات نصراني فجاءت امرأة مسلمة / [١٩٦و] فقالت: أسلمت بعد موته، وقالت الورثة: أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة، وقال زفر: القول قولها. ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته، وقالت: أسلمت قبل موته، وقالت الورثة: بعده، فالقول لهم أيضاً، ولا يحكم الحال.

ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة، فقال المستودع: هذا ابن الميت لا وارث له غيره، فإنه يدفع إليه المال، كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة. ولو قال المودع لآخر: هذا ابنه أيضاً، وقال الأول: ليس له ابن غيري قضي بالمال للأول؛ كما إذا كان الأول ابناً معروفاً.

وإذا قسم الميراث بين الغرماء فإنه لا يؤخذ منهم كفيلاً ولا من وارث. وهذا شيء احتاط به بعض القضاة، وهذا ظلم. وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: يأخذ الكفيل. والمسألة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة، ولم يقل الشهود: لا نعلم له وارثاً سواه. وقوله: ظلم أي ميل عن سواء السبيل. وهذا يكشف عن مذهبه أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض.

وإذا كانت الدار في يد رجل أقام آخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثاً بينه وبين أخيه فلانٍ قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هو في يده ولا يستوثق منه بكفيل، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: إن كان الذي هو في يده جاحداً أخذه منه وجعل في يد أمين، وإن لم يجحد ترك في يده. ولو كانت الدعوى في منقول فقد

^{١٣٣١} والمراد من ذكر الحق الصك، من م نقلا عن النهاية.

قيل: يؤخذ منه بالاتفاق، وقيل: المنقول على الخلاف أيضا، وقول أبي حنيفة فيه أظهر. وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البيّنة ويسلم النصف إليه بذلك القضاء، وينتصب أحد الورثة خصما عن الباقيين فيما يستحق له وعليه ديناً كان أو عينا والمقضي له، وعليه إنما هو الميّت في الحقيقة، وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك، بخلاف الاستيفاء نفسه لأنه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائباً عن غيره، ولا يستوفي إلا نصيبه، وصار كما إذا قامت البيّنة بدين الميّت إلا أنه إنما يثبت استحقاق الكلّ على أحد الورثة إذا كان الكلّ في يده، ذكرها في الجامع الكبير؛ لأنه لا يكون خصماً [١٩٦ ظ] بدون اليد، فيقتصر القضاء على ما في يده.

ويجري الميراث فيما في البطن، كما إذا أوصى جارية لرجل واستثنى حملها تكون الجارية وصيّة والحمل ميراثاً، وقد ذكر هذا في الوصايا أيضا، وهذه مذكورة في البيع الفاسد.

ومن قال: مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة، وإن أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء، والقياس أن يلزمه التصدّق بالكل، وبه قال زفر، وتدخل فيه الأرض العشرية عند أبي يوسف، وعند محمد لا تدخل، ولا تدخل أرض الخراج بالإجماع.

ولو قال: ما أملكه صدقة في المساكين فقد قيل: يتناول كل مال، ولفظ الملك يعمّ المال وغيره، ولا مخصّص في في لفظ الملك فيبقى على العموم، والصحيح أنهما أي لفظ الملك ولفظ المال سواء، ثم إذا لم يكن له سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوّته، ثم إذا أصاب شيئا تصدّق بمثل ما أمسك ولم يقدر لاختلاف أحوال الناس أي لم يبين محمد في المبسوط مقدار ما يمسك لاختلاف أحوال الناس، كذا في العناية. وقيل: المحترف بمسك قوت يومه وصاحب الغلّة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في وصولهم إلى المال. وعلى هذا صاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع إليه ماله.

ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصيّة حتى باع شيئا من التركة فهو وصيّ والبيع جائز، ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم، وعن أبي يوسف أنه لا يجوز في الفصل الأول أيضا. ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: هو والأول سواء وهو من المعاملات، وبالواحد فيها كفاية بخلاف رسول المؤكّل، فإن الواحد يكفي في ذلك من غير اشتراط العدالة بالاتفاق. وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى بجنابة عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر، قال صاحب العناية نقلا عن النهاية: إنها ست مسائل، ثلاث منها ذكرها محمد في المبسوط، واثنتان ذكرهما في النوادر، والسادسة قاسها المشايخ عليها، والمصنف ذكر خمس مسائل وترك مسألة وهي العبد المأذون إذا أخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل أو اثنان ثبت الحجر صدّقه العبد [١٩٧ و] أو كذّبه وإن كان فاسقا وصدّقه الحجر وإن كذبه ثبت عندهما خلافا له. وقيد بتلقاء نفسه لأن حكم الرسول حكم مرسله يعني كما لا يشترط العدالة في المرسل لا يشترط في الرسول أيضا، انتهى ملخصا.

وإذا باع القاضي أو أمينه عبدا للغرماء وأخذ المال فضاع واستحقّ العبد لم يضمن ورجع المشتري على الغرماء كما إذا كان العاقد صبيّا محجورا عليه أو عبدا محجورا عليه فيرجع المشتري على الغرماء. وإن أمر القاضي الوصيّ ببيع العبد للغرماء ثم استحقّ أو مات قبل القبض وضاع الثمن رجع المشتري على الوصيّ ثم يرجع الوصيّ على

الغرماء. وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه ثم بدينه قالوا: ويجوز أن يقال بالمائة^{١٣٣٢} التي غرمها أيضا، والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم.

فصل

وإذا قال القاضي: قد قضيتُ على هذا بالرجم فارجمه، أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وَسَعَكَ أن تفعل، وعن مُجَدَّ أنه رجع عن هذا وقال: لا تأخذ بقوله حتى تعين الحجّة، وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه، واستحسن المشايخ بهذه الرواية في زماننا الذي فسد فيه حال أكثر القضاة إلا في كتاب القاضي للحاجة إليه. وقال الإمام أبو منصور: إن كان القاضي عدلا عالما يقبل قوله، وإن كان عدلا جاهلا يستفسر، فإن أحسن وجب تصديقه، وإلا فلا. وإن كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل إلا أن يعين سبب الحكم.

وإذا عزل القاضي فقال لرجل: أخذت منك ألفا ودفعتها إلى فلان قضيتُ بما عليك، فقال الرجل: أخذتها ظلما فالقول قول القاضي، وكذلك إذا قال: قضيت بقطع يدك في حقّ إذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه الألف مقرّا أنه فعل ذلك وهو قاض، ولا يمين عليه، ولو أقرّ القاطع أو الآخذ بما أقرّ القاضي لا يضمن أيضا. ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله أنه فعل قبل التقليد أو بعد العزل فالقول للقاضي أيضا هو الصحيح، وفي العناية: وهو احتراز عما قال شمس الأئمة السرخسي: إن القول قول المدعي في هذه الصورة، انتهى.

ولو أقرّ / [١٩٧ ظ] القاطع والآخذ في هذا الفصل بما أقرّ القاضي يضمنان بإقرارهما بسبب الضمان، وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره. ولو كان المال في يد الآخذ قائما، وقد أقرّ بما أقرّ به القاضي، والمأخوذ منه المال صدّق القاضي في أنّ فعله في قضائه، وادّعى أنّ فعله في غير قضائه يؤخذ منه. ولو أقرّ القاضي أمينه بدفع المال إلى آخر يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه، ولا يقبل في إلزام الآخر إذا كان منكرا، ذكرها في آخر فصل كيفية القسمة من كتاب القسمة.

كتاب الشهادات

الشهادة فرض تلزم الشهود، ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعي، والشهادة في الحدود مخير فيها الشاهد في الستر والإظهار، والستر أفضل، إلا أنّه يجب أن يشهد بالمال في السرقة، فيقول: أخذ، ولا يقول سرق.

والشهادة على مراتب؛ منها الشهادة في الزنا، يعتبر فيها أربعة من الرجال، ولا تقبل فيها شهادة النساء. ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص، يقبل فيها شهادة رجلين، ولا تقبل فيها شهادة النساء، وما سوى ذلك من الحقوق تقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة

^{١٣٣٢} قال العلامة ابن الهمام: يريد بالمائة ما ضمن للمشتري، فرضها مائة، م ل.

والوصية ونحو ذلك، ولا تقبل شهادة الأربع منهن، وهو القياس، [وعدم قبول القياس] كيلا يكثر خروجهن. وقال الشافعي: لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال أو توابعها.

وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة.

قال العلامة ابن الهمام: مسلمة حرة عدلة والثنتان أحوط، وبه قال أحمد، وشرط الشافعي أربعاً، ومالك اثنتين، انتهى. ١٣٣٣

ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق في باب ثبوت النسب. وأما حكم البكارة فإن شهدن أنها بكر يؤجل في العتق سنة ويفرق بعده. وكذا في رد المبيع إذا اشتراها بشرط البكارة، فإن قلن أنها ثيب يحلف البائع. وأما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند أبي حنيفة في حق الإرث، إلا في حق الصلاة، وعندهما [١٩٨] تقبل في حق الإرث أيضاً، ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة. وفي العناية: أي لا بد في المال وغيره مع ما ذكرناه من شروط الشهادة العدالة. فإن لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال: أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته، وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة تقبل شهادته، فالأول أي عدم القبول أصح، إلا أن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا، والمسألة معروفة. وقوله 'في ذلك كله' إشارة إلى جميع ما تقدم، حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح، قوله هو الصحيح احتراز عن قول العراقيين، فإنهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة، كذا في العناية. ١٣٣٤

قال أبو حنيفة: يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم. وإذا قال الشاهد في مجلس الحكم: أشهد بكذا يكون أداء الشهادة في الحال، ولا يحمل على الوعد في الاستقبال، وكذا في كلمة الشهادة إذا قال الرجل: أشهد أن لا إله إلا الله، ذكرها في تفويض الطلاق. ولا يسأل حتى يطعن الخصم إلا في الحدود والقصاص، فإنه يسأل عن الشهود. وإن طعن الخصم فيهم سأل عنهم، وقال أبو يوسف ومحمد لا بد من أن يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق، وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان.

ثم التزكية في السر أن يبعث القاضي الحاكم المستورة، وهي الرقعة التي يكتبها القاضي، ويبعثها سرّاً بيد أمينه إلى المزكي، سميت بما لأنها تستر عن نظر العوام، كذا في العناية، أي يبعثها إلى المعدل مكتوباً فيها النسب، والخُلِّي ١٣٣٥ والمصلّي، ويردّه المعدل كل ذلك في السري لا يظهر فيُخدع أو يقصد. وفي العلانية لا بد أن يجمع بين المعدل والشاهد؛ لينتفي شبهة تعديل غيره. وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الأول، ووقع الاكتفاء بالسري في زماننا تحزراً عن الفتنة. ويروى عن محمد: تزكية العلانية بلاء وفتنة. ثم قيل: لا بد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة؛ لأن العبد قد يعدل. وقيل: يكتفى بقوله: هو عدل، والحرية ثابتة بدار الاسلام، وهذا أصح، وفي قول من

١٣٣٣ هكذا عبارته: (وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) مسلمة حرة عدلة والثنتان أحوط... انظر شرح فتح القدير لابن الهمام: ٣٧٢/٧.

١٣٣٤ تسامح فيه المؤلف بقوله كذا في العناية؛ لأنه مزج في عبارته النقل من العناية مع الهداية.

١٣٣٥ بضم الحاء وكسرهما، جمع حلية الإنسان وصفته وما يرى منه من لون وغيره، كذا في العناية، من ل.

رأى أن يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم أنه عدل، معناه قول / [١٩٨ ظ] المدعي عليه. وعن أبي يوسف ومُجَّد أنه يجوز تزكيته، لكن عند مُجَّد يضم تزكية آخر إلى تزكيته بناءً على أن العدد عنده شرط. وموضوع المسألة إذا قال هم عدول، إلا أنهم أخطأوا، أو نسوا. أما إذا قال صدقوا، أو هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق، وإذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحداً جاز، والإثنان أفضل، وهذا عند أبي حنيفة، وأبي يوسف. وقال مُجَّد: لا يجوز إلا اثنان، والمراد منه المزكي. قال صاحب العناية: ذكر في شروح الجامع الصغير أن المراد بالرسول هنا هو المزكي، ولا شك في ذلك إذا كان قوله يسأل مبنياً للمفعول، انتهى.

وعلى هذا الخلاف رسول القاضي إلى المزكي، والمترجم عن الشاهد، والعدالة شرط في المزكي عند الكل، ويشترط الذكورة في الحدود، والأربعة في تزكية شهود الرنا عند مُجَّد، ولا يشترط منه لفظة الشهادة ومجلس القضاء، ولا يشترط أهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر، حتى صلح العبد موكباً، وهذا الخلاف في تزكية السر. فأما في تزكية العلانية فهو شرط، وكذا العدد بالإجماع على ما قاله الخصاص. وفي العناية: قال في الخلاصة شرط الخصاص أن يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر. أما عندنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية.

فصل

وما يتحمل^{١٣٣٦} الشاهد على ضربين؛ أحدهما ما يثبت بنفسه، مثل البيع والإقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم، فإذا سمع ذلك الشاهد أو رآه وسعه أن يشهد به وإن لم يُشَهِد عليه، ويقول: أشهد أنه باع، ولا يقول أشهدي. ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له أن يشهد، ولو فسّر للقاضي لا يقبله إلا إذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع إقرار الداخل ولا يراه، فح^{١٣٣٧} يحصل العلم في هذه الصورة.

ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه، مثل الشهادة على الشهادة، فإنها إذا سمع شاهداً يشهد بشيء لا يجوز أن يشهد على شهادته إلا أن يُشَهِد، وكذا لو سمعه يُشَهِد الشاهد على شهادته / [١٩٩ و] لم يسع للسامع أن يشهد. ولا يجوز^{١٣٣٨} للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة، قيل هذا قول أبي حنيفة، وعندهما له أن يشهد، وقيل هذا أي عدم حل الشهادة بالاتفاق، وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي شهادة في ديوانه أو قضيته، وعلى هذا إذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة، أو أخبره قومٌ ممن يثق بهم أننا شهدنا نحن وأنت.

ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب، والموت، والنكاح، والدخول، وولاية القاضي، فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به، والقياس أن لا يجوز. وإنما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار، وذلك بالتواتر أو بإخبار من يثق به كما قال في الكتاب، ويشترط أن يخبره رجلان عدلان، أو رجل وامرأتان ليحصل به نوع علم، وقيل في الموت يكتفى بإخبار واحد أو واحدة.

^{١٣٣٦}ال: يتحمل.

^{١٣٣٧}أي: فحينئذ.

^{١٣٣٨}م: ولا يحل.

وينبغي أن يُطلق أداء الشهادة، أما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته، كما أن معاينة اليد في الأملاك يطلق الشهادة، ثم إذا فسر لا تقبل، كذا هذا.

ولو رأى إنساناً جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حلّ له أن يشهد على كونه قاضياً، وكذا إذا رأى رجلاً وامراً يسكنان بيتاً ويبسط كل واحد منهما إلى الآخر انبساط الأزواج، كما إذا رأى عيناً في يد غيره.

ومن شهد أنه شهد دفن فلان، أو صلي على جنازته فهو معاينة، حتى لو فسر للقاضي قبله. ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الأشياء ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف، وعن أبي يوسف: أنه يجوز في الولاء، وعن محمد: أنه يجوز في الوقف، والصحيح أنه يقبل الشهادة بالتسامع في أصله، دون شرائطه.

ومن كان في يده شيء سوى العبد والأمة وسعك أن تشهد أنه له، وعن أبي يوسف: أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له، قالوا: ويحتمل أن يكون هذا تفسيراً لإطلاق قول محمد في الرواية، وقال الشافعي: دليل اليد مع التصرف، وبه قال بعض مشايخنا.

ثم إن عاين المالك والملك حلّ له أن يشهد، وكذا إذا عاين [/ ١٩٩ ظ] الملك بحدوده دون المالك استحساناً. وإن لم يعاينهما أو عاين المالك دون الملك لا يحل، وإذا شهد في دعوى العقار حدّده، والتحديد شرط في الشهادة، كما يشترط في الدعوى، ذكرها في أول كتاب الدعوى. وأما العبد والأمة إن كان يعرف أهما رقيقان فكذلك، وإن كان لا يعرف أهما رقيقان إلا أهما صغيران لا يعترن عن أنفسهما فكذلك، وإن كانا كبيرين فكذلك مصرف الاستثناء، وعن أبي حنيفة أنه يحل له أن يشهد فيهما أيضاً، والتعريف في الشهادة يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت، كما إذا شهد أن لفلان على الميت دين^{١٣٣٩} لا يحتاج إلى الإشارة، ويحصل بالنسبة، ذكرها في باب من تقبل شهادته.

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

ولا تقبل شهادة الأعمى، وقال زفر وهو رواية عن أبي حنيفة تقبل فيما يجري فيه التسامع، وقال أبو يوسف والشافعي: يجوز إذا كان بصيراً وقت التحمل. ولا تقبل شهادته في الحدود والقصاص بالاتفاق. ولو عمي بعد الأداء^{١٣٤٠} يمتنع القضاء^{١٣٤١} عند أبي حنيفة ومحمد كما إذا خرس أو جنّ أو فسق، مثل أن يرتد والعياذ بالله تعالى قبل القضاء، فإن القاضي لا يقضي بشهادته، بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا قبل القضاء، فلا يمتنع القضاء.

ولا تقبل شهادة المملوك. قال العلامة ابن الهمام: إذا تحمل شهادة لمولاه، فلم يؤدها حتى عتق فأذاها قبلت، كالصبي إذا تحمل فأدي بعد البلوغ، وكذا الدمي إذا سمع إقرار المسلم ثم أسلم فأدي جاز، انتهى.

١٣٣٩ الظاهر : ديناً بالنصب لكونه اسم أن المأخر.

^{١٣٤٠} أي قبل. الحكم بها

^{١٣٤١} أي لم يجز الحكم بها.

ولا تقبل شهادة المحدود في قذف وإن تاب، وقال الشافعي: تقبل إذا تاب. ولو حدّ الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق حيث لا تقبل شهادته.

ولا شهادة الوالد لولده، وولد ولده ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده. والأصل فيه قوله عليه السلام: {لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيدته ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره}.^{١٣٤٢}

قال رحمته الله: والمراد بالأجير على ما قالوا التلميذ/[٢٠٠و] الخاص الذي يعد ضرر استاذة ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه. وفي العناية التلميذ الخاص هو الذي يأكل معه وفي عياله وليس له أجرة معلومة، انتهى. وهي^{١٣٤٣} معنى قوله عليه السلام {لا شهادة للقانع بأهل البيت}^{١٣٤٤} والقانع^{١٣٤٥} من القنوع؛ لأنه بمنزلة السائل يطلب معاشه يعني لا من القناعة، والقنوع هو التذلل والمسألة والرضى بالقسمة، كذا في بعض الحواشي، وقيل المراد الاجير مساهمة^{١٣٤٦} أو مشاهرة^{١٣٤٧} فيستوجب الأجر بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها.

ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر، وقال الشافعي: تقبل كما في الغريم أي رب الدين إذا شهد لمديونه المفلس، فإنه يجوز بالاتفاق وإن كان له فيه نفع بناءً على أنه ضمني لا قصدي.

إذا قال الرجل لزوجته في مرضه قد كنت طلقتك ثلاثاً وانقضت عدتك فصدّقته، ثم شهد لها تقبل بالإجماع، ذكرها في باب طلاق المريض.

ولا شهادة المولى لعبده سواء كان على العبد دين أو لم يكن، ولا لمكاتبه ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو في شركتهما، ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل.

وتقبل شهادة الأخ لأخيه وعمّه، ولا تُقبل شهادة مخنّث، ومراده المخنّث في الرديء من الأفعال أي أفعال النساء من التزيّن بزینتهن، والتشبه بهنّ في القول والفعل، كذا في النهاية. فأما الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسّر فهو مقبول الشهادة. ولا نائحة ولا مغنية ولا مُدمن الشرب على اللهو ولا من يلعب بالطيور، وفي بعض النسخ: ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني، ولا من يغني للناس ولا من يأتي باباً من الكبائر التي يتعلّق بها الحد، ولا من يدخل^{١٣٤٨} الحمام من غير مغزّر^{١٣٤٩} ويأكل الربا أو المقامر بالنرد والشطرنج، وكذلك من تفوته الصلاة للاشتغال بها، فأما مجرد

١٣٤٢ سنن ابن أبي شيبة، المصنف، ٥٣٢/٤.

١٣٤٣ م ن: وهو.

١٣٤٤ انظر: سنن أبي داود، باب من ترد شهادته، رقم: ٣٦٠٠

١٣٤٥ القانع التابع لأهل البيت كالأخدام لهم وقيل المتعلم الذي يأكل في بيت أستاذه، انظر: شرح اللكنوي، ٤٢٢/٥.

١٣٤٦ أي سنوياً.

١٣٤٧ أي شهرياً.

١٣٤٨ س: دخل.

١٣٤٩ م ن: ميزر.

اللعب بالشطرنج فليس بنفسقٍ مانع من الشهادة. وشرط في الأصل أن يكون أكل الربا مشهوراً به، والإنسان قلَّ ما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة، [٢٠٠ظ] وكل ذلك ربا.

ولا من يفعل الأفعال المستخفة^{١٣٥٠} كالبول على الطريق والأكل على الطريق، ولا تقبل شهادة من يُظهر سبَّ السلف، بخلاف من يكتمه. وتقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطائيّة، وقال الشافعي لا تقبل. والخطائيّة من غلاة الروافض، يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم، وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة، فتتمكن التهمة في شهادتهم. وأما غيرهم فهم فسقة من حيث الاعتقاد وما وقعوا فيه إلا تدنياً كحنفي يشرب المثلث^{١٣٥١} أو شافعي يأكل متروك التسمية عامداً مستبيحاً لذلك.

وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم. وقال مالك والشافعي لا تقبل. ولا تقبل شهادة المرتد لجنسه وخلاف جنسه و عليهما. ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي، أراد به - الله^{١٣٥٢} أعلم - المستأمن، وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دارٍ واحدة، فإن كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل. وإذا شهد ذميّان على ذميّ زنا عبده المسلم أنه اعتقه قبل الزنا لا تقبل، ذكرها في آخر باب الشهادة على الزنا.

وإن كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وإن لم بمعصية، هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتمدة، إذ لا بد من توقي الكبائر كلها، وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا. فأما الإمام^{١٣٥٣} بمعصية لا تنقذ به العدالة المشروطة ولا تردّ الشهادة المشروعة.

قال العلامة ابن الهمام:

ولا بأس بذكر أفراد نُصّ عليها: منها ترك الصلاة بالجماعة بعد كون الإمام لا طعن عليه في دين ولا حال. وإن كان متأولاً في تركها، كأن يكون معتقداً فضيلة أول الوقت والإمام يؤخر الصلاة أو غير ذلك لا تسقط عدالته بالترك، وكذا بترك الجمعة من غير عذر، فمنهم ممن أسقطها بمرة واحدة كالحلواني، ومنهم من شرط ثلاث مرات كالسرخسي، والأول أوجه. وذكر الإسييجابي: من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الأكثر، ولا بد من كونه في غير إرادة التقوى [٢٠١و] على صوم الغد أو مؤانسة الضيف، وكذا من خرج لرؤية السلطان والأمير عند قدميه. وردّ شدّاد شهادة شيخ صالحٍ لمحاسبة ابنه في النفقة في طريق مكة، كأنه رأى منه تضيقاً ومشاححة^{١٣٥٤} تشهد بالبخل، وذكر الخصّاف أنّ ركوب البحر للتجارة أو للتفرّج يسقط العدالة، وكذا التجارة إلى أرض الكفار وقرى فارس

^{١٣٥٠} من استفعال من الخفة أو افتعال من السّفخ وهو رقة العقل وفي بعض النسخ المستحققة على البناء للمفعول، من م.

١٣٥١ عصير عنب طبخ حتي ذهب ثلثاه ويقال الطلاء، فإنه قيل بجوازه ما لم يسكر ولم يكن بنية اللهو، كما في مجمع الأنهر، ٥٦٩/٢.

١٣٥٢ ن: والله.

١٣٥٣ اللّم بمعنى الصغيرة.

١٣٥٤ ل م س: مشاححة.

ونحوها؛ لأنّه مخاطر بدينه ونفسه لنيل المال فلا يؤمن أن يكذب لأجل المال، وترد شهادة من لم يحج إذا كان موسراً على قول من يراه على الفور، وكذا من لم يؤد زكاته، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، وكل من يشهد على اقرار باطل، وكذا على فعل باطل مثل من يأخذ سوق النحاسين^{١٣٥٥} مقاطعة، وأشهد على وثيقتها شهوداً، قال المشايخ: إن شهدوا حلّ لهم اللعن؛ لأنّه شهادة على باطل، فكيف بمؤلاء الذين يشهدون عند مباشرى السلطان على ضمان الجهات والإجارة المضارة وعلى المحبوسين عندهم والذين في ترسيمهم، انتهى كلام العلامة. وقد أثرنا إيراده تعميماً للنفع.

وتقبل شهادة الأقفل إلا إذا تركه استخفافاً بالدين، والخصي وولد الزنا، وقال مالك لا تقبل في الزنا. وشهادة الخنثى جائزة، وشهادة العمّال جائزة، والمراد عمّال السلطان عند عاصمة المشايخ، وقيل العامل إذا كان وجهاً في الناس ذا مروءة لا يجازف^{١٣٥٦} في كلامه تقبل شهادته كما مرّ عن أبي يوسف^{١٣٥٧} في الفاسق.

وإذا شهد الرجلان أنّ أباهما أوصى إلى فلان، والوصي يدّعي فهو جائز استحساناً، وإن أنكر الوصي لم يجز، وفي القياس لا يجوز وإن ادّعي، وعلى هذا إذا شهد الموصي لهما بذلك أو غريمان لهما على الميت أو للميت عليهما دين، أو شهد الوصيّان أنّه أوصى إلى هذا الرجل معهما. وإن شهد أنّ أباهما الغائب وكلّه بقبض ديونه بالكوفة فادّعي الوكيل أو أنكر لم تقبل شهادتهما.

ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك إلا إذا شهدوا على إقرار المدعي بذلك، أي بفسق [٢٠١ ظ] شهوده. والإقرار مما يدخل تحت الحكم. ولو أقام رجل أي المدعي عليه البيّنة أنّ المدعي استأجر الشهود لم تقبل. ولو أقام المدّعي عليه البيّنة أنّ المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل. وكذا لو أقامها على أي صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا علىّ بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم بزد ذلك المال. ولو أقام المدعي عليه البيّنة أنّ الشاهد عبد أو ومحدود في قذف^{١٣٥٨} أو شارب خمر أو قاذف أو شريك المدّعي تقبل.

ومن شهد ولم يبرح^{١٣٥٩} حتى قال أوهمت بعض شهادتي، فإن كان عدلاً جازت شهادته، ومعنى قوله أوهمت أي أخطأت بنسيان ما كان يحقّ عليّ ذكره أو بزيادة كانت باطلة، بخلاف ما إذا قام عن المجلس ثم عاد وقال أوهمت. وعلى هذا إذا وقع الغلط في بعض الحدود أو في بعض النسب، وهذا إذا كان موضع شبهة فأما إذا لم يكن فلا بأس بإعادة الكلام أصلاً مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلاً. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنّه يقبل قوله في غير المجلس إذا كان عدلاً، والظاهر ما ذكرناه.

^{١٣٥٥} م: النحاسين.

^{١٣٥٦} م: يجازف.

^{١٣٥٧} ن - عن أبي يوسف، صح هامش.

^{١٣٥٨} ن - في قذف، صح هامش.

^{١٣٥٩} أي لم يزل في مكانه.

ولو علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله لا تقبل، ذكرها في كتاب القسمة في "فصل في كيفية القسمة"^{١٣٦٠}، وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته، ذكرها في آخر باب الشهادة على القتل من الجنائيات. والوكيل بالخصومة إذا عزل قبل أن يخاصم ثم شهد في تلك الحادثة تقبل شهادته، بخلاف الوصي إذا خرج من الوصاية بعدما قبلها ثم شهد حيث لا تقبل شهادته، ذكرها في آخر باب القسامة.

باب الاختلاف في الشهادة

الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت، وإن خالفها لم تقبل. ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة؛ فإن شهد أحدهما بألف وآخر بألفين لم تقبل الشهادة عنده، كما إذا اختلف جنس المال. وعندهما تقبل/[٢٠٢و] على الألف إذا كان المدعي يدعي الألفين. وعلى هذا المائة والمائتان، والطلقة والطلقتان، والطلقة والثلاث. وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ألفاً وخمسمائة قبلت الشهادة على الألف. ونظيره الطلقة والطلقة والنصف، والمائة والمائة والخمسون، بخلاف العشرة والخمسة عشر. يعني ليس بينهما حرف العطف، فهو نظير الألف والألفين.

وإن قال المدعي لم تكن^{١٣٦١} إلا الألف، فشهادة الذي شهد بالألف والخمسمائة باطلة. وكذا إذا سكت، إلا عن دعوى الألف. ولو قال أصل حقي كان ألفاً وخمسمائة، ولكي استوفيت خمسمائة أو أبرأته عنها قبلت. وإذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاه خمسمائة قبلت شهادتهما بألف ولم يسمع قوله قضاه إلا أن يشهد معه آخر. وعن أبي يوسف أنه يقضي بخمسمائة، وينبغي للشاهد إذا علم بذلك أن لا يشهد بألف حتى يقرأ المدعي أنه قبض خمسمائة.^{١٣٦٢} وفي الجامع الصغير: رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاهما فالشهادة جائزة على القرض. وذكر الطحاوي عن أصحابنا: أنه لا تقبل، وهو قول زفر.

وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيداً يوم النحر بمكة وشهد آخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل^{١٣٦٣} الشهادتين، فإن سبقت أحدهما وقضي بها ثم خضرت الأخرى، لم تقبل. وإذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع. وإن قال أحدهما بقرة وقال الآخر ثور لم يقطع، وهذا عند أبي حنيفة، وقال: لا يقطع في الوجهين جميعاً. وقيل الاختلاف في لونين يتشاهمان كالسواد والحمرة، لا في السواد والبياض. وقيل الاختلاف في جميع الألوان، ولو شهد على غصب بقرة، فقال أحدهما سوداء أو حمراء، والآخر بيضاء لم تقبل بالاتفاق.

ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف وشهد آخران أنه اشترى بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة. وكذلك إذا كان المدعي هو البائع، فلا فرق بين أن يدعي المدعي أقل المائين/[٢٠٢ظ] أو أكثرهما، وكذلك الكتابة،

١٣٦٠ ل: في القسمة فصل في كفيته، هذا خطأ ظاهر وفي الخط نخرش.

١٣٦١ ن: لم يكن.

١٣٦٢ ل - و ينبغي للشاهد ... خمسمائة.

١٣٦٣ ل م س: لم تقبل، وعلى هذا لا بد أن يكون ما بعده "الشهادتان" بالرفع على النائية.

إن كان المدعي هو العبد فظاهر، وكذلك إن كان هو المولى، وكذلك الخلع والإعتاق على مال والصلح عن دم العبد إن كان المدعي هو المرأة والعبد والقاتل. وإن كان الدعوى من الجانب الآخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه. وفي الرهن إن كان المدعي هو الراهن لا تقبل. وإن كان المرتحن فهو بمنزلة دعوى الدين. وفي الاجازة إن كان ذلك في أول المدة فهو نظير البيع، وإن كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآخر فهو دعوى الدين. وأما النكاح فإنه يجوز بألف استحساناً، وقال أبو يوسف ومحمد: هذا باطل في النكاح أيضاً، وذكر محمد في الأمالي قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة.

ثم إذا وقع الاختلاف في البيع يقضي بالأقل، ويستوي دعوى أقل المالكين وأكثرهما في الصحيح، ثم قيل الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هي المدعية. وفيما إذا كان المدعي هو الزوج إجماع أنه لا تقبل، وقيل الاختلاف في الفصلين، وهذا أصح.

فصل في الشهادة على الإرث

ومن أقام بينة على دار أئها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده فإنه يأخذها، ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثاً له. وأصله متى ثبت ملك المورث لا يقضي للوارث حتى يشهد الشهود أنه مات وتركها ميراثاً له عند أبي حنيفة ومحمد، خلافاً لأبي يوسف. وإن شهدوا أئها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة، والأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان. والأمانة تصير مضمونة بالتجهيل^{١٣٦٤} فصار بمنزلة الشهادة قيام ملكه وقت الموت. وإن قالوا لرجل حيّ نشهد أئها كانت في يد المدعي منذ أشهر لم تقبل، وعن أبي يوسف أئها تقبل. وإن أقر بذلك المدعي عليه دفعت إلى المدعي. وإن شهد شاهدان أنه أقرّ أئها كانت في يد المدعي دفعت إليه. ولو شهدوا أئها كانت ملكه تقبل [٢٠٣و] بالاتفاق، وكذا إذا شهدوا بأن المدعي عليه أخذها من المدعي.

باب الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة، وهذا استحسان فلا تقبل فيما يندري بالشبهات كالحدود والقصاص. وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين. وقال الشافعي: لا تجوز إلا الأربع على كل أصل اثنتان. ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد خلافاً لمالك.

وصفة الإشهاد أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع: "إشهد على شهادتي أيّ أشهد أنّ فلان بن فلان أقرّ عندي بكذا وأشهدني على نفسه." فلا بد من التحميل والتوكيل، ولا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله إلى مجلس القضاء. وإن لم يقل أشهدني على نفسه جاز، ويقول شاهد الفرع عند الأداء "أشهد أنّ فلاناً أشهدني على شهادته أنّ فلاناً أقرّ عنده بكذا وقال لي إشهد على شهادتي بذلك." ولها لفظ أطول من هذا وأقصر منه، وخير

١٣٦٤ بأن يموت ولم يبين أئها ودیعة فلان، لأنه حينئذ ترك الحفظ و هو تعدي يوجب الضمان، العناية للبارقي، ٤٥٨/٧.

الأمر أوسطها. قال في العناية: وأطول من^{١٣٦٥} هذا أن يقول الفرع عند القاضي "أشهد أن فلاناً شهد عندي أن فلان على فلان كذا من المال وأشهدني على شهادته فأمرني أن أشهد على شهادته وأنا أشهد على شهادته بذلك الآن." فذلك ثمان شينات،^{١٣٦٦} والمذكور أولاً خمس شينات، وأقصر منه أن يقول الفرع عند القاضي "أشهد على شهادة فلان بكذا" وفيه شينان، ولا يحتاج إلى زيادة شيء وهو اختيار الفقيه أبي الليث، واستاذ أبي جعفر، وهكذا ذكره محمد في السير الكبير، انتهى.

ومن قال: "أشهدني فلان على نفسه" لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول إشهد على شهادتي. ولا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن تموت شهود الأصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً أو يمرضوا مرضاً لا يستطيعون حضور مجلس الحاكم. وعن أبي يوسف أنه كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صحَّ الإشهاد إحياءً لحقوق الناس، قالوا الأول أحسن والثاني أرفق، وبه أخذ الفقيه أبو الليث. / [ظ ٢٠٣] فإن عدل شهود الأصل شهود الفرع جاز، وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صحَّ. وإن سكتوا عن تعديلهم جاز. وينظر القاضي في حالهم، وهذا عند أبي يوسف، وقال محمد لا تقبل. وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع.

وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف وقالوا أخبرنا أهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالوا لا ندري أهي هذه أم لا فإنه يقال للمدعي هات بشاهدين أنها فلانة. ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على أن المحدود بها في يد المدعي عليه. وكذا إذا أنكر المدعي عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يديه. وكذلك كتاب القاضي إلى القاضي. ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها إلى فخذها، وهي القبيلة الخاصة، والتميمية نسبة عامة إلى بني تميم؛ لأنهم قوم لا يُحصون، وقيل الفرغانية نسبة عامة، والأوزجندية خاصة، وقيل السمرقندية والنجارية عامة، وقيل إلى السكة الصغيرة خاصة،^{١٣٦٧} وإلى المحلة الكبيرة والمصر عامة. ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد. لأنه اسم الجد الأعلى، فنزل منزلة الجد الأدنى.

فصل

قال أبو حنيفة: شاهد الزور أشهَرُ في السوق ولا أعزَّره، وقالوا نوجَّعه ضرباً ونحبسه،^{١٣٦٨} وهو قول ثم تفسير التشهير منقول عن شريح. فإن كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقياً أو إلى قومه إن كان غير سوقى بعد العصر أجمع ما كانوا ويقولون "إنَّ شريحاً يقرأكم السلام ويقول إنَّا وجدنا هذا شاهدَ زور فاحذروه وحذِّروه الناس." وذكر شمس

١٣٦٥ ل - وأقصر منه ... وأطول من، صح هامش.

١٣٦٦ أي ثمانية ألفاظ من مشتقات الشهادة، فالشين تدل على لفظ الشهادة على سبيل المجاز المرسل، والعلاقة الجزئية.

١٣٦٧ ل - وقيل السمرقندية ... خاصة، صح هامش.

١٣٦٨ ل س: لا نحبه، وهذا الخط مخالف لما ذكر في نسخ الهداية و شروحها، ويؤيد ما اخترنا في المتن قول المصنف بعد سطور: "والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما."

الأئمة السرخسي أنه يشهر عندهما أيضاً. والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما. وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود. وفي الجامع الصغير، شاهدان أقر^{١٣٦٩} أئهما شهدا بزور لم يضربا، وقالوا: يعزران. [٢٠٤/و] وفائدته أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم^{١٣٧٠} هو المقر على نفسه بذلك، فأما لا طريق إلى إثبات ذلك بالبيئة؛ لأنه نفي الشهادة والبيانات للإثبات.

كتاب الرجوع عن الشهادة^{١٣٧١}

إذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بما سقطت، ولا ضمان عليهم. فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسح الحكم، وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم. ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم أي حاكم كان. يعني سواء كان هو القاضي المشهود عنده، أو غيره، كذا في فتح القدير. وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان. وكذا لا تقبل بيئته عليهما.

والبيئة واليمين تترتبان على دعوى صحيحة، ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة، حتى لو أقام البيئة أنه رجع عند قاضي^{١٣٧٢} كذا وضمنه المال تقبل؛ إذ السبب صحيح.

وإذا شهد شاهدان بمال وحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه. وقال الشافعي: لا يضمنان. وإنما يضمنان إذا قبض المدعي المال ديناً كان أو عيناً.

فإن رجع أحدهما ضمن النصف، فإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه. فإن رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال.

وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمننت ربع الحق، وإن رجعتا ضمننتا نصف الحق، وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن. وإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق، فإن رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة، كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا. وقالوا على الرجل النصف وعلى النسوة النصف. فإن رجع النسوة العشر دون الرجل عليهن نصف الحق على القولين. ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة.

وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما. وكذا إذا شهدا بأقل من مهر مثلها. وكذا إذا شهد على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها. وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا

١٣٦٩ ل م س: أقر، وهذا الخط خطأ لمخالفته على قواعد النحو. وضبطه في الهداية و شروحها كما ذكرنا في المتن.

١٣٧٠ يعني التشهير والحبس.

١٣٧١ م س: الشهادات.

١٣٧٢ س: قاض.

الزيادة. وإن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعا [٢٠٤ظ] لم يضمنا. وإن كان بأقل من القيمة ضمنا النقصان، ولا فرق بين أن يكون البيع باتاً أو فيه خيار البائع.

وإن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر. وإن شهد أنه أعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته. وإذا شهد بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية، ولا يقتص منهما. وقال الشافعي: يقتص منهما.

وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا، ولو رجع شهود الأصل وقالوا: لم نُشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم.^{١٣٧٣} وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا، وهذا عند مُجَد. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا ضمان عليهم. ولو رجع الأصول والفروع جميعاً يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير، وعند مُجَد المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول وإن شاء ضمن الفروع. ولو قال شهود الفرع كذب شهود الأصل، أو غلطوا في شهادتهم لم يلتفت إلى ذلك، ولا يجب الضمان عليهم. وإن رجع المَزَكُون عن التزكية ضمنوا، هذا عند أبي حنيفة وقال لا يضمنون.

وإذا رجع شهود الإحصان بعد الرجم لا يضمنون الدية بالاتفاق. وإذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعا فالضمان على شهود اليمين خاصة، بناء على أنه هو السبب، والتلفُ يضاف إلى مثبت السبب دون الشرط المحض، ألا يرى أنَّ القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط. ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه. ومعنى المسألة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول.

كتاب الوكالة

كل عقدٍ جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره.

وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق، وكذا بإيفائها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص؛ فإنَّ الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس. وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: لا تجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضاً. وقول مُجَد [٢٠٥و] مع أبي حنيفة وقيل مع أبي يوسف. وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته. وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد. وكلام أبي حنيفة فيه أظهر، غير أنَّ إقرار الوكيل غير مقبول عليه.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضى الخصم، إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً. وقالوا: يجوز التوكيل بغير رضا الخصم كالتوكيل بتقاضي الديون، وهو قول الشافعي. ولا خلاف

^{١٣٧٣} أي على شهود الأصل.

في الجواز إنما الاختلاف في لزوم. ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم إذا أراد السفر. ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتھا بالبروز وحضور مجلس الحكم، قال الرازي: يلزم التوكيل. قال رحمته: وهذا شيء استحسسه المتأخرون.

وقد ذكر العلامة ابن الهمام تحقيقاً حقيقاً بأن يُكتب بالمسك الأذفر^{١٣٧٤} على صحائف اللجين، ولأجل تكثير النفع كتبته وأدخلته في البين، فقال:

أما على ظاهر اطلاق الأصل وغيره عن أبي حنيفة: لا فرق بين البكر والثيب، المخدرة والمبرزة، والفتوى على ما اختاره من ذلك، وحينئذ فتخصيص الرازي ثم تعميم المتأخرين ليس إلا لفائدة أنه المبتدئ بتفريع ذلك وتبعوه، ثم ذكر في النهاية في تفسير المخدرة عن البزدوي^{١٣٧٥}: أنها التي لا يراها غير المحارم من الرجال، أما التي جعلت على المنصة^{١٣٧٦} فرأها الرجال لا تكون مخدرة. وليس هذا بحق، بل ما ذكره المصنف من قوله: وهي التي لم تجر عادتھا بالبروز، فأما حديث المنصة فقد يكون عادة لعوام يفعلها بها والدها، ثم لم يعد^{١٣٧٧} لها بروز ومخالطة في قضاء حوائجها، بل يفعلها لها غيرها لزم توكيلها؛ لأن في الزامها بالجواب تضييع حقها، وهذا شيء استحسسه المتأخرون، وعليه الفتوى. ثم إذا كان وكلت فلزمها يمينٌ بعث الحاكم إليها ثلاثة من العدول يستحلفها أحدهم ويشهد الآخرون على يمينها أو نكولها.

وفي أدب القاضي للصدر الشهيد: إذا كان المدعى عليه مريضاً أو مخدرة - وهي التي لم يعهد لها خروجٌ إلا للضرورة - فإن كان القاضي مأذوناً بالاستخلاف بعث ثالثاً يفصل [٢٠٥ ظ] الخصومة هناك. وإن لم يكن بعث أميناً وشاهدين يعرفان المرأة والمريض، فإن بعثهما ليشهدان^{١٣٧٨} على إقرار كلٍّ منهما وانكاره مع الأمين لينقلاه إلى القاضي - ولا بد للشهادة من المعرفة - فإذا شهد عليهما قال الأمين: وكل من يُحضر خصمك مجلس الحاكم فيحضر وكيله ويشهدان عند القاضي بإقراره أو نكوله لتقام البينة على ذلك الوكيل. ولو توجه يمين على أحدهما عرضه الأمين عليه، فإن أبي الحلف عرضه ثلثاً، فإذا نكل أمره أن يوكل من يحضر المجلس ليشهدا على نكوله بحضرته. فإذا شهدا بنكوله حكم القاضي عليه بالدعوى بنكوله. قال السرخسي: هذا اختيار صاحب الكتاب. فإنه لا يشترط للقضاء بالنكول أن يكون على أثر النكول. فأما غيره من المشايخ فشرطوه فلا يكتب القضاء بذلك النكول، فقال بعضهم: الأمين يحكم عليها بالنكول ثم ينقله الشاهدان إلى القاضي مع وكيلهما فيمضيه القاضي. وقال بعضهم: يقول القاضي للمدعي: أتريد حكماً بينكما بذلك، فإذا رضي بعث أميناً بالتحكيم إلى الخصم يخبره بذلك. فإذا رضي بحكمه وحكم، فإن كان مما لا اختلاف فيه نفذ. وإن كان مما فيه خلاف توقف على امضاء القاضي.

١٣٧٤ الدُّفْرُ بفتحين كل ریح ذكية من طيب أو نعن يقال مسك أدْفُرُ بين الذفر وبابه طرب وروضة دُفْرٌ بكسر الفاء و الدُّفْرُ أيضا الصُّنَان ورجل دُفْرٌ بكسر الفاء أي له صُنَان وحث ریح، مختار الصحاح، مُجَدُّ بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، ذ ف ر. البزدوي، هكذا في جميع النسخ بالحرف العثمانية.

١٣٧٦ نص الشيء رفعه وبابه رد ومنه منصة العروس بكسر الميم، مختار الصحاح، ن ص ص.

١٣٧٧ هكذا ورد في جميع النسخ والظاهر: "لم يعهد" كما في سائر نسخ فتح القدير.

١٣٧٨ هكذا جميع النسخ، والأصح ليشهدا بخذف النون. وفي بعض نسخ شرح فتح القدير: يشهدان (بدون اللام في الأول).

والقضاء بالنكول مختلف فيه، فإذا أمضاه نفذ عن الكل. وفي الذخيرة: من الاعذار التي يوجب لزوم التوكيل بغير رضا الخصم عند أبي حنيفة حيض المرأة إذا كان القاضي يقضي في المسجد. وهذه على وجهين: إن كانت طالبة قبل منها التوكيل بغير رضا أو مطلوبة إن أخرها الطالب إلى أن يخرج القاضي من المسجد لا يقبل توكيلها بلا رضا الطالب. ولو كان الموكل محبوساً فعلى وجهين: إن كان في حبس هذا القاضي لا يقبل التوكيل بلا رضا؛ لأن القاضي يخرج من السجن ليخاصم ثم يعيده. وإن كان في حبس الوالي، ولا يمكنه الوالي من الخروج إلى الخصومة يقبل منه التوكيل، انتهى ما ذكره العلامة ابن الهمام.

ومن شرط الوكالة، أن يكون الموكل يملك التصرف ويلزمه الأحكام. ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقد العقد ويقصده حتى لو كان صبيّاً لا يعقل أو مجنوناً [٢٠٦و] كان التوكيل باطلاً. فإذا وكل الحرّ البالغ أو المأذون مثلها جاز. وإن وكل صبيّاً محجوراً يعقل البيع والشراء أو عبداً محجوز جاز، ولا يتعلق بهما الحقوق، ويتعلق بموكلهما. وعن أبي يوسف: أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو مجنون له خيار الفسخ.

والعقد الذي يعقد الوكلاء على ضربين: كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة فحقوق تتعلق بالوكيل دون الموكل. يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن إذا اشترى. ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم. وفي مسألة العيب تفصيل ذكره إن شاء الله تعالى يعني في باب الوكالة بالبيع والشراء. وقال الشافعي: حقوق تلك العقود المذكورة تتعلق بالموكل.

وكل عقد يضيفه إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل، فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها، والضرب بالثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الإنكار. فأما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الأول. والوكيل بالهبة وبالتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضاً. وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه، وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه إياه فإن دفعه إليه جاز. ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانياً يعني بعد ما وصل إلى الموكل حقه، وهو نفس الثمن المقبوض. ولا فائدة في الأخذ منه ثم في الدفع إليه. ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة، ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل أيضاً دون دين الوكيل وبين الوكيل إذا كان وحده إن كان تقع المقاصة عند أبي حنيفة ومحمد لما أنه يملك الإبراء عندهما، ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين أي في فصل المقاصة والإبراء. والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ذكرها في الإكراه في فصل "وإن أكره على أكل الميتة." [٢٠٦ظ]

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

ومن وكل رجلاً بشيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته، أو جنسه ومبلغ ثمنه، إلا أن يوكله وكالة عامة، فيقول: ابتع لي ما رأيت. والأصل أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً، ولأن مبنى التوكيل على التوسعة، وفي اعتبار هذا الشرط أعني عدم الجهالة اليسيرة بعض الحرج، وهو مرفوع.

ثم إن كان اللفظ يجمع اجناساً، أو ما هو في معنى الأجناس لا يصح التوكيل وإن بيّن الثمن. وإن كان جنساً يجمع أنواعها لا يصح إلا بيان الثمن أو النوع. مثاله: إذا وكله بشري عبد أو جارية لا يصح باشماله أنواعاً، فإن بيّن النوع كالتركي والحبشي والسندي والمولد جاز إذا بيّن الثمن. ولو بيّن النوع أو الثمن، ولم يبيّن الصفة الجودة والرداءة والسطة^{١٣٧٩} جاز.

ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع. وفي الجامع الصغير: ومن قال لآخر: اشتر لي ثوباً أو دابة أو داراً فالوكالة باطلة لفحش الجهالة. وإن سمّي ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز. معناه نوعه. وكذا إذا سمّي نوع الدابة بأن قال: حمار. ولو وكله في نوع لا يكون وكلاً إلا في ذلك النوع، أشار إليها في أول الكتاب المأذون. ولو اختلف الوكيل مع الموكل في مقدار الثمن وأقاما البيئة كانت البيئة بيئة التوكيل، وقال محمد بيئة الموكل، ذكرها في كتاب الشفعة في فصل الاختلاف.

ومن دفع إلى آخر دراهم وقال: اشتر لي بها طعاماً فهو على الحنطة ودقيقها استحساناً، بناءً على العرف. والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتباراً للحقيقة، والعرف على ما ذكرناه إذا ذكر مقروناً بالبيع والشري. ولا عرف في الأكل، يعني إذا حلف لا يأكل طعاماً فهو على ما يطعم، فيعتبر بالحقيقة. وقيل في الشري إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة، وإن قلّت فعلى الخبز، وإن كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق.

وإذا اشترى الوكيل، ثم أطلع على عيب فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده. فإن سلّمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه.

ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم، ومراده التوكيل بالإسلام،/[٢٠٧و] ولو وكله بأن يقبل السلم لا يجوز؛ فإن الوكيل يبيع طعاماً في ذمته على أن يكون الثمن لغيره، وهذا لا يجوز. فإن فارق الوكيل صاحبه في الصرف وفي السلم قبل قبض المسلم إليه رأس المال بطل العقد. ولا يعتبر مفارقه الموكل، وهو ليس بعاقِد والمستحق بالعقد قبض العاقِد، وهو الوكيل فيصبح قبضه وإن كان لا يتعلق به الحقوق^{١٣٨٠} كالصبي والعبد المحجور عليه^{١٣٨١} بخلاف الرسول أي في الصرف والسلم؛ لأنّ الرسالة حصلت في العقد لا في القبض، وينتقل كلامه إلى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير المعاقِد، فلم يصح، والرسول لا يملك القبض والتسليم إذا كان في البيع والشري، ذكرها في باب خيار الرؤية.

وإذا رفع الوكيل بالشري الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع على الموكل؛ لأنّه انعقدت بينهما مبادلة حكمية، ولهذا إذا اختلفا في الثمن يتحالفان، ويرد الموكل بالعيب على الوكيل، وقد سلّم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه. فإن هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل، ولم يسقط الثمن. وقال زفر ليس له ذلك. فإن حبسه فهلك كان مضموناً ضمان الرهن عند أبي يوسف، وضمان المبيع عند محمد وهو قول أبي حنيفة،

١٣٧٩ بمعنى الوسط، من ل.

١٣٨٠ ل: الحدود.

١٣٨١ س - ليس بعاقِد ... عليه.

وضمنان الغصب عند زفر.^{١٣٨٢} ولو وجد الموكل عيباً بالمشتري فردّه ورضي به الوكيل فإنّه يلزم الوكيل، وينفسخ العقد بينه وبين الموكل.

وإذا وكله بشري عشرة أرتال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلاً بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرتال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة، وقالوا: ويلزمه العشرون. وذكر في بعض النسخ قوله مُجَّد مع أبي حنيفة ومُجَّد لم يذكر الخلاف في الأصل. ولو اشترى ما يساوي عشرين رطلاً بدرهم يصير مشترياً لنفسه بالإجماع.

ولو وكله بشري شيء بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه. فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه [٢٠٧ظ] أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود أو وكل وكيلاً بشرائه فاشترى بخلاف جنسه، أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود أو وكل وكيلاً بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الأول في هذه الوجوه. ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الأول نفذ على الموكل الأول.

وإن وكله بشري عبد بغير عينه فاشترى عبداً فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشري للموكل، أو يشتريه بمال الموكل. قال عليه السلام: هذه المسألة على وجوه؛ إن أضاف العقد إلى دراهم الأمر كان للأمر، وهو المراد عندي بقوله: "أو يشتريه بمال الموكل" دون النقد من ماله؛ لأنّ فيه تفصيلاً وخلافاً. وهذا بالإجماع، وهو مطلق، أي لا تفصيل فيه، فكان حمل كلام **القُدوري** "أو يشتري بمال الموكل" على الإضافة أولى،^{١٣٨٣} ولهذا قال المصنف: وهو المراد عندي، كذا في العناية .

وإن إضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه، وإن إضافه إلى دراهم مطلقة فإن نواها للأمر فهو للأمر، وإن نواها لنفسه فلنفسه. وإن تكاذبا في النية يحكم النقد بالإجماع. وإن توافقا على أنّه لم يحضره النية، قال مُجَّد هو للعائد، وعند أبي يوسف يحكم النقد والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه. ومن أمر رجلاً بشري عبد بألف فقال قد فعلت ومات عندي، وقال الأمر اشتريته لنفسك فالقول قول الأمر. فإن كان دفع إليه الألف فالقول قول المأمور. ولو كان العبد حياً حين اختلفا إن كان الثمن منقوداً فالقول للمأمور، وإن لم يكن منقوداً فكذلك عند أبي يوسف ومُجَّد، وعند أبي حنيفة القول للأمر. وإن كان أمر بشري عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حيّ فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقوداً أو غير منقود وهذا بالإجماع.

ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه، ثم أنكر أن يكون فلان أمره، فإن قال فلان: أنا لم أمره لم يكن له إلا أن يسلمه المشتري له، فيكون بيعاً وعليه العهدة بصيرورته مشترياً بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه، ثم سلمه المشتري له.

ومن أمر رجلاً بأن يشتري له عبيدين بأعيانهما، ولم يسّم له ثمناً فاشترى أحدهما [٢٠٨و] جاز. ولو أمره أن يشتريهما بألف وقيمتها سواء فعند أبي حنيفة إن اشترى أحدهما بخمسائة أو أقل جاز، وإن اشترى بأكثر لم يلزم

^{١٣٨٢} والضمان على ثلاثة أنواع؛ ضمان الغصب وهو بالقيمة، وضمان البيع وهو بالثمن قلّ أو كثر، وضمان الرهن وهو الأقل من قيمته ومن الدين، كذا في بعض الشروح، من س. هذا البيان المذكور في متن الغدّة في ل.
^{١٣٨٣} ل: أو إلى.

الآمر أن يشتري الباقي بقيّة الألف قبل أن يتخاصما استحساناً. وقال أبو يوسف ومُحَمَّد إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه، وقد بقي من الألف ما يشتري به بمثله الباقي جاز.

ومن له على آخر ألف فأمره أن يشتري بها هذا العبد، فاشتره جاز. وإن أمره أن يشتري بها عبداً بغير عينه فاشتره فمات في يده من قبل أن يقبضه الأمر مات من مال المشتري، وإن قبضه الأمر فهو له، وهذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومُحَمَّد: هو لازم للآمر إذا قبضه المأمور. وعلى هذا الخلاف إذا أمره أن يُسلم ما عليه أو يصرف ما عليه. قال في النهاية: أي يعقد عقد السلم أو عقد الصرف من غير تعيين المسلم إليه. ومن يعقد به عقد الصرف بأن قال: أسلم لي ما عليك في كذا كان على الاختلاف. أما لو قال: أسلم ما لي عليك إلى فلان في كذا صح بالإجماع. وإتّما خصهما نفياً لوهم من يهيم بأنّه لا يجوز التوكيل فيهما لاشتراط القبض في المجلس، انتهى.

ثم إنّ هذا الاختلاف مبني على اختلافهم في أنّ الدراهم والدنانير هل يتعيّنان في العقود، فقال أبو يوسف ومُحَمَّد: إنهما لا يتعيّنان في المفاوضات ديناً كانت أو عيناً؛ ألا يرى لو تبايعا عيناً بدين، ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد، فصار الاطلاق والتقيد فيه سواء. وقال أبو حنيفة: يتعيّنان في الوكالات؛ ألا يرى أنّه لو قيّد الوكالة بالعين منهما أو بالدين منهما، ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة.

قال في النهاية: هذا أي التعيّن على قول بعض المشايخ بعد التسليم إلى الوكيل. وأما قبل التسليم إليه فلا يتعيّن في الوكالات أيضاً بالإجماع. ونقل من الذخيرة مسألة من الزيادات، ثم قال في الذخيرة: والأصل أنّ الدراهم والدنانير لا يتعيّنان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف. وأما بعد التسليم إلى الوكيل هل تتعين، اختلف المشايخ فيه. قال بعضهم: تتعين لما ذكر. وعاقبتهم على أنّها لا تتعين. وهذا البحث [٢٠٨ ظ] من معارك الآراء، وفيه تفصيل في النهاية، وفي سائر الشروح، ولهذا تعرضنا له، وذكرنا نبذاً مما ذكروا، ومن أراد الوقوف على التفصيل فليرجع إلى الشروح، والله أعلم.

وقد تضمن دليل هذه المسألة مسائل أخرى، وهي إذا اشترى بدين على غير المشتري بأن كان لزيد على عمرو دين مثلاً فاشترى زيد من آخر شيئاً بذلك الدين الذي له على عمرو فإنّه لا يجوز. وإذا قال أعط مالي عليك من شئت فإنّه باطل بخلاف ما إذا أمره بالتصدق وجعله لله تعالى فإنّه جائز. وذكر في كتاب الشركة أنّ الوكالة المفردة أي لا يكون في ضمن الشركة لا يتعيّن المال فيها بالتعيين، وإتّما يتعين بالقبض حتى لو اشترى الوكيل بمثل ذلك المال في ذمته كان مشترياً لموكله، حتى لو هلك المال بعد الشراء يرجع عليه بمثله. أما لو هلك قبل الشراء فإنّما يبطله العقد، انتهى.

ومن دفع إلى آخر ألفاً، وأمره أن يشتري بها جارية فاشترها، فقال الأمر: اشتريتها بخمسائة، وقال المأمور: اشتريتها بألف، فالقول قول المأمور. ومراده أي مراد مُحَمَّد إذا كانت تساوي ألفاً. فإن كانت تساوي خمسمائة فالقول للآمر. وإن لم يكن دفع إليه الألف، واختلفا فالقول قول الأمر. أما إذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة إلى شر. وإن كانت قيمتها ألفاً فمعناه أنّهما يتحالفان، ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فتلزم الجارية المأمور. ولو أمره أن يشتري له هذا العبد، ولم يسم له ثمناً فاشتره، فقال الأمر: اشتريته بخمسائة، وقال المأمور بألف، وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه. قيل: لا تخالف ههنا، وهو قول أبي جعفر الهندي، كذا في العناية، وقيل يتحالفان كما

ذكرنا. وقد ذكر مُحمد معظم مِمين التحالف، وهو يمين البائع، وهذا قول الإمام أبي منصور الماتريدي، وهو أظهر. والوكيل بالشري إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء، وهلك بعد الشراء لا يرجع على الموكل إلا مرة واحدة؛ لأنّه يمكن جعله مستوفياً؛ لأنّ الوكالة تجامع الضمان كالعاصب إذا توكل ببيع المغصوب، ثم في الوكالة في هذه [٢٠٩و] الصورة ترجع مرة، وفيما إذا اشترى، ثم دفع الموكل إليه المال فهلك، لا يرجع؛ لأنّه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء، فجعل مستوفياً بالقبض بعده. أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده، فلم يصير مستوفياً، فإذا هلك يرجع عليه مرة، ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مرّ، ذكرها في آخر كتاب المضاربة، والتوكيل بالبيع إذا امتنع من القاضي لا يجبر على التقاضي، ذكرها في فصل في العزل، والقسمة من كتاب المضاربة.

فصل في التوكيل بشري نفس العبد

فإذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى بألف ودفعها إليه، فإن قال الرجل للمولى: اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حرّ والولاء للمولى، وإن لم يعيّن للمولى فهو عبد للمشتري، والألف للمولى وعلى المشتري ألف مثله ثناً للعبد. ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك، فقال لمولاه: بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر. ولو أراد البائع حبس العبد لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك. وإن عقد لنفسه فهو حرّ، وكذا لو قال: بعني نفسي، ولم يقل لفلان فهو حرّ.

فصل في البيع

والوكيل بالبيع والشري لا يجوز أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته عند أبي حنيفة، وقالوا: يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه. والإجازة والصرف على هذا الخلاف، يعني أنّ الوكيل بهما إذا عقد مع هؤلاء فهو على الخلاف المذكور أيضاً، وقد ذكر وجه تخصيصهما بالذكر في الشروح، فليرجع إليها.

والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يجوز بيعه بنقصان إن لا يتغابن الناس فيه، ولا يجوز إلا بالدرهم والدنانير. والوكيل بالشري، يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها، ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله، ولو كان وكياً بشري بعينه، قالوا ينفذ على الأمر. والوكيل بالنكاح إذا زوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عند أبي حنيفة، والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، [٢٠٩ظ] وقيل في العروض ده ينم في الحيوانات ده يارده، وفي العقار ده دوازده. ^{١٣٨٤} ولو وكله بشري الفحم والجُمد ^{١٣٨٥} والأضحية، يتقيّد بزمان الحاجة، حتى لو مضى زمان الأضحية وخرج الصيف والشتاء تبطل الوكالة بشري الأضحية والجمر

^{١٣٨٤} تعبير بالفارسية، معناه: أن الغبن الفاحش في العروض النصف في العشرة، وفي الحيوانات العُشر، وفي العقارات الخمس، انظر: **مجمع الأنهر**، ٢/٢٣٧.

^{١٣٨٥} ل س: الجمر، والصحيح الجمد بالضمّ فالسكون وهو ما جمد من الماء، انظر: **الصحيح**، ج ٤ د.

والفحم،^{١٣٨٦} والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة على ما هو المروي عنه، وفي العناية والمسائل المذكورة مروية عن أبي يوسف على ذلك الوجه، وأما عند أبي حنيفة فهي على إطلاقها، انتهى.

وإذا وُكِّلَ بيع عبده فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة كما يجوز عنده أن يبيع الكل بثلثي النصف، بل هذا أولى، وقالوا: لا يجوز إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما، وهذا استحسان عندهما. وإن وُكِّلَ بشري عبد فاشترى نصفه، فالشري موقوف فإن اشترى باقية لزم الموكل، وهذا بالاتفاق.

ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه، وقبض الثمن أو لم يقبض فردّه المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة أو بإبائه يمين أو بإقرار فإنه يرده على الأمر. وتأويل اشتراطها في الكتاب مع تيقن القاضي بحدوث العيب في يد البائع أن القاضي يعلم أنه لا يحدث في مدة شهر، لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ، أو كان عيباً لا يعرفه إلا النساء والأطباء، وقولهم وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر إليها للرد، حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها، وكذلك إن رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة أو بإبائه يمين، وإن كان ذلك بإقرار لزم المأمور إلا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء، والعيب لا يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بئنه، ولو كان العيب لا يحدث مثله، والرد بغير قضاء بإقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية. وفي عامة الروايات ليس له أن يخاصم، والحق في وصف السلامة، ثم ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع بالنقصان، فلم يتعين الرد.

ومن قال لآخر: أمرك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة، وقال المأمور: أمرتني ببيعه [٢١٠و] ولم تقل شيئاً فالقول قول الأمر، فإن اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب.

ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقداً ونسيئة إلى أيّ أجل كان عند أبي حنيفة، وعندهما يتقيد بأجل متعارف. والوكيل بالبيع لو باع نقداً ثم أحرّ الثمن جاز بالإجماع، إلا أنه يضمن، ولا يملك الإقالة والبيع بالنسيئة بعدها ذكره في كتاب المضاربة في فصل ما يفعله المضارب.

ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وأخذ الثمن رهناً، فباع في يده أو أخذ به كفيلاً فتوى^{١٣٨٧} المال عليه فلا ضمان عليه، بخلاف الوكيل بقبض الدين إذا أخذ بالدين رهناً أو كفيلاً، فإنه لا يجوز؛ لأنه يفعل نيابة، وقد أُنابَه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن. والوكيل بالبيع يقبض أصالة، ولهذا لا يملك الموكل حرجه عن قبض الثمن، وله ولاية الإرهان وأخذ الكفيل إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل، ثم لحقته عهدة لا يرجع به على المقتضى ذكرها في باب الرهن يوضع عند عدل.

الوكيل بالبيع إذا قيل له بعه إن شئت، فإنه توكيل بالبيع عند زفر، ولا اعتبار بالمشية، ولنا أنه التملك؛ لأنه علق بالمشية، والمالك هو الذي يتصرف عن مشية، والبيع لا يتحمل التعليق بالشرط كالمشية وغيرها في فصل المشية

^{١٣٨٦} فيه نشر على غير ترتيب اللف.

^{١٣٨٧} قال الليث: التوى ذهب مال لا يرجي، والفعل منه توي يتوى أى ذهب، الأذهرى، تهذيب اللغة، ت و ي.

من الطلاق، وإذا وكل رجلاً بالبيع وكان للمشتري على الوكيل دين تقع المقاصة عندهما، ويضمن الوكيل الثمن للموكل عندهما، وعند أبي يوسف: لا تقع المقاصة ذكرها في باب ما يجوز ارتكابه.

والوكيل بالبيع إذا باعه من رجل، والموكل من غيره معاً، فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل، وأبو يوسف يعتبرهما، ذكرها في باب خيار الشرط.

فصل

وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكل به دون الآخر، وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك، هذا فيما إذا وكلهما بكلام واحد، وإن وكلهما بكلامين جاز تفرد أحدهما، ذكرها في الوصايا في باب الوصي وما يملكه، إلا أن يوكلهما بالخصومة، أو بطلاق زوجته بغير عوض، أو بعق عبد بغير عوض، أو ردّ ودیعة أو قضاء دين عليه، بخلاف ما [٢١٠ ظ] إذا قال طلقاها إن شئتما، أو قال أمرها بأيديكما، فذلك ليس بتوكيل بل تمليك مقتصر على المجلس.

وإذا وكلّ وكيلين بالشراء، فإن كان ممّا يقسم لم يجوز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر، ولكنهما يقتسمانه، فيحفظ كل واحد منهما نصفه، وإن كان ممّا لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما دون الآخر، وهذا عند أبي حنيفة، وقال لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين، أشار إليه في كتاب الوديعة.

وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به إلا أن يأذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك، وإذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلاً عن الموكل حتى لا يملك الأول عزله، ولا ينزل بموته، وينزلان بموت الأول، وقد مرّ نظيره في أدب القاضي، فإن وكلّ بغير إذن موكله، فعقد وكيله بحضرته جاز.

وتكلّموا في حقوقه، قال في الكفاية: وفي فتاوي البقالي: إنّ الحقوق ترجع إلى الأول، وفي وكالة العيون: ترجع إلى العاقد، والصحيح أنّه ترجع إلى الثاني. وذكر الإمام المحبوبي: منهم من قال العهدة على الأول؛ لأنّ الموكل إنّما رضي بلزوم العهدة على الأول دون الثاني، ومنهم من قال العهدة على الثاني، إذ السبب وهو العقد وجد في الثاني دون الأول، انتهى.

وإن عقد في حال غيبته لم يجوز إلا أن يبلغه فيجيزه، وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فأجاز، ولو قدر الأول الثمن للثاني، فعقد بغيبته يجوز، وهذا بخلاف ما إذا وكلّ وكيلين، وقدر الثمن؛ فإنّه لا يجوز بيع أحدهما بذلك المقدار.

وإذا وكلّ ببيع عبده بألف فباعه بألفين يكون الزيادة للموكل، ولو وكلّ المشتري البائع بأن يبيع سلعة من نفسه لا تصحّ هذه الوكالة ولا هذا البيع، ذكرها في الوكالة بالنكاح.

وإذا زوج المكاتب أو العبد أو الدميّ ابنته وهي صغيرة حرّة مسلمة، أو باع أو اشتري لها لم يجوز، معناه التصرف في مالها، قال أبو يوسف ومحمد: والمرتد إذا قتل على رذته، والحربي كذلك، أي تصرفهما على المسلم لا يجوز، والمرتد وإن كان تصرفه في ماله نافذاً عندهما لكنّه موقوف على ولده، ومال ولده بالإجماع، وإذا قتل على الردّة يبطل وبالإسلام يجعل كأنّه لم يزل كان مسلماً فيصح.

باب الوكالة بالخصومة والقبض

[٢١١و] الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض، خلافاً لزفر، والفتوى اليوم على قول زفر. ونظيره الوكيل بالتقاضي، يملك القبض على أصل الرواية، والفتوى على أن لا يملك، فإن كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معاً.

والوكيل بقبض الدين يكون وكيلًا بالخصومة عند أبي حنيفة، حتى لو أقيمت عليه البيعة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده، قالوا: لا يكون خصماً وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلًا بالخصومة حتى إن من وكل وكيلًا بقبض عبد له فأقام الذي هو في يده البيعة أن الموكل باعه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب، وهذا استحسان و القياس أن يدفع إلى الوكيل، وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك، ومعناه إذا أقامت المرأة البيعة على الطلاق والعبد والأمة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحساناً دون العتق والطلاق والوكيل بأخذ الشفعة إذا قامت عليه البيعة بتسليم الموكل الشفعة، فإنها تقبل والشفعة تبطل.

والوكيل بالرجوع في الهبة إذا أقام الموهوب له البيعة على أخذ الواهب العوض، فإنها تقبل والرجوع يبطل.

والوكيل بالشراء خصم يطلب بحقوق العقد، ولو وكل أحد الشريكين وكيلًا بأن يقاسم مع شريكه، وأقام الشريك البيعة عليه بأن الموكل قبض نصيبه فإنها تقبل. والوكيل بالرد بالعيب على البائع إذا قامت البيعة عليه بأن الموكل رضي بالعيب تقبل. والوكيل بالقبض من جهة القاضي لا يملك الخصومة بلا خلاف ذكرها في المفقود.

ولو وكل بالخصومة بطلب المدعي ثم غاب الموكل فأبى أن يخاصم أجبر على الخصومة بخلاف الوكيل بالبيع ذكرها في الرهن في باب الرهن توضع على يد العدل.

وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه، ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد استحساناً إلا أنه يخرج من الوكالة، يعني إذا أقيمت البيعة على إقراره في غير مجلس القضاء، يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال إليه، وقال أبو يوسف: يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء، [٢١١ظ] وقال زفر والشافعي: لا يجوز في الوجهين، وهو قول أبي يوسف أولاً وهو القياس بناءً على أنه مأمور بالخصومة، والإقرار مسالمة، وهي ضد الخصومة فلا يتناول ضده، ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والإبراء.

ولو وكله بالخصومة، واستثنى الإقرار، فعن أبي يوسف أنه لا يصح، وعن محمد أنه يصح، وعنه أنه فصل بين الطالب والمطلوب، ولم يصححه في الثاني أي المطلوب، وكذا لو وكله بالجواب مطلقاً يتقيد بجواب هو خصومة، ولهذا يختار فيها الأهدى فالأهدى.

ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه من الغريم، لم يكن وكيلًا في ذلك أبداً، وهو نظير عبد مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء، ويطالب العبد بجميع الدين، فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلاً.

ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه، فإن حضر الغائب فصدقه، وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانياً، ويرجع به على الوكيل إن كان باقياً في يده، وإن كان ضاع في يده لم يرجع عليه إلا أن

يكون ضمّنه عند الدفع، فإن كان الغريم لم يصدّقه على الوكالة، ودفعه على ادعائه، فإن رجع صاحب المال على الغريم، رجع الغريم على الوكيل، وكذا إذا دفعه إليه على تكذيبه أيّاه في الوكالة، وهذا أظهر. وفي الوجه كلها ليس له أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب كما إذا دفعه أي المديون المال إلى فضولي على رجاء الإجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة.

ومن قال إنّي وكيل بقبض الوديعة فصدّقه المودع لم يؤمر بالتسليم إليه. ولو ادعى أنّه مات أبوه وترك الوديعة ميراثاً له لا وارث غيره وصدّقه المودع أمر بالدفع إليه، ولو ادعى أنّه اشترى الوديعة من صاحبها، وصدّقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه. فإن وكلّ وكيلاً بقبض مال فادعى الغريم أنّ صاحب المال قد استوفاهما يدفع المال ويتبع ربّ المال، فيستحلفه ولا يستحلف الوكيل.

وإن وكلّه بعيب في جارية فادعى البائع رضي المشتري ولم تردّ عليه حتى يحلّف المشتري بخلاف مسألة الدين؛ لأنّ التدارك فيه ممكن باسترداد ما قبضه [٢١٢و] الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكول ربّ المال في مسألة الرد بعيب غير ممكن؛ لأنّ القضاء بالفسخ ماضٍ على الصحة، وإن ظهر الخطأ عند أبي حنيفة كما هو مذهبه، ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك، وأما عندهما قالوا: يجب أن يتحدّ الجواب على هذا في الفصلين، ولا يؤخر^{١٣٨٨} لأنّ التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء، وقيل الأصحّ عند أبي يوسف يؤخر في الفصلين؛ لأنّه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضراً له من غير دعوى البائع فينتظر للنظر.

ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة، وقيل هذا استحسان، وفي القياس ليس له ذلك، ويصير متبرّعاً، وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين يتضمن الشراء، فلا يدخلانه، والمراد بقضاء الدين أن يدفع المديون إلى رجل ألفاً، ويؤكّله بقضاء دينه بها، فدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء عنه، كذا في العناية.

باب عزل الوكيل

وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة إلّا إذا تعلق به حق الغير بأن كان وكيلاً بالخصومة، بطلب من جهة الطالب، فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته، وتصرفه جائز حتى يعلم، ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره، وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر فلا نعيده.

وللوكيل أن يعزل نفسه بحضرة الموكل ذكرها في كتاب الوديعة، والوكيل بشري عبديّ بغير عينه أو ببيع ماله يصحّ ردّ الوكيل في غيبة الموكل؛ لأنّه لا ضرر فيه، ذكرها في باب الوصي وما يملكه من الوصايا. والوكيل إذا لم يعلم التوكيل فباع لا ينفذ ولا يصحّ من غير علم كإثبات الملك بالبيع والشري، وقد يُبين^{١٣٨٩} طريق العلم وشرط الإخبار فيه فيما تقدم من الكتب، ذكرها في الباب المزبور أيضاً.

^{١٣٨٨} أي تحليف المشتري، من م.

^{١٣٨٩} م: يبيّن.

وتبطل الوكالة بموت الموكل، وجنونه جنوناً مطبقاً، ولحاقه بدار الحرب مرتداً. وشرط أن يكون الجنون مطبقاً؛ لأنَّ قليله بمنزلة الإغماء، ويحد المطبق شهر عن أبي يوسف، وعنه أكثر من يوم وليلة،/[٢١٢ظ] وقال مُجَدُّ: حول كامل، قالوا: الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة، فتصير وكالة المرتد موقوفة كتصرفاته، فإن أسلم نفذ. وإن قُتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة، فأما عندهما تصرفاته نافذة، فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على رَدِّته أو يحكم بلحاقه، وقد مرَّ في السير.

فإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب. وإذا وُكِّل المكاتب ثم عجز أو المأذون له ثم حُجر عليه أو الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تُبطل الوكالة، علم الوكيل أو لم يعلم، وهذا عزل حكمي كالوكيل بالبيع إذا باعه أي المبيع الموكل ينزل الوكيل حكماً. وإذا مات الوكيل أو جُنَّ جنوناً مطبقاً بطلت الوكالة. وإن لحق بدار الحرب مرتداً لم يجوز له التصرف إلا أن يعود مسلماً. قال ﷺ: وهذا عند مُجَدُّ فأما عند أبي يوسف لا تعود الوكالة. ولو عاد الموكل مسلماً، وقد لحق بدار الحرب مرتداً لا تعود الوكالة في الظاهر، أي ظاهر الرواية، وعن مُجَدُّ أنه يعود كما قال في الوكيل.

ومن وُكِّل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وُكِّل به بطلت الوكالة. وهذا اللفظ ينتظم وجوهاً مثل أن يوكله بإعتاق عبده أو بكتابته فأعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه أو يوكله بتزويج امرأة معينة أو بشري شيء ففعله بنفسه، أو يوكل بطلاق امرأة فطلقها الزوج ثلثاً أو واحدة وانقضت عدتها أو بالخلع فخالعها بنفسه ففي هذه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف، فبطلت الوكالة، حتى لو تزوجها بنفسه وأباحتها له أن يزوجه الموكل لبقاء الحاجة، وكذا لو وُكِّله ببيع عبده فباعه بنفسه، فلو ردَّ عليه ببيع بقضاء قاضٍ فعن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه، وقال مُجَدُّ: له أن يبيعه مرة أخرى بخلاف ما إذا وُكِّله بالهبة، فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب.

وإذا جحد الوكيل الوكالة تنفسخ الوكالة؛ لأنَّ جحد الوكيل فسخ من جهته ذكرها في كتاب الوديعة.

والتوكيل في أخذ المباح باطل كالاكتطاب والاصطياد؛ لأنَّ أمر الموكل به غير صحيح، والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائباً عنه،/[٢١٣و] وإنما ثبت الملك بالأخذ وإحراز المباح، ذكرها في آخر فصل من كتاب الشركة.

كتاب الدعوى

المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها، والمدعي عليه من يجبر على الخصومة.

ومعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى، وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه، فمنها ما قال في الكتاب، وهو حدَّ عام صحيح، وقيل المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج والمدعي عليه من يكون مستحقاً بقوله من غير حجة كذي اليد، وقيل المدعي من يلتزم غير الظاهر، والمدعي عليه من يتمسك بالظاهر، وقال مُجَدُّ في الأصل المدعي عليه هو المنكر، وهذا صحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الحدائق من

أصحابنا؛ لأنَّ الاعتبار للمعاني دون الصور، فإنَّ المدَّع إذا قال: رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وإن كان مدَّعيًا للردِّ صورةً؛ لأنَّه ينكر الضمان.

ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه وقدره، فإن كان عيناً في يد المدعي عليه كلف إحضارها ليشير إليها بالدعوى. وكذا في الشهادة والاستحلاف، ويتعلق بالدعوى وجودُ الحضور، أي حضور المدعي عليه، وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر، ووجوبُ الجواب إذا حضر، ولزوم إحضار العين المدَّعاة، واليمين إذا أنكره، وسنذكره إن شاء الله تعالى.

وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها، وقال الفقيه أبو الليث: يشترط مع بيان القيمة ذكر الأنوثة والذكورة. فإن ادعى عقاراً حدَّده، وذكر أنَّه في يد المدعي عليه وأنَّه يطالبه به، ويذكر الحدود الأربعة، ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم، ولا بد من ذكر الجدِّ، وتأمُّ التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف هو الصحيح، ولو كان الرجل مشهوراً يكتفي بذكره، فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفي بما عندنا خلافاً لرفر، بخلاف مع إذا غلط في الرابعة. وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة، وقد ذكرناه. وقوله في الكتاب: "وذكر أنَّه في يد المدعي عليه" لا بدَّ منه؛ لأنَّه إنما ينتصب خصماً إذا كان في يده، وفي العقار لا يُكتفي بذكر المدَّعي وتصديق المدَّعي عليه أنَّه في يده، بل ولا يثبت اليد فيه [٢١٣] إلا بالبينة، أو علم القاضي هو الصحيح نفياً لتهمة المواضع^{١٣٩٠} بل يحتمل أن يكون في يد غيرهما بخلاف المنقول، فإنَّ اليد فيه مشاهد، واليد حقيقة لا تثبت على العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند مُحمَّد يثبت ذكرها في باب الغنائم وقسمتها. وقوله وإن يطالبه به، بناءً على أنَّ المطالبة حقه، ويحتمل أن يكون مرهوناً في يده أو محبوساً بالثمن في يده، وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال، وعن هذا قالوا في المنقول يجب أن يقول في يده بغير حقٍّ، وإن كان حقاً في الذمة ذكر أنَّه يطالبه به، لكن لا بدَّ من تعريفه بالوصف.

وإذا صحَّت الدعوى سأل المدعي عليه فإن اعترف قضي عليه بها، وإن أنكر سأل المدَّعي البينة، فإن أحضرها قضى بها، وإن عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها، ولا بدَّ من طلبه بناءً على أنَّ اليمين حقه.

باب اليمين

وإذا قال المدَّعي: لي بيِّنة حاضرة، وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة معناه حاضرة في المصر، وقال أبو يوسف: يستحلف، ومُحمَّد مع أبي يوسف فيما ذكره الخصاف، ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي. ولا يردُّ اليمين على المدعي، وفيه خلاف الشافعي.

^{١٣٩٠} المواضع: المراهنة، مختار الصحاح.

ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق، وبينة الخارج أولى، وقال الشافعي يقضي ببينة ذي اليد. وإذا نكل المدعي عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول، وألزمه ما ادعى عليه، وقال الشافعي: لا يقضى به بل يردّ اليمين على المدعي، فإذا حلف يقضي به.

وينبغي للقاضي أن يقول له: إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعاه. وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم، إذ هو موضع الخفاء، وإذا كرّر العرض ثلاث مرات قضي عليه بالنكول، وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في إيلاء العذر، فأما المذهب أنه لو قضي بالنكول بعد العرض مدة جائز هو الصحيح، وهذا احتراز عن قول بعضهم، فإنهم قالوا: لو قضي القاضي بالنكول في المرة الأولى لا ينفذ، كذا في النهاية، والأول أي القضاء بعد العرض ثلاث مرات أولى.

ثم النكول قد يكون حقيقياً كقوله: لا أحلف، وقد يكون حكماً بأن يسكت، وحكمه حكم الأول إذا علم أنه لا آفة به من طرّش^{١٣٩١} أو خرّس^{١٣٩٢} هو الصحيح. وإن كانت الدعوى نكاحاً [٢١٤و] لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة، ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرق والاستيلاء والنسب والولاء والحدود واللّعان، وقال أبو يوسف ومحمد: يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللّعان. وصورة الاستيلاء أن تقول الجارية: أنا أم ولد لمولاي، وهذا ابني منه، وأنكر المولى، قال صاحب العناية في صورة هذه المسائل: إذا ادعى رجل على امرأة أنه تزوّجها، وأنكرت أو بالعكس أو ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه راجع في العدة وأنكرت أو بالعكس أو ادعى بعد انقضاء مدة الإيلاء أنه فاء اليها في المدة و أنكرت أو بالعكس أو ادعى بعد القضاء على المجهول انه عبده أو ادعى المجهول ذلك لو اختصما على هذا الوجه في ولاء العتاقة أو المولاة، أو ادعى على رجل أنه ولده أو والده، أو ادّعت على مولاهما أمّا ولدت منه أو ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها بما يوجب اللّعان، وأنكر الزوج، أو ادعى على رجل ما يوجب الحدّ، وأنكره فإنّه لا يستحلف في هذه كلها عند أبي حنيفة، وقالوا يستحلف في ذلك كله. وإذا نكل يقضي بالنكول إلا في الحدود واللّعان، انتهى.

والنكول يملكه المكاتب والعبد المأذون ولو كان بذلاً^{١٣٩٣} عند أبي حنيفة كما أنّهما يملكان ما لا بدّ له من التجارة بمنزلة الضيافة اليسيرة، وكذا يصحّ النكول في الدّين عنده، ويستحلف السّارق، فإن نكل ضمن ولم يقطع.

وإذا ادعت المرأة طلاقاً قبل الدخول استحلف الزوج، فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعاً، وكذا في النكاح إذا ادّعت هي الصداق، ثم يثبت المال بنكوله، ولا يثبت النكاح، وكذا في النسب إذا ادّعى حقاً كالإرث والحجر في اللقيط والنفقة، وامتناع الرجوع في الهبة. وذكر صاحب العناية صور هذه المسائل، وقال: وكذا في النسب بأن ادّعى رجل على رجل أنه أخو المدّعي عليه مات أبوها وترك مالاً في يد المدّعي عليه، أو طلب من القاضي فرضّ النفقة على المدّعي عليه بسبب الاخوة، فإنّه يستحلف على النسب، فإن حلف برئ، وإن نكل يقضى بالمال، والنفقة

^{١٣٩١} الطرّش اهون الصمم يقال هو مولد، من م.

^{١٣٩٢} والخرّس آفة باللسان تمنع الكلام أصلاً، من م.

^{١٣٩٣} ل س: بدلاً.

دون النسب،/[٢١٤ظ] وكذا إذا ادّعى الحجر في اللقيط بأن كان صبيّاً^{١٣٩٤} لا يعبر عن نفسه في يد ملتقط امرأة حرة تريد قصر يد الملتقط بحق حضانتها، وأرادت استحلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب، وكذا إذا وهب لإنسان عيناً ثم أراد الرجوع فيها فقال الموهوب له أنت أخي يريد بذلك إبطال حق الرجوع يستحلف الواهب، فإن نكل يثبت امتناع الرجوع، ولا يثبت الأخوة، انتهى.

وإنما يستحلف في النسب المجرد عندهما إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن في حق الرجل، والأب في حق المرأة، والمولى والزوج في حقهما.

ومن ادّعى قصاصاً على غيره فجدد استحلف بالإجماع، ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص. وإن نكل في النفس حبس حتى يقرّ أو يحلف، وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومُجَدَّ لزمه الأرش فيهما. وإذا قال المدّعي: لي بيّنة حاضرة قيل لخصمه: أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام، وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا. والحضور مستحق عليه حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله، والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبي حنيفة، وهو الصحيح، وهو إقرار عمّا روي عن أبي يوسف أنّه يقدر بمجلس القاضي، كذا في الكفاية، ولا فرق في الظاهر من الرواية بين الخامل والوجيه والحقير من المال، وهذا احتراز عمّا روي عن مُجَدَّ أنّه قال: إن كان معروفاً والظاهر أنّه لا يخفى شخصه بذلك القدر لا يجبر على إعطاء الكفيل، لكن إذا أعطي مختاراً يؤخذ، وكذا لو كان المدعي حقيراً لا يخفى المراء نفسه^{١٣٩٥}، بذلك لا يجبر على إعطاء الكفيل كذا في النهاية والكفاية. ثم لا بد من قوله: لي بيّنة حاضرة للتكفيل، ومعناه: في المصّر، حتى لو قال المدعي لا بيّنة لي أو شهودي عُيِّب لا يكفل، فإن فعل أي أعطى الكفيل، وإلا أمر بملازمته إلا أن يكون غريباً فيلازم مقدار مجلس القاضي، وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس، فالاستثناء منصرف إليهما، وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى./[٢١٥و]

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

واليمين بالله تعالى دون غيره، ويؤكد بذكر أوصافه تعالى وهو التعليل، وذلك مثل قوله: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السرّ ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادّعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه.

وله أي القاضي أن يزيد في التعليل على هذا، وله أن ينقص منه إلا أنّه يحتاط كيلا يتكرّر عليه اليمين. وإن شاء القاضي لم يغلظ، فيقول: قل بالله أو والله، وقيل: لا يغلظ على المعروف بالصلاح، ويغلظ على غيره، وقيل: يغلظ في الخطير من المال دون الحقير. ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق، وقيل: في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك.

^{١٣٩٤} م س: صبيّ.

^{١٣٩٥} ن: بنفسه.

ويُستحلف اليهوديُّ بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام، والنصرانيُّ بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام، ويحلف المجوسيُّ بالله الذي خلق النار، وهكذا ذكر مُجَّد في الأصل، ويروي عن أبي حنيفة أنَّه لا يَستحلف أحداً إلا بالله خالصاً، وذكر الخصَّاف أنَّه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله، وهو اختيار بعض مشايخنا، والوثني لا يحلف إلا بالله ولا يحلفون في بيوت عباداتهم.

ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمانٍ ولا مكان. ومن ادعى أنَّه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد يستحلف: بالله ما بينكما بيع قائم فيه، ولا يستحلف: بالله ما بعث، باحتمال الإقالة. ويستحلف في الغصب: ما يستحق عليك ردّه، ولا يحلف: بالله ما غصبت، باحتمال أنَّه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع، وفي النكاح: بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال، باحتمال أنَّه قد يطرأ عليه الخلع، وفي دعوى الطلاق: ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت، ولا يستحلف: بالله ما طلقها باحتمال أنَّ النكاح قد يجدد بعد الإبانة.

فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لا على السبب، وهذا قول أبي حنيفة ومُجَّد. أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب، إلا إذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل، وقيل ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل، [٢١٥ ظ]

والحاصل هو الأصل عندهما إذا كان سبباً يرتفع برفع برافع إلا إذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعى، فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع، وذلك مثل أن تدعي مبتوتة نفقةً والزوج بمن لا يراها، أو ادعى شفعةً بالجوار والمشتري لا يراها، فلو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعى، وإن كان سبباً لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع، كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه يحلف: بالله ما اعتقه، ولا يحلف أنَّه معتق في الحال، بخلاف الأمة والعبد الكافر.

ومن ورث عبداً فادعاه آخرُ استحلف على عمله، وإن وهب له أو اشتراه يحلف على الثبات. ومن ادعى على آخر مالاً فافتدى يمينه أو صالحه منها على عشرة فهو جائز، وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه، وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبداً.

باب التحالف

وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما ثمناً وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدرٍ من المبيع، وادعى المشتري أكثر منه فأقام أحدهما البيّنة قضى له بها، وإن أقام كل واحد منهما بيّنة، كانت البيّنة المثبتة للزيادة أولى، ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً فبيّنة البائع أولى في الثمن، وبيّنة المشتري أولى في المبيع. صورته؛ قال

البائع: بعثك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري: بعثني معها هذا الوصيف^{١٣٩٦} بخمسين ديناراً وأقاما البيّنة فهما جميعاً للمشتري بمائة دينار،^{١٣٩٧} وتقبل البيّنتان جميعاً، ويقضى بالعقدين، كذا في النهاية.

وإن لم يكن لكل واحدٍ منهما بيّنة قبل للمشتري إما أن ترضى بالثمن الذي ادّعه البائع وإلا فسخنا البيع، فإن لم يتراضيا استحلّف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر، أما قبل القبض فعلى وفاق القياس، وبعد القبض على خلاف القياس بالنص.

ويبتدأ يمين المشتري، وهذا قول مُجَدِّ وأبي يوسف آخرًا، ورواية عن أبي حنيفة، وهو الصحيح دون قول أبي يوسف أولاً أنّه يبدأ يمين البائع. وإن كان بيع عين بعين أو ثمن بثلثين بدأ القاضي بأيّهما شاء.

وصفة اليمين أن يحلف البائع: بالله ما باعه بألف، ويحلف المشتري: بالله ما اشتراه بألفين، وقال في الزيادات: يحلف: بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين، ويحلف المشتري: / [٢١٦و] بالله ما اشتراه بألفين، ولقد اشتراه بألف يضمّ الإثبات إلى النفي تأكيداً، والأصحّ الاقتصار على النفي، فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما، وهذا يدلّ على أنّه لا يفسخ بنفس التحالف، وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر.

وإن اختلفا في الأجل أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن، فلا تحالف بينهما كما في الاختلاف في الخط والإبراء. والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه. ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل، فقال: قبلت، فالقول قول المشتري، ذكرها في باب الخلع، وقد ذكرت هناك أيضاً.

وإذا قال البالغ العاقل: بعت داري وأنا صبيّ، وقال الآخر: بعتته وأنت عاقل بالغ كان القول قوله، ذكرها في باب جناية المملوك. فإن هلك المبيع يعني في يد المشتري ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، والقول قول المشتري، وقال مُجَدِّ: يتحالفان، ويفسخ البيع على قيمة الهالك، وهو قول الشافعيّ، وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على ردّه بالعيب، وهذا إذا كان الثمن ديناً، فإن كان عيناً يتحالفان، ثم يردّ مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل.

وإن هلك أحد العبدین، ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة، إلا أن يرضى البائع أن يترك حصّة الهالك، وفي الجامع الصغير: القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له، وقال أبو يوسف: يتحالفان في الحي، ويفسخ العقد في الحيّ، والقول قول المشتري في قيمة الهالك، وقال مُجَدِّ: يتحالفان عليهما، ويردّ الحيّ وقيمة الهالك، هذا تخريج بعض المشايخ. وينصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف، وقالوا: إنّ المراد من قوله "وفي الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له" معناه: لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً. وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقرّ به المشتري، وإنّما لا يأخذ الزيادة، وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء / [٢١٦ظ] إلى يمين المشتري لا إلى التحالف.

^{١٣٩٦} الوصيف كالأمير الخادم والخادمة، من م.

^{١٣٩٧} ل - وأقاما ... دينار.

ثم تفسير التحالف على قول مُجَدِّ ما بيَّناه في القائم. وإذا اختلفا ولم يتفقا على شيء فادَّعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد بينهما، ويأمر القاضي المشتري برَدِّ الباقي أو قيمة الهالك. واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف، والصحيح أن يحلف المشتري بالله ما اشتريتها بما يدَّعيه البائع، فإن نكل لزمه دعوى البائع، وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعته بالثمن الذي يدَّعيه المشتري، فإن نكل لزمه دعوى المشتري، وإن حلف يفسخان العقد في القائم، وتسقط حصَّته من الثمن، وتلزم المشتري حصة الهالك، ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض.

وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع، وأيّهما أقام البيئة تقبل بيئته، وإن أقامها فبيئته البائع أولى، وهو قياس ما ذكر مُجَدِّ في بيع الأصل؛ اشترى عبيدين وقبضهما ثم ردَّ أحدهما بالعيب وهلك آخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده، ويسقط عنه ما ردَّه، وينقسم الثمن إلى قيمتهما، فإن اختلفا في قيمة الهالك، فالقول قول البائع، وإن أقاما البيئة فبيئته البائع أولى.

ومن اشترى جارية وقبضها، ثم تقايلا، ثم اختلفا في الثمن فأحكما يتحالفان، ويعود البيع الأول. وإثبات التحالف فيه ليس بالنص؛ إذ النص ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين، بل بالقياس؛ لأنَّ المسألة مفروضة قبل القبض والقياس يوافق، ولهذا نقيس الإجارة على البيع قبل القبض، والوارث على العاقد، والقيمة على العين فيما إذا استهلكه غير المشتري، يعني إذا اختلف الأجر المستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الأجرة يقاس على البيع قبل القبض، والوارث على العاقد إذا اختلفا في الثمن قبل القبض، والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري، يعني إذا استهلك غير المشتري العين المبيعة في يد البائع، وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة، هذا محصل كلام صاحب العناية. ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف [٢١٧و] عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد.

ومن أسلم عشرة دراهم في كَرِّ حنطة ثم تقايلا، ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم إليه، ولا يعود السلم. وإذا اختلف الزوجان في المهر فادَّعى الزوج أنه تزَّوجها بألف، وقالت تزوجني بألفين فأَيُّهما أقاما البيئته تقبل بيئته، وإن أقاما البيئته فالبيئته بيئته المرأة، معناه: إذا كان مهر مثلها أقل مما ادَّعته. وإن لم يكن لهما بيئته تحالفا عند أبي حنيفة، ولا يفسخ النكاح، ولكن يحكِّم مهر المثل، فإن كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضى بما قال الزوج، وإن كان مثل ما اعترفت به المرأة أو أكثر قضى بما ادَّعت المرأة، وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادَّعت المرأة قضى لها بمهر المثل.

وقال رحمته الله: ذكر التحالف أولاً ثم التحكيم، وهذا قول الكرخي، ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومُجَدِّ، وتخريج الرازي بخلافه، وقد استقصيناه في النكاح، وقد ذكرنا خلاف أبي يوسف فلا نعيده.

ولو ادَّعى الزوج النكاح على هذا العبد، والمرأة تدَّعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة، إلَّا أنَّ قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها.

وإن اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وتراذاً، معناه: اختلفا في البدل أو في المبدل، وإن وقع الاختلاف في الأجرة بدئ يمين المستأجر، وإن وقع في المنفعة بدئ يمين الموجر، وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه، وأيهما أقام البينة قبلت. ولو أقامها فبيّنة الموجر^{١٣٩٨} أولى إن كان الاختلاف في الأجرة، وإن كان في المنافع فبيّنة المستأجر، وإن كان فيهما قبلت بيّنة كل واحد منهما فيما يدّعيه من الفضل نحو أن يدّعي هذا شهراً بعشرة، والمستأجر شهرين بخمسة، يقضي بشهرين بعشرة. وإن اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا، وكان القول قول المستأجر مع يمينه بالاتفاق، وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي، وكان القول في الماضي قول المستأجر.

وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال [٢١٧ظ] الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة، وقالوا: يتحالفاً وتفسخ الكتابة، وهو قول الشافعي.

وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل مع يمينه كالإمامة، وما يصلح للنساء فهو للمرأة مع يمينها كالوقاية أي الخمار، وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل، ولا فرق بينهما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفُرقة، فإن مات أحدهما واختلف ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما، وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها، والباقي للزوج مع يمينه، والطلاق والموت سواء، وتقوم الورثة مقام مورثهم، وقال مُجَدُّ: ما كان للرجال فهو للرجل، وما كان للنساء فهو للمرأة، وما يكون لهما فهو للرجل أو لورثته، والطلاق والموت سواء. وإن كان أحدهما مملوكاً فالمَتَاعُ للحَرِّ في حالة الحياة، وللحَيِّ بعد الممات، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: العبدُ المأذون له في التجارة والمكاتبُ بمنزلة الحرّ.

فصل فيمن لا يكون خصماً

وإن قال المدعي عليه: هذا الشيء أودعنيه فلانُ الغائبُ أو رهنه عندي أو غصبت منه، وأقام بيّنة على ذلك، فلا خصومة بينه وبين المدّعي. وكذا إذا قال: أجرنيه وأقام البيّنة كما إذا ادّعى تحوّل الدين من ذمة إلى ذمة غيره بالحوالة، فإنّه لا يصدّق إلّا بالحجّة. وقال ابن شبرمة: لا تندفع وإن أقام البيّنة، وقال ابن أبي ليلى: تندفع بدون إقامة البيّنة، وقال أبو يوسف: إن كان الرجل صالحاً فالجواب كما قلناه، وإن كان معروفاً بالحيل لا تندفع عنه الخصومة ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع الخصومة، ولو قالوا: نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند مُجَدُّ، وعند أبي حنيفة تندفع، وهذه المسألة مخمّسة كتاب الدّعوى، وذكرنا الأقوال الخمسة. وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم، وإن قال المدّعي غصبتّه مَتًى أو سرقته مَتًى لا تندفع الخصومة. وإن أقام ذو اليد البيّنة على الوديعة [٢١٨و] بخلاف دعوى الملك المطلق فإنّ ذا اليد فيه خصم باعتبار يده حتى لا يصحّ دعواه على غير ذي اليد.

ويصح دعوى الفعل، وإن قال المدّعي سرق مَتًى، وقال صاحب اليد أودعنيه فلان، وأقام البيّنة لم تندفع الخصومة، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان، وقال مُجَدُّ: تندفع. ولو قال غصب مَتًى على ما لم يسم

^{١٣٩٨} ل: المؤاجر.

فاعله تندفع بالاتفاق، وإن قال المدعي ابتعته من فلان، وقال صاحب اليد: أودعني فلان ذلك أسقط الخصومة بغير بيّنة إلا أن يقيم البيّنة أن فلاناً وكله بقبضه.

باب ما يدّعيه الرجلان

وإذا ادّعى اثنان عينا في يد آخر، كل واحد منهما يزعم أنّها له، وأقاما البيّنة قضي بها بينهما، وقال الشافعي في قول: تهاترتا، وفي قول: يُقرع بينهما. فإن ادّعى كل واحد منهما نكاح امرأة، وأقاما البيّنة لم يقض بواحدة من البيّنتين، ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما، وهذا إذا لم توقّت البيّتان، أما إذا وقّتا فصاحب الوقت الأول، وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البيّنة فهي امرأته، وإن أقام الآخر البيّنة قضي بها، ولو تفرد أحدهما بالدعوى، والمرأة تجحد فأقام البيّنة، وقضى بها القاضي، ثم ادّعى آخر وأقام البيّنة على مثل ذلك لا يحكم بها إلا أن يوقّت شهود الثاني سابقاً، وكذا إذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بيّنة الخارج إلا على وجه السبق.

إذا ادّعى الرجلان نكاح امرأة ولم يعلم التاريخ، ولم يوجد التصديق من قبل المرأة لأحدهما، أو ادّعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البيّنة تهاترت في حال الحياة، ويقضى بالميراث بينهم لو أقاموا البيّنة بعد الممات؛ لأنّه تقبل الانقسام، ذكرها قبيل باب رهن يوضع على يد عدل.

امرأة ادّعت على رجل أنّه تزوجها فأنكر الرجل، ثم ادّعى الرجل النكاح بعد ذلك، وأقام البيّنة قبلت بيّنته بخلاف البيع؛ لأنّ النكاح لا يبطل ببحوده، ذكرها قبيل باب الوصية بالثلث،

ولو ادّعى اثنان كل واحد منهما أنّه اشترى منه هذا العبد، معناه: من صاحب اليد، وأقاما بيّنة فكل واحد منهما بالخيار، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن، [٢١٨ظ] وإن شاء ترك فيردّه ويأخذ كل الثمن، وإن قضى القاضي به بينهما، فقال أحدهما: لا أختار، لم يكن لأحدهما أن يأخذ جميعه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي، حيث يكون له أن يأخذ الجميع.

ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما، ولو وقّت أحديهما ولم يوقّت الآخر فهو لصاحب الوقت. وإن لم يذكر تاريخاً، ومع أحدهما قبض فهو أولى، ومعناه أنّه في يده، وكذا لو ذكر الآخر وقتاً إلا أن يشهدوا أنّ شراه كان قبل شراء صاحب اليد.

فإن ادّعى أحدهما شراً والآخر هبة وقبضاً، معناه: من واحد، وأقاما بيّنة ولا تاريخ معهما فالشري أولى، وكذا الشري والصدقة مع القبض والهبة والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما. وهذا أي الحكم بالتنصيف بينهما، فيما لا يحتمل القسمة صحيح، وكذا فيما يحتمله عند البعض، وعند البعض لا يصح.

وإن ادّعى أحد الشري، وادّعت المرأة أنّه تزوجها عليه فهما سواء، وهذا عند أبي يوسف، وقال محمد: الشري أولى، ولها على الزوج القيمة. وإن ادّعى أحدهما رهنًا وقبضاً والآخر هبة وقبضاً فأقاما بيّنة فالرهن أولى، وهذا استحسان، وفي القياس الهبة أولى.

وإن أقام الخارجان البيّنة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى، ولو ادّعى الشري من واحد، معناه: من غير صاحب اليد، وأقاما البيّنة على تاريخين فالأول أولى. وإن أقام كل واحدٍ منهما البيّنة على الشري من آخر، وذكرنا تاريخاً فهما سواء. ولو وقتت إحدى البيّنتين وقتاً ولم يوقت الأخرى قضي بينهما نصفين.

ولو ادّعى أحدهم الشري من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره، والثالث الميراث من أبيه، والرابع الصدقة والقبض من آخر قضي بينهم أربعاً. وإن أقام الخارج البيّنة على ملك مؤرخ، وصاحب اليد بيّنة على ملك أقدم تاريخاً كان أولى، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن مُجَدٍّ، وعنه أنه لا تقبل بيّنة ذي اليد رجع إليه، وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما. قال في الكفاية: فعندهما الدار لصاحب الوقت الأقدم، وعند مُجَدٍّ يبطل التّقدم، [٢١٩و] ويكون الدار بينهما، انتهى.

ولو أقام الخارج وذو اليد البيّنة على ملك مطلق ووقت أحدهما دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومُجَدٍّ الخارج أولى، وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة: صاحب الوقت أولى، كما في دعوى الشري إذا أرخت أحدهما كان صاحب التاريخ أولى، وعلى هذا الخلاف إذا كانت الدار في أيديهما، ولو كانت في يد ثالث والمسألة بحالها فهما سواء عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: الذي وقت أولى، وقال مُجَدٍّ: الذي أطلق أولى.

وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحدٍ منهما بيّنة بالنتاج فصاحب اليد أولى، وهذا هو الصحيح خلافاً لما يقوله عيسى بن أبان، أنه تنهاتر البيّتان، ويترك في يده لا على طريق القضاء. ولو تلقى كل واحدٍ الملك من رجل وأقام البيّنة على النتاج عنده فهو بمنزلة إقامتها على النتاج في يد نفسه، ولو أقام أحدهما البيّنة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيّهما كان، وكذا إذا كان الدعوى بين خارجين فبيّنة النتاج أولى.

ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد، ثم أقام ثالث البيّنة على النتاج يقضي له إلا أن يعيدها ذو اليد، وكذا المقضي عليه بالملك المطلق إذا أقام البيّنة على النتاج تقبل وينقض القضاء، وكذا النسخ في الثياب التي لا تنسج إلا مرةً كغزل القطن، وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى^{١٣٩٩} وجزّ الصوف. وإن كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق، وهو مثل الجزّ والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب، فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة، فإن أشكل عليهم قضي به للخارج.

وإن أقام الخارج البيّنة على الملك وصاحب اليد البيّنة على الشري منه كان صاحب اليد أولى، كما إذا أقرّ يعني صاحب اليد بالملك له، ثم ادّعى الشري منه. وإن أقام كل واحدٍ منهما البيّنة على الشري من الآخر ولا تاريخ معهم تنهاتر البيّتان، وتترك الدار في يد ذي اليد، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعلى قول مُجَدٍّ: يقضى بالبيّنتين، وتكون للخارج، [٢١٩ظ] فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر، وقبض ثم باع. ثم لو شهدت البيّتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استويا، وإن لم يشهدا على الثمن فالقصاص مذهب مُجَدٍّ.

^{١٣٩٩} المرعزى بكسر الميم والعين، وإذا شدّدت الزاي قصرت وإذا خفّفت مدّت، وقد يقال مرعزى يفتح الميم مخفّفاً، وهي كالصوف تحت شعر الغنم، والخز اسم دابةً ثم يسمى الثوب المتخذ من وبره خزاً... كذا في الكفاية، من س.

ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترا بالإجماع، وإن وقّعت البيّتان في العقار ولم تبيّنا قبضاً ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأنّ الخارج اشترى أولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد، وهو جائز في العقد عندهما، وعند مُجّد: يقضى للخارج. وإن بيّنا قبضاً يقضى لصاحب اليد، وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج في الوجهين، فيجعل كأنّه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم، أو سلّم ثم وصل إليه بسبب آخر.

وإن أقام أحد المدّعين شاهدين والآخر أربعة فهو سواء. وإن كانت الدار في يد رجل ادّعاها اثنان، أحدهما جميعها، والآخر نصفها، وأقاما البيّنة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة، وقالوا: هي بينهما أثلاثاً، فأبو حنيفة اعتبر طريق المنازعة وهما اعتبرتا طريق العول والمضاربة. قال صاحب الهداية: ولو كانت في أيديهما سلّم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء، ونصفها لا على وجه القضاء.

وإذا تنازعا في دابة، وأقام كل واحدٍ منهما البيّنة أنّها نتجت عنده، وذكرنا تاريخاً وسنّ الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى، وإن أشكل ذلك كانت بينهما، وإن خالف سنّ الدابة الوقتين بطلت البيّتان، كذا ذكره الحاكم الشهيد.

وإذا كان العبد في يد رجل، أقام رجلان عليها البيّنة، أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما. وإذا كان ثوب في يد رجلين، يقول كل واحدٍ منهما هو ببني وبين رجل آخر غير صاحبي، يكون الثوب بينهما إلّا أنّه يدخل المقرّ له في نصيب المقرّ، ذكرها في آخر باب دعوى النسب.

فصل في التنازع بالأيدي

وإذا تنازعا في دابة، أحدهما راكبها والآخر متعلّق بلجامها، فالراكب أولى، وكذا إذا كان أحدهما راكباً في السرج، والآخر رديفه فالراكب أولى، بخلاف ما إذا كانا راكبين، حيث [٢٢٠و] يكون بينهما. وكذا إذا تنازعا في بعير، وعليه حمل لأحدهما، فصاحب الحمل أولى، وكذا إذا تنازعا في قميص أحدهما لابس والآخر متعلّق بكمّته فاللابس أولى.

ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلّق فهو بينهما، معناه: لا على طريق القضاء. وإذا كان ثوب في يد رجل، وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان. وإذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال: أنا حرّ فالقول قوله. ولو قال: أنا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده، وإن كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يديه، فلو كبر وادّعى الحرّيّة لا يكون القول قوله، ودعوى الأم حرّيّة الصغير معتبرة دون الكبير، ذكرها في كتاب عتق أحد العبدین.

وإذا تنازعا في مصراع باب ليس في يده، والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما يقضى للذي في يده ما هو أشبه بالتنازع فيه، وهو الذي المصراع الآخر متعلّق على بابه، ذكرها في إحياء الموات.

وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببناؤه، ولآخر عليه هُرادي^{١٤٠٠} فهو لصاحب الجذوع والاتصال، والمهرادي ليس بشيء فصار كدابة تنازعا فيها ولأحدهما عليه حمل، وللآخر كوز معلق، والمراد بالاتصال مداخلة لين جداره فيه، ولين هذا في جداره، وقد يسمى اتصال تربيع، وهذا شاهد ظاهر لصاحبه، وقوله: المهرادي ليس بشيء يدل على أنه لا اعتبار للمهرادي أصلاً، وكذا البواري؛ لأن الحائط لا يبني لها أصلاً حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما هراذي، وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما.

ولو كان لكل واحدٍ منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما، ولا تعتبر بالأكثر منها بعد الثلاثة ولو كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة، وللآخر موضع جذوعه في رواية، وفي رواية لكل واحدٍ منهما تحت خشبة، ثم قيل ما بين الخشب بينهما، وقيل على قدر خشبتهما، والقياس أن يكون بينهما نصفين.

ولو كان لأحدهما جذوع وللآخر اتصال، فالأول أولى، ويروي الثاني أولى، وهذه أي كون صاحب الاتصال أولى رواية الطحاوي، وصححها الجرجاني، وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات، وفي يد الآخر بيت فالتساحة بينهما نصفان، وإذا ادعى الرجلان / [٢٢٠ ظ] أرضاً يعني يدعي كل واحدٍ منهما أمّا في يده لم يقض أمّا في يد واحد منهما حتى يقيم البيئة أمّا في أيديهما، وإن أقام أحدهما البيئة جعلت في يده، وإن أقاما البيئة جعلي في أيديهما، وإن كان أحدهما قد لبن في الأرض أو بنا أو حفر فهي في يده.

باب دعوى النسب

وإذا باع جارية فجاءت بولد، فادّعاها البائع، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع، فهو ابن البائع وأمه أم ولد له، وفي القياس وهو قول زفر والشافعي: دعوته باطلة فيفسخ البيع، ويرد الثمن، وإن ادّعاها المشتري مع دعوة البائع أو بعده فدعوة البائع أولى، وهذه دعوة استيلاد، وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم يصح دعوة البائع إلا إذا صدّقه المشتري، فيثبت النسب، ويحمل على الاستيلاد بالنكاح، ولا يبطل البيع، وهذه دعوة تحرير، وغير المالك ليس من أهله، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع، ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه، إلا أن يصدّقه المشتري، وإذا صدّقه يثبت النسب ويبطل البيع، والولد حرّ، والأمّ أم ولد، كما في المسألة الأولى.

وإن مات الولد فادّعاها البائع، وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد في الأم، ولم يثبت نسبه بعد الموت، وإن ماتت الأم فادّعاها البائع، وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد، وأخذ البائع، ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة، وقالوا: يردّ حصّة الولد، ولا يردّ حصّة الأم، وفي الجامع الصغير: وإذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها، فولدت في يد المشتري، فادّعى البائع الولد، وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه، يردّ عليه بحصّته من الثمن، ولو كان المشتري إمّا أعتق الولد فدعواه باطلة، وكذا إذا دبّرها أو دبّر الولد مكان الاعتاق، والمسألة على حالها، وقوله في الفصل الأول يردّ عليه بحصّته من الثمن قولهما، وعنده بكل الثمن هو الصحيح، وقوله هو الصحيح

^{١٤٠٠} جمع هُرديّة وهي قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم ترسل عليها قضبان الكرم، ذكره في المغرب، من م.

احتراز ذكره شمس الأئمة في **المبسوط** وقاضي خان والمحجوبي أنه يرّد ما يخصّ الولد من الثمن، بخلاف الموت، كذا في **العناية**. / [٢٢١و]

ومن باع عبداً وُلد عنده، يعني أن يكون أصل العلوق في ملكه، وباعه المشتري من آخر، ثم ادّعه البائع الأول فهو ابنه وبطل البيع، وكذلك إذا كاتب الولد أو رهنه أو أجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدّعوة^{١٤٠١} فينقض ذلك كله، ويصحّ الدّعوة بخلاف الاعتاق والتدبير، وبخلاف ما إذا ادّعه المشتري أولاً، ثم ادّعه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع.

ومن ادّعى نسب أحد التّوأمين ثبت نسبهما منه، وفي **الجامع الصغير**: إذا كان في يده غلامان توأمين، وُلدا عنده، فباع أحدهما وأعتقه المشتري، ثم ادّعى البائع الذي في يده فهما ابناه، وبطل عتق المشتري بخلاف ما إذا كان الولد واحداً يعني يطل^{١٤٠٢} فيه أيضاً عتق المشتري، لكن يخالف مسألة التّوأمين في الدليل، وتفصيل الدليلين مذكور في **الهداية**.

ولو لم يكن أصل العلوق في ملكه يثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينتقض البيع فيما باع. وإذا كان الصبيّ في يد رجل قال: هو ابن عبدني فلان الغائب، ثم قال: هو ابني لم يكن ابنه أبداً وإن جحد العبد أن يكون ابنه، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: إذا جحد العبد فهو ابن المولى. وعلى هذا الخلاف إذا قال: هو ابن فلان ولد على فراشه، ثم ادّعه لنفسه، وهذا أي اقرار النسب للغير يصلح مخرجاً أي حيلة على أصل أبي حنيفة فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدّعوة بعد ذلك، فيقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره. قال في **النهاية**: صورته رجل في يده صبيّ ولد في ملكه وهو يبيعه، ولا يأمن المشتري أن يدّعيه البائع يوماً فينتقض البيع، فيقرّ البائع بكون الصبي ابن عبده الغائب حتى يأمن المشتري انتقاض البيع بالدّعى عند أبي حنيفة، فإنّ هذا يكون حيلة عنده، انتهى

وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني، فقال النصراني: هو ابني، وقال المسلم: هو عبدى فهو ابن النصراني، وهو حرّ. ولو كانت دعوتهما دعوة البتّة فالمسلم أولى.

وإذا ادّعت امرأة صبيّاً أنّه ابنها لم يجز دعوتها^{١٤٠٣} حتى تشهد امرأة على الولادة، ومعنى المسألة أن تكون المرأة ذات زوج، بخلاف الرجل، يعني يصدّق الرجل في دعوى الولد بدون شهادة القابلة. ثم شهادة القابلة كافية / [٢٢١ظ] فيها أي في الولادة. أمّا النسب يثبت بالفراش القائم، ولو كانت معتدّة فلا بد من حجة تامّة عند أبي حنيفة، وإن لم تكن منكوحة ولا معتدّة قالوا: يثبت النسب منها بقولها، وإن كان لها زوج وزعمت أنّه ابنها منه، وصدّقها فهو ابنها، وإن لم تشهد امرأة وإن كان الصبي في أيديهما فزعم الزوج أنّه ابنه من غيرها، وزعمت أنّه ابنها من غيره فهو ابنهما، إلّا أنّه لا يدخل المقرّ له في نصيب المقر؛ إذ النسب لا يحتمل الشركة.

^{١٤٠١} الدّعوة بالكسر دعوة النسب، وبالفتح دعوة الطعام، والدّعى عامّ شامل لسائر الدعاوى، من ل.

^{١٤٠٢} ل: لا يطل.

^{١٤٠٣} ل م س: دعوتهما.

ومن اشترى جارية فولدت ولداً عنده، فاستحقها رجل، غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم، وهذا هو ولد المغرور، فأَنَّ المغرور من يطاء امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تُستحق، وولد المغرور حرّ بإجماع الصحابة، فيجعل الولد حرّ الأصل في حق أبيه، رقيقاً في حق مدّعيه نظراً لهما، وهو حرّ الأصل في حق المدّعي أيضاً، حتى لا يكون ولاؤه له، وإتّما جعل رقيقاً ضرورة القضاء بالقيمة، كذا في الشروح. ولو مات الولد قبل الخصومة لا شيء على الأب، أي لا يضمن قيمته، وكذا لو ترك مالا لا يضمن أيضاً ويره. ولو قتله الأب يغرم قيمته، ويرجع بقيمة الولد على بائعه كما يرجع بثمنه بخلاف العقر، يعني لا يرجع به البائع، وكذا لو قتله غيره وأخذ ديتة. ولو ظهر بالمسببة حبل لا تصح دعوة الحربي، ذكرها في فصل الاستبراء من الكراهية، والله أعلم.

المسائل المنثورة من كتاب الدّعى

الشركاء في الطريف فإنهم يستوون في ملك رقة الأرض، ولا يعتبر في ذلك سعة الدار وضيقها، بل يكون فيهما على نط واحد، ذكرها في إحياء الموات في فصل الدّعى والاختلاف والتصرف فيه.

لو أراد أحد الشركاء في الطريق المشترك أن يفتح فيه باباً إلى دارٍ أخرى، ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحتها في هذا الطريق، ليس له ذلك، قوله ساكنها غير ساكن هذه الدار قيد به؛ لأنّه لو كان ساكن الدارين واحداً كان له أن يفتح باباً إلى الدار الأخرى؛ لأنّه متى كان ساكن الدارين واحداً لا يزداد^{١٤٠٤} المارّ، كذا في الكفاية، ذكرها في الفصل المذكور.^{١٤٠٥}

الكناسة إذا ألقتها في دار غيره، فإنه يؤخذ برفعها، وإذا هدم جدار غيره يضمنه النقصان، وبني الجدار بنفسه ذكرها في إحياء الموات أيضاً. [٢٢٢و]

ومن أثبت الشراء من ذي اليد أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع فيه فإنه يرفع المبيع إلى المشتري والدين إلى المدعي من غير كفيل، وإن كان حضور مشتر آخر قبله وغيره آخر في حق العبد متوهماً، فلا يؤخر حق الحاضر لحق موهوم إلى زمان التكفيل، هذه المسألة في فصل القضاء بالمواريث.

كتاب الإقرار

وإذا أقرّ الحرّ العاقل البالغ بحقّ لزمه إقراره، مجهولاً كان ما أقرّ به أو معلوماً.

^{١٤٠٤} ل: لا يزداد.

^{١٤٠٥} م ن: المزبور؛ س — ذكرها... المذكور.

اعلم أنَّ الإقرار إخبار عن ثبوت الحق، وأنَّه ملزم لوقوعه دلالةً، أي دليلاً على وجود المخبر به. وهو حجة قاصرة، فيقتصر على المقرّ.

وشرط الحرّية في صحّة الإقرار مطلقاً، فإنَّ العبد المأذون له و ان كان ملحقاً بالحرّ في حق الإقرار لكنّ المحجور عليه لا يصحّ إقراره بالمال. ويصح بالحدود والقصاص، فإنَّه مُبَقَّى على أصل الحرّية في ذلك، حتى لا يصحّ إقرار المولى على عبده فيه.^{١٤٠٦}

ولا بدّ من البلوغ والعقل؛ لأنَّ إقرار الصبيّ والمجنون غير لازم، إلّا إذا كان الصبي مأذوناً.

وجهالة المقرّ به لا تمنع صحّة الإقرار، بل الحق قد يلزمه مجهولاً بأن أتلف مالا لا يدري قيمته، أو يجرح جراحة لا يعلم أرشّه، أو يبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه، بخلاف الجهالة في المقرّ له، حيث تمنع صحّة الإقرار؛ لأنَّ المجهول لا يصلح مستحقاً.

ويقال: له أي في صورة جهالة المقرّ به: بيّن المجهول، فإن لم يبيّن أجبره القاضي على البيان، ولو أقرّ الإنسان فرساً صحّ إقراره، ويجب الوسط مع جهالة الوصف، ذكرها في باب المهر من النكاح.

فإن قال: لفلان عليّ شيء لزمه أن يبيّن ما له قيمة، فإذا بيّن غير ذلك يكون رجوعاً، والقول قوله مع يمينه إن ادّعى المقرّ له أكثر من ذلك، وكذا إذا قال: لفلان عليّ حق، وكذا لو قال غصبت منه شيئاً، ويجب ان يبيّن ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلاً على العادة.

ولو قال لغيره: لك عليّ أحدنا ألف درهم لا يصح إقراره للجهالة، ولا يقضى بشيء، ذكرها في باب العبد الذي يعتق بعضه. ولو قال: لفلان عليّ مال فالمرجع إليه في بيانه، ويقبل قوله في القليل والكثير، إلّا أنّه لا يصدّق في أقلّ من درهم، ولو قال مال عظيم لم يصدّق في أقل من مائتي درهم، وهو نصاب الزكاة، وعن أبي حنيفة أنّه لا يصدّق في أقلّ من عشرة دراهم،/[٢٢٢ظ] وهي نصاب السرقة، وعنه مثل جواب الكتاب، وهذا إذا قال: من الدراهم، أما إذا قال: من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين، وفي الإبل بخمس وعشرين، وهو أدنى نصاب يجب فيه من جنسه، وفي غير مال الزكاة بقيّة النصاب.

ولو قال: أموال عظام فالتقدير بثلاثة نصّب من من فنّ أي نوع ستاه باعتبار أدنى الجمع، ولو قال دراهم كثيرة لم يصدّق في أقل من عشرة، وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما لم يصدّق في أقل من مائتين. ولو قال دراهم فهي ثلاثة إلّا أن يبيّن أكثر منها. ولو قال كذا كذا درهماً لم يصدّق في أقل من أحد عشر درهماً، ولو قال كذا وكذا درهماً بحرف العطف لم يصدّق في أقل من أحد وعشرين، ولو قال كذا درهماً فهو درهم، ولو ثلث كذا بغير واو فأحد عشر، وإن ثلث بالواو فمائة وأحد وعشرون، وإن ربّع يزداد عليها ألف، وإن قال: له عليّ أو قبلي، فقد أقرّ بالدين، ولو قال المقرّ: هو ودیعة ووصل صدّق.

^{١٤٠٦} أي في الحدود والقصاص، من ل.

قال عليه السلام: وفي نسخ المختصر في قوله قبلي أنه إقرار بالأمانة؛ لأنَّ اللفظ ينتظمهما^{١٤٠٧} حتى صار قوله: لا حقَّ له قِبَلِ فلانٍ إبراءً عن الدين والأمانة جميعاً، والأمانة أقلهما، والأول^{١٤٠٨} أصح.

ولو قال: عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في صندوق فهو إقرار بأمانة في يده.

ولو قال له رجل: لي عليك ألف، فقال: اتَّزَّها أو انتقدها أو أَجَلِّني بها أو قد قضيتكها فهذا إقرار، ولو لم يذكر حرف الكناية في الأول والثاني لا يكون إقراراً.

ودعوى الإبراء كالقضاء، يعني بأن قال: أبرأتني، كذا في النهاية، وكذا دعوى الصدقة والهبة، يعني بأن قال: تصدقت به عليّ أو وهبت لي، كذا في الكفاية، وكذا لو قال أحلتك بها على فلان.

ومن أقرَّ بدين مؤجلٍ فصَدَّقَه المقرُّ له في الدين، وكذَّبه في التأجيل لزمه الدين حالاً، كما إذا أقرَّ بعبدٍ في يده، وادَّعى الاجارة لا يصدَّق في دعوى الاجارة، بخلاف الإقرار بالدرهم السود، فإنَّه يصدَّق ويستحلف المقرُّ له على الأجل.

وإن قال: له عليّ مائة ودرهمٌ لزمه كلُّها دراهم، ولو قال: مائة/[٢٢٣] وثنوب، لزمه ثوب واحد، والمرجع في تفسير المائة إليه، وهو القياس في الأول، وبه قال الشافعي. وكذا إذا قال مائة وثنوبان يعني يرجع في بيان المائة إلى المقرِّ، بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب، حيث يكون الكلُّ ثياباً بالاتفاق.

ومن أقرَّ بتمر في قَوْصَرَةٍ^{١٤٠٩} لزمه التمر والقوصرة، وفَسَّرَه بقوله في الأصل: غصبت تمرّاً في قوصرة، وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف، وكذا الطعام في السفينة، والحنطة في الجوالق، بخلاف ما إذا قال غصبت من قوصرة، فيكون إقراراً بغصب المنزوع.

ومن أقرَّ بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة، والاصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعلى قياس قول مُجَدِّ يضمنها، ومثله الطعام في البيت.

ومن أقرَّ لغيره بخاتم يلزمه الحلقة والفصّ، ومن أقرَّ له بسيف فله النصل والجفن والحمائل، ومن أقرَّ بِحِجَلَةٍ^{١٤١٠} فله العيدان والكسوة، وإن قال: غصبت ثوباً في منديل لزمه جميعاً، وكذا لو قال: عليّ ثوب في ثوب؛ لأنَّه ظرف، بخلاف قوله: درهم في درهم حيث يلزمه واحد؛ لأنَّه ضرب لا ظرف، وإن قال ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه الاّ ثوب واحد عند أبي يوسف، وقال مُجَدِّ: يلزمه أحد عشر ثوباً.

^{١٤٠٧} ل م: ينتظمها.

^{١٤٠٨} أي اعتبار الإقرار.

^{١٤٠٩} القوصرة وعاء للتمر من قصب، ويخْتَف في لغة، قال: أفلح من كان له قوصرة — يأكل منها كلَّ يوم مرّة، خليل بن أحمد، العين؛ ونسب بعضهم هذا البيت لعلي بن أبي طالب عليه السلام، كما قال ابن دريد في الجمهرة، وقال أيضاً: لا أصل لها بالعربية، وأحسبها دخيلاً.

^{١٤١٠} الحجلة بالتحريك بيت كالقبة يُسْتَر بالثياب وتكون له أزرار كبار وتُجمَع على حِجال، ابن الأثير، النهاية، حجل.

ولو قال: لفلان عليّ خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة، وقال الحسن: يلزمه خمسة وعشرون، وقد ذكرناه في الطلاق. ولو قال: أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة.

ولو قال: له عليّ من درهم إلي عشرة، أو قال ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة، فيلزمه الابتداء وما بعده، وتسقط الغاية، وقالوا: يلزمه العشرة كلها، فتدخل الغايتان، وقال زفر: يلزمه ثمانية، ولا تدخل الغايتان.

ولو قال: له من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله ما بينهما، وليس له من الحائطين شيء، ومن أقرّ بملك الغير لغيره، ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقرّ له ذكرها في باب الوصية بثلث المال من الوصايا.

فصل

ومن قال: لحمل فلانة عليّ ألف درهم، فإن قال: أوصي له فلان أو مات أبوه فورثه بالإقرار صحيح، ثم إذا جاءت به في مدّة يعلم أنّه كان قائماً وقت الإقرار لزمه، فإن جاءت به ميتاً فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته. ولو جاءت بولدين حيّين فالمال / [٢٢٣ظ] بينهما. ولو قال المقرّ باعني أو أقرضني لم يلزمه شيء، وإن أهبهم الإقرار لم يصحّ عند أبي يوسف بناءً على أنّ الإقرار ينصرف إلى التجارة، ولهذا حمل إقرار العبد المأذون وأحد المتعاضين^{١٤١١} عليه، فيصير كما إذا صرح به، وقال مُجَدُّ: يصحّ بناءً على أنّ الإقرار من الحجج^{١٤١٢} فيجب إعماله، وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح، أي الوراثة والوصية. ومن أقرّ بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صحّ إقراره ولزمه، ومن أقرّ بشرط الخيار بطل الشرط ولزمه المال.

باب الاستثناء وما في معناه

ومن استثنى متصلاً بإقراره صحّ الاستثناء، ولزمه الباقي، وسواء استثنى الأقل والأكثر، فإن استثنى الجميع لزمه الإقرار، وبطل الاستثناء. ولو قال: له عليّ مائة درهم إلّا ديناراً وإلّا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلّا قيمة الدينار والقفيز، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. ولو قال له: عليّ مائة درهم إلّا ثوباً لم يصحّ الاستثناء، وقال مُجَدُّ: لا يصحّ فيهما، وقال الشافعي: يصحّ فيهما.

ومن أقرّ بحق، وقال إن شاء الله متصلاً بإقراره لم يلزمه الإقرار، قال في الكفاية وغيرها نقلاً عن شرح الجامع الصغير لقاضي خان: قال أبو يوسف: التعليق بمشيئة الله تعالى إبطال، وقال مُجَدُّ: تعليق بشرط لا يوقف عليه، وثنى الخلاف تظهر فيما إذا قدّم المشيئة فقال: إن شاء الله أنت طالق، عند أبي يوسف لا يقع لأنّه إبطال، وقال مُجَدُّ: يقع لأنّه تعليق، فإذا قدّم الشرط ولم يذكر الجزاء لم يتعلق، وبقي الطلاق من غير شرط، انتهى.

^{١٤١١} ن: المتفاوضين؛ س: المتعاضين.

^{١٤١٢} ل م ن: الحج.

بخلاف ما إذا قال لفلان: عليّ مائة درهم إذا مت، أو إذا جاء رأس الشهر، أو إذا أفطر الناس، فهذا في معنى بيان المدّة فيكون تأجيلاً لا تعليقاً، حتى لو كذّبه المقرّر له في الأجل يكون المال حالاً. ومن أقرّ بدار واستثنى بناءها لنفسه للمقرّر له الدار والبناء والفصّ في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار بخلاف ما إذا قال إلّا ثلثها وإلا بيتاً منها حيث يصحّ الاستثناء، ويكون للمقرّر له ما عدا ثلث الدار وما عدا البيت. ولو قال بناء هذه الدار لي والعروة لفلان فهو كما قال، وكذا إذا قال بياض هذه الأرض دون البناء لفلان، بخلاف [٢٢٤و] ما إذا قال مكان العروة أرضاً حيث يكون البناء للمقرّر له.

ولو قال: له عليّ ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه، فإن ذكر عبداً بعينه قيل للمقرّر له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلّا فلا شيء لك، قال عليه السلام: هذا على وجوه؛ أحدها هذا، وهو أن يصدّق ويسلم العبد، وجوابه ما ذكر، والثاني أن يقول المقرّر له: العبد عبدك، ما بعته وإتّما بعته عبداً غير هذا وسلمته إليك، وفيه المال لازم على المقرّر، والثالث أن يقول: العبد عبدي، ما بعته، وحكمه أن لا يلزم المقرّر شيء، ولو قال مع ذلك: إتّما بعته غيره يتحالفان، وإذا تحالفا بطل المال من المقرّر والعبد سالم لمن^{١٤١٣} في يده، هذا إذا ذكر عبداً بعينه.

وإن قال: من ثمن عبد، ولم يعيّنه لزمه الألف، ولا يصدّق في قوله: ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل، وقال أبو يوسف ومحمد: إن وصل صدّق ولم يلزمه شيء، وإن فصل لم يصدّق إذا أنكر المقرّر له أن يكون ذلك من ثمن عبد، وإن أقرّ أنّه باعه متاعاً، فالقول قول المقرّر، ولو قال ابتعت منه بيعاً إلّا أني لم أقبضه فالقول قوله بالإجماع، وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير. ومعنى المسألة إذا قال لفلان عليّ ألف من ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف، ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة وصل أم فصل، وقالوا: إذا وصل لا يلزمه شيء.

ولو قال: له عليّ ألف من ثمن متاع، أو قال: أقرضني ألف درهم، ثم قال: هي زيوف أو نبهجة، وقال المقرّر له: جباد لزمه الجباد في قول أبي حنيفة، وقالوا: إن قال موصولاً يصدّق، وإن قال مفصلاً لا يصدّق، وعلى هذا الخلاف إذا قال: هي سثوّة أو رصاص، وعلى هذا إذا قال: إلّا أنّها زيوف، وعلى هذا إذا قال لفلان: عليّ ألف درهم زيوف من ثمن متاع.

ولو قال: إلّا أنّها وزن خمسة يصحّ استثناء فيصدّق إذا كان موصولاً، وإن كان مفصلاً لا يصدّق، وهذا بالاتفاق بخلاف الجودة فإنّها وصف واستثناء الوصف لا يجوز، كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما إذا قال: عليّ كثر حنطة من ثمن عبد إلّا أنّها رديئة؛ إذا الرداءة في الحنطة نوع لا عيب، فيصحّ استثناءه، وفي الدراهم [٢٢٤ظ] عيب، وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول^{١٤١٤} في القرض أنّه يصدّق في الزيوف إذا وصل.

ولو قال: لفلان عليّ ألف درهم زيوف، ولم يذكر البيع والقرض، قيل: يصدّق بالإجماع يعني إذا وصل، وقيل: لا يصدّق ولو قال اغتصبته منه ألفاً أو قال أودعني، ثم قال: هي زيوف أو نبهجة صدّق وصل أم فصل بناءً على أنّ الغصب والوديعة لا يقتضيان الجودة، ولهذا لو جاء رادُّ المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له، وعن أبي

^{١٤١٣} م + هو.

^{١٤١٤} المراد بالأصول ظاهر الرواية، كذا في البنائية، من م.

يوسف أنه لا يصدق فيه مفصلاً اعتباراً بالقرض. ولو قال: هي ستوقه أو رصاص بعد ما أقرّ بالغصب والوديعة ووصل صدق، وإن فصل لم يصدق.

وإن قال في هذا كله: ألفاً، ثم قال: إلا أنه ينقص كذا لم يصدق إن فصل، وإن وصل صدق، ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل، وفي العناية؛ لأنّ الإنسان قد يحتاج إلى التكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره، ولا يتمكن أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد، فكان عفواً لعدم الاحتراز عنه، انتهى.

ومن أقرّ بغصب ثوب، ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله، ومن قال لآخر: أخذت منك ألف درهم وديعة فهلك، فقال الآخر: لا بل أخذتها غصباً فهو ضامن، وإن قال أعطيتها وديعة، فقال: غصبتها لم يضمن، والقبض في هذا كالأخذ، والدفع كالإعطاء، يعني لو قال: قبضت منك ألف درهم وديعة فهو مثل قوله أخذت في الحكم، ولو قال: دفعت فهو مثل قوله أعطيتها، كذا في بعض الشروح، وهذا بخلاف ما إذا قال أخذتها منك وديعة، وقال الآخر لا بل قرضاً، حيث يكون القول للمقرّ.

وإن أقرّ بالأخذ، فإن قال: هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها فقال فلان: هي لي فغته يأخذها. وإن قال: أجرت دابتي هذه فلان فركبها وردّها، أو قال: أجرت ثوبي هذا فلاناً فلبسه وردّه فالقول قوله، وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: القول قول الذي أخذ منه الدابة والثوب، وهو القياس، وعلى هذا الخلاف الإعارة والإسكان. ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان: الثوب ثوبي [٢٢٥] فهو على الاختلاف في الصحيح، وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم: إنّ القول ههنا قول المقرّ بالإجماع، فيكون ذلك دليلاً لأبي حنيفة، كذا في العناية.

ولو قال في مسألة الوديعة أودعتها مكان قوله كانت وديعة كان هذا على الخلاف، وهذا أي الذي ذكر في الإجارة، وأختيها أعني الإعارة والإسكان بخلاف ما إذا قال: اقتضيت، يعني قبضت من فلان ألف درهم كانت لي عليه، وأقرضته ألفاً ثم أخذتها منه، وأنكر المقرّ له حيث يكون القول قوله.

ولو أقرّ أنّ فلاناً زرع هذه الأرض أو بني هذه الدار وغرس هذا الكرم وذلك كلّ في يد المقرّ فادّعاها فلان وقال المقرّ: بل ذلك كلّ لي استعنت بك ففعلت أو فعلته بأجر فالقول للمقرّ، كما إذا قال: خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم، ولم يقل قبضته منه لم يكن اقراراً باليد، ويكون القول للمقرّ.

وإذا أقرّ لرجل بألف درهم، فقال المقرّ له: هذه الألف ليست لي، ولكنّها لفلان جاز، وصار الألف لفلان، ذكرها في باب الشهادة في القتل.

وتكذيب المقرّ له المقرّ في بعض ما أقرّ به لا يبطل إقراره في الباقي، ذكرها في باب الشهادة في القتل من باب الجنایات.

باب إقرار المريض

وإذا أقرّ الرّجل في مرض موته بدين، وعليه ديون في صحّته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحّة والدين المعروفة الأسباب مقدّم، وقال الشافعيّ: دين المرض^{١٤١٥} ودين الصحّة يستويان. والديون المعروفة الأسباب مثل بدل مالٍ ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه بغير إقراره أو تزوج امرأة بمهر مثلها، وهذا الدّين مثل دين الصحّة لا يقدّم أحدهما على الآخر. ولو أقرّ بعين في يده لآخر لم يصحّ في حقّ غرماء الصحّة.

ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض، إلّا إذا قضى ما استقرض في مرضه، أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه، وقد علم البيّنة، وإذا قضيت يعني الديون المقدّمة، وفضل شيء يصرف لي ما أقرّ به في حالة المرض. وإن لم يكن عليه ديون في صحّته جاز إقراره، وكان [٢٢٥ظ] المقرّ له أولى من الورثة.

ولو أقرّ المريض لوارثه لا يصحّ إلّا أن يصدّقه فيه بقيّة الورثة، وقال الشافعيّ في أحد قوليه: يصحّ. ولو أقرّ بعين أو دين لوارثه وللأجنبيّ لا يصحّ في حقّ الأجنبيّ كما لا يصحّ في حقّ الوارث، ذكرها في باب الوصيّة بالثلث من كتاب الوصايا.

ولو أقرّ بوديعة مستهلكة للوارث يصحّ بالإجماع، قال في العناية: كما إذا أودع أباه ألف درهم بمعاينة الشهود، فلمّا حضر الوفاة الأب قال استهلكتها، ومات، وأنكر بقيّة الورثة، فإنّ إقراره صحيح، والألف من تركته للابن المقرّ له خاصّة، انتهى

وإن أقرّ لأجنبيّ جاز وإن أحاط بماله، والقياس أن لا يجوز إلّا في الثلث. ومن أقرّ لأجنبيّ ثم قال: هو ابني ثبت نسبه منه، وبطل إقراره. ومن أقرّ لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها. ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثاً ثم أقرّ لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه. وذكر في العناية: إذا أقرّ لزوجته ثم أبانها ثم تزوّجها بعد مضى العدة ومات بطل الإقرار عند أبي يوسف، وجاز عند مجاهد.

فصل

ومن أقرّ بغلام يولد مثله لمثله، وليس له نسب معروف أنّه ابنه وصدّق الغلام ثبت نسبه منه وإن كان مريضاً، ويشارك الورثة في الميراث. ويجوز إقرار الرّجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى، ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى، ولا يقبل بالولد إلّا أن يصدّقها الزوج، أو تشهد بولادته قابلة، ولا بدّ من تصديق هؤلاء، ويصحّ التصديق في النسب بعد موت المقرّ، وكذا تصديق الزوجة، وكذا يصحّ تصديق الزوج بعد موتها، وعند أبي حنيفة لا يصحّ.

ومن أقرّ بنسب من غير الوالدين والولد نحو الأخ والعَم لا يقبل إقراره في النسب، فإن كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقرّ له، وإن لم يكن له وارث استحق المقرّ له ميراثه، وليست هذه وصيّة حقيقة،

^{١٤١٥} ل: المريض.

حتى أنَّ من أقرَّ بأخٍ ثم أوصي لآخر بجميع ماله كان للموصي له ثلث المال خاصة، ولو كان الأوَّل وصيةً لاشتركا نصفين، لكنَّه بمنزلتها حتى لو أقرَّ في مرضه / [٢٢٦و] بأخ، وصدَّقه المقرَّ له، ثم أنكر المقرَّ وراثته، ثم أوصي بماله كله لإنسان كان ماله للموصي له. ولو لم يوصَ لأحد كان لبيت المال.

ومن مات أبوه فأقرَّ بأخٍ لم يثبت نسب أخيه، ويشاركه في الإرث، والإقرار بالنسب يعمل فيه الإكراه، والهزل حتى لو أكره على الإقرار ببنوة عبد فأقرَّ لا يجوز، وكذا الهزل، ذكرها في باب دعوى النسب.

والمشتري إذا أقرَّ على البائع بالعتق لم يقبل إقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن، ولكنَّه يقبل في حق العتق. ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقرَّ أحدهما إنَّ أباه قبض منها خمسين لا شيء للمقرَّ، للآخر خمسون. وإذا أقرَّ أحد ابنين بدين لغيره دفع جميع ما في يده إذا كان مستغرقاً، ذكرها في باب الوصية بالثلث من الوصايا.

والتناقض لا يمنع صحَّة الإقرار، ذكرها في أول كتاب الرجوع عن الشهادة.

كتاب الصلح

الصلح على ثلاثة أضرب؛ صلح مع إقرار، و صلح مع سكوت وهو أن لا يقرَّ المدعي عليه ولا ينكر، و صلح مع إنكار، وكلّ ذلك جائز، وقال الشافعي: لا يجوز مع إنكار أو سكوت.

فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع عن مال بمال، فتجري فيه الشفعة إذا كان عقاراً، ويُردّ بالعيب، ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط، وتفسده جهالة البدل دون جهالة المصالح عنه. وإن وقع عن مال بمنافع يعتبر بالأجارات فيشترط التوقيت فيها. ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة.

والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدَّعي عليه لا فتداء اليمين وقطع الخصومة، وفي حق المدَّعي بمعنى المعاوضة. ويجوز أن يختلف حكم العقد في حَقِّهما كما يختلف حكم الإقالة في حق المتعاقدين. وإذا صالح عن دار لم تجب فيها الشفعة، معناه إذا كان عن إنكار أو سكوت بخلاف ما إذا صالح على دار حيث تجب فيها الشفعة. وإذا كان الصلح عن إقرار فاستحقَّ بعض المصالح عنه رجع المدَّعي عليه بحصَّة ذلك العوض.

وإن وقع الصلح عن سكوت أو إنكار فاستحقَّ المنازع فيه، رجع المدَّعي بالخصومة، وردَّ العوض. وإن استحقَّ بعض ذلك ردَّ حصَّته، ورجع بالخصومة فيه وإن استحقَّ / [٢٢٦ظ] المصالح عليه عن إقرار أو سكوت رجع بكل المصالح عنه، فإن استحقَّ بعضه رجع بحصَّته.

وإن كان الصلح عن إنكار رجع إلى الدعوى في كلّه أو بقدر المستحقَّ إذا استحقَّ بعضه، وهذا بخلاف ما إذا باع منه على الانكار شيئاً حيث يرجع بالمدَّعي، قال في النهاية: أي باع المدَّعي عليه من المدَّعي مع إنكاره شيئاً معيّناً، أي أجرى لفظ البيع في مقام الصلح، صورته: إذا ادَّعى رجل على آخر داراً مثلاً، وأنكر المدَّعي عليه ثم صالح

عن هذه الدعوى على عبد، وقال: بعت منك هذا العبد بهذه الدار صحّ الصلح، وهذا إقرار منه بالدار، ثم لو استحقّ العبد يرجع المدعي على المدعي عليه بالدار لا بالدعوى، انتهى.

ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواز فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين أي في فصلي الإقرار والإنكار، وإن ادّعي حَقّاً في دار لم يبيّنه فصول من ذلك، ثم استحقّ بعض الدار لم يردّ شيئاً من العوض بخلاف ما إذا استحقّ كلّه فيرجع بكّله على ما قدّمناه في البيوع أي في آخر باب الاستحقاق منه.

ولو ادّعى داراً فصالح على قطعة منها لم يصحّ الصلح، وهو على دعواه في الباقي. والوجه في تصحيح هذا الصلح أحد أمرين؛ إما أن يردّ درهماً في بدل الصلح فيصير ذلك عوضاً عن حقّه فيما بقي أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي.

فصل

والصلح جائز عن دعوى الأموال والمنافع، والأصل أنّ الصلح يجب حمله على أقرب المعقود إليه وأشبهها احتيالياً لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن، والصلح عن المجهول على معلوم جائز، ذكرها في آخر باب الاستحقاق من البيع.

ويصحّ عن جنابة العمد والخطأ، أمّا الأول أي العمد فالصلح عنه بمنزلة النكاح حتى أن ما صلح مسمّى فيه صلح ههنا، وعند فساد التسمية تسقط القود ويصار إلى الدية نحو أن يصالح على ثوب غير معين فيجب الدية كما يجب مهر المثل في النكاح، ولأثهما يفترقان من وجه، فلو نزّوجها على خمر يجب المثل، ولو صالح على خمر لا يجب شيء، ويدخل في إطلاق جواب الكتاب الجنابة في النفس وما دونه. والصلح عن دم العمد لا يبطل بالشروط [٢٢٧و] الفاسدة، ولا يبطل باستثناء الحمل، بل يبطل الاستثناء، ذكرها في باب البيع الفاسد.

وبدل الصلح عن دم العبد لا يسقط بالموت والاسلام، ذكرها في باب الجزية من السير. وإذا لم يصحّ الصلح تبطل الشفعة والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه، غير أنّ في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه، يعني في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة لا تبطل، وبه يفتي، وهو رواية أبي حفص، وفي الصلح في^{١٤١٦} رواية أبي سليمان لا تبطل، كذا في الكفاية.

وأما الثاني هو جنابة الخطأ، فموجبها المال، فيصير بمنزلة البيع، إلّا أنّه لا تصحّ الزيادة على قدر الدية، وهذا إذا صالح على أحد مقادير الدية، أمّا إذا صالح على غير ذلك بأن صالح علي مكيل أو موزون جاز، إلّا أنّه يشترط القبض في المجلس، ولو قضى القاضي بأحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز، بخلاف الصلح ابتداء أي لا يجوز إذا كان الصلح ابتداء على أحد مقادير الدية زائداً على قدر الدية، كذا في النهاية.

^{١٤١٦} م ن س - في.

ولا يجوز دعوى حدّ، قال في العناية: والأصل في هذا أنّ الاعتياض عن حقّ الغير لا يجوز، فإذا أخذ رجل زانياً أو سارقاً أو شارب خمر، وأراد أن يرفعه إلى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال ليترك ذلك فالصلح باطل، وله أن يرجع عليه بما دفع اليه من المال؛ لأنّ الحد حق الله، والاعتياض عن حق الغير لا يجوز، انتهى.

ولهذا لا يجوز الاعتياض إذا ادّعت المرأة نسب ولدها، وكذا لا يجوز الصلح عمّا أشعره إلى طريق العاقبة، ويدخل في إطلاق الجواب حدّ القذف.

وإذا ادّعى رجل على امرأة نكاحاً وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدّعى جاز، وكان في معنى الخلع قالوا: ولا يحلّ له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مبطلاً في دعواه.

وإن ادّعت امرأة نكاحاً على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز، قال في العنايه: هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر، وفي بعضها قال: لم يجوز، وجه الأول أي الجواز أن يجعل زيادة [٢٢٧ظ] في مهرها، وجه الثاني أنّه بذل لها المال لتترك الدّعى، فإن جعل ترك الدّعى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة، وإن لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدّعى فلا شيء يقابله العوض، فلم يصحّ.

وإن ادّعى على رجل أنّه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز، وكان في حق المدّعي بمنزلة الإعتاق على مال، ولهذا يصحّ على حيوان في الذمّة إلى أجله، وفي حق المدّعي عليه يكون لدفع الخصومة بناءً على زعمه أنّه حرّ الأصل، إلّا أنّه لا ولاء له لإنكار العبد إلّا أن يقيم البيّنة، فتقبل وتثبت الولاء.

وإذا قتل العبد المأذون له رجلاً عمداً لم يجوز له أن يصالح عن نفسه، وإن قتل عبد له أي للمأذون رجلاً عمداً فصالحه جاز. ومن غصب ثوباً يهودياً قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: تبطل بما لا يتغابن الناس فيه، وإذا كان العبد بين رجلين اعتقه أحدهما وهو موسر، فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل، وهذا بالاتفاق، وإن صالحه على عروض جاز.

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

ومن وكلّ رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه إلّا أن يضمنه، والمال لازم للموكل وتأويل هذه المسألة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح على بعض ما يدّعيه من الدين. أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الي الوكيل، فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل.

وإن صالح رجل عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه؛ إن صالح بمال وضمنه تم الصلح، بخلاف ما إذا كان بأمره، ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدّعي، وإنّما ذلك للذي في يده، ولا فرق في هذا بينما إذا كان مقراً أو منكراً، وكذا إذا قال: صالحتك على ألفي هذه أو على عبدي هذا صحّ الصلح ولزمه تسليمها، وكذا لو قال: على ألفٍ وسلّمها. ولو قال: صالحتك على ألف فالعقد موقوف، فإن أجازته المدّعي عليه جاز، ولزمه الألف، وإن لم يجزه بطل، قال في العنايه: ووجه آخر أن يقول: صالحتك [٢٢٨و] على هذه الألف أو على هذا العبد، ولم ينسبه إلى نفسه.

ولو استحق العبد أو وجد به عيباً فردّه فلا سبيل له على المصالح بخلاف ما إذا صالح على دراهم مسمّاة وضمنها ودفعتها ثم استحقّت أو وجدها زيوفاً حيث يرجع عليه.

باب الصلح في الدين

وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المدائنة لم يحمل على المعاوضة، وإنّما يحمل على أنّه استوفى بعض حقّه وأسقط باقيه كمن له على آخر ألف درهم، فصالحه على خمسمائة، وكمن له على آخر ألف جياذ فصالحه على خمسمائة زيوف، جاز وكأنّه أبراه عن بعض حقّه، ولو صالح على ألف مؤجلة جاز، وكأنّه أجل نفس الحق، ولو صالحه على دنائير إلى شهر لم يجز.

ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز، وإن كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز، بخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود فإنّه يجوز إلّا أنّه لا يشترط القبض في المجلس.

ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار، فصالحه على مائة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلح. ومن كان له على آخر ألف درهم، فقال: أدّ إليّ غداً منها خمسمائة على أنّك بريء من الفضل ففعل فهو بريء، فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غداً عاد عليه الألف، وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يعود عليه.

قال عليه السلام: وهذه المسألة على وجوه؛ أحدها ما ذكرنا، والثاني إذا قال: صالحتك من الألف على خمسمائة تدفعها إليّ غداً وأنت بريء من الفضل على أنّك إن لم تدفعها غداً فالألف عليك على حاله، وجوابه أنّ الأمر^{١٤١٧} على ما قال، والثالث إذا قال: أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غداً، فالإبراء فيه واقع، أعطى الخمسمائة أو لم يعط، والرابع إذا قال: إدّ إليّ خمسمائة على أنّك بريء من الفضل ولم يوقّت للأداء وقتاً، وجوابه أنّه يصحّ الإبراء، ولا يعود الدين، والخامس إذا قال: إن أدّيت إليّ خمسمائة أو قال: إذا أدّيت أو متى أدّيت، والجواب فيه أنّه لا يصحّ الإبراء.

ومن قال لا آخر لا أقرّ لك بمالك حتى تؤخّره عنيّ أو تحطّ عنيّ بعضه ففعل جاز عليه، ومعنى المسألة إذا قال ذلك سرّاً،/[٢٢٨ظ] أمّا إذا قال علانية يؤخذ به، ومن أبرأ عن الدين وهو لا يعلم أنّ عليه ديناً يصحّ، ذكرها في أواخر الشفعة.

فصل في الدين المشترك

وإذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب، فشريكه بالخيار إن شاء أتبع الذي عليه الدّين بنصفه، وإن شاء أخذ نصف الثوب، إلّا أن يضمن له شريكه ربع الدين، أصل هذا أنّ الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض بناء على ازدياد الدّين بالقبض، يعني أنّ الدين إزداد خيراً

^{١٤١٧} م: الألف.

بسبب كونه منقوداً^{١٤١٨} فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض حتى يساوي الساكت القابض، يعني أن نصيب الساكت دين ونصيب القابض عين، والعين أفضل من الدين، ولكنّه قبل المشاركة باق على ملك القابض، إذ العين غير الدين، وقد قبضته بدلاً عن حقّه فيملكه، وينفذ فيه تصرفه، ويضمن لشريكه حصّته.

والدين المشترك أن يكون واجباً بسبب متّحد كثن من المبيع إذا كان صفقة واحدة، وثن المال المشترك والموروث بينهما، وقيمة المستهلك المشترك. ولو استوفى نصب نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض، ثم يرجعان على الغريم بالباقي. ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمّنه ربع الدين، ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع، أي ليس الشريك مخيراً بين دفع ربع الدين ونصف الثوب، كما كان في صورة الصلح، كذا في العناية.

وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا، يعني من الصلح عن نصيبه على ثوب، واستيفاء نصيبه بالنقود وشري السلعة بنصيبه، كذا في العناية، لكن له حق المشاركة، فله أن يشاركه، فلو سلّم له ما قبض ثم نوى ما على الغريم له أن يشارك القابض، ولو وقعت المقاصّة بدين كان عليه من قبّل لم يرجع عليه الشريك، ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك، ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام، ولو آخر أحدهما عن نصيبه صحّ عند أبي يوسف، ولا يصحّ عندهما.

ولو غصب أحدهما عيناً منه أو اشتراه شراءً فاسداً/[٢٢٩و] وهلك في يده فهو قبض، والاستئجار بنصيبه قبض، وكذا الإحراق عند مُجّد خلافاً لأبي يوسف، والتزوّج به إتلاف في ظاهر الرواية، وكذا الصلح عليه عن جنابة العمد. وإذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يجوز عند أبي حنيفة ومُجّد. قال في العناية: إلّا بإجازة الآخر، فإن أجاز جاز، وكان المقبوض من رأس المال مشترك بينهما، وما بقي من السلم مشتركاً بينهما، وإن لم يجزه فالصلح باطل، انتهى.

وقال أبو يوسف: يجوز الصلح، قالوا أي المتأخرون من أصحابنا: هذا الاختلاف بين علمائنا إذا خلط رأس المال وعقدا عقد السلم، وأمّا إذا لم يخلط فقال بعضهم: هو على هذا الاختلاف أيضاً، وقال آخرون: هو على الاتفاق في الجواز.

فصل في التخرج

وإذا كانت الشركة بين ورثة، فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلاً كان ما أعطوه إياه أو كثيراً، وإن كانت التركة فضّة فأعطوه ذهباً، أو كان ذهباً فأعطوه فضة فهو كذلك.

^{١٤١٨} ل م س: مفقوداً.

ويعتبر التقابض في المجلس؛ لأنه صرف، غير أن الذي في يده بقية التركة إن كان جاحداً، يكتفي بذلك القبض، وإن كان مقرأً لا بد من تحديد القبض. وإن كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة أو ذهب فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه بمثله، والزيادة بحقه من بقية التركة، ولا بد من التقابض.

ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً. ولو كان في التركة دراهم ودنانير، وبذل الصلح دراهم ودنانير أيضاً جاز كيف ما كان، صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس كما في البيع، لكن يشترط التقابض للصرف.

وإذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه فيكون الدين لهم فالصلح باطل، وإن شرطوا أن يبرأ الغرباء منه، ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز، وهذه حيلة الجواز، وأخرى أن يعجلوا إقضاء نصيبه متبرعين، وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة، والأوجد أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه، ويصالحوا عما [٢٢٩ ظ] وراء الدين، ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرباء.

ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة فالصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز؛ لاحتمال الربا، وقيل يجوز؛ لأنه شبهة الشبهة. ولو كانت التركة غير المكيل والموزون، لكنّها أعيان غير معلومة، قيل: لا يجوز، والأصح أنه يجوز.

وإن كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة، وإن لم يكن مستغرقاً لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه، فيقدم حاجة الميت، ولو فعلوا قالوا: يجوز، وذكر الكرخي في القسمة: أنّها لا تجوز استحساناً، وتجوز قياساً.

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض، سميّ به؛ لأنّ المضارب مستحقّ الربح بسعيه وعمله، وهي مشروعة للحاجة إليها؛ فإنّ الناس بين غنيّ بالمال غنيّ عن التصرف فيه وبين مهتدٍ في التصرف صفر اليد عنه، فمست الحاجة إلى شرع هذا النوع من التصرف، لينتظم مصلحة الغنيّ والذكيّ والفقير والغني، وبعث النبيّ صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه، فقرّهم عليه، وتعاملت به الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين، والقياس يأبأها بناءً على أنّها ربح ما لم يضمن؛ لأنّ مال المضاربة غير مضمون على المضارب، حتى لو هلك لا يضمن المضارب، وقد نهي النبيّ صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن، والمضارب له نصيب من الربح، فاقصر على مورد الشرع وهو عقد المضاربة، وهذا التفصيل من الكفاية.

ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في يده، وهو وكيل فيه، وإذا ربح فهو شريك فيه، وإذا فسدت ظهرت الأجارة حتى استوجب العامل أجر مثله، وإذا خالف كان غاصباً.

والمضاربة عقد على الشركة بمالٍ من أحد الجانبين، ومراده للشركة في الربح، وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين، والعمل من الجانب الآخر. ولا مضاربة بدونها، ألا يُرى أنَّ الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة، ولو شرط جميعه للمضارب كان فرضاً، ولا يصحّ إلّا بالمال الذي تصحّ به الشركة، وقد تقدّم بيانه من قبل، يعني في كتاب الشركة، وقال أيضاً هناك: المضاربة لا يتعيّن المال / [٢٣٠و] فيها بالتعيين، وإتما يتعين بالقبض حتى لو هلك مال المضاربة قبل القبض لا تبطل المضاربة، انتهى.

قال في الكفاية: وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنائير عند أبي حنيفة وأبي يوسف أو فلوساً رابحة عند محمد، حتى أنَّ المضاربة بما سوى هذه الأشياء لا تجوز إجماعاً، وحاصله أنَّ العروض لا تصلح لرأس مال المضاربة عندنا خلافاً للمالك، وكذلك الكيلّي والوزيّ خلافاً لابن أبي ليلى و قال مالك: المضاربة بالعروض تصح، انتهى.

وفي جواز المضاربة بالتبر خلاف، وتفصيله مذكور في كتاب الشركة، فليرجع إليه.

ولو دفع إليه عرضاً، وقال: بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز؛ بسبب قبولها بالإضافة إلى المستقبل، فيرجع إلى التوكيل والاجارة، فلا مانع من الصحة، وكذا إذا قال له: اقبض مالي على فلان واعمل مضاربة جاز، بخلاف ما إذا قال: اعمل بالدين الذي في ذمتك، حيث لا تصحّ المضاربة اتفاقاً، لكن عند أبي حنيفة لعدم صحّة التوكيل على ما مرّ في البيوع، يعني في باب الوكالة بالبيع والشري من كتاب الوكالات، لا في كتاب البيوع كما يفهم من ظاهر كلامه، وهو قوله: ومن له على آخر ألف فأمره أن يشتري بها هذا العبد... الخ، كذا في الكفاية، وعندهما يصحّ، لكن يقع الملك في المشتري للأمر فيصير مضاربة بالعرض، فلا يصح.

ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعاً لا يستحق أحدهما دراهم مسّاة، فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله، والربح لرب المال، وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة، ولا يجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف خلافاً لمحمد، وعنده يجاوز ويبلغ بالغاً ما بلغ كما يبيّنه في الشركة، ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية الأصل، يعني إذا فسدت المضاربة، وعن أبي يوسف أنّه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة.

وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده، وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا تفسدها وتبطل الشرط، كاشتراط الوضيعة على المضارب، ولا بدّ أن يكون / [٢٣٠ظ] المال مسلماً إلى المضارب، ولا يد لرب المال فيه، بل هو أمانة في يده، فلا بدّ من التسليم إليه، وهذا بخلاف الشركة، فإنّه لا يشترط فيها التسليم لأحدهما.

وشرط العمل على ربّ المال مفسد للعقد، سواء كان المالك عاقداً كالبالغ أو غير عاقد كالصغير، وكذا أحد المتفاوضين، وأحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة، وشرط عمل صاحبه فسدت.

واشتراط العمل على العاقد الغير المالك مع المضارب على وجهين، إمّا أن يكون العاقد من أهل المضاربة في ذلك المال أو لا، فإن لم يكن من أهل المضاربة فيه كالمأذون دفع المال مضاربة، وشرط عمله مع المضارب فسدت، وإن كان من أهل المضاربة كالأب والوصيّ إذا دفعا مال الصغير مضاربة، وشرط العمل مع المضارب جاز، ولا تبطل المضاربة بملاك المال كالوكالة المفردة، ذكرها في كتاب الشركة في فصل "ولا تنعقد الشركة... الخ".

وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويؤكل ويسافر ويُبضع ويودع، وعن أبي يوسف أنه ليس له أن يسافر، وعنه عن أبي حنيفة أنه إن دفع في بلده ليس له أن يسافر وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده، والظاهر أي ظاهر الرواية ما ذكر في الكتاب.

ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال، أو يقول له: اعمل برأيك، فكان كالتوكيل، بخلاف الاقراض، حيث لا يملكه وإن قيل له: اعمل برأيك. وكذا لا يملك الهبة والصدقة. والشركة والخلطة بمال نفسه يدخلان تحت هذا القول، يعني قوله: اعمل برأيك، فيملكهما^{١٤٩} المضارب عند هذا القول، كذا في النهاية.

والجهالة متحملة في المضاربة تبعاً، يعني الوكالة لمجهول الجنس موجودة في المضاربة، وهي جائزة هناك تبعاً فيما إذا لم يبين نوعاً، ذكرها في أول كتاب الشركة، وإن خصّ له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها، لم يجوز له أن يتجاوزها،/[٢٣١و] وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة، فإن خرج إلى غير ذلك البلد فاشترى ضمن المضارب، وكان ذلك المشتري له أي ملكاً خالصاً للمضارب، وله ربحه. وإن لم يشتري حتى رده إلى الكوفة، وهي التي عيّنها برئ من الضمان، ورجع المال مضاربة على حاله، وكذا إذا ردّ بعضه، واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة.

ثم شرطاً الشرعي بها ههنا، وهو رواية الجامع الصغير، وفي كتاب المضاربة: ضمنه بنفس الاخراج، والصحيح أن بالشرعي يتقرر الضمان، وهذا بخلاف ما إذا قال: على أن يشتري في سوق الكوفة، حيث لا يصح التقييد بناءً على أن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة، فلا يعنيه التقييد إلا إذا صرح بالنهاي بأن قال: اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق، حيث صرح بالحجر، والولاية إليه، ومعنى التخصيص أن يقول على أن تعمل كذا أو في مكان كذا.

وكذا إذا قال: خذ هذا تعمل به في الكوفة؛ لأنه تفسير له أو قال: فاعمل به في الكوفة؛ لأنّ الفاء للوصل، أو قال: خذه بالنصف بالكوفة؛ لأنّ الباء للإلصاق، أمّا إذا قال: خذ هذا المال واعمل به بالكوفة، فله أن يعمل فيها وفي غيرها؛ لأنّ الواو للعطف، فيصير بمنزلة المشورة.

ولو قال: على أن تشتري من فلان وتبيع منه، صحّ التقييد؛ لأنه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها أي بالكوفة من أهل الكوفة، ودفع في الصرف على أن تشتري به من الصيرافة و تبيع منهم، فباع بالكوفة من غير أهلها، أو من غير الصيرافة جاز؛ لأنّ فائدة الأول التقييد بالمكان، وفائدة الثاني التقييد بالنوع، هذا هو المراد عرفاً لا فيما وراء ذلك، ولو وقت/[٢٣١ظ] للمضارب وقتاً بعينه يبطل العقد بمضيه.

وليس للمضارب أن يشتري من يُعتق على ربّ المال لقراءة أو غيرها، قال في الكفاية: قوله: أو غيرها يعني كالحلوف بعتقه، بأن قال: إن ملكت هذا العبد أو اشتريته فهو حرّ، فاشترى، يعتق، انتهى.

^{١٤٩} ل م س: فيملكها.

وكذا لا يدخل في المضارب شري ما لا يملك بالقبض كشرى الخمر والشري بالميتة، بخلاف البيع الفاسد، وفي الكفاية يعني يدخل البيع الفاسد في المضاربة كما إذا اشترى عبداً أو ثوباً بخمر أو خنزير؛ لأنه لا يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود، انتهى.

ولو فعل أي لو اشترى من يعتق على رب المال صار مشترياً لنفسه دون المضاربة، فإن كان في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه، وإن اشتراهم ضمن مال المضاربة. وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم، فإن زادت قيمتهم بعد الشري عتق نصيبه منهم، ولم يضمن لرب المال شيئاً، ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه، فإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها، فجاءت بولد تُساوي ألفاً، فادّعاها، ثم بلغت قيمة الغلام ألفاً وخمسمائة، والمدّعي موسر فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين وإن شاء أعتق. ووجهه أن الدعوى صحيحة ظاهراً لكنّها لم تنفذ لفقد الشرط، وهو الملك لعدم ظهور الربح؛ لأنّ كل واحدٍ منهما أعنى/[٢٣٢] الأم والولد يستحق برأس المال كمال المضاربة إذا صار أعياناً كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح، كذا هذا، فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفدت الدعوة السابقة، بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة، فإنّه إنشاء العتق، فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك، أمّا هذا إخبار، فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك، كما إذا أقرّ بحريّة عبد غيره ثم اشتراه، فإنّه يعتق عليه، وإذا صحّت الدعوة وثبت النسب عتق الولد، ولا يضمن لرب المال شيئاً من قيمة الولد، وله أن يستسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين، وإن يعتق ثم قبض رب المال الألف له أن يضمن المدّعي نصف قيمة الأم.

باب المضارب يضارب

وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربةً ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع. ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح، فإذا ربح ضمن الأول لربّ المال، كما لو خلطه بغيره، وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومجّد: إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح، وهو ظاهر الرواية، وقال زفر: يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل، وهو رواية عن أبي يوسف، وهذا أي وجوب الضمان على الأول، وعليهما الربح أو العمل على ما ذكرنا من الاختلاف إذا كانت المضاربة صحيحة.

وإن كانت فاسدة لا يضمنه الأول وإن عمل الثاني. ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني، وقيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة، وعندهما يضمن بناءً على اختلافهم في مودّع المودّع، وقيل ربّ المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع، وهو المشهور، وهذا عندهما ظاهر، وكذا عنده، والفرق بين هذه وبين مودّع المودّع أنّ المودّع الثاني يقبضه لمنفعة الأول، فلا يكون ضامناً، أمّا المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه، فجاز أن يكون ضامناً.

ثم إن ضمن الأول صحّت المضاربة حيث ملكه بالضمان من حين خالف الأول بدفعه المال إلى الثاني على خلاف رضاه، فصار كما إذا دفع مال نفسه، وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد؛ لأنه عامل له كما في المودّع،

ولأنّه مغرور / [٢٣٢ظ] من جهته في ضمن العقد، وتصح المضاربة والريح بينهما على ما شرطاً، ويطيب الربح للثاني، ولا يطيب للأعلنز

فإن دفع إليه ربّ المال مضاربة بالنصف وأذن له أن يدفعه إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وريح فإن كان رب المال قال له: "على أنّ ما رزق الله تعالى فهو بيننا نصفان" فربّ المال النصف وللمضارب الثاني الثلث، وللمضارب الأول السدس، وإن كان قال له: "على أنّ ما رزقك الله فهو بيننا نصفان" فللمضارب الثاني الثلث، والباقي بين المضارب الأول وبين ربّ المال نصفان.

ولو قال له: "فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان" وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني النصف، والباقي بين الأول وربّ المال نصفان، ولو كان قال له: "على أنّ ما رزق الله فلي نصفه" أو قال: "فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان" وقد دفع إلى آخر مضاربة بالنصف، فربّ المال النصف، وللمضارب الثاني النصف، ولا شيء للمضارب الأول، وإن شرط المضارب الثاني ثلثي الربح، فربّ المال النصف، وللمضارب الثاني النصف، ويضمن المضارب الأول للثاني سدس الربح في ماله.

فصل

وإذا شرط المضارب لربّ المال ثلث الربح، ولعبد ربّ المال ثلث الربح على العمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز، وإذا صحّت المضاربة تكون الثلث للمضارب بالشرط، والثلثان للمولى، فكسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين، وإن كان عليه دين فهو للغرباء، هذا إذا كان العاقد هو المولى. ولو عقد العبد المأذون له عقد المضاربة مع أجنبيّ وشرط العمل على المولي لا يصحّ إن لم يكن عليه دين، وإن كان على العبد دين صحّ عند أبي حنيفة، والمولي عنده بمنزلة الأجنبيّ على ما عرف.

فصل في العزل والقسمة

وإذا مات ربّ المال أو المضارب بطلت المضاربة، وإن ارتدّ ربّ المال عن الاسلام - والعياذ بالله تعالى - ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة، وفي العناية يعني إذا لم يعدّ مسلماً، أمّا إذا عاد مسلماً قبل القضاء وبعده فكانت المضاربة / [٢٣٣و] كما كانت، انتهى. وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه^{١٤٢٠} عند أبي حنيفة، ولو كان المضارب هو المرتدّ فهو على حالها في قولهم جميعاً.

فإن عزل ربّ المال المضارب ولم يعلم بالعزل حتى اشترى وباع فتصرفه جائز، وإن علم بعزله والمال عروض^{١٤٢١} فله أن يبيعها، ولا يمنعه العزل من ذلك، ثم لا يجوز أن يشتري بثمنها شيئاً آخر، وإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير قد نضّت أي تيسّرت وتحصّلت لم يجوز له أن يتصرف فيها، قال رحمه الله: وهذا الذي ذكره إذا كان من

^{١٤٢٠} ل: مضاربة.

^{١٤٢١} العرّض متاع، وكلّ شيء فهو عرض سوى الدراهم والدنانير، وقال أبو عبيدة: العروض الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا يكون حيواناً ولا عقاراً، الصحاح، من م.

جنس رأس المال، فإن لم يكن بأن كان دراهم، ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بنفس رأس المال استحساناً، وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها، والمضارب إذا مات بعدما صار رأس المال^{١٤٢٢} أعياناً يملك وصي المضارب بيعها، ذكرها في باب الرهن يوضع عند العدل.

وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون، وإن لم يكن ربح لم يلزمه الاقتضاء، ويقال له: وكل رب المال في الاقتضاء، وقال في الجامع الصغير: يقال أجل رب المال مكان قوله وكل، والمراد منه الوكالة، وعلى هذا سائر الوكالات والبيع والسمسار، يجيران على التقاضي ما هلك من مال المضاربة، فهو من الربح دون رأس المال، فإذا زاد الهالك الربح فلا ضمان على المضارب.

وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه أو كله تراذا الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال، فإن فضل شيء كان بينهما، وإن نقص فلا ضمان على المضارب، ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الأول.

فصل فيما يفعله المضارب

ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة، إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه؛ لأن له الأمر العام المعروف بين الناس، ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب، وليس له أن يشتري سفينة للركوب، وله أن يستكربها اعتباراً لعادة التجار وله أن يأذن لعبد المضارب في التجارة في الرواية المشهورة؛ لأنه من صنيع التجار.

ولو باع نقداً، ثم أحر الثمن جاز بالإجماع،/[٢٣٣ظ] ولا يضمن بخلاف الوكيل بالبيع، حيث يجوز له ذلك إلا أنه يضمن، وله أي للمضارب أن يقايل^{١٤٢٣} ثم يبيع نسيئة بخلاف الوكيل بالبيع، فإنه ليس له ذلك، وقد كتبنا في باب الوكالة بالبيع.

ولو احتال بالثمن أي قبل المضارب الحوالة جاز سواء كان أيسر من المشتري أو أعسر منه. والأصل أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع:

نوعٌ يملكه بمطلق المضاربة، وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها، وهو ما ذكرنا، يعني قوله: ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة إلى قوله: والأصل أن ما يفعله المضارب ثلاثة، كذا في النهاية، ومن جملة التوكيل بالبيع والشري، والرهن، والارتهان، والاجارة، والاستئجار، والإبضاع، والمسافرة على ما ذكرنا من قبل في أوائل كتاب المضاربة، وهو قوله: وإذا صحّت المضاربة مطلقة جازت للمضارب... الخ.

ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له: إعمل برأيك، وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة، وذلك مثل دفع المال مضاربةً أو شركة إلى غيره، وخط مال المضاربة بماله أو بمال غيره.

^{١٤٢٢} ل - في بيع المال.

^{١٤٢٣} ل: تقايل.

ونوع لا يملكه إلا أن ينصّ عليه ربّ المال، وهو الاستدانة، وهو أن يشتري بالدرهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة وما أشبه ذلك، ولو أذن له ربّ المال في الاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفاتج وهو نوع من الاستدانة، وكذا إعطاؤها والعتق بمالٍ وبغير مال والكتابة والإقراض والهبة والصدقة، ولا يزوج عبداً ولا أمةً.

وإن دفع شيئاً من مال المضاربة إلى ربّ المال بضاعةً فاشترى ربّ المال وباع فهو على المضاربة، وقال زفر: تفسد المضاربة، وإذا دفع المال إلى ربّ المال مضاربة لا يصح ولا تبطل به المضاربة الأولى.

وإذا عمل المضارب في المصر، فليست نفقته في المال، وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه في المال، ومعنى ركوبه شراءً أو كراءً بخلاف المضاربة الفاسدة، فإنه لا يستحق النفقة. وإن سافر فإنه بمنزلة الأجير، فلا يستحقها كالأجير، وبخلاف البضاعة [٢٣٤و] فإنه لا يستحقها مطلقاً. فلو بقي شيء في يده من النفقة بعدما قدم مصره ردّه في المضاربة، ولو كان خروجه دون السفر إن كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزل السوقي في المصر.

وإن كان بحيث لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة، والنفقة: هي ما تصرف إلى الحاجة الراتبية، وهو ما ذكرنا من الطعام والشراب وكسوته وركوبه شراءً أو كراءً، وألحق بذلك ما كان من معدّات تثير المال كغسل الثياب وأجرة أجير يخدمه والحمام والحلاق وعلف الدابة التي ركبها والدهن في موضع يحتاج إليه عادة كالحجاز، وإنما يطلق في جميع ذلك بالمعروف، حتى يضمن الفضل إن جاوزه اعتباراً للمتعارف فيما بين التجار، وأما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة أنه يدخل في النفقة.

وإذا ربح أخذ ربّ المال ما أنفق من رأس المال، فإن باع المتاع مراحجةً حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه، كأجرة السمسار والصباغ والقصار، ولا يحسب ما أنفق على نفسه، فإن كان معه ألف فاشترى بها ثياباً فقصرها أو حملها بمائة درهم من عنده وقد قيل له: اعمل برأيك فهو مقطوع^{١٤٢٤}، وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه.

فصل آخر

فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها بزاراً فباعه بألفين واشترى بالألفين^{١٤٢٥} عبداً فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم ربّ المال ألفاً وخمسمائة والمضارب خمسمائة، ويكون ربع العبد للمضارب، وثلاثة أرباعه على المضاربة، ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة، ولا يبيعه مراحجةً إلا على ألفين.

وإن كان معه ألف فاشترى ربّ المال عبداً بخمسمائة، وباعه إياه بألف يبيعه مراحجةً على خمسمائة. ولو اشترى المضارب عبداً بألف وباعه من ربّ المال بألف ومائتين باعه مراحجةً بألف ومائة، فإن كان معه ألف بالنصف

^{١٤٢٤} م: متطوع.

^{١٤٢٥} ل: بألفين.

فاشتري بها عبداً قيمته ألفان، فقتل العبد رجلاً خطأ فثلاثة أرباع الفداء على ربّ المال، وربعه على المضارب، فيكون العبد بينهما أرباعاً لا على المضاربة، يخدم المضارب يوماً وربّ المال / [٢٣٤ظ] ثلاثة أيام، بخلاف ما تقدّم، قال في **العناية**: يريد به ما تقدم في المسألة المتقدمة، وهي ما إذا ضاع الألفان، فإنّ العبد فيها على المضاربة، انتهى.

وإن كان معه ألف فاشتري بها عبداً، فلم ينقدها حتى هلكت يدفع ربّ المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفعه، فيرجع أي المضارب على ربّ المال مرة بعد أخرى إلى أن يسقط عنه العهدة بوصول الثمن إلى البائع بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشري وهلك بعد الشري حيث لا يرجع إلا مرة، وقد كتبنا هذه المسألة مفصلة في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء.

فصل في الاختلاف

فإن كان مع المضارب ألفان، فقال لربّ المال: دفعت إليّ ألفاً وربحت ألفاً، وقال ربّ المال: لا بل دفعتُ إليك ألفين فالقول قول المضارب، وكان أبو حنيفة يقول أولاً: القول قول ربّ المال - وهو قول زفر - ثم رجع إلى ما ذكر في الكتاب. ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح، فقال ربّ المال: شرطت لك ثلث الربح، وقال المضارب: شرطت لي نصف الربح فالقول قول ربّ المال، وأتّهما أقام البينة على ما ادّعى من فضل قبلت بيّنته.

وإذا قال ربّ المال للمضارب: شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة، وقال المضارب: لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لربّ المال، ذكرها في باب السلم.

ومن كان معه ألف درهم، فقال: هي مضاربة لفلان بالنصف، وقد ربح ألفاً، وقال فلان: هي بضاعة، فالقول قول ربّ المال. ولو قال المضارب: أقرضتني، وقال ربّ المال: هي بضاعة أو ودیعة أو مضاربة فالقول لربّ المال، والبيّنة بيّنة المضارب.

ولو ادّعى ربّ المال المضاربة في نوع، وقال الآخر: ما سمّيت لي تجارة بعينها فالقول قول المضارب. ولو ادّعى كل واحد منهما نوعاً فالقول لربّ المال، والبيّنة بيّنة المضارب. ولو وقّعت البيّنتان وقتاً فصاحب الوقت الأخير أولى. وإذا ادّعى ربّ المال المضاربة في نوع، والمضارب في نوع آخر يكون القول لربّ المال، / [٢٣٥و] ذكرها في فصل الوكالة بالبيع من كتاب الوكالة.

كتاب الوديعة

الوديعة أمانة في يد المودّع إذا هلكت لم يضمنها، وفي **العناية** ما حاصله أنّ الوديعة في الاصطلاح هو التسليم على الحفظ، وذلك قد يكون بالعقد بأن قال: أودعتك هذا المال، والأمانة أعّم من ذلك فإنّها قد تكون بغير

عقد، كما إذا هبَّ الريح في ثوبٍ فألقته في يد غيره، وإذا كان كذلك جاز حمل الأعم على الأصح، ولذا قال: الوديعة أمانة ... الخ، انتهى.

ومسألة الثوب المذكورة في الهداية بُعِثَ هذا، أو في باب ما يحدث الرجل في الطريق من كتاب المعقل، حيث قال: وإذا وقع ثوب إنسان في حجره يصير متعدياً بالامتناع عن التسليم إذا طُلب به، انتهى.

وشرط المودع الضمان على المودع لا يصح، ذكرها في الكفالة.

وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله، فإن حفظها بغيرهم، أو أودعها غيرهم ضمن، إلا أن يقع في داره حريق فيسلمها إلى جاره، أو تكون في سفينة فخاف الغرق فيلقها إلى سفينة أخرى، ولا يصدق على ذلك إلا بيّنة. ولو نام المودع والمتاع تحته أو عنده لا يضمن بخلاف ما اختاره في الفتاوي، أي فتاوي أبي الليث فإنه أوجب فيه الضمان، ذكرها في فصل الحرز من كتاب السرقة.

والوضع في حرز غيره إيداع فيه فيضمن، وإذا كانت الوديعة بأجر فهلكت يضمن ذكرها في باب ضمان الأجير، إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظاً بحرزه نفسه. فإن طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها. فإن خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها، ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة، وقالوا: إذا خلطها بجنسها شركه إن شاء مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض، والسود بالسود، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير. ولو أبرأ الخاطئ لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة، وعندهما بالإبراء يسقط خيرة الضمان، فتتعين الشركة في المخلوط.

وخلط الخلّ - بالخاء المهملة أي الشيرج - بالزيت، وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان، وهذا بالإجماع، ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير [٢٣٥ظ] في الصحيح، وفي العناية: قوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم أنّ الجواب في ذلك كالجواب في خلطة الحنطة بالحنطة، فكان على الاختلاف المذكور؛ لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر، فيتعذر التمييز صورة ومعنى، انتهى.

ولو خلط المائع بجنسه فعند أبي حنيفة ينقطع حق المالك إلى الضمان، وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعاً للأكثر، وعند محمد هو شريكه بكل حال، ونظيره خلط الدراهم بمثلها إداً، وإذا اختلط بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها، كما إذا انشق الكيسان فاختلفا؛ لأنه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق.

وإن أنفق المودع بعضها ثم ردّها مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع، وإذا تعدّى المودع في الوديعة بأن كانت دابةً فركبها أو ثوباً فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو أودعها عند غيره ثم أزال التعديّ فردّها إلى يده زال الضمان، وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان. فإن طلبها صاحبها فجحدها ضمنها، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان، ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف خلافاً لزرر.

وإذا كان العقار وديعة في يده فجحده كان ضامناً بالاتفاق، ذكر هذه المسألة في كتاب الغصب عند ذكر قول الشافعي، ثم قال صاحب الهداية: ومسألة الجحود ممنوعة، ولو سلم فالضمان هنالك بترك الحفظ الملتزم والجحود

تارك لذلك، وفي النهاية إنما قال ممنوعة لأنه ذكر في المختلفات أن الوديعة لو كانت عقاراً لا يضمن وإن جحد، وإن كان منقولاً يضمن، انتهى.

وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة، وقالوا: ليس له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة، وقال الشافعي: ليس له ذلك في الوجهين.

وإذا أحماء المودع أن يخرج بالوديعة من المصر فخرج بها ضمن، وليس له أن يسافر بها في البحر كذا في المختار. المودع إذا دل سارقاً على مال الوديعة فسرقه فالدال يضمنه، ذكره في فصل إذا قتل المحرم صيداً.

وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما، فطلب نصيبه لم يدفع إليه / [٢٣٦و] حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة، وليس للمودع ولاية القسمة، ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع، وفي الكفاية: فإنهما قالوا: لو أخذ نصيبه ثم هلك الباقي في يد المودع، ثم حضر الغائب له أن يشاركه في المقبوض، فثبت أن القسمة ليس بنافذة، انتهى.

وقالوا: يدفع إليه نصيبه فيؤمر بالدفع، ولهذا كان له أن يأخذه إذا أظفر به، وإن كان في يد المودع كما إذا كانت له ألف درهم وديعة عند إنسان، وعليه ألف لغيره فليغيره أي لغريم المودع - بالكسر - أن يأخذه إذا أظفر به، وليس للمودع أن يدفع إليه، وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان، فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده، وقالوا: له ذلك، والخلاف في المكيل والموزون، وهو المراد بالمذكور في المختصر.

وليس للمولي ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه، ذكرها في المضاربة. وإن أودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر، ولكتهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه، وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر، وهذا عند أبي حنيفة، وكذلك الجواب في المرتهين والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر، وقالوا: لأحدهما أن يحفظه بإذن الآخر في الوجهين.

وإذا قال صاحب الوديعة للمودع: لا تسلّمها إلى زوجتك، فسلّمها إليها لا يضمن، وفي الجامع الصغير إذا نكحها أن يدفعها إلى أحد من عياله، فدفعها إلى أمر لا بدّ له منه لم يضمن، كما إذا كانت الوديعة دابةً فنكحها عن الدفع إلى غلامه، وكما إذا كانت شيئاً يحفظ على يد النساء، فنكحها عن الدفع إلى امرأته، وهو محمّل الأول؛ لأنه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط، وإن كان مفيداً فيلغو إن كان له منه بدّ ضمن، وإن قال: احفظها في دار أخرى ضمن، ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة، والبيت الذي نكحها عن الحفظ فيه عورة ظاهرة^{١٤٢٦} صحّ الشرط.

ولو ردّ الوديعة إلى دار المالك ولم يسلمها إليه ضمن / [٢٣٦ظ] ذكرها في العارية، ومن أودع رجلاً وديعةً فأودعها إلى آخر فهلكت فله أن يضمن الأول، وليس له أن يأخذ الآخر، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا له أن يضمن^{١٤٢٧} أيهما شاء، فإن ضمن الأول لم يرجع به على الآخر، وإن ضمن الآخر رجع على الأول.

^{١٤٢٦} ل س: طاهرة.

^{١٤٢٧} ل - الأول ... أن يضمن.

ولو أودع الغاصب ضمن المالك أيّاً شاء من الغاصب والمودع، قال صاحب الدرر والغرر نقلاً عن النهاية: ثم إنّه أي مودع الغاصب إن لم يعلم أنّه غاصب رجع أي المودع على الغاصب قولاً واحداً، وإن علم فكذلك في الظاهر، وحكى أبو اليسر أنّه لا يرجع إليه، وإليه أشار شمس الأئمة، انتهى.

ومن كان في يده ألف، فادّعاها رجلان، كل واحدٍ أمّا له، أودعه إياه وأبى أن يحلف لهما، فالألف لهما، وعليه ألف أخرى بينهما، وشرح ذلك أنّ دعوى كل واحدٍ صحيحة لاحتمالها الصدق، فيستحق الحلف على المنكر بالحديث، ويحلف لكل واحدٍ على الانفراد لتغاير الحقيقتين، وبأيهما بدأ القاضي جاز، لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية، ولو تشاحاً أقرع بينهما تطبيعاً لقلبهما ونفيّاً لتهمة الميل.

ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني، فإن حلف^{١٤٢٨} لا شيء لهما، وإن نكل أعنى للثاني يقضي له، وإن نكل للأول يحلف للثاني، ولا يقضي بالنكول بخلاف ما إذا أقرّ لأحدهما، ولو نكل للثاني أيضاً يقضي بينهما نصفين، على ما ذكره في الكتاب، كما إذا أقام البينة، ويغرم ألفاً أخرى بينهما، فلو قضي للأول حين نكل ذكر الشيخ الإمام عليّ الطبريّ في شرح الجامع الصغير أنّه يحلف للثاني، وإذا نكل يقضي بينهما، وذكر الخصّاف أنّه نفذ قضاؤه للأول، ووضع المسألة في العبد، وإنّما نفذ^{١٤٢٩} لمصادفته محل الاجتهاد؛ لأنّ من العلماء من قال: يقضي للأول ولا ينظر لكونه اقراراً دلالةً، ثم لا يحلف للثاني: ما هذا العبد لي؛ لأنّ نكوله لا يفيد بعد ما صار للأول، وهل^{١٤٣٠} يحلف: بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه؟ قال: ينبغي أن يحلفه عند مُجّد خلافاً لأبي يوسف، بناءً على أنّ المودع إذا أقرّ بالوديعة ودفع بالقضاء إلى غيره يضمنه عند مُجّد خلافاً له، وهذه فُرْعة تلك المسألة، وقد وقع فيه بعض الأطناب. [٢٣٧و]

إذا اشترى على أنّ الخيار له، فقبض المبيع بإذن البائع، ثم أودعه عند البائع فهل في يده في مدّة الخيار، هلك من مال البائع عنده، وعندهما من مال المشتري، ذكرها في باب خيار الشرط.

المودع إذا احتاج إلى الانفاق على الوديعة، ورفع الأمر إلى الحاكم فإنّه يأمره بالإنفاق، أشار إليها في كتاب اللقطة.

ولو قال المودع: رددت الوديعة، فالقول له مع يمينه وإن كان مدّعياً للردّ صورة، ذكرها في أوّل كتاب الدعوى.

ولو ادّعى رجلاً أنّه مات أبوه وترك الوديعة ميراثاً له لا وارث له غيره، وصدّقه المودع أمر بالدفع إليه. ولو ادّعى أنّه اشترى الوديعة من صاحبها فصّدّق المودع لم يؤمر بالدفع إليه، ذكرها في باب الوكالة بالخصوص.

والأمانة يعني الوديعة تصوير مضمونة بالتجهيل، ذكرها في الشهادة على الإرث.

^{١٤٢٨} أي الثاني أيضاً.

^{١٤٢٩} ل — قضاؤه ... نفذ.

^{١٤٣٠} س: هو.

وإذا أودع صبي طعاماً فأكله لم يضمن عند أبي حنيفة ومُجَد، وقال أبو يوسف والشافعي: يضمن، وعلى هذا إذا أودع العبد المحجور عليه مالاً فاستهلكه لا يؤخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومُجَد، ويؤخذ به بعد العتق، وعند أبي يوسف والشافعي يؤخذ به في الحال، وكذا إذا أتلّفه غير الصبي في يد الصبي المودع لا يلزمه الضمان، هذه المسائل فُيِّلَ باب القسامة.

العبد الوديع إذا جنى على المستودع فإنه يرجع على المودع بالإجماع، ذكرها في باب التصرف في الرهن. ومن له على آخر جياذ فاستوفى زيوفاً ظنّها جياذاً، ثم علم بالزيافة، فطالبه بالجياذ وأخذها فالجياذ أمانة في يده ما لم يردّ الزيوف، ويجدّد القبض، ذكرها في آخر كتاب الرهن. وإذا باع المودع الوديع من المودع لا يملكها ما لم يجدّد القبض، بخلاف الهبة، ذكرها في كتاب الهبة.

كتاب العارية

العارية^{١٤٣١} جائزة، وهي تمليك المنافع بغير عوض، وكان الكرخي يقول: هي إباحة الانتفاع بملك الغير. وينعقد بلفظة الإباحة والتمليك، ولا يشترط فيه ضرب المدّة، ويعمل فيه النهي. وتصحّ بقوله: أعرتك وأطعمتك هذه الأرض، ومنحتك هذا الثوب، وحملتك على هذه الدابة إذا لم يُردّ به الهبة، وأخدمتك هذا العبد، [٢٣٧ظ] وداري لك سَكَي، وداري لك عُمرى سَكَي.

وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء، والعارية أمانة؛ إن هلك من غير تعدّي لم تضمن، وقال الشافعي يضمن، ولو شرط المعير الضمان على المستع، ذكرها في كتاب الكفالة.

ونفقة المستعار على المستعير، وليس للمستعير^{١٤٣٢} أن يؤجر ما استعاره، فإن آجره فعطب ضمن، وضمنه حين سلّمه، وإن شاء المعير ضمنّ المستأجر، ثمّ إن ضمنّ المستعير لا يرجع على المستأجر، وإن ضمنّ المستأجر يرجع على الموجر إذا لم يعلم أنّه كان عاريةً في يده دفعاً لضرر الغرور، بخلاف ما إذا علم.

وإذا آجر المستعير المستعار فنقصته الاجارة فعليه النقصان، ويتصدق بالعلّة، قال ﷺ: وهذا عند أبي حنيفة ومُجَد، وعند أبي يوسف لا يتصدق، ذكرها في كتاب الغصب.

^{١٤٣١} بالتشديد كأنه منسوبة إلى العار، لأن طلبها عار، كذا في الصحاح، من ل.

^{١٤٣٢} ل - وليس للمستعير.

وله أن يعيره إذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة، كذا في **العناية**، وهذا كالموصي له بالخدمة إن جاز أن يعيره، وقال الشافعي: ليس له أن يعيره.

قال **الشافعي**: وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة، وهو على أربعة أوجه؛ أحدها أن يكون مطلقة في الوقت والانتفاع، وللمستعير فيه أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملاً بإطلاق اللفظ. والثاني أن تكون مقيدةً فيهما، وليس له أن يجاوز فيه ما سمّاه عملاً بالتقييد إلا إذا كان خلافاً إلى مثل ذلك أو خيراً منه، والحنطة مثل الحنطة. والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقةً في حق الانتفاع. والرابع على عكسه، وليس له أن يتعدى ما سمّاه.

فلو استعار دابة ولم يسم شيئاً له أن يحمله، ويعير غيره للحمل؛ لأنّ الحمل لا يتفاوت، وله أن يركب ويتركب غيره وإن كان الركوب مختلفاً؛ لأنّه لما أطلق فله أن يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره، ولو أركب غيره ليس له أن يركبه بنفسه، حتى لو فعل ذلك ضمنه؛ لأنّه تعيّن الركاب.

وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض، قالوا هذا إذا أطلق الإعارة، أمّا إذا عيّن الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزاناً، أو يزين بها دكاناً [و٢٣٨] لم يكن قرضاً، ولا يكون له إلا المنفعة المسماة، وصار كما إذا استعار أنية يتحمل بها أو سيفاً محلياً يتقلده، وإذا استعار شيئاً لأن يستعمله في شيء معين فزاد عليه، ثم عاد إلى ما شرطاً يضمن عند هلاك العارية، ذكرها في باب التصرف في الرهن.

وإذا استعار أرضاً لبني فيها أو ليغرس جاز، وللمعير أن يرجع فيها، ويكلفه قلع البناء والغرس، ثم إن لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه، وإن كان وقت العارية فرجع قبل الوقت صحّ رجوعه، ولكنّه يكره لما فيه من خلف الوعد، وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع، قال في **العناية**: ووجه قوله ما نقص البناء والغرس أن يُنظر: كم يكون قيمة البناء أو الفرس إذا بقي إلى المدة المضروبة؟، فيضمن ما نقص من قيمته، يعني إذا كانت قيمة البناء إلى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلاً، وإذا قلع في الحال يكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما، انتهى.

قال صاحب **الهداية**: كذا ذكر القدوري، وذكر الحاكم الشهيد أنّه يضمن ربّ الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه، فيكونان له إلا أن يشاء المستعير أن يدفعهما، ولا يضمن قيمتهما، فيكون له ذلك؛ لأنّه ملكه، قالوا: إذا كان في القلع ضرر بالأرض، فالخيار إلى ربّ الأرض. ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت.

وأجرة ردّ العارية على المستعير، وأجرة ردّ العين المستأجرة على المؤجر، وأجرة ردّ العين المغصوبة على الغاصب. وإذا استعار دابة فردّها إلى اصطلب مالکها فهلكت لم يضمن، وهذا استحسان، وفي القياس يضمن. وإن استعار عبداً فردّه إلى المالك، ولم يسلم إليه ضمن.

ولو كانت العارية عقد جوهر لم يردّها إلا إلى المعير. ومن استعار دابة فردّها مع عبده أو أجيده لم يضمن، والمراد بالاجير أن يكون مستأجراً مشاهراً أو مساهمةً، بخلاف الاجير مياومةً؛ لأنّه ليس في عياله، وكذا إذا ردّها مع عبد ربّ الدابة أو أجيده، وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب، وقيل فيه وفي غيره، وهو الأصح، فإن ردّها مع

أجنبيٍّ ضمن، ودلت المسألة على أنَّ المستعير لا يملك / [٢٣٨ظ] الإيداع قصداً كما قاله بعض المشايخ، وقال بعضهم: يملكه؛ لأنه دون الإعارة، وأولوا هذه المسألة بانتهااء الإعارة لانقضاء المدّة.

ولو استعار دابةً إلى الحيرة، فجاوز بها إلى القادسيّة، ثم ردها إلى الحيرة، ثم نفقت فهو ضامن، ذكرها في باب ما يجوز من الاجارة من الأجارات.

ومن أعار أرضاً بيضاء للزراعة يكتب أنك اطعمتني عند أبي حنيفة، وقالوا: يكتب أنك أعرتني، وإذا أعار أو قرض صبيّاً مالاً فاستهلكه، لا يضمن عند أبي حنيفة ومُجَدِّ، وعند أبي يوسف والشافعي يضمن، وكذا إذا أعار أو أقرض عبداً محجوراً عليه مالاً، فاستهلكه لا يؤخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومُجَدِّ، ويؤخذ به بعد العتق، وقال أبو يوسف والشافعي: يضمن في الحال.

وقال مُجَدِّ في الجامع الصغير: صبيٌّ قد يعقل، وفي الجامع الكبير: وضّع المسألة في ابن اثني عشرة سنةً، وهذا يدل على أنَّ غير العاقل يضمن بالاتفاق، وفي العناية: يساعده فيه فخر الاسلام حيث ذكره في الجامع هكذا وأما في غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي فالحكم على هذا خلاف، حيث قالوا فيها: هذا الخلاف فيما إذا كان الصبي عاقلاً، وإن لم يكن عاقلاً فلا يضمن في قولهم جميعاً، انتهى، ذكرها قبيل باب القسامة.

ولو نام المستعير والمتاع تحته أو عنده لا يضمن بخلاف ما اختاره في فتاوي أبي الليث، فإنه أوجب الضمان فيه، ذكرها في فصل الحرز من كتاب السرقة.

ولو أوصي بإعارة أرضه لا يتقيّد جوازها بالثلث، ذكرها في الجنایات في فصل "ومن قطع يد رجل خطأ".

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع، وتصح بالإيجاب والقبول والقبض، وقال مالك: يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع. وعلى هذا الخلاف الصدقة، فإن قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز استحساناً، وإن قبض بعد الافتراق لم يجز، إلا أن يأذن له الواهب في القبض.

وتنقذ الهبة بقوله: وهبت، ونحلت، وأعطيت، / [٢٣٩و] وكذا تنقذ بقوله: أطعمتك هذا الطعام، وجعلت هذا الثوب لك، وأعمرتك هذا الشيء، وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحملان الهبة. ولو قال: كسوتك هذا الثوب تكون هبة، ولو قال: منحتك هذه الجارية كانت عارية، إما مرّ من قبلي.

ولا يجوز إضافة التملك إلى الزمان المستقبل، ذكرها في الرهن.

ولو قال: داري لك هبةً سكني، أو سكني هبةً فهي عارية، وكذا إذا قال: عُمرى سكنى أو نُحلى سكنى أو سكنى صدقةً أو صدقةً عاريةً^{١٤٣٣} أو عاريةً هبةً لما مرَّ، ولو قال: هبة تسكنها فهي هبة.

ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزةً مقسومةً، وهبةُ المُشاع فيما لا يقسم جائزة، وقال الشافعي: تجوز في الوجهين. ولو وهب من شريكه لا يجوز. ومن وهب شقصاً مشاعاً فلهبة فاسدة، فإن قسّمه وسلّمه جاز.

ولو وهب دقيقاً في حنطة أو دهنأً في سمس فلهبة فاسدة، فإن طحن وسلّم لم يجز، وكذا السمن في اللبن. وهبة اللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم، والزرع والنخل في الأرض، والتمر في النخيل بمنزلة المشاع. ولو وهب شيئاً أو تصدّق ثم استحقّ جزء منه بطل الهبة والصدقة في الباقي بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض، أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب في مرضه وفي المال ضيقاً.

ولو استحقّ جزءٌ مميز بعينه لم يبطل في الباقي، ذكرها في الوقف.

وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيها قبضاً، بخلاف ما إذا باعه. والقبض المضمون ينوب عن قبض الأمانة. وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد، ولا فرق بينهما إذا كان في يده، أو يد مودعه؛ لأنّ يده كيديه بخلاف ما إذا كان مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً^{١٤٣٤} فاسداً؛ لأنّه في يد غيره، والصدقة في هذا أي في حكم نيابة القبض عن قبض الصدقة مثل الهبة، وكذا إذا وهبت له أمّه، وهو في عيالها، والأب ميّت ولا وصيّ له، وكذلك كل من يعوله.

وإن وهب له أجنبيّ هبة تمت بقبض الأب، وإذا وهب لليتيم هبة يقبضها له وليّه، وهو وصيّ الأب أو جدّ البيتيم أو وصيّّه. وإن كان في حجر أمّه فقبضها له جائز، وكذا إذا كان في حجر أجنبيّ/[٢٣٩ظ] يرثيه؛ لأنّ له عليه يداً معتبرة، ولهذا لا يتمكّن أجنبيّ آخر أن ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعاً في حقه.

فإن قبض الصبيّ الهبة بنفسه جاز، ومعناه إذا كان عاقلاً، وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف بخلاف ما قبل الزفاف، ويملكه مع حضرة الأب بخلاف الأمّ وكلّ من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح، وفي العناية: قوله في الصحيح متعلق بقوله: يملكه مع حضرة الأب، قال صاحب النهاية: وإنّما قلت هذا لأنّ في قوله بخلاف الأمّ وكلّ من يعولها غيرها ... الخ ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها، انتهى.

وإذا وهب اثنان من واحد داراً جاز، وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة، وقالوا: يصح. ولو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صحّ، وفي الجامع الصغير: إذا تصدّق على محتاجين عشرة دراهم أو وهبها لهما جاز، ولو تصدّق بها على غنيتين أو وهبها لا يجوز، وقالوا: تجوز للغنيتين أيضاً، جعل أي أبو حنيفة كلّ واحد منهما أي من الهبة والصدقة مجازاً عن الآخر من حيث أنّ كل واحد منهما تمليك بغير بدل، قال في النهاية: أي جعل الهبة

^{١٤٣٣} ل - وكذا ... عارية.

^{١٤٣٤} ل - يباع.

في فصل الفقير مجازاً عن الصدقة، حيث جَوَّر الهبة لهما مع الشيوخ، وجعل الصدقة على الغنيين مجازاً عن الهبة، حيث لم يُجَوَّر الصدقة على الغنيين كما لم يُجَوَّر الهبة لهما، انتهى.

وفرق في رواية الجامع الصغير بين الصدقة والهبة في الحكم، حيث جَوَّر الصدقة على الفقيرين ولم يُجَوَّر الهبة على الغنيين، كذا في النهاية، وفي الأصل سوى، فقال: وكذلك الصدقة، لأنَّ الشيوخ مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض، يعني جعل حكم الصدقة بمنزلة حكم الهبة، حيث لم يُجَوَّر الصدقة على شخصين مطلقاً، كما لا يجوز الهبة لرجلين عنده، كذا في النهاية، ووجه الفرق مذكور في الهداية.

ولو وهب لرجلين داراً؛ لأحدهما ثلثيها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال مُجَدُّ: يجوز. ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها؛ عن أبي يوسف فيه روايتان وأبو حنيفة [٢٤٠و] مرَّ على أصله ولم يجوزه مطلقاً وكذا مُجَدُّ.

ولو قال: خُذْ من مالي من درهم إلى مائة يأخذ المائة، ذكرها في باب إيقاع الطلاق. وإذا قال لغيره: كُلْ هذا الطعام، وهو مملوك للآمر، ولا يعلم الأمر بملكه يكون هبة، ذكرها في باب العبد الذي يعتق بعضه.

والمشتري شراءً فاسداً إذا أباح لغيره لا يطيب له، ولو ملكه يطيب، ذكرها في باب عجز المكاتب. العبد يتَّهَبُ، أي يقبل الهبة ويثبت الملك للمولى ابتداءً، ذكرها في أول كتاب الوكالة. ولو قال: كُلْ من طعامي ما شئتَ له أن يأكل الكلَّ، ذكرها في فصل المشيئة من كتاب الطلاق. والإباحة يصحَّ تعليقها بالشرط والخطر، كما إذا قال إن ولدتِ الشاة الموهونة فلبنها لك حلال، ذكرها في الرهن في فصل "ومن رهن عَصيراً".

والمباح له الطعام لا يجوز له التمولُّ به، ذكرها في باب الغنائم وقسمتها من اليسر.

باب الرجوع في الهبة

وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها، وقال الشافعي: لا رجوع فيها، وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم، أما الكراهة فلازمة، ثم للرجوع موانع ذكر بعضها، فقال: إلا أن يعرضه عنها أو يزيد زيادة متَّصل أو يموت أحد المتعاقدين أو تخرج الهبة عن ملك الموهوب له، فإن وهب لآخر أرضاً بيضاء فأثبتت في ناحية منها نخلاً، أو بنى بناءً أو دكاناً أو آرياً^{١٤٣٥} وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها، وقوله: وكان ذلك زيادة فيها، لأنَّ

^{١٤٣٥} الآري هو المعلن عند العاقبة، وهو مراد الفقهاء، وعند العرب الآري الآخية وهي عروة جبل تشدُّ بها الدابة في محبسها، كذا في العناية، من ل م.

الدكان قد تكون صغيراً حقيراً لا يعدّ زيادة أصلاً، وقد تكون الأرض عظيمة يُعدّ ذلك زيادة في قطعةٍ منها، فلا يمتنع الرجوع في غيرها.

الموهوب له إذا بنى ليس للواهب أن يكلفه القلع ويرجع في الأرض، وقال بعض الشراح: يعني إذا بنى الموهوب له في العقار الموهوب بناءً يمكن معه رجوع الواهب فرجع الواهب لم يكلف الموهوب له قلعه، ذكرها في كتاب الشفعة.

فإن باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي، وإن لم يبع شيئاً منها له أن يرجع في نصفها.

وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها، وكذلك ما وهب أحد / [٢٤٠ ظ] الزوجين للآخر، وإنما ينظر إلى القرابة وقت العقد، حتى لو تزوّجها بعد ما وهب لها فله الرجوع. ولو أبانها بعدما وهب فلا رجوع.

وإذا قال الموهوب للواهب: خذ هذا عوضاً عن هبتك، أو بدلاً عنها، أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع. وإن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعاً فقبض الواهب العوض بطل الرجوع.

وإذا استحقّ نصف الهبة رجع بنصف العوض، إن استحقّ نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يردّ ما بقي ثم يرجع، وقال زفر: يرجع بالنصف اعتباراً بالعوض الآخر إلا أنه أي الواهب يتخيّر يعني بين أن يردّ باقي العوض ويرجع في الهبة، وبين أن يمسك ما بقي ولم يرجع بشيء، كذا في النهاية.

وإن وهب داراً فعوضه من نصفها رجع في النصف الذي لم يعوّض.

ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم. ولو كانت الهبة عبداً فأعتقه قبل القضاء نفذ، ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه، وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء، إلا أن يمنعه بعد طلبه.

وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخاً من الأصل، حتى لا يشترط قبض الواهب، ويصح أي الرجوع في الشايع، كما إذا وهب الدار، ثم رجع في نصفها. وإذا تلف العين الموهوب واستحقّه مستحق، وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء.

وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين، ويبطل بالشبوع لأنه هبة ابتداءً، وإذا تقابضا صحّ العقد، وصار في حكم البيع؛ يردّ بالعيب وخيار الرؤية ويستحقّ فيه الشفعة؛ لأنه بيع انتهاء، وقال زفر والشافعي: هو بيع ابتداءً وانتهاءً، وفي الكفاية: ذكر الإمام المحبوبي في الجامع الصغير: هذا الذي ذكره فيما إذا ذكره بكلمة على، وأما لو ذكره بحرف الباء بأن قال: وهبت منك هذا العبد بثوبك هذا أو بألف درهم، وقيل الآخر يكون بيعاً ابتداءً وانتهاءً بالإجماع، انتهى.

فصل

ومن وهب جارية إلا حملها صحّت الهبة، وبطل الاستثناء لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد، والهبة / [٢٤١ و] لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً، فانقلب شرطاً فاسداً، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة.

ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت، ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز، فإن وهبها له على أن يردها عليه، أو على أن يعتقها أو يتخذها أم ولدًا أو وهب داراً^{١٤٣٦} أو تصدق عليه بدار على أن يردها عليه شيئاً منها، أو يعوضه شيئاً منها فالهبة جائزة، والشرط باطل.

ومن له على آخر ألف درهم فقال: إذا جاء غداً فهي لك، أو أنت بريء أو قال إذا أديت إليّ النصف فلك نصفه، أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل.

والعمرى جائزة للمعمر حال حياته ولو ورثته^{١٤٣٧} من بعده، ومعناه أن يجعل داره له عمره، وإذا مات يردها عليه فيصح التملك، ويبطل الشرط.

والزفجى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف جائزة، وإذا لم تصح تكون عارية عندهما. ولو سلم قدراً من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه في ملكه فإن الصدقة بهذا الشرط لا تجوز، ذكرها في كتاب الوقف.

ولا تصح الهبة للحمل، ذكرها في أوائل كتاب الوصايا.

فصل في الصدقة

والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض، ولا تجوز في مشاع يحتمل القسمة، ولا تبطل بالشروط الفاسدة، ولا تبطل باستثناء الحمل، بل يبطل الاستثناء، ذكرها قبيل هذا في الهبة.

ولا رجوع في الصدقة، وكذا إذا تصدق غني استحساناً، وكذا إذا وهب لفقير.

ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يحب فيه الزكاة، ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع، ويروى أنه والأول سواء، ويقال له أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب، فإذا اكتسبت^{١٤٣٨} تتصدق بمثل ما أنفق.

^{١٤٣٦} ل م س: دراً.

^{١٤٣٧} ل م: ولو ورثته.

^{١٤٣٨} ل: اكتسب؛ س — فإذا اكتسبت.

كتاب الإجازات

الإجارة عقد على المنافع بعوض؛ لأنَّ الإجارة في اللغة عبارة عن بيع المنافع، والقياس يأبى جوازه؛ لأنَّ المعقود عليه المنفعة، وهي معدومة، وإضافة التملك إلى ما سيوجد لا تصحّ، إلا أن جَوَزناه لحاجة الناس إليه، وقد شهدت بصحتها الآثار.

وتنقّد بلفظة الإباحة،/[٢٤١ظ] وهي تملك؛ لأنَّ الإباحة مجاز عن التملك، ذكرها في أوّل كتاب العارية.

وتنقّد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة، والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول، ثم عمله يظهر في حقّ المنفعة ملكاً واستحقاقاً حال وجود المنفعة.

ولا تصحّ حتى تكون المنافع معلومة، والأجرة معلومة. وما جاز أن يكون ثمناً جاز أن يكون أجرة، وما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة^{١٤٣٩} كالأعيان. والخمر لا تكون أجرة، وكذا الخنزير، ذكرها في أحكام البيع الفاسد.

والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكني والأرضين للزراعة، فيصحّ العقد على مدّة معلومة أيّ مدة كانت، وقوله: أيّ مدة كانت إشارة إلى أنّه يجوز، طالّت المدّة أو قصّرت، إلا أنّ في الأوقاف لا تجوز الأجرة الطويلة كيلاً يدّعي المستأجر ملكها، وهي ما زاد على ثلاث سنين، هو المختار.

وتارة تصير معلومة بنفسه، كمن استأجر رجلاً على صبغ ثوبه أو خياطته، أو استأجر دابةً ليحمل عليها مقداراً معلوماً أو يركبها مسافة سماًها، وربما يقال: الأجرة قد تكون عقداً على العمل كاستئجار القصار والخياط، ولا بد أن يكون العمل معلوماً، وذلك في الأجير المشترك، وقد تكون عقداً على المنفعة كما في أجير الواحد، ولا بدّ من بيان الوقت.

وتارة تصير معلومة بالتعيين والإشارة، كمن استأجر رجلاً بأن ينقل له هذا الطعام إلى موضعٍ معلوم، وإذا جعل الأجرة مكيالاً أو موزوناً وأشير إليهما جاز وإن لم يعرف مقدارهما، ذكرها في باب السلم.

باب الأجر متى يستحقّ

الأجرة لا تجب بالعقد، وتستحقّ بأحد معانٍ ثلاثة: إما بشرط التعجيل، أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه، وقال الشافعي: تملك بنفس العقد.

^{١٤٣٩} ن + أيضاً.

إذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجرة وإن لم يسكنها، فإن غصبها غاصب من يده، سقطت الأجرة. ومن استأجر داراً فللموَجَر أن يطالبه بأجر كلِّ يوم إلا أن يبيِّن وقت الاستحقاق بالعقد، وكذلك إجارة الأراضي،/[٢٤٢] ومن استأجر بغيراً إلى مَكَّة فللجَمَال^{١٤٤٠} أن يطالبه بأجرة كلِّ مرحلة، وكان أبو حنيفة يقول أولاً لا يجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر.

ولو استأجر داراً أو دابةً بما له حملٌ ومُؤنةٌ ديناً في الدَّمة عند أبي حنيفة يشترط بيان مكان الإيفاء، وعندهما يتعيَّن موضع الدار للإيفاء وموضع تسليم الدابة، لا موضع العقد ذكرها في باب السلم.

وليس للقَصَّار والخيَّاط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل، وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب قبل الفراغ إلا أن يشترط التعجيل.

ومن استأجر خَبَازاً ليخبز له في بيته قفيزاً من دقيق بدرهم لم يستحقَّ الأجر حتى يخرج الخبز من التَّنُّور، فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج لا أجر له، فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الأجر، ولا ضمان عليه، قال عليه السلام: وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له، وإن شاء ضمنه الخبز وأعطاه الأجر.

ومن استأجر طبَّاحاً لطبخ له طعام الوليمة فالغرف عليه. ومن استأجر انساناً ليضرب له لبناً استحقَّ الأجرة إذا أقامه عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يستحقَّ حتى يشترجه.^{١٤٤١}

وكلَّ صانع لعمله أثرٌ في العين كالقَصَّار والصبَّاغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر، ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند أبي حنيفة ولا أجر له، وعندهما العين كانت مضمونة قبل الحبس، فكذا بعده، لكنَّه بالخيار إن شاء ضمَّنه قيمته غير معمول ولا أجر له وإن شاء ضمَّنه معمولاً وله الأجر.

وكلَّ صانع ليس لعمله أثرٌ في العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحَمَّال والمَلَّاح، وغسل الثوب نظير الحمل، بخلاف الآبق، حيث يكون للرادِّ حق حبسه لاستيفاء الجُعْل، ولا أثر لعمله، وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا الثلاثة، وقال زفر: ليس له حقُّ الحبس في الوجهين.

وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره، وإن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمل، ومن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر/[٢٤٢] غيره عليه بنصف درهم يجوز، ويطيب لهما ذلك. ولو استأجره لخياطته بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله يجوز، ولا شيء للأوَّل. فلو استأجره لخياطته بدرهم فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف يضمن الأوَّل للثاني نصف درهم، ذكر هذه المسائل في باب المضارب يضارب من كتاب المضاربة.

^{١٤٤٠} ل: فللجَمَال.

^{١٤٤١} تشريح اللين تنزيده وضمَّ بعضه الى بعض منه، من ل م.

فصل

ومن استأجر رجلاً ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله، فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الأجر بحسابه، ومراده إذا كانوا معلومين. وإن استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه، فذهب فوجد فلاناً ميتاً فردّه فلا أجر له، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: له الأجر في الذهاب، وإن ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع. وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان، فذهب به فوجد فلاناً ميتاً فردّه فلا أجر في قولهم جميعاً.

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

ويجوز استئجار الدور والخوانيت للسكنى وإن لم يبيّن ما يعمل فيها، وله أن يعمل كلّ شيء إلا أنّه لا يسكن حدّاداً ولا قصّاراً ولا طحّاناً. ويجوز استئجار الأراضي للزراعة، وللمستأجر الشّرب والطريق وإن لم يذكر الحقوق. ولا يصح العقد حتى يسمّى ما يزرع أو يقول على أن يزرع ما يشاء.

ويجوز أن يستأجر الساحة لبني فيها أو ليغرس فيها نخلاً أو شجراً، ثم إذا انقضت مدّة الإجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمّها فارغة بخلاف ما إذا انقضت والزرع بقل، حيث يترك بأجر المثل إلى زمان الإدراك إلّا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له قيمة ذلك مقلوعاً ويتملّكه وهذا برضا صاحب البناء والشجر إلّا أن تنقص الأرض بقلعها فحينئذٍ يتملّكها بغير رضاه أو يرضى بتركه على حاله، فيكون البناء لهذا، والأرض لهذا، وفي الجامع الصغير: إذا انقضت الأجارة وفي الأرض رطبة فإنّها تقلع.

ويجوز استئجار [٢٤٣و] الدوابّ للركوب والحمل، فإن أطلق الركوب جاز له أن يُركب من شاء، ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحداً ليس له أن يُركب غيره، وكذلك إذا استأجر ثوباً باللبس وأطلق. وإن قال: على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فعطب كان ضامناً، وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل، فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل إذا شرط سكني واحدٍ فله أن يسكن غيره.

وإن سمّي نوعاً وقدرًا يُحمّل على الدابة مثل أن يقول خمسة أففزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقلّ كالشعير والسمسّم، وليس له أن يحمل ما هو أضّرّ من الحنطة كالملاح.

وإن استأجرها ليحمل عليها قطعاً سمّاه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديداً، وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً فعطبت ضمن نصف قيمتها، ولا معتبر بالثقل؛ إذ الآدمي غير موزون، فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب، وفي الكفاية: وهذا القول احتراز عن غير الآدمي مثل الحنطة وغيرها، فإنّ الاعتبار هنالك للثقل حتى يتوزّع الضمان بحسب الثقل على ما يجيء في المسألة التي تلي هذه، انتهى.

وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل، إلّا إذا كان حملاً لا تطبيقه مثل تلك الدابة فحينئذٍ يضمن كلّ قيمتها، وإن كبح الدابة بلجامها أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يضمن إذا فعل فعلاً متعارفاً.

وإن استأجرها إلى الحيرة فجاوز بها إلى القادسيّة، ثمّ ردها إلى الحيرة، ثم نفقت فهو ضامن، قيل: تأويل هذه المسألة إذا استأجر ذاهباً لا جائياً لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة، فلا يصير بالعود مردوداً إلى يد المالك معنى، أمّا إذا استأجرها ذاهباً وجائياً يكون بمنزلة المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق، وقيل: الجواب مجرّي على الإطلاق، وهو أنّه يضمن في كل حال ذاهباً وجائياً أو غير جاءٍ، وهذا أي الإطلاق أصحّ.

ومن أكثرى حمراً بسرج / [٢٤٣ ظ] فنزع السرج وأسرجه بسرجٍ بمثله الحمُر فلا ضمان عليه، إلّا إذا كان زائداً عليه في الوزن فحينئذٍ يضمن الزيادة، وإن كان لا يسرج بمثله ضمن، وإن أوكفه بأكافٍ لا يوكف بمثله الحمُر يضمن، وإن أوكفه بإكافٍ يوكف بمثله الحمُر ضمن عند أبي حنيفة، وقالوا: يضمن بحسابه، يعني أكثرى حمراً بسرج فنزع السرج وأوكفه بإكافٍ يوكف بمثله الحمُر، كذا في النهاية، إلّا إذا كان زائداً على السرج في الوزن فيضمن الزيادة.

وإن استأجر حملاً ليحمل له طعاماً في طريق كذا، فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس، فهلك المتاع فلا ضمان عليه، وإن بلغ فله الأجر، وهذا إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت، أمّا إذا كان يضمن، إلّا أنّ الظاهر عدم التفاوت إذا كان طريقاً يسلكه الناس، فلم يفصل، وإن كان طريقاً لا يسلكه الناس فهلك ضمن، وإن بلغ فله الأجر. وإن حمّله في البحر فيما يحمله الناس ضمن، وإن بلغ فله الأجر.

وإذا أنفقت الدابة في مفارّة، ومع رفيقة فضل حَمُولَةٍ لا يجبره على الإجارة، وهذه إجارة مبتدأة، أي من كل وجه، وهذا احتراز عن إجارة مستأنفة في حالة البقاء، فإنه يجبر على الإجارة بالاتفاق كما في مسألة السفينة، فإنّ من استأجر سفينة شهراً فمضت المدّة في وسط البحر فإنّه ينعقد عليها إجارة أخرى بأجر المثل بغير رضا المالك، ذكرها في باب الغنائم من السير، والتفصيل من العناية.

ومن استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها رطباً ضمن ما نقصها من جهة كثرة اضرار الرطاب بالأرض بالنسبة إلى الحنطة بانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها، فكان خلافاً إلى شرّ، فيضمن ما نقصها ولا أجر له. ومن دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم، فخاطه قباءً إن شاء ضمّنه قيمة الثوب وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به درهماً، قيل معناه القُرْطُق^{١٤٤٢} الذي هو ذو طاقٍ؛ لأنّه يستعمل استعمال القميص، وقيل هو مجرّي على إطلاقه، وعن أبي حنيفة أنّه يضمنه من غير خيار. ولو خاطه السراويل وقد أمره بالقباء، قيل / [٢٤٤ و] يضمن من غير خيار، والأصحّ أنّه يخيّر، وصار كمن أمر بضرب طست من شبّه^{١٤٤٣} فضرّب منه كوزاً فإنّه يخيّر، كذا هنا.

^{١٤٤٢} قال في النهاية: القرطح معرّب كرتّه ويكتاهي، والقرطح هو الذي يلبسه الأتراك مكان القميص وقد يقال له بالفارسية يكنهي، هذا كله بخط شيخني، من ل م س.

^{١٤٤٣} أي من صفر، وقيل من نحاس يشبه الذهب، من ل.

باب الإجارة الفاسدة

الإجارة تفسدها الشروط، كما تفسد البيع، والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المستمى، وقال زفر والشافعي: يجب بالغاً ما بلغ.

ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد، فاسد في بقية الشهور، إلا أن يسمى جملة شهور معلومة، وإذا تم أي الشهر الأول كان لكل واحدٍ منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح، فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صحَّ العقد فيه، ولم يكن للمؤجر أن يخرج به إلى أن ينقضي، وكذلك كل شهر يسكن في أوله، إلا أن الذي ذكره في الكتاب هو القياس، وقد مال إليه بعض المشايخ، و**ظاهر الرواية** أن يبقى الخيار لكل واحدٍ منهما في الليلة الأولى من الشهر الثاني ويومها.

وإن استأجر داراً سنة بعشرة دراهم جاز وإن لم يسم قسط كل شهر من الأجرة كإجارة شهر واحد فإنه جائز وإن لم يبين قسط كل يوم، ثم يعتبر ابتداء المدة ممّا سمي، وإن لم يسم شيئاً فهو من الوقت الذي استأجره، فإن كان العقد حين يهلّ الهلال فشهود السنة كلها بالأهلة؛ لأنها هي الأصل، وإن كان في انتهاء الشهر، فالكل بالأيام عند أبي حنيفة، وهو رواية عن أبي يوسف - وعند محمد - وهو رواية عن أبي يوسف - الأول بالأيام، والباقي بالأهلة. ولو قال آجرت داري هذه سنة إلا يوماً تجوز الإجارة، ويصرف الاستثناء إلى آخرها بالاتفاق، ذكرها في باب الإيلاء من الطلاق.

ويجوز أخذ الحمام والحمام، وفي العناية: وبعض العلماء كره غلة الحمام، والصحيح عند عامة العلماء أنه لا بأس باتخاذ أجرة الحمام للرجال والنساء جميعاً، وتأويل ما روي عن الكراهة هو أن يدخل مكشوف العورة، فأما بعد التستر فلا بأس بالدخول، ولا كراهة في غلته، كما لا كراهة في غلة الدور والخوانيت، انتهى ملخصاً.

ولا يجوز/[٢٤٤ظ] أخذ أجرة عسب التيس، وهو أن يوجر فحلاً لينزو على الإناث، ولا الاستئجار على الأذان والحج، وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه، والأصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليها عندنا، وعند الشافعي يصح في كل ما لا يتعين على الأجير، وهذا احتراز عما لو كان متعيناً للإمامة والافتاء والتعليم؛ لأنه حينئذ لا يجوز استئجاره بالإجماع، كذا في الكفاية، وبعض مشايخنا استحسنا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم، وعليه الفتوى.

ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح، وكذا سائر الملاهي، ولا تجوز إجارة المشاع عند أبي حنيفة إلا من الشريك، سواء كان الشيوع فيما يحتل القسمة كالأرض أو لا يحتل القسمة كالعبد، كذا في النهاية، وقالوا: إجارة المشاع جائزة، وفيه منفعة عظيمة، ولهذا يجب أجر المثل عند أبي حنيفة، وصورته أن يؤجر نصيباً من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يصح إيجاره من شريكه، وإذا كان الشيوع طارئاً، قال في الكفاية: بأن أجر رجل من رجلين، ثم مات أحد المستأجرين، أو أجر رجلان من رجل ثم مات أحد المؤجرين فإنه يبقى الإجارة في نصيب الآخر شائعاً، وهذا هو **ظاهر الرواية**، فإن مات أحد المستأجرين حتى بطل العقد في نصيبه فعن أبي حنيفة أنه يفسد العقد في حق الآخر، وفي **ظاهر الرواية** يبقى العقد في حق الآخر، انتهى.

ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة، ثم قيل: إنَّ العقد يقع على المنافع، وهي خدمتها للصبي والقيام به، واللبن يستحقّ على طريق التبّع بمنزلة الصبغ في الثوب، وقيل: إنَّ العقد يقع على اللبن، والخدمة تابعة، ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحقّ الأجر، والأول أقرب إلى الفقه؛ لأنَّ عقد الإجارة لا ينعقد على إتلاف الأعيان مقصوداً، كما إذا استأجر بقرّة ليشرب لبنها، وإذا ثبت ما ذكرنا يصحّ إذا كانت الأجرة معلومة اعتباراً بالاستئجار على الخدمة.

ويجوز بطعامها وكسوتها استحساناً/[٢٤٥و] عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يجوز كما إذا استأجرها للخبز والطبخ، وفي الجامع الصغير: فإن سمي الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلّها وزرعها فهو جائز يعني بالإجماع، ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم، ثم يدفع الطعام مكانه، وهذا لا جهالة فيه، ولو سمي الطعام، وبين قدره جاز أيضاً، ولا يشترط تأجيله، ويشترط بيان الإيفاء عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وفي الكسوة يشترط بيان الأجل أيضاً مع بيان القدر والجنس.

وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها، كما أن له أن يفسخ الإجارة، إلا أن المستأجر يمنعه من غشيانها في منزله، أي منزل المستأجر، فإنه حقّه، فإن حبّلت كان لهم أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها، كما أن لهم الفسخ إذا مرضت أيضاً.

وعليها أن تصلح طعام الصبي، فالحاصل أنّه يعتبر فيما لا نصّ عليه العرف في مثل هذا الباب، فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي، وإصلاح الطعام وغير ذلك على الظئر، أمّا الطعام فعلى والد الولد، وما ذكره محمد أن الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة، وإن أرضعته في المدّة بلبن شاة فلا أجر لها.

ومن دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف فله أجر مثله، وكذا إذا استأجر حماراً يحمل طعاماً بقفيز منه، فالإجارة فاسدة، ويكون في معنى قفيز الطحّان، وقد نهي النبي عليه السلام، وهو أن يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجازات، سيّما في ديارنا، والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر، وهو بعض المنسوج أو المحمول، وحصوله بفعل الأجير، فلا يُعدّ هو قادراً بقدره غيره، وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر، حيث لا يجب الأجر.

ومن استأجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر، ولا يجاوز بالأجر قفيزاً، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب، حيث يجب الأجر بالغاً ما بلغ عند محمد. / [٢٤٥ظ]

ومن استأجر رجلاً ليخبز له هذه العشرة المخاتيم^{١٤٤٤} اليوم بدرهم فهو فاسد، وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد في الإجازات هو جائز، وعن أبي حنيفة أنّه يصحّ الإجارة إذا قال: في اليوم، وقد سمي عملاً بخلاف قوله: اليوم.

^{١٤٤٤} المخاتيم جمع محتوم وهو الصاع بعينه، كذا في العناية، من ل م س ن.

ومن استأجر أرضاً على أن يكرّيها^{١٤٤٥} ويزرعها أو يسقيها ويزرعها فهو جائز، فإن اشترط أن يثّيبها أو يكرّي أنهارها أو يُسرّقنها فهو فاسد، ثم قيل المراد بالثنية أن يردّها مكروبة، ولا شبهة في فسادها، وقيل أن يكرّيها مرتين في موضع تُخرج الأرض الربيع بالكراب مرة والمدّة سنة واحدة، وإن كانت ثلاث سنين لا تبقى لثنيته منفعة وليس المراد بكري الأنهار الجدول، بل المراد منها الأنهار العظام، هو الصحيح.

وإن استأجرها ليزرعها بزرعة أرضٍ أخرى فلا خير فيه، أي لا يجوز أصلاً، كذا في الكفاية، وقال الشافعي: هو جائز، وعلى هذا إجارة السكّني بالسكّني، واللّبس باللبس، والركوب بالركوب، وإلى هذا أي إلى عدم جواز إجارة السكّني بالسكّني أشار مُجَدِّدُ، قال في الكفاية: وهو ما روي أنّ ابن سماعة كتب إلى مُجَدِّد بن الحسن في هذه المسألة فكتب في جوابه: أطلت الفكرة، فأصابتك الحيرة، وجالست الجبائي^{١٤٤٦} وكانت منك زلّة^{١٤٤٧}، أما علمت أنّ السكّني بالسكّني كبيع القوهي^{١٤٤٨} بالقوهي نساءً، والجبائي اسم مُجَدِّد ينكر الحوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول: لا يبرهان لكم عليها، فقال مُجَدِّد لابن سماعة: كانت مجالستك إيّاه زلّةً، انتهى.

وإذا كان الطعام بين رجلين، فاستأجر أحدهما أو حمّار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كلّه فلا أجر له، وقال الشافعي: له المسمّى، وإذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليصنع فيه الطعام أو عبداً مشتركاً ليخيط له الثياب فله المسمّى بالإجماع.

وإجارة منافع الدار بالخانوت لا تجوز، أي بمنافع الخانوت، أمّا لو جعل عين الخانوت أجره لمنافع الدار، فيجوز كذا في النهاية، ذكرها [٢٤٦و] في القسمة.

ومن استأجر أرضاً ولم يذكر أنّه يزرعها أو أيّ شيء يزرعها فالإجارة فاسدة، فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمّى، وهذا استحسان، وفي القياس: لا يجوز وهو قول زفر. ولو استأجر إلى أجل مجهول بأن كان إلى الحصاد والدياس، ثمّ أسقط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد انقلب إلى الجواز.

ومن استأجر حمّاراً إلى بغداد بدرهم، ولم يسمّ ما يحمل عليه، فحمل ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه، فإن بلغ بغداد فله الأجر المسمّى استحساناً على ما ذكرنا في المسألة الأولى، وإن اختصما قبل أن يحمل عليه، وفي المسألة الأولى^{١٤٤٩} قبل أن يزرع نقضت الإجارة.

والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر وإن كانت الإجارة فاسدة، ولا يجوز للمشتري أن يؤاجر الدار المشتراة قبل القبض، وعليه الفتوى، وقيل: يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد، ذكرها في فصل فيما ينقل من كتاب البيوع، ومن سوى الأئمّة والجدّة لا يؤاجر الصغيرة للخدمة، ذكرها في الحضانة.

^{١٤٤٥} يقال كريت الأرض إذا قلبتها للحرث من باب طلب، وكريت النهر كريا أي حفرته وبابه رمى، مختار الصحاح، من م.

^{١٤٤٦} ل م: الجبائي.

^{١٤٤٧}

^{١٤٤٨} القوهي ثوب منسوب إلى قوهستان كورة من كور فارس، من ل م س ن.

^{١٤٤٩} ل - وإن اختصما ... الأولى.

ولا يجوز إجارة المرعى، والمراد الكَلأ، قال صاحب **العناية**: وإِنَّمَا فُسِّرَ بذلك؛ لأنَّ لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الأرض، وعلى الكَلأ، وعلى مصدر رعي، فلو لم يفسَّر بذلك لتوهم أن بيع الأرض وإجارتها لا يجوز، وهو غير صحيح؛ لأنَّ بيع الأراضي وإجارتها صحيح، سواء كان فيه الكَلأ أو لم يكن، انتهى، ذكرها في باب البيع الفاسد.

باب ضمان الأجير

الأجراء على ضربين؛ أجير مشترك وأجير خاص.

فالمشترك من لا يستحقُّ الأجر حتَّى يعمل كالقَصَّار والصَّبَّاح، والمتاع أمانة في يده؛ إن هلك لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة، وهو قول زفر، ويضمنه عندهما إلَّا من شيء غالب كالخريق الغالب والعدوُّ المكابر، فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجر، بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحرق الغالب وغيره.

وما تلف بعمله كتنخريق الثوب من دَقِّه [٤٦٢ ظ] وزلق الحِمَّال وانقطاع الحبل الذي يشدُّ به المكارى الحمل وغرق السفينة من مدّه مضمونٌ عليه، وقال زفر والشافعي: لا ضمان عليه إلَّا أنَّه يضمن به بني آدم ممَّن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده، لكنَّه يجب على العاقلة.

وإذا استأجر من يحمل له دِنًا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فإن شاء ضمَّته في المكان الذي حمّله ولا أجر له وإن شاء ضمَّته قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه أجره بحسابه.

وإذا فصد الفصّاد أو بزغ البزّاع ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك، وفي **الجامع الصغير**: يبطّر بزغ أي حجم دابةً بدائق فنفتت، أو حجّام حجم عبدًا بأمر مولاه فمات فلا ضمان عليه.

والأجير الخاص الذي يستحقُّ الأجر بتسليم نفسه في المدّة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم، قال في **النهاية**: هذا إذا تمكَّن من العمل، وأمّا إذا لم يعمل بسبب عذر منعه عن العمل ولم يعمل لم يجب الأجر، انتهى.

وفي **الكفاية**: واعلم أنَّه إذا استأجره ليرعى غنمه بدرهم شهراً، فهو أجير مشترك، إلَّا أن يقول: ولا ترع غنم غيري، فحينئذ يصير أجير وحيد، وإن ذكر المدّة أوَّلًا بأن استأجره ليرعى غنمه بدرهم فهو أجير وحيد، إلَّا أن يقول: وترعى غنم غيري، انتهى.

ولا ضمان على الأجير الخاصِّ فيما تلف في يده بأن سرق منه أو غصب، ولا ما تلف من عمله بأن انكسر القدوم في عمله، أو تحرق الثوب من دَقِّه، هذا إذا لم يتعمّد الفساد، كذا في **الكفاية**.

وإذا استأجر إنساناً للحفاظ شهراً، فترك الحفاظ في بعضه، ثم عاد إلى الحفاظ في الباقي لم يخرج بذلك عن كونه أميناً، ولو استأجر رجلاً لحفظ متاعه شهراً بدرهم، فلو سافر بالمال يضمن، ذكرها في أوَّل كتاب الوديعة، والأجير لا يستحقُّ النفقة على المستأجر، ذكرها في باب ما يفعله المضارب من المضاربة.

باب الإجارة على أحد الشرطين

وإذا قال للخباط: إن خطت هذا الثوب فارسياً فبدرهم وإن خطته رومياً فبدرهمين جاز، وأيّ عمل [٢٤٧و] من هذين العاملين عمل^{١٤٥٠} استحق أجرته، وكذا إذا قال لصباغ: إن صبغته بعصفر فبدرهم وإن صبغته بزعفران فبدرهمين، وكذا إذا خيّر بين شيئين بأن قال: آجرتك هذه الدار شهراً بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة، وكذا إذا خيّر بين مسافتين مختلفين بأن قال: آجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا أو إلى واسط بكذا، وكذا إذا خيّر بين ثلاثة أشياء، وإن خيّر بين أربعة لم تجز، والمعتبر في جميع ذلك البيع، والجامع دفع الحاجة، غير أنه لا بدّ من اشتراط الخيار في البيع، وفي الإجارة لا يشترط ذلك، أي خيار التعيين.

ولو قال: إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غداً فبنصف درهم، فإن خاطه اليوم فله درهم، وإن خاطه غداً فله أجر مثله عند أبي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم، وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم، ولا يزداد على درهم، وقال أبو يوسف ومحمد: الشرطان جائزان، وقال زفر: الشرطان فاسدان، وإن خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة هو الصحيح، وفي العناية: وأما عندهما فالصحيح أنه ينقص من نصف درهم، ولا يزداد عليه، انتهى.

ولو قال: إن أسكنت في هذا المكان عطّاراً فبدرهم وإن أسكنته حدّاداً فبدرهمين جاز، وأيّ الأمرين فعل استحقّ المسمّى فيه عند أبي حنيفة، وقالوا: الإجارة فاسدة. وكذلك إن استأجر بيتاً على أنه إن أسكن فيه فبدرهم وإن أسكن فيه حدّاداً فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يجوز.

ومن استأجر دابةً إلى الحيرة فبدرهم وإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز، ويحتمل الخلاف، وإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كّر شعير فبنصف درهم وإن حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة، وقالوا: لا يجوز.

باب إجارة العبد

ومن استأجر عبداً ليعلمه فليس له أن يسافر به إلّا أن يشترط ذلك. ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً بغير إذن مولاه، وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر، ولو هلك العبد في ذلك العمل [٢٤٧ظ] يجب على المستأجر قيمته، ولا أجر عليه فيما عمل بالاتفاق.

ومن غصب عبداً فأجر العبد نفسه، فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة، وقالوا: هو ضامن، وإن وجد المولى الأجر قائماً بعينه أخذه، ويجوز قبض العبد الأجر في قولهم جميعاً.

^{١٤٥٠} ل م س - عمل.

ومن استأجر عبداً بمهدين الشهرين شهراً بأربعة، وشهراً بخمسة فهو جائز، والأول منهما بأربعة. ومن استأجر عبداً شهراً بدرهم فقبضه في أول الشهر، ثم جاء الشهر وهو آبق أو مريض، فقال: أبق أو مريض حين أخذته، وقال المولى: لم يكن ذلك إلا قبل أن يأتيني بساعة فالقول قول المستأجر، وإن جاء به وهو صحيح فالقول قول الموجر؛ لأنهما اختلفا في أمر محتمل، فترجح بحكم الحال، إذ هو دليل على قيامه من قبل، وهو يصلح مرجحاً إن لم يصلح حجة في^{١٤٥١} نفسه، وأصل هذه المسألة الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعها، قال في الكفاية: فإنَّ مستأجر الرحى إذا اختلف مع صاحب الرحى في جريان الماء في المدة، فإنَّ القول قول من يشهد له الحال، وإن اختلفا في قدر الانقطاع، فقال المستأجر: عشرة أيام، وقال الآجر: خمسة فالقول للمستأجر، والبيّنة للآجر، وهو يصلح مرجحاً إن لم يصلح حجة في نفسه، إذ^{١٤٥٢} الترجيح^{١٤٥٣} حجة، وقد عرف في أصول الفقه، انتهى.

وإذا أعتق العبد المستأجر نفذ العتق، ذكرها في باب التصرف في الرهن.

باب الاختلاف

وإذا اختلف الخياط وربّ الثوب، فقال صاحب الثوب: أمرتك أن تعمله قباءً، وقال الخياط: قميصاً، أو قال صاحب الثوب للصباغ: أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر، وقال الصباغ: لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب، كما لو أنكر أصل الإجارة كان القول قول ربّ الثوب، فكذا إذا أنكر صفته، وإذا حلف فالخياط ضامن، ومعناه ما مرّ من قبل أنّه بالخيار إن شاء ضمّنه وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله، وكذا يخيّر في مسألة الصبغ إذا حلف، إن شاء ضمّنه قيمة الثوب أبيض وإن شاء أخذ الثوب [٢٤٨و] وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى، وذكر في بعض النسخ يضمّنه ما زاد الصبغ فيه.

وإن قال صاحب الثوب: عملته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب، وقال أبو يوسف: إن كان الرجل حريفاً له أي خليطاً له فله الأجر وإلا فلا، وقال مجاهد: إن كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة بالأجر فالقول قوله، والقياس ما قاله أبو حنيفة. ولو اختلف الصباغ مع ربّ الثوب في مقدار الأجر يحكم فيه قيمة الصبغ، ذكرها في باب المهر.

باب فسخ الإجارة

ومن استأجر داراً فوجد بها عيباً يضرّ بالسكنى فله الفسخ، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع. وإن فعل الموجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر.

^{١٤٥١} ل - في.

^{١٤٥٢} ل س: إذا.

^{١٤٥٣} ن + أبداً إنما يقع بما لا يصلح.

فإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحي انفسخت الإجارة، ومن أصحابنا من قال بأن العقد لا يفسخ، وعن محمد أن الأجر لو بناها أي الدار ليس للمستأجر أن يمتنع ولا للأجر، وهذا تنقيص منه على أنه لا يفسخ، لكنه يفسخ.

ولو انقطع ماء الرحي والبيت مما ينتفع به لغير الطحن، فعليه الأجر بحصته. وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت الإجارة، ولا ينتقل إلى الورث. وإن عقد لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف. والأجرة لا تسقط بالموت والاسلام، ذكرها في باب الجزية من السير، يعني من استأجر داراً أو وجبت عليه الأجرة ثم مات، لا تسقط الأجرة.

ويصح شرط الخيار في الإجارة، وفي الكفاية: ويعتبر أول المدّة من وقت سقوط الخيار، انتهى، وقال الشافعي لا يصح، ويتفرع على هذه المسألة أن المستأجر يجبر على القبض إذا سلم المجر بعد مضي بعض المدّة، ووجهه مذكور في الهداية، وصورة المسألة أوردها صاحب العناية نقلاً عن المبسوط: إذا استأجر داراً سنة، فلم يسلمها إليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تحاكماً ليس للمستأجر أن يمنع في القبض في بقية السنة عندنا، ولا للمؤجر أن يمنعه ذلك، وقال الشافعي: للمستأجر أن يفسخ / [٢٤٨ ظ] العقد فيما بقي، بناءً على الأصل المذكور في المسألة السابقة، انتهى.

وتفسخ الإجارة بالأعذار عندنا، وقال الشافعي: لا يفسخ إلا بالعيب، وهو محجوج عليه بما إذا استأجر حدّاداً ليقلع ضره لوجع به فسكن الوجع، أو استأجر طبّاحاً لطبخ له طعاماً لوليمة فاختلفت المرأة من الزوج تنفسخ الإجارة، وكذا من استأجر دكاناً في السوق ليتجر فيه فذهب ماله، وكذا من أجرة دكاناً أو داراً ثم أفلس ولزمه ديون لا يقدر على قضاها إلا بتمن ما أجرة؛ فسح القاضي العقد وباعها في الدين، ثم قوله أي قول القدوري في المختصر: فسح القاضي العقد إشارة إلى أنه يفتقر إلى قضاء القاضي في النقض، وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين.

وفي الجامع الصغير: وكل ما ذكرنا أنه عذر فإن الإجارة فيه تنتقض، وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي، ووجهه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع فيتفرّد العاقد بالفسخ، وجه الأول أنه فصل مجتهد فيه، فلا بد من إلزام القاضي، ومنهم من وقّق فقال: إذا كان العذر ظاهراً لا يحتاج إلى القضاء، وإن كان غير ظاهر كالدين يحتاج إلى القضاء لظهور العذر.

ومن استأجر دابةً ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر باحتمال حصول ضرر زائد إذا مضى على موجب العقد، إذ ربما يذهب للحجّ فذهب وقته أو لطلب غريمه فحضر، أو للتجارة فافتقر. وإن بدا للمكاري^{١٤٥٤} فليس ذلك بعذر لأنه يمكنه أن يقعد^{١٤٥٥} ويبيع الدواب على يد تلميذه أو أجيّره، ولو مرض المجر فقعد فكذلك الجواب على رواية الأصل، وروى الكرخي أنه عذر؛ لأنه لا يعزى عن ضرر.

^{١٤٥٤} ل م س: المكاري.

^{١٤٥٥} ل: يقعد.

ومن آجر عبداً ثم باعه فليس بعذر، والذي يفوته أمر زائد وهو الاسترباح. وإذا استأجر الخياط غلاماً فأفلس وترك العمل فهو عذر، وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه، أما الذي يخيط بأجرٍ فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض، فلا يتحقق الإفلاس فيه، وإن أراد ترك الخياطة وأن يعمل في الصرف فليس بعذر لإمكان أن يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف [٢٤٩و] في ناحية، وهذا بخلاف ما إذا استأجر دكاناً للخياطة، فأراد أن يتركها ويشغل بعمل آخر حيث جعله عذراً، ذكره في الأصل.

إذا استأجر خياطاً ليخيط بإبرة الخياط جاز، ذكرها في المزارعة، وكذا إذا استأجره ليخيط ثوبه بإبرته أي إبرة صاحب الثوب أو طيئناً ليطين بمرته،^{١٤٥٦} وهذه أيضاً في المزارعة.

وإذا استأجر أجيراً لهدم داره، ثم امتنع المستأجر من المضى على ما عقد عليه فإنه لا يجبر على المضى على موجب العقد، وهذه أيضاً في المزارعة.

ولا يجوز استئجار الشجر، ولو استأجره لا يجب أجر المثل أيضاً، بخلاف استئجار الأرض، فإنه لو استأجر الأرض إلى مدة معلومة يجب المستمى، ولو استأجرها إلى وقت الإدراك يجب أجر المثل، أشار إليها في المساقاة، والتفصيل من النهاية.

ومن استأجر غلاماً يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر، وكذا إذا أطلق بأن قال: استأجرت منك هذا العبد للخدمة، ولم يقل في الحضر أو في السفر، كذا في الكفاية، بخلاف ما إذا أجر عقاراً ثم سافر الموجر فلا ضرر فيه بأن المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته، حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر والزام الأجر بدون السكنى، وذلك ضرر.

مسائل منثورة

ومن استأجر أرضاً أو استعارها فأحرق الحصاد، فاحترق شيء في أرضٍ أخرى فلا ضمان عليه، وقيل هذا إذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت، أما إذا كانت مضطربة يضمن.

وإذا أقعد الخياط أو الصبّاغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز، وفي العناية: يعني إذا كان للخياط أو الصبّاغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجاهة ولكنه غير خاذق فأقعد في دكانه رجلاً خاذقاً ليتقبّل صاحب الدكان العمل من الناس ويعمل الخاذق وجعلاً ما يحصل من الأجرة بينهما نصفين جازاً استحساناً، وفي القياس لا يجوز، ودليله المذكور في العناية مفصلاً، فليرجع إليه.

ومن استأجر حملاً ليحمل عليه محملاً وراكبين إلى مكة جاز، [٢٤٩ظ] وله الحمل المعتاد، وفي القياس: لا يجوز، وهو قول الشافعي، وكذا إذا لم ير الوطاء والدثر، وإن شاهد الحمل المحمل فهو أجود وأنفى للجهالة وأقرب إلى تحقيق الرضا.

^{١٤٥٦} ل ن: مّرة.

وإن استأجر بغيراً ليحمل عليه مقداراً من الزاد، فأكل منه في الطريق جاز له أن يرده عوض ما أكل، وكذا غير الزاد من المكيل والموزون، وردّ الزاد معناه عند النقص كردّ الماء، فلا مانع من العمل بالإطلاق. وأجرة الكتيال والوزان وحفر البئر المشترك ونفقة المملوك المشترك على قدر الأنصباء، لا عدد الرؤوس، ذكرها في أول كتاب القسمة، وأجرة ردّ العين المستأجرة على الموجر، وهذه مذكورة في العارية، وقد قيّدناها في هذا المحلّ أيضاً.

كتاب المكاتب

وإذا كاتب عبده أو أمتته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتباً، والمراد بالخير المذكور في قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾^{١٤٥٧} على ما قيل أن لا يضرّ بالمسلمين بعد العتق، فإن كان يضرّ بهم فالأفضل أن لا ي كاتبه وإن كان تصحّ لو فعله.

ولا يعتق إلا بأداء البدل، وقال عليه السلام: {المكاتبُ عبدٌ ما بقي عليه درهم} ^{١٤٥٨} وفيه اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين، وما اخترنا قول زيد رضي الله عنه، قال في العناية: فعند علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما أدى، وعند ابن عباس رضي الله عنهما يعتق كما أخذ الصحيفة من مولاه، يعني بنفس العقد؛ لأنّ الصحيفة عند ذلك تكتب، وعند ابن مسعود رضي الله عنه يعتق إذا أدى قيمة نفسه، وعند زيد بن ثابت رضي الله عنه بما ذكرنا، وهو المختار، انتهى.

ويعتق بأدائه وإن لم يقل المولى: إذا أديتها فأنت حرّ، وفي العناية، وقال الشافعي: لا يعتق ما لم يقل: كاتبك على كذا على أنّك إن أديته إليّ فانت حرّ، انتهى.

ولا يجب حطّ شيء من البدل اعتباراً بالبيع، وفي العناية، وقال الشافعي: يستحقّ عليه حطّ ربع البدل اعتباراً بالبيع، وهو قول عثمان رضي الله عنه، لظاهر قوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾^{١٤٥٩} وقد ذكر دليل المذهبين مفصلاً، فليرجع إليها، انتهى. [٢٥٠و]

ويجوز أن يشترط المال حالاً، ويجوز مؤجلاً، ومنجماً، وقال الشافعي: لا يجوز حالاً، ولا بدّ من نجمين. ويجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع والشري، والشافعي يخالفنا فيه، وهو بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة، وإذا كان لا يعقل البيع والشري لا ينعقد العقد حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق، ويستردّ ما دفع.

ومن قال لعبده: جعلت عليك ألفاً تؤديها إلى نجوماً أوّل النجم كذا وآخره كذا فإذا أديتها فأنت حرّ وإن عجزت فأنت رقيق فإنّ هذه مكاتبه؛ لأنّه أتى تفسير الكتابة. ولو قال: إذا أديت إليّ ألفاً كلّ شهر مائة فأنت حرّ

^{١٤٥٧} سورة التور، ٣٣/٢٤.

^{١٤٥٨} عبد الرزاق، المصنف، ١٥٧٢٥؛ ابن أبي شيبة، المصنف، ٢٠٥٦٤؛ البيهقي، السنن، ٣٤٦٩.

^{١٤٥٩} سورة التور، ٣٣/٢٤.

وإن عجزت فأنت رقيق فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان، وفي نسخ أي حفص لا يكون مكاتبة اعتباراً بالتعليق بالأداء مرةً بأن قال: إذا أدّيت إلى ألفاً فأنت حر.

وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى، ولم يخرج من ملكه، فإن أعتقه عتق بعتقه، يعني إن أعتقه قبل أداء بدل الكتابة، كذا في **النهاية**، وسقط عنه بدل الكتابة، وما في يده من الأكساب تكون له. وإذا وطأ المولى مكاتبته لزمه العقر.^{١٤٦٠} وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية، وإذا أتلّف مالا لها غرم. والمكاتب لا يجوز بيعه ولا هبته ولا إخراجَه عن ملكه إلا إلى الحرية، ذكرها في باب التدبير.

فصل في المكاتبة الفاسدة

والكتابة بمنزلة البيع، تبطل بالشروط الفاسدة، غير أنّ المفسد في الكتابة ما يتمكّن في صلب العقد منها كما لو كاتب على خمر أو خنزير، أمّا لو شرط على المكاتب أن لا يخرج من البلد أو يتّجزّ في كذا دون غيره لا تفسد الكتابة وتبطل الشروط فله أن يخرج من البلد ويتّجر فيما شاء، ذكرها في البيع الفاسد.

وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته فالكاتبة فاسدة، فإن أدّى الخمر عتق، وقال زفر: لا يعتق إلاّ بأداء نفسه قيمة، وعن أبي يوسف: أنّه يعتق بأداء الخمر، ويعتق بأداء القيمة أيضاً، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنّه إنّما يعتق بأداء عين الخمر [٢٥٠ ظ] إذا قال: إن أدّيتها فأنت حرّ، ولا فصل في **ظاهر الرواية**، أي يعتق بأداء الخمر، صرح بذكر الشرط أو لم يصرح، كذا في **الكفاية**.

وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته، ولا ينقص عن المسمّى ويزاد عليه، وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة، قال في **النهاية**: وذكر القيمة، ولم يذكر بأيّ شيء يعرف، وذكر في مبسوط شيخ الاسلام والخيرة أن كون المؤدّي قيمة العبد إنّما يعرف بأحد الأمرين؛ إمّا أن يتصادقا على أنّ ما أدّى قيمته، فيثبت كون المؤدّي قيمةً بتصادقهما، وإمّا بتقويم المقومين، ثم لو اختلف المقومون فإن اتّفق الاثنان منهم على شيء يجعل ذلك قيمة له، وإن اختلفا في ذلك لا يعتق ما لم يؤدّ أقصى القيمتين، انتهى.

وإذا كاتبه على ثوب أو دابة تفسد الكتابة للجهالة، وفي **العناية**: فإن قلت: إن أدّى القيمة فيما إذا كاتبه على ثوب يعتق أو لا؟ قلت: ذكر في **الذخيرة**: إنّ الأصل عند علمائنا الثلاثة أنّ المسمّى متى كان مجهول المقدار والجنس فإنّه لا يعتق العبد إلاّ بأداء القيمة، ولا تنعقد هذه الكتابة أصلاً، لا على المسمّى ولا على القيمة، انتهى.

وإذا كاتب على ميتة أو دم فهو إنّما يعتق عند أداء الميتة أو الدم إذا كان قال له: إذا أدّيت الميتة أو الدم فأنت حرّ، وأمّا إذا لم ينصّ على ذلك فلا يعتق بأداء الميتة والدم، أشار إليها إجمالاً، والتفصيل من **النهاية**.

وإن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجوز، ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال: كاتبتك على هذه ألف درهم، وهي لغيره جاز، ويتعلق العقد بدراهم دينّ في الذمة فيجوز، وعن أبي حنيفة رواه الحسن أنّه يجوز، حتى إذا

^{١٤٦٠} العقر مهر المرأة إذا وطئت بشبهة، **الصحيح**، من م.

ملكه وسلّمه يعتق، وإن عجز يردّ في الرق، فلو أجاز صاحب العين ذلك أي عقد الكتابة على عينه فعن محمد أنّه يجوز، وعن أبي حنيفة أنّه لا يجوز، وعن أبي يوسف أنّه يجوز، أجاز ذلك أو لم يُجز، غير أنّه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته.

ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن أبي حنيفة رواه أبو يوسف أنّه إذا أدّاه لا يعتق، وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد، إلّا إذا قال له: إذا أدّيت إليّ فأنت حرّ فحينئذ يعتق بحكم الشرط، وهكذا [٢٥١و] عن أبي يوسف، وعنه أنّه يعتق، قال ذلك أو لم يقل.

ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان، وهي مسألة الكتابة على الأعيان، وقد عرف ذلك في الأصل، قال صاحب الهداية: وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى.

وإن كاتبه على مائة دينار على أن يردّ المولى عبداً بغير عينه، فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومُحمّد، وقال أبو يوسف: هي جائزة، وتقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب، وقيمة عبدٍ وسطٍ، وتبطل منها حصّة العبد، فيكون مكاتباً بما بقي.

وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة، ومعناه أن يبيّن الجنس ولا يبيّن النوع والصفة، وينصرف إلى الوسط، ويجبر على قبول القسمة، أمّا إذا لم يبيّن الجنس، مثل أن يقول دابة لا يجوز، وإذا بيّن الجنس كالعبد والوصيف - وهو العبد للخدمة - فالجهالة يسيرة، ومثلها يتحمل في الكتابة، فيعتبر جهالة البدل بجهالة الأجل فيه، وقال الشافعيّ: لا يجوز، وهو القياس، وفي النهاية في قوله "وينصرف إلى الوسط": الأصل في الحيوان المجهول إذا وجب ديناً في الذمة أنّه ينصرف إلى الوسط، والوسط عند أبي حنيفة في العبد الذي قيمته أربعون درهماً، وقال أبو يوسف ومُحمّد: على قدر غلاء السعر ورخصه، ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب، انتهى.

وإذا كاتب النصرانيّ عبده على خمر فهو جائز، ومعناه إذا كان مقداراً معلوماً، والعبد كافر، وأيّهما أسلم فللمولى قيمة الخمر، وإذا قبضها عتق، بخلاف ما إذا كان العبد مسلماً، حيث لم يجز الكتابة؛ لأنّ المسلم ليس من أهل التزام الخمر، ولو أدّاه أي العبد المسلم الخمر عتق، وقد بيّناه من قبل.

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

ويجوز للمكاتب البيع والشري والسفر، ويملك البيع بالمحاباة،^{١٤٦١} فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحساناً، والكتابة تُشبه^{١٤٦٢} البيع، وتشبه^{١٤٦٣} النكاح فألحقناه بالبيع في شرط تمكّن في صلب العقد، كما

^{١٤٦١} المحاباة هي المسامحة في البيع و تنقيص بعض الثمن، مفاعلة من الحب، إذا باع شيئاً قيمته عشرة دراهم بسبعة فكأنه في حقّ سبعة أجزاء من عشرة أجزاء منه مبادلته مال بمال وفي حق ثلاثة أجزاء منه هبة وإعطاء لخلوها عن البدل معنى ولذلك ألحق بالهبات في حق المريض مرض الموت واعتبر خروجه من الثلث، انظر: أبو حفص النسفي، طلبه الطلبة، ح ب و؛ والمعجم الوسيط، ح ب و.

^{١٤٦٢} ل: تشبيه.

^{١٤٦٣} ل: تشبيه.

إذا شرط عليه خدمة مجهولة بأن كاتبه على كذا على أن يخدمه مدّة أو زماناً، وأما لو كاتبه على أن يخدمه [٢٥١ظ] شهراً القياس أن لا يجوز لجهالة جنس الخدمة، فإنّ الخدمة قد تكون في البيت وقد تكون خارج البيت، وفي الاستحسان يجوز؛ لأنّ أعمال الخدمة معلومة فيما بين الناس عرفاً.

والحقناه بالنكاح في شرط لم يتمكّن في صلب العقد بأن كاتبه على ألف إلى الحصاد والدياس، وهذا محصل ما في الكفاية وسائر الشروح، ولا يتزوج إلّا بإذن المولى، ولا يهب ولا يتصدّق إلّا بالشيء اليسير، ولا يتكفل ولا يملكه بنوعيه: نفساً ومالاً، ولا يُقرض، فإن وهب على عوضٍ لم يصحّ، وإن زوج أمته جاز، وكذلك إن كاتب عبده، والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر والشافعي، فإن أذى الثاني قبل أن يعتق الأوّل فولأؤه للمولى، فلو أذى الأوّل بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء إليه، فإن أذى الثاني بعد عتق الأوّل فولأؤه له.

وإن أعتق عبده على مالٍ أو باعه نفسه، أو زوج عبده لم يجز، وكذلك الأب والوصيّ في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب، وأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: له أن يزوّج أمته. ولو أقام المكاتب بينة على الإعتاق قبل الكتابة قبلت، ذكرها في بابا الاستحقاق من كتاب البيوع.

وإذا قال المكاتب: كلّ مملوك أملكه فيما استقبل فهو حرّ، فملك لم يعتق عند أبي حنيفة، وعتق عندهما، أشار إليها في أوّل الوصايا، وصورة المسألة مذكورة في أيمان الجامع الكبير، نقلها عنه صاحب العناية.

فصل

وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته، وإذا اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة، وقالوا: يدخل في كتابته. والمكاتب إذا اشترى أخاه ومن يجري مجراه فلا تكاتب عليه، وعند أبي حنيفة أنّه يتكاتب على الأخ أيضاً، وهو قولهما، ذكرها في العتاق في فصل ومن ملك ذا رحم محرم.

وإذا اشترى أمّ ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها، ومعناه إذا كان معها ولده، [٢٥٢و] وإن لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد، خلافاً لأبي حنيفة. وإن ولدّه ولدٌ من أمّة له دخل في كتابته، وكان حكمه كحكمه، وكسبه له، وكذا إذا^{١٤٦٤} ولدت المكاتبه ولداً.

ومن زوج أمته من عبده، ثم كاتبهما فولدت منه ولداً دخل في كتابتها؛ وكان كسبه لها. وإن تزوّج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنّها حرّة فولدت منه ثم استحقّت فأولادها عبيد، ولا يأخذهم بالقيمة، وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزوّج، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد أولادها أحرار بالقيمة.

وإن وطئ المكاتب أمّة على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقّها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة. وإن وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق، وكذلك المأذون له. وإذا اشترى المكاتب جارية شرياً فاسداً ثم وطئها فردّها أخذ بالعقر في الكتابة، وكذلك العبد المأذون له.

^{١٤٦٤} ل م س — إذا.

فصل

وإذا ولدت المكاتب من المولى فهي بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة، وإن شاءت عجزت نفسها، وصارت أم ولد. ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حرّ. وإذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاهما، ثم إن ماتت عتقت بالاستيلاد، وسقط عنها بدل الكتابة. وإن ماتت هي، وتركت مالاً يؤدّي منه مكاتبها، وما بقي ميراث لابنها جريباً على موجب الكتابة، وإن لم تترك مالاً فلا سعاية على الولد؛ لأنّه حرّ، ولو ولدت ولداً آخر لم يلزم المولى، إلا أن يدعي، فلو لم يدعي وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد. ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية.

وإن كاتب المولى أم ولده جاز، فإن مات المولى عتقت بالاستيلاد، وسقط عنها بدل الكتابة، ويسلم لها الأكساب والأولاد. ولو أدت المكاتب قبل موت المولى عتقت بالكتابة، قوله المكاتب بالنصب، أي بدل الكتابة، وفي بعض النسخ ولو أدت الكتابة وهو بتقدير مضاف، كذا في العناية.

وإن كاتب مدبرته جاز، وإن مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة، / [٢٥٢ظ] وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: تسعى في الأقلّ منها، وقال محمد: تسعى في الأقلّ من ثلثي القيمة وثلثي بدل الكتابة، فالخلاف في الخيار والمقدار، وأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار، ومع محمد في نفي الخيار، وإن خرجت من الثلث يسقط كلّ بدل الكتابة.

وإن دبر مكاتبته صحّ التدبير، ولها الخيار؛ إن شئت مضت على الكتابة وإن شئت عجزت نفسها وصارت مدبرة، فإن مضت على كتابتها فمات المولى، ولا مال له غيرها فهي بالخيار؛ إن شئت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة، وقالوا: تسعى في الأقلّ منها، وإذا عتق المولى مكاتبه عتق بعثقه وسقط بدل الكتابة.

وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة، فصالحه على خمسمائة معجّلة فهو جائز، وفي القياس لا يجوز كما في الحرّ ومكاتب الغير، فإنهما إذا صالحا على هذا الوجه لا يجوز.

وإذا كاتب المريض عبده على ألفين إلى سنة، وقيّمته ألف ثم مات ولا مال له غيره، ولم يُجز الورثة فإنّه يؤدّي ثلثي ألفين حالاً، والباقي إلى أجله أو يردّ رقيقاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يؤدّي ثلثي ألف حالاً، والباقي إلى أجله. وإن كاتبه على ألف إلى سنة، وقيّمته ألفان، ولم يُجز الورثة أدّى ثلثي القيمة أو يردّ رقيقاً في قولهم جميعاً.

باب من يكاتب عن العبد

وإذا كاتب الحرّ عن عبد بألف درهم فإن أدّى عنه عتق. وإن بلغ العبد وقبل فهو مكاتب، وصورة المسألة أن يقول الحرّ لمولى العبد: كاتب عبدك على ألف درهم على أيّ إن أديت إليك ألفاً فهو حرّ، فكاتبه المولى على هذا، يعتق بأدائه بحكم الشرط، وإذا قبل العبد صار مكاتباً. وإن لم يقل: على أيّ إن أديت إليك ألفاً فهو حرّ، فأدّى لا

يعتق قياساً، وفي الاستحسان يعتق، وقيل هذه صورة مسألة الكتاب، قال في الكفاية: يعني قيل صورة مسألة الكتاب ما لم يقل إن أدّيت إليك ألفاً فهو حرّ، بل قال له: كاتب عبدك على ألف درهم، وقيل الفضولي عن العبد، والحكم فيه أنّه إن أدّى عنه عتق. وإن بلغ/[٢٥٣و] العبد فقبل، يصير مكاتباً، وقيل هذا الجواب أي العتق بأداء الفضولي، فيما إذا كانت المسألة مصوّرة بصورة التعليق، بأن قال الفضولي: على أيّ إن أدّيت عنه فهو حرّ على ما قال في الكتاب، انتهى.

ولو أدّى الحرّ البذل لا يرجع على العبد؛ لأنّه متبرّع، قال في العناية: وهل له أن يستردّ ما أدّى إلى المولى؟ فيه تطويل، طالع النهاية حتى تطّلع عليه، انتهى.

وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب فإن أدّى الشاهد أو الغائب عتقا، ومعنى المسألة أن يقول العبد: كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب، وهذه كتابة جائزة استحساناً، وفي القياس تصحّ على نفسه لولايته عليها، وتتوقّف في حقّ الغائب لعدم الولاية عليه. وجوازها استحساناً بناءً على هذا الوجه مشروعة، ويتفرّد به الحاضر، فله أي للمولى أن يأخذه بكلّ البذل لكونه أصلاً فيه، ولا يكون على الغائب من البذل شيء؛ لأنّه تبع فيه، وأيّهما أدّى عتقا، ويجبر المولى على القبول، وأيّهما أدّى لا يرجع على صاحبه، وإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل، فليس ذلك منه بشيء.

والكتابة لازمة للشاهد، وإذا كاتبته الأمة عن نفسها، وعن ابنتين لها صغيرين فهو جائز، وأيّهم أدّى لم يرجع على صاحبه، ويجبر المولى على القبول، ويعتقون. وإذا كوتبت الأمة دخل أولادها في كتابتها تبعاً حتى عتقوا بأدائها، وليس عليهم من البذل شيء.

باب كتابة العبد المشترك

وإذا كان العبد بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فللمال للذي^{١٤٦٥} قبض عند أبي حنيفة، وقالوا: هو مكاتب بينهما، وما أدّى فهو بينهما، وأصله أنّ الكتابة تتجزّى عنده خلافاً لهما، بمنزلة العتق، فإذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادّعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادّعاه ثم عجزت فهي أمّ ولد للأول. وإذا ادّعى الثاني ولدها الأخير صحت/[٢٥٣ظ] دعوته، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأنّ لم تكن، وتبيّن أنّ الجارية كلّها أمّ ولد للأول، ويضمن نصف قيمتها أو نصف عقرها، ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد، ويكون ابنه، وأيّهما دفع العقر إلى المكاتبه جائز، وإذا عجزت تردّ إلى المول، وهذا الذي ذكرناه كلّ قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: هي أمّ ولد للأول، ولا يجوز وطئ الآخر؛ لأنّه لما ادّعى الأول الولد صار كلّها أمّ ولد له؛ لأنّ أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن، وقد أمكن بفسخ الكتابة، وهي قابلة للفسخ، فنفسخ فيما لا يتضرّر به المكاتب، وتبقى الكتابة فيما وراءه، وإذا صار كلّها أمّ ولد له فالثاني وطئ أمّ ولد الغير، فلا يثبت نسب الولد منه، ولا يكون حرّاً عليه بالقيمة، ويلزمه

^{١٤٦٥} ل: الذي.

جميع العقر، ولكنه لا يجب عليه الحد للشبهة، وإذا بقيت الكتابة وصار كلها مكاتبة له يجب عليها نصف بدل الكتابة، وهو اختيار الشيخ أبي منصور الماتريدي، وقيل يجب كلّ البدل، وهو قول عامة المشايخ، ولو عجزت وردت في الرق ترد إلى المولى، ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف نصف قيمتها مكاتبة، وفي قول محمد الأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة، وإذا كان الثاني لم يطأها ولكن قد دبرها ثم عجزت بطل التدبير، وهي أم ولد للأول، ويضمن نصف لشريكه عُقرها ونصف قيمتها والولد ولد الأول، وهذا قولهم جميعاً.

وإن كانا كاتبها ثم أعتقها أحدهما وهو موسى، ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها، ويرجع بذلك عليهما عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يرجع عليهما، والجواب فيه على الخلاف في الرجوع، وفي الخيارات وغيرها، كما هو مسألة تجزى الإعتاق، وقد قرّر في العتاق، فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة، وعندهما له أن يضمّنه قيمة نصيبه مكاتباً، إن كان موسراً أو يستسعى العبد إن كان معسراً، وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر، فإن شاء الذي دبره [٢٥٤و] ضمّن المعتق نصف قيمته، وإن شاء استسعى العبد وإن شاء أعتق. وإن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أي للمدبر أن يضمّن المعتق، ولكن يستسعى أو يعتق، وهذا عند أبي حنيفة. وإذا ضمّنه قيمة نصيبه في الصورة الأولى يضمّنه قيمة نصيبه مدبراً.

ثم قيل: قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين، وقيل: يجب ثلثا قيمته وهو قن، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل، ويضمّن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً أو يضمّن قيمته قنًا، وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل، ويضمن نصف قيمته إن كان موسراً، ويسعى العبد في ذلك إن كان معسراً، وهذه المسألة محلّها باب التدبير، وقد كتبناها هناك أيضاً، وإذا غضب مدبراً وأبق فإِنَّه يضمّنه، ولا يتملكه، فإذا وجده الغاصب فله أن يستسعيه.

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

وإذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله، فإن كان له دين يقبضه أو مال يقدم لم يجعل بتعجيزه، وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظراً للجانبين، والثلاث هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعداء كإمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء، فلا يزداد عليه، فإن لم يكن له وجه، وطلب المولى تعجيزه عجزه، وفسخ الكتابة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان، فإن أخلّ بنجم عند غير السلطان أي القاضي، فعجز فردّه مولاه برضاه فهو جائز.

والكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر، فبالعذر أولى، ولو لم يرض به العبد، لا بدّ من القضاء بالفسخ، وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق، وما كان في يده من الأكساب لمولاه، فإن مات وله مال لم تنفسخ الكتابة، وقضى ما عليه من ماله، وحكم بعثته في آخر جزء من أجزاء حياته، وما بقي فهو ميراث لورثته، ويعتق أولاده، وهذا قول عليّ وابن مسعود رضي الله عنهما، وبه أخذ علماؤنا، وقال الشافعي: تبطل الكتابة، ويموت عبداً، وما ترك لمولاه، وإمامه في ذلك [٢٥٤ظ] زيد بن ثابت رضي الله عنهما.

وإن لم يترك وفاءً وترك ولدًا مولوداً في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه، فإذا أدى حكمنا بعنق أبيه قبل موته وعنق الولد. وإن ترك ولدًا مشترى قيل له: إما أن تؤدّي الكتابة حالاً أو تردّ رقيقاً، قال ﷺ وهذا عند أبي حنيفة، وأما عندهما يؤدّيه إلى أجله. فإن اشترى ابنه ثم مات وترك وفاءً ورثه ابنه، وكذلك إذا كان هو وابنه مكاتبين كتابةً واحدةً.

وإن مات المكاتب وله ولد من حرّة، وترك ديناً وفاءً بمكاتبته، فجنى الولد فقضى به على عاقلة الأمّ لم يكن ذلك قضاءً يعجز المكاتب. وإن اختصم مولى الأم ومولى الأب في ولائه، فقضى به لمولى الأم، فهو قضاء بالعجز؛ لأنّ هذا اختلاف في الولاء مقصوداً، وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فإنها إذا فسخت مات عبداً، واستقر الولاء على موال الأم، وإذا بقيت واتّصل بها الأداء مات حرّاً، وانتقل الولاء إلى مولى الأب، وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء، فلهذا كان تعجيزاً، وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه ثم عجز فهو طيّب للمولى.

ولو عجز قبل الأداء إلى المولى فكذلك الجواب، وهذا عند مجّد ظاهر؛ لأنّ بالعجز عنده يتبدّل الملك، وكذا عند أبي يوسف وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده؛ لأنّه لا خبث في نفس الصدقة، وأما الخبث في فعل الأخذ لكونه إذلاً به، ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة، وللهاشمي لزيادة حرمة.

وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه، ولم يعلم بالجناية ثم عجز فإنّه يدفع أو يفدي، وكذلك إذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز، وإن قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دينٌ يباع فيه، وهو قول أبي حنيفة ومجّد، وقد رجع أبو يوسف إليه، وكان يقول أولاً يباع فيه وإن عجز قبل القضاء وهو قول زفر.

وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة، وقيل له أدّ المال إلى ورثة المولى على نجومه، فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه، وإن أعتقوه جميعاً عتق، ويسقط عنه مال الكتابة.

كتاب الولاء

الولاء نوعان: ولأء عتاقة [٢٥٥و] ويسمى ولأء نعمة، وسببه العتق على ملكه في الصحيح، حتى لو عتق قريبه عليه بالورثة كان الولاء له، وولأء موالاة، وسببه العقد ولهذا يقال ولأء العتاقة وولأء الموالاة، والحكم يضاف إلى سببه، والمعنى فيها التناصر، وكانت العرب يتناصر بأشياء، وقرّر رسول الله ﷺ تناصرهم^{١٤٦٦} بالولاء بنوعيه، فقال: {إنّ مولى القوم منهم وحليفهم منهم}،^{١٤٦٧} والمراد بالخليف مولى الموالاة؛ لأنّهم كانوا يؤكّدون الموالاة بالخلف.

^{١٤٦٦} ل م - تناصرهم، صح الهامش.

^{١٤٦٧} انظر: صحيح البخاري، ٦٧٦١ بلفظ: {مولى القوم من أنفسهم أو كما قال}؛ وسنن الدارمي، ٢٥٧٠ بلفظ: {مولى القوم منهم وحليفهم منهم وابن أخت القوم منهم}.

وإذا أعتق المولى مملوكه فولأؤه له، وكذا المرأة يعتق ويستوي فيه الإعتاق بمال وبغيره، فإن شرط أنه سائبة، يعني أنه أعتقه على أن لا ولاء له فالشرط باطل، والولاء لمن أعتق. وإذا أدى المكاتب عتق وولأؤه للمولى وإن أعتق بعد موت المولى، وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته.

وإن مات المولى عتق مدبروه وأمهات أولاده، وولأؤهم له. ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه، وولأؤه له. وإذا تزوج عبد رجل أمة الآخر، فأعتق مولى الأمة الأمة وهي حامل من العبد عتق وعتق حملها، وولاء الحمل لمولى الأم، لا ينتقل عنه أبداً، وكذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر، وكذا إذا ولدت ولدين أحدهما الأقل من ستة أشهر؛ لأنهما توأمان يتعلقان معاً، وهذا بخلاف ما إذا والت رجلاً وهي حبلى، والزواج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الأب، فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولدأ فولأؤه لمولى الأم. فإن أعتق العبد جرّ الأب وولاء ابنه، وانتقل عن مولى الأم، فإن النسبة إلى مولى الأم كانت لعدم أهلية الأب ضرورة، فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه، بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق، حيث يكون الولد لمولى لمولى الأم وإن أعتق الأب.

وإذا أعتق الجدّ والحافد جرّ والأب رقيق، هل يكون ولاء الحافد لمولى الجدّ أو لا؟ وهذه من المسائل الأربع التي كلّها على الروايتين، ففي ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الأب، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة جعل بمنزلة الأب، ذكرها في باب أحكام المرتدين [٢٥٥ ط] من السير.

وفي الجامع الصغير: وإذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولاداً فجنى الأولاد فعقلهم على مولى الأم، فإن أعتق الأب جرّ ولاء الأولاد إلى نفسه، ولا يرجعون على عاقلة الأب بما عقلوا بخلاف ولد الملاعنة إذا عقل عنه قوم الأم، ثم أكذب الملاعن نفسه، حيث يرجعون عليه، أي على عاقلة الملاعن.

ومن تزوج من العجم بمعتقة للعرب فولدت أولاداً فولأه لمواليها عند أبي حنيفة، قال عليه السلام، وهو قول عليه السلام، وقال أبو يوسف: حكمه حكم أبيه؛ لأنّ النسب إلى الأب، كما إذا كان الأب عربياً، والأم معتقة، لا يكون ولأؤه لمولى الأم، كذا في النهاية، بخلاف ما إذا كان الأب عبداً، قال عليه السلام: الخلاف في مطلق المعتقة، والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقاً.

وفي العنايه: وإنما قال ذلك؛ لأنّ عليه السلام ذكر المعتقة مطلقاً حتى لو تزوج بمعتقة غير العربي كان كذلك، فكان وضع القدوري في معتقة العربي اتفاقاً، وذكر لفظ الجامع الصغير لبيان أنّ عليه السلام ذكر المعتقة مطلقاً، انتهى.

وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة ثم أسلم النبطي ووالى رجلاً ثم ولدت أولاداً، قال أبو حنيفة وعليه السلام: مواليهم مولى أمهم، وقال أبو يوسف: مولى أبيهم، والولاء وإن كان أضعف فهو من جانب الأب، فصار كالمولود بين واحد من المولى أي العجم وبين العربية، ولو كان الأبوان معتقين فالنسبة إلى قوم الأب.

وولاء العتاقة تعصيب، وهو أحق بالميراث من العمة والخالة، وإذا كان عصبة يقدم على ذوي الأرحام، وهو المروي عن عليه السلام، فإن كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى، وإن لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق، تأويله إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال، أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه؛ لأنّه عصبة.

وفي **العناية**: وذكروا لهذه الجملة تأويلين أحدهما أنَّ معنى قوله صاحب فرض ذو حالٍ سوى حال الفرض كالأب والجدّ، فإنَّ لهما حالاً سوى حال الفرض، وهي العصبوبة، أما إذا كان [٢٥٦و] فله أي لمثل الوارث الباقي بالعصبوبة، وليس للمعتق شيء، والثاني أن يكون معناه ذو حالٍ واحد كالنبت، أمّا إذا كان مثل ذلك، فللمعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث.

قال صاحب **النهاية**: والثاني أوجه لأنَّه علل قوله: فله الباقي، فميراثه لبني المولى دون بناته، ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن، أو كاتبن أو كاتب من كاتبن، بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي عليه السلام،^{١٤٦٨} وفي آخره أوجز ولاء معتقهن، وصورة الجرّ قدّمنها، قال في **الكفاية** وكذا في **النهاية**: وصورة جرّ ولاء معتقهن: تزوج عبد امرأةٍ بإذنهما بمعتقة قوم فولدت منه فولأ الولد إلى نفسه، وجرّت هي ذلك إلى نفسها، وصورة جرّ ولاء معتق المعتق: امرأة اشترت عبداً وأعتقه ثم إنَّ هذا العبد اشترى عبداً ثم إنَّ العبد الثاني تزوج بمعتقة قوم فولدت منه ولدأ فولأ الولد لمولى الأمّ، فلو أنَّ المعتق أعتق هذا العبد جرّ هذا العبد ولاء ولده، ثم جرّ المعتق الأول ذلك إلى نفسه، ثم جرّت المرأة ذلك إلى نفسها، انتهى.

ثم قال صاحب **الهداية**: وليس حكم ميراث المعتق مقصوراً على بني المولى، بل لعصبته الأقرب فالأقرب؛ لأنَّ الولاء لا يورث، ويخلفه فيه من تكون النصرة به حتى لو ترك المولى أباً أو ابناً فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومُجَدِّ؛ لأنَّه أقربهما عصبوبة، وكذا الولاء للجدّ دون الأخ عند أبي حنيفة؛ لأنَّه أقرب في العصبوبة عنده، وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثها دون أخيها، لما ذكرنا، إلّا أن عقل جناية المعتق على أخيها؛ لأنَّه من قوم ابنها، وجنابته كجنابيتها، ولو ترك المولى أباً وبناً وأولادَ ابنٍ آخر، معناه بني ابنٍ آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن؛ لأنَّ الولاء للكبر هو المرويّ عن عدّة من الصحابة، منهم عمر وعليّ وابن مسعود وغيرهم، ومعناه أي معنى قوله الكبر القرب على ما قالوا، والصلبيّ أقرب.

وإذا أقرّ المشتري على البائع بإعتاق المشتري فكذب البائع، ثم قال: [٢٥٦ظ] أنا أعتقته لم يتحول الولاء إليه أبداً، يعني سواء صدّقه البائع أو كذّبه، أو لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: إذا جحد البائع يتحول الولاء إليه، وهذه مذكورة في دعوى النسب، وقد أشار إلى هذا الخلاف هناك، وصرّح به في شرح الكنز للزيلعيّ وفي أكثر الكتب.

فصل في ولاء الموالاة

وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه، أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح، وعقله على مولاه، فإن مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى، وقال الشافعيّ: الموالاة ليس بشيء، لأنَّ فيه إبطال حقّ بيت المال، ولهذا لا تصح في حقّ وارث آخر.

^{١٤٦٨} انظر: سنن الدارمي، ٣١٨٧، ٣١٨٨؛ السنن الكبرى للبيهقي، ٢١٥١٤.

وإن كان له وارث فهو أولى منه وإن كانت عمّة أو خالة، أو غيرها من ذوى الأرحام، ولا بدّ من شرط الإرث والعقل، كما ذكر في الكتاب؛ لأنّه بالالتزام، وهو بالشرط.

ومن شرطه أن لا يكون المولى من العرب، وفي العناية: وصورة هذا الولاء أن يتقدّم رجلٌ ويُسلم على يدي رجل، ويقول له أو لغيره: واليتك على أيّ إن مت فميراثي لك وإن جنيث فعقلي عليك وعلى عاقلتك، وقبل الآخر منه.

وله ثلاث شرائط، أحديها: أن يكون مجهول النسب، بأن لا يُنسب إلى غيره، وأمّا نسبة غيره إليه فغير مانع، والثانية: أن لا يكون له ولأء عتاقة ولا ولأء موالاةٍ مع أحد، وقد عقل عنه، والثالثة: أن لا يكون عربياً، انتهى.

وللمولى أن ينتقل عنه بولائه إلى غيره ما لم يُعقل عنه، وكذا للأعلى أن يتبرأ عن ولائه، إلّا أنّه يشترط في هذا أن يكون بمحض من الآخر كما في عزل الوكيل قصداً، بخلاف ما إذا عقد الأسفل مع غيره بغير محضر من الأول؛ لأنّه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة. وإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحوّل بولائه إلى غيره، وكذا لا يتحول ولده، وكذا إذا عقل عن ولده لم يكل لكل واحد منهما أن يتحوّل، وليس لمولى العتاقة أن يوالى أحداً.

كتاب الإكراه

الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممّن يقدر على إيقاع ما توعّد به، سلطاناً كان أو لصّاً، والذي قاله أبو حنيفة أنّ الإكراه لا يتحقّق [٢٥٧و] إلّا من السلطان، لما أنّ المنفعة له، والقدرة لا تتحقّق بدون المنفعة، فقد قالوا هو اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان، ولم يكن القدرة في زمنه إلّا للسلطان، ثم بعد ذلك تغيّر الزمان وأهله.

ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقيق الإكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدّد به، وذلك بأن يغلب على ظنه أنّه يفعل له ليصير به محمولاً على ما دُعي إليه من الفعل، وإذا أكره على بيع ماله أو على شري سلعةٍ أو على أن يُقرّ لرجل بألف درهم، أو يؤاجر داره، فأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد، أو بالحبس فباع، أو اشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخ ورجع بالبيع بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم؛ لأنّه لا يبالي به بالنظر إلى العادة، فلا يتحقّق به الإكراه، إلّا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنّه يستتزر به لفوت الرضا.

ثم إذا باع مكرهاً وسلّم مكرهاً يثبت به المملك عندنا بناءً على أنّ ركن البيع صدر من أهله في محله، والفساد لفقد شرطه، وهو التراضي، فصار كسائر الشروط المفسدة، فيثبت المملك عند القبض حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفاً لا يمكن نقضه^{١٤٦٩} جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة.

وبإجازة المالك يرتفع المفسد، وهو الإكراه وعدم الرضا، فيجوز إلّا أنّه لا ينقطع به حق استرداد البائع وإن تداولته الأيدي، ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة؛ لأنّ الفساد فيها لحق الشرع، وقد تعلّق بالبيع الثاني حقّ العبد، وحقّه مقدّم لحاجته، أمّا ههنا ردّ لحق العبد، وهما سواء، فلا يبطل حق الأول لحق الثاني، وعند زفر لا يثبت به المملك فيصير بيعاً موقوفاً على الإجازة، والموقوف قبل الإجازة لا يفيد المملك، فإن كان قبض الثمن طوعاً فقد أجاز البيع، وكذا إذا سلّم طائعاً بأن كان الإكراه على البيع لا على الدفع؛ لأنّه دليل الإجازة، بخلاف ما إذا أكرهه على الهبة / [٢٥٧ظ] ولم يذكر الدفع، فوهب ودفع حيث يكون باطلاً أي فاسداً، كذا في النهاية.

وإن قبضه مكرهاً فليس ذلك بإجازة، وعليه ردّه إن كان قائماً في يده، فإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع، معناه: والبائع مكره.

وللمكره أن يضمّن المكره إن شاء، فلو ضمن المكره رجوع على المشتري بالقيمة، لقيامه مقام البائع، وإن ضمن المشتري نفذ كلّ شيء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود بخلاف ما إذا أجاز المالك المكره عقداً منها، حيث يجوز ما قبله وما بعده.

فصل

وإن أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر، فأكره على ذلك بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل له إلّا أن يكون ممّا يخاف به على نفسه، أو على عضو من أعضائه، فإذا خاف ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه، وكذا على هذا الدّم ولحم الخنزير يعني على شرب الدّم، وأكل لحم الخنزير؛ لأنّ تناول هذه المحرمات إمّا يباح عند الضرورة، فكما في الخمصة لقيام المحرم فيما ورائها.

ولا ضرورة إلّا إذا خاف على النفس أو العضو، حتى لو خيف ذلك بالضرب، وغلب على ظنّه يباح له ذلك ولا يسعه أن يصبر على ما توعّد به، فإن صبر حتى أوقعوا به، ولم يأكل فهو آثم، إلّا أنّه إمّا يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة، لأنّ في انكشاف الحرمة خفاء، فيعذر بالجهل فيه، وعن أبي يوسف أنّه لا يأثم.

وإن أكره على الكفر بالله أو سبّ رسول الله ﷺ بقيد أو حبس أو ضرب، لم يكن ذلك إكراهاً، حتى يكره بأمرٍ يخاف به على نفسه، أو على عضو من أعضائه، وإذا خاف ذلك وسعه أن يظهر ما أمره به ويؤري،^{١٤٧٠} فإن أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالإيمان فلا مأثم عليه، فإن صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجوراً.

^{١٤٦٩} كالتدبير والإستيلاء، من م.

^{١٤٧٠} ورّيت الخير إذا سترته وأظهرت غيره، الصحاح، من م.

وإن أكره على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه، أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك، ولصاحب المال أن يضمن المكره، وإن أكره بقتل على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل، فإن قتله كان أثماً، والقصاص على المكره إن كان عمداً، قال عليه السلام، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال زفر: يجب على المكره، [٢٥٨و] وقال أبو يوسف: لا يجب عليهما، وقال الشافعي يجب عليهما، والذي اختاره في البداية قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأنَّ المكره - على صيغة اسم المفعول - لما حمل على القتل يختاره بالطبع إثارةً لحياته، فيصير آلة للمكره، فيما يصلح آلة له، وهو القتل بأن يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه، فيبقى الفعل مقصوراً عليه في حق الإثم كما تقول في الإكراه على الإعتاق، وفي إكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل إلى المكره في الإتلاف دون الذكاة حتى تحرم، كذا قال في الكفاية، يعني الإعتاق مقصور على المكره - بالفتح - من حيث التلقظ به وحصول العتق في المحل حتى كان الولاء له؛ لأنه لم يصلح آلة للمكره - بالكسر - بهذا الاعتبار، ومن حيث إنه إتلاف مالية العبد بالإعتاق يضاف إلى المكره حتى وجبت قيمة العبد إليه.

وكذا إكراه المجوسي على ذبح الغير ينتقل الفعل إلى المكره من حيث الإتلاف حتى يموت ضامناً، ويقتصر على المجوسي في حق الزكاة حتى حرم الذبيحة؛ لأنه صلح آلة للغير في حق الإتلاف دون الزكاة؛ لأنَّ الحرمة يختلط فيها، انتهى.

وإن أكره على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره عليه عندنا خلافاً للشافعي، ويرجع على الذي أكرهه بقيمة العبد، موسراً كان أو معسراً، ولا سعاية على العبد، ولا يرجع المكره على العبد بالضمنان، ويرجع بنصف مهر المرأة إن كان قبل الدخول، وإن لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة.

ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحساناً. والنذر لا يعمل فيه الإكراه؛ لأنه لا يحتمل الفسخ، ولا رجوع على المكره بما لزمه، وكذا اليمين والظهار، لا يعمل فيها الإكراه، وكذا الرجعة، والإيلاء، والفهيء فيه باللسان، والخلع من جانبيه يمين أو طلاق لا يعمل فيه الإكراه.

وإن أكره على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة، إلا أن يكرهه السلطان، وقالوا: لا يلزمه الحد.

وإذا أكره على الردة لم تبين امرأته منه؛ لأنَّ الردة تتعلق بالاعتقاد، [٢٥٨ظ] ألا يرى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالإيمان لا يكفر، وفي اعتقاد الكفر شك فلا تثبت البيونة بالشك والاحتمال، فإن قالت المرأة: قد بنت منك، وقال هو: قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان فالقول له استحساناً بخلاف الإكراه على الإسلام، حيث يصير به مسلماً، وهذا بيان الحكم، أمّا فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقد فليس بمسلم.

ولو أكره على الإسلام حتى حكم بإسلامه، ثم رجع لم يقتل لتمكّن الشبهة الدائرة للحد، ولو قال الذي أكره على إجراء كلمة الكفر: أخبرت عن أمر ماضٍ، ولم أكن فعلت بانث منه امرأته حكماً لا ديانة، ولو قال: أردت ما طلب مني أي الإنشاء، وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانث ديانة وقضاء، وعلى هذا إذا أكرهه على الصلاة للصليب وسبَّ محمد عليه السلام ففعل، وقال: نويت الصلاة لله ومحمداً آخر غير النبي عليه السلام، بانث منه قضاء لا ديانة، ولو صلى للصليب، وسبَّ محمد عليه السلام، وقد خطر بباله الصلاة لله وسب غير النبي بانث ديانة وقضاء.

كتاب الحجر

الأسباب الموجبة للحجر الصغر والرق والجنون، فلا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه، ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده، ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال.

ومن باع من هؤلاء شيئاً، أو اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار إن شاء أجازته - إذا كان فيه مصلحة - وإن شاء فسخه، ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد، فينعقد موقوفاً على الإجازة، والمجنون قد يعقل البيع ويقصده.

وإن كان لم يرجح المصلحة على المفسدة، وهو المعتوه الذي يصلح وكيلاً عن غيره، كما بينا في الوكالة، وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال، إلا إذا كان فعلاً يتعلق به حكم يندري بالشبهات، كالحدود والقصاص، فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون، والصبي والمجنون لا يصح عقودهما [٢٥٩] ولا إقرارهما، ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما، وإن أتلغا شيئاً لزمهما ضمانه، فأما العبد فإقراره نافذ في حق نفسه، غير نافذ في حق مولاه، فإن أقر بمال لزمه بعد الحرية، ويلزمه في الحال، وإن أقر بحد أو قصاص لزمه، وينفذ طلاقه.

باب الحجر للفساد

قال أبو حنيفة: لا يحجر على الحرّ العاقل البالغ السفیه، وتصرفه في ماله جائز وإن كان مبدراً مفسداً يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة، وقالوا - وهو قول الشافعي -: يحجر على السفیه، ويمنع من التصرف في ماله.

وإذا حجر القاضي عليه، أي على السفیه، ثم رفع إلى قاضٍ آخر، فأبطل حجره وأطلق عنه جاز؛ لأنّ الحجر منه فتوى، وليس بقضاء ألا يرى أنّه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه، ولو كان قضاءً فنفس القضاء مختلف فيه، فلا بدّ من الإمضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضي الحاجر أو إلى غيره، فقضى ببطلان تصرفه، ثم رفع إلى قاضٍ آخر نفذ إبطاله لاتصال الإمضاء به، فلا يقبل النقض بعد ذلك.

ثم عند أبي حنيفة إن بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم إليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة، فإن تصرف فيه قبل ذلك، نفذ تصرفه، فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة سلم إليه ماله وإن لم يؤنس منه الرشد، وقالوا: لا يدفع إليه ماله حتى يؤنس رشده، ولا يجوز تصرفه فيه.

وقال أبو حنيفة: لو بلغ رشيداً ثم صار سفياً لا يمنع المال عنه، ثم لا يتأتى التفريع على قوله، وإنما التفريع على قول من يرى الحجر، فعندهما لما صحّ الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع، وإن كان فيه مصلحة أجازها الحاكم، ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف، وعند محمد لا يجوز، وعلى هذا الخلاف إذا بلغ رشيداً ثم صار سفياً.

وإن أعتق عبداً نفذ عتقه عندهما، وعند الشافعي لا ينفذ، والأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر، وما لا فلا؛ لأن السفية في معنى الهازل من حيث إن الهازل يخرج كلامه لا على نصح كلام العقلاء لإتباع الهوى، ومكابرة العقل، لا لنقصان في عقله، فكذلك السفية والعتق،/[٢٥٩ظ] مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه، والأصل عنده أن الحجر يسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته، إلا الطلاق كالمرقوق، والإعتاق لا يصح من الرقيق، فكذلك من السفية.

وإذا صح عندهما كان على العبد أن يسعى في قيمته، وعن محمد أنه لا يجب السعاية، ولو دبر عبده جاز إلا أنه لا يجب السعاية ما دام المولى حياً، وإذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبراً؛ لأنه عتق بموته، وهو مدبر فصار كما إذا أعتقه بعد التدبير.

ولو جاءت جاريته بولد فادّعاه ثبت نسبه منه، وكان الولد حرّاً، والجارية أم ولد له، وإن لم يكن معها ولد، وقال: هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها، وإن مات سعت في جميع قيمتها، ونظيره إذا ادّعى المريض ولد جاريته فهو على هذا التفصيل.

وإذا تزوج امرأة جاز نكاحه، وإن سمى لها مهراً جاز منه مقدار مهر مثلها، وبطل الفضل، وصار كالمريض مرض الموت. ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف في ماله، وكذا إذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة.

ويخرج الزكاة من مال السفية، وتنفق على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي أرحامه، إلا أن القاضي يدفع قدر الزكاة إليه ليصرفها إلى مصرفها؛ لأنه لا بد من نيته لكونها عبادة، لكن يبعث أميناً معه كيلا يصرفه إلى غير وجهه، والنفقة يدفع إلى أمينه ليصرفه لعدم لزوم النية فيها، وهذا بخلاف ما إذا حلب أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال، بل يكفي يمينه وظهاره بالصوم؛ لأنه مما يجب بفعله، فلو فتحنا هذا الباب بيدّر أمواله بهذا الطريق، ولا كذلك ما يجب ابتداءً بفعله،^{١٤٧١} قال في النهاية: أي يجب على المحجور على بالسفيه أن يكفر يمينه وظهاره بالصوم، وإن كان هو مالكا للمال في حال التكفير لأنّ يده مقصورة عن ماله، انتهى.

فإن أراد حجة الاسلام لم يمنع منها ولا يسلم القاضي النفقة إليه، ويسلمها إلى ثقة من الحاج ينفق عليه في طريق الحج. ولو أراد عمرة واحدة/[٢٦٠و] لم يمنع منها استحساناً بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج، ولا يمنع من القرآن؛ لأنه لا يمنع من أفراد السفر لكل واحدٍ منهما فلا يمنع من الجمع بينهما، ولا يمنع من أن يسوق بدنة تحرراً عن موضع الخلاف؛ إذ عند ابن عمر رضي الله عنهما لا يجزئ غيرها وهي جزور أو بقرة.

فإن مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلثه، قال في العناية: فمن ذلك ما قال إن الذي بلغ سفيهاً، والصبي الذي لم يبلغ - وهو يعقل ما يصنعه - عندنا سواء إلا في أربعة مواضع، أحدها أنه يجوز للأب ولوصي الأب أن يتصرف على الصغير يشتري له مالاً ويبيع، ولا يجوز تصرف الأب، ولا وصي الأب على البالغ السفية إلا بأمر الحاكم، والثاني أنه يجوز نكاحه، ولا يجوز نكاح الصبي العاقل، والثالث: أنه يجوز طلاقه وعتاقه، ولا

^{١٤٧١} م: بغير فعله.

يجوز طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه، والرابع: أنَّ الذي لم يبلغ إذا دبر عبده لا يصحّ تدبيره، وهذا السفية إذا دبر عبده صحّ تدبيره، انتهى.

ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحاً لماله عندن،^١ والفسق الأصلي والطارئ فيه سواء، وقال الشافعي: يحجر عليه زجراً له وعقوبة عليه كما في السفية، ويحجر القاضي عندهما أيضاً، وهو قول الشافعي بسبب الغفلة، وهو أن يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه، ولو حجر الطبيب الجاهل، والمفتي الماجن، والمكاري المفلس، فيما يُروى عن أبي حنيفة.

فصل في حد البلوغ

بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والإنزال إذا وطئ، فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند أبي حنيفة. وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل، فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: إذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا، وهو رواية عن أبي حنيفة، وهو قول الشافعي رحمه الله، وعنه في الغلام تسع عشرة سنة، وقيل المراد أن يطعن في التاسع عشرة، ويتم له ثماني عشرة، / [٢٦٠ ظ] فلا اختلاف، وقيل فيه اختلاف الرواية؛ لأنه أي مُجد ذكر في بعض النسخ: حتى يستكمل تسع عشرة.

وأدنى المدة للبلوغ في حق الغلام اثنتا عشرة سنة، وفي حق الجارية تسع سنين، وإذا راق الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره في البلوغ فقال: قد بلغت فاقول قوله وأحكامه أحكام البالغين.

باب الحجر بسبب الدين

قال أبو حنيفة رحمه الله: لا أحجر في الدين، وإذا وجبت ديون على رجل فطلب غرماءه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه، وإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم، ولكن يحبسه أبداً حتى يبيعه في دينه، وقالوا: إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف، والإقرار، حتى لا يضرّ بالغرماء، ومعنى قولهما "ومنعه من البيع" أن يكون بأقلّ من ثمن المثل، أما البيع بثمن المثل لا يبطل حقّ الغرماء، والمنع لحقهم فلا يمنع منه، وباع^{١٤٧٢} ماله إن امتنع المفلس عن بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما.

وإن كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره، وهذا بالإجماع؛ لأنّ للدائن حقّ الأخذ من غير رضاه فللقاضي أن يعينه، وإن كان دينه دراهم وله دنانير، أو على ضدّ ذلك باعها القاضي في دينه، وهذا عند أبي حنيفة استحسان، والقياس أن لا يبيعه كما في العروض، ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبراً، وعند بعض العلماء له أن يأخذه أي العروض قضاءً من حقه أو رهناً بحقه، ذكرها في باب فيما يقطع وما لا يقطع من السرقة، والمراد من بعض العلماء ابن أبي ليلى، كذا في الكفاية.

^{١٤٧٢} معطوف على قوله: ومنعه.

وبيع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار، يبدأ بالأيسر فالأيسر، ويترك عليه دست^{١٤٧٣} من ثياب بدنه،
وبيع الباقي، وقيل دستان؛ لأنه إذا غسل ثيابه، لا بدّ من ملبس.

فإن أقرّ في حالة الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون بخلاف الاستهلاك؛ لأنه مشاهد لا مردّ له، قال
في الكفاية قوله: "بخلاف" متعلّق بقوله: لزمه ذلك، يعني إذا استهلك مال الغير في حال الحجر يؤخذ بضمائه قبل
قضاء الدين، فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء؛ لأنه مشاهد لا مردّ له / [٢٦١و] بخلاف الإقرار؛ لأنّ سببه
محمّتل.

وذكر في حجر الذخيرة: ولو كان سبب وجوب الدين ثابتاً عند القاضي بعلمه أو بشهادة الشهود بأن
شهدوا على الاستقراض أو الشرى بمثل القيمة شارك هؤلاء الغرماء غريمه الذي له الدين قبل الحجر، انتهى.
ولو استفاد^{١٤٧٤} مالا آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه.

وينفق على المفلس من ماله، وعلى زوجته وولده الصغار وذوي أرحامه، ولو تزوّج امرأة كانت في مقدار مهر
مثلها أسوة للغرماء. وإن لم يعرف للمفلس مال، وطلب غرامؤه حبسه، وهو يقول: لا مال لي، حبسه الحاكم في كلّ
دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة، قال عليه السلام: وقد ذكرنا هذا الفصل بوجهه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب
فلا نعيدها إلى أن قال: وكذلك إذا أقام البينة أن لا مال له، يعني خلّي سبيله لوجوب النظرة إلى ميسرة.

ولو مرض في الحبس يبقى فيه إن كان له خادم يقوم بمعالجته، وإن لم يكن أخرجه تحزراً عن هلاكه، والمحترف
فيه لا يمحّكّن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضائه بخلاف ما إذا كانت له جارية، وفيه
موضع يمكنه وطئها لا يمنع منه.

ولا يحول - أي الحاكم - بين غرمائه بعد خروجه من الحبس، يلازمونه ولا يمنعونهم من التصرف والسفر،
ويأخذون فضل كسبه، يقسم بينهم بالحصص، وقالوا: إذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه، إلّا أن يقيموا البينة أنّ
له مالا. وقوله: "أن يقيموا البينة" إشارة إلى أنّ بينة اليسار تترجّح على بينة الأعسار، وقوله في الملازمة: "لا يمنعونهم من
التصرف والسفر" دليل على أنّه يدور معه أينما دار، ولا يجلسه في موضع لأنّه حبس، ولو دخل داره لحاجته لا يتّبعه،
بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج، ولو اختار المطلوب الحبس، والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب، إلّا إذا علم
القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بيّن بأن لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعاً للضرر عنه، ولو كان
الدين للرجل على المرأة لا يلازمها / [٢٦١ظ] لما فيها من الخلوة بالأجنبية، لكن يبعث امرأة أمينة تلازمها.

ومن أفلس وعنده متاع رجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء، وقال الشافعي: يحجر القاضي
على المشتري بطلبه، أي بطلب البائع الحجر من القاضي، كذا في النهاية، ثم للبائع خيار الفسخ.

^{١٤٧٣} يقال له بالتركي: برّ قات، من م.

^{١٤٧٤} ل س: استعاد.

كتاب المأذون

الإذن الإعلام لغةً، وفي الشرع فكّ الحجر واسقاط الحق عندنا، وفي النهاية: وعند الشافعيّ الإذن عبارة عن التوكيل والإنابة، ولمّا كان فكّاً^{١٤٧٥} للحجر عندنا لم يقبل التخصيص في التجارة بنوع دون نوع ولا التوقيت، انتهى.

والعبد بعد ذلك يتصرّف لنفسه بأهليّته؛ لأنّه بعد الرّق بقي أهلاً للتصرّف بلسانه الناطق وعقله المميّز وانحجاره عن التصرّف لحقّ المولى؛ لأنّه ما عهد تصرفه إلّا موجباً تعلق الدين بربّته أو بكسبه، وذلك مال المولى، فلا بدّ من إذنه كيلا يطلّ حقّه من غير رضاه، ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى، ولهذا لا يقبل التأقيت حتى لو أذن لعبده يوماً كان مأذوناً أبداً حتى يُحجر عليه؛ لأنّ الاسقاطات لا تتوقّت.

ثمّ الإذن كما يثبت بالتصريح يثبت بالدلالة، كما إذا رأى عبده يبيع ويشترى وسكت يصير مأذوناً عندنا خلافاً لزفر والشافعيّ، ولا يجوز البيع الذي رآه المولى وسكت، ويجوز البيع بعد السكوت الأوّل، أشار إليها في أوّل كتاب الصيد، ولا فرق بين أن يبيع عبداً مملوكاً للمولى أو الأجنبيّ بإذنه أو بغير إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً؛ لأنّ كلّ من رآه يظنّه مأذوناً له فيها فيعاقده، فيتضرّر به لو لم يكن مأذوناً له. ولو لم يكن المولى راضياً به لمّنع دفعاً للضرر عنهم.

ولو قال المولى: بايعوا عبدي هذا، فإني قد أذنّ له، ثمّ ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته، ذكرها في باب الاستحقاق من البيع، وقد كتبناها هناك أيضاً.

وإذا أذن المولى لعبده في التجارة إذناً عاماً جاز تصرفه في سائر التجارات، ومعنى هذه المسألة أن يقول له: أذنّ لك في التجارة، ولا يقيّده، ووجهه أنّ التجارة اسم عامّ يتناول الجنس، فيبيع ويشترى ما بدا له [٢٦٢و] من أنواع الأعيان.

ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير فهو جائز، وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وعلى هذا الخلاف الصبيّ المأذون، وهذه المسألة مذكورة في باب الوصيّ وما يملكه من كتاب الوصايا أيضاً.

ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع المال إذا لم يكن عليه دين، وإن كان فمن جميع ما بقي. وإن كان الدين محيطاً بما في يده يقال للمشتري: أدّ جميع المحاباة وإلّا فاردد البيع كما في الحرّ.^{١٤٧٦} وله أن يُسلم ويقبل السلم، وله أن يوكل بالبيع والشرى ويرهن ويرهن. ويملك أن يتقبّل الأرض ويستأجر الأجراء والبيوت ويأخذ الأرض مزراعاً ويشترى طعاماً فيزرعه في أرضه.

^{١٤٧٥} ل: فكان، وهذا ظاهر الخطأ.

^{١٤٧٦} م: الحرية.

وله أن يشارك شركة عنان، ويدفع المال مضاربة، وبأخذها، وله أن يوجر نفسه عندنا خلافاً للشافعي، وإن أذن له في نوع منها أي من التجارة دون غيره فهو مأذون في جميعها، وقال زفر والشافعي: لا يكون مأذوناً إلا في ذلك النوع، وعلى هذا الخلاف إذا نكح عن التصرف في نوع آخر، وفي النهاية: أي سواء نكح عن ذلك النوع صريحاً أو سكت عنه يكون مأذوناً في جميع التجارات، انتهى.

فعندنا إن حكم التصرف - وهو الملك - واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة، وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه، وإن أذن له في شيء بعينه فليس بمأذون، بل هو استخدام، ومعناه أن يأمره بشيء ثوب للكسوة أو طعاماً رزقاً لأهله، بخلاف ما إذا قال: أد إلي الغلة كل شهر كذا، أو قال: أد لي ألفاً وأنت حر، أو قال: أقعد صباغاً أو قصاراً؛ لأنه أذن بشيء ما لا بد منه، وهو نوع فيصير مأذوناً في الأنواع.

وإقرار المأذون بالديون والغصب جائز، وكذا بالودائع، ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته، فإن كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر، بخلاف الإقرار بما يجب من المال، لا بسبب التجارة؛ لأنه كالمحجور في حقه، ولو أهم المأذون الإقرار يحمل على ما يكون سبباً للتجارة، ذكرها في كتاب/[٢٦٢ظ] الإقرار قبيل باب الاستثناء.

وليس له أن يتزوج، ولا يزوج مملوكه، وقال أبو يوسف: يزوج الأمة، وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون، ولا يكتب إلا أن يجيزه المولى، قال في النهاية أي إذا كاتب العبد المأذون العبد الذي اشتراه بغير إذن المولى، ثم أجاز المولى كتابته جاز إذا لم يكن عليه دين، انتهى.

ولا يعتق على مال، ولا يُقرض ولا يهب بعوض ولا بغير عوض، إلا أن يهدي اليسير من الطعام أو يُضيف من يطعمه بخلاف المحجور عليه، وعن أبي يوسف: أن المحجور عليه إذا أعطاه الولي قوت يومه، فدعا بعض رفقاءه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر.

قالوا: ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه؛ لأن ذلك غير ممنوع عنه في العادة، وله أن يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحطه التجار، وله أن يؤجل في دين وجب له، ودُّيونه متعلقة برقبته تبع للغرماء إلا أن يفديه المولى، وقال زفر والشافعي: لا يباع.

ويباع كسبه في دينه بالإجماع، حتى إذا فضل شيء منه عن الدين يحل له أي للمولى بخلاف دين الاستهلاك، قال في النهاية: فإنه يباع فيه بالإجماع، انتهى.

وقوله في الكتاب: "ديونه" المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو في معناها كالبيع والشرى والإجارة والاستئجار وضممان الغصب والودائع والأمانات إذا حجرها وما يجب من العقر بوطئ المشتراة بعد الاستحقاق، وكذا بوطئ المشتراة شراءً فاسداً إذا ردّها بعد الوطئ، وهذه مذكورة في المكاتب لاستناده إلى الشرى فيلحق به، ويقسم ثمنه بينهم بالحصص، فإن فضل شيء من ديونه طوّل به بعد الحرية، ولا يباع ثانياً.

ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده، ويتعلق بما يقبل من الهبة، ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين، وله أن يأخذ غلّة^{١٤٧٧} مثله بعد الدين، والزيادة على غلّة المثل يردّها على الغرماء.

وإذا استدان الأمة المأذون لها ثم ولدت فإنّه يباع الولد معها في الدين. ووطء المولى أمته/[٢٦٣و] المديونة لا يوجب الغفر، وكذا إذا أخذه من غلّتها، وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان، ذكرها في باب جناية المملوك.

وإن حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر الحجر بين أهل سوقه، ويشترط علم أكثر أهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه إلّا رجل أو رجلان لا ينحجر، ولو بايعوه جاز وإن بايعه الذي علم بحجره، ولو حجر عليه في بيته بمحضر من أكثر سوقه يتحجر. والمعتبر شيوع الحجر واشتহারه فيقام ذلك مقام الظهور عند الكلّ كما في تبليغ الرسالة من الرسل، ويبقى العبد مأذوناً إلى أن يعلم بالحجر، وإنما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الإذن شائعاً، أمّا إذا لم يعلم به إلّا العبد، ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر.

ولو مات المولى أو جنّ أو لحق بدار الحرب صار المأذون محجوراً، وفي النهاية: المرأى من الجنون المطبق، أمّا إذا لم يكن مطبقاً بأن كان يحقّ ويفيق لا ينحجر، انتهى.

وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه، وقال الشافعي: يبقى مأذوناً كالغصب، وصورة مسألة الغصب ذكرها في الكفاية وقال: معناه لو أذن المولى العبد المغصوب^{١٤٧٨} يصحّ، ولو غصب العبد المأذون لا يبطل الإذن، فههنا^{١٤٧٩} كذلك، انتهى.

وإذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها خلافاً لفر، ويضمن المولى قيمتها إن ركبها ديون، قال في النهاية قوله: فذلك حجر عليها أي استيلاء المأذونة حجر لها عن الإذن، وتأويل المسألة فيما إذا استولدها من غير تصريح بالإذن، أمّا إذا استولدها وقال: لا أريد الحجر عليها بقيت على أذنها، انتهى.

وإذا استدان الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ودبرها المولى فهي مأذون لها على حالها والمولى ضامن لقيمتها، وإذا حجر على المأذون بإقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة، ومعناه أن يقرّ بما في يده أنّه أمانة لغيره، أو غصب منه، أو يقرّ بدين عليه، فيقضى ممّا في يده، وقال أبو يوسف ومجّد: لا يجوز إقراره كما إذا أخذ المولى من كسبه من يده قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره، قال في العناية قوله: وصار كما إذا أخذ... الخ بيان لإبطال/[٢٦٣ظ] الحجر يده بمسائل متفق عليها، فإنّ المولى إذا انتزع ما في يده لا يسمع إقرار العبد فيه بالاتفاق، وكذا إذا باع العبد من غيره، وثبت الحجر به لم يصحّ إقراره. ولا يصحّ إقراره في حق الرقبة بعد الحجر حتى لا يباع رقبته بسبب ذلك الإقرار بالاتفاق، انتهى.

^{١٤٧٧} الغلّة كلّ ما يحصل من ريع أرض أو كرائها أو أجرة غلام أو نحو ذلك، العناية، من م.

^{١٤٧٨} م: بالمغصوب.

^{١٤٧٩} ن: فهناك.

ولا يصح إقرار المأذون فيما أخذه المول من يده، ولا يكون العبد خصماً فيما باشره قبل البيع، قال في النهاية قوله: قبل البيع ظرف لقوله باشر لا لقوله لم يكن خصماً، أي لم يبق العبد خصماً في المعاملات التي باشرها قبل أن باعه المولى من آخر، مثل التسليم والتسليم والرد بالعيب وسائر الحقوق، انتهى.

وإذا لزمه ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده، ولو اعتق من كسبه عبداً لم يعتق عند أبي حنيفة، وقالوا: يملك ما في يده، ويعتق، وعليه قيمته. وإن لم يكن الدين محيطاً بماله جاز عتقه في قولهم جميعاً، أما عند أبي حنيفة هذا قوله الآخر؛ لأنه لا يعرى عن قليل الدين، ولهذا لا يملك الوارث، والمستغرق يمنعه، وفي قوله الأول: لا يملك ما في يده، ولا يصح إعتاقه، كذا في الكفاية.

وإن باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز، وإن باعه بنقصان لم يجز بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: إن باعه بنقصان^{١٤٨} يجوز البيع ويخير المولى إن شاء أزال المحاباة وإن شاء نقص، المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء، وهذا بخلاف البيع من الأجنبي بالمحابة اليسيرة حيث يجوز، ولا يؤمر بإزالة المحاباة، والمولى يؤمر به، وبخلاف ما إذا باع من الأجنبي بالكثير من المحاباة، حيث لا يجوز أصلاً عندهما، ومن المول يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة؛ لأن المحاباة لا يجوز من العبد المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى، ولا أذن بالمحابة في البيع مع الأجنبي، وهذان الفرقان على أصلهما، هذا ما في الهداية، وذكر الأعلان في الشروح، فليرجع إليها.

وإن باعه المولى شيئاً بمثل القيمة أو أقل جاز البيع، فإن سَلَّم المبيع إليه قبل قبض الثمن بطل الثمن، بخلاف ما إذا كان عرضاً؛ لأنه يتعين، وجاز أن يبقى حقه متعلقاً بالعين، وإن أمسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز، ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو نقض البيع كما بينا في جانب العبد.

وإذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز، والمولى ضامن / [٢٦٤و] لقيمته للغرماء، وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق، وإن كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير، بخلاف ما إذا أعتق المدبر وأُمِّ الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون حيث لا يضمن شيئاً، فإن باعه المولى، وعليه دين يحيط برقبته، وقبضه المشتري، وغيبه فإن شاء الغرماء ضمن البائع قيمته وإن شاءوا المشتري وإن شاءوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن، وينتقل حَقُّهم إلى البدل؛ لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأساً، ذكرها في باب التصرف في الرهن.

فإن ضمنوا البائع قيمته، ثم ردَّ على المولى بعيب، فللمولى أن يرجع بالقيمة، ويكون حقَّ الغرماء في العبد. ولو كان المولى باعه من رجل، وأعلمه بالدين للغرماء أن يردوا البيع، قالوا تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن، فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه.

فإن كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري، معناه إذا أنكر الدين، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: المشتري خصم، ويقضي لهم بدينهم.

^{١٤٨} ل - لم يجز ... بنقصان.

ومن قدم مصرّاً وقال أنا عبد لفلان فاشتري وباع لزمه كل شيء من التجارة إلّا أنّه لا يباع في الدين حتى يحضر مولاه، فإن حضر فقال: هو مأذون بيع في الدين، فإن قال هو محجور فالقول له.

ولو استهلك العبد المأذون مال الغير يكون صاحب المال أسوة للغرماء، ذكرها في باب نكاح العبد، والأمة من كتاب النكاح.

وإذا اشترى العبد المأذون شيئاً على أنّ له الخيار فأبرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده، وعندهما بطل خياره، ذكرها في باب خيار الشرط.

فصل

وإذا أذن وليّ الصبيّ للصبيّ في التجارة فهو في البيع والشرى كالعبد المأذون إذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرّفه، وقال الشافعيّ: لا ينفذ وصار كالطلاق والعنق، بخلاف الصوم والصلاة؛ لأنّه لا يقام بالوليّ، وكذا الوصية على أصله، أي أصل الشافعيّ، قال في الكفاية: ومن أصله أنّ كل تصرّف لا يتحقّق من الوليّ في حقّه يصحّ تصرّف الصبيّ فيه بنفسه، وما يتحقّق من الوليّ فلا يصحّ مباشرة الصبيّ فيه، لأنّ تصرّفه / [٢٦٤ ظ] بنفسه بسبب الضرورة، والضرورة تندفع بما يتصرّف فيه الوليّ، انتهى.

وعندنا أنّ التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقديره في الخلافات، والصبيّ سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته، وقد ثبتت نظراً إلى إذن الوليّ وبقاء ولايته لنظر الصبيّ لاستيفاء المصلحة بطريقتين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعنق؛ لأنّه ضار محض، فلم يؤهل له، والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الإذن، والبيع والشرى دائر بين النفع والضرر، فيجعل أهلاً له بعد الإذن لا قبله، لكن قبل الإذن يكون موقوفاً منه على إجازة الوليّ، وذكر الوليّ في الكتاب ينتظم الأب والجدّ عند عدمه والوصي والقاضي والوالي، بخلاف صاحب الشرط^{١٤٨١}.

والشرط أن يعقل الصبيّ كون البيع سالباً للملك^{١٤٨٢} جالباً للربح، ويصير مأذوناً بالسكوت كما في العبد، ويصحّ اقراره بما في يده من كسبه،^{١٤٨٣} وكذا موروثه في ظاهر الرواية، كما يصحّ اقرار العبد، ولا يملك تزويج عبده، ولا في كتابته كما في العبد.

والمعتوه الذي يعقل البيع والشرى بمنزلة الصبيّ، يصير مأذوناً بإذن الأب والوصي والجدّ دون غيرهم على ما بينّا، وحكمه حكم الصبيّ.

^{١٤٨١} يريد به أمير البلدة، كأمر بخارى فكان الولي أكبر منه، لأنّ له ولاية تقليد القضاء دون صاحب الشرط، العناية، من م.

^{١٤٨٢} ل: للمالك.

^{١٤٨٣} ل - جالباً... كسبه.

كتاب الغصب

الغصبُ في اللغة: أخذُ الشيء من الغير على سبيل التغلب؛ للاستعمال فيه بين أهل اللغة، وفي الشريعة: أخذُ مالٍ متقومٍ محترماً بغير إذن المالك على وجهٍ يزيل يده حتى كان استخدامُ العبد وحملُ الدابة غصباً دون الجلوس على البساط.

ثم إن كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم، وإن كان بدونه فالضمان، ولا إثم.

ومن غصب شيئاً له مثلاً كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله، وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما، فإن لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون، وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يوم الغصب، وقال محمد: يوم الانقطاع، ولو صبر إلى أن يوجد جنسه له ذلك.

وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه، معناه العدديات المتفاوتة، أمّا العددي المتقارب فهو كالمكيل والموزون حتى يجب مثله لقلّة التفاوت، [٢٦٥و] وفي البئر المخلوط بالشعير القيمة؛ لأنه لا مثل له، واللحم يضمن بالمثل، ذكرها في باب السلم.

والمثل إذا انصرم عن أيدي الناس بعد الاتلاف ولم يبق منه إلا ناقص الصفة فهو بالخيار، إن شاء أخذه ناقصاً وإن شاء عدل إلى القيمة، ذكرها في باب القصاص فيما دون النفس من الجنايات.

وعلى الغاصب ردّ العين، معناه: ما دام قائماً، والواجب الردّ في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن، فإن ادّعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنّها لو كانت باقية لأظهرها، ثم قضى عليه ببذلها، وإذا علم الهلاك سقط عنه ردّه، فيلزمه ردّ بدله، وهو القيمة.

متى وقعت الحاجة إلى تقويم المغصوب والمستهلك يقوم بالنقد الغالب في البلد، ذكرها في الزكاة في "فصل في العروض".

والغصب فيما ينقل ويحول، وإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد يضمنه، وهو قول أبي يوسف الأول، وبه قال الشافعي، وإذا بعد المالك عن المواشي حتى تلفت فإن ذلك لا يكون غصباً لها ولا يضمن.

وما نقصه منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعاً؛ لأنه اتلاف. والعقار يضمن به كما إذا نقل ترابه، ويدخل فيما قاله، أي القدوري، وهو قول: وما نقصه منه... الخ إذا انهدم الدار بسكناه وعمله، قال في العناية: بأن كان عمله الحدادة أو القصارة فوهن جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضموناً عليه، وإمّا قيد بذلك؛ لأنه إذا انهدمت الدار بعدما غصبها، وسكن فيها لا بسكناه وعمله، بل بأفة سماوية فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، انتهى.

ولو غصب داراً وباعها وسلّمها وأقرّ بذلك ولا بيّنة لصاحب الدار فهو على هذا الاختلاف في الغصب، هو الصحيح، وفي العناية: وقوله "هو الصحيح" يحتمل أن يكون احترازاً عن قول بعضهم: بأنّ في مسألة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق، انتهى.

وإذا انتقص^{١٤٨٤} بالزراعة،/[٢٦٥ظ] أي الأرض بتأويل العقار أو المغصوب - كذا في النهاية - يغرم النقصان، ويأخذ رأس ماله، ويتصدق بالفضل، قال رحمته الله: وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يتصدق.

وإذا هلك النقليّ في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه، وفي أكثر نسخ المختصر: وإذا هلك الغصب، والمنقول هو المراد لما سبق: أنّ الغصب فيما ينقل، وإن نقص في يده ضمن النقصان، بخلاف تراجع السعر إذا ردّ في مكان الغصب أي لا يضمن الغاصب نقصان قيمة المغصوب، إذا كان ذلك بسبب تراجع السعر، كذا في النهاية.

قال رحمته الله: ومراده أي مراد القدوريّ في قوله: "وإن نقص في يده.. الخ، كذا في النهاية غير الربويّ، أمّا في الربويّات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل؛ لأنّه يؤدي إلى الربا.

ومن غصب عبداً فاستغله فنقصته الغلّة فعليه النقصان، ويتصدّق بالغلّة، قال رحمته الله: وهذا عندهما أيضاً؛ لأنّه حصل بسبب خبيث، وهو التصرف في ملك الغير، وما هذا حاله فسيبيله التصديق، وعنده لا يتصدق.

فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلّة في أداء الضمان، لأنّ الخبث لأجل المالك، ولهذا لو أدى إليه يباح له التناول فيزول الخبث بالأداء إليه، بخلاف ما إذا باعه أي الغاصب فهلك في يد المشتري تمّ استحقاق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلّة في أداء الثمن إليه؛ لأنّ الخبث ما كان لأجل المشتري إلّا إذا كان لا يجد غيره، وفي النهاية: أي إذا كان الغاصب فقيراً لا يجد غير الغلّة بتأويل الأجر أو مال الغلّة أو الحاصل بالاستغلال، انتهى.

وله أي للغاصب أن يصرفه إلى حاجة نفسه، فلو أصاب مالا يتصدق بمثله إن كان غنياً وقت الاستعمال، وإن كان فقيراً فلا شيء عليه. ولو مات العبد المغصوب في يد الغاصب وترك أخذ القيمة يكون الكفن على المغصوب منه، ذكرها في كتاب الصلح في فصل "والصلح جائز عن دعوى الأموال".

وجناية المغصوب على المغصوب منه معتبرة بالاتفاق؛ لأنّ الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستنداً إلى وقت الغصب/[٢٦٦و] حتى يكون الكفن للغاصب، فكانت جناية على غير مالكة فاعتبرت، ذكرها في باب التصرف في الرهن.

ومن غصب ألفاً فاشتري بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالألفين جارية فباعها بثلاثة آلاف فإنّه يتصدّق بجميع الربح، وهذا عندهما وأصله الغاصب أو المودع إذا تصرّف في المغصوب أو الوديعة وربح لا يطيب الربح عندهما خلافاً لأبي يوسف، ثم هذا أي عدم طيب الربح ظاهر فيما يتعين بالإشارة كالعروض، أمّا فيما لا يتعين كالثمنين فقلوه في الكتاب: "اشترى بها" إشارة إلى أنّ التصديق إنّما يجب إذا اشترى بها ونقد منها، أمّا إذا أشار إليها ونقد من

^{١٤٨٤} م: انتقص.

غيرها أو نقد منها أو أشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقاً ونقد منها يطيب الربح له، أي للغاصب، وهكذا قال الكرخي وقال مشايخنا، لا يطيب قبل أن يضمن، وكذا بعد الضمان لكل حال، وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة، وفي النهاية: قوله لكل حال يتعلق بالصورتين، أي قال مشايخنا: لا يطيب أن يتناول من المشتري قبل أن يضمن بكل حال وكذلك بعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال، انتهى.

وإن اشترى بالألف جارية تساوي ألفين فوهبها، أو طعاماً فأكله لم يتصدق بشيء، وهذا قولهم جميعاً، المغصوب منه كما يضمن الغاصب يضمن غاصب الغاصب، ذكرها في كتاب الصوم في فصل "ومن كان مريضاً في رمضان".

المغصوب منه إذا اختار تضمين أحدهما إذا قضى القاضي عليه بذلك ليس له أن يضمن الآخر؛ لأنَّ اختياره تضمين أحدهما إلى أن قضى عليه بتضمين التملك منه، فيبرأ الآخر بالضرورة، ذكرها في أوائل كتاب الكفالة، وإذا غصب شيئاً مما يحتاج إلى الإنفاق عليه، ورفع إلى الحاكم فإنه لا يؤمر بالإنفاق، وأشار إليها في كتاب اللقطة.

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وأعظم منافعتها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها [٢٦٦ظ] الغاصب وضمنها، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها، كمن غصب شاة وذبحها وشواها، أو طبخها أو حنطة فطحنها أو حديداً فاتخذ سيفاً أو صغراً فعمله آنية، وهذا كله عندنا، وقال الشافعي: لا ينقطع حق المالك كما إذا هبت الريح في الحنطة وألقته في طاحونة فطحنت يكون الدقيق للمالك الحنطة، وكما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأزيمها،^{١٤٨٥} وهو رواية عن أبي يوسف غير أنه أي المغصوب منه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده، وعند الشافعي يضمنه، وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه، وهو أحق به من الغرماء بعد موته.

وقوله: "ولا يحل له الانتفاع حتى يؤدي بدلها" استحساناً، والقياس أن يكون له ذلك، وهو قول الحسن وزفر، وهكذا عن أبي حنيفة، رواه الفقيه أبو الليث، ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف، ألا يرى أنه لو وهبه أو باعه جاز، وإذا أدى البدل يباح، وكذا إذا أبرأه، وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك.

وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها، غير أن عند أبي يوسف يباح الانتفاع فيهما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه، وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافاً لهما.

وإن غصب فضة أو ذهباً فضر بها دنانير أو دراهم أو آنية لم يزل ملك مالكةا عنها عند أبي حنيفة، فيأخذها ولا شيء للغاصب، وقال يملكها الغاصب وعليه مثلها.

^{١٤٨٥} أي جعلها عضواً عضواً، العناية، من م.

ومن غصب ساجّة^{١٤٨٦} فبنى عليها زال ملك مالكةا عنها، ولزم الغاصب قيمتها، وقال الشافعي: للمالك أخذها، ثم قال الكرخي والفتية أبو جعفر: إنما لا ينقض إذا بنى في حوالي الساجّة؛ لأنّه غير متعدّ في البناء، أمّا إذا بني على نفس الساجّة ينقض؛ لأنّه متعدّ فيه، وجواب الكتاب يرّد ذلك وهو الأصحّ.

ولو أدخل اللوح المغصوب في سفينة أو خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده ملكه،/[٢٦٧و] والمراد بالخيط الخيط من الذهب، كذا في هامش نسختي من الهداية.

ولو غصب اللبّن فاستخرج السّمّن يملكه، ذكرها في أوّل الهبة.

ومن ذبح شاة غيره فمالكةا بالخيار إن شاء ضمّن قيمتها وسلّمها إليه وإن شاء ضمّنه نقصانها، وكذا الجزور أي ما أعدّ للجزر، وهو القطع، والمراد الذبح من الإبل يقع على الذكر والأنثى، وهي تؤنث، والجمع الجزور، كذا في النهاية، وكذا إذا قطع يديهما أي الشاة والجزور، وهذا هو ظاهر الرواية. ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم، فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمّنه قيمتها لوجود الاستهلاك من كلّ وجه بخلاف قطع طرف المملوك، حيث يأخذه مع أرش المقطوع، والأدمي يبقى منتفعاً به بعد قطع الطرف.

ومن خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً ضمن نقصانه، والثوب لمالكه، وإن خرق خرقاً كثيراً يبطل عاقبة منفعه فللمالكه أن يضمّنه جميع قيمته؛ لأنّه استهلاك من هذا الوجه، فكأنّه أحرقه، قال رحمته الله: معناه ترك الثوب عليه، وإن شاء أخذ الثوب وضمّنه.

ثم إشارة الكتاب إلى أنّ الفاحش ما يبطل به عاقبة المنافع، والصحيح أنّ الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة، ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة، وإنّما يدخل فيه النقصان؛ لأنّ مجداً جعل في الأصل قطع الثوب نقصاناً فاحشاً، والفائت به بعض المنافع.

ومن غصب أرضاً فغرس فيها أو بني قيل له: اقلع البناء والغرس ورُدّها، كما إذا شغل^{١٤٨٧} طرف^{١٤٨٨} غيره بطعامه، فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمّن له قيمة البناء والغرس مقلوعاً، ويكون له، وقوله: "قيمتة مقلوعاً" معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه، فيقوم الأرض بدون الشجر والبناء ويقوم وبها شجر أو بناء، لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه، فيضمن فضل ما بينهما.^{١٤٨٩}

ومن غصب ثوباً فقصره بغير إذنه فإزدادت قيمته بقصارته كان للمالك أن يأخذ ثوبه/[٢٦٧ظ] مجاناً بغير عوض، ذكرها في كتاب المضاربة.

^{١٤٨٦} الساجّة بالجيم الخشبة العظيمة، من م.

^{١٤٨٧} ل: اشتغل.

^{١٤٨٨} ل: طرف.

^{١٤٨٩} يعتبر قيمة الأرض بدون الشجر عشرة دنانير مثلاً ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر يضمّن صاحب الأرض خمسة دنانير

للاصّب ويسلم الأرض والشجر لصاحب الأرض، وكذا البناء، العناية، من م.

ومن غصب ثوباً فصبغه أحمر أو سويقاً فلتته بسمنٍ فصاحبه بالخيار إن شاء ضمّنه قيمة ثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه، ومثّل السويق وسلّمه للغاصب، وإن شاء أخذها وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما، وقال الشافعيّ في الثوب: لصاحبه أن يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن، وأما إذا انصبغ بحبوب الريح، بأن هبت الريح بثوب انسان وألقته في صبغ غيره فإنّ هناك لا ضمان على صاحب الصبغ؛ لأنّه لا جناية منه ليضمن الثوب، فيتملك صاحب الأصل الصبغ، قيل يعني يملكه بالقيمة، وهذه المسألة مرت في باب عتق البعض من كتاب العتاق، وقال هناك: فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسراً كان أو معسراً.

قال أبو عصمة المروزيّ في أصل المسأل: وإن شاء رب الثوب باعه، ويضرب بقيمته أبيض، وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه، وفي النهاية: قوله: "في أصل المسألة" أي في قوله: "ومن غصب ثوباً فصبغه أحمر"، احتزّز بهذا القيد عن أن يتوقّع أنّ هذا الحكم الذي ذكره أبو عصمة متّصل بما يليه من مسألة الانصبغ وإن كان حكم مسألة الانصبغ أيضاً كذلك على ما ذكر في الكتاب، ويتأتّى هذا أي قول أبي عصمة فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه، انتهى. وقال في الأصل أي مُجّد في المبسوط يضمن قيمة السويق، وقيل المراد منه المثل، سمّاه به لقيامه مقامه.

والصفرة كالحمرة، ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة، وعندهما زيادة، وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان، وقيل: إن كان ثوباً ينقصه السواد فهو نقصان، وإن كان ثوباً يزيد فيه السواد فهو كالحمرة، وقد عرف في غير هذا الموضع، ولو كان ثوباً ينقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهماً، فتراجعت بالصبغ إلى عشرين فعن مُجّد أنّه ينظر إلى ثوب تزيد فيه الحمرة، فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم؛ لأنّ إحدى الخمستين جُبرت بالصبغ.

ومن طبخ لحم غيره أو طحن حنطته أو رفع جرّته فانكسرت أو حمل على دابّته، فعطبت - كلُّ ذلك بغير أمر المالك - يكون ضامناً.

ولو وضع المالك [٢٦٨و] اللحم في القدر، والقدر على الكانون، والخطب تحته، أو جعل الحنطة في الدوّرق^{١٤٩٠} وربط الدابّة عليه أو رفع الجرّة وأمالها إلى نفسه، أو حمل على دابّته فسقط في الطريق فأوقد هو النار فيه فطبخه أو ساق الدابة فطحنها أو أعانه على رفع الجرّة فانكسرت فيما بينهما أو حمل ما سقط على دابّته فعطبت لا يكون ضامناً في هذه الصور كلّها استحساناً لوجود الإذن دلالة، ذكرها في آخر كتاب الأضحية.

فصل

ومن غصب عيناً فعيّبها فضمّنها المالك قيمتها ملكها، وهذا عندنا، وقال الشافعيّ: لا يملكها، والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه إلّا أن يقيم المالك البيّنة بأكثر من ذلك، فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر ممّا ضمن وقد ضمّنها بقول المالك أو بيّنة أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك، وهو للغاصب. وإن كان ضمّنه بقول

^{١٤٩٠} قال في ديوان الأدب: الدوّرق مكيال الشراب، وقال ابن دريد: وأما الدورق الذي يستعمل فأعجميّ معرّب، كذا في الجمهرة، والمراد به هنا هو الدلو الذي يحطون فيها الحنطة عند الطحن منها تنزل إلى قطب الرحى، غاية البيان، من م.

الغاصب مع يمينه فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين وردَّ العوض، ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمَّته أو دونه في هذا الفصل الأخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية، وهو الأصحَّ خلافاً لما قاله الكرخي أنَّه لا خيار له.

الغاصب إذا اشترى المغصوب الذي في يده يصير قابضاً بمجرد العقد، ذكرها في باب العدة.

ومن غصب عبداً فباعه وضمَّنه المالك قيمته فقد جاز بيعه، وإن أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه. والغاصب إذا باع العبد وسلَّم وضمن القيمة ثم ردَّ عليه بالعيب كان له أن يرده على المالك، ويستردَّ القيمة، ذكرها في المأذون.

وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب، إن هلك فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالکها فيمنعها إياه، وقال الشافعي: زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة كما في الظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون مضموناً عليه، وقوله في الكتاب: "إلا أن يتعدى فيها" وذلك بأن أتلفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلَّمه. وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها/[٢٦٨ظ] إذا هلك قبل التمكن من الإرسال، وإنما يضمنه إذا هلك بعده، على هذا التفصيل أكثر مشايخنا.

ولو أطلق الجواب فهو ضامن جنائية، ولهذا يتكرر بتكررها، ويجب بالإعانة والإشارة، فلأنَّ يجب بما فوقها، وهو إثبات اليد على مستحق الأمن أولى وأحرى. قوله: "ولو أطلق الجواب" يعني لو قيل بوجوب الضمان في ولد الظبية سواء هلك قبل التمكن من الإرسال أو بعده فهو ضمان جنائية... الخ، كذا في العناية.

وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب، فإن كان في قيمة الولد وفاءً به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب، وقال زفر والشافعي: لا ينجر النقصان بالولد؛ لأنَّ الولد ملكه، فلا يصلح جابراً لملكه كما في ولد الظبية، وكما إذا هلك الولد قبل الرد، أو ماتت الأم، وبالولد وفاء، وصار كما جزَّ صوف شاة، ثم نبت مكانه صوف آخر، أو قطع قوائم شجرة غيره فنبتت قوائم أخرى، وخصي عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخضاء أو علَّمه الحرفة فأضناه^{١٤٩١} التعليم.

ونحن نقول: سبب الزيادة والنقصان واحد، وهو الولادة عندهما أو العلوق عند أبي حنيفة، وعند ذلك لا يعد نقصاناً فلا يوجب ضماناً، وصار كما إذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمتت وسقطت ثنيتهما، ثم نبتت أو قطع يد المغصوب في يده، وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع أي لا نسلم أنَّ الأم إذا ماتت لا ينجر قيمتها بقيمة الولد إذا كان فيها وفاء، وهذا المنع على غير ظاهر الرواية، وأمَّا تخرجها على الظاهر فهو أنَّ كلامنا فيما إذا كان السبب واحداً، وههنا ليس كذلك؛ لأنَّ الولادة ليست بسبب للزيادة، وليست بسبب لموت الأم إذ لا تفضى إليه غالباً، وروي عن أبي حنيفة رواية أخرى، وهو أنَّه يجبر بالولد قدر نقصان/[٢٦٩و] الولادة، ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الأم، انتهى.

^{١٤٩١} أي أسقمه، من ل.

والخِصاء لا يعدّ زيادةً لأنّه غرض بعض الفسقة، ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل، وهي جرّ صوف شاة، وقطع قوائم الشجر وتعليم الحرفة.

ومن غصب جارية فزني بها فحبلت ثم ردّها وولدت وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت، ولا ضمان عليه في الحرّة، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يضمن في الأمة أيضاً.

غصب جارية فذهبت إحدى عينيها ضمن نصف قيمتها بالاتّفاق، أشار إليها في باب استيلاء الكفار من اليسر.

وإذا حُمّت في يد الغاصب ثم ردّها فهلك، أو زنت في يده ثم ردّها فجُلدت فهلك منه لا يضمن. وإذا جنّت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك، أو دفعت بها بأن كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة.

ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلّا أن ينقص باستعماله فيغرّم النقصان، وقال الشافعي: يضمنها فيجب أجر المثل، ولا فرق في المذهبين بينما إذا عطّلها أو سكنها، وقال مالك: إن سكنها يجب أجر المثل، وإن عطّلها لا شيء عليه، ولو تناول مال الغير حالة المخمصة يضمن، ذكرها في كتاب اللقطة.

فصل في غصب ما لا يتقوّم

وإذا أتلّف المسلم خمرًا لدميٍّ أو خنزيره ضمن، وإن أتلّفها لمسلم لم يضمن، وقال الشافعي: لا يضمنها لدميٍّ أيضاً، وعلى هذا الاختلاف إذا أتلّفها دميٍّ على دميٍّ، أو باعها الدميٍّ من الدميٍّ بخلاف الميتة والدم، فإنّه لا يضمنها بالاتّفاق؛ لأنّ أحداً من أهل الأديان لا يدين تمّولها، وفي الكفاية: المراد بالميتة هي التي ماتت حتف أنفها، حتى لو ماتت بالضرب أو بالخنق يضمنه المسلم عند أبي حنيفة، خلافاً لمحمد، انتهى.

إلّا أنّه إذا أتلّف المسلم خمر الدميٍّ يجب قيمة الخمر، وإن كان من ذوات الأمثال بخلاف ما إذ جبرت المبايع بين الدميّين، أو وجد استهلاك الخمر فيما بينهما/[٢٦٩ظ] يجب مثل الخمر لا قيمتها، كذا في النهاية.

ولو شرب المسلم خمر الدميٍّ يجب الحد، والقيمة للمالك، ذكرها في فصل كيفية القطع من كتاب السرقة.

إذا غصب خمرًا لدميٍّ ثم أسلم فاستردّه من الغاصب بعد إسلامه يصحّ، فإنّ الاسلام لا يمنع استردادها، ذكرها في آخر باب المهر.

وإذا أتلّف متروك التسمية عمداً لشافعيٍّ يُبيحه لا يضمن عندنا، وإن غصب من مسلم خمرًا فخلّلها أو جلد ميتة فدبغه، فلصاحب الخمر أن يأخذ الخمر بغير ثمن، ويأخذ جلد الميتة، ويردّ عليه ما زاد الدباغ فيه، والمراد بالفصل الأوّل إذا خلّل بالنقل من الشمس إلى الظلّ ومنه إلى الشمس، وبالفصل الثاني إذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك، والقرظ بفتحين ورقّ السّلم يدبغ به، ومنه أديم مقروظ، كذا في النهاية، وقيل شجر عظام لها شوك غلاظ، كذا في المغرب.

وبيان ما ذكرنا من أنه يردّ عليه ما زاد الدباغ فيه إن تنظر إلى قيمته ذكياً غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغاً، فيضمن فضل ما بينهما.

وللغاصب أن يجسده حتى يستوفي حقه كحقّ الحبس في المبيع، وإن استهلكها ضمن الخل، ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة، وقالوا: يضمن الجلد مدبوغاً، ويعطي ما زاد الدباغ فيه، كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه يضمنه، ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه، ولو هلك في يده لا يضمنه بالإجماع وقولهما: "يعطي ما زاد الدباغ فيه" محمولٌ على الاختلاف الجنس، أما عند اتحادهما يطرح عنه ذلك القدر، ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه، ثم في الردّ عليه.

ولو كان الجلد قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته؟ قيل: ليس له ذلك؛ لأنّ الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب؛ لأنّ له قيمة، وقيل: ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك، ثم قيل: يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك، وقيل: قيمة جلد ذكي غير مدبوغ.

ولو دبغه [٢٧٠و] بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء، ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغاً، وقيل طاهراً غير مدبوغ.

ولو خلّل الخمر بإلقاء الملح فيه؟ قالوا: عند أبي حنيفة صار ملكاً للغاصب ولا شيء عليه، وعندهما أخذه المالك وأعطى ما زاده الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد، ومعناه هنا أن يعطي مثل وزن الملح من الخلّ، وإذا أراد المالك تركه عليه وتضمنه فهو على ما قيل وقيل في دبغ الجلد، وفي العناية قوله: "وقيل" بتكرير "قيل" إشارة إلى القولين المذكورين في دبغ الجلد، وهو ما ذكره بقوله: "ولو كان قائماً فأراد المالك ... إلى أن قال: قيل ليس له ذلك، وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة، انتهى.

ولو استهلكها لا يضمن عند أبي حنيفة خلافاً لهما كما في دبغ الجلد، ولو خلّلها بإلقاء الخلّ فيها فعن محمد إن صار خلاًّ من ساعته يصير ملكاً للغاصب، ولا شيء عليه، وإن لم يصير خلاًّ إلا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلاًّ قليلاً فهو بينهما على قدر كيلهما؛ لأنّه خلط الخلّ بالخلّ في التقدير، وهو على أصله أي أصل محمد ليس باستهلاك، وعند أبي حنيفة هو للغاصب في الوجهين، ولا شيء، وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الأول، ويضمن في الوجه الثاني، وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على إطلاقه، قال صاحب الهداية: وقد كثرت فيه أقوال المشايخ، وقد بيناها في كفاية المنتهى.

ومن كسر لمسلم برّبطاً^{١٤٩٢} أو طبلاً أو مزماراً أو دقاً أو إهراق له سكرّاً أو منصفاً فهو ضامن، ويبيع هذه الأشياء جائز عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يضمن ولا يجوز بيعها، وقيل: الاختلاف في الدفّ والطبل الذي يضرب للهو، فأما طبل الغزاة والدفّ الذي يباح ضربه في العرس يضمن بإتلاف من غير اختلاف، وقيل: الفتوى في الضمان على قولهما، يعني لا يضمن لكثرة الفساد في الناس، كذا في النهاية.

^{١٤٩٢} بالتركي: عود.

والسكر اسم للتي من ماء الرطب إذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ، وفي المطبوخ أدنى طبخه وهو الباذق عن أبي حنيفة روايتان في التضمين والبيع، وفي الجارية المغنية تجب قيمتها [٢٧٠ظ] غير صالحة للهو، وكذا في الكبش التطوح والحمامة الطيارة والدريك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الأمور.

وفي السكر والمنصف تجب قيمتها، ولا يجب المثل؛ لأنَّ المسلم ممنوع عن تملك عينه، وإن كان لو فعل جاز، وهذا بخلاف ما إذا أتلّف على نصرانيّ صليباً حيث يضمن قيمته صليباً؛ لأنّه مقرّر على ذلك.

ومن غصب أمّ ولد ودبره فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة، ولم يضمن قيمة أمّ الولد عند أبي حنيفة، وقالوا: يضمن قيمتها بناءً على أنّ مالية أمّ الولد غير متقومة عنده، وعندهما متقومة، والدلائل مذكورة في كتاب العتاق.

ولو غصب مدبراً فأبق وضمن قيمته لا يتملكه الغاصب، فإذا وجده فله أن يستسعي، ذكرها في باب كتابة العبد المشترك.

والكناسة إذا ألقاها في دار غيره فإنّه يؤخذ برفعها، وإذا هدم جدار غيره يضمنه النقصان، ويبنى الجدار بنفسه، ذكرها في إحياء الموات.

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع، وهو الضمّ، سميت بها لما فيها من ضمّ المشتراة إلى عقار الشفيع.

الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع، كالشرب والطريق، ثم للجار، أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب، وقال الشافعيّ: لا شفعة بالجوار.

وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة، فإن سلّم فالشفعة للشريك في الطريق، فإن سلّم أخذها الجار، والمراد بهذا الجار الملاصق، وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة، وبابه في سكة أخرى، واحترز بقوله: "ظهر" عن الجار المقابل، كذا في الكفاية، وعن أبي يوسف أنّ مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره، سلّم أو استوفى.

والشريك في البيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معيّن من الدار، أو جدار معيّن منها، وهو مقدّم على الجار في المنزل، وكذا على الجار في بقية الدار في أصحّ الروايتين عن أبي يوسف، ثم لا بدّ أن يكون الطريق أو الشرب خاصاً حتى يستحقّ الشفعة بالشركة فيه، فالطريق الخاصّ أن لا يكون نافذاً، والشرب الخاصّ أن يكون [٢٧١و] نحرّاً لا يجري فيه السفن، وما يجري فيه فهو عامّ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وعن أبي يوسف الخاصّ أن يكون نحرّاً يسقى منه قراحان أو ثلاثة، وما زاد على ذلك فهو عامّ.

قال في النهاية: أريد به أصغر السفن مثل الزورق حتى لو كان نحرًا كبيراً يجري فيه الزورق فالجار أحق، انتهى. وفي العناية: وفسر الخاص بما اختاره من بين التفاسير المذكورة، والقراح من الأرض كل قطعة على حياها^{١٤٩٣} ليس فيها شجر ولا شائب شجر، انتهى.

وإن كانت سكة غير نافذة تنشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلي فلأهلها الشفعة خاصة دون أهل الأعلى. وأن يبعث في العليا لأهل السكتين، وإن كانت مستديرة فبيع دار منها فحينئذ يشتركون في الشفعة، ذكرها في مسائل شتى من كتاب بالقضاء.

ولو كان نحر صغير يأخذ منه نحر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه.

ولا يكون الرجل بالجنوع على الحائط شفيح شركة، ولكنه شفيح جوار، والشريك في الحشبة تكون على حائط الدار جار.

وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم، ولا يعتبر اختلاف الأملاك، وقال الشافعي: هو على مقادير الإنصاء.

ولو أسقط بعضهم حقه فهو للباقيين في الكل على عددهم، ولو كان البعض غيباً يقضى بها بين الحضور على عددهم، وإن قضى الحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف، ولو حضر ثالث فيثلث ما في يد كل واحد تحقيقاً للتسوية، فلو سلم الحاضر بعدما قضى له الجميع لا يأخذ القادم إلا النصف.

والشفعة تجب بعقد البيع، ومعناه بعده؛ لأنه هو السبب؛ لأن سببها الاتصال على ما بيناه، ويكفي في ثبوت حق الشفعة إقرار البائع بالبيع حتى يأخذها الشفيح وإن كان المشتري يكذبه، وتستقر بالأشهاد. ولا بد من طلب الموائبة، وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها حاكم، وتظهر فائدة هذا فيما إذا مات الشفيح بعد الطلبين^{١٤٩٤} أو باع داره المستحق بها الشفعة [٢٧١ظ] أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم لا يورث عنه في الصورة الأولى، وتبطل شفيعته في الثانية، ولا يستحقها في الثالثة؛ لانعدام الملك له، ثم قوله: "يجب بعقد البيع" بيان أنه لا تجب إلا عند معاوضة المال بالمال.

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

وإذا علم الشفيح بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة.^{١٤٩٥}

^{١٤٩٣} أي مقابلها وجوارها وأمامها وجنبها؛ وفي س: جبالها.

^{١٤٩٤} أراد بمحا طلب الموائبة وطلب التقرير، ويسمى طلب التقرير طلب الشهادة أيضاً، غاية البيان، من م.

^{١٤٩٥} ل م: وإذا علم الشفيح بالبيع في مجلسه أشهد ذلك على المطالبة.

اعلم أنَّ الطلب على ثلاثة أوجه، طلب الموائبة، وهو أن يطلبها كما علم، حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفيعته. ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو في وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفيعته، وعلى هذا عامة المشايخ، وهو رواية عن محمد، وعنه أنَّ له مجلس العلم، والروايتان في النوادر، وبالثانية أخذ الكرخي.

ولو قال بعد ما بلغه البيع: الحمد لله أو لا حول ولا قوة إلا بالله أو قال: سبحان الله لا تبطل شفيعته، وكذا إذا قال: من ابتاعها، أو بكم بيعت.

والمراد بقوله في الكتاب: "أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة" طلب الموائبة، والإشهاد فيه ليس بلازم، إنما هو لنفي التجاحد، والتقيد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي، ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة، كما لو قال طلبت الشفعة أو أطلبها، وأنا طالبها.

وإذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة، وقالوا: يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حرّاً كان أو عبداً، صبيّاً كان أو امرأة، إذا كان الخير حقاً.

وأصل الاختلاف في عزل الوكيل، وقد ذكرناه فيما تقدّم، وهذا بخلاف المخيرة إذا أخبرته عنده، وبخلاف ما إذا أخبره المشتري؛ لأنّه خصم فيه، والعدالة غير معتبرة في الخصوم.

والثاني طلب التقرير والإشهاد؛ لأنّه محتاج إليه لإثباته عند القاضي، ولا يمكنه الإشهاد ظاهراً على طلب الموائبة؛ لأنّه على فور العلم بالشرى، فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير، وبيانه ما قال في الكتاب، أي القدوري، والذي قاله فيه قوله الآتي: ثم ينهض منه - يعني من المجلس - ويشهد على البائع [٢٧٢و] إن كان المبيع في يده - معناه لم يسلم إلى المشتري - أو على المبتاع أو عند العقار.

فإذا فعل ذلك استقرت شفيعته، وصورة هذا الطلب أن يقول: إن فلاناً اشترى هذه الدار، وأنا شفيعها، وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن، فاشهدوا على ذلك، وعن أبي يوسف أنّه يُشترط تسمية المبيع، وتحديدّه؛ لأنّ المطالبة لا تصحّ إلا في معلوم، و.

الثالث طلب الخصومة والتمليك، وسنذكر كيفيته من بعد إن شاء الله تعالى.

ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة، وهو رواية عن أبي يوسف، وقال محمد: إن تركها شهراً بعد الإشهاد بطلت، وهو قول زفر، معناه إذا تركها من غير عذر، وعن أبي يوسف أنّه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفيعته، وقول أبي حنيفة: هو ظاهر المذهب، وعليه الفتوى. ولو علم أنّه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفيعته بالتأخير بالإتفاق.

وإذا تقدّم الشفيع إلى القاضي فادّعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدّعى عليه، فإن اعترف بملكه الذي يشفع به، وإلا كلفه إقامة البينة، واليد ظاهر محتمل، فلا يكفي لإثبات الاستحقاق. قال الله تعالى يسأل القاضي المدّعي قبل أن يقبل على المدّعي عليه عن موضع الدار وحدودها؛ لأنّه ادّعى حقاً فيها، فصار كما إذا ادّعى رقبته، وإذا بيّن ذلك يسأله عن سبب شفيعته، لاختلاف أسبابها، فإن قال: أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على

ما قاله الخصاف، وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضاً، وقد بيناه في كتابنا الموسوم بـ "التجنيس والمزيد".

فإن عجز عن البيّنة استحلّف المشتري: بالله ما يعلم أنّه مالك للذي ذكره مما يشفع به، معناه بطلب الشفيع، ثم هو استحلّف على ما في يد غيره، فيحلف على العلم. فإن نكل أو قامت للشفيع بيّنة ثبت ملكه الدار التي بها يشفع، وثبت الجوار، فبعد ذلك سأله القاضي، يعني المدّعى عليه: هل ابتاع أم لا؟ فإن أنكر [٢٧٢ظ] الابتاع قيل للشفيع: أقم البيّنة، فإن عجز عنها استحلّف المشتري: بالله ما ابتاع أو بالله ما استحقّق في هذه الدار الشفعة من الوجه الذي ذكره، فهذا على الحاصل، والأول على السبب.

قال صاحب الهداية: وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى، وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله تعالى، وإتّما يحلفه على البتات؛ لأنّه استحلّف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة، وفي مثله يحلف على البتات.

وتحوز المنازعة في الشفعة وإن لم يُحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضي، فإذا قضى القاضي بالشفعة لزمه إحضار الثمن، وهذا ظاهر رواية الأصل، وعن مُجّد أنّه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة.

وإذا قضى بالدار للمشتري أن يحبسه حتى يستوفي الثمن، وينفذ القضاء عند مُجّد أيضاً؛ لأنّه فصل مجتهد فيه، ووجب عليه الثمن فيحبسه. فلو أخر أداء الثمن بعدما قال القاضي له: ادفع الثمن إليه لا تبطل شفيعته. وإن أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة، ولا يسمع القاضي البيّنة حتى يحضر المشتري، فيفسخ البيع بمشهد منه، ويقضي بالشفعة على البائع، ويجعل العهدة عليه، بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت، حيث لا يعتبر حضور البائع، فيأخذه من المشتري، وتكون العهدة عليه.

ومن اشترى داراً لغيره فهو الخصم للشفيع، إلّا أن يسلمها إلى الموكل، وكذلك إذا كان البائع وكيلاً لغائب، فللشفيع أن يأخذها منه إذا كانت في يده، وكذا إذا كان البائع وصيّاً لميت فيما يجوز بيعه.

وإذا اشترى داراً ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عند أبي حنيفة ومُجّد، خلافاً لأبي يوسف، وعنهما مثل قوله في مسألة الشفعة، ذكرها في المأذون.

وإذا قضى للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية، وإن وجد بها عيباً فله أن يردها وإن كان المشتري شرط البراءة منه.

فصل في الاختلاف

وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن، فالقول [٢٧٣و] قول المشتري، ولا يتحالفان، ولو أقاما البيّنة فالبيّنة للشفيع عند أبي حنيفة ومُجّد، قال أبو يوسف: البيّنة بيّنة المشتري. وإذا ادّعى المشتري ثمناً وادّعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قال البائع، وكان ذلك خطأً عن المشتري، ولو ادّعى البائع الأكثر يتحالفان

ويترادان، وأُثِّمَما نكل ظهر أنَّ الثمن ما يقوله الآخر، فيأخذها الشفيع بذلك، وإن حلفا يفسخ القاضي البيع ويأخذها الشفيع بقول البائع.

وإن كان قبض الثمن أخذها بما قال المشتري إن شاء، ولم يلتفت إلى قول البائع. ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع: بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بالألف، ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت إلى قوله.

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

وإذا حطَّ البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع، وإن حطَّ جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع، وكذا إذا حطَّ بعد ما أخذها الشفيع بالثمن يحطَّ عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حطَّ الكل، وإن زاد المشتري البائع لم يلزم الزيادة الشفيع، ونظير الزيادة إذا جدَّد العقد بأكثر من الثمن الأول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول.

ومن اشترى داراً بعرض أخذها الشفيع بقيمته، وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله، والعددي المتقارب من ذوات الأمثال.

وإن باع عقاراً بعقارٍ أخذ الشفيع كل واحدٍ منهما بقيمة الآخر، وإذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار، إن شاء أخذها بثمن حالٍّ وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل، ثم يأخذها، وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل، وقال زفر: له ذلك، وهو قول الشافعي في القديم، ثم إنَّ أخذها بثمن حالٍّ من البائع سقط الثمن عن المشتري، وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان، وإن اختار الانتظار له ذلك.

وقوله [٢٧٣ظ] في الكتاب: "وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل" مراده الصبر عن الأخذ، أمَّا الطلب عليه في الحال، حتى لو سكت عنه بطلت شفيعته عند أبي حنيفة ومُجَدَّ خلافاً لقول أبي يوسف الآخر.

وإذا اشترى دميّ بخمر أو خنزير وشفيعها دميّ أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير، وإن كان شفيعها مسلماً أخذها بقيمة الخمر والخنزير، وإن كان شفيعها مسلماً وودميّاً أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر، والذميّ نصفها بنصف مثل الخمر، فلو أسلم الذميّ أخذها بنصف قيمة الخمر، كما إذا اشتراها بكرّ من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه عن أيدي الناس يأخذها بقيمة الرطب.

فصل

فإذا بنى المشتري أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وإن شاء كلّف المشتري قلعه، وعن أبي يوسف أنّه لا يكلفه القلع ويختار بين أن يأخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك، وبه قال الشافعي، إلّا أنَّ عنده له أن يقلع ويعطي قيمة البناء.

وإذا زرع المشتري ثم جاء الشفيع فإنه لا يأخذها بالشفعة حتى يدرك الزرع، ولا يكلفه قلع الزراعة بالاتفاق، والزرع يُقلع قياساً ولا يقلع استحساناً؛ لأنَّ له نهاية معلومة، ويبقى بالأجر، وليس فيه كثير الضرر. وإن أخذه أي البناء والغرس بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعاً.

ولو أخذها الشفيع فبنى بها أو غرس ثم استحقت رجوع بالثمن، ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع إن أخذ منه، ولا على المشتري إن أخذها منه، وعن أبي يوسف أنه يرجع عليه.

وإذا تهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جفَّ شجر البستان بغير فعل أحدٍ فالشفيع بالخيار، إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء ترك. وإذا غرق نصف الأرض يأخذ الباقي بحصته. وإن نقض المشتري البناء قيل للشفيع إن شئت فخذ العرصه بحصته، وإن شئت فذع، وليس للشفيع أن يأخذ النقص.

ومن ابتاع [٢٧٤و] أرضاً وعلى نخلها تمرٌ أخذها الشفيع بتمرها، ومعناه إذا ذكر التمر في البيع، وكذلك إن ابتاعها وليس في النخل تمر فأتمر في يد المشتري، يعني يأخذ الشفيع. فإن جدَّ المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ التمر في الفصلين جميعاً، فإن جدَّ المشتري سقط عن الشفيع حصته، قال عليه السلام: وهذا جواب الفصل الأول، وهو ما إذا ابتاع أرضاً وعلى نخلها تمر، كذا في الكفاية، أمّا في الفصل الثاني يأخذ ما سوى التمر بجميع الثمن.

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا يجب

الشفعة واجبة في العقار وإن كان ممّا لا يقسم، وقال الشافعي: لا شفعة فيما لا يقسم، وهو الحماّم والبئر والرحى والطريق.

ولا شفعة في العروض والسفن، وعند مالك: تجب في السفن، وفي بعض نسخ المختصر: ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرصه، وهو صحيح مذكور في الأصل، وهذا بخلاف العلو، حيث يستحقّ بالشفعة، ويستحقّ به الشفعة في السفن إذا لم يكن طريق العلو فيه.

والمسلم والذمي في الشفعة سواء، ويستوي فيه الذكر والأنثى، والصغير والكبير، والباغي والعاقل، والحر والعبد إذا كان مأذوناً أو مكاتباً.

وإذا ملك العقار بعوضٍ هو مال وجبت فيه الشفعة. ولا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليه أو تخالع المرأة بها أو يستأجرها داراً أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق عبداً عليها، وعند الشافعي تجب بها الشفعة، وقوله يتأتى فيما إذا جعل شقصاً من دار مهراً أو ما يضاهيه، وعلى هذا الخلاف إذا تزوجها بغير مهر، ثم فرض لها الدار مهراً بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل، أو بالمسمى فإنَّ فيه الشفعة.

ولو تزوّجها على دار علي أن تردّ عليه ألفاً، فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة، وقالوا: تجب في حصّة الألف، وإذا باع المضارب داراً وفيها ربح لا يستحقّ رب المال الشفعة في حصة الربح. أو يصلح عليها بإنكار، وفي **العناية**: عطف القدوريّ قوله: أو يصلح / [٢٧٤ظ] عليها بإنكار" على قوله: "أو يعتق عليها عبداً"^{١٤٩٦}، انتهى.

فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة، قال رحمته الله: هكذا ذكر في أكثر نسخ **المختصر**، والصحيح أو يصلح عنها بإنكار مكان قوله "عليها"؛ لأنّه إذا صالح عنها بإنكار بقي الدار في يده فهو يزعم أنّها لم تزل عن ملكه، وكذا إذا صالح عنها بسكوت؛ لأنّه يحتمل أنّه بذل المال افتداءً ليمينه وقطعاً لشغب خصمه، كما إذا أنكر صريحاً بخلاف ما إذا صالح عنها بالإقرار؛ لأنّه معترف بالملك للمدّعي، وإنّما استفادته بالصلح، فكان مبادلة مالتيه، أمّا إذا صالح عليها بإقرار أو سكوت أو إنكار وجبت الشفعة في جميع ذلك؛ لأنّه أخذها عوضاً عن حقّه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه.

ولا شفعة في هبة إلا أن تكون بعوضٍ مشروط، ولا بدّ من القبض، وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً.

ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع، وإن أسقط الخيار وجبت الشفعة، ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح، وفي **العناية**: قوله "في الصحيح" احتراز عن قول بعض المشايخ، إنّّه يشترط الطلب عند وجود البيع؛ لأنّه هو السبب، انتهى.

فإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة، وإذا أخذها في الثلاث - أي في مدّة الخيار كذا في **العناية** - وجب البيع ولا خيار للشفيع، وإن بيعت دارٌ إلى جنبها، والخيار لأحدهما فله أي لمن له الخيار الأخذ بالشفعة، وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها، حيث لا ييطل خياره بأخذ ما بيع بجنبها بالشفعة، ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى له أن يأخذها دون الثانية.

ومن ابتاع داراً شراءً فاسداً فلا شفعة فيها، فإن سقط الفسخ وجبت الشفعة، يعني إن سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند أبي حنيفة وبالباع من آخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع، كذا في **العناية**، / [٢٧٥و] وإن بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعدّ فله الشفعة، وإن سلّمها إلى المشتري فهو شفيعها، ثم إن سلّم البائع الدار المبيعة للبائع الفاسد إلى المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفيعته كما إذا باع داره قبل الحكم بالشفعة، بخلاف ما إذا سلّم بعده، وإن استردها البائع من المشتري، أي الدار المبيعة للبائع الفاسد قبل الحكم بالشفعة له بطلت، وإن استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه.

وإذا اقتسم الشركاء العقار، فلا شفعة لجارهم بالقسمة. وإذا اشترى داراً فسلّم الشفيع الشفعة ثم ردّها المشتري بخيار رؤية أو شرط أو بيع بقضاء قاضٍ فلا شفعة للشفيع، وإن ردّها ببيعٍ بغير قضاء، أو تقايلاً للشفيع الشفعة، ومراده أي مراد **القدوريّ** الردّ بالبيع بعد القبض، وفي **الجامع الصغير**: ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية،

^{١٤٩٦} وقد مر قبل سطور بشكل: أو يعتق عبداً عليها.

وهو بكسر الراء، معناه لا شفعة بسبب الردّ بخيار الرؤية، ولا تصحّ الرواية بالفتح عطفاً على الشفعة؛ لأنّ الرواية محفوظة في كتاب القسمة، أنّه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط.

باب ما تبطل به الشفعة

وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم - يعني طلب الموائبة - وهو يقدر على ذلك بطلت شفעתه، وكذلك إن أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتابعين، ولا عند العقار، وقد ذكر فيما تقدم.

وإن صالح من شفעתه على عوض بطلت الشفعة، وردّ العوض، وكذا لو باع شفעתه بمال.

وإذا مات الشفيع بطلت شفעתه، وقال الشافعي: يورث عنه، قال رحمته الله: معناه إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة، أمّا إذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه أي قبض^{١٤٩٧} العقار فالبيع لازم لورثته.

وإن مات المشتري لم تبطل، ولا يباع في دين المشتري ووصيّته، ولو باعه القاضي أو الوصي، أو أوصى المشتري فيها بوصيّة للشفيع / [٢٧٥ ظ] أن يبطله ويأخذ الدار، ولهذا ينقض تصرفه في حياته.

وإذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضي له بالشفعة بطلت شفעתه وإن لم يعلم بشرى المشفوعة، كما إذا سلّم صريحاً، بخلاف ما إذا باع الشفيع داره بشرط الخيار.

ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له، ووكيل المشتري إذا ابتاع فله الشفعة، والأصل أنّ من باع أو بيع له فلا شفعة له، ومن اشترى أو ابتاع له فله الشفعة، وكذلك لو ضمن الدرك من البائع وهو الشفيع فلا شفعة له، وكذا إذا باع وشرط الخيار لغيره فأمضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له، بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري.

وإذا بلغ الشفيع أنّها بيعت بألف فسلم، ثم علم أنّها بيعت بأقلّ أو بخنطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل، فله الشفعة، وكذا كل مكيل أو موزون أو عدديّ متقارب بخلاف ما إذا علم أنّها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر، وإن بان أنّها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة، وكذا إذا كانت أكثر، وقال زفر: له الشفعة.

وإذا قيل: إنّ المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنّه غيره فله الشفعة، ولو علم أنّ المشتري هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب غيره. ولو بلغه شري النصف فسلم ثم ظهر شري الجميع فله الشفعة، وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية.

فصل

وإذا باع داراً إلّا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له، وهذه حيلة، وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسلم إليه، وإن ابتاع منها بثمان ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الأوّل دون الثاني، فإن أراد الحيلة

^{١٤٩٧} ل م س: قبل.

ابتاع السهم بالثمن إلا درهماً مثلاً، والباقي بالباقي، وإن ابتاعها بثمن ثم دفع إليه ثوباً عنه فالشفيع بالثمن دون الثوب، قال عليه السلام، وهذه حيلة أخرى تعمّ الجوار والشركة، فيتباع بأضعاف قيمته، ويعطي بها ثوب بقدر قيمته إلا أنه لو استحقّت [٢٧٦و] المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب، والأوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينار حتى إذا استحقّت المشفوعة يبطل الصرف، فيجب ردّ الدينار لا غير.

ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف، ويكره عند محمد، وعلى هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكاة.

مسائل متفرقة

وإذا اشترى خمسة نفر داراً من رجل فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم، وإن اشتراها رجل من خمسة أخذها كلّها أو تركها، ولا فرق في هذا - أي في أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين^{١٤٩٨}، كذا في النهاية - بين ما قبل القبض وبعده هو الصحيح، وفي الكفاية: وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فرّق فقال: إن أخذ قبل القبض نصيب أحدهم ليس له ذلك، وبعد القبض له ذلك، انتهى، إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر، بخلاف ما بعد القبض، وسواء سمى لكل بعض ثماً أو كان الثمن جملة، قال صاحب الهداية: وهنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي.

ومن اشترى نصف دارٍ غير مقسوم فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري أو يدع، والشفيع لا ينقض القبض، وإن كان له نفع فيه يعود العهدة على البائع، فكذا لا ينقض ما هو من تمامه، بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة، وقاسم المشتري الذي لم يبع، حيث يكون للشفيع نقضه، ثم إطلاق الجواب في الكتاب يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان، وهو المروي عن أبي يوسف، وعن أبي حنيفة أنه إنمّا يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها.

ومن باع داراً وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة، وكذا إذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة، بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين؛ لأنه يبيعه لمولاه، ولا شفعة لمن يبيع له.

وتسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد وزفر: هو على شفعته [٢٧٦ظ] إذا بلغ، قالوا: وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي، فلم يطلبها، وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة، وهو الصحيح، وسكوتهما كإبطاهما، وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها، فإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه، قيل: جاز التسليم بالإجماع، وقيل: لا يصح بالاتفاق، وإن بيعت بأقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن أبي حنيفة أنه لا يصح التسليم منها، ولا رواية عن أبي يوسف.

^{١٤٩٨} ل م س: المشتريين.

كتاب القسمة

الْقِسْمَةُ فِي الْأَعْيَانِ الْمَشْتَرَكَةِ مَشْرُوعَةٌ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَاشَرَهَا فِي الْمَغَانِمِ وَالْمَوَارِيثِ، وَجَرَى التَّوَارِثُ بِهَا مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ.

ثُمَّ هِيَ لَا تَعْرَى عَنْ مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ؛ لِأَنَّ مَا يَجْتَمِعُ لِأَحَدِهِمَا بَعْضُهُ كَانَ لَهُ وَبَعْضُهُ كَانَ لِصَاحِبِهِ، فَهُوَ يَأْخُذُهُ عَوْضًا عَمَّا بَقِيَ مِنْ حَقِّهِ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ، فَكَانَ مِبَادَلَةً وَإِفْرَازًا، وَالْإِفْرَازُ هُوَ الظَّاهِرُ فِي الْمَكِيلَاتِ وَالْمُوزُونَاتِ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ، حَتَّى كَانَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ حَالِ غَيْبَتِهِ صَاحِبَهُ، وَلَوْ اشْتَرَاهُ فَاقْتَسَمَاهُ يَبِيعُ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ مَرَابَحَةً بِنَصْفِ الثَّمَنِ.

وَمَعْنَى الْمُبَادَلَةِ هُوَ الظَّاهِرُ فِي الْحَيَوَانَاتِ وَالْعُرُوضِ لِلتَّفَاوُتِ، حَتَّى لَا تَكُونَ لِأَحَدِهِمَا أَخْذُ نَصِيبِهِ عِنْدَ غَيْبَةِ الْآخَرِ، فَلَوْ اشْتَرَاهُ فَاقْتَسَمَاهُ لَا يَبِيعُ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ مَرَابَحَةً بَعْدَ الْقِسْمَةِ، إِلَّا أَتَمَّا إِذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ أَجْبَرِ الْقَاضِي عَلَى الْقِسْمَةِ عِنْدَ طَلَبِ أَحَدِ الشَّرَكَاءِ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْإِفْرَازِ لَتَفَاوُتِ الْمَقَاصِدِ وَالْمُبَادَلَةِ مِمَّا يَجْرِي فِيهِ الْجَبْرِ، كَمَا فِي قَضَاءِ الدِّيُونِ، وَهَذَا لِأَنَّ أَحَدَهُمْ يَطْلُبُ الْقِسْمَةَ، يَسْأَلُ الْقَاضِي أَنْ يَخْصَّه بِالْإِنْتِفَاعِ بِنَصِيبِهِ وَيَمْنَعَ الْغَيْرَ عَنِ الْإِنْتِفَاعِ بِمَلَكِهِ، فَيَجِبُ عَلَى الْقَاضِي إِبْجَابَتَهُ.

وَإِنْ كَانَتْ أَجْنَاسًا مُخْتَلِفَةً لَا يَجْبِرُ الْقَاضِي عَلَى قِسْمَتِهَا؛ لِتَعَدُّرِ الْمُبَادَلَةِ بِاعْتِبَارِ فَحْشِ التَّفَاوُتِ فِي الْمَقَاصِدِ، وَلَوْ تَرَاضُوا عَلَيْهَا جَازَ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ، وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَنْصُبَ قَاسِمًا يَرْزُقُهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ لِيَقْسِمَ بَيْنَ النَّاسِ بِغَيْرِ أَجْرٍ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ نَصَبَ قَاسِمًا يَقْسِمُ بِالْأَجْرِ، مَعْنَاهُ بِأَجْرِ عَلَى الْمُتَقَاسِمِينَ،/[٢٧٧و] وَيَقْدَرُ أَجْرُ مِثْلِهِ كَيْلًا يَتَحَكَّمُ بِالزِّيَادَةِ، وَالْأَفْضَلُ أَنْ يَرْزُقَهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ أَرْفَقَ بِالنَّاسِ وَأَبْعَدَ عَنِ التَّهْمَةِ، وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَدْلًا مَأْمُونًا عَالِمًا بِالْقِسْمَةِ.

وَلَا يَجْبِرُ الْقَاضِي النَّاسَ عَلَى قَاسِمٍ وَاحِدٍ، مَعْنَاهُ لَا يَجْبِرُهُمْ عَلَى أَنْ يَسْتَأْجِرُوهُ، وَلَوْ اصْطَلَحُوا فَاقْتَسَمُوا جَازَ، إِلَّا إِذَا كَانَ فِيهِمْ صَغِيرٌ، فَيَحْتَاجُ إِلَى أَمْرِ الْقَاضِي، وَلَا يَتْرَكُ الْقُسَامَ يَشْتَرِكُونَ كَيْلًا يَصِيرُ الْأَجْرُ غَالِيَةً بِتَوَاكُلِهِمْ، وَعِنْدَ عَدَمِ الشَّرَكَةِ يَتَبَادَرُ كُلُّ مِنْهُمْ إِلَيْهِمْ خِيفَةُ الْفَوْتِ، فَيَرْخِصُ الْأَجْرَ.

وَأَجْرَةُ الْقِسْمَةِ عَلَى عَدَدِ الرُّؤُوسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: عَلَى قَدْرِ الْأَنْصِبَاءِ، فَيَقْدَرُ بِقَدْرِهِ، وَعَنْهُ أَيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِيمَا رَوَى الْحَسَنُ عَنْهُ أَنَّ الْأَجْرَ عَلَى الطَّالِبِ دُونَ الْمَمْتَنِعِ.

وَإِذَا حَضَرَ الشَّرَكَاءُ عِنْدَ الْقَاضِي، وَفِي أَيْدِيهِمْ دَارٌ أَوْ ضَيْعَةٌ أَدَّعَوْا أَتَمُّ وَرَثَا عَنْ فُلَانٍ لَمْ يَقْسِمِهَا الْقَاضِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ حَتَّى يَقِيمُوا الْبَيِّنَةَ عَلَى مَوْتِهِ، وَعَدَدَ وَرَثَتِهِ، وَقَالَ صَاحِبَاهُ: يَقْسِمُهَا بِاعْتِرَافِهِمْ، وَيَذَكِّرُ فِي كِتَابِ الْقِسْمَةِ أَنَّهُ قَسَمَهَا بِقَوْلِهِمْ.

وإن كان المال المشترك ما سوي العقار، وادّعوا أنّه ميراث قسمه في قولهم جميعاً. ولو ادّعوا في العقار أنّهم اشتروه قسمه بينهم، وقول أبي حنيفة مبنّى على أنّ القسمة قضاء على الميّت، إذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة، حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه وتقضى ديونه منها، قال في **العناية**: وعن هذا قالوا إذا أوصى بجاريته^{١٤٩٩} لإنسان فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيهما بقدر الثلث، كأنّه أوصى بهما بخلاف ما بعد القسمة، فإنّ الزيادة للموصى له، فدلّ أنّ التركة مبقاة على ملك الميّت، فلا بدّ له من حجة، وهي إمّا إقرار الورثة أو بينتهم، وإقرارهم ليس بحجة على الميّت، فلا بدّ من البينة، انتهى.

فإن ادّعوا الملك، ولم يذكروا كيف انتقل إليهم قسمه بينهم، قال **الشيخ**: وهذه رواية كتاب القسمة، وإذا قسم الميراث بين ورثة حضور بالبينة، ولم يقولوا: لا نعلم وارثاً آخر لا يؤخذ منهم الكفيل/[٢٧٧ظ] عند أبي حنيفة لجهالة المكفول له، ذكرها في فصل وعلى الزوج أن يسكنها من النفقة في كتاب الطلاق.

وفي **الجامع الصغير**: أرض ادّعاها رجلان وأقاما البينة أنّهما في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسما حتى يقيما البينة أنّهما لهما، ثم قيل هو قول أبي حنيفة خاصة، وقيل هو قول الكل، وهو الأصح.

وإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم، ومعهم وارث غائب قسمه القاضي بطلب الحاضرين، وينصب وكيلاً بقبض نصيب الغائب، وكذا لو كان مكان الغائب صبيّاً، يقسم وينصب وصيّاً بقبض نصيبه، ولا بدّ من إقامة البينة في هذه الصورة عنده أيضاً، خلافاً لهما كما ذكرنا من قبل، ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم.

وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم، وكذا إذا كان في يد مودعه، وكذا إذا كان في يد الصغير، ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها، هو الصحيح كما هو أطلق في **الكتاب**، أي **الجامع** بقوله: لم يقسم، من غير ذكر إقامة البينة، كذا في **النهاية**، وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة.

ولو كان الحاضر كبيراً و صغيراً نصب القاضي عن الصغير وصيّاً وقسم إذا أقيمت البينة، وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها أي في الدار وطلبوا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية، وذكر في **الجامع الصغير** أنه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط، ذكرها في باب ما تجب فيه الشفعة من كتاب الشفعة.

ومن مات وترك زوجة حاملاً يوقف له ميراث ابن واحد، على ما عليه الفتوى، ولو كان معه وارث آخر إن كان لا يسقط بحمل أو لا يتغيّر بالحمل يعطى كلّ نصيبه، فإن كان ممّن يسقط بالحمل لا يعطى، وإن كان ممّن يتغيّر به يعطى الأقل المتيقّن كما في المفقود، ذكرها في كتاب المفقود.

^{١٤٩٩} ل م: بجارته.

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

وإذا كان [٢٧٨و] كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم، وإن كان ينتفع أحدهم والآخر يستضر لقلّة نصيبه فإن طلب صاحب الكثير يقسم، وإن طلب صاحب القليل لم يقسم، وذكر الجصاص على قلب هذا، وفي الكفاية: أي لو طلب صاحب القليل قسم، ولو طلب صاحب الكثير لم يقسم، وذكر في بعض النسخ الخصاف مكان الجصاص، والأصح هو الجصاص؛ لأنّ الأول قول الخصاف، انتهى.

وذكر الحاكم الشهيد في مختصره أنّ أيّهما طلب القسمة يقسم القاضي، والأصحّ المذكور في الكتاب، وهو الأول. وإن كان واحد يستضر لصغره لم يقسمها إلّا بتراضيها.

ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد، ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض، فيقسم القاضي كلّ موزون ومكيل كثير أو قليل، والمعدود المتقارب، وتبر الذهب والفضة، وتبر الحديد والنحاس والإبل بانفرادها، أو البقر أو الغنم، ولا يقسم شاة وبعيراً وبردونا وحماراً، ولا يقسم الأوالي التي التحقت بالأجناس المختلفة باختلاف الصفة، ويقسم الثياب المروية المتّحدة الصنف، ولا يقسم ثوباً واحداً لا يتحقّق قسمته إلّا بالقطع المستلزم للضرر، ولا ثوبين إذا اختلف قيمتهما بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب ثوبين أو ثوب وربع ثوب بثوب، وثلاثة أرباع ثوب.

وقال أبو حنيفة: لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما، ألا يرى أنّ الذكر والأنثى من بني آدم جنسان ومن الحيوان جنس واحد، وقالوا: يقسم الرقيق لأنّ اتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم، وقال أبو حنيفة: رقيق المغنم يخالف غيره؛ لأنّ حقّ الغانمين في المائيّة حتى كان للإمام بيعها وقسمة ثمنها، وهنا تتعلق بالعين والمالية فافترا.

وأما الجواهر فقد قيل إذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلي واليواقيت، وقيل: لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت، ويقسم الصغار لقلّة التفاوت، وقيل يجري الجواب على إطلاقه، أي لا يقسم الجواهر عنده مطلقاً؛ لأنّ جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق.

ولا يقسم [٢٧٨ظ] حمام ولا بئر ولا رحى إلّا بتراضي الشركاء، وكذا الحائط بين الدارين، وإذا كانت دُور مشتركة في مصرٍ واحدٍ قسم كلّ دار على حدّها في قول أبي حنيفة رحمّه الله، وقالوا: إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها، وعلى هذا الخلاف الأقربحة^{١٥٠٠} المرفقة المشتركة بخلاف الدار الواحدة إذا اختلف بيوتها لا يقسم بيوتها، بل قسمت الدار قسمةً واحدةً، قال رحمّه الله: تقييد الوضع في الكتاب - أي وضع المسألة في الكتاب - في دور مقيدة بكونها في مصرٍ إشارةً إلى أنّ الدارين إذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما، وهو رواية هلال عنهما، أي عن أبي يوسف ومُحمّد، وعن مُحمّد أنّه يقسم أحدهما في الأخرى.

والبيوت في محلة أو محالٍ يُقسم قسمة واحدة، والمنازل المتلازمة كالبيوت، والمتباينة كالدور، وإن كانت داراً وضِعةً، أو داراً وحانوتاً قسم كل واحدٍ منهما على حدة، قال رحمّه الله: جعل الدار والحانوت جنسين، وكذا ذكر

^{١٥٠٠} جمع قُراح، وهي المزرعة التي ليس عليها بناء ولا فيها شجر، الصحاح.

الخصاف، وقال في أجازات الأصل، أنَّ إجارة منافع الدار بالخانوت لا تجوز، وهذا يدلّ على أنَّهما جنس واحد، فيجعل في المسألة روايتان، أو تبني حرمة الربا هنالك، أي في إجازات الأصل على شبهة المجانسة والقسمة في الربح والغلة والولد والثمرة على مقادير الانصباء، لا على عدد الرؤوس، ذكرها في أوائل كتاب الشفعة.

وفي الكفاية: فإنَّ الشريكين إذا اشتريا بخمسة عشر درهماً مثلاً، ومال أحدهما خمسة، ومال الآخر عشرة، ثم باعاه فربحاً ثلاثة دراهم فالدرهمان لصاحب العشرة، والدرهم الواحد لصاحب الخمسة؛ لأنَّ الربح تبع للمال، فكان بينهما على رأس مالهما والغلة بأن كان حانوت بينهما أثلاثاً، فغلته أيضاً تكون بينهما أثلاثاً، انتهى.

فصل في كيفية القسمة

وينبغي للقاسم أن يصوّر ما يقسمه، ويعدّله، يعني يسوّيه على سهام القسمة، ويروي يعزله، أي يقطعه بالقسمة عن غيره، ويذره،/[٢٧٩و] ويقوم البناء ويفرز كلّ نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلّق، ثم يلقّب نصيباً بالأوّل والذي يليه بالثاني والثالث على هذا، ثم يخرج القرعة أي يكتب أساميهم، ويخرج القرعة، فمن خرج اسمه أوّلًا فله السهم الأوّل، ومن خرج اسمه ثانياً فله السهم الثاني.

والأصل أن ينظر في ذلك إلى أقلّ الانصباء، حتى إذا كان الأقلّ ثلثاً جعلها أثلاثاً، وإن كان سدساً جعلها أسداساً ليتمكن القسمة، قال صاحب الهداية: وقد شرحناه مشبعاً في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى.

وقوله في الكتاب: "ويُفرز كلّ نصيب بطريقه وشربه" بيان الأفضل، فإن لم يفعل أو لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله إن شاء الله تعالى.

والقرعة لتطبيب القلوب، وإزاحة تهمة الميل حتى لو عيّن لكل منهم نصيباً من غير اقراع جاز.

ولا يدخل في القسمة الدراهم إلّا بتراضيتهم. وإذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف أنّه يقسم كلّ ذلك على اعتبار القيمة، وعن أبي حنيفة أنّه يقسم الأرض بالمساحة، ثم يردُّ من وقع البناء في نصيبه، أو من كان نصيبه أجودّ دراهم على الآخر حتى يساويه، فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة، وعن محمد أنّه يردّ على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصه، وإذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بأن لا تفي العرصه بقيمة البناء حينئذ يردّ الفضل دراهم، وهذا يوافق رواية الأصل. وإذا اقتسما داراً وأخذ أحدهما أكثر من نصيبه، والتزم في مقابلة الزائد مكياً أو موزوناً موصوفاً في الذمة يشترط عنده بيان مكان الإيفاء، خلافاً لهما، ويتعيّن مكان القسمة، ذكرها في باب السلم.

فإن قسم بينهم ولأحدهم ميل في نصيب الآخر، أو طريق لم يشترط في القسمة فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق ويسيل في نصيب الآخر، وإن لم يكن فسحت القسمة.

ولو ذكر الحقوق في الوجه الأوّل، أي فيما إذا أمكن/[٢٧٩ظ] حرف الطريق والمسيل عنه كذلك الجواب، أي ليس له أن يستطرق ويسيل في نصيب الآخر، وفي الوجه الثاني أي فيما إذا لم يمكن صرفهما يدخل فيها.

ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة؟ إن كان يستقيم لكل واحد طريق يُفتح في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم، وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقاً بين جماعتهم ليتحقّق تكميل المنفعة فيما وراء

الطريق. ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة، ولو شرطوا أنَّ الطريق بينهما أثلاثاً جاز وإن كان أصل الدار نصفين؛ لأنَّ القسمة على التفاوت جائزة بالتراضي.

وإذا كان سفلى لا علو له، وعلو لا سفلى له، وسفلى له علو قوم كل واحد على حدته، وقسم بالقيمة، ولا معتبر لغير ذلك، قال عليه السلام: هذه عند محمد، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يقسم بالذرع، ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع، قال أبو حنيفة: ذراع من سفلى بذراعين من علو، وقال أبو يوسف ذراع بذراع، قيل: أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره وأهل بلده في تفضيل السفلى على العلو واستوائهما، وتفضيل السفلى مرةً والعلو أخرى، وقيل: اختلاف معنى، والفتوى اليوم على قول محمد، وقوله لا يفتقر إلى التفسير.

وتفسير قول أبي حنيفة في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل؛ لأنَّ العلو مثل نصف السفلى ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من السفلى، ستة وستون وثلثان ومعه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو، فبلغت مائة ذراع، فيساوي مائة من العلو المجرد، ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع؛ لأنَّ علوه مثل نصف سفله، فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا، والسفلى المجرد ستة وستون وثلثان؛ لأنَّه ضعف العلو، فيجعل بمقابلة مثله.

وتفسير / [٢٨٠و] قول أبي يوسف أن يجعل بإزاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل مائة ذراع من السفلى المجرد، أو مائة ذراع من العلو المجرد؛ لأنَّ العلو والسفلى عنده سواء، فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع، خمسون منها سفلى، وخمسون منها علو.

وإذا اختلف المتقاسمون، وشهد القاسمان قبلت شهادتهما، قال عليه السلام: هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا تقبل، وهو قول أبي يوسف أولاً، وبه قال الشافعي، وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما، وقاسما القاضي وغيرهما سواء، وقال الطحاوي: إذا قسما بأجر لا تقبل الشهادة بالإجماع، وإليه مال بعض المشايخ، ولو شهد قاسم واحد لا تقبل.

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

وإذا ادّعى أحدهما الغلط وزعم أنَّ مما أصابه شيئاً في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدّق على ذلك إلاّ ببينة، فإن لم يقدّم له بينة استحلف الشركاء، فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدّعي، فيقسم بينهما على قدر أنصباؤهما، قال عليه السلام: ينبغي أن لا يقبل^{١٥٠١} دعواه أصلاً لتناقضه، وإليه أشار من بعد.

وإن قال: قد استوفيت حقّي وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه، وإن قال: أصابني إلى موضع كذا فلم تسلّمه إليّ، ولم يُشهد على نفسه بالاستيفاء وكذّبه شريكه تحالفاً وفسخت القسمة. ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت إليه إلاّ إذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش.

^{١٥٠١} ل: أن يقبل.

ولو اقتسما داراً وأصاب كل واحد طائفة، فادعى أحدهما بيتاً في يد الآخر: أنه مما أصابه بالقسمة، وأنكر الآخر فعله إقامة البيّنة، وإن أقاما البيّنة يؤخذ بيّنة المدعي؛ لأنه خارج، وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفاً وتراذاً، وكذا إذا اختلفا في الحدود وأقاما البيّنة يقضى لكل واحدٍ بالجزء الذي هو في يد صاحبه، وإن قامت لأحدهما بيّنة قضى له، وإن لم تقم / [٢٨٠ ظ] لواحد منها تحالفاً كما في البيع.

وإذا اختصم الشركاء في الطريق يستوون في ملك رقبة الأرض، ولا يعتبر في ذلك سعة الدار وضيقها، أشار إليها في مسائل الشرب من كتاب إحياء الموات.

فصل

وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة، ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه، وقال أبو يوسف: تفسخ القسمة، قال عليه السلام: ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه، وهكذا ذكر في الأسرار، والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما، فأما في استحقاق بعض معيّن لا تُفسخ القسمة بالإجماع، ولو استحق بعض شائع في الكلّ تفسخ القسمة بالاتفاق.

فهذه ثلاثة أوجه، ولم يذكر قول محمد، وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف وأبو حفص مع أبي حنيفة، وهو الأصح، وأبو يوسف يقول: بأن باستحقاق بعض شائع ظهر شريكاً ثالثاً، والقسمة بدون رضاه باطلة، كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين، وباستحقاق جزء شائع ينعلم معنى القسمة، وهو الإفراز؛ لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعاً بخلاف المعين.

ولهما أن معنى الإفراز لا ينعلم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما، ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء، بأن كان النصف المقدّم مشتركاً بينهما وبين ثالث والنصف المؤخّر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فافقسما على أن لأحدهما ما لهما من المقدّم، وربع المؤخر يجوز، وكذا في الانتهاء، وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين؛ لأنه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين، أمّا ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا.

صورة المسألة إذا أخذ أحدهما الثلث المقدّم من الدار، والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتها سواء، ثم استحق نصف المقدّم فعندهما إن شاء نقض القسمة دفعاً لعب التشقيص، وإن شاء / [٢٨١ و] رجع على صاحبه برقع ما في يده عن المؤخر، لأنه لو استحق كل المقدّم رجع بنصف ما في يده، فإذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتباراً للجزء بالكل، ولو باع صاحب المقدّم نصفه، ثم استحق النصف الباقي رجع برقع ما في يد الآخر عندهما، وسقط خياره ببيع البعض، وعند أبي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان، ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه.

فلو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة، وكذا إذا كان غير محيط إلا إذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم، ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من ما لهم والدين محيط أو غير محيط جازت القسمة.

ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صحّ دعواه، ولو ادعى عينا بأيّ سبب كان لم يسمع للتناقض، إذ الإقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركاً.

ولا تجوز قسمة الدين قبل القبض، ذكرها في فصل الضمان من الكفالة.

فصل في المهايأة

والمهايأة جائزة استحساناً للحاجة إليه، إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع، فأشبهه القسمة، ويجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة، ولو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة، يقسم القاضي؛ لأنه أبلغ، ولو وقعت فيما يحتمل القسمة، ثم طلب أحدهما القسمة، يقسم وتبطل المهايأة؛ لأنه أبلغ.

ولا يبطل التهايو بموت أحدهما، ولا بموتهما. ولو تهايا في دارٍ واحدةٍ على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة - أي ناحية من الدار - وهذا علوها وهذا سفلهما جاز كما في القسمة. والتهايو في هذا الوجه إفراز لا مبادلة، ولهذا لا يشترط فيه التأقيت، ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهايأة، شرط ذلك في القسمة أو لم يشترط.

ولو تهايا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوماً وهذا يوماً جاز، وكذا هذا في البيت الصغير؛ لأن المهايأة قد تكون في الزمان، وقد تكون من حيث المكان، والأول متعين ههنا، ولو اختلفا في التهايو من حيث [٢٨١ظ] الزمان والمكان في محلٍ يحتملها يأمرهما القاضي أن يتفقا، فإن اختلفا من حيث الزمان يقرع في البداية نفيًا للتهمة.

ولو تهايا في العبدین على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما؛ لأن القسمة على هذا الوجه جائزة جبراً من القاضي وبالتراضي، فكذا المهايأة، وقيل عند أبي حنيفة: لا يقسم القاضي، وهكذا روي عنه، والأصح أنه يقسم القاضي عنده أيضاً، وفي النهاية: وحاصل مسائل التهايو في العبد، هو أن التهايو في استخدام عبد واحد بينهما من غير استغلال يجوز بلا خلاف، وكذلك في العبدین على الأصح، أي يجوز بلا خلاف، وأما التهايو في العبد الواحد بينهما من حيث الاستغلال فلا يجوز بالاتفاق، والتهايو في العبدین بينهما من حيث الاستغلال يجوز عندهما، خلافاً لأبي حنيفة، انتهى.

ولو تهايا فيهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحساناً للمساحة في إطعام المماليك، بخلاف شرط الكسوة؛ لأنه لا تسامح فيها.

ولو تهايا في دارين على أن يسكن كل واحدٍ منهما داراً جاز، ويجبر القاضي عليه، عندهما ظاهر؛ لأن الدارين عندهما كدار واحدة، وقد قيل لا يجبر عنده اعتباراً بالقسمة، وعن أبي حنيفة عليه السلام أنه لا يجوز التهايو فيهما أصلاً، بالجبر وبالتراضي، بخلاف قسمة رقبتهما، وفي الدائتين لا يجوز المهايأة على الركوب عند أبي حنيفة وعنهما يجوز والتهايو في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف، بخلاف العبد. وأما التهايو في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية، وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز.

ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما على غلتها في نوبة الآخر، يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل، بخلاف ما إذا كان التهايو على المنافع فاستغل أحدهما في نوبته زيادةً.

والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز أيضاً في ظاهر الرواية،/[٢٨٢و] ولو فضل غلة أحدهما لا يشتركان فيه، بخلاف الدار الواحدة، وكذا يجوز في الاستغلال في العبدین عندهما اعتباراً بالتهايؤ في المنافع، ولا يجوز عنده، ولا يجوز أي الاستغلال في الدائتين عنده، خلافاً لهما.

ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتهيأ على أن يأخذ كل واحدٍ منهما طائفة يستثمرها أو يرعها ويشرب لبانها لا يجوز، والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد ما مضى نوبته، أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضاً لنصيب صاحبه؛ إذ قرض المشاع جائز.

كتاب المزارعة

قال أبو حنيفة: المزارعة بالثلث والربع باطلة.

اعلم أن المزارعة مفاعلة من الزرع، وفي الشريعة: عقدٌ على الزرع ببعض الخارج، وهي فاسدة عند أبي حنيفة، وقالوا: جائزة، وإذا فسد عنده فإن سقى الأرض وكربها ولم يخرج شيء فله أجر مثله، فيكون في معنى إجارة فاسدة، وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض، وإن كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الأرض، والخارج في الوجهين لصاحب البذر، لأنه نماء ملكه، وللآخر الأجر، إلا أن الفتوى على قولهما أي في جواز المزارعة لحاجة الناس إليها، ولظهور تعامل الأمة بها، والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع.

ثم المزارعة لصحتها على قول من يميزها شروط:

أحدها: كون الأرض سالحة للزراعة، والثاني: أن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد، وهو لا يختص به؛ لأن عقدًا ما لا يصح إلا من الأهل، الثالث: بيان المدة، والرابع: بيان من عليه البذر، والخامس: بيان نصيب من لا بذر من قبله، والسادس: أن يخلّي رب الأرض بينها وبين العامل، حتى لو شرط عمل رب^{١٥٠٢} الأرض يفسد العقد لفوات التخلية، والسابع: الشركة في الخارج بعد حصوله، والثامن: بيان جنس البذر ليصير الأجر معلوماً.

وهي عندهما على أربعة أوجه:

إن كانت الأرض والبذر لواحدٍ، والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة. وإن كانت الأرض لواحد، والعمل والبقر والبذر لواحد جازت. وإن كانت الأرض والبقر والبذر لواحد، والعمل من آخر جازت. وإن كانت الأرض والبقر والبذر والعمل لآخر فهي باطلة. وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضاً؛ لأنه لو شرط البذر والبقر عليه، أي على رب الأرض يجوز، وكذا إذا شرط وحده وصار كجانب العامل.

^{١٥٠٢} ل م - رب؛ صح الهامش في م.

وههنا وجهان آخران لم يذكرهما. أحدهما: أن يكون البذر لأحدهما، والأرض والبقر والعمل للآخر، وأنه لا يجوز، والثاني: أن يجمع بين البذر والبقر، وأنه لا يجوز أيضاً عند الانفراد، فكذا عند الاجتماع. معنى قوله "عند الانفراد" انفراد البذر والبقر بأن كان من أحدهما البقر لا غير، أو البذر لا غير، كذا في الكفاية، والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية، وفي رواية لصاحب الأرض، ويصير مستقرباً البذر، قابضاً له باتصاله بأرضه.

ولا تصح المزارعات إلا على مدة معلومة على ما بينا، وأن الخارج شائعاً بينهما، فإن شرط لأحدهما قفزناً مسماً فهي باطلة، وكذا إذا شرطاً أن يدفع لصاحب البذر بذره، ويكون الباقي بينهما نصفين بخلاف ما إذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقي بينهما، فإنه يجوز، كما إذا شرط رفع العشر وقسمة الباقي والأرض عشريّة، وكذلك إن شرطاً ما على الماذيان والسواقي، معناه لأحدهما، والماذيان جمع الماذيان، وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول، فارسيّ معرب، وقيل يجتمع فيه ماء السيل، ثم يسقى منه الأرض، والسواقي جمع الساقية، وهو فوق الجدول دون النهر، ويحتمل أن يكون بينهما فرق، لذلك أوردتهما بعطف أحدهما على الآخر، كذا في النهاية.

وعلى هذا إذا شرط لأحدهما ما يخرج من ناحية معيّنة، والآخر ما يخرج من ناحية أخرى، وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب، وكذا إذا شرطاً التبن نصفين، والحب / [٢٨٣] لأحدهما بعينه. ولو شرطاً الحب نصفين ولم يتعرضاً للتبن صحّت، ثم التبن يكون لصاحب البذر؛ لأنه نماء ملكه، وفي حقه لا يحتاج إلى الشرط، والمفسد هو الشرط، وهذا سكوت عنه، وقال مشايخ بلخ التبن بينهما أيضاً اعتباراً للعرف فيما لم ينصّ عليه المتعاقدان. ولو شرطاً الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحّت، ولو شرطاً التبن للآخر فسدت.

وإذا صحّت المزارعة فالخارج على الشرط، وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل، وإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر. ولو كان البذر من ربّ الأرض للعامل أجر مثله، لا يزداد على مقدار ما شرط، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: له أجر مثله بالغاً ما بلغ.

وإن كان من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه، وهل يزداد على ما شرط له من الخارج؟ فهو على الخلاف الذي ذكره.

ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر مثل الأرض والبقر، هو الصحيح، قوله "هو الصحيح" احتراز عن قول بعض أصحابنا، فإنهم قالوا: معنى قول محمد فعلى العامل أجر مثل الأرض والبقر إن لم يغرم له أجر مثل الأرض مكروية، فأما البقر لا يجوز أن يستحقّ بعقد المزارعة بحال، فلا ينعقد عليه صحيحاً ولا فاسداً.

ووجوب أجر المثل لا يكون بدون انعقاد العقد، والمنافع لا تتقوم إلا بالعقد، لكن الأصحّ أن عقد المزارعة من جنس الإجارة، ومنافع البقر مما يجوز استحقاقها بعقد الإجارة، فينعقد عليها عقد المزارعة بصفة الفساد، ويجب أجر مثلها، كما يجب أجر مثل الأرض كما في المبسوط، كذا في الكفاية.

وإذا استحقَّه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الأرض وتصدَّق بالفضل، وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه، أي قبل إلقاء البذر، وأمَّا بعده فيجب؛ لأنَّ عقد المزارعة يكون لازماً من الجانبين بعد إلقاء البذر، كذا في الكفاية.

ولو امتنع الذي ليس من قبله [٢٨٣ظ] البذر أجبره الحاكم على العمل، إلَّا إذا كان عذر انفسخ به الإجارة، فتفسخ به المزارعة.

ولو امتنع ربُّ الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب، قيل: هذا في الحكم، فأما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل، لأنَّه غرَّه في ذلك.

وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتباراً بالإجارة، وقد مرَّ الوجه في الإجازات، ولو كان دفعها ثلاث سنين، فلمَّا نبت الزرع في السنة الأولى ولم يستحصل حتى مات ربُّ الأرض ترك الأرض في يد المزارع حتى يستحصل الزرع، ويقسم على الشرط، وتتقض المزارعة فيما بقي من السنتين. ولو مات ربُّ الأرض قبل الزراعة بعد ما كرب الأرض وحفر الأنهار انقضت المزارعة، ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل.

وإذا فسخت المزارعة بدينٍ قاذٍ أي ثقيل لحق صاحب الأرض فاحتاج إلى بيعها جاز، وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الأنهار بشيء. ولو نبت الزرع ولم يستحصل لم تُبَع الأرض في الدين حتى يستحصل الزرع، ويخرجه القاضي من الحبس إن كان حبسه في الدين.

وإذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض إلى أن يستحصل، والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما، معناه حتى يستحصل بخلاف ما إذا مات ربُّ الأرض والزرع بقل، حيث يكون العمل فيه على العامل.

فإن أنفق أحدهما أي في المسألة الأولى - وهي إذا انقضت مدة الإجارة - بغير إذن صاحبه وأمر القاضي فهو متطوع. ولو أراد ربُّ الأرض أن يأخذ الزرع بقلًا لم يكن له ذلك، ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلًا قيل لصاحب الأرض: اقلع الزرع فيكون بينكما، أو أعطه قيمة نصيبه، أو أنفق أنت على الزرع وأرجع بما تنفقه في حصته.

ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته: [٢٨٤و] نحن نعمل إلى أن يستحصل الزرع، فأبى ربُّ الأرض فلهم ذلك، فإن أرادوا قطع الزرع لم يجبروا على العمل، والمالك على الخيارات الثلاثة، يعني المذكورة، وفي العناية وغيرها: إلَّا أنَّ في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بكُلِّها، إذ العمل على العامل مستحقٌّ لبقاء العقد، انتهى.

وكذلك أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية، عليهما بالحصص، وفي النهاية: الحصاد بفتح الحاء وكسرهما لغتان، وقرأ بهما في قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾^{١٥٣}، والرفاع: وهو أن يرفع الزرع إلى البئر^{١٥٤}، والكسر

^{١٥٣} سورة الأنعام، ١٤١/٦

^{١٥٤} مجمع الحصاد، بالتركي خُزْمان مكاني.

لغة، والدِّياسة في الطعام أن يدخل بقوائم الدواب، أو يكون عليه المدّوس - يعني المجرّج^{١٥٠٥} حتى يصير تيناً، والدِّياس صَقْل السيف^{١٥٠٦} واستعمالُ الفقهاء إيّاه في موضع الدِّياسة جائز، قال الأصمعيّ: دِياس الكُدس ودِواسُه واحدٌ، انتهى.

فإن شرطاه - أي ما ذكر من الأمور في المزارعة - على العامل فسدت، وهذا الحكم ليس يختصّ بما ذكر من الصورة، وهو انقضاء المدّة والزرع لم يدرك بل هو عامٌ في جميع المزارعات، وإذا شرط في العقد ذلك، ولا يقتضيه، وفيه منفعة لأحدهما يفسد العقد كشرط الحمل والطحن على العامل، وعن أبي يوسف أنّه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للتعامل، وهو اختيار مشايخ بلخ، قال شمس الأئمة السرخسي: هذا هو الأصح في ديارنا، أي بخارا.

فالحاصل أنّ ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقي والحفظ فهو على العامل، وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالخصاد والدِّياس وأشباهه، وما كان بعد القسمة فهو عليهما، والمعاملة قياس هذا: ما كان قبل إدراك الثمن من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل، وما كان بعد الإدراك كالجذاذ والحفظ فهو عليهما، ولو اشترط الجذاذ على العامل لا يجوز بالاتفاق؛ لأنّه لا عرف فيه،/[٢٨٤ظ] وما كان بعد القسمة فهو عليهما، ولو شرط الخصاد في الذرع على ربّ الأرض لا يجوز بالإجماع؛ لعدم العرف.

ولو أراد فصل الفصيل أو جدّ الثمر بُسراً، أو التقاط الرطب فذلك عليهما، ولو دفع الزرع وهو بقل جاز، وإن استحصد وأدرك لم يجز، ذكرها في كتاب المساقاة.

كتاب المساقاة

قال أبو حنيفة: المساقاة بجزء من الثمر باطلّة، وقالوا: جائزة إذا ذكر مدّة معلومة، ويسمّى جزءاً من الثمر مُشاعاً.

والمساقاة: هي المعاملة، والكلام فيه كالكلام في المزارعة، وقال الشافعيّ: المعاملة جائزة. ولا تجوز المزارعة إلّا تبعاً للمعاملة وشرط المدّة قياس فيه؛ لأنّه إجارة معنّى كما في المزارعة، وفي الاستحسان إذا لم يبيّن المدّة يجوز ويقع على أوّل ثمر يخرج، وإدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمار، ولا يشترط بيان المدّة بخلاف الزرع، وبخلاف ما إذا دفع إليه غرساً قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز إلّا بيان المدّة، وبخلاف ما إذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها، في العناية: معناه حتى يذهب أصولها وينقطع نباتها، انتهى.، أو أطلق في الرطبة، يعني لم يقل "حتى يذهب أصولها" تفسد المعاملة.

^{١٥٠٥} المدّوس ما يداس به الطعام وفي اللسان الكدس يجرد عليه جزءاً، الزبيدي، تاج العروس، دوس.

^{١٥٠٦} أي جلّائه.

وشرط تسمية الجزء مشاعاً، إذ شرط جزء معين يقطع الشركة، فإن سميّا في المعاملة وقتاً يعلم أنّه لا يخرج الثمر فيها - أي في تلك المدة - فسدت المعاملة، ولو سميّا مدّة قد تبلغ الثمرة فيها وقد تتأخّر عنها جازت، ثم لو خرج في الوقت المسمّى فهو على الشركة، وإن تأخّر للعامل أجر المثل، فصار كما إذا علم ذلك ابتداءً، بخلاف ما إذا لم يخرج أصلاً؛ لأنّ الذهاب بأفة، فلا يتبيّن فساد المدّة، فبقي العقد صحيحاً، ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه. ويجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان، وقال الشافعيّ في الجديد: لا يجوز إلّا في النخل والكرم، وليس لصاحب الكرم / [٢٨٥و] أن يخرج العامل من غير عذر، وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر، فإن دفع نخلاً فيه ثمرة مساقاة والثمرة تزيد بالعمل جاز، وإن كانت قد انتهت لا يجوز.

وإذا فسدت المساقاة للعامل أجر مثله، وتبطل المساقاة بالموت، فإن مات ربّ الأرض والخارج بسرّ للعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر وإن كره ذلك ورثه ربّ الأرض استحساناً، فيبقى العقد دفعاً للضرر عنه، ولا ضرر فيه على الآخر، ولو التزم العامل الضرر، يتخيّر ورثة الآخر بين أن يقتسموا بسرّ على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من بسرّ وبين أن ينفقوا على بسرّ حتى يبلغ ويرجعوا بذلك في حصّة العامل من الثمن. ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن كره ربّ الأرض؛ لأنّ فيه النظر من الجانبين، فإن أرادوا أن يصرموه بسرّاً كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاثة التي يبتّنها، وإن ماتا جميعاً فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه، فإن أبي ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة ربّ الأرض على ما وصفنا، وإذا انقضت مدة المعاملة، والخارج بسرّ أخضر، فهذا والأوّل سواء، وللعامل أن يقوم عليها إلى أن يدرك، لكن بغير اجر؛ لأنّ الشجر لا يجوز استجاره بخلاف المزارعة في هذا؛ لأنّ الأرض يجوز استجارها، وكذلك العمل كله على العامل ههنا، وفي المزارعة في هذا عليهما.

وتفسخ المساقاة بالأعذار كما في الإجارة، وقد بيّنا وجوه العذر فيها، ومن جملتها أن يكون العامل سارقاً يخاف عليه سرقة السّعف^{١٥٧} والتمر قبل الإدراك.

ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل، ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذراً؟ فيه روايتان، وتأويل أحديهما أن يشترط العمل بيده، فيكون عذراً من جهته، وفي العناية: فيه روايتان، في إحديهما لا يكون عذراً، ويجبره على ذلك؛ لأنّ العقد لازم لا يفسخ إلّا من عذر لا يلحق به ضرر، وههنا ليس كذلك، وفي الأخرى عذر، وتأويله... إلخ، / [٢٨٥ظ] انتهى.

ومن دفع أرضاً بيضاء إلى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجراً على أن تكون الأرض والشجر بين ربّ الأرض والغارس نصفين لم يجز ذلك، وجميع الثمر والغرس لربّ الأرض، وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل، والله أعلم.

^{١٥٧} وفي القاموس السعف محرّكة جريد النخل أو ورقه وأكثر ما يقال إذا يبست، وإذا كانت رطبة فشطبة، من ل م ن.

كتاب الذبائح

الذكاة شرط حلّ الذبيحة، لقوله تعالى: {إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ}،^{١٥٠٨} ولأنّ به يتميّز الدم النجس من اللحم الطاهر، وكما ثبت به الحلّ تثبت به الطهارة في المأكول وغيره.

وهي اختياريّ كالجرح فيما بين اللبّة^{١٥٠٩} واللّحين، واضطراريّ وهو الجرح في أيّ موضع كان من البدن، والثاني كالبذل عن الأول؛ لأنّه لا يصار إليه إلّا عند العجز عن الأول، وهذا آية البدلية، وهذا لأنّ الأول أعمل في إخراج الدم والثاني أقصر فيه، فاكتمى فيه عند العجز عن الأول، إذ التكليف بحسب الوسع.

ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد، إمّا اعتقاداً كالمسلم، أو دعوى كالكتابي، وأن يكون حلالاً خارج الحرم على ما نبّهه إن شاء الله تعالى.

وذبيحة المسلم والكتابيّ حلال، ويحلّ إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وإن كان صبيّاً أو مجنوناً أو امرأة، قال في العناية: يعقل التسمية، قيل: يعني لفظ التسمية، وقيل: يعقل أن حلّ الذبيحة بالتسمية، والذبيحة يعني قدّر على الذبح، ويضبط أي يعلم شرائط الذبح من فريّ الأوداج والحلقوم، قال في النهاية: أو مجنوناً أي معتوهاً، فإنّ المجنون لا قصد له، ولا بدّ منه؛ لأنّ التسمية شرط بالنص، وهي بالقصد، انتهى كلام العناية، وأمّا إذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا يحلّ. والأقلّف والمختون^{١٥١٠} سواء.

وإطلاق الكتابيّ ينتظم الكتابيّ الذمّيّ والحربي والعربيّ والتغليّ؛ لأنّ الشرط قيام الملة على ما مرّ، ولا تحل ذبيحة المجوسيّ والمرتدّ والوثنيّ، وإذا تحوّل الكتابيّ إلى غير دينه تحلّ ذبيحته، قال في النهاية: هذا تحوّل الكتابيّ إلى دين هو من دين أهل الكتاب، كما إذا تهود النصرانيّ، أو تنصّر اليهوديّ، وكذا [٢٨٦و] لو تهود المجوسيّ أو تنصّر يؤكل ذبيحته وصيده؛ لأنّه يقر على ما اعتقد عندنا؛ لأنّه صار بحيث يدّعي التوحيد، أمّا لو تمجّس يهودي أو نصراني لم يحلّ صيده ولا ذبيحته بمنزلة ما لو كان مجوسياً في الأصل، انتهى.

واختلفوا في حلّ ذبيحة الصابغين بناءً على اختلافهم في حلّ تزويجهم؛ بسبب اشتباه مذهبهم، فإنّهم إن كانوا يؤمنون بدين نبيّ، ويُقرّون بكتاب حلّت ذبيحتهم؛ لأنّهم من أهل الكتاب، وإن كانوا يعبدون الكواكب، ولا كتاب لهم لم يحلّ؛ لأنّهم مشركون، ذكرها في كتاب النكاح.

ولا يؤكل ذبيحة المُحرّم، يعني من الصيد، وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم من الصيد والإطلاق في الحرم ينتظم الحلّ والحرم، والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والحرم بخلاف ما إذا ذبح المحرم غير الصيد، أو ذبح في الحرم غير الصيد، حيث يحلّ.

^{١٥٠٨} سورة المائدة، ٣/٥.

^{١٥٠٩} اللبّة موضع النحر من الصدر، من ل.

^{١٥١٠} ل ن : المجنون؛ م: المختوم

وإن ترك الذابح التسمية عمداً فالذبيحة ميتة لا تؤكل، وإن تركها ناسياً أكل، وقال الشافعي: أكل في الوجهين، وقال مالك: لا يؤكل في الوجهين.

والمسلم والكتاني في ترك التسمية سواء، وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب، وعند الرمي، وهذا القول من الشافعي مخالف للإجماع، فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامداً، وإنما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسياً، فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما أنه يحرم، ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهما أنه يحل، بخلاف متروك التسمية عامداً، ولهذا قال أبو يوسف والمشائخ: إن متروك التسمية عامداً لا يسع فيه الاجتهاد، ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ، لكونه مخالفاً للإجماع.

التسمية في ذكاة الاختياري تشترط عند الذبح، وهو على المذبح، وفي الصيد يشترط عند الإرسال والرمي، وهو على الآلة، فلو أضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز، أما لو أضجع أحديهما فوق الأخرى وذبحهما بمرة واحدة، تحللان بتسمية واحدة، ذكرها في كتاب الصيد.

ولو رمى إلى صيد وسمى وأصاب غيره حل، وكذا في الإرسال، [٢٨٦ظ] ولو أضجع شاة وسمى، ثم رمى بالشفرة، وذبح بأخرى أكل. ولو سمي على سهم ثم رمى بغيره صيداً لا يؤكل.

ويكره أن يذكر مع اسم الله شيئاً غيره، وأن يقول عند الذبح: اللهم تقبل من فلان، وهذه ثلاث مسائل: أحديهما أن يذكر موصولاً لا معطوفاً^{١٥١١} فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال، ونظيره أن يقول: بسم الله محمد رسول الله؛ لأن الشراكة لم توجد، فلم يكن الذبح واقعاً له، إلا أنه يكره لوجود القرآن صورة.

والثانية أن يذكر موصولاً على وجه العطف والشراكة، بأن يقول: بسم الله ومحمد رسول الله، بكسر الدال، فتحرم الذبيحة؛ لأنه أهل به لغير الله، وفي العناية: قوله "بكسر الدال" يشير إلى أنه لو قال غير مكسور لا يحرم، قيل: هذا إذا كان يعرف النحو، وقال التمرتاشي: إن خفضه لم تحل؛ لأنه يصير ذابحاً له، وإن رفعه تحل؛ لأنه كلام مبتدأ، وإن نصبه اختلفوا فيه، قال بعضهم على قياس ما روي عن محمد أنه لا يرى الخطأ في النحو معتبراً في باب الصلاة ونحوها: لا تحرم، انتهى.

والثالثة أن يقول مفصولاً عنه صورةً ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضجع الشاة أو بعده، وهذا لا بأس به، والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود: "جردوا التسمية"، حتى لو قال عند الذبح: اللهم اغفر لي لا يحل، لأنه دعاء وسؤال، وفي العناية: قوله "عند الذبح"، إشارة إلى أنه لو قدمه أو أخره لا بأس به، انتهى.

ولو قال: الحمد لله، أو سبحان الله، يريد التسمية حلّ بلا خلاف، كذا في العناية. ولو عطس عند الذبح، فقال: الحمد لله، لا يحل في أصح الروايتين، وما تداولته الألسن عند الذبح، وهو قوله: باسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى: ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ﴾^{١٥١٢}

^{١٥١١} ل: مقطوعاً.

^{١٥١٢} سورة الحج، ٣٦/٢٢.

والذبح ما بين الخلق واللَّبَّة، وفي الجامع الصغير: لا بأس بالذبح في الخلق كِلِّه وسطه وأعلاه وأسفله، والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة: الحلقوم والمريء والودجان [٢٨٧و] لقوله عليه السلام: {أَفْرِ الْأَوْدَاجَ وَأَهْرِ الدَّمَ بِمَا شِئْتَ}،^{١٥١٣} وهي اسم جمع، وأقله الثلاث، فتناول المريء والودجين، وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمريء، إلا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم، فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه. وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك.

ولا يجوز الأكثر منها، بل يشترط قطع جميعها، وعندنا إن قطعها حلَّ الأكل، وإن قطع أكثرها فكذلك عند أبي حنيفة، وقالوا: لا بدَّ من قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين، قال عليه السلام: هكذا ذكر القدوري الاختلاف في مختصره، والمشهور في كتب مشايخنا أنَّ هذا قول أبي يوسف وحده، وقال في الجامع الصغير: إن قطع نصف الحلقوم، ونصف الأوداج لم يؤكل، فإن قطع الأكثر من الأوداج والحلقوم قبل أن يموت أكل، ولم يحك خلافاً، واختلفت الرواية فيه، والحاصل أنَّ عند أبي حنيفة إذا قطع الثلاث أي ثلاث كان يحلّ، وبه كان يقول أبو يوسف أولاً، ثم رجع إلى ما ذكرنا، وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد، وهو رواية عن أبي حنيفة.

وإذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت، وماتت فيه يؤكل؛ لأنَّ ما بقي من الحركة اضطراب المذبوح، فلا يعتبر، ذكرها في الصيد.

ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسنَّ إذا كان - أي السنَّ - منزوعاً حتى لا يكون بأكله بأس، إلا أنه يكره هذا الذبح، وقال الشافعي: المذبوح ميتة لا يحلّ، ويجوز الذبح بالليطة أي قشر القصب والمروة، وهي حجارة بيض بَرَّاقَة، أو أصلب الحجارة، كذا في القاموس، وفي العناية الحجر الحادّ، وبكل شيء أضر الدم، إلا السنَّ القائم والظفر القائم، فإنَّ المذبوح بميتة، نصَّ محمد في الجامع الصغير على أنها ميتة؛ لأنَّه وجد فيه نصّاً، وما لم يجد فيه نصّاً يحتاط في ذلك، فيقول للحلّ لا بأس، وفي الحرمة يقول: يكره، أو لم يؤكل.

ويستحب أن يُحدَّ الذابح شفرته، ويكره أن يضجعها، ثم يحدّ الشفرة، ومن بلغ بالسكين النخاع أو قطع الرأس كره له ذلك، ويؤكل ذبيحته، وفي بعض النسخ، قطع مكان بلغ، والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة. أمّا الكراهة فلما روي [٢٨٧ظ] عن رسول الله صَلَّى الله عليه وسلّم أنه نهي أن تنزع الشاة إذا ذبحت، وتفسيره ما ذكرناه، يعني أنَّ النخع قطع النخاع، وقيل معناه أن يُمدَّ رأسه حتى يظهر مذبجه، وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب، وكلّ ذلك مكروه؛ لأنَّ فيها تعذيب الحيوان بلا فائدة، وهو منهّي عنه، والحاصل أنَّ ما فيه زيادة الألم لا يحتاج إليه في الذكاة مكروه.

ويكره أن يجزَّ ما يريد ذبحه برجله إلى المذبح، وأن ينزع الشاة قبل أن تبرد، يعني تسكن من الاضطراب، وبعده لا ألم، فلا تكره النخع والسلخ، إلا أنَّ الكراهة لمعنى زائد، وهو زيادة الألم قبل الذبح أو بعده، فلا توجب

^{١٥١٣} انظر: المعجم الأوسط للطبراني، ٧١٩٠، بلفظ: {اذبحوا بكلّ شيء فري الأوداج وأهر الدم ما خلا السنَّ والظفر.}؛ وفي السنن الكبرى للبيهقي، ١٩١٥١، بلفظ: {كلّ ما أفرى الأوداج غير مثرّد.}

التحريم، فهذا قال: توكل ذبيحته. وإن ذبح الشاة من قفاها فبقيت حيّة حتى قطع العروق حلّ ويكره، فصار كما إذا أجرحها ثم قطع الأوداج، فإن مات قبل قلع العروق لم توكل.

وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح، وما توخّش من النعم فذكاته العقر والجرح، وكذا ما تردّى من النعم في بئر، ووقع العجز عن ذكاة الاختيار، فذكاته العقر والجرح أيضاً، كذا في النهاية، وقال مالك: لا تحلّ بذكاة الاضرار في الوجهين. وفي الكتاب أطلق فيما توخّش من النعم، وعن مُجَدِّ أَنَّ الشاة إذا نذت في الصحراء فذكاها العقر، وإن نذت في المصر لا يحل بالعقر، والمصرّ وغيره سواء في البقر والبعير، والصيال كالنودود إذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حلّ أكله.

والمستحبّ في الإبل النحر، فإن ذبحها جاز ويكره، والمستحبّ في البقر والغنم الذبح، فإن نحرها جاز ويكره، فلا استحباب لموافقة السنّة المتواترة، ولا اجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما^{١٥١} في المذبح، والكراهة لمخالفة السنّة، وهي لمعنى في غيره، فلا يمنع الجوار والحلّ، خلافاً لما يقوله مالك: إنّه لا يحلّ.

ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة فوجد في بطنها جنيناً ميتاً لم يؤكل، أشعر أو لم يشعر، يعني نبت شعره أو لم ينبت، وهذا عند أبي حنيفة، وهو قول زفر والحسن بن زياد، وقال أبو يوسف ومُجَدِّ: إذا تم خلقه أكل، وهو قول الشافعي. [٢٨٨و]

فصل فيما يحلّ أكله وما لا يحلّ

ولا يجوز أكل ذي ناب من السباع، ولا ذي مخلب من الطير؛ لأنّ النّبيّ عليه السلام نهى عن أكل كلّ ذي مخلب من الطيور وكلّ ذي ناب من السباع،^{١٥١٥} وقوله: "من السباع" ذكر عقيب النوعين، فينصرف إليهما، فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كلّ ما له مخلب أو ناب، والسبع كلّ مختطف منتهب جارح قاتل عادٍ عادة، ومعنى التحريم - والله أعلم - كرامة بني آدم كيلاً يعدو وشيء من هذه الأوصاف الذميمة إليهم بالأكل.

ويدخل فيه - أي في السبع - الضبّع والثعلب، فيكون الحديث حجّة على الشافعي في إباحتهما، والفيل ذو ناب فيكره، واليربوع وابن عرس من السباع الهوام، وكرهوا أكل الرخم والبغاث لأكلهما الجيف، ولا بأس بغراب الذرع، ولا يؤكل إلاّ البقع الذي يأكل الجيف، وكذا الغداف، وقال أبو حنيفة: لا بأس بأكل العقعق، وعن أبي يوسف أنّه يكره، ويكره أكل الضبّ، والضبع، والزنبور، والسلحفاة، والحشرات كلّها، وعند الشافعيّ يباح الضبّ.

ولا يجوز أكل الحُمُر الأهلية والبغال، ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة، وهو قول مالك، وقول أبو يوسف ومُجَدِّ والشافعي: لا بأس بأكله، ثم قيل: الكراهة عنده كراهة تحريم، وقيل: كراهة تنزيه، والأوّل أصح، أمّا لبنه فقد قيل: لا بأس به، ولا بأس بأكل الأرنب.

^{١٥١٤} م: فيها.

^{١٥١٥} انظر: صحيح المسلم، ١٩٣٤؛ وسنن أبي داود، ٣٨٠٥.

وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر لحمه وجلده إلاّ الآدمي والخنزير، فإنّ الذكاة لا تعمل فيهما، فالآدمي لحرمته، والخنزير لنجاسته، كما في الدبّاغ، وقال الشافعي: الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك، وكما يطهر لحمه يطهر شحمه، حتى لو وقع في المال القليل لا يفسده، خلافاً له، وهل يجوز الانتفاع به في غير الأكل؟ قيل: لا يجوز اعتباراً بالأكل، وقيل: يجوز كالزيت إذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الأكل.

ولا يؤكل من حيوان الماء إلاّ السمك، وقال مالك وجماعة بإطلاق جميع ما في البحر، واستثنى بعضهم الخنزير والسباع والكلب والإنسان، وعن الشافعي أنّه أطلق [٢٨٨ظ] ذلك كلّ، والخلاف في الأكل والبيع واحد.

ويكره أكل الطافي منه، أي من السمك، وقال الشافعي ومالك: لا بأس به، ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وأنواع السمك والجراد من غير ذكاة، وقال مالك: لا يحل الجراد إلاّ أن يقطع الآخذ رأسه ويشويه، وسئل عليّ رضي الله عنه عن الجراد، يأخذه الرجل من الأرض وفيها الميت وغيره، فقال: كلّ كلّ، وهذا غدّ عن فصاحته ودلّ على إباحته وإن مات حتف أنفه بخلاف السمك إذا مات من غير آفة؛ لأنّا خصّصناه بالنص الوارد في الطافي.

ثم الأصل في السمك عندنا أنّه إذا مات بآفة يحلّ كالمأخوذ، وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافي، وتنسحب عليها فروع كثيرة بيّناها في كفاية المنتهي، وعند التأمل يقف عليها المبرّر، منها إذا قطع بعضها فمات يحلّ أكل ما أبين وما بقي؛ لأنّ موته بآفة، وما أبين من الحيّ وإن كان ميتاً فميتة حلال، وفي الموت بالحرّ والبرد روايتان.

قال في الكفاية في بيان الفرع التي ذكرها بقوله "وتنسحب عليها فروع... الخ":

هي أنّه لو وجد في بطن السمكة أخرى فإنّها تؤكل؛ لأنّ ضيق المكان سبب لموتها، وكذا إن جمعتها في خضيرة لا تستطيع الخروج منها، وهو يقدر على أخذها بغير صيد، فمُثِّلَ فيها لأنّ ضيق المكان سبب لموتها، وإن كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في أكلها؛ لأنّه لم يظهر لموتها سبب.

وإذا ماتت السمكة في السمكة، وهي لا تقدر على التخلص منها، أو أكلت شيئاً ألقيه في الماء ليأكل فماتت منه - وذلك معلوم - فلا بأس بأكلها وهو في معنى ما انحسر منه الماء، وقال عليه السلام: {مَا انْحَسَرَ عَنْهُ الْمَاءُ فَكُلْ} ^{١٥١٦} وكذلك لو انجمد الماء فبقيت بين الجمد وماتت، وأمّا إذا ماتت بحرّ الماء أو برده، ففيه روايتان، ففي إحدى الروايتين يؤكل لوجود السبب لموتها، وفي الرواية الأخرى: لا يؤكل؛ لأنّ الماء لا يقتل السمك حاراً كان أو بارداً، وروى هشام عن محمد أنّه إذا انحسر الماء عن بعضه، فإن كان رأسه في الماء فمات، لا يؤكل، وإن كان الماء انحسر عن رأسه، [٢٨٩و] وبقي ذنبه في الماء فهذا سبب لموته، فيؤكل، كذا في المبسوط. وفي الذخيرة: إذا وجد في بطن السمكة الطافئة سمكة أمّا تؤكل وإن كانت الطافئة لا تؤكل. وعن محمد في سمكة توجد في بطن الكلب أنّه لا بأس، يريد به إذا لم تتغيّر.

^{١٥١٦} انظر: سنن ابن ماجه، ٣٢٤٧، بلفظ: { ما ألقى البحر أو جزر عنه فكلوه، وما مات فيه وطفا فلا تأكلوه } ومعنى جزر عنه: انحسر أي رجع الى الخلف.

ولا بأس بأكل سمكة يصيدها المجوسي؛ لأنها تحلّ من غير تسمية؛ فإنّ المسلم إذا أخذ السمكة، وترك التسمية عامداً تحلّ، وما تحلّ بدون التسمية فالمجوسي وغير المجوسي فيه سواء، انتهى ما في الكفاية.

كتاب الأضحية

الأضحية^{١٥١٧} واجبة على كل حرّ مسلم، مقيم، موسرٍ في يوم الأضحى، عن نفسه، وعن ولده الصغار، أمّا الوجوب فقول أبي حنيفة ومُحمّد وزفر والحسن البصريّ وإحدى الروایتين عن أبي يوسف، وعنه أمّا سنة ذكر في الجوامع، وهو قول الشافعيّ، وذكر الطحاويّ أنّ على قول أبي حنيفة واجبة، وعلى قول أبي يوسف ومُحمّد سنة مؤكدة، وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف.

والعتيرة منسوخة، وهي شاة تقام في رجب على ما قيل.

ومقدار اليسار ما تجب به صدقة الفطر، وقد مرّ في الصوم، وسنبيّن مقدار الوقت ووجوبه عن ولده الصغار رواية الحسن عن أبي حنيفة ويروى عنه أنّه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر، ولا تجب عن عبده، وإن كان تجب عنه صدقة الفطر.

وإن كان للصغير مال يضحيّ عنه أبوه أو وصيّة من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال مُحمّد وزفر والشافعيّ: يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير، فالخلاف في هذا كالحلاف في صدقة الفطر، وقيل: لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم؛ لأنّ القرية تتأدّى بالإراقة، والصدقة بعده تطوّع، ولا يجوز ذلك من مال الصغير، ولا يمكنه أن يأكل كلّه، والأصحّ أن يضحيّ من ماله، ويأكل منه ما أمكنه ويتنازع ما^{١٥١٨} بقي ما ينتفع بعينه.

ويذبح عن كلّ واحدٍ منهم شاة، أو يذبح بقرة أو بدنة عن سبعة، ويجوز عن خمسة أو ستّة أو ثلاثة، ذكره مُحمّد في الأصل، ولا يجوز عن ثمانية، وكذا [٢٨٩ظ] لا يجوز إذا كان نصيب أحدهم أقلّ من السبع ولا يجوز عن الكلّ، وفي العناية كما إذا مات وترك امرأة وابناً وبقرةً فضحياً بها يوم العيد لم يجز؛ لأنّ نصيب المرأة أقلّ من السبع، فلم يجز نصيبها ولا نصيب الابن أيضاً، انتهى.

وقال مالك: يجوز عن أهل بيت واحد وإن كانوا أكثر من السبعة، ولا يجوز عن أهل بيتين وإن كانوا أقلّ

منها.

^{١٥١٧} قال الأصمعيّ: فيها أربع لغات، يقال أضحية و إضحية وجمعها أضاحي، وضحية وجمعها ضحايا، وأضحية وجمعها أضحي، أزهرى، تهذيب اللغة، ضحا؛ والأضحية بالتشديد على وزن أفعية، غير منسوب لأنّ الباء أصلية ففي جمعه حالة الرفع والخفض يجوز: أضاح كما يجوز أضاحي، انظر: جهرة اللغة لابن دريد، ١٣٤٣/٣.

^{١٥١٨} س: بما.

ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين يجوز في الأصح، وإذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن، ولو اقتسموا جُزأً لا يجوز، إلا إذا كان معه شيء من الأكارع والجلد اعتباراً بالبيع.

ولو اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه، ثم اشترك فيها ستة معه أُجزئ استحساناً، وفي القياس: لا يجوز، وهو قول زفر، والأحسن أن يفعل ذلك قبل الشرى ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القرية، وعن أبي حنيفة أنه يكره الاشتراك بعد الشري.

وليس على الفقير والمسافر أضحية، ولا يجوز دفع القيم في الضحايا بالإجماع، ذكرها في فصل "وليس في الفصلان" من كتاب الزكاة.

ووقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر، إلا أنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح حتى يصلي الإمام العيد، وبعد الصلاة يجوز وإن كان قبل نحر الإمام، خلافاً للشافعي ومالك، فإتھما لا يجوزان بعد الصلاة قبل نحر الإمام، فأما أهل السواد فيذبحون بعد طلوع الفجر، غير أن هذا الشرط في حق من عليه الصلاة، وهو المصري دون أهل السواد، ثم المعتبر في ذلك مكان الأضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز، كما انشق الفجر، وفي العكس لا يجوز إلا بعد الصلاة، وحيلة المصري إذا أراد التعجيل أن يبعث بها إلى خارج المصر، فيضحي بها كما طلع الفجر.

وتسقط الأضحية بملاك المال قبل مُضيّ أيام النحر، ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبّانة^{١٥١٩} أجزأه [٢٩٠و] استحساناً، وكذا على هذا عكسه، وقيل: هو جائز قياساً واستحساناً.

وهي أي الأضحية جائزة في ثلاثة أيام: يوم النحر ويومان بعده، وقال الشافعي: ثلاثة أيام بعده. وأفضلها أولها، ويجوز الذبح في لياليها، إلا أنه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل.

وأيام النحر ثلاثة، وأيام التشريق ثلاثة، والكل يمضي بأربعة أولها نحر لا غير، وآخرها التشريق لا غير، والمتوسطان نحر وتشريق. والتضحية فيها أفضل من التصدق بثمن الأضحية، ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر، إن كان أوجب على نفسه، أو قد كان فقيراً أو قد اشترى للتضحية تصدق بها حيّة، وإن كان غنياً تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتري.

ولا يضحي بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي إلى المنسك، ولا العجفاء، ولا تجزئ مقطوعة الأذن والذنب، ولا التي ذهب أكثر أذنّها، أو ذنبها، وإن بقي أكثر الأذن والذنب جاز، واختلف الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأكثر، ففي الجامع الصغير عنه: وإن قُطع من الذنب والأذن أو العين أو الألية الثلث أو أقلّ أجزأه، وإن كان أكثر لا يجوز، ويروى عند الربع، ويروى الثلث، أي يروى عدم الجواز فيها، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا بقي الأكثر من النصف أجزأه، وهو اختبار الفقيه أبي الليث.

^{١٥١٩} هنا بمعنى الصحراء، انظر: أساس البلاغة للزمخشري، ج ب ن؛ والقاموس المحيط للفيروزآبادي، ١/١١٨٥.

قال أبو يوسف: أخبرت بقولي أبا حنيفة، فقال: قولي كقولك، قيل: هو رجوع عنه إلى قول أبي يوسف، وقيل معناه قولي قريب من قولك.^{١٥٢٠}

وفي كون النصف مانعاً روايتان عنهما أي عن أبي يوسف ومُحمَّد، ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر، وفي العين قالوا: تشدَّ العين المعيبة بعد أن لا يعتلف الشاة يوماً أو يومين، ثم يقرب العلف إليها قليلاً قليلاً، فإذا رآه من موضع أُغْلِمَ على ذلك المكان، ثم يشدَّ عينها الصحيحة وقرب إليها العلف قليلاً قليلاً، حتى إذا رآه من مكان أعلم عليه، ثم ينظر إلى تفاوت ما بينهما، فإن كان ثلثاً فالذهب الثلث، وإن كان نصفاً فالنصف.

ويجوز أن يضحي بالجماء، وهي / [٢٩٠ ظ] التي لا قَرَن لها، وكذا مكسورة القرن والخصي، والثولاء، وهي المجنونة، وقيل هذا إذا كانت تعتلف، وأما إذا كانت لا تعتلف لا تجزئه. والجرباء إن كانت سمينة جاز، وإن كانت مهزولة لا تجوز. وأما الاهتمام، وهي التي لا أسنان لها، عن أبي يوسف أنه يعتبر في الأسنان الكثيرة والقلَّة، وعنه إن بقي ما يمكنه الاعتلاف به أجزأه. والسكاء - وهي التي لا أُذُن لها خلقة - لا تجوز إن كان هذا - يعني لا وجود لها - وإن وجدت نادراً لا تجوز على أن كان تاقمة،^{١٥٢١}

وهذا الذي ذكرنا إذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشرى، ولو اشتريها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع إن كان غنياً عليه غيرها، وإن كان فقيراً تجزئه بهذه، والأصل أن الوجوب على الغني بالشرع ابتداءً لا بالشرى، فلم تعيّن به، وعلى الفقير بشرائه بنية الأضحية، فتعيّنت، ولا يجب عليه ضمان نقصانه، وعن هذا الأصل قالوا: إذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكائماً أخرى، ولا شيء على الفقير.

ولو ضلّت أو سُرقت واشترى أخرى، ثم ظهرت الأولى في أيام النحر على الموسر، ذبح أحدهما، وعلى الفقير ذبحهما، وفي العناية؛ لأنَّ الوجوب عليه بالشرى، وقد تقدّم، وهذا الذي ذكره من الأصل يوافق ما ذكره شيخ الإسلام: أن المشتري إذا كان موسراً لا تصير واجبة بالشرى بنية الأضحية باتفاق الروايات، وإن كان معسراً ففي ظاهر رواية أصحابنا تجب، وروى الزعفراني عن أصحابنا أنها لا تجب، وهو رواية النوادر، انتهى.

ولو أضعع شاة للأضحية فأصاب السكين عينها فإنه يجوز الأضحية، ذكرها في باب الظهار

ولو أضععها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها أجزأه استحساناً عندنا، خلافاً لزفر والشافعي، وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم أخذت من فوره، وكذا بعد فوره عند مُحمَّد خلافاً لأبي يوسف.

والأضحية من الإبل والبقر والغنم، يُجزئ من ذلك كلّ الغني فصاعداً؛ إلا الضأن، / [٢٩١ و] فإنَّ الجذع منه يجزئ، قالوا: وهذا إذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيات^{١٥٢٢} يشتهه على الناظر من بعيد، والجذع^{١٥٢٣} من الضأن ما تمّت له ستة أشهر في مذهب الفقهاء، وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة أشهر.

^{١٥٢٠} ل: ذلك.

^{١٥٢١} ن - إن كان ... تاقمة.

^{١٥٢٢} جمع ثنية؛ هكذا في نسخ الهداية وشروحها، وفي نسخ العدة كلها: بالثنيان.

^{١٥٢٣} ل م: الجذع.

والثني منها ومن المعز ابن سنة، ومن البقر ابن سنتين، ومن الإبل ابن خمسة سنين، ويدخل في البقر الجواميس؛ لأنه من جنسه. والمولود بين الأهلي والوحشي، يتبع الأم؛ لأنها هي الأصل في التبعية حتى إذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد.

وإذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها، فمات أحدهم قبل النحر، وقالت الورثة: اذبحوها عنه وعنكم أجزأهم. وإن كان شريك الستة نصرانياً أو رجلاً يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم، وهذا الذي ذكره أي جواز مسألة الورثة استحساناً^{١٥٢٤}، فالقياس أن لا يجوز، وهو رواية عن أبي يوسف. ولو ذبحوها عن صغير في الورثة أو أم ولد جاز، أي على الاستحسان، ولو مات واحد منهم، فذبحها الباقيون بغير إذن الورثة لا يجزئهم.

ويأكل من لحم الأضحية ويُطعم الأغنياء والفقراء ويدخر، ويستحب أن لا ينقص الصدقة من الثلث، ويتصدق بجلدها، أو يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع^{١٥٢٥} والجراب والغريال ونحوها، ولا بأس بأن اشترى به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحساناً، وذلك مثل ما ذكرنا، يعني كالنطع والجراب والغريال والقدر والقصة، كذا في الكفاية، ولا يشتري به ما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه كالخل^{١٥٢٦} والأبازير^{١٥٢٦} اعتباراً بالبيع بالدرهم، واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح، وفي العناية: قوله "في الصحيح" احتراز عما قيل: إنه ليس له في اللحم إلا الأكل والإطعام، فلو باع بشيء ينتفع به نفسه لا يجوز، والصحيح ما قال شيخ الإسلام: إن اللحم بمنزلة الجلد إن باعه بشيء ينتفع به نفسه جاز، وروى ابن سماعة عن محمد أنه لو اشترى باللحم ثوباً فلا بأس بلبسه، انتهى.

ولو باع الجلد أو اللحم بالدرهم أو بما لا ينتفع به إلا باستهلاكه تصدق بثمنه،/[٢٩١ظ] ولا يعطي أجر الجزر منها، ويكره أن يجز صوف أضحيته فينتفع به قبل أن يذبحها، بخلاف ما بعد الذبح، ويكره أن يحلب لبنها فينتفع كما في الصوف.

والأفضل أن يذبح أضحيته بيده إن كان يُحسن الذبح، وإن كان لا يحسنه فالأفضل أن يستعين بغيره، وإذا استعان بغيره ينبغي أن يشهد بها بنفسه. ويكره أن يذبحها الكتابي، ولو أمره فذبح جاز، بخلاف ما إذا أمر المجوسي.

وإذا غلط رجلان، فذبح كل واحدٍ منهما أضحية الآخر أجزئ عنهما، ولا ضمان عليهما، وهذا استحسان، وأصل هذا أن من ذبح أضحية غيره بغير إذنه لا يحل له ذلك، وهو ضامن لقيمتها، ولا يجزئه من الأضحية في القياس، وهو قول زفر، وفي الاستحسان يجوز، ولا ضمان على الذابح، وهو قولنا، لأن الأذن دلالة كالأذن صريحاً، ووجه القياس والاستحسان مذكور في الهداية فراجع.

فنقول في مسألة الكتاب ذبح كل واحد منهما أضحية غيره بغير إذنه صريحاً، وهي خلافية زفر بعينها، ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا، فيأخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه، ولا يضمّنه؛ لأنه وكيله

^{١٥٢٤} ل م: استحساناً.

^{١٥٢٥} النطع بالكسر والفتح وبالتحريك وكعَب، أربع لغات على ما نصّ عليه الجوهري والصاغاني وابن سيده، وهو بساط من الأديم معروف، تاج العروس، نطع.

^{١٥٢٦} جمع أبزار وهو خلط المعدد كالأرز والحمص وغيرهما، كذا في الكفاية، من م.

فيما فعل دلالة. وإن كانا قد أكلا ثم علما، فليحلل كل واحد منهما صاحبه، ويجزئهما، وإن كان غنيّا فكذا له أن يحلل في الانتهاء، وإن تشاحا فلكلٍ منهما أن يضمّن صاحبه قيمة لحمه، ثم يتصدّق بتلك القيمة؛ لأنّها بدل عن اللحم، فصار كما لو باع أضحيته، وهذا لأنّ التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له، ومن أتلف لحم أضحية غيره، كان الحكم ما ذكرناه. ومن غصب شاة فضحّى بها ضمن قيمتها، وجاز عن أضحيته بخلاف ما لو أودع شاة، فضحّى بها، يعني لم تجز عن أضحيته.

كتاب الكراهية

قال عليه السلام: تكلموا في معنى المكروه، والمروي عن محمد نصّا: أنّ كل مكروه حرام إلّا أنّه لما لم يجد فيه نصّا قاطعاً لم يُطلق عليه لفظ الحرام، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف، أنّه إلى الحرام أقرب، / [٢٩٢و] وفي الكفاية: وذكر محمد في المبسوط: أنّ أبا يوسف قال لأبي حنيفة: إذا قلت في شيء أكرهه، فما رأيك فيه؟ قال التحريم، انتهى. وهو مشتمل على فصول، منها:

فصل في الأكل والشرب

قال أبو حنيفة: يكره لحوم الأتّن وألبانها، وأبوال الإبل، وقال أبو يوسف ومحمد: لا بأس بأبوال الإبل، وتأويل قول أبي يوسف أنّه لا بأس بها للتداوي، وقد بيّنا هذه الجملة فيما تقدّم في الصلاة والذباح، فلا نعيدها.

واللبّن متولّد من اللحم، فيأخذ حكمه، ولا يجوز الأكل والشرب والادّهان والتطيّب في آنية الذهب والفضّة للرجال والنساء، وقال في الجامع الصغير: يكره، ومراده التحريم، ويستوي فيه الرجال والنساء، وكذلك الأكل بملعقة الذهب والفضّة، والإكتحال بميل الذهب والفضّة، وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرها، ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلّور والعقيق، وقال الشافعي: يكره.

ويجوز الشرب في الإناء المفصّض عند أبي حنيفة، والركوب على السرج المفصّض، والجلوس على الكرسيّ المفصّض، والسرير المفصّض إذا كان يتّقي موضع الفضّة، ومعناه يتّقي موضع الفم، وقيل هذا وموضع اليد في الأخذ، وفي السرير والسرج موضع الجلوس؛ لأنّ ذلك تابع، ولا معتبر بالتواضع، فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في

الثوب ومسمار الذهب في الفصّ، وقال أبو يوسف يكره ذلك، وقول مُجَدَّ يروى مع أبي حنيفة عليه السلام، ويروى مع أبي يوسف. ١٥٢٧

وعلى هذا الخلاف الإناء المصنَّب بالذهب والفضة، والكرسي المصنَّب بهما، فكذا^{١٥٢٨} إذا جعل ذلك في السيف والمسجد - أي المصلّى - وحلقة المرأة، أو جعل المصحف مذهباً أو مفضّضاً، وكذا الاختلاف في اللجام والركاب، والثغر^{١٥٢٩} إذا كان مفضّضاً، يقال باب مصنَّب، أي مشدود بالضباب، وهي الحديد العريضة التي يصنَّب بها، ومنه صنَّب أسنانه بالفضة إذا شدّها بها، كذا في المغرب، وفي الذخيرة: الضبة الذهب العريض أو الفضة العريضة، يجعل على وجه الباب، / [٢٩٢ ظ] وما أشبه ذلك كذا في الكفاية، وكذا الثوب فيه كتابة بذهب أو فضة على هذا، وهذا الاختلاف فيما يخلّص، فأما التمويه الذي لا يخلّص فلا بأس به بالإجماع.

ومن أرسل أجيراً مجوسياً، أو خادماً فاشتري لحماً، فقال: اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم وسعه أكله، وإن كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه، معناه إذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم.

ومن اشترى لحماً فأخبره واحد أنّه ذبيحة المجوسي لا ينبغي للمسلم أن يأكله، ذكرها في آخر كتاب الرضاع، ويجوز أن يقبل في الهدية والإذن في التجارات قول العبد والجارية والصبي، وفي الجامع الصغير: إذا قالت جارية لرجل: بعثني مولاي إليك هديّة وسعه أن يأخذها.

ويقبل في المعاملات قول الفاسق، ولا يقبل في الديانات إلّا العدل، ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة أنّه يقبل قوله جرياً على مذهبه أنّه يجوز القضاء به، وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما أكبر الرأي، ويقبل فيهما قول الحرّ والعبد والأمة إذا كانوا عدولاً، فمن المعاملات ما ذكرناه، قال في العناية: إشارة إلى الهدية والإذن، انتهى.. ومنها التوكيل،

ومن الديانات الإخبار بنجاسة الماء حتى إذا أخبره مسلم مريض لم يتوضّأ ويتيمّم، وإن كان المخبر فاسقاً أو مستوراً تحرّى، فإن كان أكبر رأيه أنّه صادق يتيمّم، ولا يتوضّأ به، وإن أراق الماء ثم يتيمّم كان أحوط، ومع العدالة يسقط احتمال الكذب، فلا معنى للاحتياط بالإرافة، أمّا التحري فمجرد ظنّ، ولو كان أكبر رأيه أنّه كاذب يتوضّأ به، ولا يتيمّم لترجح جانب الكذب بالتحري، وهذا جواب الحكم، فأما في الاحتياط يتيمّم بعد الوضوء.

ومنها أي من الديانات الحلّ والحرمه إذا لم يكن فيه زوال الملك، قال صاحب الهداية: وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي.

^{١٥٢٧} وحكي أنّ هذه المسألة وقعت في دار أبي جعفر الوائقي بحضرة أبي حنيفة وأئمّة عصره فقالت الأئمة: يكره، فقبل لأبي حنيفة: ما تقول؟ قال: إن وضع فمه على الفضة يكره وإلّا فلا، فقبل له: ما الحجّة؟ فقال: أرايت لو كان في الأصبع خاتم فضة فشرب من كفه أيكره؟ فوقف كلّهم وتعجب أبو جعفر، من الكفاية، من ن.

^{١٥٢٨} ل م س - فكذا.

^{١٥٢٩} في القاموس: الثغر بالتحريك السير في مؤخر السرج وقد يسكن.

ومن دُعِيَ إلى وليمة أو طعام، فوجد ثمة لعباً أو غناء فلا بأس بأن يقعد ويأكل،/[٢٩٣و] وقال أبو حنيفة: ابتليت بهذا مرةً فصبرت. فإن قدر على المنع منعه، وإن لم يقدر يصبر، وهذا إذا لم يكن مقتدىً، فإن كان مقتدىً ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد، والمحكي عن أبي حنيفة رحمته في الكتاب كان قبل أن يصبر مقتدىً.

ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي أن يقعد وإن لم يكن مقتدي، وهذا كله بعد الحضور، ولو علم قبل الحضور لا يحضره بخلاف ما إذا هُجم عليه؛ لأنه قد لزمه، ودلت المسألة على أنَّ الملاهي كلها حرام، حتى التغّي بضرب القضيبي، وكذا قول أبي حنيفة رحمته: ابتليت؛ لأنَّ الابتلاء بالحرِّم يكون.

ويحل أكل طعام رفيقه عند المخمضة، ولو منعه رفيقه له أن يقاتله بغير سلاح، ذكرها في فصل الشرب من كتاب إحياء الموات.

ويكره مضغ العلك للرجال على ما قيل إذا لم يكن من علة، وقيل: لا يستحب لما فيه من التشبه بالنساء، ولا يكره للمرأة إذا لم تكن صائمة؛ لقيامه مقام السواك في حقهن، ذكرها في باب ما يوجب القضاء والكفارة من كتاب الصوم.

فصل في اللُّبْس

ولا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء إلّا أنَّ القليل عفو مقدار ثلاثة أصابع أو أربع كالأعلام والمكفوف بالحرير، ولا بأس بتسودّ والنوم عليه عند أبي حنيفة، وقالوا: يكره، وفي الجامع الصغير ذكر قول مُجَدِّ وحده، ولم يذكر قول أبي يوسف، وإتّما ذكره القدوري وغيره من المشايخ، وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب.

ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما، ويكره عند أبي حنيفة، ولا بأس بلبس ما سداه حرير، ولحمته غير حرير كالقطن والخزّ في الحرب وغيره، وقال أبو يوسف: أكره ثوب القزّ، يكون بين الفرو والظهار، ولا أرى بحشو القزّ بأساً، وما كان لحمته حريراً و سداه غير حرير فلا بأس به في الحرب، ويكره في غيره.

ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب ولا بالفضة إلّا بالخاتم، والمنطقة وحلية السيف من الفضة،/[٢٩٣ظ] وفي الجامع الصغير: ولا يتختم إلّا بالفضة، وهذا نصّ على أنَّ التختم بالحجر الأسود والحديد والصفير حرام، ومن الناس من أطلق في الحجر الذي يقال له يشب؛ لأنه ليس بحجر، إذ ليس له ثقل الحجر، وإطلاق الجواب في الكتاب يدلّ على تحريمه.

والتختم بالذهب على الرجال حرام، والحلقة هي المعتبرة، ولا معتبر بالفصّ حتى يجوز أن يكون من حجر، ويجعل الفصّ إلى باطن كفه، بخلاف النسوان، وإتّما يتختم القاضي والسلطان لحاجته إلى الختم، فأما غيرها فالأفضل أن يتركه لعدم الحاجة إليه.

ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفصّ، أي في ثقبه، ولا تشدّ الأسنان بالذهب، وتشدّ بالفضّة، وهذا عند أبي حنيفة، وقال مُجَدِّ: لا بأس بالذهب أيضاً، وعن أبي يوسف مثل قول كلّ منهما، ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير، وتكره الخرقّة التي تحمل فيمسح بها العرق؛ لأنه نوع تجرّ وتكبر، وكذا التي يمسح بها

الوضوء أو يمتخط بها، وقيل إذا كان عن حاجة لا يكره، وهو صحيح، وإنما يكره إذا كان عن تكبر، وصار كالترتع في الجلوس.

ولا بأس بأن يربط الرجل في إصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة، ويسمى ذلك الرِّثْم والرَّيْمة، وكان ذلك من عادة العرب، قال قائلهم:

لا ينفعنك اليوم إن همَّت بهم * كثرة ما توصي وتغفأ الرِّثْم^{١٥٣٠}

وقد روي أنَّ النبي عليه السلام أمر بعض أصحابه بذلك، ولأنَّه ليس بعيبٍ لما فيه من الغرض الصحيح، وهو التذكُّر عند النسيان.

ولا بأس بالاحتحال للرجال في غير الصوم إذا قصد به التداوي دون الزينة، ويستحسن دهن الشارب إذا لم يكن من قصده الزينة؛ لأنَّه يعمل الخضاب وبالحضاب وردت السنة، ولا يفعل لتطويل اللحية إذا كانت بقدر المسنون وهو القبضة، ذكرها في باب ما يوجب القضاء من كتاب الصوم.

فصل في الوطء والنظر والمسّ

ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية إلّا إلى وجهها وكفّيها، وهذا تنصيص على أنَّه لا يباح النظر إلى قدمها، [٢٩٤و] وعن أبي حنيفة أنَّه يباح، وعن أبي يوسف أنَّه يباح النظر إلى ذراعها أيضاً. فإن كان لا يأمن الشهوة لا ينظر إلى وجهها إلّا لحاجة، وقوله: لا يأمن يدلُّ على أنَّه لا يباح إذا شكَّ في الاشتها، كما إذا علم أو كان أكبر رأيه ذلك.

ولا يحل له أن يمَسَّ وجهها ولا كفَّها وإن كان يأمن الشهوة، وهذا إذا كانت شابةً تُشْتَهَى، أمّا إذا كانت عجوزة لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومسّ يدها، وكذا إذا كان شيخاً يأمن على نفسه وعليها، فإن كان لا يأمن عليها لا يحلُّ مصافحتها، والصغيرة إذا كانت لا تُشْتَهَى يباح مسّها والنظر إليها. ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها، وللشاهد إذا أراد الشهادة عليها النظرُ إلى وجهها وإن خاف أن يشتهي لكنَّ ينبغي أن يقصد به أداء الشهادة أو الحكم عليها، لا قضاء الشهوة.

وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهى؟ قيل يباح، والأصحُّ أنَّه لا يباح.

ومن أراد أن يتزوَّج امرأة فلا بأس أن ينظر إليها وإن علم أنَّه يشتهيها.

^{١٥٣٠} قال ابن الجي في سر صناعة الإعراب، ٢ / ٩٨: تعقاد الرثم: يقال إن الرجل إذا أراد سفراً عمد إلى شجرة فشَدَّ غصنين منها؛ فإن رجع ووجدهما على حالهما قال إن أهله لم تخنه وإلا فقد خاتنه.

ويجوز للطبيب أن ينظر إلى موضع المرض منها للضرورة، وينبغي أن يعلم امرأة مُداوئها، فإن لم يقدر يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغضّ بصره ما استطاع، وصار كنظر الخافضة والختّان، والخفض للجارية كالختن للغلام..

وكذا يجوز للرجل النظر إلى موضع الإحتقان من الرجل، ويجوز أي الإحتقان للمريض، وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن أبي يوسف؛ لأنه أمانة المرض.

وينظر الرجل إلى الرجل إلى جميع بدنه، إلّا ما بين سرّته إلى ركبته، وقال عليه السلام: {عورة الرجل ما بين السُرّة إلى ركبته} ^{١٥٣١}، ويروى ما دون سرّته حتى يجاوز ركبته، وبهذا يثبت أنّ السرة ليست من العورة خلافاً، لما يقوله أبو عصمة والشافعي، والركبة عورة خلافاً لما يقوله الشافعي، والفخذ عورة خلافاً لأصحاب الظواهر، وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة، خلافاً لما يقوله أبو بكر محمد بن الفضل الكماري، معتمداً فيه العادة.

وحكم العورة في الركبة أخفّ منه في الفخذ، وفي الفخذ أخفّ منه في السّوأة، [٢٩٤ظ] حتى إنّ كاشف الركبة ينكر عليه برفق، وكاشف الفخذ يعنّف عليه، وكاشف السّوأة يؤدّب إن لم يجز.

وما يباح النظر للرجل إلى الرجل، يباح المسّ، ويجوز للمرأة أن ينظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه، إذا أمنت الشهوة، وفي كتاب الخنثى: من الأصل أن نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي بمنزلة نظر الرجل إلى محارمه، فإن كان في قلبها شهوة أو أكبر رأيها أنّها تشتتهي أو شكّت في ذلك يستحبّ لها أن تغضّ بصرها. ولو كان الناظر هو الرجل إليها، وهو بهذه الصفة لم ينظر، وهذا إشارة إلى التحريم.

وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل، وعن أبي حنيفة أنّ نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه، بخلاف نظرها إلى الرجل، والأوّل أصحّ.

وينظر الرجل من أمته التي تحلّ له وزوجته إلى فرجها، وهذا إطلاق في النظر إلى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة، إلّا أنّ الأولى أن لا ينظر كلّ واحد منهما إلى عورة صاحبه مع أنّه يورث النسيان؛ لورود الأثر، وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول: الأولى أن ينظر ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة.

وينظر الرجل من ذوات محارمه إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين، ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها وفخذها.

والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأييد بنسبٍ كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة، وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح في الأصحّ، وفي العناية: قوله "في الأصحّ" متعلق بقوله "أو سفاح"، لأنّ اختلاف المشايخ في المصاهرة بالزنا، لافيها بالنكاح، فإنّ بعض مشايخنا قال: لا يثبت حل المسّ والنظر بالمصاهرة سفاحاً، انتهى.

^{١٥٣١} انظر: سنن البيهقي ٣٢٢، ٣٢٢٠.

ولا بأس أن يمسّ ما جاز أن ينظر إليه منها^{١٥٣٢} إلا إذا كان يخاف عليها، أو على نفسه الشهوة، فحينئذ لا ينظر ولا يمسّ، ولا بأس بالخلوة، والمسافرة بمسّ، أي بذوات المحارم.

وللمرأة أن تخرج إلى ما دون السفر بغير محرم، ذكرها في باب العدة من الطلاق، فإن احتاج إلى الإركاب والإنزال فلا بأس بأن يمسّها^{١٥٣٣} من وراء ثيابها ويأخذَ ظهرها/[٢٩٥و] وبطنها دون ما تحتها إذا أمتنا الشهوة، فإن خافها على نفسه أو عليها تيقناً أو ظناً أو شكّاً ليجتنب ذلك بجهده، ثم إن أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلاً، وإن لم يمكنها يتكلّف بالثياب كيلا يصيب حرارة عضوها، وإن لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الإمكان.

وينظر الرجل من مملوكة غيره إلى ما يجوز أن ينظر منه إلى ذوات محارمه، ولا يحلّ النظر إلى ظهرها وبطنها خلافاً لما يقوله مُحمّد بن مقاتل: أنّه يباح إلا إلى ما دون السرة إلى الركبة، ولفظ المملوكة ينتظم المدبرة والمكاتبية وأُمّ الولد، والمستسعاة كالمكاتبية عند أبي حنيفة على ما عرف، وأما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل: يباح كما في المحارم، وقد قيل لا يباح؛ لعدم الضرورة فيهنّ، وفي الإكباب والإنزال اعتبر مُحمّد في الأصل الضرورة فيهنّ، وفي ذوات المحارم مجرّد الحاجة.

ولا بأس أن يمسّ ذلك إذا أراد الشرى وإن خاف أن يشتبه، كذا في المختصر، وأطلق أيضاً في الجامع الصغير ولم يفصل. قال مشايخنا: يباح النظر في هذه الحالة وإن اشتبه للضرورة ولا يباح المسّ إذا اشتبه لو كان أكبر رأيه ذلك؛ لأنّه نوع استمتاع. وفي غير حالة الشرى يباح النظر والمسّ بشرط عدم الشهوة.

وإذا حاضت الأمّة لم تُعرّض في إزار واحد، ومعناه بلغت، وعن مُحمّد أنّها إذا كانت تشتبه وتجمّع مثلها فهي كالبالغة لا تُعرّض في إزار واحد.

ويباح لشاهد الزنا أن ينظر إلى موضع الزنا ضرورة تحمّل الشهادة، ذكرها في باب الشهادة على الزنا من كتاب الحدود.

والخصيّ في النظر إلى الأجنبية كالफल، وكذا المجهوب؛ لأنّه يسحق ويُنزّل، وكذا المخنث في الرديّ من الأفعال؛ لأنّه فحل فاسق، فالحاصل أنّه^{١٥٣٤} يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه، أي في النظر، والطفل الصغير مستثنى بالنص.

ولا يجوز للمملوك أن ينظر من سيّدته إلا إلى ما يجوز للأجنبي النظر إليه منها، وقال مالك رحمه الله: هو كالحرم، وهو أحد قولي/[٢٩٥ظ] الشافعي؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾^{١٥٣٥}، ونحن نقول: المراد بالنص الإمام، قال سعيد والحسن وغيرهما: لا يغرّكن سورة النور، فإنّها في الإناث دون الذكور، وفي العناية: قال سعيد أي

^{١٥٣٢} أي من ذوات المحارم كما في البناية، وهذا القيد أي قوله "منها" لا بد منه حتى لا يغلط فيفهم أنّ غير المحارم داخل في الحكم المذكور.

^{١٥٣٣} أي يجوز للرجل أن يمسّ ظهر ذوات محرمه أو بطنها من فوق الثياب ... الخ.

^{١٥٣٤} كلّ النسخ: "أن" إلا أن، وفيها: "أنه" وهو الصحيح، لذا اخترناه في المتن.

^{١٥٣٥} سورة النور، ٣١/٢٤.

سعيد بن مسيب، وسعيد ابن جبير، وقال في النهاية: أطلق اسم السعيد، ولم يقيد بالنسبة ليتناول سعيدين والحسن وغيرها [مثل] سمرة بن جندب، انتهى كلام العناية.

ويعزل عن أمته بغير إذنهما، ولا يعزل عن زوجته إلا بإذنهما، والوطي حق الحرة، ولا حق للأمة في الوطي، فلهذا لا يُنقص حق الحرة بغير إذنهما، ويستبد به المولى^{١٥٣٦}، ولو كانت تحت أمه غيره^{١٥٣٧} فقد ذكرناه في النكاح.

فصل في الاستبراء وغيره

ومن اشترى جارية فإنه لا يقرها، ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرأها، والأصل فيه قوله عليه السلام في سبايا أوطاس: {ألا لا توطأ الحبالى حتى يضرغن حملهن، ولا الحبالى^{١٥٣٨} حتى يستبرئن بحبضة}^{١٥٣٩} أفاد وجود الاستبراء على المولى، ودل على السبب في المسببة، وهو استحداث الملك واليد؛ لأنه هو الموجود في مورد النص، وهذا لأن الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم، صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط، والأنساب عن الاشتباه، وذلك عند حقيقة الشغل، أو توهم الشغل بماء محترم، وهو أن يكون الولد ثابت النسب، ويجب على المشتري لا على البائع؛ لأن العلة الحقيقية إرادة الوطي، والمشتري هو الذي يريده دون البائع، فيجب عليه، غير أن الإرادة أمر مبطن، فيدار الحكم على دليلها، وهو التمكن، والتمكن إنما يثبت بالملك واليد، فانتصب سبباً وأدير الحكم عليه تيسراً له فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد، وتعدي الحكم إلى سائر أسباب الملك كالشري، والهبة، والوصية، والميراث، والخلع، والكتابة، وغير ذلك، وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي، ومن المرأة والمملوك، ومن لا يحل له وطؤها، وكذا إذا كانت المشتراة بكرة لم توطأ لتحقيق [٢٩٦و] السبب، وإرادة الأحكام على الأسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عندهم الشغل.

وكذا لا يجتزأ^{١٥٤٠} بالحبضة التي اشتراها في اثنائها، ولا بالحبضة التي حاضتها بعد الشرى أو غيره من أسباب الملك قبل القبض، ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافاً لأبي يوسف؛ لأن السبب استحداث الملك، واليد، والحكم لا يسبق السبب.

وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الإجازة في بيع الفضولي وإن كانت في يد المشتري، ولا بالحاصل بعد القبض في الشرى الفاسد قبل أن يشتريها شري صحيحاً لما قلنا، ويجب في جارية للمشتري فيها شقص، فاشترى الباقي، ويجتزأ بالحبضة التي حاضتها بعد القبض، وهي مجوسية أو مكاتبه، بأن كاتبها بعد الشرى، ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبه.

^{١٥٣٦} أي يعزل المولى عن أمته بغير إذنهما، كما في البناية.

^{١٥٣٧} بأن كانت زوجته أمة غيره، فهل يجب الإذن للعزل عنها، ومن يجب، منها أو من مولاهما؟ فجوابه: نعم، يجب الإذن من مولاهما عند الإمام ومنها عندهما، كما هو مذكور في النكاح.

^{١٥٣٨} والحبالى جمع حائل وهي التي لا حبل بها، والرواية ثابتة بالياء على وجه تليين الهمزة للتخفيف، النسفي، طلبة الطلبة، ح ب ل.

^{١٥٣٩} انظر: سنن الترمذي، ١٥٦٤؛ سنن أبي داود، ٢١٥٧ بلفظ: {لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذوات حمل حتى تحيض حبضة}.

^{١٥٤٠} أي لا يكتفى.

وإذا اشترى جارية على أن الخيار له فحاضت بعد القبض في مدة الخيار حيضة أو بعضها فاختارها لا يجتزأ بتلك الحيضة من الاستبراء عنده خلافاً لهما، ولو ردّت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب له الاستبراء عنده، وعندها يجب إذا ردت بعد القبض، ذكرها في باب خيار الشرط.

ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة أو ردّت المغصوبة أو المؤاجرة، أو فُكّت المرهونة، ولها نظائر كثيرة ذكرت في كفاية المنتهي.

وإذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطئ حرم الدواعي بخلاف الحيض، حيث لا يحرم الدواعي فيها. ولم يذكر الدواعي في المسيبة، وعن محمد أنها لا تحرم.

والاستبراء في الحامل بوضع الحمل، وذوات الأشهر بالشهر، فإذا حاضت في اثنا عشر بطل الاستبراء بالأيام، وإن ارتفع حيضها تركها حتى إذا تبين أنها ليس بحامل وقع عليها، وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية، وقيل تتبين بشهرين أو ثلاثة، وعن محمد أربعة أشهر وعشر، وعنه شهران وخمسة أيام اعتباراً بعدة الحرة أو الأمة في الوفاة، وعن زفر سستان، وهو رواية عن أبي حنيفة، [٢٩٦ ظ]

ولا بأس بالاحتياط لإسقاط الاستبراء عند أبي يوسف خلافاً لمحمد، وقد ذكر الوجهين في الشفعة، والمأخوذ قول أبي يوسف فيما إذا علم أن البائع لم يقربها في طهرها^{١٥٤١} ذلك^{١٥٤٢}، وقول محمد فيما إذا قربها^{١٥٤٣}، والحيلة إذا لم تكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشرى ويشترى، ولو كانت أي الحرة فالحيلة أن يزوجه البائع قبل الشرى أو المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشترى ويقبضها أو يقبضها^{١٥٤٤} ثم يطلق الزوج.

ولو اشترى أمة معتدة وقبضها وانقضت عدتها لا يجب الاستبراء.

ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يكفر.

ومن له أمتان أختان فقبلتهما بشهوة فإنه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسه بشهوة ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها، وقوله: "بملك" أراد به ملك يمين، فينتظم التمليك بسائر أسبابه بيعاً أو غيره، وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل، وكذا إعتاق البعض من أحديهما كإعتاق كلها، وكذا الكتابة كالإعتاق في هذا لثبوت^{١٥٤٥} حرمة الوطئ بذلك كله، وبرهن أحديهما وإجارتها وتديبها لا تحل^{١٥٤٦} الأخرى، وقوله: "أو نكاح" أراد به النكاح الصحيح، أمّا إذا زوج أحديهما نكاحاً فاسداً لا يباح له وطئ الأخرى إلا أن يدخل بها الزوج فيه، ولو وطئ أحديهما حلّ له وطئ الموطوءة دون الأخرى.

^{١٥٤١} ل س: طهرها.

^{١٥٤٢} ل: وذلك.

^{١٥٤٣} ل م ي: أقر بها.

^{١٥٤٤} م — أو يقبضها.

^{١٥٤٥} م س: الثبوت؛ ل: الثوب.

^{١٥٤٦} ل م س: لا يحل.

وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحاً فيما ذكرناه بمنزلة الأختين.

ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أو يده أو شيئاً منه أو يعانقه، وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا بأس بالتقبيل والمعانقة، قالوا: الخلاف في المعانقة في إزار واحد، أما إذا كان عليه قميص أو جبة لا بأس به بالإجماع، وهو الصحيح، ولا بأس بالمصافحة لأنه هو المتوارث.

وفي العناية: عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما سئل عن المعانقة فقال: أول من عانق إبراهيم خليل الله صلوات/[٢٩٧و] الرحمن عليه، كان بمكة فأقبل إليها ذو القرنين، فلما كان بالأبطح قيل له: في هذه البلدة إبراهيم خليل الله، فقال ذو القرنين: ما ينبغي لي أن أركب في بلدة إبراهيم خليل الرحمن فنزل ذو القرنين ومضى إلى إبراهيم عليه السلام فسلم عليه إبراهيم عليه السلام واعتنقه، فكان هو أول من عانق. والشيخ أبو منصور وفق بين الأحاديث، فقال: المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة، وعبر عنه المصنف بقوله: في إزار واحد، فإنه سبب يفضي إليها، وأما على وجه البرّ والكرامة إذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس به، وعن سفيان: تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا يرخص فيه، ولم يذكر القيام تعظيماً للغير. وروى أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام، وعن الشيخ الحكيم أبي القاسم كان إذا دخل عليه أحد من الأغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم، فقيل له في ذلك فقال: لأن الأغنياء يتوقعون مني التعظيم، فلو تركت تعظيمهم تضرّروا، والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك، وإنما يطمعون جواب السلام والكلام معهم في العلم ونحوه، فلا يتضرّرون بترك القيام، انتهى ما في العناية.

ورد السلام فرض على الكفاية، ذكرها في أول الكتاب السير.

فصل في البيع

ولا بأس ببيع السرقة، ويكره بيع العذرة، وقال الشافعي: لا يجوز بين السرقة أيضاً. ويجوز بيع العذرة مخلوطاً، هو المروي عن محمد وهو الصحيح، وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح، وفي العناية: قوله "في الصحيح" احتراز عن الرواية الأخرى، وهي أن الانتفاع بالعذرة الخالصة يجوز، انتهى. والمخلوط بمنزلة زيت خالطه النجاسة.

إذا قيل لرجل بعني هذه الجارية بكذا، وقال المولى: زوّجتها منك لا يحلّ وطؤها لاختلاف السبب، ذكرها في باب ما يوجب القصاص من الحبايات.

ومن علم تجارية أنّها لرجل فرأى آخر يبيعها/[٢٩٧ظ]، وقال: وكلني صاحبها ببيعها فإنه يسعه أن يبتاعها ويطأها.

وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان، لما مرّ من قبل، وكذا إذا قال: اشتريتها منه ووهبها إليّ و أو تصدّق بها عليّ، وهذا إذا كان ثقة، وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق، وإن كان أكبر رأيه أنه

كاذب لا يسع له أن يعرض أي يتعرّض لشيء من ذلك، وكذا إذا لم يعلم أنّها لفلان، ولكن أخبره صاحب اليد أنّها لفلان، وأنّه وكله ببيعها أو اشتراها منه، والمخير ثقة قبل قوله، وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر الرأي، وإن لم يخبره صاحب اليد بشيء فإن كان عرفها للأول لم يشتريها حتى يعلم انتقالها إلى ملك الثاني، وإن كان لا يعرف ذلك له أن يشتريها.

وإن كان ذو اليد فاسقاً، ولا معتبر بأكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر، وهو الملك إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك، فحينئذ يستحب له أن ينزّه، ومع ذلك لو اشتراها يرحى أن يكون في سعة من ذلك، وإن كان الذي أتاه بما عبداً أو أمة لم يقبلها، ولم يشتريها حتى يسأل فإن أخبره أنّ مولاه أذن له، وهو ثقة قبل، وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر الرأي، وإن لم يكن له رأى لم يشتريها لقيام الحاجر - بالراء المهملة - أي المانع، كذا في الكفاية، فلا بدّ من دليل.

ويحلّ شراء ما في الأسواق وتناوله وإن كان لا تخلوا أسواق المسلمين عن المحرم والمسروق والمغضوب اعتباراً على الغالب، ذكرها في آخر المسائل من الهداية.

ولو أنّ امرأة أخبرها ثقة أنّ زوجها الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثاً أو كان غير ثقة وأنها بكتاب من زوجها بطلاق ولا تدري أنّه كتابه أم لا إلا أن أكبر رأيها أنّه حق، يعني به بعد التحري، فلا بأس بأن تعتدّ ثم تتزوج، وكذا لو قالت لرجل: طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس بأن يتزوجها، وكذا لو قالت المطلقة الثلث انقضت عدتي وتزوجت بزواج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت / [٢٩٨و] عدتي فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الأول، وكذا لو قالت جارية: كنت أمة لفلان فأعتقني.

ولو أخبرها مخبر أنّ أصل النكاح كان فاسداً، أو كان الزوج حين تزوّج مرتدّاً، أو أخاها من الرضاة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان، وكذا إذا أخبره مخبر أنّك تزوّجتها وهي مرتدة، أو أختك من الرضاة لم يتزوج بأختها وأربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنّها ارتضعت من أمة أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه.

ولو كانت جارية صغيرة لا تعبّر عن نفسها في يد رجل يدّعي أنّها له، فلمّا كبرت لقيها رجل في بلد آخر، فقالت: أنا حرة الأصل لم يسعه أن يتزوجها.

وإذا باع المسلم خمراً وأخذ ثمنها وعليه دين فإنّه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه، وإن كان البائع نصرانياً فلا بأس به.

ويكره الاحتكار في أقوات الآدميين والبهائم إذا كان ذلك في بلد يضّر الاحتكار بأهله بأن كانت البلدة صغيرة، بخلاف ما إذا لم يضّر بأن كان المصر كبيراً، وكذا التلقّي، فأما إذا كان لا يضّر فلا بأس به، قالوا: هذا إذا لم يلبّس المتلقّي على التجار سعر البلدة، فإن لبّس فهو مكروه في الوجهين، وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالحنطة والشعير والتبن والقنّ قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: كل ما أضّر بالعامة حبسه فهو احتكار وإن كان ثوباً أو ذهباً أو فضة، وعن محمد أنّه قال: لا احتكار في الثياب.

ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكاراً لعدم الضرر، وإذا طالت يكون احتكاراً مكروهاً لتحقيق الضرر، ثم قيل: هي مقدّرة بأربعين يوماً، وقيل: بالشهر، لأنّ ما دونه قليل عاجل، والشهر وما فوقه كثير آجل، ويقع التفاوت في

المأثم بين أن يترّص العزّة وبين أن يترّص القحط، - والعياذ بالله - وقيل: المدة المعاقبة في الدنيا، أما يأثم وإن قلت المدة. / [٢٩٨ ظ] فالحاصل أنّ التجارة في الطعام غير محمودّة.

ومن احتكر غلّة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر، أمّا الأوّل فلائّه خالص حقّه لم يتعلّق به حقّ العامة، ألا ترى أنّ له أن لا يزرع فكذا له أن لا يبيع، وأمّا الثاني فالمذكور قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يكره، وقال مُجَدِّد: كل ما يُجَلَّب منه إلى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه، بخلاف ما إذا كان البلد بعيداً لم تجر العادة بالحمل منه إلى المصر.

ولا ينبغي للسلطان أن يسعّر على الناس.

وإذا رفع إلى القاضي هذا الأمر^{١٥٤٧} يأمر المحتكر ببيع ما فضّل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك، وينهاه عن الاحتكار، فإن رفع إليه مرّة أخرى حبسه وعزّره على ما يرى زجراً له ودفعاً للضرر عن الناس، فإن كان أرباب الطعام يتحكّمون ويتعدّون عن القيمة تعدّياً فاحشاً عجز^{١٥٤٨} القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلّا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة أهل الرأي والبصر، فإذا فعل ذلك وتعدّى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه أجازة القاضي، وهذا ظاهر عند أبي حنيفة؛ لأنّه لا يرى الحجر على الحرّ، وكذا عندهما،^{١٥٤٩} إلّا^{١٥٥٠} أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم، ومن باع منهم بما قدره الإمام صحّ.

وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه؟ قيل: هو على اختلاف عرف في بيع مال المديون، وقيل: يبيع بالاتّفاق؛ لأنّ أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عامّ، وهذا كذلك.

ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة معناه ممّن يعرف أنّه من أهل الفتنة، وإن كان لا يعرف أنّه من أهل الفتنة لا بأس بذلك.

ولا بأس ببيع العصير ممّن يعلم أنّه يتّخذ خمرًا. ومن أجر بيتاً ليتّخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة، أو يباع فيه الخمر بالسود فلا بأس به، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: لا ينبغي أن يكره لشيء من ذلك؛ لأنّه إعانة على المعصية، وإنّما قيّده بالسود؛ لأنّهم لا يمتكّنون من اتّخاذ [٢٩٩ و] البيع والكنائس وإظهار بيع الخمر والخنازير في الأمصار لظهور شعائر الاسلام فيها، بخلاف السود، قالوا هذا: في سود الكوفة؛ لأنّ غالب أهلها أهل الذمّة، فأما في سوادنا فأعلام الاسلام فيها غير ظاهرة، فلا يمتكّنون فيها أيضاً، وهو الأصحّ.

^{١٥٤٧} يعني الاحتكار، بدلالة السياق.

^{١٥٤٨} ن: وعجز.

^{١٥٤٩} أي وكذا هو ظاهر عندهما، لأنهما وإن رأيا الحجر، ولكن على حرّ معيّن أو قوم بأعيانهم، أمّا على قوم مجهولين فلا، البناية، ١٢/ ٢١٩.

^{١٥٥٠} وهذا استثناء من محذوف تقديره: وكذا عندهما لا يكون الحجر الا ان يكون الحجر على قوم بأعيانهم، وقد ذكرنا أن الحجر على قوم مجهولين لا يصحّ، المرجع السابق، نفس المكان.

ومن حمل لدمي خمرًا فإنه يطيب الأجر عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يكره له ذلك؛ لأنه إعانة على المعصية، ويكره بيع المعازف، ولا يكره بيع الخشب المتخذة هي منه، وعلى هذا الخمر مع العنب، ذكرها في آخر باب البغاة.

ويجوز بيع البربط والطبل والمزمار والدفّ والسكر والمنصف عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وفي الباقي روايتان عن الإمام، ذكرها في الغصب.

ولا بأس ببيع بناء بيوت مكّة، ويكره بيع أرضها، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: لا بأس ببيع أرضها، وهو رواية عن أبي حنيفة، ويكره أجزائها أيضاً.

ومن وضع درهماً عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك، وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزاً فجزاً؛ لأنه ودعة وليس بقرض، حتى لو هلك لا شيء على الآخذ.

ويكره لغير المعتكف البيع والشراء في المسجد، ذكرها في باب الاعتكاف، فنهى رسول الله ﷺ عن بيع السرطان، ونهى عن دواء يتخذ فيه الضفدع، ذكرها في الذبائح.

مسائل متفرقة

ويكره التعشير والنقط في المصحف، قالوا: في زماننا لا بدّ للعجم من دلالة، فترك ذلك إخلال بالحفظ وهجران القرآن، فيكون حسناً، وفي الكفاية: فإنّ مشايخنا لم يروا به بأساً؛ لأنّ العجم لا يمكنهم التعلّم والتلاوة إلا بالنقط، وعلى هذا كتبه أسامي السور وعدد الآي، وهو وإن كان أحياناً فهو بدعة حسنة، وكم من شيء يختلف باختلاف الزمان والمكان، انتهى.

ولا بأس بتجلية المصحف لما فيه من تعظيمه، وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب، ولا بأس بأن يدخل أهل الذمة المسجد الحرام، وقال الشافعي: يكره له ذلك، وقال مالك يكره في كل مسجد.

ولا يحل/[٢٩٩ظ] للجنب الوقوف على سطح المسجد، ذكرها في باب ما يكره في الصلاة، ويكره استخدام الخصيان، ولا بأس بخصاء البهائم، وإنزاع الحمير على الخيل، ولا بأس بعبادة اليهودي والنصراني.

ويكره أن يقول الرجل في دعائه: أسألك بمعقد العزّ من عرشك، وللمسألة عبارتان؛ هذه ومقعد العزّ، ولا ريب في كراهة الثانية؛ لأنّه من القعود، وكذا الأولى؛ لأنّه يوهم تعلّق عزّه بالعرش، وهو محدث، والله تعالى بجميع صفاته قديم، وعن أبي يوسف أنّه لا بأس به، وبه أخذ الفقيه أبو الليث. ويكره أن يقول في دعائه: بحق فلان، وبحقّ أنبيائك ورسلك؛ لأنّه لا حقّ للمخلوق على الخالق.

ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والأربعة عشر وكلّ لهُو، سواء قامر بها، فيكون ميسراً، وهو حرام بالنص، أو لم يقامر فيكون عبثاً ولهُواً، وقد قال عليه السلام: {لهُو المؤمن باطل إلاّ الثلاث: تأديبه لفرسه، ومناصلته عن قوسه،

وملاعبته مع أهله^{١٥٥}، وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر، وتذكية الأفهام، وهو محكي عن الشافعي، ثم إن قامر به تسقط عدالته، وإن لم يقامر لا تسقط.

وكره أبو يوسف ومحمد التسليم عليهم، ولم ير أبو حنيفة بأساً ليشغلهم عمّا هم فيه. ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر وإجابة دعوته واستعارة دابّته، ويكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير، وهذا استحسان، وفي القياس: كل ذلك باطل.

ومن كان في يده لقيط لا أب له فإنّه يجوز قبضة الهبة والصدقة له، ولا يجوز للملتقط أن يؤجره، ويجوز للأّم أن تؤاجر ابنها إذا كان في حجرها، ولا يجوز للعمّ. ولو أجر الصبي نفسه لا يجوز؛ لأنّه مشوب بالضرر إلّا إذا فرغ من العمل؛ لأنّ عند ذلك تمخّض نفعاً، فيجب المستمى.

ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية، وهو [٣٠٠] الطوق الحديد الذي يمنع أن يحرك رأسه، وهو معتاد بين الظلمة، وهو عقوبة أهل النار، فيكره كالإحراق بالنار، ولا يكره أن يقيده وهو سنّة المسلمين في السفهاء وأهل الدعارة أي الفساد، فلا يكره في العبد تحرّراً عن إباقه وصيانةً لماله.

ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي، والتداوي مباح بالإجماع، ولا فرق بين الرجال والنساء، إلّا أنّه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها، إذ الاستشفاء بالمحرّم حرام.

ولا بأس بزرّق القاضي، وهذا فيما يكون كفاية، فإن كان شرطاً فهو حرام، ثم القاضي إذا كان فقيراً فالأفضل بل الواجب الأخذ، وإن كان غنياً فالأفضل الامتناع على ما قيل رفقاً ببيت المال، وقيل الأخذ هو الأصح، ثم تسميته رزقاً يدل على أنّه بقدر الكفاية، وقد جرى الرسم بإعطائه في أوّل السنة؛ لأنّ الخراج يؤخذ في أوّل السنة، وهو يعطى منه، وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة، والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح، ولو استوفي رزق سنة وعزل قبل استكمالها، قيل: هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة إذا ماتت في السنة قبل استعجال نفقة السنة، والأصح أنّه يجب الردّ، ولا بأس بأن يسافر الأمة وأمّ الولد بغير محارم، ويحرم الخلوة بالأجنبية وإن كان معها غيرها، ذكرها في أوّل كتاب الحج.

ولا يجوز أن تصل المرأة شعر الإنسان ذوائبها، وقد لعن رسول الله ﷺ الواصلة والمستوصلة، وإنّما يرخّص فيما يتّخذ من الوبر، فيزيد في قرون النساء وذوائبهنّ، ذكرها في باب البيع الفاسد، ولا يحمل الميتة إلى الكلب، ولكن يرمى بالكلب إليها، ذكرها في كتاب الأشربة قبيل فصل في طبخ العصير.

^{١٥٥} انظر: المعجم الأوسط للطبراني، ٥٣٠٩؛ المستدرک للحاكم، ٢٥٦٨.

كتاب إحياء الموات

الموات ما لا ينتفع به من الأراضي لانقطاع الماء / [٣٠٠ ظ] عنه، أو لغلبة الماء عليه، أو ما أشبه ذلك ممّا يمنع من الزراعة، سمّي بذلك لبطلان الانتفاع به، فما كان منها عادياً لا مالك له، أو كان مملوكاً في الإسلام لا يعرف له مالك بعينه، وهو بعيد من القرية إذا وقف انسان من أقصى العامر فصاح لا يُسمع الصوت فيه فهو موات، قال عليه السلام: هكذا ذكره القدوري، ومعنى العادي ما قدّم خرابه، والمروي عن محمد أنّه يشترط أن لا يكون مملوكاً لمسلم أو ذميّ مع انقطاع الإرتفاق بها ليكون مينة مطلقاً، فأما التي هي مملوكة لمسلم أو ذميّ لا يكون مواتاً، وإذا لم يعرف مالكة يكون لجماعة المسلمين، ولو ظهر له مالك يردّ عليه، ويضمن الزرع نقصانها.

والبعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف ومحمد، اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة، وإن كان قريباً من القرية، كذا ذكره شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده، وشمس الأئمة السرخسي اعتمد على ما اختاره أبو يوسف.

ثم من أحياء بإذن الإمام ملكه، وإن أحياء بغير إذن الإمام لم يملكه عند أبي حنيفة، وقالوا: يملكه، ويجب فيه العشر؛ لأنّ ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز، إلّا إذا أسقاه بماء الخراج؛ لأنّه حينئذ يكون إبقاء الخراج على اعتبار الماء، فلو أحيائها ثم تركها فنزعها غيره، فقد قيل الثاني أحقّ بها، والأصحّ أنّ الأول ينزعها من الثاني.

ومن أحياء أرضاً مينةً، ثم أحاط الأحياء بجوانبها الأربعة من أربعة نفر على التعاقب فعن محمد أنّ طريق الأول في الأرض الرابعة لتعينها لتطرقه، وقصد الرابع إبطال حقّه. ويملكه الذميّ بالإحياء كما يملكه المسلم، إذ الإحياء سبب الملك، إلّا أنّ عند أبي حنيفة إذن الإمام من شرطه، فيستويان فيه كما في سائر / [٣٠١ و] أسباب الملك حتى الاستيلاء على أصلنا، يعني كما أنّ المسلم يملك مال الكافر بالاستيلاء عندنا خلافاً للشافعي، فكذلك الكافر أيضاً يملك مال المسلم بالاستيلاء، كذا في الكفاية.

ومن حجر أرضاً ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام ودفعها إلى غيره، والتحجير ليس بإحياء، إمّا هو العمارة، والتحجير للإعلام سمّي به؛ لأنّهم كانوا يُعلمونه بوضع الأحجار حوله، أو يُعلمونه لحجر غيرهم عن إحيائه، فبقي غير مملوك كما كان، هو الصحيح، وفي العناية: والأصل في ذلك أنّ المشايخ اختلفوا في كونه مفيداً للملك، فمنهم من قال يفيد ملكاً مؤقتاً، إلى ثلاث سنين، وقيل: لا يفيد، وهو مختار المصنّف، أشار إليه بقوله: هو الصحيح، وقيل: وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا جاء إنسان آخر قبل مضي ثلاث سنين وأحياء، فإنّه ملكه على الثاني، ولم يملكه على الأول، انتهى.

قالوا: هذا كله ديانةً، فأما إذا أحيائها غيره قبل مضيّ هذه المدة ملكها لتحقيق الإحياء منه، دون الأول، وصار كالاستيلاء، يعني لو استام على سوم غيره يكره، ولكن لو فعل يجوز العقد، ثم التحجر قد يكون بغير الحجر،

بأن يكون غرز حولها أغصاناً يابسة، أو نقي الأرض، وأحرق ما فيها من الشوك، أو حصد ما فيها من الحشيش أو الشوك، وجعلها حولها، وجعل التراب عليها من غير أن يُثَمَّ المسنّة^{١٥٥٢} ليمنع الناس من الدخول، أو حَفَرٍ مِنْ بئرٍ ذراعاً أو ذراعين، وفي الأخير: يعني في حفر البئر ورد الخبر، وهو قوله عليه السلام: {من حفر بئراً مقدار ذراع فهو متحجّر}^{١٥٥٣}، كذا في الكفاية.

ولو كربها وسقاها فعن مُجَدِّ أَنَّهُ إِحْيَاءٌ، ولو فعل أحدهما يكون تحجيراً. ولو حفر أنهارها ولم يسقها يكون تحجيراً، وإن سقاها مع حفر الأنهار كان إحياءً. ولو حوَّطها وسنمها بحيث يعصم الماء يكون إحياء، وكذا إذا بذرها.

ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر، ويتركه مرعى لأهل القرية ومطرحة لحصائدهم وعلى هذا [٣٠١ ظ] قالوا لا يجوز أن يقطع الإمام ما لا غناء بالمسلمين عنه كالمالح والآبار التي يستقي الناس منها.

ومن حفر بئراً في بَرِيَّةٍ فله حريمها، ومعناه إذا حفر في أرض مواتٍ بإذن الإمام عنده، أو بإذنه وبغير إذنه عندهما، فإن كان للقطن، وهو مناخ الإبل ومبركها حول الماء فحريمها أربعون ذراعاً، ثم قيل الأربعون من كلِّ الجوانب، فيكون لكلِّ جانب عشرة أذرع، والصحيح أَنَّهُ من كل جانب، فيكون لكلِّ جانب أربعون ذراعاً. وإن كانت للناضح، وهي التي ينزح الماء منها بالبعير - والناضح هو البعير - فحريمها ستون ذراعاً، وهذا عندهما، وعند أبي حنيفة أربعون ذراعاً. وإن كانت عيناً فحريمها خمسمائة ذراع، والتقدير بخمسمائة بالتوقيف، أي بالسمع، والأصح أَنَّهُ خمسمائة ذراع من كل جانب، والذراع هو المكسرة، يعني أن يكون ست قبضات، وهي ذراع العاقمة، وأما وصفت بذلك؛ لأنها نقصت^{١٥٥٤} عن ذراع الملك، وهو بعض الأكاسرة بقبضة، كذا في العناية، وقيل: إِنَّ التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها و في أراضيها رخاوة، فيزيداد كيلا يتحوّل الماء إلى الثاني فيتعطل الأول.

فمن أراد أن يحفر في حريمها منع منه، فإن احتفر آخر بئراً في حريم الأولى للأول أن يصلحه، ويكبسه تبرعاً، ولو أراد أخذ الثاني فيه قيل: يأخذه بكبسه، وقيل: يضمه النقصان ثم يكبسه بنفسه، وهذا هو الصحيح، ذكره في أدب القاضي للخصاف، وقد ذكر طريق معرفة النقصان، وفي الكفاية وهو أن يَقُومَ الأرض قبل حفره ويقوم^{١٥٥٥} بعد حفره، فيضمن التفاوت، انتهى.

وما عطب في الأولى فلا ضمان فيه؛ لأنَّه غير متعلِّ، إن كان بإذن الإمام فظاهر، وكذا إذا كان بغير إذنه عندهما، وما عطب في الثانية ففيه الضمان. وإن حفر الثاني بئراً وراء حريم الأولى، فذهب ماء البئر الأولى لا شيء عليه، وللثاني الحريم من الجوانب [٣٠٢ و] الثلاثة، دون الجانب الأول لسبق ملك الحافر الأول فيه.

^{١٥٥٢} المسنّة ما بيني للسيل ليرد الماء، العناية، ٧٣/١.

^{١٥٥٣} وفي سنن ابن ماجه بلفظ: {من حفر بئراً فله أربعون ذراعاً عتناً لما شئته}، ٢٤٨٦.

^{١٥٥٤} ل م ن: نقصت.

^{١٥٥٥} ل م: تقوم.

والقناة وهو مجرى الماء تحت الأرض له حريم بقدر ما يصلحه وعن مُجَدَّ أَنَّهُ بمنزلة البئر في استحقاق الحريم، وقيل: هو عندهما، وعنده لا حريم لهما ما لم يظهر الماء؛ لأنَّه نهر في التحقيق، فيعتبر بالنهر الظاهر، قالوا: وعند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة عين فَوَّارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع.

والشجرة تغرس في أرض موات لها حريم أيضاً حتى لم يكن لغيره أن يغرس شجراً في حريمها؛ لأنَّه يحتاج إلى حريم له، يُجَدَّ فيه ثمره ويضعه فيه، وهو مقدَّر بخمسة أذرع، به ورد الحديث.

وما ترك الفرات أو دجلة وعدل عنه ويجوز عوره إليه لم يجز إحياؤه، وإن كان لا يجوز أن يعود إليه^{١٥٥٦} فهو كالموات إذا لم يكن حريماً لعامر، وذلك^{١٥٥٧} ليس في ملك أحد، وهو اليوم في يد الإمام.

ومن كان له نهر في أرض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفة، إلَّا أن يقيم بيّنة على ذلك، وقال أبو يوسف ومُجَدَّ له مُسْنَاة النهر: يمشي عليها، ويلقي عليها طينه قيل: هذه المسألة بناءً على أنَّ من أحيا نهرًا في أرض موات بإذن الإمام لا يستحق الحريم عنده، وعندهما يستحقه، وفي **الجامع الصغير**: نهر لرجل إلى جنبه مسنّاة وآخر خلف المسنّاة أرض تلزقها، وليست المسنّاة في يد أحدهما، فهي لصاحب الأرض عند أبي حنيفة، وقالوا: لصاحب النهر حريم ملقي طينه، وغير ذلك وقوله: "وليست المسنّاة في يد أحدهما" معناه، ليس لأحدهما عليه غرس ولا طين يلقي، فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف، أمّا إذا كان لأحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل أي التصرف أولى؛ لأنَّه صاحب يد، ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف أيضاً، وثمرة الخلاف أنَّ ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده، وعندهما لصاحب النهر، وأمّا إلقاء الطين فقد قيل: إنَّه على الخلاف، وقيل: إنَّ لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش، وفي **الكفاية**: وهو الصحيح، وأمّا المرور فقد قيل: يمنع/[٣٠٢ظ] صاحب النهر عنده، وقيل: لا يمنع للضرورة، وفي **الكفاية**: وهو الأشبه، وقال الفقيه أبو جعفر: أخذ بقوله في الغرس وبقولهما في إلقاء الطين، ثم عن أبي يوسف أنَّ حريمه أي النهر مقدار نصف بطن النهر من كل جانب، وعن مُجَدَّ مقدار النهر من كل جانب، وهذا أرفق بالناس.

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه

وإذا كان لرجل نهر أو بئر أو قناة فليس له أن يمنع شيئاً من الشفّة، والشفّة الشرب لبني آدم والبهائم، وفي **الكفاية**: الشفة واحد الشفاه وأصلها شفهة سقطت الهاء تخفيفاً، ويقال: هم أهل الشفة أي الذين لهم حق الشرب بشفاههم وأن يستثموا دوابهم، انتهى.

^{١٥٥٦} ل - لم يجز ... إليه.

^{١٥٥٧} ل: وكذلك.

اعلم أنّ المياه أنواع، منها ماء البحار، ولكلّ من الناس فيها حقّ الشفة وحقّ سقي الأراضي حتى إنّ من أراد أن يكرى نهرًا منها إلى أرضه، لم يمنع من ذلك، والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء، فلا يمنع من الانتفاع به على أيّ وجه شاء.

والثاني ماء الأودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حقّ الشفة على الإطلاق وحقّ سقي الأراضي، فإن أحيا واحد أرضاً ميتة وكثرى منه نهرًا ليسقيها إن كان لا يضرّ بالعامة ولا يكون النهر في ملك أحد، له ذلك، وإن كان يضرّ بالعامة فليس له ذلك، وذلك في أن يميل الماء إلى هذا الجانب إذا انكسرت ضفّته، فيغرق القرى والأراضي، وضفّة النهر بالكسر والفتح جانبه، كذا في الكفاية، وعلى هذا نصب الرحي عليه.

والثالث إذا دخل الماء في المقاسم، فحقّ الشفة ثابت، وإن أراد الرجل أن يسقى بذلك أرضاً أحياء كان لأهل النهر أن يمنعوه عنه أضّرّ بهم أو لم يضرّ.

والرابع: الماء المحرز في الأواني، وأتته صار مملوكاً له بالإحراز، وانقطع حقّ غيره عنه، إلّا أنّه بقيت فيه شبهة الشركة نظراً إلى الدليل، وهو قوله عليه السلام: {الناس شركاء في ثلاث، في الماء والكالا والنار} ^{١٥٥٨} حتى لو سرقه إنسان في موضع يعزّ وجوده، وهو يساوي نصاباً / [٣٠٣و] لم يقطع يده، وقد مرّ في كتاب السرقة.

ولو كان البئر أو العين أو الخوض أو النهر في ملك رجل، له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه إذا كان يجد ماءً آخر يقرب من هذا الماء في غير ملك أحد، وإن كان لا يجد يقال لصاحب النهر: إمّا أن تعطيه الشفة أو تتركه أن يأخذ بنفسه بشرط أن لا يكسر ضفّته، وهذا عن الطحاوي، وقيل ما قاله صحيح فيما إذا احتفر في أرض مملوكة له، إمّا إذا احتفرها في أرض موات ليس له أن يمنع، ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه، وظهره العطش له أي للممنوع أن يقاتله بالسلاح؛ لأنه قصد إتلافه بمنع حقّه، وهو الشفة.

والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الإناء، حيث يقاتله بغير السلاح، لأنّه قد ملكه، وكذا الطعام عند إصابة المخمصة، وقيل في البئر ونحوها الأولى أن يقاتله بغير سلاح بعضاً، لأنّه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له.

والشفة إذا كان يأتي على الماء كلّه بأن كان جدولاً صغيراً، وفيما يرد من الإبل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشرها، قيل: لا يمنع منه، وقيل: له أن يمنع.

ولهم أي للناس أن يأخذوا الماء منه، أي من ماء البئر، أو العين، أو الخوض، أو النهر في ملك رجل للوضوء، وغسل الثياب في الصحيح، وفي العناية: قوله "في الصحيح" إشارة إلى اختلاف المشايخ، فإنّ منهم من قال لا يأخذون منه الماء للوضوء، وغسل الثياب؛ لأنّ الشركة تثبت في حقّ الشفة، والصحيح جوازه دفعاً للحرّج، انتهى.

وإن أراد أن يسقي شجراً أو خضراً في داره حملاً بجراحة، له ذلك في الأصح؛ لأنّ الناس يتوسعون فيه فيعُدّون المنع من الدناءة، وفي العناية: قوله "في الأصح" احتراز عن قول بعض المتأخرين من أئمة بلخ، إذ قالوا: ليس له ذلك

^{١٥٥٨} انظر: سنن ابن ماجه، ٢٤٧٢، بلفظ: {المسلمون شركاء...}.

إلا بإذن صاحب النهر، وليس له أن يسقي أرضه ونخيله وشجره من نهر هذا الرجل وبئر، وقناته إلا بإذنه نصّاً، وليس له أن يمنع من ذلك، فإن أذن له صاحبه في ذلك أو أعاره فلا بأس به؛ لأنّه حقّه،/[٣٠٣ط] ويجري فيه الإباحة كالماء المحرز في إنائه.

فصل في كرى الأنهار

الأنهار ثلاثة: نهر غير مملوك لأحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه، ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاصّ، والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه.

فالأوّل كثره على السلطان من بيت مال المسلمين، ويصرف إليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات؛ لأنّ الثاني للفقراء، والأوّل للنواب فإن لم يكن لبيت المال شيء فالإمام يجبر الناس على كرى إحياء لمصلحة العامة، إلا أنّه يخرج له أي للكري من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم.

وأما الثاني فكرهه على أهله لا على بيت المال، ومن أبي منهم يجبر على كرى دفعاً للضرر العام، وهو ضرر بقرية الشركاء، ولو أرادوا أن يحصّونه خيفة الانبثاق أي الخراب، وفيه ضرر عام كغرق الأراضي وفساد الطرق يجبر الآبي، وإلا فلا.

وأما الثالث وهو الخاصّ من كلّ وجه فكرهه على أهله، ثم قيل: يجبر الآبي كما في الثاني، وقيل: لا يجبر لأنّ كل واحد من الضررين خاصّ، ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما اتّفقوا فيه إذا كان بأمر القاضي فاستوت الجنبان بخلاف ما تقدّم، ولا جبر لحقّ الشفعة كما إذا امتنعوا جميعاً.

ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه، فإذا جاوز أرض رجل رفع عنه، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: هي عليهم جميعاً من أوّله إلى آخره بحصص الشرب والأرضين، وليس على صاحب المسيل عمارته، كما إذا كان له مسيل على سطح غيره، كيف وأنّه يمكنه دفع الماء عن أرضه بسدّه من أعلاه؟ ثم إنّما يرفع عنه إذا جاوز أرضه كما ذكرناه، وقيل إذا جاوز قُوّهة نهره وهو مرويّ عن مُجَدِّ، والأوّل أصحّ، وإذا جاوز الكرى أرضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل: له أن يفتح الماء ليسقي أرضه، وقيل: ليس له/[٣٠٤و] ذلك ما لم يفرغ شركاؤه، وليس على أهل الشفعة من الكرى شيء.

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

ويصحّ دعوى الشرب بغير أرض استحساناً، والشرب قد يملك بدون الأرض إرثاً، وقد يبيع الأرض ويبقى الشرب له، وهو مرغوب فيه، فيصحّ فيه الدعوى، وإذا كان نهر لرجل يجري في أرض غيره فأراد صاحب الأرض أن لا يجري النهر في أرضه ترك على حاله؛ لأنّه مستعمل له بإجراء مائه، فعند الاختلاف يكون القول قوله، فإن لم يكن يده، ولم يكن جارياً فعليه البيّنة أنّ هذا النهر له، أو أنّه قد كان له مجراه في هذا النهر بسوقه إلى أرضه ليسقيها،

فيقضى له لإثباته بالحجة ملكاً أو حقاً مستحقاً فيه، وعلى هذا المصّب في نهر أو على سطح، أو الميزاب، أو الممشى في دار غيره، فحكم الاختلاف فيها نظريه في الشرب.

وإذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم بخلاف الطريق، فإنه في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد، فإن كان الأعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك، ولكنه يشرب بحصته فإن تراضوا على أن يسكر الأعلى النهر حتى يشرب بحصته، أو اصطالحوا على أن يسكن كل رجل منهم في نوبته جاز، إلا أنه إذا تمكّن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرار بهم، وليس لأحدهم أن يكره منه نهرًا أو ينصب عليه رحى إلا برضى أصحابه، إلا أن يكون رحى لا يضر بالنهر، ولا بالماء، ويكون موضعها في أرض صاحبها، ومعنى الضرر بالنهر كسر صفته، وبالماء أن يتغيّر عن سننه الذي كان يجري عليه.

والدالية والسانية نظير الرحي، ولا يتخذ عليه جسراً ولاقنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما إذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم، فأراد أن يقنطر عليه، ويستوثق منه بذلك، أو كان مقنطراً مستوثقاً، فأراد أن ينقض ذلك، ولا يزيد ذلك في أخذ الماء، حيث يكون له ذلك.

ومنع من أن يوسع فم النهر، وكذا إذا كانت القسمة بالكوى، وفي العناية: [٣٠٤ ظ] الكوة نقب البيت، والجمع كواء بالمدّ وكوي مقصور، ويستعار لمفاتيح الماء إلى المزارع والجداول، فيقال كوي النهر، ومعناه ليس له أن يوسع الكوة، انتهى.

وكذا إذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر، فيجعلها في أربعة اذرع منه بخلاف ما إذا أراد أن يسّقل كواء، أو يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح، ولو كانت القسمة وقعت بالكوى، فأراد أحدهم أن يقسم بالأيام ليس له ذلك، ولو كان لكل واحد منهم كوي مسمّاة في نهر خاص ليس لواحد أن يزيد كوة وإن كان لا يضرّ بأهله؛ لأنّ الشركة خاصّة، بخلاف ما إذا كانت الكوى في النهر الأعظم.

وليس لأحد الشركاء في النهر أن يسوق شربه إلى أرض له أخرى ليس لها في ذلك شرب، وكذا إذا أراد أن يسوق شربه في أرضه الأولى حتى ينتهي إلى هذه الأرض الأخرى، ولو أراد الأعلى من الشريكين في النهر الخاص، وفيه كوي بينهما أن يسدّ بعضها دفعاً لفيض الماء عن أرضه كيلاً تنزّ، ليس له ذلك، وكذا إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما؛ لأنّ القسمة بالكوى تقدمت، إلا أن يتراضيا؛ لأنّ الحقّ لهما، وبعد التراضي لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك، وكذا لورثته من بعده؛ لأنّ إعارة الشرب، فإن مبادلة الشرب بالشرب باطلة.

والشرب ممّا يورث، ويوصي بالانتفاع بعينه، بخلاف البيع، والصدقة، والهبة، والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود، أمّا للجهالة أو للغرر، أو لأنّه ليس بمال متقوّم، حتى لا يضمن إذا سقي من شرب غيره، وإذا بطلت العقود فالوصية بالبطل باطلة، وكذا لا يصلح، أي الشرب مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل، ولا في الخلع حتى يجب ردّ ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة، ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى؛ لأنّ أي الشرب لا يملك بشيء من العقود.

ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون أرض كما في حال حياته، وكيف يصنع الإمام؟ الأصح أن يضم إلى أرض لا شرب لها، فيتبعها بإذن صاحبها، ثم ينظر إلى قيمة الأرض مع الشرب / [٣٠٥] وبدونه فيصرف التفاوت إلى قضاء الدين، وفي العناية: قوله "في الأصح" إشارة إلى وجود الاختلاف، فإن العلماء اختلفوا في كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب، وذكر أقوالاً ثلاثة، ثم قال: واختار المصنف ما ذكر في الكتاب، وتفصيل الأقوال فيه فليرجع إليه، وإن لم يجد ذلك اشترى على تركه الميت أرضاً بغير شربه، ثم ضمَّ الشرب إليها وباعها، فيصرف الثمن إلى ثمن الأرض، والفاضل إلى قضاء الدين.

وإذا سقى الرجل أرضه أو مخزها ماء، أي مألها ماءً، فسال من مائها في أرض رجل، فغرقها أو نزلت أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها؛ لأنه غير متعد فيه، وفي العناية ثلثاً عن الصحاح: مخرت الأرض، أي أرسلت الماء فيها، انتهى.

وبيع الشرب وما فيه من الاختلاف مذكورة في البيع الفاسد.

كتاب الأشربة

الأشربة المحرمة أربعة: الخمر، وهي عصير العنب إذا غلا^{١٥٥٩} واشتد وقذف بالزبد، والعصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثه، وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير، ونقيع التمر وهو السكر، ونقيع الزبيب إذا اشتد وغلا.

أما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع، أحدها: في بيان ماهيتها، وهي التي من ماء العنب إذا صار مُسكرًا وهذا عندنا، وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم، وقال بعض الناس: هو اسم لكل مسكر، يريد به مالكا والشافعي، كذا في العناية.

والثاني: في حد ثبوت هذا الاسم، وهذا الذي ذكره في الكتاب قول أبي حنيفة، وعندهما إذا اشتد، ولا يشترط القذف بالزبد، وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً.

والثالث: أن عينها حرام غير معلق بالسكر، ولا موقوف عليه، ومن الناس من أنكر حرمة عينها، وقال أن السكر منه حرام، وهذا كفر؛ لأنه جحود الكتاب فإنه سماء رجساً، والرجس ما هو محرم العين، وقد جاءت السنة متواترة أن النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الإجماع.

ثم النص الوارد فيه غير معلول عندنا، / [٣٠٥] حتى لا يتعدى حكمه إلى سائر المسكرات، والشافعي يعديه إليها، وهذا بعيد؛ لأنه خلاف السنة المشهورة، وتعليل التعدية الاسم، والتعليل في الأحكام لا في الأسماء.

والرابع: أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه.

^{١٥٥٩} ل م س: غلى.

والخامس: أنه يكفر مستحلّها لإنكاره الدليل القطعيّ.

والسادس: سقوط تقوّمها في حقّ المسلم، حتى لا يضمن متلفها وغاصبها، ولا يجوز بيعها، واختلفوا في سقوط ماليّتها، والأصحّ أنّه مال؛ لأنّ الطباع تميل إليها، وتَصَنُّ بها. ومن كان له على مسلم دين فأوفاه من ثمن خمر لا يحلّ له أن يأخذه، ولا للمديون أن يؤديه؛ لأنّه ثمن مبيع باطل، وهو غصب في يده أو أمانة على حسب ما اختلفوا فيه، ولو كان الدين على ذميّ يؤديه عن ثمن الخمر، والمسلم الطالب يستوفيه.

والسابع: حرمة الانتفاع بها، وفي الكفاية نقلاً عن الأوضح: كسقي الدوابّ والتداوي بها بالاحتقان والإقطار في الإحليل، انتهى.

والثامن: أن يحدّ شاربها وإن لم يسكر منها لقوله عليه السلام: {من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاقتلوه}،^{١٥٦٠} إلا أنّ حكم القتل قد انتسخ بقبي الجلد مشروعاً، وعليه انعقد الإجماع من الصحابة، وتقديره أي مقدار الجلد ذكرناه في الحدود.

والتاسع: أنّ الطبخ لا يؤثر فيها؛ لأنّه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد الثبوت، إلّا أنّه لا يحدّ فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا؛ لأنّ الحدّ بالقليل في النبيّ خاصّة، وهذا قد طبخ.

والعاشر: جواز تخليلها، وفيه خلاف الشافعيّ، وسنذكره من بعد إن شاء الله تعالى، هذا هو الكلام في الخمر، وأمّا العصير إذا طبخ حتى يذهب أقلّ من ثلثه، وهو المطبوخ أدنى طبخه ويسمّى الباذق والمنصف، وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل ذلك حرام عندنا إذا غلا واشتدّ وقذف بالزبد أو إذا اشتدّ على الخلاف،/[٣٠٦] وقال الأوزاعيّ: إنّه مباح، وهو قول بعض المعتزلة.

وأما نقيع التمر وهو السكر، وهو النّبيّ من ماء التمر أي الرطب، فهو حرام مكروه، وقال شريك ابن عبد الله: إنّه مباح، وأمّا نقيع الزبيب وهو النّبيّ من ماء الزبيب وهو حرام إذا اشتدّ وغلا. ويتأبّى فيه خلاف الأوزاعيّ،، إلّا أنّ حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلّها، ويكفر مستحلّ الخمر؛ لأنّ حرمتها اجتهادية، وحرمة الخمر قطعية، ولا يجب الحدّ بشرها حتى يسكر، ويجب بشرب قطرة من الخمر، ونجاستها خفيفة في رواية، غليظة في أخرى، ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة، ويجوز بيعها، ويضمن متلفها عند أبي حنيفة خلافاً لهما، فيهما أي في البيع والضمان، غير أنّ عنده تجب قيمتها لا مثلها، ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه؛ لأنّها محرّمة، وعن أبي يوسف أنّه يجوز بيعها إذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين.

وقال في الجامع الصغير: وما سوى ذلك من الأشربة فلا بأس به، قالوا: هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره، أي في غير الجامع الصغير، وهو نصّ على أنّ ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والدرة حلال عند أبي حنيفة، ولا يحدّ شاربه عنده وإن سكر منه، ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرّمّك، وقوله: ومن ذهب عطف على النائم، أي ومنزلة من ذهب... الخ.

^{١٥٦٠} انظر: سنن أبي داود، ٤٤٨٢؛ سنن الترمذي، ١٤٤٤.

وعن مُجَدَّ أَنَّهُ أَيُّ مَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الْأَنْبِذَةِ كَالْمَتَّخَذِ مِنَ الْحَنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَأَمْثَالِهِ حَرَامٌ، وَيُحَدِّدُ شَارِبُهُ إِذَا سَكَّرَ مِنْهُ، وَيَقَعُ طَلَاقُهُ إِذَا سَكَّرَ مِنْهُ كَمَا فِي سَائِرِ الْأَشْرِبَةِ الْحَرَمَةِ، وَقَالَ فِيهِ أَيْضاً - أَيُّ مُجَدَّ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ -: وَكَانَ أَبُو يُوسُفَ يَقُولُ: مَا كَانَ مِنَ الْأَشْرِبَةِ يَبْقَى بَعْدَ مَا يَبْلُغُ عَشْرَةَ أَيَّامٍ وَلَا يَفْسُدُ، فَإِنِّي أَكْرَهُهُ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَوْلِهِ الْأَوَّلُ مِثْلُ قَوْلِ مُجَدَّ: إِنْ كُلَّ مَسْكِرٍ حَرَامٌ، إِلَّا أَنَّهُ تَفَرَّدَ بِهَذَا الشَّرْطِ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ: / [٣٠٦ ط] "يَبْلُغُ" يَغْلِي وَيَشْتَدُّ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ: "وَلَا يَفْسُدُ" وَلَا يَحْمُضُ.

وَأَبُو حَنِيفَةَ يَعْتَبِرُ حَقِيقَةَ الشَّدَّةِ عَلَى الْحَدِّ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِيْمَا يَحْرُمُ أَصْلَ شَرْبِهِ، وَفِيْمَا يَحْرُمُ السَّكَّرَ مِنْهُ، وَأَبُو يُوسُفَ رَجَعَ إِلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَمْ يَحْرَمْ كُلَّ مَسْكِرٍ، وَرَجَعَ عَنْ هَذَا الشَّرْطِ أَيْضاً، وَقَالَ فِي الْمَخْتَصَرِ: وَنَبِيذُ التَّمْرِ وَالزَّيْبِ إِذَا طَبَخَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَدْنَى طَبْخَةٍ حَالَالٌ وَإِنْ اشْتَدَّ إِذَا شَرِبَ مِنْهُ مَا يَغْلِبُ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ لَا يَسْكُرُ مِنْ غَيْرِ هُوَ وَلَا طَرِبَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَعِنْدَ مُجَدَّ وَالشَّافِعِيِّ حَرَامٌ، وَالْكَلَامُ فِيهِ كَالْكَلَامِ فِي الْمُثَلَّثِ الْعِنْبِيِّ، وَلَا بَأْسَ بِالْخَلِيطَيْنِ، وَفِي الْعِنَايَةِ: الْخَلِيطَانِ مَاءُ التَّمْرِ وَالزَّيْبِ إِذَا خُلِطَا، فَيُطْبَخُ بَعْدَ ذَلِكَ أَدْنَى طَبْخَةٍ، وَيَتْرَكَ إِلَى أَنْ يَغْلِي وَيَشْتَدَّ، انْتَهَى.

وَنَبِيذُ الْعَسَلِ وَالتِّينِ، وَنَبِيذُ الْحَنْطَةِ وَالدَّرَةِ وَالشَّعِيرِ حَالَالٌ وَإِنْ لَمْ يَطْبَخْ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، إِذَا كَانَ مِنْ غَيْرِ هُوَ وَطَرِبَ، ثُمَّ قِيلَ يَشْتَرِطُ الطَّبْخُ فِيهِ لِإِبَاحَتِهِ، وَقِيلَ لَا يَشْتَرِطُ، وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ؛ لِأَنَّ قَلِيلَهُ لَا يَدْعُو إِلَى كَثِيرِهِ كَيْفَ مَا كَانَ أَيُّ طَبَخَ أَوْ لَمْ يَطْبَخْ.

وَهَلْ يُحَدِّدُ فِي الْمَتَّخَذِ مِنَ الْحَبُوبِ إِذَا سَكَّرَ مِنْهُ؟ قِيلَ: لَا يُحَدِّدُ، قَالُوا: وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُحَدِّدُ، فَإِنَّهُ رَوَى عَنْ مُجَدَّ فِيمَنْ يَسْكُرُ مِنَ الْأَشْرِبَةِ أَنَّهُ يُحَدِّدُ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ، وَهَذَا لِأَنَّ الْفَسَاقَ يَجْتَمِعُونَ عَلَيْهِ فِي زَمَانِنَا اجْتِمَاعَهُمْ عَلَى سَائِرِ الْأَشْرِبَةِ، بَلْ فَوْقَ ذَلِكَ، وَكَذَا الْمَتَّخَذُ مِنَ الْأَلْبَانِ إِذَا اشْتَدَّ فَهُوَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ، وَقِيلَ: إِنَّ الْمَتَّخَذَ مِنْ لَبَنِ الرَّمَاحِ لَا يَحِلُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ اعْتِبَاراً بِلَحْمِهِ، إِذْ هُوَ مَتَوَلَّدٌ مِنْهُ، قَالُوا: وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَحِلُّ.

وَعَصِيرُ الْعِنْبِ إِذَا طَبَخَ حَتَّى ذَهَبَ ثَلَاثُهُ وَبَقِيَ ثَلَاثُهُ حَالَالٌ وَإِنْ اشْتَدَّ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُجَدَّ وَمَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ حَرَامٌ، وَهَذَا الْخِلَافُ فِيْمَا إِذَا قَصِدَ بِهِ التَّقْوَى، أَمَّا إِذَا قَصِدَ بِهِ التَّلَهِّيُّ لَا يَحِلُّ بِالِاتِّفَاقِ، وَعَنْ مُجَدَّ مِثْلُ قَوْلِهِمَا، وَعَنْهُ أَنَّهُ كَرِهَ ذَلِكَ، وَعَنْهُ أَنَّهُ تَوَقَّفَ فِيهِ، وَالْقَدَحُ الْآخِرُ حَرَامٌ عِنْدَنَا، إِذْ هُوَ الْمَسْكِرُ حَقِيقَةً، وَالَّذِي يُصَبُّ عَلَيْهِ الْمَاءُ بَعْدَ / [٣٠٧ و] مَا ذَهَبَ ثَلَاثُهُ بِالطَّبْخِ حَتَّى يَرِقَ، ثُمَّ يَطْبَخُ طَبْخَهُ فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُثَلَّثِ؛ لِأَنَّ صَبَّ الْمَاءِ لَا يَزِيدُهُ إِلَّا ضَعْفًا بِخِلَافِ مَا إِذَا صَبَّ الْمَاءُ عَلَى الْعَصِيرِ، ثُمَّ يَطْبَخُ حَتَّى يَذْهَبَ ثَلَاثُ الْكُلِّ، وَلَوْ طَبَخَ الْعِنْبُ كَمَا هُوَ، ثُمَّ يَعْصَرُ يَكْتَفِي بِأَدْنَى طَبْخَةٍ فِي رَوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَفِي رَوَايَةٍ عَنْهُ: لَا يَحِلُّ مَا لَمْ يَذْهَبْ ثَلَاثُهُ بِالطَّبْخِ، وَهُوَ الْأَصَحُّ، وَلَوْ جُمِعَ فِي الطَّبْخِ مِنَ الْعِنْبِ وَالتَّمْرِ، أَوْ بَيْنَ التَّمْرِ وَالزَّيْبِ لَا يَحِلُّ حَتَّى يَذْهَبَ ثَلَاثُهُ، وَكَذَا إِذَا جُمِعَ بَيْنَ عَصِيرِ الْعِنْبِ وَنَقِيعِ التَّمْرِ، وَلَوْ طَبَخَ نَقِيعُ التَّمْرِ وَنَقِيعُ الذَّيْبِ أَدْنَى طَبْخَةٍ، ثُمَّ أُنْقِعَ فِيهِ تَمْرٌ أَوْ ذَيْبٌ إِنْ كَانَ مَا أُنْقِعَ فِيهِ شَيْئاً يَسِيرًا لَا يَتَّخِذُ النَّبِيذَ مِنْ مِثْلِهِ لَا بَأْسَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ يَتَّخِذُ النَّبِيذَ مِنْ مِثْلِهِ لَمْ يَحِلَّ كَمَا إِذَا صَبَّ فِي الْمَطْبُوحِ قَدَحٌ مِنْ نَقِيعٍ، وَالْمَعْنَى تَغْلِيْبُ جِهَةِ الْحَرَمَةِ، وَلَا حَدَّ فِي شَرْبِهِ.

وَلَوْ طَبَخَ الْخَمْرُ أَوْ غَيْرُهُ بَعْدَ الْاِشْتِدَادِ حَتَّى ذَهَبَ ثَلَاثُهُ لَمْ يَحِلَّ؛ لِأَنَّ الْحَرَمَةَ قَدْ تَقَرَّرَتْ، فَلَا تَرْفَعُ بِالطَّبْخِ، وَلَا بَأْسَ بِالِاتِّبَازِ فِي الدُّبَاءِ وَالْحَنْتَمِ وَالْمَرْقَتِ، وَإِنَّمَا يَنْتَبِذُ فِيهِ بَعْدَ تَطْهِيرِهِ، فَإِنْ كَانَ الْوَعَاءُ عَتِيقًا يَغْسَلُ ثَلَاثًا، فَيَطْهَرُ، وَإِنْ

كان جديداً لا يطهر عند مُجْد، وعند أبي يوسف يغسل ثلاثاً، ويَجْف في كل مرّة، وهي مسألة ما لا ينصرف بالعصر، وقيل عند أبي يوسف: يملأ ماء مرّة بعد أخرى حتى إذا خرج الماء صافياً غير متغيّر يحكم بطهارته.

وإذا تخلّلت الخمر حلّت سواء صارت خلّاً بنفسها، أو بشيء طرح فيها، ولا يكره تخليلها، وقال الشافعي: يكره تخليلها، ولا يحلّ الخلّ الحاصل به إن كان التخليل بإلقاء شيء فيه قولاً واحداً، وإن كان بغير إلقاء شيء فيه فله في الخلّ الحاصل قولان، وإذا صار الخمر خلّاً يطهر ما يوازئها من الإناء، فأما أعلاه وهو الذي نقص منه الخمر يطهر تبعاً، وقيل لا يطهر إلّا إذا غسل بالخلّ، فيتخلّل من ساعته فيطهر، وكذا إذا صُبّ منه الخمر ثم ملأ خلّاً، يطهر في الحال على ما قالوا، ويكره شرب درديّ الخمر والامتشاط به؛ لأنّ فيه أجزاء الخمر.

والانتفاع بالمحرّم حرام، ولهذا لا يجوز أن يداوي به [٣٠٧ظ] جرحاً أو دبرة دابةً، ولا أن يسقي ذمياً، ولا أن يسقي صبيّاً للتداوي، والوبال على من سقاه، وكذا لا يسقيها الدواب، وقيل لا يحمل الخمر إليها، أمّا إذا قيدت إلى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميثة. ولو ألقى الدرديّ في الخلّ لا بأس به؛ لأنّه يصير خلّاً، لكن يباح حمل الخلّ إليه دون عكسه، ولا يحدّ شاربه أي شارب الدرديّ إن لم يسكر، كما إذا غلب عليه الماء بالامتزاج، وقال الشافعي: يحدّ ويكره الاحتقان بالخمر وإقطارها في الإحليل، ولا يجب الحدّ لعدم الشرب، ولو جعل الخمر في مرّقه لا تؤكل لتنجّسها به، ولا حدّ ما لم يسكر منه، ويكره أكل خبزٍ عُجِنَ عجينه بالخمر.

فصل في طبخ العصير

الأصل أنّ ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد، يجعل كأن لم يكن، ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحلّ الثلث الباقي، بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ، فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستّة دوارق، ويبقى الثلث، فيحلّ؛ لأنّ الذي ذهب زبداً هو العصير، أو ما يمازجه، وأيّاً ما كان جعل كان العصير تسعة دوارق، فيكون ثلثها ثلاثة.

وأصل آخر أنّ العصير إذا صُبّ عليه ماءً قبل الطبخ ثم طبخ بمائه، إن كان الماء أسرع ذهاباً لرّقته ولطافته، يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صُبّ فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه؛ لأنّ الذاهب الأوّل هو الماء، والثاني العصير، فلا بدّ من ذهاب ثلثي العصير، وإن كانا يذهبان معاً، تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاهما، ويبقى ثلثه، فيحلّ؛ لأنّه ذهب الثلثان ماءً وعصيراً، والثلث الباقي ماءً وعصيراً، فصار كما إذا صُبّ الماء فيه بعدما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه، بيانه عشرة دوارق من عصير، وعشرون دورقاً من ماء، ففي الوجه الأوّل يطبخ حتى يبقى تسع الجملة؛ لأنّه ثلث العصير، وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة، والغلي بدفعة أو بدفعات [٣٠٨و] سواء إذا حصل قبل أن يصير محرّماً، ولو قطع عنه النار فغلي حتى ذهب الثلثان يحلّ لأنّه أثر النار.

وأصل آخر أنّ العصير إذا طبخ فذهب بعضه ثم أهريق بعضه لم يطبخ البقية حتى يذهب الثلثان، فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب، ثم تقسّمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب من الطبخ، قبل أن ينصبّ منه شيء، فما يخرج بالقسمة فهو حلال، بيانه عشرة أربال عصير طبخ حتى ذهب رطل، ثم أهريق ثلاثة أربال، تأخذ ثلث العصير كله، وهو ثلاثة وثلث، وتضربه فيما بقي بعد المنصب، وهو ستّة، فيكون عشرين، ثم تقسم

العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصبّ منه شيء، وذلك تسعة، فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتُسَعان، فعرفت أنّ الحلال ما بقي منه رطلان وتُسَعان، وعلى هذا يخرج المسائل، ولها طريق آخر، وفيما اكتفينا به كفاية وهداية، إلى أن تخرج غيرها من المسائل.

كتاب الصيد

الصيد: الاصطياد، وينطلق على ما يُصَاد، والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم، ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان: أحدهما في الصيد بالجوارح، والثاني في الاصطياد بالرمي.

فصل في الجوارح

ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة، وفي الجامع الصغير: وكلّ شيء علّمته من ذي ناب كالسباع، وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده، ولا خير فيما سوى ذلك، إلا أن تدرك ذكاته.

واسم الكلب في اللغة يقع على كلّ سَبُع حتى الأسد، وعن أبي يوسف: أنّه استثنى من ذلك الأسد والدّب؛ لأنّهما لا يعملان^{١٥٦١} لغيرهما، الأسد لعلوّ همّته، والدّب لخساسته، وألحق بهما بعضهم الحِدَاة لخساسته، والخنزير مستثنى؛/[٣٠٨ظ] لأنّه نجس العين، ولا يجوز الانتفاع به.

ثم لا بدّ من التعليم والارسال، وتعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاث مرّات، وتعليم البازي أن يرجع ويجب إذا دعوته، وشرط ترك الأكل ثلاثاً، وهذا عندهما، وهو رواية عن أبي حنيفة، وعند أبي حنيفة ما ذكر في الأصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظنّ الصائد أنّه معلّم، ولا يقدر بالثلاث كما هو أصله في جنسها، وعلى الرواية الأولى عنده يحلّ ما اصطاده ثالثاً^{١٥٦٢} وعندهما لا يحلّ بل إنّما يصير معلّماً بعد تمام الثلاث، فلا يحلّ إلا الرابع.

وإذا أرسل كلبه المعلم أو بازيه، وذكر اسم الله عند إرساله، فأخذ الصيد، وجرحه فمات حلّ أكله، ولو ترك ناسياً حلّ أيضاً، وحرمة متروك التسمية عامداً في الذبائح، ولا بدّ من الجرح في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنّه لا يشترط، فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل، وإن أكل منه البازي أكل، وعند مالك والشافعي في قوله القديميماح ما أكل منه الكلب.

ولو أنه صاد صيوداً ولم يأكل منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد؛ لأنّه علامة الجهل، ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلّماً على اختلاف الرواية، كما بيّناها في الابتداء، وأمّا الصيود التي أخذها من قبل فما أكل منها

^{١٥٦١} ل م: لا يعلمان.

^{١٥٦٢} ل م: ثلاثاً.

لا تظهر الحرمة فيه، وما ليس بمحرز بأن كان في مفازة بعدُ يثبت الحرمة فيه بالاتفاق، وما هو محرز في بيته حرم عنده خلافاً لهما.

ولو أنَّ صقراً فرَّ من صاحبه فمكث حيناً ثم صاد لا يؤكل صيده، ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل، ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها إليه فأكلها يؤكل ما بقي، ولا يبقى صيداً كما إذا ألقى إليه طعاماً غيره، وكذا إذا وثب الكلب فأخذه أي الصيد المحرز في يد صاحبه وأكل منه أي من الصيد المأخوذ؛ لأنَّه ما أخذ من الصيد، والشرطُ / [٣٠٩و] ترك الأكل من الصيد، فصار كما إذا افترس شاته، بخلاف ما إذا فعل ذلك قبل أن يحزره المالك.

ولو نَحَشَ الصيد فقطع به بضعةً فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل، ولو ألقى ما نَحَشَهُ وتابَع الصيد فقتله ولم يأكل منه وأخذه صاحبه ثم مرَّ بتلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد؛ لأنَّه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضروه، فإذا أكل ما بان منه - وهو لا يحل لصاحبه - أولى.

وإن أدرك المرسل الصيد حيّاً وجب عليه أن يذكيه، وإن ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل، وكذا البازي والسهم، وهذا إذا تمكّن من ذبحه، أمّا إذا وقع في يده، ولم يتمكّن من ذبحه، وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح، لم يؤكل في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنّه يحلّ وهو قول الشافعي؛ لأنَّه لم يقدر على الأصل، فصار كما إذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال، بخلاف ما إذا بقي من الحياة مثل ما بقي في المذبوح، فإنَّه يؤكل كما لو وقع في الماء، وهو بهذه الحالة لا يحرم كما إذا وقع وهو ميت، وفصل بعضهم فيه أي في الصيد الواقع في يده، ولم يتمكن من ذبحه تفصيلاً، وهو أنّه إن لم يتمكّن فيه لفقد الآلة لم يؤكل، وإن لم يتمكن من ذبحه لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافاً للشافعي، وأمّا إذا شقّ بطنه وأخرج ما فيه، ثم وقع في يد صاحبه حلّ، وقيل هذا قولهما، أمّا عند أبي حنيفة لا يؤكل أيضاً، هذا الذي ذكرناه إذا ترك التذكية، فلو أنّه ذكاه حلّ أكله عند أبي حنيفة، وكذا المتردية والنطيحة والموقودة، والذي بقر الذئب بطنه، وفيه حياة خفية أو بيّنة، وعليه الفتوى، وفي الكفاية قوله: "وكذا المتردية ... الخ" أي يحلّ عند أبي حنيفة بالذكاة، وعليه الفتوى، وعند أبي يوسف إن كان بحالٍ لا يعيش مثله لا يحل، وقال / [٣٠٩ظ] مُجَدّ: إن كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحلّ، وإلا فلا.

ولو أدركه ولم يأخذه، فإن كان وقت لو أخذه يمكنه ذبحه لم يؤكل، وإن كان لا يمكنه ذبحه أكل، وإن أدركه فذكاه حلّ. وإن لم يكن فيه حياة مستقرّة فعند أبي حنيفة ذكاته الذبح، وقد وجد وعندهما لا يحتاج إلى الذبح.

وإن أرسل كلبه المعلم على صيده وأخذ غيره حلّ، وقال مالك: لا يحل. ولو أرسله على صيد كثير وسمّى مرّة واحدة حالة الإرسال فلو قتل الكل يحلّ بهذه التسمية الواحة. ومن أرسل فهداً فكمن حتى يستمكن ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل؛ لأنّ مكث الفهد حيلة منه للصيد لا استراحة، فلا يقطع الإرسال، وكذا الكلب إذا اعتاد عادة الفهد.

ولو أخذ الكلب صيداً فقتله ثم أخذ آخر فقتله وقد أرسله صاحبه أكلًا جميعاً، ولو قتل الأوّل فجثم عليه طويلاً من النهار ثم مرَّ به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني، ولو أرسل كلباً إلى صيد ولم يكن له سائناً فأخذ الصيد وقتله حلّ، ذكرها في باب جناية البهيمة.

ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء، ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله فإنه يؤكل، وفي الكفاية: من عادة البازي أن يقع على شيء، وينظر إلى صيده ليأتيه من الجانب الذي يتمكن من أخذه، فهو بمنزلة كمين الفهد، ولا ينقطع به فور الإرسال، انتهى. وهذا إذا لم يمكث زماناً طويلاً للاستراحة، وإنما مكث ساعة للكمين لما بيّناه في الكلب.

ولو أنّ بازياً معلماً أخذ صيداً فقتله، ولا يدري أرسله إنسان أو لا لا يؤكل. وإن خنقه كلب ولم يجرحه لا يؤكل؛ لأنّ الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه، وهذا يدلّك على أنّه لا يحلّ بالكسر، وعن أبي حنيفة أنّه إذا كسر عضواً/[٣١٠] فقتله لا بأس بأكله.

وإن شاركه كلب غير معلّم أو كلب مجوسيّ أو كلب لم يذكر اسم الله - يريد به عمدًا - لم يؤكل، ولو ردّه عليه الكلب الثاني ولم يجرح معه ومات بجرح الأوّل بكره أكله، وهذا بخلاف ما إذا ردّه المجوسيّ عليه بنفسه حيث لا يكره، ولو لم يرده الكلب الثاني على الأوّل لكنّه اشتدّ على الأوّل حتى اشتدّ على الصيد وأخذه وقتله لا بأس بأكله.

وإذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسيّ فانزجر بزجره فلا بأس بصيده، والمراد بالزجر الإغراء بالصباح عليه وبالانزجار، أي والمراد بالانزجار إظهار زيادة الطلب.

ولو أرسله مجوسيّ فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل. وكلّ من لا يجوز ذكاته كالمتردّ والحريم وتارك التسمية عامداً في هذه بمنزلة المجوسيّ. وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله. ولو أرسل المسلم كلبه على صيد وسميّ فأدركه فضربه فوقده، أي جعله عليلاً ضعيفاً، ثم ضربه فقتل أكل، وكذلك إذا أرسل كلبين فوقدها أحدهما ثم قتله الآخر أكل.

ولو أرسل رجلان، كل واحد منهما كلباً، فوقده أحدهما وقتله الآخر أكل، والملك للأوّل، بخلاف ما إذا كان الإرسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الأوّل حيث لا يحلّ أكله. وإذا نصب شبكة للجفاف فتعلّق بها صيد لا يكون له بل للأخذ، وكذا إذا دخل الصيد داره، ولم يعلم فأغلق بابه فهو لمن أخذه، ذكرها في خلال المسائل المنتورة من كتاب البيوع، قال العلامة ابن الهمام: فإن علم به وأغلق الباب عليه أو سدّ الكوة كان لصاحب الدار، انتهى.

وإذا نصب شبكة وتعلّق^{١٥٦٣} بها صيد بعد موته فإنه أي الناصب يملكه، ذكرها في باب الشهادة في القتل.

العبد يصطاد ويثبت الملك للمولى ابتداءً،/[٣١٠ظ] أشار إليها في أوائل كتاب الوكالة.

فصل في الرمي

ومن سمع حسّاً أي صوتاً خفياً ظنّه حسّ صيد فرماه أو أرسل كلباً أو بازياً عليه فأصاب صيداً ثمّ تبين أنّه حسّ صيد حلّ المصاب أيّ صيد كان، وعن أبي يوسف أنّه خصّ من ذلك الخنزير، وزفر خصّ منها ما لا يؤكل

^{١٥٦٣} ل م: تعقل.

لحمه، وإن تبين أنه حسن آدمي أو حيوان أهلي لا يحل المصاب، والطير الداجن الذي يأوي البيوت أهلي، والطيء الموثوق بمنزلته.

ولو رمى إلى طائر فأصاب صيدا، ومرّ الطائر ولا يدرى وحشي هو أو غير وحشي حلّ الصيد. ولو رمى إلى بغير فأصاب صيدا ولا يدرى نأذ هو أم لا لا يحل الصيد. ولو رمى إلى صيد فأصاب غيره يحلّ المصاب، وكذا لو رمى سهماً إلى صيد فأصابه وأصاب آخر، أكل جميعاً، ذكرهما في هذا الكتاب قبيل هذا.

ولو رمى إلى سمكة أو جرادة فأصاب صيداً يحلّ في رواية عن أبي يوسف، وفي رواية أخرى عنه لا يحلّ. ولو أصاب المسموع حسه، وقد ظنه آدمياً فإذا هو صيد يحلّ.

وإذا سمي الرجل عند الرمي أكل ما أصاب إذا جرح السهم فمات، وإن أدركه حيّاً ذكاه، قال صاحب الهداية: وقد بيناه بوجوهها، والخلاف فيها في الفصل الأول، فلا نعيده ثانياً.

وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل أي مشى بتكلف حتى غاب عنه، ولم يزل في طلبه حتى أصابه أكل، وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً لم يؤكل، وقال مالك: إن ما توارى عنه إذا لم يبت يحلّ، فإذا بات ليلة لا يحلّ. ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحلّ، والجواب في إرسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه.

وإذا رمى صيداً فوقع في الماء، أو وقع على سطح أو جبل، ثم تردى منه إلى الأرض / [٣١١و] لم يؤكل؛ لأنه المتردية، وهي حرام بالنص، ويحتمل أن يموت بغير الرمي. وإن وقع على الأرض ابتداءً أكل فصار الأصل أن سبب الحرمة والحلّ إذا اجتماعاً وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجّح جهة الحرمة احتياطاً، وإن كان ممّا لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه؛ لأنّ التكليف بحسب الوسع.

فمما يمكن التحرز عنه إذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الأرض أو رماه وهو على جبل وتردّى من موضع إلى موضع حتى تردى إلى الأرض أو رماه فوق وقع على رمح منصوبة أو قسبة قائمة، أو على حرف آجرة لاحتمال أنّ حدة الأشياء قتله.

ومما لا يمكن الاحتراز عنه إذا وقع على الأرض كما ذكرناه، أو على ما هو في معناه كجبل أو ظهر بيت ولبنة موضوعة أو صخرة فاستقرّ عليها؛ لأنّ وقوعه عليه وعلى الأرض سواء، وذكر في المنتقى: لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر، وصحّحه الحاكم الشهيد، وحمل مطلق المروي في الأصل على غير حالة الانشقاق، وحمله شمس الأئمة السرخسي على ما إذا أصابه حدّ الصخرة فانشق بطنه لذلك، وحمل المروي في الأصل على أنّه إذا لم يصبه من الآجرة إلّا ما يصبه من الأرض لو وقع عليه وذلك عفو، وهذا أصحّ.

فإن كان الطير مائتاً فإن كانت الجراحة لم تنغمس في الماء أكل، وإن انغمست لا يؤكل، كما إذا وقع في الماء.

وما أصابه المعارض بعرضه لم يؤكل، وهو سهم بلا ريش، يمضي عرضاً فيصيب بعرضه لا بجده، كذا في الكفاية نقلاً عن المغرب. ولا يؤكل ما أصابته البندقة فمات بها، وكذلك إن رماه بحجر، وكذلك إن جرحه، قالوا: تأويله إذا كان، أي الجرح ثقيلًا وبه حدة، وإن كان الحجر خفيفاً، وبه حدة يحلّ ولو كان الحجر خفيفاً، وجعله طويلاً

كالسهم وبه حدة، / [٣١١ظ] فإنه يحلّ، ولو رماه بمرّة حديدية ولم تبضع بضعاً لا يحلّ، والمروءة حجر أبيض رقيق يذبح به، والبضع القطع والشقّ، وكذا إذا رماه بما فأبان رأسه أو قطع أوداجه، ولو رماه بعضاً أو بعودٍ حتى قتله لا يحلّ؛ لأنّه يقتله ثقلاً لا جرحاً، اللهم إلا إذا كان له حدّ فبضع بضعاً فحينئذ لا بأس به.

والأصل في هذه المسائل أنّ الموت إذا كان مضافاً إلى الجرح يبين كان الصيد حلالاً، وإذا كان مضافاً إلى الثقل يبين كان حراماً، وإن وقع الشك ولا يدري مات بالجرح أو بالثقل كان حراماً احتياطاً. وإن رماه بسيف أو بسكين فأصابه بجده فجرحه حلّ، وإن أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف لا يحلّ؛ لأنّه قتله دقاً، والحديد وغيره فيه سواء. ولو رماه فجرحه ومات بالجرح، فإن كان الجرح مدمياً يحلّ بالاتّفاق، ولو لم يكن مدمياً فكذلك عند بعض المستأخرين، سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة، وعند بعضهم يشترط الادماء، وعند بعضهم إن كانت كبيرة حلّ بدون الادماء، وإن كانت صغيرة لا بدّ من الادماء.

ولو ذبح شاة ولم يسلم منها قيل: لا يحلّ، وقيل: يحلّ، وإذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فإن أدماه حلّ وإلا فلا، وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه، وإذا رمى صيداً فقطع عضواً منه أكل الصيد ولا يؤكل العضو، وقال الشافعي: أكله إن مات الصيد منه؛ لأنّه مبان بذكاة الاضطرار، فيحلّ المبان، والمبان منه، كما إذا أبين الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما إذا لم يمت؛ لأنّه ما أبين بالذكاة، ولنا قوله عليه السلام: {ما أبين من الحيّ فهو ميت} ^{١٥٦٤}، الحيّ مطلقاً، فينصرف إلى الحيّ حقيقةً وحكماً، والعضو المبان بهذه الصفة؛ لأنّ المبان منه حيّ حقيقة لقيام الحياة فيه، وكذا حكماً، ولهذا / [٣١٢و] اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم.

فصار الأصل عندنا أنّ المبان من الحيّ حقيقةً وحكماً لا يحلّ، والمبان من الحيّ صورة لا حكماً يحلّ، وذلك بأن يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح، فإنه حياة صورة لا حكماً، ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحياة أو تردّى من سطح أو جبل لا يحرم، فيخرج عليه المسائل،

فنقول: إذا قطع يداً أو رجلاً أو فخذاً أو ثلثه ممّا يلي القوائم، أو أقلّ من نصف الرأس يحرم المبان، ويحلّ المبان منه؛ لأنّه يتوّهم بقاء الحياة في الباقي، ولو قدّه بنصفين أو قطع أثلاثاً، والأكثر ممّا يلي العجز أو قطع نصف رأسه أو أكثر منه يحلّ المبان والمبان منه.

ولو ضرب عنق شاة فأبان رأسها يحلّ لقطع الأوداج، ويكره هذا الصنيع لإبلاغه النخاع. وإن ضربه من قبل القفا إن مات قبل قطع الأوداج لا يحلّ، وإن لم يمت حتى قطع الأوداج حلّ.

وإن ضرب صيداً فقطع يداً أو رجلاً ولم يُبَيّن إن كان يتوّهم الالتئام والاندمال، فإذا مات حلّ أكله، وإن كان لا يتوّهم بأن يبقى متعلّقاً بجلدة حلّ ما سواه لوجود الإبانة معني، والعبرة للمعاني.

ولا يؤكل صيد المجوسي المرتدّ والوثني، ولا بدّ في إباحة الصيد أن يكون الصائد من أهل الذكاة، وهم ليسوا كذلك بخلاف النصرانيّ أو اليهوديّ؛ لأنّهم من أهل الذكاة اختياراً، فكذا اضطراراً.

^{١٥٦٤} سنن الترمذي، الصيد، ١٢؛ أبو داود، الصيد، ٢٣.

وإذا رمى إلى صيد ثم ارتدّ الرامي - والعياذ بالله تعالى - بعد الرمي قبل الموت يحلّ الصيد؛ لأنّ المعتبر حالة الرمي، وإذا رمى مجوسيّ صيداً ثم أسلم ثم وقع الرمية بالصيد لم يؤكل، وإن رماه وهو مسلم ثم تمجّس، ثم وقع به أكل، وهذه من قوله: "وإذا رمى إلى صيد..." مذكورة في باب اعتبار حالة القتل من الجنائيات، وقد ذكرت هناك أيضاً.

ومن رمى صيداً/[٣١٢ظ] فأصابه ولم يشخه ولم يخرج من حيّز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني، وإن كان الأول أثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للأول ولم يؤكل، وهذا إذا كانت الرمية الأولى بحال ينجو منه الصيد، أمّا إذا كان الرمي الأول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة إلّا بقدر ما يبقى في المذبوح كما إذا أبان رأسه يحلّ، وإن كان الرمي الأول بحال لا يعيش منه الصيد، إلّا أنّه بقي فيه من الحياة أكثر ممّا تكون بعد الذبح، فإن كان يعيش يوماً أو دونه فعلى قول أبي يوسف لا يحرم بالرمية الثانية، وعند محمد يحرم، والثاني ضامن لقيمته للأول، غير ما نقصته جراحته.

قال رحمه الله: وتأويله إذا علم أنّ القتل حصل بالثاني، بأن كان الأول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه، والثاني بحال لا يسلم الصيد منه، ليكون القتل كله مضافاً إلى الثاني، وقد قتل حيواناً مملوكاً للأول منقوصاً بالجراحة، فلا يضمّنه كملاً، كما إذا قتل عبداً مريضاً، وإن علم أنّ الموت حصل من الجراحتين أو لا يُدرى، قال في الزيادات يضمّن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمّن نصف قيمته مجروحاً بجراحتين، ثم يضمّن نصف قيمة لحمه.

وإن كان رماه الأول ثانياً فالجواب في حكم الإباحة كالجواب فيما إذا كان الرامي غيره، ويصير كما إذا رمى صيداً على قُلة جبل وأثخنه ثم رماه ثانياً فأنزله لا يحلّ؛ لأنّ الثاني محرّم، كذا هذا.

ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل من الحيوان، والصيد لا يختصّ بمأكل اللحم، قال قائلهم:

صيدُ الملوكة أَرَانِبُ وَثَعَالِبُ * وَإِذَا رَكِبْتُ فَصِيدِي الْأَبْطَالُ

ولأنّ صيده سبب الانتفاع بجلده أو شعره، أو ريشه، أو لاستدفاع شرّه، وكل ذلك مشروع.

كتاب الرهن

الرهن لغةً: حبس الشيء بأيّ سبب كان، وفي الشريعة: جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه/[٣١٣و] منه كالدّيون، وهو مشروع ثابت بالكتاب والسنة والإجماع.

الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول، ويتمّ بالقبض، قالوا: الركن الإيجاب بمجرّده، والقبض شرط اللزوم، وهو عقد تبرع، ولهذا لا يجبر المديون عليه، فلا بدّ من إمضائه كما في الوصية، وذلك بالقبض، وقال مالك: يلزم بنفس العقد. ثم يكتفى فيه - أي القبض - بالتخلية في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أنّه لا يثبت في المنقول إلّا بالنقل، والأوّل أصحّ.

وإذا قبضه المرتهن محوزاً مفرغاً متميّزاً تمّ العقد فيه، وما لم يقبضه فالراهن بالخيار إن شاء سلّمه وإن شاء رجع عن الرهن، وإذا سلم إليه فقبضه دخل في ضمانه، وقال الشافعيّ: أمانة في يده، ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه، قال صاحب الهداية: وحاصل الخلاف أنّ عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتسباً بدينه بإثبات يد الاستيفاء عليه، وعنده تعلّق الدين بالعين استيفائه^{١٥٦٥} منه عيناً بالبيع، فيخرج على الأصلين هذين عدّة من المسائل المختلفة فيها وبينه، عددناها في كفاية المنتهى جملة، منها: أنّ الراهن ممنوع عن الاسرداد للانتفاع؛ لأنّه يفوّت موجب، وهو الاحتباس على الدوام، وعنده لا يمنع منه؛ لأنّه لا ينافي موجب، وهو تعيينه للبيع، وسيأتيك البواقي في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى.

ولا يصحّ الرهن إلّا بدين مضمون، وهو مضمون بأقلّ من قيمته ومن الدين، فإذا هلك في يد المرتهن، والدين وقيّمته سواء صار المرتهن مستوفياً لدينه حكماً، وإن كانت أقلّ سقط من الدين بقدره، ويرجع المرتهن بالفضل، وقال زفر: الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيّمته يوم رهن ألف وخمسمائة والدين ألف، يرجع الراهن على المرتهن بخمسمائة.

وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه، ويحبسه به/[٣١٣ظ]، وإذا مات الراهن فالمرتهن أحقّ بالمرهون يباع في دينه إذا تعدّر الاستيفاء، ذكرها في مسائل منشورة في آخر كتاب البيع.

وإذا طلب المرتهن دينه يؤمر بإحضار الرهن بتسليم الدين أولاً ليتعيّن حقه كما تعيّن حق الراهن تحقيقاً للتسوية كما في تسليم المبيع والتمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولاً. وإن طالب بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه، إن كان الرهن ممّا لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب، وإن كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه، ولا يكلف إحضار الرهن.

^{١٥٦٥} م ن: استيفاء.

ولو سلّط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقديّ أو نسيئة جاز، فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن، وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن، ولو قبضه يكلف إحضاره إلّا أنّ الذي يتولّى قبض الثمن هو المرتهن، وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كلّ الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حلّ ثمّ إذا قبض الثمن يؤمر باستيفاء كلّ الدين لقيامه مقام العين، وهذا بخلاف ما إذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة.

ولو وضع الرهن على يد العدل، وأمر أن يودعه غيره ففعل، ثم جاء المرتهن وطلب دينه لا يكلف إحضار الرهن، ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب، وطلب المرتهن دينه، والذي في يده يقول: أودعني فلان ولا أدري لمن هو؟ يجبر الراهن على قضاء الدين، وكذلك إذا غاب العدل بالرهن ولا يدري أين هو؟.

ولو أنّ الذي أودعه العدل جحد الرهن وقال: هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنًا. وإذا كان الرهن في يده ليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقضيه/[٣١٤] الدين، ولو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية، فإذا قضاه الدين، قيل له: سلّم الرهن إليه، فلو هلك قبل التسليم، استردّ الراهن ما قضاه، وكذلك لو تفاسخا الرهن، له حبسه ما لم يقبض الدين أو يبرئه.

ولا يبطل الرهن إلّا بالردّ على الراهن على وجه الفسخ، وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس إلّا أن يأذن له المالك، وليس له أن يبيع إلّا بتسليط الراهن، وليس له أن يؤاجر ويعير، فإن فعل كان متعديًا، ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي.

وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله، قال ﷺ: معناه أن يكون الولد في عياله أيضاً، وإن حفظه بغير من في عياله أو أودعه ضمن، وهل يضمن الثاني؟ فهو على الخلاف، وقد بينّا جميع ذلك في الوديعة.

وإذا تصدّى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته، ولو رهنه خاتماً فجعله في خنصره فهو ضامن، واليمين واليسرى في ذلك سواء، ولو جعل به في بقية الأصابع كان رهنًا بما فيه، وكذا الطيلسان إن لبسه لبسًا معتادًا ضمن، وإن وضعه على عاتقه لم يضمن. ولو رهنه سيفين أو ثلاثة فتقلّدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين بناءً على جريان العادة بين الشجعان بتقلّد السيفين لا الثلاثة. وإن لبس خاتماً فوق خاتم، إن كان ممّن يتجمل بلبس خاتمين ضمن، وإن كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ، فلا يضمن.

وأجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن، وكذلك أجرة الحافظ، وأجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن، والأصل أنّ ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل، أو لم يكن، وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه، وأجرة الراعي في معناه، ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وكزّي النهر وسقي البستان وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه وكلّ ما كان لحفظه أو لردّه إلى يد المرتهن أو لردّ جزء منه فهو على المرتهن مثل أجر الحافظ، وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه، وهذا في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف: أنّ كراء المأوى على الراهن/[٣١٤] بمنزلة النفقة.

ومن هذا القسم جعل الآبق، فإنه على المرتحن، وهذا إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء، وإن كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون. وأجره البيت الذي ذكرناه فإن كلهما تجب على المرتحن وإن كان في قيمة الرهن فضل. ومداواة الجراح والقروح، ومعالجة الأمراض و الفداء من الجناية تنقسم على المضمون، والأمانة والخراج على الراهن خاصة، والعشُر فيما يخرج مقدّم على حق المرتحن، وما أذاه أحدهما ممّا وجب على صاحبه فهو متطوّع، وما أنفق أحدهما ممّا يجب على الآخر بأمر القاضي رجع عليه، كأنّ صاحبه أمره به؛ لأنّ ولاية القاضي عامة، وعن أبي حنيفة رحمته الله أنه لا يرجع إذا كان صاحبه حاضراً، وإن كان بأمر القاضي، وقال أبو يوسف يرجع في الوجهين، وهي فرع مسألة الحجر.

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

والرهن بمنزلة البيع يبطل بالشروط الفاسدة، ذكرها في باب البيع الفاسد.

ولا يجوز رهن المشاع ولو من شريكه، سواء كان ممّا يحتمل القسمة أو لا يحتملها، وقال الشافعي: يجوز، ونحن نقول: لو جوّزناه يفوت موجب الرهن، وهو دوام الحبس؛ لأنّه يقتضي المهايأة، فيصير كما إذا قال: رهنك يوماً ويوماً لا، ولا شكّ في عدم استحقاقه للحبس سوى يوم، فيفوت الدوام الواجب تحقّقه، كذا في العناية.

والشيوخ الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الأصل، ولهذا لا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن، وعن أبي يوسف أنّه لا يمنع، والشيوخ الطارئ بأن يرتحن الجميع ثم تفاسخا في البعض أو أذن الراهن للعدل أن يبيع الرهن كيف شاء، فباع نصفه، كذا في العناية.

ولا يجوز رهن ثمرة على رؤوس النخيل، ولا زرع في الأرض دون الأرض، ولا رهن النخيل في الأرض دون الأرض، ولا رهن النخيل في الأرض دونها، وكذا إذا رهن الأرض دون النخيل، أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر، فصار الأصل أنّ المرهون إذا كان متّصلاً بما ليس بمرهون لم يجز؛ لأنّه لا يمكن قبض المرهون وحده، وعن أبي حنيفة أنّ رهن الأرض بدون الشجر جائز؛ لأنّ الشجر اسم للنابت، فيكون استثناء الأشجار / [٣١٥] بمواضعها، بخلاف ما إذا رهن الدار بدون البناء؛ لأنّ البناء اسم للمبني، فيصير رهنًا جميع الأرض، وهي مشغولة بملك الراهن، ولو رهن النخيل بمواضعها جاز، ولو كان فيه ثمن يدخل في الرهن تبعاً، بخلاف المتاع في الدار، حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر؛ لأنّه ليس بتابع بوجه ما.

وكذا يدخل الزرع والرطوبة في رهن الأرض ولا يدخل في البيع، ويدخل البناء والغرس في رهن الأرض ولا يدخل في البيع، ويدخل البناء والغرس في رهن الأرض ولا يدخل في البيع. ويدخل البناء والغرس في رهن الأرض والدار والقرية.

ولو رهن الدار بما فيها جاز، ولو استحقّ بعضه إن كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنًا بحصّته، وإلا بطل كلّ. ومنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة، وكذا متاعه في الوعاء المرهون، ومنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها، فلا يتمّ حتى يُلقى الحمل، بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها، حيث يكون رهنًا تامًّا إذا

دفعها إليه، فصار كما إذا رهن متاعاً في دار أو وعاء دون الدار والوعاء، بخلاف ما إذا رهن سرجاً على دابة أو لجاماً في رأسها، ودفع الدابة مع السرج واللجام، حيث لا تكون رهنًا حتى ينزعه منها ثم يسلمه إليه.

ولا يصح الرهن بالأمانات كالودائع والعواري والمضاربات ومال الشركة، وكذلك لا يصح بالأعيان المضمونة بغيرها، كالمبيع في يد البائع، فأما الأعيان المضمونة بعينها، وهو أن يكون مضموناً بالمثل أو بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبديل الخلع والمهر وبديل الصلح عن دم العمد، يصح الرهن بها.

والرهن بالدرك باطل، فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك أمانة، وصورة الرهن بالدرك أن يبيع شيئاً ويسلمه إلى المشتري، فخاف المشتري أن يستحقه أحدٌ فيأخذ من البائع رهنًا بالثمن لو استحقه أحد، وهو باطل؛ حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن إن قبضه قبل الوجوب استحق المبيع أو لا، كذا في العناية.

وكذا لا يصح الرهن بما دأب له على فلان، بخلاف الرهن بالدين الموعود، وهو أن يقول: رهنك هذا لتقرضني ألفَ درهم، وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما يسمى من المال بمقابلته. ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه، وقال زفر: لا يجوز.

ويجوز الرهن في الخراج؛ [٣١٥ظ] لأنه دين مطالب من جهة العباد يحبس به ويلازم، ذكرها في أوائل كتاب الكفالة.

والرهن بالمبيع باطل، فإن هلك ذهب بغير شيء، وإن هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم، وصار المرتهن مستوفياً، وإن اختلفا قبل هلاك الرهن بطلا.

وإن هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه، ومعناه أنه يصير مستوفياً للمسلم فيه، فلم يبق السلم. ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنًا برأس المال حتى يحبس؛ لأنه بدله، فصار كالمغصوب إذا هلك، وبه رهن يكون رهنًا بقيمته. ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه حتى يجب عليه ردّ مثل الطعام المسلم فيه، كمن باع عبداً وسلم المبيع، وأخذ بالثمن رهنًا، ثم تقايلا البيع له أن يحبس لأخذ المبيع.

ولو هلك المرهون يهلك بالثمن، وكذا لو اشترى عبداً شراءً فاسداً وأدى ثمنه، له أن يحبس ليستوفي الثمن، ثم لو هلك المشتري في يد المشتري يهلك بقيمته.

ولو ارتهن عبداً مقرراً بالعبودية فوجده حرّاً لم يرجع عليه على كل حال، ذكرها في باب الاستحقاق.

ولا يجوز رهن الحرّ والمدبر والمكاتب وأُمّ الولد، ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس، وكذا بالقصاص في النفس وما دونه بخلاف ما إذا كانت الجنابة خطأ، ولا يجوز بالشفعة، ولا بالعبد الجاني، والعبد المديون؛ لأنه غير مضمون على المولى، فإنه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا بأجر النائحة والمغنية، حتى لو ضاع لم يكن مضموناً؛ لأنه لم يقابله شيء مضمون.

ولا يجوز للمسلم أن يرهن خمرًا أو يرتقه من مسلم أو ذمي، ثم الراهن إن كان ذميًا فالخمر مضمون عليه للذمي، كما إذا غصبه، وإن كان المرتهن ذميًا لم يضمها للمسلم، كما لا يضمها بالغصب منه، بخلاف ما إذا جرى

ذلك فيما بينهم؛ لأنّها مال في حقّهم، أمّا الميئة فليس بمال عندهم، فلا يجوز رهنها وإرهابها فيما بينهم، كما لا يجوز فيما بين المسلمين.

ولو اشترى عبداً ورهن بثمانه أو خلاً أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرّاً والخلّ خمرّاً والشاة ميئة فالرهن مضمون؛ لأنّه رهنه بدين واجب ظاهراً، وكذا إذا قتل عبداً ورهن / [٣١٦و] بقيمته رهنّاً، ثم ظهر أنّه حرّاً، وهذا كله على ظاهر الرواية، وكذا إذا صالح على إنكارٍ ورهن بما صالح عليه رهنّاً ثم تصادقا أنّ لا دين فالرهن مضمون، وعن أبي يوسف رحمه الله خلافه، وكذا قياسه فيما تقدّم من جنسه.

ويجوز للأب أن يرهّن بدين عليه عبداً لابنه الصغير، والوصيّ بمنزلته في هذا الباب، وعن أبي يوسف وزفر رحمهما الله أنّه لا يجوز ذلك منهما، وهو القياس، وإذا جاز الرهن يصير مستوفياً دينه لو هلك في يده، ويصير الأب والوصيّ موفياً له، ويضمنه للصبي؛ لأنّه قضى دينه بماله، وكذلك لو سلّط المرتهن على بيعه، قالوا: أصل هذه المسألة البيع، فإنّ الأب أو الوصي إذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز، ويقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما، وعند أبي يوسف رحمه الله لا تقع المقاصة، وكذلك وكيل البائع، والرهن نظير البيع نظراً على عاقبته من حيث وجوب الضمان.

وإذا رهن الأب من نفسه أو من ابن صغير أو عبد له تاجر لا دين عليه جاز، ولو ارتكبه الوصي من نفسه أو من هذين، أو رهن عيناً له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجوز؛ لأنّه وكيل محض.

والواحد لا يتولّى طرقي العقد في الرهن، كما لا يتولّاهما في البيع، والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه، بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده التاجر الذي عليه دين؛ لأنّه لا ولاية له عليهم، بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع من هؤلاء.

وإن استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهّن به متاعاً لليتيم جاز، وكذلك لو اتّجر لليتيم فارتحن أو رهن. وإذا رهن الأب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الأب ليس للابن أن يردّه حتى يقضي الدين، ولو كان الأب رهنه لنفسه ففضاه الابن رجع في مال الأب، وكذلك إذا هلك قبل أن يقتله، ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز، فإن هلك ضمن الأب حصّته من ذلك للولد، وكذلك الوصي، وكذلك الجدّ أب الأب إذا لم يكن الأب أو وصيّ الأب.

ولو رهن الوصي متاعاً لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي حاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فإنّه خرج من الرهن، وهلك من مال اليتيم، / [٣١٦ظ] والمال دين على الوصي، معناه: هو المطالب به، ثم يرجع لذلك على الصبي، ولو استعاره حاجة نفسه ضمنه للصبي، ولو غصبه الوصي بعدما رهنه فاستعمله في حاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته، فيقضي به أي بالضمان الدين إن كان قد حلّ، فإن كانت قيمته مثل الدين أدّاه إلى المرتهن، ولا يرجع على اليتيم؛ لأنّه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم، فالتقيا قصاصاً، وإن كانت قيمته أقل من الدين أدّى قدر القيمة إلى المرتهن، وأدّى الزيادة من مال اليتيم؛ لأنّ المضمون عليه قدر القيمة لا غير، ولو كانت قيمته أكثر من الدين أدّى قدر الدين من القيمة إلى المرتهن، والفضل لليتيم، وإن كان لم يحلّ الدين فالقيمة رهن.

ثم إذا حلَّ الأجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه، فلو أنَّه غصبه واستعمله لحاجة الصبي حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن، ولا يضمنه لحق الصغير، فإذا هلك في يده يضمنه للمرتهن يأخذه بدينه إن كان قد حلَّ، ويرجع الوصي على الصغير، وإن كان لم يحلَّ يكون رهناً عند المرتهن، ثم إذا أحلَّ الدين، يأخذ دينه منه، ويرجع الوصي على الصبي بذلك.

ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون، فإن رهنهت بجنسها هلكت بمثلها من الدين وإن اختلفا في الجودة، وهذا عند أبي حنيفة رحمهما الله، وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه، ويكون رهناً مكانه، وفي الجامع الصغير: فإن رهن إبريق فضة وزنه عشرة عشر فضاء فهو بما فيه، قال رحمهما الله: معناه أن يكون قيمته مثل وزنه أو أكثر، هذا الجواب في الفصلين بالاتفاق؛ لأنَّ الاستيفاء عنده باعتبار الوزن، وعندهما باعتبار القيمة، وهي مثل الدين في الأول، وزيادة عليه في الثاني، فيصير بقدر الدين مستوفياً، فإن كانت أقل من الدين فهو على الخلاف المذكور.

ولو انكسر الإبريق ففي الوجه الأول - وهو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه - عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يجبر على الفكك، وعند محمد رحمه الله إن شاء أفتكه ناقصاً، وإن شاء جعله بالدينار اعتباراً لحالة الانكسار بحالة الهلاك، وفي الوجه الثالث [٣١٧و] - وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية - يضمن قيمته جيداً من خلاف جنسه، أو ردياً من جنسه، ويكون رهناً عنده، وهذا بالاتفاق، وفي الوجه الثاني - وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزن اثني عشر - عند أبي حنيفة رحمهما الله يضمن قيمته، ويكون رهناً عنده؛ لأنَّ العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة، فإن كان باعتبار الوزن كله مضموناً يجعل كله مضموناً، وإن كان بعضه فبعضه، وعند أبي يوسف رحمه الله خمسة أسداس قيمته، ويكون خمسة أسداس الإبريق له بالضمان، وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعاً، ويكون مع قيمة خمسة أسداس المكسور رهناً، فعنده يعتبر الجودة والرداءة، وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كأنَّ وزنه اثنا عشر، وفي بيان قول محمد نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط، والزيادات مع جميع شعبها.

ومن باع عبداً على أن يرهنه المشتري بعينه جاز استحساناً، والقياس أن لا يجوز، ولو لم يكن معيناً كان العقد فاسداً قياساً واستحساناً، كذا في الكفاية، فلو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه، وقال زفر رحمه الله: يجبر، ولكنَّ البائع بالخيار إن شاء رضي بترك الرهن وإن شاء فسخ البيع، إلَّا أن يدفع المشتري الثمن حالاً، أو يدفع قيمة الرهن رهناً.

ومن اشترى شيئاً بدراهم، فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن، وقال زفر رحمه الله: لا يكون رهناً. ومثله عن أبي يوسف رحمه الله، بخلاف ما إذا قال: أمسكه بدينك أو بمالك، فإنه يصير رهناً بالاتفاق.

فصل

ومن رهن عبدين بألفٍ فقضى حصّة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدّي باقي الدين، وحصّة كل واحد ما يخصّه إذا قسم الدين على قيمتها، فإن سُمّي لكل واحدٍ من أعيان الرهن شيئاً من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الأصل، وفي الزيادات: له أن يقبضه إذا أدّى ما سُمّي له، ألا يرى أنَّه لو قبل الرهن في أحدهما جاز،

فإن رهن عيناً واحدة عند رجلين بدين لكل واحدٍ منهما عليه جاز، وجميعها رهن عند كل واحدٍ منهما، فإن تهايما فكل واحدٍ منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر، والمضمون على واحدٍ منهما حصته، فإن أعطى أحدهما دينه كان كله / [٣١٧ظ] رهناً في يد الآخر حتى يستوفي الآخر دينه.

وإذا رهن رجلان بدين عليهما لرجل رهناً واحداً فهو جائز، والرهن رهن بكل الدين، وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي جميع الدين، فإن أقام الرجلان كل واحد منهما البيّنة على رجل أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل، وهذا وإن كان قياساً لكن مُجّد رحمه الله أخذ به لقوّته. وإذا وقع باطلاً فلو هلك يهلك أمانة.

ولو مات الراهن والعبد في أيديهما، فأقام كل واحدٍ منهما البيّنة على ما وصفناه كان في يد كل واحدٍ منهما نصفه رهناً يبيعه بحقه استحساناً، وهو قول أبي حنيفة ومُجّد رحمهما الله، وفي القياس هذا باطل، وهو قول أبي يوسف رحمه الله.

ومن رهن شيئاً من انسان وسلّمه إليه ثم رهنه من آخر لم يصحّ الثاني، ذكرها في فصل "وإذا اصطاح القاتل أولياء القتيل" من كتاب الجنايات.

باب الرهن يوضع على يد العدل

وإذا اتّفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز، وقال مالك رحمه الله: لا يجوز، وذكر قوله في بعض النسخ، وفي العناية: قوله "وذكر ... الخ" إشارة إلى أنّ في بعضها ليس كذلك، فإنّه ذكر في المبسوطين وشرح الأقطع ابن أبي^{١٥٦٦} ليلي بدل مالك، فكأنّه شكّ في هذه الرواية عن مالك، فإنّ القبض ليس بشرط عنده كما مرّ في أوّل هذا الكتاب، فإن ثبت ذلك عنه كان عنه روايتان، انتهى.

وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منه، فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن، ولو دفع العدل إلى الراهن أو المرتهن ضمن، وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع إلى أحدهما، وقد استهلكه المدفوع إليه، أو هلك في يده لا يقدر أي العدل أن يجعل القيمة رهناً في يده، لكن يتّفقان على أن يأخذاها منه ويجعلها رهناً عنده أو عند غيره، وإن تعدّ اجتماعهما يرفع أحدهما إلى القاضي ليفعل كذلك، ولو فعل كذلك ثم قضى الراهن الدين، وقد ضمن العدل القيمة بالرفع إلى الراهن، فالقيمة سالمة له، وإن كان ضمنها بالرفع إلى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه.

وإذا وُكّل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما / [٣١٨و] ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة، وإن شرطت في عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل، وإن عزله لم ينزل. ولو وكلّه بالبيع مطلقاً حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم ناه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيّه، وكذا إذا عزله المرتهن لم ينزل، وإن مات الراهن لم ينزل، وللوكيل أن يبيعه بغير محضٍ من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضٍ منه، وإن مات المرتهن فالوكيل على وكالته، وإن مات الوكيل انتقضت الوكالة، ولا يقوم وارثه ولا وصيّة مقامه، وعن أبي يوسف: أنّ وصيّ الوكيل يملك بيعه.

^{١٥٦٦} ل - أبي.

وليس للمرتهن أن يبيعه إلا برضا الراهن، وليس للراهن أن يبيعه إلا برضا المرتهن، فإن حل الأجل وأبى الوكيل الذي في يده الرهن أن يبيعه والراهن غائب أجبر على بيعه، وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فأبى الوكيل أن يخاصم أجبر على الخصومة، فلو لم يكن التوكيل مشروطاً في عقد الرهن، وإنما شرط بعده، قيل لا يجبر، وهو قول شمس الأئمة السرخسي، وقيل: يجبر، وهذا أصح، وهو قول شيخ الاسلام خواهر زاده وفخر الاسلام اليزدي، كذا في بعض الشروح، وعن أبي يوسف رحمه الله أن الجواب في الفصلين واحد، ويؤيده إطلاق الجواب في الجامع الصغير، وفي الأصل أي المبسوط.

وإذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن، والثلث قائم مقامه، فكان رهناً وإن لم يقبض بعد. وإذا تَوَيَّ كان مال المرتهن، وكذلك إذا قتل العبد الرهن، وغرم القاتل قيمته، يعني كانت القيمة رهناً مقام العبد المقتول، وكذلك لو قتل العبد المرتهن عبد فدفع به؛ لأنه قائم مقام الأول لحماً ودماً.

وإن باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه، وليس له أن يضمته غيره، وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق أن يكون هالكاً أو قائماً ففي الوجه الأول المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته وإن شاء ضمن العدل، فإن ضمن الراهن نفذ [٣١٨ظ] البيع، وصح الاقتضاء أي قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه، كذا في العناية، وإذا ضمن البائع ينفذ البيع أيضاً، وإذا ضمن العدل فالعدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة، وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن، وإذا رجع بطل الاقتضاء، ويرجع المرتهن على الراهن بدينه.

وفي الوجه الثاني وهو أن يكون قائماً في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده؛ لأنه وجد عين ماله، ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن، ثم العدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة، وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن؛ لأن المقبوض سلم له، وإن شاء رجع على المرتهن، وإذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان، فيرجع به على الراهن، ولو أن المشتري سلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع على العدل، ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد، فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن، قبض المرتهن الثمن أو لا؛ لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن، فلا رجوع، بخلاف الوكالة المشروطة في العقد؛ لأنه تعلق به حق المرتهن، فيكون البيع لحقه، قال رحمته الله: هكذا ذكره الكرخي رحمه الله، وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع.

وإن مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار إن شاء ضمن الراهن وإن شاء ضمن المرتهن، فإن ضمن الراهن القيمة فقد مات بالدين، وإن ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه. وإذا مات العبد المرهون فكفنه على الراهن؛ لأنه ملكه، ذكرها في باب الآتي.

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنابته على غيره

وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف، فإن أجاز المرتهن جاز، فإن قضاه الراهن دينه جاز أيضاً، وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه إلى بدله، هو الصحيح، وفي العناية: قوله هو الصحيح احتراز عما روي عن أبي يوسف رحمه الله أنه لو شرطه عند الإجازة أن يكون الثمن رهناً كان رهناً وإلا فلا، انتهى.

وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية، حتى لو افتكّ الراهن الرهن / [٣١٩و] لا سبيل للمشتري عليه؛ لأنّ الحقّ الثابت للمرتهن بمنزلة الملك، فصار كالمالك، له أن يميز وله أن يفسخ، وفي أصحّ الروايتين: لا يفسخ بنفسه، وإليه أشار في **الجامع الصغير**، كذا في **الكافي**، فإن شاء يصبر حتى يفتكّ الراهن الرهن وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي، فللقاضي أن يفسخ.

ولو باعه الراهن من رجل، ثم باعه بيعاً ثانياً من غيره قبل أن يميزه المرتهن فالثاني موقوف أيضاً على اجازته. وإذا اشترى المرتهن الرهن فقبضه السابق لا ينوب عن قبض الشراء، ذكرها في أول كتاب الرقيق.

ولو باع الراهن ثم أجر أو رهن أو وهب من غيره وأجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الأول، فلو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه، وفي بعض أقوال الشافعي رحمه الله: لا ينفذ إذا كان المعتق معسراً بخلاف ما إذا كان موسراً، حيث ينفذ على بعض أقواله، ثم إذا أزال ملكه في الرقبة بإعتاق يزول ملك المرتهن في اليد بناءً عليه، وإذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محلّه، ثم بعد ذلك إن كان الراهن موسراً، والدين حالاً طوّل بأداء الدين، وإن كان الدين مؤجّلاً أخذ منه قيمة العبد، وجعلت رهنًا مكانه حتى يحلّ الدين، وإن كان معسراً سعى العبد في قيمته، وقضى به الدين إلّا إذا كان بخلاف جنس حقّه، قال عليه السلام: وتأويله أي السعي إذا كانت القيمة أقلّ من الدين، أمّا إذا كان الدين أقلّ من القيمة نذكره إن شاء الله تعالى، ثم يرجع بما سعى على مولاه، إذا أيسر.

ولو أقرّ المولى برهن عبده بأن قال له رهنك عند فلان وكذّبه العبد ثم أعتقه يجب السعاية عندنا، خلافاً لفرع رحمه الله، ولو أقرّ بعد العتق لا يجب اتفاقاً. ولو دبره الراهن يصحّ تدبيره بالاتفاق. ولو كانت أمة فاستولدها الراهن صحّ الاستيلاء بالاتفاق، فإذا صحّ أي التدبير والاستيلاء خرجا من الرهن، فإن كان الراهن موسراً ضمن قيمتها على التفصيل المذكور في الاعتاق، وإن كان معسراً استسعى المرتهن المدبر وأتم الولد في جميع الدين، وقيل الذي إذا كان مؤجّلاً يسعى المدبر في قيمته قنًا، بخلاف ما إذا كان حالاً؛ لأنّه يقضى به الدين.

ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية / [٣١٩ظ] أو لم يقض لم يسع إلّا بقدر القيمة، وكذا لو استهلك الراهن الرهن، فإن استهلك أجنبيّ فالمرتهن هو الخصم في تضمينه، فيأخذ القيمة، وتكون رهنًا في يده، والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك، فإن كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفاً غرم خمسمائة وكانت رهنًا وسقط من الدين خمسمائة، فصار الحكم في الخمسمائة الزائدة كأنّها هلكت بأفة سماوية، والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكّ.

ولو استهلك المرتهن والدين مؤجّل غرم القيمة، وكانت رهنًا في يده حتى يحلّ، وإذا حلّ الدين وهو على صفة القيمة - أي في الجودة والجنسية - استوفى المرتهن منها قدر حقّه، ثم إن كان فيه فضل يرده على الراهن، وإن نقصت عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفاً وجبت بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة؛ لأنّ ما انتقص^{١٥٦٧} كالهالك، فسقط الدين بقدره، ويعتبر قيمته يوم القبض، وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر، ووجب عليه الباقي بالإتلاف وهو قيمته يوم أتلّف.

^{١٥٦٧} ل م: انتقص.

وإذا أعاد المرتهن الرهن للراهن ليعمل له عملاً فقبضه خرج من ضمان المرتهن، فإن هلك في يد الراهن هلك بغير شيء، وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده؛ لأن عقد الرهن باقٍ إلّا في حكم الضمان في الحال، ألا يرى لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحقّ به من سائر الغرماء، وهذا لأنّ يد العارية ليست بلازمة، والضمان ليس من لوازم الرهن بكلّ حال، ألا يرى أنّ حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وإن لم يكن مضموناً بالهلاك، وإذا بقي عقد الرهن فإذا أخذ عاد الضمان.

وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبياً بإذن الآخر سقط حكم الضمان، ولكل منهما أن يرده رهناً كما كان، وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر، حيث يخرج عن الرهن، فلا يعود إلّا بعقد مبتدأ.

ولو مات الراهن قبل الردّ إلى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء. وإن استعار المرتهن الرهن من الراهن [٣٢٠و] ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ في العمل هلك على ضمان الرهن؛ لبقاء يد الراهن، وكذا إذا هلك^{١٥٦٨} بعد الفراغ من العمل، ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان، وكذا إذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال.

ومن استعار من غيره ثوباً ليرهنه فأرهنه به من قليل أو كثير فهو جائز، والإطلاق واجب الاعتبار خصوصاً في الإعارة، ولو عيّن قدرًا لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه ولا بأقلّ منه؛ لأنّ التقييد مفيد، وهو ينفي الزيادة، وينفي النقصان أيضاً، وكذا التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد؛ لأنّ كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض وتفاوت الأشخاص في الأمانة والحفظ، وإذا خالف كان ضامناً، ثم إن شاء المعير ضمّن المستعير، ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن، وإن شاء ضمن المرتهن، وقد بيّن في الاستحقاق.

وإن وافق بأن يرهنه بمقدار ما أمر به إن كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك، ووجب مثله لربّ الثوب على الراهن، وكذلك إن أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه، ووجب مثله لربّ الثوب على الراهن، وإن كانت قيمته أقلّ من الدين ذهب بقدر القيمة، وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن، ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً على الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يتمتع؛ لأنّه غير متبرّع حيث يخلّص ملكه، ولهذا يرجع على الراهن بما أدّى فأجبر المرتهن على الدفع بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين؛ لأنّه متبرّع.

ومن أعار شيئاً رجلاً ليرهنه فرهنه ثم أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فافتكه المعير فأثّه يرجع على الراهن بما أدّى وإن كان ذلك قضاء دين الغير بغير أمره، ذكرها في مسائل منشورة من البيع.

ومعير الرهن إذا أدّى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه، ذكرها في باب من مكاتب في العبد من الكتابة.

^{١٥٦٨} ل - قبل أن يأخذ ... إذا هلك.

ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكّه فلا ضمان عليه، ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن، ولو اختلفا في مقدار / [٣٢٠ظ] ما أمره الراهن به فالقول للمعير، ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو أن يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتحن قبل الإقراض، والمسّمى والقيمة سواءً يضمن قدر الموعود المسّمى، ويرجع المعير على الراهن بمثله.

ولو كانت العارية عبداً فأعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة، ثم المرتحن بالخيار إن شاء ضمن المعير قيمته؛ لأنّ الحق قد تعلّق برقبته برضاه، وقد أتلفه بالإعتاق، ويكون رهناً عنده إلى أن يقبض دينه، فيردّها إلى المعير؛ لأنّ استرداد القيمة كاسترداد العين.

ولو استعار عبداً أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد وركب الدابة قبل أن يرهنها ثم رهنها بمالٍ مثل قيمتها ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتحن فلا ضمان على الراهن، وكذا إذا افتك الرهن ثم ركب الدابة، أو استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن.

وجناية الراهن على الرهن مضمونة، وجناية المرتحن عليه تسقط من دينه بقدرها، ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين. وجناية الرهن على الراهن والمرتحن وعلى مالهما هدر، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: جنايته على المرتحن معتبرة، وفي الوقاية، وهي كون جناية الرهن على الراهن يكون جناية المملوك على المالك، حتى لو مات كان الكفن على المالك، والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال، ثم إن شاء الراهن والمرتحن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتحن، وإن قال المرتحن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله، وجنايته على مال المرتحن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء، وإن كانت القيمة أكثر من الدين، فعن أبي حنيفة رحمته: أنّه يعتبر بقدر الأمانة، وعنه أنّه لا يعتبر، وهذا - أي ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتحن هدرًا، كذا في العناية - بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتحن، يعني لا يكون هدرًا، وهي كالجناية على الأجنبي بناءً على أنّ الأملاك بين الأب والابن حقيقة متباينة.

ومن رهن عبداً / [٣٢١و] يساوي ألفاً بألف إلى أجل فنقص في السعر ورجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حلّ الأجل فإنّ المرتحن يقبض المائة قضاءً عن حقه، ولا يرجع على الراهن بشيء، وأصله أنّ النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافاً لزفر رحمه الله، وإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهوناً بكل الدين، وإذا كان أمره الراهن أن يبيعه فباعه بمائة قبض المائة قضاءً من حقه فيرجع بتسعمائة، كما إذا استردّه وباعه بنفسه.

وإن قتله عبد قيمته مائة فدفع إليه مكانه أفتكّه بجميع الدين، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: هو بالخيار إن شاء أفتكّه بجميع الدين وإن شاء سلّم العبد المدفوع إلى المرتحن بماله، وقال زفر رحمه الله: يصير رهناً بمائة. ولو كان العبد تراجع بسعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف.

وإذا قتل العبد الرهن قتيلاً خطأ فضمن الجناية على المرتحن، وليس له أن يدفع ولو فدى طهر المحلّ وبقي الدين على حاله، ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء، ولو أبى المرتحن أن يفدي قيل للراهن: ادفع العبد أو أفده بالدية، فإذا امتنع عن الفداء يطالب الرهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء، فإن اختار الدفع

سقط الدين، وكذلك إن فدى بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنساناً أو استهلك مالاً حيث يخاطب الرهن بالدفع أو الفداء في الابتداء، وإن فدى فهو رهن مع أمته على حالهما.

ولو استهلك العبد المرهون ما لا يستغرق رقبته فإن أدى المرتحن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء، وإن أبي قيل للراهن: بعه في الدين، إلا أن يختار أن تؤدى عنه، فإن أدى بطل دين المرتحن كما في الفداء، وإن لم يؤدّ وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه، فإن فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتحن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتحن.

وإن كان [٣٢١ظ] دين العبد أقل من دين المرتحن سقط من دين المرتحن بقدر دين العبد، وما فضل من دين العبد بقي رهناً كما كان، ثم إن كان دين المرتحن قد حلّ أخذه به؛ لأنه من جنس حقه، وإن كان لم يحلّ أمسكه حتى يحلّ، وإن كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم أخذ الثمن، ولم يرجع بما بقي على أحد حتى يعتق العبد، ثم إذا أدى بعده لا يرجع على أحد.

وإن كان قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف وقد جنى العبد يقال لهما أي للراهن والمرتحن: افديا، فإن أجمعا على الدفع دفعاه، وبطل دين المرتحن، فالدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتحن، وإنما منه الرضا به، وإن تشاحا فالقول لمن قال أنا أفدي رهناً كان أو مرتهناً، وكذا في جنابة ولد الرهن إذا قال المرتحن: أنا أفدي له ذلك وإن كان المالك يختار الدفع، ويكون المرتحن في الفداء متطوعاً في حصّة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن، وهذا على ما روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا يرجع مع الحضور، وسنبيّن القولين إن شاء الله تعالى.

ولو أبي المرتحن أن يفدي وفداه الراهن فإنه يحتسب على المرتحن نصف الفداء من دينه، ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين، وإن كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء، وكان العبد رهناً بما بقي، ولو كان المرتحن فدي والراهن حاضر فهو متطوع، وإن كان غائباً لم يكن متطوعاً، وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وقال أبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد وزفر رحمهم الله تعالى: المرتحن متطوع في الوجهين.

وإذا مات الراهن باع وصيّة الرهن وقضي الدين، فإن لم يكن له وصيّ نصب القاضي له وصيّاً وأمره ببيعه، وإن كان على الميّت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز، وللاّخرين أن يردّوه، فإن قضى دينهم قبل أن يردّوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم إليهم، ولو لم يكن للميّت غريم آخر جاز الرهن اعتباراً بالإيفاء الحقيقي وبيع في دينه.

وإذا ارتحن الوصي بدين للميّت على رجل جاز؛ لأنه - أي الارتحان - استيفاء، وهو يملكه، قال رضي الله عنه: وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى.

فصل

ومن رهن عَصيراً [٣٢٢و] بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلاً يساوي عشرة فهو رهن بعشرة. ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهماً فهو رهن بدرهم.

ونماء الرهن للراهن، وهو مثل الولد والثلث واللبن والصوف وكل ما هو متولد من ملكه، ويكون رهناً مع الأصل، فإن هلك يهلك بغير شيء، وإن هلك الأصل وبقي النماء أفتكّه الرهن بحصّته، يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكّ، فما أصاب الأصل سقط من الدين بقدره، وما أصاب النماء أفتكّه الراهن، قال صاحب الهداية وصور المسائل على هذا الأصل تخرج، وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى، وتامه في الجامع والزيادات.

ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة فقال الراهن للمرتحن: احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلالاً، فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك، ولا يسقط شيء من الدين، فإن لم يفتكّ الشاة حتى ماتت في يد المرتحن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة، فما أصاب الشاة سقط وما أصاب اللبن أخذه المرتحن من الراهن، وكذلك ولد الشاة إذا أذن له الراهن في أكله، وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس.

ويجوز الزيادة في الرهن، ولا يجوز في الدين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ولا يصير الرهن رهناً به، وقال أبو يوسف تجوز الزيادة في الدين أيضاً، وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا تجوز الزيادة فيهما، والخلاف معهما في الرهن والثلث والمثلث والمهر والمنكحة سواء، وقد ذكرناه في البيوع.

ثم إذا صحّت الزيادة في الرهن - ويسمى هذه الزيادة قصديّة - احتراز عن التّماء والولد فإنّه زيادة في الرهن لكن ضمناً لا قصداً، يقسم الدين على قيمة الأول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كادت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الأول يوم القبض ألفاً والدين ألف يقسم الدين أثلاثاً في الزيادة ثلث الدين، وفي الأول ثلثا الدين اعتباراً بقيمتيهما في وقتي الاعتبار، وهذا لأنّ الضمان في كلّ واحد منهما يثبت بالقبض، فيعتبر قيمة كل واحدٍ منهما وقت [٣٢٢ظ] القبض.

وإذا ولدت المرهونة ولداً ثم إنّ الراهن زاد مع الولد عبداً وقيمة كل واحد ألف فالعبد رهن مع الولد خاصّة يقسم ما في الولد عليه، وعلى العبد الزيادة؛ لأنّه جعله زيادة مع الولد عليه دون الأمّ، ولو كانت الزيادة مع الأمّ يقسم الدين على قيمة الأمّ يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض، فما أصاب الأمّ قسم عليها وعلى ولدها؛ لأنّ الزيادة دخلت على الأمّ.

فإن رهن عبداً يساوي ألفاً بألف، ثم أعطاه عبداً آخر قيمته ألف رهناً مكان الأول فالأول رهن حتى يرده إلى الراهن، والمرتن في الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول، ثم قيل: يشترط تحديد القبض، وقيل: لا يشترط.

ولو رهن عبداً بخمسمائة من الدين الذي هو ألف جاز، وهذا شيوع في الدين لا في الرهن، وذلك جائز. ولو أبرأ المرتحن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم ملك الرهن في يد المرتحن يهلك بغير شيء استحساناً خلافاً لزفر، هو يقول: يضمن قيمته للراهن، وهو القياس، كذا في الكافي.

وإذا أحدث منعاً، أي منع الرهن فإنّه حينئذ يهلك مضموناً، وكذا إذا ارتحنت المرأة رهناً بالصدّاق فأبرأته ووهبته منه أو ارتدت - والعياذ بالله تعالى - قبل الدخول أو اختلعت منه على صدّاقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كلّّه، ولا تضمن شيئاً.

ولو استوفى المرتحن الدين بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين، ويجب عليه ردُّ ما استوفى إلى من استوفى منه، وهو من عليه أو المتطوع بخلاف الإبراء، وكذا إذا اشترى بالدين عيناً أو صالح عنه على عين؛ لأنَّه استيفاء، وكذلك إذا أحال الراهن المرتحن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين، وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين.

والراهن إذا بنى في المرحون يؤمر بقلع البناء، ذكرها في فصل "وإذا بنى المشتري" من كتاب الشفعة.

كتاب الجنائيات

القتل على خمسة أوجه؛ عمد، وشبه عمد، وخطأ، وما أجري مجرى الخطأ، والقتل بسبب. والمراد ببيان قتل يتعلّق به الأحكام.

والعمد ما يتعمّد فيه ضربه [٣٢٣و] بالسلاح أو ما أجري مجرى السلاح كالمحدّد من الخشب، وليطة القصب، والمروة المحدّدة، والنار. وموجب ذلك المأثم والقود إلّا أن يعفو الأولياء أو يصلحوا، ثم هو أي القصاص واجب عيناً، وليس للولّي أخذ الدية إلّا برضا القاتل، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله، إلّا أنّه له حقّ العدول إلى المال من غير رضا القاتل، وفي قول الواجب أحدهما لا بعينه، ويتعيّن باختياره.

ولا كفّارة فيه أي العمد عندنا، وعند الشافعي رحمه الله تجب. ومن حكمه حرمان الميراث، ولا يزول ملك المحكوم عليه بالقصاص والرجم، ذكرها في باب أحكام المرتدين من السير.

وتصرّف قاتل العمد المقضي عليه بالقصاص، والزاني المقضي عليه بالرجم صحيح، ذكرها فيه أيضاً.

وشبّه العمد عند أبي حنيفة رحمته أن يتعمّد الضرب بما ليس بسلاح ولا بما أجري مجرى السلاح، وقال أبو يوسف ومُحمّد - وهو قول الشافعي رحمه الله -: إذا ضربه بجحر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد. وشبّه العمد أن يتعمّد ضربه بما لا يقتل به غالباً، وموجب ذلك على القولين الإثم والكفّارة والدية مغلظة على العاقلة، والأصل أن كلّ دية وجبت بالقتل ابتداءً لا بمعنى يحدث من بعد، فهي على العاقلة اعتباراً بالخطأ، وتجب في ثلاث سنين، وتجب مغلظة، وسننن صفة التغليظ من بعد إن شاء الله تعالى، ويتعلّق به حرمان الميراث، وأنكر مالك معرفة شبه العمد.

والخطأ على نوعين؛ خطأ في القصد، وهو أن يرمي شخصاً يظنّه صيداً فإذا هو آدمي أو يظنّه حريّاً فإذا هو مسلم وخطأ في الفعل، وهو أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً، وموجب ذلك الكفّارة والدية على العاقلة، وهي في

ثلاث سنين كما مرّ، ولا إثم فيه أي في الخطأ، يعني في الوجهين المذكورين، قالوا: المراد إثم القتل، أمّا في نفسه فلا يعرى عن الإثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي، إذ^{١٥٦٩} شرع الكفارة تؤذن باعتبار هذا المعنى.

ويحرم عن الميراث بخلاف ما إذا تعمّد الضرب موضعاً من جسده فأخطأ وأصاب موضعاً آخر فمات حيث يجب القصاص، وبخلاف ما إذا رمى إلى رجلٍ عمداً فأصابه/[٣٢٣ظ] ونفذ إلى غيره فقتله يجب القود في الأوّل والدية في الثاني، ذكرها في فصل "وفي أصابع اليد نصف الدية" من كتاب الديّات.

وإذا كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمي قبل الإصابة فإنّه صحيح، أشار إليه فيما سيأتي في باب "في اعتبار حالة القتل" من هذا الكتاب.

وإذا جرح رجل رجلاً جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطأ فالدية بينهما أنصافاً، فربّ جراحة واحدة أكثر تأثيراً من عشر جراحات، ذكرها في باب ما يجوز من الإجازة.

وما أجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله، فحكمه حكم الخطأ في الشرع.

وأما القتل بسبب كحافر البئر ووضع الحجر في عين ملكه، وموجبه إذا تلف به آدمي الدية على العاقلة، ولا كفارة فيه، ولا يتعلّق به حرمان الميراث، وقال الشافعي رحمه الله: يلحق بالخطأ في أحكامه.

وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها، والأطراف يُسلّك بها مسلك الأموال فيجري فيها البذل، فإنّه لو قال: اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان، إلّا أنّه لا يباح، وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة، فصار كقطع اليد للأكلة وقلع السنّ للوجع بخلاف الأنفس، حيث لا يجوز البذل فيها، ألا يرى أنّه لو قال لآخر: اقتلني فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية وبالدية في أخرى، وفي التّمّة تجب الدية في قول علمائنا الثلاثة، ذكرها في باب اليمين من كتاب الدعوى، والتفصيل من النهاية.

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب

القصاص واجب بقتل كلّ محقون الدم على التأبيد إذا قتل عمداً، ويقتل الحرّ بالحرّ، والحرّ بالعبد، وقال الشافعي رحمه الله: لا يقتل الحرّ بالعبد، وكذا يقتل العبد بالعبد، والعبد بالحرّ، ويقتل المسلم بالذميّ خلافاً للشافعي رحمه الله، ولا يقتل بالمستأمن ولا يقتل الذميّ بالمستأمن، ويقتل المستأمن بالمستأمن قياساً للمساواة، ولا يقتل استحساناً لقيام المبيح، ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير، والصحيح بالأعمى والزمن/[٣٢٤و] وبناقص الأطراف وبالمجنون.

ولا يقتل الرجل بابنه، وقال مالك رحمه الله: يقاد إذا ذبحه ذبحاً. وكذا لا يجوز قتل أبيه وإن وجده في صفّ الأعداء مقاتلاً أو زانياً وهو محصّن، والقصاص يستحقّه المقتول، ثم يخلفه وارثه، والجّد من قبل الرجال أو النساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب، وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأمّ علت أو سفلت.

^{١٥٦٩} ل م: إذا.

ويقتل الولد بالوالد، ويجري القصاص بين الزوجين، أي يقتصّ أحدهما بالآخر، ذكرها في باب من تقبل شهادته ومن لا يقبل.

ولا يقتل الرجل بعبد ولا بمدّته ولا بمكاتبه ولا بعبد ولده، وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه؛ لأنّ القصاص لا يتجزأ. ومن ورث قصاصاً على أبيه سقط حرمة الأبوة.

ولا يستوفي القصاص إلّا بالسيف، وقال الشافعي رحمه الله: يُفعل به مثل ما فعل إن كان فعلاً مشروعاً، فإن مات، وإلّا يحزّ رقبته.

وإذا قُتل المكاتب عمدًا وليس له وارث إلّا المولى وترك وفاءً فله القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد: لا أرى قصاصاً في هذا. ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص عليه وإن اجتمعوا مع المولى، وإن لم يترك وفاءً وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعاً، بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاءً.

وإذا قُتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن، فيسقط حقّ المرتهن برضاه، وإذا قُتل وليّ المعتوه أي قريبه وهو ابنه أو غيره فلا يبيح أن يقتل أي يستوفي القصاص وله أن يصلح، وليس له أن يعفو، وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمدًا، والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك، إلّا أنّه لا يقتل، ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف، فإنّه أي محمد رحمه الله لم يستثن إلّا القتل، وفي كتاب الصلح أنّ الوصي لا يملك الصلح، ولا يملك العفو؛ لأنّ الأب لا يملكه، فهو أولى، قالوا القياس أن لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لاتحاد المقصود، وهو التشقي، وفي الاستحسان يملكه؛ لأنّ الأطراف يملك بها مسلك الأموال، فإنّها خلقت وقاية للأنفس كالمال على ما عرف^{١٥٧٠}، فكان استيفاءه/[٣٢٤ظ] بمنزلة التصرف في المال، والوصي بمنزلة المعتوه في هذا الحكم، والقاضي بمنزلة الأب في الصحيح، ألا يرى أنّ من قتل وليّه يستوفيه أي القصاص السلطان، والقاضي بمنزلته فيه.

ومن قُتل وله أولياء صغار وكبار فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة رحمهم الله، وقالوا: ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار فيؤخّر إلى إدراكهم، كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب، أو كان بين الموليين بأن كان العبد بين كبير وصغير ليس للكبير ولاية الاستيفاء قبل بلوغ الصغير، كذا في بعض الشروح، ومسألة الموليين ممنوعة عند أبي حنيفة، يعني لا رواية فيها كذا في العناية.

ومن ضرب رجلاً بمِرٍّ فقتله فإن أصابه بالحديد قتل به، وإن أصابه بالعود فعليه الدية، قال رحمهم الله: وهذا إذا أصابه بمِخْد الحديد، وإن أصابه بظهر الحديد فعندهما يجب، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمهم الله، وعنه إنّما يجب إذا أخرج، وهو الأصحّ، وعلى هذا الضربُ بسنجات الميزان، ثم قيل هو أي العود بمنزلة العصا الكبيرة، فيكون قتلاً بالمثل، وفيه

^{١٥٧٠} ل ن - فإنها ... عرف، صحّ الهامش.

خلاف أبي حنيفة عليه السلام على ما نبينه، وقيل هو بمنزلة السوط، وفيه خلاف الشافعي، وهي مسألة الموالاتة في الضرب إلى أن مات.

ومن غرق صبياً أو بالغاً في البحر، فلا قصاص عند أبي حنيفة عليه السلام، وقالوا: يقتص منه، وهو قول الشافعي رحمه الله، غير أن عندهما يستوفى حزاً،^{١٥٧١} وعنده يغرق كما بيناه من قبل.

وإذا امتنع القصاص عند أبي حنيفة وجبت الدية، وهي على العاقلة، واختلاف الروايتين في الكفارة، وفي العناية قوله، واختلاف مرفوع على الابتداء وقوله في الكفارة خبره، يعني أن اختلاف الروايتين عند أبي حنيفة عليه السلام إنما كان في الكفارة، فإنه روي عنه: أن لا كفارة في شبه العمد، وروى الطحاوي أن فيه الكفارة عنده، وأما الدية فإنها واجبة عنده من غير تردد، انتهى.

وفي الجلالة: قال الشيخ أبو الفضل الكرماني في الإيضاح، وجدت في كتب أصحابنا أن المصنف لم يذكر هذه الرواية في هذا الكتاب قبل هذا، فيحتمل أن يكون مراده ذكره في كتاب آخر، أو مراده [٣٢٥] من اختلاف الروايتين اختلاف القولين، انتهى.

ومن جرح رجلاً عمداً فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص. وإذا التقى الصقان من المسلمين والمشركون فقتل مسلم مسلماً ظن أنه مشرك فلا قود، وعليه الكفارة، وكذا الدية، قالوا: إنما تجب الدية إذا كانوا مختلطين، فإن كان في صف المشركون فلا تجب.

ومن شج نفسه، وشجّه رجل، وعقره أسد، وأصابته حية فمات من ذلك فعلى الأجنبي ثلث الدية؛ إذ فعل الأسد والحية جنس واحد لكونه هدرًا في الدنيا والآخرة، وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى تؤثم عليه، وفي النوادر أن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: يغسل ويصلى عليه، وعند أبي يوسف رحمه الله يغسل ولا يصلى عليه، وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشايخ، فلم يكن هدرًا مطلقاً، فكان جنساً آخر، وفعل الأجنبي معتبر في الدنيا والآخرة، فصار ثلاثة أجناس، فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال، فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه،^{١٥٧٢} فيجب عليه أي على الأجنبي ثلث الدية.

وإذا اشترك الخاطئ مع العائد في القتل لا يجب القود، وذكرها في باب قطع الطريق من السير.

فصل

ومن شهر على المسلمين سيفاً فعليهم أن يقتلوه، وقوله: "فعليهم" وقول محمد في أصل الجامع الصغير: "فحق على المسلمين أن يقتلوه" إشارة إلى الوجوب، والمعنى وجوب رفع الضرر؛ لأن الواجب هو دفع الشر على أي وجه، لا عين القتل، كذا في العناية، وفي سرقة الجامع الصغير: ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً ونهاراً أو شهر عليه عصاً ليلاً

^{١٥٧١} أي تحز الرقبة بالسيف، البناية، ٩٧/١٣.

^{١٥٧٢} ل: بثلاثة.

في مصر، أو نهاراً في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمداً فلا شيء عليه، قالوا: فإن كان عصاً لا يُلْبث يحتمل أن يكون مثل السلاح عندهما.

وإن شهر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور عليه عمداً فعليه الدية في ماله، وقال الشافعي رحمه الله: لا شيء عليه، وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب الضمان في الدابة، ولا يجب في الصبي والمجنون.

ومن شهر على غيره سلاحاً في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص، معناه إذا ضربه فانصرف. ومن دخل عليه / [٣٢٥ ظ] غيره ليلاً وأخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه، وتأويل المسألة إذا كان لا يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل.

ولو شهر الأب سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه إلا بقتله قتله، ذكرها في باب كيفية القتل من السير.

باب القصاص فيما دون النفس

ومن قطع يد غيره عمداً من المفصل قطعت يده وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة، وكذلك الرجل ومارئ الأنف والأذن، ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه، وإن كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص، فيحتمل له المرأة، ويجعل على وجهه قطن رطب، ويقابل عينه، فيذهب ضوؤها، وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين، وفي السنن القصاص وإن كان سنن من يقتص منه أكبر من سنن الآخر.

وفي كل شجة يتحقق فيها المماثلة القصاص، ولا قصاص في عظم إلا في السنن، وهذا اللفظ مروى عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما. واعتبار المماثلة في السنن غير متعذر، فيرد بالميرد، ولو قلع من أصله يقلع الثاني، فيمتاثلان، وليس فيما دون النفس شبه عمد، إنما هو عمد أو خطأ.

ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس، ولا بين الحر والعبد، ولا بين العبدین خلافاً للشافعي في جميع ذلك إلا في الحر، يقطع طرف العبد ويعتبر الأطراف بالنفس.

ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم والكافر، ومن قطع يد رجل من نصف الساعد، أو جرحه جائفه فبراً منها فلا قصاص عليه، وإذا كانت يد المقطوع صحيحة، ويد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وإن شاء أخذ الأرض كاملاً.

ولو سقطت المؤفة^{١٥٧٣} قبل اختيار المحجي عليه، أو قطعت ظلماً فلا شيء له عندنا بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقة، حيث يجب عليه الإرث. ومن شج رجلاً فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه، وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار إن شاء اقتص بمقدار شجته، يبتدئ من أي الجانبين شاء وإن شاء

^{١٥٧٣} هكذا جميع النسخ، إلا أن في بعض نسخ الهداية: "المؤنة".

أخذ الأرش، وكذا إذا كانت الشجرة في طول الرأس، وهي تأخذ من جبهته إلى قفاه، ولا يبلغ إلى قفا [٣٢٦و] الشاج، فهو بالخيار.

ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه إذا قطع من أصله يجب، إلا أن يقطع الحشفة، فيكون كالقطع من المفصل، ولو قطع بعض الحشفة، أو بعض الذكر فلا قصاص عليه، بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه، فإن فيه القصاص.

والشفة إن استقصاها بالقطع يجب القصاص؛ لإمكان اعتبار المساواة، بخلاف ما إذا قطع بعضها؛ لأنه يتعذر اعتبارها.

فصل

وإذا اصطاح القاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص، ووجب المال قليلاً كان أو كثيراً، وإن لم يذكروا حالاً ولا مؤجلاً فهو حال، وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد والعرض والحيوان، فيصح الصلح عن دم العمد بكل واحد منها، ذكرها في باب العتق على جعل.

وإن كان القاتل حرّاً وعبدًا، فأمر الحرّ ومولى العبد رجلاً أن يصالح عن دمها على ألف درهم ففعل فالألف على الحرّ والمولى نصفان، وإذا عفا أحد الشركاء عن الدم، أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقيين من القصاص، وكان لهم نصيبهم من الدية، وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة، وكذا الدية خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين.

وفي العناية: قال في النهاية: هذا اللفظ كما ترى يدلّ على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً عندهما، ونقل عن المبسوط والإيضاح والأسرار ما يدلّ على أن خلاف مالك في الدية خاصة، وأن الشافعي يقول: النساء لا تستوفي القصاص، ولهنّ حق العفو، ثم قال: وبهذا يعلم أن ما ذكره في الكتاب من أنه لاحظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك، والشافعي مخالف لرواية المبسوط والإيضاح والأسرار وهو مؤاخذه ضعيفة؛ لأنه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله، والمشهور من مذهبهما ما نقله، انتهى.

ويتفرع على كون القصاص والدية حق جميع الورثة أن من قُتل وله ابنان، فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصليّ وبين ابن الابن كسائر الورثة، والزوجيّة تبقى بعد الموت حكماً في حق الإرث، [٣٢٦ظ] أو يثبت الإرث مستنداً إلى سببه، وهو الجرح وفي العناية مكاناً كسائر الأموال في ثبوتها قبل الموت، ألا يرى أنه إذا أوصى بثلث ماله دخلت ديته فيها، ويقضى بما ديونه، وكان على ﷺ يقسم الدية على من أحرز الميراث، وكفى به قدوة، انتهى.

وإذا ثبت للجميع فكلّ منهم يتمكّن من الاستيفاء والإسقاط عفواً وصلحاً، ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقيين فيه؛ لأنه لا يتجزئ بخلاف ما إذا قتل رجلين وعفا أحد الوليّين؛ لأنّ الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول، وههنا واحد لاتحادهما، وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقيين

مالاً، ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين، ويجب في مال القاتل؛ لأنه عمد، وقال زفر رحمه الله: تجب في سنتين فيما إذا كان بين شريكين وعفا أحدهما؛ لأنَّ الواجب نصف الدية يؤخذ الثلث في ستة، والسدس في أخرى.

وإذا قتل جماعة واحداً عمداً اقتص من جميعهم، وإذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل بجماعتهم، ولا شيء لهم غير ذلك، فإن حضر واحداً منهم قتل له وسقط حق الباقي، وقال الشافعي: يقتل بالأول منهم ويجب للباقي المال، وإن اجتمعوا أو لم يُعرف أي الأول قتل لهم وقسم الديات بينهم، وقيل: يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته.

ومن وجب عليه القصاص إذا مات سقط القصاص، كما إذا مات العبد الجاني، ويتأتى فيه خلاف الشافعي، يعني يقول: يؤخذ الدية من ماله؛ إذ الواجب أحدهما عنده.

وإذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما، وعليهما نصف الدية، وقال الشافعي: يقطع يدهما، والمفروض: إذا أخذنا سكيناً وأمرناه على يده حتى انقطعت، وفي غاية البيان: قوله "المفروض" أي موضع فرض الخلاف بيننا وبين الشافعي في هذه المسألة، أما إذا وضع أحدهما السكين من جانب من المفصل والأخرى من جانب آخر وأمر كل واحد سكينه حتى التقيا وانقطعت اليد لا قصاص عنده أيضاً، انتهى.

وإن قطع واحد يميني رجلين فحضر فلهما / [٣٢٧و] أن يقطعاً يده، ويأخذنا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين، سواء قطعهما معاً أو على التعاقب، وقال الشافعي في التعاقب: يقطع بالأول، وفي القران يقرع، وقيد بيميني رجلين؛ لأنه لو قطع يمين رجل ويسار آخر يقطع يده بهما، وكذا إن قطع اليمين واليسار في واحد؛ لأنَّ المماثلة المشروطة في الفعل والمحل موجودة، والمأخوذ بالفعل موجود.

وإذا قطع يساري رجلين فحكمه كما إذا قطع يمينيهما، كذا في بعض الشروح، وإن حضر واحد منهما فقطع يده فلا آخر عليه نصف الدية.

وإذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود، وقال زفر رحمه الله: لا يصح إقراره، ومن رمى رجلاً عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا فعليه القصاص للأول والدية للثاني على عاقلته.

ومن له القصاص إذا مات وهو مديون ليس لأرباب الديون أن يأخذوا من عليه القصاص بدينهم، ويستوفوا ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من مديونهم؛ لأنَّ القصاص ليس بمال متقوم حتى يأخذوا بمقابلته شيئاً متقوماً، وكذا إذا قتل المديون شخصاً لا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو، أشار إليها في باب الاستيلاد، والتفصيل من العناية.

فصل

ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده، أو قطع يده عمداً ثم قتله خطأ، أو قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ، أو قطع يده عمداً فبرأت ثم قتله عمداً فإنه يؤخذ بالأمرين جميعاً، والأصل فيه أنَّ الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن تنميماً للأول؛ لأنَّ القتل في الأعم يقع بضربات متعاقبة، وفي اعتبار كل ضربة بنفسها

بعض الجرح، إلّا أن لا يمكن الجمع، فيعطي كل واحد حكم نفسه، وقد تعدّر الجمع في هذه الفصول في الأولين؛ لاختلاف الحكم في الفعلين، وفي الآخرين لتخلّل البرء، وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلّل البرء، وقد تجانسنا بأن كانا خطئين يجمع بالإجماع لإمكان الجمع، واكتفينا بدية واحدة.

وإن كان قطع يده عمداً، ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده، فإن شاء الإمام قال: اقطعه ثم اقلّوه، وإن شاء قال: اقلّوه، وهذا عند أبي حنيفة رحمته، وقالوا: يقتل ولا يقطع يده بخلاف ما إذا قطع وسرى / [٣٢٧ظ] فإنه يكتفى بالقتل ولا يقطع بالاتفاق؛ لأنّ الفعل واحد، وبخلاف ما إذا كانا خطأ من حيث يكتفى بدية واحدة.

ومن ضرب رجلاً مائة سوط، فبرأ من تسعين، ومات من عشرة ففيه دية واحدة، وكذلك كلّ جراحة اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة، أي لا تبقى معتبرة أصلاً عنده، إلّا في حقّ التعزير، وعن أبي يوسف رحمه الله في مثله حكم عدل، وعن محمد رحمه الله أنّه يجب أجره الطبيب.

وإن ضرب رجلاً مائة سوط، وجرحته، وبقي لها أثر يجب حكومة العدل. ومن قطع يد رجل، فعفا المقطوعة يده عن القطع، ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله، وإن عفا عن القطع وما يحدث منه وعن الجنابة ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس، ثم إن كان خطأ فهو من الثلث، وإن كان عمداً فهو عفو من جميع المال، وهذا قول أبي حنيفة رحمته، وقالوا: إذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضاً، وعلى هذا الخلاف إذا عفا عن الشجّة، ثم سرى إلى النفس ومات.

وإذا قطعت المرأة يد رجل، وتزوجها على يده، ثم مات فلها مهر مثلها، وعلى عاقلتها الدية إن كان خطأ، وإن كان عمداً ففيها مالها، وهذا عند أبي حنيفة رحمته، وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة إذا كانا على السوية، فإن كان في الدية فضل تردّه على الورثة، وإن كان في الدية فضل تردّه على الورثة، وإن كان في المهر يرده الورثة عليها.

ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها، أو على الجنابة ثمّ مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها، ولا شيء له عليها؛ لأنّه لما جعل القصاص مهراً، فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلاً كما إذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالاً فإنه يسقط أصلاً، وإن كان خطأ يُرفع عن العاقلة مهر مثلها، ولهم ثلث ما ترك وصية، وقالوا: كذلك الجواب فيما إذا تزوّجها على اليد.

ومن قطعت يده فافتصّ له من اليد ثم مات فإنه يقتل المقتصّ منه، وعن أبي يوسف رحمه الله أنّه يسقط حقه في القصاص. ومن قتل وليّه عمداً فقطع يد قاتله، ثم عفا وقد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة، وقالوا: لا شيء عليه، ولهذا لو لم يعف لا يضمّنه، وكذا إذا سرى وما برأ، أو ما عفى / [٣٢٨و] وما سرى، أو قطع ثم جرّ رقبته قبل البرء أو بعده، وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا لا يضمّن الأصابع، وله أنه استوفى غير حقه؛ لأنّ حقه في القتل، وهذا قطع وإبانة، وكان القياس أن يجب القصاص، إلّا أنّه سقط للشبهة، فإنّ له أن يُتلفه تبعاً، فإذا سقط وجب المال، وإنّما لا يجب في الحال؛ لأنه يحتمل أن يصير قتلاً بالسراية، فيكون مستوفياً حقه، وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر إلّا عند الاستيفاء أو العفو أو الإعتياض؛ لما أنّه تصرف فيه، فأما قبل ذلك لا يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما إذا سرى؛ لأنّه استيفاء.

وأما إذا لم يعف وما سرى قلنا إنما يتبين كونه قطعاً بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ، الصحيح أنه على الخلاف، وإذا قطع ثم حَزَّ رقبته قبل البرء فهو استيفاء، ولو حَزَّ بعد البرء هو على هذا الخلاف، وهو الصحيح. والأصابع إن كانت تابعة قياماً بالكف، والكف تابعة لها غرضاً بخلاف الطرف؛ لأنها تابعة للنفس من كل وجه.

ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: لا يضمن كالإمام والبراغ^{١٥٧٤} والحجّام والمأمور بقطع اليد؛ لأنه استوفى حقه وهو القطع، ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سدّ باب القصاص؛ إذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه، فصار كالإمام والبراغ والحجّام والمأمور بقطع اليد، وله أنه قتل بغير حق؛ لأنّ حقه في القطع، وهذا وقع قتلاً، ولهذا لو وقع ظلماً كان قتلاً، ولأنّه جُرْحٌ أفضى إلى فوت الحياة في مجرى العادة، وهو مسمّى القتل، إلّا أنّ القصاص سقط للشبهة، فوجب المال بخلاف ما^{١٥٧٥} استشهد^{١٥٧٦} به من المسائل؛ لأنه مكلف بالفعل إمّا تقلداً كالإمام، أو عقداً كما في غيره منها، والواجبات لا تتقيّد بوصف السلامة كالرمي إلى الحربي، وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب؛ إذ هو مندوب إلى العفو، فيكون من باب الإطلاق، فأشبهه الاصطياد.

باب الشهادة في القتل

ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب، فأقام الحاضر البيّنة على القتل، ثم قدم الغائب فإثمه يعيد البيّنة رحمته الله، وقالوا: لا يعيد، وإن كان خطأ لم يعدها بالإجماع، وكذلك الدين يكون لأبيهما على آخر، وهذا أي الخلاف فيما إذا كان عمداً يمتن على أصل، وهو أنّ القصاص طريقه طريقة الوراثة عندهما كالدين؛ لأنه عوض نفسه فيكون الملك له كما في الدية حتى لو انقلب مالا يكون للميت، ويسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت، فينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقي، وعند أبي حنيفة طريقه الخلفة، ألا يرى أنّه يثبت بعد الموت، والميت ليس من أهله، وإذا كان طريقه الاثبات ابتداءً لا ينتصب أحدهم خصماً عن الباقي، فيعيد البيّنة بعد حضوره، فإن كان أقام القاتل البيّنة أنّ الغائب قد عفا، فالشاهد خصم، ويسقط القصاص، وكذلك عبد بين رجلين قُتل عمداً وأحد الرجلين غائب، فهو على هذا الخلاف.

وإن كان الأولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على آخر أنّه قد عفا فشهادتهما باطلة، وهو عفو منها فإن صدّقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثاً، معناه إذا صدّقهما وحده، وإن كدّبهما فلا شيء لهما، معناه إذا كدّبهما القاتل والمشهود عليه أيضاً، وإن صدّقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه، ولكنّه يصرف ذلك إلى الشاهدين، وهذا استحسان، والقياس أن لا يلزمه شيء.

^{١٥٧٤} البيطار، من ل.

^{١٥٧٥} م + إذا.

^{١٥٧٦} ل: استشهدا.

وإذا شهد الشهود أنه ضربه، فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود إذا كان عمداً، والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه؛ لأنَّ الموت بسبب الضرب إنّما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات، وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جارح.

وإذا اختلف شاهد القتل في الأيَّام أو في البلدان أو في الذي كان به القتل فهو باطل، وكذا إذا قال أحدهما: قتله بعصاً، وقال الآخر: لا أدري بأي شيء قتله، فهو باطل، وإن شهدا أنه قتله، وقالوا: لا ندري بأي شيء قتله ففيه الدية استحساناً، والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة، وتجب في ماله، ولا تلزم العاقلة.

وإذا أقرَّ رجلان كلّ واحد منهما أنه قتل فلاناً، فقال الوليُّ قتلناه جميعاً فله أن يقتلهم جميعاً. وإن شهدوا على رجل أنه قتله، وشهد آخرون على آخر بقتله، وقال الوليُّ: / [٣٢٩و] قتلناه جميعاً بطل ذلك كله.

وإذا وجب الحدّ في القصاص بإقرار الجاني لا يبطل برجوعه وإنكاره بعد الإقرار، ذكرها في أوّل باب الحدود.

ادّعى قصاصاً على غيره فأقرّ بالخطأ والوليُّ يدّعي العمد يجب الأرش؛ لأنَّ امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه، فيجب المال، وإذا كان من جهة من له القصاص لا يجب على المدّعي عليه شيء لا القصاص ولا المال، كما إذا أقام مدّعي القصاص على ما ادّعى رجلاً وامرأتين، أو الشهادة على الشهادة، وكما إذا ادّعى الوليُّ الخطأ والقاتل العمد، ذكرها في باب اليمين من كتاب الدعوى.

وإذا شهدا على رجل بالقتل العمد، فافتصّ على المشهود عليه، فجاء المشهود بقتله حيّاً فإنّه يقتل الشاهدان عند الشافعيّ للتسبيب، وللتسبيب في القتل حكمُ المباشرة عنده، كما في شهود القصاص، ذكرها في كتاب الإكراه في فصل "وإن أكره على أن يأكل الميتة".

باب في اعتبار حالة القتل

ومن رمى مسلماً فارتدَّ المرميُّ إليه - والعياذ بالله تعالى - ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة رحمته الله اعتباراً بحالة الرمي؛ إذ لا فعل منه بعده، وكذا يعتبر حالة الرمي في حق التكفير إذا كانت الجناية خطأ فكفر بعد الجرح قبل الموت، فإنّه صحيح، وقالوا: لا شيء عليه كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت، فإنّه لا يجب على الجراح شيء، كذا هنا.

ومن رمى إليه وهو مرتدّ فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعاً، وكذا إذا رمى حربياً ثم أسلم. وإن رمى عبداً فأعتقه مولاه، ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة رحمته الله، وقال محمد: عليه فضل قيمته مرمياً إلى غير مرميٍّ، وقول أبي يوسف مع أبي حنيفة رضي الله عنهما، وزفرٌ يخالفنا في وجوب القيمة نظراً إلى حالة الإصابة.

ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شيء على الرامي. وإذا رمى المجوسيّ صيداً ثم أسلم ثم وقع الرميّة بالصيد لم يؤكل، وإن رماه وهو مسلم ثم تمجّس - والعياذ بالله تعالى - ثم وقع به

أُكِلَ، ولو رمى المحرّم صيداً ثم حلّ فوقعت الرميّة بالصيد فعليه الجزاء، وإن رمى حلال صيداً ثم أحرم [٣٢٩ظ] فلا شيء عليه.

كتاب الديات

وفي شبه العمد دية مغلطة على العاقلة، وكفارة على القاتل، وكفارته عتق رقبة مؤمنة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، ولا يجزئ فيه الإطعام، ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم، ولا يجزئ ما في البطن، وهو الكفارة في الخطأ أي عتق الرقبة التي ذكرناه في كفارة شبه العمد هو الكفارة في الخطأ أيضاً. وإذا جرح وكفر قبل القتل يجوز، ذكرها في فصل كفارة اليمين من الأيمان.

وديته أي دية شبه العمد عند أبي حنيفة وأبي يسوف رحمهما الله مائة من الإبل أرباعاً، خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة، وقال محمد والشافعي: ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلّها خلفات^{١٥٧٧} في بطونها أولادها.

ولا يثبت التغليب إلا في الإبل خاصة، فإن قضى بالدية في غير الإبل لم تغلظ، وهي لا تفسد بأصل الجهالة، فإنّ الشرع أوجب في الدية مائة من الإبل مع جهالة الوصف، ذكرها في باب المهر من النكاح.

وقتل الخطأ يجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل. والدية في الخطأ مائة من الإبل أخماساً، عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة، وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه، وأخذنا نحن والشافعي به، غير أنّ عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض، ومن العين ألف دينار، ومن الورق عشرة آلاف درهم، وقال الشافعي رحمه الله: من الورق اثنا عشر ألفاً، ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة، وقالوا: منها ومن البقر مائتا بقرة، ومن الغنم ألفا شاة، ومن الحلل مائتا حلة، كلّ حلة ثوبان.

وذكر في المعقل أي ذكر محمد في كتاب معقل المبسوط أنّه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز، ثم قيل هو قول الكلّ، فيرتفع الخلاف، وقيل هو قولهما.

ودية المرأة على النصف من دية الرجل، وقال الشافعي رحمه الله: ما دون الثلث لا يتنصف، ودية الرجل، ودية المسلم والذمي سواء، وقال الشافعي رحمه الله: [٣٣٠و] دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم، ودية المجوسي ثمان مائة درهم، وقال مالك رحمه الله: دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم، والكلّ عنده أي مجموع الدية عند مالك اثنا عشر ألفاً.

^{١٥٧٧} جمع خلفه، وهي الحامل من النوق، البناية.

ولا يسقط الموجب بموت الجاني الحرّ، ويسقط بموت العبد الجاني، ذكرها في باب جناية المملوك من هذا الباب.

فصل فيما دون النفس

في النفس الدية، وفي المارن الدية، والمارن ما دون قصبة الأنف، وهو ما لان منه، وفي اللسان الدية، وفي الذكر الدية، والأصل في الأطراف أنّه إذا فوّت جنس منفعة على الكمال، أو أزال جمالاً مقصوداً في آدمي على الكمال يجب كلّ الدية لإتلافه النفس من وجهه، وهو ملحق بالإتلاف من كلّ وجهٍ تعظيماً للآدمي.

وفي العناية: وتقدّم المنفعة والجمال بالكمال؛ لأنّ غير الكامل لا يجب فيه كمال الدية وإن كان فيه تفويت عضو مقصود كما إذا قطع لسان الأخرس أو آلة الحصىّ والعين واليد الشّلاء والرجل العرجاء والعين العوراء والسنّ السوداء لا يجب^{١٥٧٨} القصاص في العمد ولا الدية في الخطأ؛ لأنّه لم يفوّت جنس منفعة ولا فوّت جمالاً على الكمال، وإنّما فيه حكومة عدل، انتهى.

وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة، فنقول: في الأنف الدية، وكذا إذا قطع المارن والأرنبة، وهي طرف الأنف، ولو قطع المارن مع القصبة لا يزداد على دية واحدة؛ لأنّه عضو واحد، وكذا اللسان لفوات منفعة النطق، وكذا في قطع بعضه إذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة، وإن كانت الآلة قائمة. ولو قدر على التكلم ببعض الحروف، قيل: يقسم على عدد الحروف، وقيل هو عدد حروف تتعلق باللسان، فبقدر ما لا يقدر يجب من الدية، وقيل إن قدر على أداء أكثرها تجب حكومة عدل لحصول الإفهام مع الاختلال، وإن عجز عن أداء الأكثر تجب كلّ الدية، وكذا الذكر؛ لأنّه يفوت به منفعة الوطء واستمسك البول والرمي به ودفق الماء والإيلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة والإيلاد، قيل: بصورة الإيلاد أن البكر إذا حملت بالسحق فيعسر لها [٣٣٠ظ] الولادة، انتهى.

وكذلك في الحشفة الدية كاملة، وفي العقل إذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الإدراك، وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمّه أو ذوقه، وقد روى أنّ عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر.

وفي اللحية إذا خلقت فلم تنبت الدية؛ لتفويته منفعة الجمال، وفي شعر الرأس الدية، وقال مالك وهو قول الشافعي رحمه الله: تجب فيهما حكومة عدل كشعر الصدر والساق، وفي شعر العبد نقصان القيمة، وأما لحية العبد فعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنّه يجب كمال القيمة، وفي الشارب حكومة عدل هو الأصحّ، وهذا احتراز عمّا قال بعض مشايخنا أنّه يجب فيه كمال الدية؛ لأنّه عضو على حدة، ويفوت الجمال، كذا في العناية.

ولحية الكوسج إن كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه؛ لأنّ وجوده يشينه لا يزينه، وإن كان أكثر من ذلك فكان على الذقن والخذ جميعاً، لكنّه غير متّصل ففيه حكومة عدل، وإن كان متصلاً ففيه كمال الدية،

^{١٥٧٨} ل: ولا يجب.

وهذا كله إذا فسد المنبت، فإن نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء، ويؤدّب على ارتكابه ما لا يحلّ، وإن نبتت بيضاء فعن أبي حنيفة رحمه الله أنّه لا يجب شيء في الحرّ؛ لأنّه يزيد جمالاً، وفي العبد تجب حكومة عدل؛ لأنّه ينقص قيمته، وعندهما تجب حكومة عدل في الحرّ أيضاً، ويستوي الخطأ والعمد، على هذا الجمهور.

وفي الحاجبين الدية، وفي أحدهما نصف الدية، وعند مالك والشافعيّ تجب حكومة عدل، وفي العينين الدية، وفي اليدين الدية، وفي الرجلين الدية، وفي الشفتين الدية، وفي الأذنين الدية، وفي الأنثيين الدية، وفي كلّ واحدٍ من هذه الأشياء نصف الدية، وفي ثدي المرأة الدية، وفي أحدهما نصف دية المرأة بخلاف ثدي الرجل، حيث يجب حكومة عدل.

وفي حَلَمَيِّ المرأة - وهي رأس الثدي - الدية كاملة، وفي أحديهما نصفها، وفي أشفار العينين وهي منابت الشعر الدية، وفي أحدها ربع الدية، وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها، قال رحمه الله: يحتل أن مراده أي القُدوريّ الأهداب مجازاً، كما ذكر مُجَدُّ رحمه الله في الأصل للمجاورة كالرواية للقربة، وهي حقيقة في البعير، قيل: وإتّما سميت / [٣٣١] القربة بها؛ لأنّها تناط بالبعير في الأسفار، انتهى.

ويحتل أن يكون مراده منبت الشعر، والحكم فيه هكذا، ولو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة؛ لأنّ الكلّ كشيء واحد كالمرن مع القصبة، وفي كل إصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عُشر الدية، ففي قطع كلّها دية كاملة، والأصابع كلّها سواء، كما أنّ اليمين والشمال سواء، وكذلك أصابع الرجلين، وفي كل إصبع منها عشر الدية، وكل إصبع فيها ثلاث مفاصل، ففي أحدها ثلث دية الإصبع وما فيها مفصلان ففي أحدهما نصف دية الإصبع، وفي كلّ سنٍّ خمسٌ من الإبل. والأسنان والأضراس سواء، وهذا إذا كان خطأ، فإن كان عمداً ففيه القصاص، وقد مرّ في الجنائيات.

ومن ضرب عضواً فأذهب منفعة ففيه الدية كاملة، كاليد إذا شلّت والعين إذا ذهب ضوءها. ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية، وكذا لو أحده، فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن أثر، وفي الكافي: ولو بقي بعض أثر الضرب ففيه حكومة عدل؛ لأنّه بقي بعض الشئ، انتهى.

فصل في الشجاج

الشجاج عشرة، الحارصة - بالحاء والصاد المهملتين - وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه ولا تخرج الدم، والدامعة - بالعين المهملة - وهي التي تُظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين، والدامية وهي التي تسيل الدم، والباضعة وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه، والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم، والسّمحاق وهي التي تصل إلى السمحاق، وهي جلد رقيقة بين اللحم وعظم الرأس، والموضحة وهي التي توضح العظم أي تبينه، والهاشمة وهي التي تكسر العظم، والمنقّلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر، أي يحوّل، والآمة وهي التي تصل إلى أمّ الرأس، وهي التي فيها الدماغ.

ففي الموضحة القصاص إن كانت عمداً، ولا قصاص في بقيّة الشجاج، وهذا رواية عن أبي حنيفة رحمه الله، وقال مُجَدُّ في الأصل - وهو ظاهر الرواية -: إنّه يجب القصاص فيما قبل الموضحة، أي قبل الموضحة ذكراً، ودونها أثراً

وشجاً، وهي الستة المتقدمة عليها من الحارصة إلى السمحاق، كذا في الشروح؛ إذ يمكن فيها اعتبار المساواة، وليس فيه [٣٣١ظ] كسر عظم ولا خوف هلاك غالب، فيسير غورها بمسبارٍ ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك، فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص.

وفيما دون الموضحة حكومة عدل، وفي العناية: والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها، وهي الست المذكورة، ووجوب حكومة عدل فيها إنما هو على رواية غير الأصل، وأما على روايته فقد قال: يجب القصاص فيما قبل الموضحة، انتهى.

وفي الموضحة إن كانت خطأ نصف عشر الدية، وفي الهاشمة عُشر الدية، وفي المنقلة عشر الدية، ونصف عشر الدية، وفي الأمة ثلث الدية، وفي الجائفة ثلث الدية، فإن نفدت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية، وعن مُجَدِّ رحمه الله أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة، وقال: هي التي تتلاحم فيها الدم وتسود، وما ذكرناه بدءاً مروياً عن أبي يوسف رحمه الله، وهذا اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى وحكم، أي اختلاف في الاسم لا المعنى والحكم.

وبعد هذا أي بعد الشجاج العشرة شجّة أخرى تسمى الدامغة، وهي التي تصل إلى الدماغ، وإنما لم يذكرها لأنها تقع قتلاً في الغالب، إلا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة، ثم هذه الشجاج تختصّ بالوجه والرأس لغة، وما كان في غير الوجه والرأس تسمى جراحة، والحكم مرتّب على الحقيقة أي حقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدّر، وإنما يجب حكومة عدل، وأما اللّحيان^{١٥٧٩} فقد قيل ليسا من الوجه، وهو قول مالك رحمه الله، حتى لو وجد فيهما ما فيه أرش مقدّر لا يجب المقدّر إلا أنّ عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة، وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضاً.

وقالوا: الجائفة تختصّ بالخوف، جوف الرأس أو جوف البطن، وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي أن يقوم مملوكاً بدون هذا الأثر ويقوم وبه هذا الأثر، ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين، فإن كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية، وإن كان ربع عشر القيمة يجب نصف عشر الدية، وإن كان ربع عشر فربع عشر، وقال الكرخي: يُنظر، كم مقدار هذه الشجّة من الموضحة؟، فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية؛ لأنّ ما لا نصّ فيه يردّ إلى المنصوص عليه.

فصل

[٣٣٢و] وفي أصابع اليد نصف الدية، فإن قطعها مع الكفّ ففيه أيضاً نصف الدية، وإن قطعها مع نصف الساعد ففي الأصابع والكفّ نصف الدية، وفي الزيادة حكومة عدل، وهو رواية عن أبي يوسف، وعنه أنّ ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع إلى المنكب وإلى الفخذ.

^{١٥٧٩} يريد به العظم الذي تحت الذقن، العناية، من م.

وإن قطع الكف من المفصل، وفيها إصبع واحد ففيه عُشر الدية، وإن كانت إصبعان فالخُمس، ولا شيء من الكف، وهذا عند أبي حنيفة رحمهم الله، وقالوا: ينظر إلى أرش الكف والإصبع، فيكون عليه الأكثر، ويدخل القليل في الكثير، ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الأصابع، ولا شيء في الكف بالإجماع، وفي الإصبع الزائدة حكومة عدل، وفي العناية: يعني سواء قطع عمداً أو خطأ، وسواء كان للقاطع زائدة أو لا، انتهى.

وكذلك السنّ الشاغية أي الزائدة، وهي تخالف نبتها لغيرها من الأسنان، كذا في العناية. وفي عين الصبي وذكره ولسانه إذا لم تعرف صحته حكومة عدل، وقال الشافعي رحمه الله: تجب دية كاملة، وكذلك لو استهلّ الصبي؛ لأنه ليس بكلام وإنما هو مجرد صوت، ومعرفة الصحة فيه، أي في لسان الصبي بالكلام، وفي الذكر بالحركة، قيل: أي الحركة عند البول، كذا ذكره صاحب الذخيرة، وفي العين ما يستدلّ به على النظر، فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ.

ومن شجّ رجلاً فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة في الدية؛ لأنّ بفوات العقل يبطل منفعة جميع الأعضاء، فصار كما إذا أوضحه فمات. وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر، وهو موضع الشجّة حتى لو نبت يسقط، والدية بفوات كل الشعر، وقد تعلّقوا بسبب واحد، فدخل الجزء في الجملة، كما إذا قطع إصبع رجل فشلت يده، وقال زفر رحمه الله: لا يدخل.

وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية، قالوا: هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعن أبي يوسف: أنّ الشجّة تدخل في دية السمع والكلام، ولا تدخل في دية البصر، وفي الجامع الصغير: ومن شجّ رجلاً موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند أبي حنيفة رحمهم الله، قالوا: أي قال المشايخ على قول أبي حنيفة: وينبغي أن تجب [٣٣٢ظ] الدية فيهما، أي في العينين والأرشفة في الموضحة، وقالوا: في الموضحة القصاص، قالوا: أي قال المشايخ على قول أبي يوسف ومحمد، وينبغي أن تجب الدية في العينين.

وإذا قطع إصبع رجل من المفصل الأعلى فشلت ما بقي من الإصبع أو اليد كلّها لا قصاص عليه في شيء من ذلك، وينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى، وفيما بقي حكومة عدل، وكذلك لو كسر سنّ رجل وأسود ما بقي، ولم يحكّ مُجْدَ خلافاً، وينبغي أن تجب الدية في السنّ كلّ، ولو قال: أقطع المفصل، وأترك ما ييس أو أكسر القدر المكسور، وأترك الباقي لم يكن له ذلك؛ لأنّ الفعل في نفسه ما وقع موجباً للقود، فصار كما إذا شجّه منقّلة وقال: أشجّه موضحة وأترك الزيادة.

ولو قطع إصبعاً فاضطرب السكين وأصاب إصبعاً أخرى خطأ منه اقتصر في الأولى دون الثاني، وإن قطع إصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد وزفر والحسن رحمهم الله: لا يقتصر من الأولى، وفي الثانية أرشها، وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله في المسألة الأولى، وهو ما إذا شجّ موضحة فذهب بصره فإنّه يجب القصاص فيهما بخلاف الخلافة الأخيرة.

ولو كسر بعض السنّ فسقطت فلا قصاص إلّا على رواية، ولو كسر بعض السنّ فسقطت فلا قصاص على رواية ابن سماعة، ولو أوضحه موضحتين فتأكّلتا فهو على الروايتين هاتين، أي الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة عن محمد، كذا في العناية.

ولو قلع سنّ رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الأرض في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: عليه الأرض كاملاً، وعن أبي يوسف رحمه الله أنّه يجب حكومة عدل. ولو قلع سنّ صبي فنبتت لا يجب الأرض بالإجماع، ولو قلع سنّ غيره فردّها صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القاطع الأرض بكماله، وكذا إذا قطع أذنه فألصقها فالتحمت.

ومن نزع سنّ رجل فانتزع المنزوع سنّه سنّ النازع فنبتت سنّ الأول فعلى الأول لصاحبه خمسمائة درهم، ويستأني فيه حولاً بالإجماع، وكان ينبغي أن ينتظر الناس في ذلك للقصاص، إلّا أنّ في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتملنا بالحول؛ لأنّه ينبت فيه ظاهراً، فإذا مضى الحول ولم ينبت / [٣٣٣و] قضينا بالقصاص، وإذا نبت تبين أنّنا أخطأنا فيه، والاستيفاء كان بغير حقّ إلّا أنّه لا يجب القصاص للشبهة، فيجب المال.

ولو ضرب إنسان سنّه فتحركت يستأني حولاً ليظهر أثر فعله، فلو أجله القاضي، ثم جاء المضروب وقد سقطت سنّه فاختلفا قبل السنّة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيداً، وهذا بخلاف ما إذا شجّه موضحة فجاء وقد صار منقّلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب، وإن اختلفا في ذلك بعد السنّة فالقول للضارب، ولو لم يسقط لا شيء على الضارب، وعن أبي يوسف أنّه يجب حكومة الألم، ولو لم يسقط ولكنها اسودّت يجب الأرض في الخطأ على العاقلة، وفي العمد في ماله، ولا يجب القصاص وكذا إذا كسر بعضه فاسودّ الباقي لا قصاص، وكذا لو احمرّ أو اخضرّ، ولو اصقرّ فيه روايتان.

ومن شجّ رجلاً فالتحمت الشجّة ولم يبق لها أثر ونبت الشعر يسقط الأرض عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: عليه أرش الألم، وهو حكومة عدل، وقال محمد رحمه الله عليه: أجرة الطبيب. ومن ضرب رجلاً مائة سوط فجرحته فبرأ منها فعليه أرش، معناه: إذا بقي أثر الضرب، فأما إذا لم يبق أثره فهو على اختلافٍ قد مضى في الشجّة الملتحمة.

ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية، وسقط أرش اليد. ومن جرح رجلاً جراحة لم يقتصر منه حتى يبرأ، وقال الشافعي رحمه الله: يقتصر منه في الحال. وإذا جرح رجلان كل واحدٍ منهما نفسه وصاحبه جراحةً يجب النصف على كل واحدٍ منهما، ذكرها في باب جناية البهيمة.

وكلّ عمدٍ سقط القصاص فيه بشبه فالدية في مال القاتل، وكلّ أرش وجب بالصلح فهو في مال القاتل. وإذا قتل الأب ابنه عمداً فالدية في ماله في ثلاث سنين، وقال الشافعي: يجب حالاً. وكل جناية اعترف فيها الجاني فهي في ماله، فلا يصدق على عاقلته.

وعمد الصبيّ والمجنون خطأ، وفيه الدية على العاقلة، وكذا كلّ جناية موجّبها خمسمائة فصاعداً، والمعنوه كالمجنون، وقال الشافعي رحمه الله: عمدته عمد يجب الدية في ماله. ولا يجرم الصبي والمجنون عن الميراث عندنا، وكذا لا كفّارة عليهما، / [٣٣٣ظ] خلافاً له.

وإذا قال لغيره: قطع يدي وأخرجهما صحيحين لا يلزمه الدية، ولا يجعل مجازاً عن الإقرار بالمال، ذكرها في أوائل العتاق.

وإذا قال لغيره: فقأْتُ عَيْنَكَ اليمنى، وعيني اليمنى صحيحةٌ ثم فُقِّعَتْ، وقال المقر له: لا بل فقأْتُها وعَيْنُكَ اليمنى مفقوةٌ فالقول قول المقر له، ذكرها في باب جنابة المملوك.

فصل في الجنين

وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ففيه غُرَّةٌ: نصفُ عشر الدية، معناه دية الرجل، وهذا في الذكر، وفي الأنثى عشر دية المرأة، وكلٌّ منهما خمسمائة درهم، والقياس أن لا يجب شيء، وهذا استحسان، ووجهها مذكور في الهداية، فليرجع إليه.

وقدَّرها أي الغرّة مالك والشافعي رحمه الله بستمائة، وهي على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة درهم، وقال مالك: في ماله. والعواقل لا تعقل ما دون خمسمائة.

وتجب في سنة، وقال الشافعي رحمه الله: تجب في ثلاثة سنين. ويستوي فيه أي في الجنين الذكر والأنثى. فإن ألقت حياً ثم مات ففيه الدية الكاملة، وإن ألقت ميتاً ثم ماتت الأم فعليه ديةٌ بقتل الأم، وغرّةٌ بالقائها، وإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حياً ثم مات فعليه دية في الأم، ولا شيء في الجنين، وقال الشافعي رحمه الله: تجب الغرّة في الجنين، كما إذا ألقت ميتاً وهي حيّة.

وما يجب في الجنين موروث عنه، ولا يرثه الضارب، حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتاً فعلي عاقلة الأب غرّةً، ولا يرث منها. وفي جنين الأمة إذا كان ذكراً نصف عُشر قيمته لو كان حياً وعُشر قيمته لو كان أنثى، وقال الشافعي رحمه الله: فيه عشر قيمة الأم، وقال أبو يوسف رحمه الله: يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم، فإن ضربت فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقت حياً ثم مات ففيه قيمته حياً، ولا يجب الدية وإن مات بعد العتق، وقيل: هذا عندهما، وقال مُجَدُّ رحمه الله: تجب قيمته ما بين كونه مضروباً إلى كونه غير مضروب.

ولا كفارة في الجنين، وعند الشافعي رحمه الله: تجب ^{١٥٨٠} الكفارة، قالوا: إلّا أن يشاء التكفير بارتكابه محظوراً فإذا تقرب إلى الله كان أفضل، ويستغفر مما صنع، والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه [٣٣٤و] الأحكام.

باب ما يحدث الرجل في الطريق

ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفاً أو ميزاباً أو جُرْصُناً ^{١٥٨١} أو بنى دكاناً فلرجل من عُرض ^{١٥٨٢} الناس أن ينزعه، وكلُّ أحدٍ صاحبٌ حقٌّ بالمرور بنفسه وبدوابه، فكان له حقُّ النقض كما في الملك المشترك، فإن لكل واحدٍ حقٌّ

^{١٥٨٠} ل م س: لا تجب.

^{١٥٨١} الكنيف مستراح، والميزاب معروف، الجرصن دخيل أي ليس بعربي أصيل، وقد اختلف فيه فقيل: البرج، وقيل: مجرى ماء يركب في الحائط، وعن الإمام البزدوى: جذع يخرج الإنسان لبيبي عليه، كذا في المغرب، من م.

النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئاً، هكذا في الحقّ المشترك، وفي **العناية**: الكنيف المستراح، والميزاب معروف، والجُرْصَن قيل: هو البرج، وقال فخر الاسلام: جذع يُجرجه الانسان من الحائط ليبي عليه، انتهى.

وفي **غاية البيان** هو فارسيّ معرّب، إذ ليس في العربية كلام على هذا التركيب، أعني الجيم والراء والصاد، بل هو مهمل في كلامهم، انتهى.

ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضرّ بالمسلمين، فإذا ضرّ بالمسلمين كره له ذلك. وليس لأحد من أهل الدرب^{١٥٨٣} الذي ليس بنافذ أن يشرع كنيفاً إلا بإذهم؛ لأنها مملوكة لهم، فلا يجوز التصرف أضّر بهم أو لم يضرّ إلا بإذهم، وفي الطريق النافذ له التصرف إلا إذا أضّر بهم، وإذا شرع في الطريق روشناً أو ميزاباً أو نحوه، فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته، وفي **غاية البيان**: الروشن هو الممرّ على العلق، مثل الرفّ كذا قال المطرزي. وقيل: الروشن هو الخشبة الموضوعة على جداري السطحين ليتمكن المرور، انتهى ما في **الغاية**.

وكذا إذا سقط شيء مما ذكرنا^{١٥٨٤} في أول الباب، وكذا إذا تعثر أي زلق بنقضه انسان، - والنقض البناء المنقوض، وعن الغوريّ النقض بالكسر لا غير، كذا في **المغرب** - أو عطبت به دابة.

وإن عثر بذلك رجل فوق على آخر فماتا فالضمان على الذي أحدثه فيهما. وإن سقط الميزاب نُظِرَ، فإن أصاب ما كان منه في الحائط رجلاً فقتله لا ضمان عليه أي على صاحب الميزاب، وإن أصابه ما كان خارجاً من الحائط فالضمان على الذي وضعه، ولا كفارة عليه، ولا يُحرّم عن الميراث، ولو أصابه الطرفان جميعاً وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف، كما إذا أجرحه سبع وإنساناً ولو لم يعلم أيّ طرف أصابه يضمن النصف اعتباراً للأحوال.

ولو أشرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلاً فقتله، / [٣٣٤ ط] أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبريء إليه منها وتركها المشتري حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع.

ولو وضع في الطريق جمرأ فأحرق شيئاً يضمنه، ولو حرّكه الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئاً لا يضمن، وقيل إذا كان اليوم ريحاً يضمنه، ولو استأجر ربّ الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوق فقتل انساناً قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم، وإن سقط بعد فراغهم فالضمان على ربّ الدار استحساناً، وكذا إذا صبّ الماء في الطريق فعطب به إنسان أو دابة، وكذا إذا رشّ الماء وتوضأ بخلاف ما إذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها، أو قعد أو وضع متاعه كما في الدار المشتركة، قالوا: هذا إذا رشّ ماءً كثيراً بحيث يزلق به عادة، أمّا إذا رشّ ماءً قليلاً كما هو المعتاد والظاهر أنّه لا يزلق به لا يضمن.

ولو تعمّد المرور في موضع صبّ الماء فسقط لا يضمن الراشّ، وقيل هذا إذا رشّ بعض الطريق، فإذا تعمّد المرور في موضع صبّ الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراشّ شيء، وإن رشّ جميع الطريق يضمن؛ لأنّه مضطرّ في المرور، وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في أخذه جميعه أو بعضه.

^{١٥٨٢} العرض بالضمّ الناحية، قيل: المراد به ههنا أبعد الناس منزلة أي أضعفهم وأرذلهم، **العناية**، من م.

^{١٥٨٣} الدرب الباب الواسع على السكة، والمراد به السكة ههنا، **العناية**، من م.

^{١٥٨٤} يعني الكنيف والميزاب والجِرسَن، **العناية**، من م.

ولو رشّ فناء حانوت بإذن صاحبه فضمن ما عطّب على الأمر استحساناً، وإذا استأجر أجيراً لبيني له في فناء حانوته فتعطلّ به إنسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الأجير.

ومن حفر بئراً في طريق المسلمين أو وضع حجراً فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته، وإن تلفت بجمعة فضاءها في ماله، والعاقلة تتحمل النفس دون المال، وإلقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة، بخلاف ما إذا كنس الطريق فعطّب به بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن، ولو جمع الكناسة في الطريق وتعطلّ به إنسان كان ضامناً، ولو وضع حجراً فتحاه غيره عن موضعه فعطّب به إنسان، فالضمان على الذي نحاه.

وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق، فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن؛ لأنّه غير متعدّد حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة، وإن كان بغير أمره فهو متعدّد [٣٣٥و] إما بالتصرّف في حق غيره، أو بالافتيات^{١٥٨٥} على رأي الإمام أو هو مباح مقيد بشرط السلامة، وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره؛ لأنّ المعنى لا يختلف، وكذلك لو حفر في ملكه لم يضمن؛ لأنّه غير متعدّد، وكذا إذا حفر في فناء داره، وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكاً له، أو كان له حق الحفر فيه، أمّا إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً بأن كان في سكة غير نافذة فإنّه يضمنه، وهذا صحيح.

ولو حفر في طريق ومات الواقع فيه جوعاً، أو غمّاً لا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: إن مات جوعاً فكذلك، وإن مات غمّاً فالحافر ضامن له، وقال محمد رحمه الله: هو ضامن في الوجوه كلّها.

ولو حفر اثنان بئراً على قارعة الطريق فاهار عليهما يجب على كلّ واحد منهما بالاتفاق. ومن جرح إنساناً فوقع في بئر على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما أي على الجارح والحافر ذكرها في باب جناية البهيمة.

وإن استأجر أجراً فحفروها في غير فئانه فذلك على المستأجر، ولا شيء على الأجراء إن لم يعلموا أنّها في غير فئانه، وإن علموا بذلك فالضمان على الأجراء. وإن قال لهم: هذا فئائي، وليس فيه حق الحفر فحفروا ومات فيه إنسان فالضمان على الأجراء قياساً، وفي الاستحسان الضمان على المستأجر، ووجههما مذكور في الهداية، فليرجع إليه.

ومن جعل قنطرةً بغير إذن الإمام فتعمّد رجل المرور عليها فعطّب فلا ضمان على الذي قنطره، وكذلك إن وضع خشبةً في الطريق فتعمّد رجل المرور عليها؛ لأنّ تخلّل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقّي، حيث قطع فعل الملقّي بالإلقاء فعل الحافر.

ومن حمل شيئاً في الطريق فسقط على إنسان فعطّب به فهو ضامن، وكذا إذا سقط فتعثّر به إنسان، وإن كان ردائه قد لبسه فسقط فعطّب به إنسان لم يضمن، وهذا اللفظ يشمل الوجهين، وفي النهاية: هما تلف إنسان بوقوع ذلك الشيء المحمول على إنسان، وتلف الإنسان بالتعثّر بذلك الشيء المحمول بعد ما وقع في الطريق، انتهى.

^{١٥٨٥} الافتيات الاستبداء بالرأي، افتعال من الفوت وهو السبق، النهاية والعناية، من م.

وذكر في العناية في هذا المحل تفصيلاً وتحقيقاً، فليرجع إليه بخلاف [٣٣٥ظ] اللابس، فإنه لا يقصد حفظ ما يلبسه، وعن محمد أنه إذا لبس ما لا يلبسه عادة كالقرو في الصيف واللبد والجوالق فهو كالحامل؛ لأن الحاجة لا تدعو إلى لبسه.

وإذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلاً، أو جعل فيه بَواري أو حصاةً فعطب به رجل لم يضمنه، وإن كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن، قالوا: هذا عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: لا يضمن في الوجهين، كما إذا فعله بإذن واحدٍ من أهل المسجد، وإن جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن إن كان في الصلاة، وإن كان في غير الصلاة يضمن، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يضمن على كل حال، ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة، أو نام فيه في أثناء الصلاة، أو نام في غير الصلاة أو مرَّ فيه ماراً، أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف، وأما المعتكف فقد قيل: على هذا الاختلاف، وقيل: لا يضمن بالاتفاق.

والماشي في الطريق أو المسجد إذا أوطأ غيره، والنائم في المسجد إذا انقلب على غيره يضمن بالاتفاق، ولا غَرَو أن يكون الفعل مباحاً أو مندوباً إليه، وهو مقيد بشرط السلامة، وإن جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلاة فتعقل به إنسان ينبغي أن لا يضمن.

فصل في الحائط المائل

وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال، والقياس أن لا يضمن، ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية، وتحتملها العاقلة، وما تلف به من الأموال كالدواب والعروض تجب ضمانها في مال؛ لأن العاقل لا تعقل المال، والشرط التقدم إليه، وطلب النقض منه دون الإشهاد، وإثباته عند إنكاره، فكان من باب الاحتياط.

وصورة الإشهاد أن يقول الرجل: أشهدوا أنني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا، ولا يصح الإشهاد قبل أن يَهِن الحائط؛ لانعدام التعدي. ولو بني الحائط مائلاً في الابتداء، قالوا: يضمن ما تلف بسقوطه من غير إشهاد.

وتقبل شهادة رجل وامرأتين على التقدم، ويستوي أن يطالبه بنقضه مسلماً أو ذمياً، ويصح التقدم إليه عند السلطان وغيره. [٣٣٦و] وإن مال إلى دار رجل فالمطالبة إلى مالك الدار خاصة، وإن كان فيها سگان لهم أن يطالبوه، ولو أجلسه صاحب الدار، أو أبرأه منها أو فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز، ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط بخلاف ما إذا مال إلى الطريق فأجلسه القاضي، أو من شهد عليه حيث لا يصح؛ لأن الحق للجماعة المسلمين، وليس إليهما إبطال حَقِّهم.

ولو باع الدار بعدما أشهد عليه، وقبضها المشتري بريء من ضمانه بخلاف إشراع الجناح، حيث لا يبرأ، ولا ضمان على المشتري؛ لأنه لم يشهد عليه، ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن، والأصل أنه يصح التقدم إلى كل من

يتمكّن من نقض الحائط وتفرّغ الهواء، ومن لا يتمكن منه لا يصحّ التقدم إليه كالمستأجر والمرحّن والمودع وساكن الدار.

ويصحّ التقدّم إلى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك^{١٥٨٦} وإلى الوصي، وإلى أب اليتيم أو أمّه في حائط الصبيّ لقيام الولاية، وذكر الأمّ في الزيادات، والضمان في مال اليتيم؛ لأنّ فعل هؤلاء كفعله، وإلى المكاتب وإلى العبد التاجر، سواء كان عليه دين أو لم يكن، ثم التآليف بالسقوط إن كان مالاّ فهو في عتق العبد، وإن كان نفساً فهو على عاقلة المولى، ويصحّ التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه، وإن كان لا يتمكّن من نقض الحائط وحده لتمكّنه من إصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة^{١٥٨٧} إلى القاضي.

ولو سقط الحائط المائل على إنسان بعد الإشهاد فقتله فتعزّر بالقتل غيره فعطب لا يضمّنه، وإن عطب بالنقض ضمّنه، ولو عطب بجرة كانت على الحائط المائل فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمّنه، وإن كانت ملك غيره لا يضمّنه، وإذا كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل انساناً ضمن خمس الدية، ويكون ذلك على العاقلة، وإن كان بين ثلاثة فحفر أحدهم فيها بئراً أو بنى حائطاً فعطب به إنسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته، وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين.

باب جناية البهيمة والجناية عليها

الراكب ضامن لما وطئت الدابة،/[٣٣٦ظ] وما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدّمت أو خبطت، وكذا إذا صدمت، والكدّم العضّ بالأسنان، والخبط الضرب باليد، والصدم أن تضرب الشيء بجسدك، ولا يضمّن ما نفحت برجلها أو ذنبها، والنفح بالحاء المهملة ضرب الدابة بجذّ حافرها، فإن أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضاً، وإن أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة، أو أثارت غباراً أو حجراً صغيراً ففقأ عين إنسان أو أفسد ثوبه لم يضمّن، وإن كان حجراً كبيراً ضمن، والمرتدّف فيما ذكر كالراكب، أي الضمان عليهما إذا كان التعنيف منهما، كذا في بعض الشروح.

فإذا راثت أو بالت في الطريق، وهي تسير فعطب به إنسان لم يضمّن، وكذا إذا^{١٥٨٨} أوقفها لذلك، وإن أوقفها لغير ذلك فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن، والسائق ضامن لما أصابته بيدها أو رجلها، والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها، والمراد النفحة، هكذا ذكر القدوريّ في مختصره، وإليه مال بعض المشايخ^{١٥٨٩}، وقال أكثر

^{١٥٨٦} ل: انفكاك.

^{١٥٨٧} ل: المرافقة.

^{١٥٨٨} ل م س — إذا.

^{١٥٨٩} يعني العراقيين، العناية، من م.

المشايع^{١٥٩٠} أن السابق لا يضمن النفحة أيضاً، وإن كان^{١٥٩١} يراها، بخلاف الكدم لإمكان المنع كبها بلجامها، وبهذا ينطق أكثر النسخ، وهو الأصح، وقال الشافعي: يضمنون النفحة كلهم.

وفي **الجامع الصغير**: وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد، إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها، ولا كفارة عليها، ولا على الراكب فيما وراء الإبطاء، وكذا يتعلّق بالإبطاء في حقّ الراكب حرمان الميراث والوصيّة دون السائق، والقائد، ولو كان راكب وسائق، قيل: لا يضمن السائق ما أوطأته الدابة، وقيل: الضمان عليهما.

وإذا اصطدم فارسان فماتا، فعلى عاقلة كل واحدٍ منهما دية الآخر، وقال زفر والشافعي رحمهما الله: يجب على عاقلة كل واحدٍ منهما نصف دية الآخر، وإذا اصطدما عمدًا يضمن كلٌ منهما نصف الدية بالاتفاق، هذا الذي ذكرنا إذا كانا حرّين في العمد والخطأ، ولو كانا عبيدين يهدر الدم في الخطأ، وكذا في العمد، ولو كان أحدهما حرّاً والآخر عبداً ففي الخطأ يجب على عاقلة الحرّ المقتول قيمة العبد، فيأخذها ورثة المقتول الحرّ، ويطل حق الحرّ المقتول [٣٣٧و] في الدية فيما زاد على القيمة، وفي العمد يجب على عاقلة الحرّ نصف قيمة العبد، وما على العبد في رقبته، وهو نصف دية الحرّ يسقط بموته، إلا قدر ما أخلف من البدل، وهو نصف القيمة.

ومن ساق دابة فوق السرج على رجل فقتله ضمن، وكذا على سائر أدواته كاللجام ونحوه، وكذا ما يحمل عليها.

ومن قاد قطاراً فهو ضامن لما أوطأ، فإن وطئ بعيرٌ إنساناً ضمن القائد به، والدية على العاقلة، وإن كان معه سائق فالضمان عليهما، وهذا إذا كان السائق في جانب من الإبل، أما إذا توسّطها وأخذ بزمام واحدٍ يضمن ما عطب بما هو خلفه، ويضمنان ما تلف بما بين يديه، فإن ربط رجل بعيراً إلى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط إنساناً فقتله فعلى عاقلة القائد الدية، ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط، قالوا: هذا إذا ربط والقطار تسير، أما إذا ربط والإبل قيام ثم قادها ضمنها القائد.

ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقاً فأصابته في فوره يضمنه، ولو أرسل طيراً وساقه فأصاب في فوره لم يضمن، وكذا لو أرسل كلباً ولم يكن له سائقاً لم يضمن، قال عليه السلام: وذكر في **المبسوط** إذا أرسل دابةً في طريق المسلمين فأصابته في فورها فالمرسل ضامن، ولو انعطفت بمنّة أو يسرةً انقطع حكم الإرسال، إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه، وكذا^{١٥٩٢} إذا وقفت ثم سارت، بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد ثم سار فأخذ الصيد، وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيدٍ فأصاب نفساً أو مالاً في فوره لا يضمنه مرسله، وفي الإرسال في الطريق يضمنه.

ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعاً على فوره ضمن المرسل، وإن مالت يميناً وشمالاً وله طريق آخر لا يضمن، ولو انقلبت الدابة فأصابته مالاً أو آدمياً ليلاً أو نهاراً لا ضمان على صاحبها.

^{١٥٩٠} يريد مشايخ ما وراء النهر، النهاية والعناية، من م.

^{١٥٩١} ل: قال.

^{١٥٩٢} أي ينقطع حكم الإرسال، العناية، من م.

شاةً لقصاب ففقت عينها ففيها ما نقصها، وفي عين بقرة الجزار وجزوره^{١٥٩٣} ربع القيمة، وكذا في عين الحمار والبغل والفرس، وقال الشافعي رحمه الله: فيه نقصان أيضاً اعتباراً بالشاة.

ومن سار على دابته في الطريق فضر بها رجل أو نخسها^{١٥٩٤} [٣٣٧ظ] فنفتحت رجلاً فضرته بيدها، أو نفرت فصدته فقتلته كان ذلك على الناحس دون الراكب، هو المروي عن عمرو بن مسعود، ولو كان واقفاً دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناحس نصفين، وإن نفتحت الناحس كان دمه هدرًا، ويكون بمنزلة الجاني على نفسه، وإن ألت الراكب فقتلته كانت ديبته على عاقلة الناحس، ولو وثبت بنخسه دون الراكب، والواقف في ملكه، والذي يسير في ذلك سواء، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب الضمان على الناحس والراكب نصفين، وإن نخسها بإذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب ولو نخسها، ولا ضمان عليه في نفحتها.

ولو وطئت رجلاً في سيرها وقد نخسها الناحس بإذن الراكب فالدية عليهما جميعاً إذا كانت في فورها الذي نخسها، ثم قيل يرجع الناحس على الراكب^{١٥٩٥} بما ضمن في الإيطاء؛ لأنه فعل بأمره، وقيل لا يرجع، قال صاحب الهداية: وهو الأصح فيما أراه، لأنه لم يأمره بالإيطاء والنخس ينفصل عنه، وصار كما إذا أمر صبيًا يستمسك على الدابة لتسييرها فوطئت إنساناً ومات حتى ضمن عاقلة الصبي، فإنهم لا يرجعون على الأمر؛ لأنه أمر بالتسيير، والإيطاء ينفصل عنه، ثم الناحس إنما يضمن إذا كان الإيطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافاً إليه، وإذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب.

ومن قاد دابةً فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصاب في فورها فهو على الناحس، وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره؛ لأنه مضاف إليه، والناحس إذا كان عبداً فالضمان في رقبته، وإن كان صبيًا ففي ماله، ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفتحت إنساناً فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء، ولو أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره يضمن المأمور، ويرجع على الأمر، ذكرها في باب ما يحدث في الطريق من هذا الكتاب.

باب جناية المملوك والجناية عليه

وإذا جنى العبد الجناية خطأ، قيل لمولاه: إما أن تدفعه بها أو تفديه، وقال الشافعي رحمه الله: جنايته [٣٣٨و] في رقبته يباع فيها إلا أن يقضي المولى الأرش، وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق،^{١٥٩٦} والمسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين، والواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح، ولهذا يسقط الموجب

^{١٥٩٣} الجزر القطع، والجزور ما أعد من الإبل للنحر، من م.

^{١٥٩٤} نخس الدابة نخساً من باب منع إذا طعن بها بعد أو نحوه، النهاية، من م.

^{١٥٩٥} ل - فالدية ... الراكب.

^{١٥٩٦} فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجني عليه بعد العتق، وعندنا الوجوب على المولى دون العبد، فلا يتبعه بعد العتق؛ لأنه بالعتق

صار مختار الفداء، العناية، من م.

بموت العبد لفوات محلّ الواجب، وإن كان له حقّ النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة، بخلاف موت الجاني الحرّ، فإنّ العقل لا تسقط عن عاقلته، وإتّما قال: "في الصحيح" احترازاً عن رواية أخرى، ذكرها التمرناشي أنّ الدية هو الأصل، ولكن للمولى أن يدفع هذا الواجب بدفع الجاني، كذا في العناية، فإنّ دفعه^{١٥٩٧} ملكه وليّ الجناية، وإن فداه فداه بأرشها، وكل ذلك يلزمه حالاً.

فإن لم يختّر شيئاً حتى مات العبد بطل حقّ المجني عليه، وإن مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ، فإن عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الجناية الأولى، معناه: بعد الفداء.

وإذا قتل العبد المبيع عبداً آخر قبل القبض أو المغصوب في يد الغاصب، ودفع العبد القتال مكانهما فإنّ المشتري يتخيّر بين أن يأخذ بكلّ الثمن وبين أن يفسخ البيع لتغيّر المبيع، وفي الغصب يتخيّر المغصوب منه أن يأخذ المدفوع مكانه وبين أن يطالب الغاصب بقيمة المقتول، ذكرها في باب في الرهن.

وإن جنى جنائتين قيل للمولى: إمّا أن تدفعه إلى وليّ الجنائتين يقتسمانه على قدر حقيّهما، وإمّا أن تفديه بأرش كلّ واحدٍ منهما، ومعنى قوله: "على قدر حقيّهما" على قدر أرش جنائتيهما، وإن كانوا جماعةً يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم، وإن فداه فداه بجميع أروشهم.

ولو قتل واحداً وفقاً عين الآخر يقتسمانه أثلاثاً، وعلى هذا حكم الشجاج، وللمولى أن يفدي من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلّق به حقّه من العبد، بخلاف مقتول العبد، إذا كان له وليّان لم يكن له أن يفدي من أحدهما ويدفع إلى الآخر.

فإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الأقلّ من قيمته ومن أرشها، وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليها الأرش، وعلى هذين الوجهين، أي الإعتاق بلا علم أو بعلم البيع والهبة والتدبير [٣٣٨ظ] والاستيلاء؛ لأنّ كلّ ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به، بخلاف الإقرار على رواية الأصل، وألحقه الكرخي بالبيع واخواته.

وإطلاق الجواب في الكتاب، يعني قوله في أول الباب: "وإذا جنى العبد جناية خطأ ... الخ" ينتظم النفس وما دونها، وكذا المعنى لا يختلف، وإطلاق البيع بشرط الخيار للمشتري؛ لأنّه يزيل الملك بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقصه، وبخلاف العرض على البيع؛ لأنّ الملك ما زال، ولو باعه بيعاً فاسداً لم يكن مختاراً حتى يسلمه؛ لأنّ الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة.

ولو باعه مولاه من المجنيّ عليه فهو مختار، بخلاف ما إذا وهبه منه؛ لأنّ المستحقّ له أخذه بغير عوض، وهو متحقّق في الهبة دون البيع، وإعتاق المجنيّ عليه بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرناه، ولو ضربه فنقصه فهو مختار إذا كان علماً بالجناية، وكذا إذا كانت بكرةً فوطئها وإن لم يكن مُعلّقاً، بخلاف التزويج، وبخلاف وطئ الثيب على

^{١٥٩٧} أي فإن دفع الولي العبد في جناية خطأ ملكه أي ملك العبد وليّ الجناية وسقطت المطالبة من المولى، البناءة، ٢٧٩/١٣.

ظاهر الرواية، وبخلاف الاستخدام، ولا يصير مختاراً بالإجارة والرهن في الأظهر، وكذلك بالإذن في التجارة وإن ركه^{١٥٩٨} دين إلا أن لولي الجناية من قبوله.

ومن قال لعبده: إن قتلت فلاناً أو رهنته أو شججته فأنت حرّ فهو مختار للفداء إن فعل ذلك،^{١٥٩٩} وقال زفر رحمه الله: لا يصير مختاراً للفداء.

وإذا قطع العبد يد رجل عمداً فدفعت إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وما يحدث منها كما لو نصّ عليه ورضي المولى به، وإن كان لم يعتقه ردّه على المولى وقيل للأولياء: اقتلوه أو اعفوا عنه.

وذكر في بعض النسخ: رجل قطع يد رجل عمداً فصالح القاطع المقطوعة يده على عبدٍ، ودفعه إليه فأعتقه المقطوعة يده، ثم مات من ذلك قال أي مُجّد رحمه الله: العبد صلح بالجناية إلى ما ذكرنا من الرواية، يعني: وإن لم يعتقه ردّه إلى مولاه ويجعل الأولياء على خيرتهم من العفو والقتل، كذا في العناية، ثم قال صاحب الهداية: وهذا الوضع أي الوضع الثاني يرد إشكالاً فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات، حيث لا يجب القصاص هناك، وههنا قال: يجب، قيل: ما ذكر ههنا جواب القياس، فيكون الوضعان [٣٣٩و] جميعاً على القياس والاستحسان، وقيل: بينهما فرق، ووجه الفرق المذكور في الهداية، فليرجع إليه، ولم نتعرّض له لكونه خارجاً عن مقصدنا.

وإذا قطعت يد المكاتب، وأخذ الأرش، ثم ردّ في الرق يكون الأرش للمولى، وإذا قطع يد المشتري في المشتري الخيار للبائع، ثم أجزى البيع فالأرش للمشتري، ذكرهما في باب بيع الفضولتين

وإذا جنى العبد المأذون له جناية، وعليه ألف درهم، فأعتقه المولى، ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان: قيمة لصاحب الدين، وقيمة لأولياء الجناية، بخلاف ما إذا أتلّف أجنبيّ حيث يجب قيمة واحدة للمولى، ويدفعها المولى إلى الغرماء. وإذا استدان الأمة المأذون لها، ثم ولدت فإنّه يباع الولد معها في الدين، وإن جنت جناية لم يدفع الولد معها، وإذا كان العبد لرجل زعم رجل أن مولاه أعتقه، فقتل العبد ولياً لذلك الرجل خطأ فلا شيء له، وإذا أعتق العبد، فقال لرجل: قتلت أخاك خطأ وأنا عبد، وقال الآخر: قتلته وأنت حرّ فالقول قول العبد.

ومن أعتق جارية، ثم قال: قطع يدك، وأنت أمّتي، وقالت: قطعته وأنا حرّة فالقول قولها، وكذلك كلّ ما أخذ منها إلا الجماع والغلّة استحساناً، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال مُجّد: لا يضمن إلا شيئاً بعينه، يؤمر برده عليها.

وإذا أمر العبد المحجور عليه صبيّاً حرّاً بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبيّ الدية، ولا شيء على الأمر، وكذا إذا كان الأمر صبيّاً، ولا رجوع لعاقلة الصبيّ القاتل على الصبيّ الأمر أبداً، ويرجعون على العبد الأمر بعد العتاق، وكذلك إن أمر عبداً، معناه أن يكون الأمر عبداً والمأمور عبداً محجوراً عليهما، يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء،

^{١٥٩٨} ل س: ركه.

^{١٥٩٩} ل م س + أي/ إن علّق العتق بضرب لا يوجب القصاص.

ولا رجوع له على الأول في الحال، ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد، وهذا إذا كان القتل خطأ، وكذا إذا كان عمداً والعبدُ القاتل صغيراً، أما إذا كان كبيراً يجب القصاص لجريانه بين العبد والحرّ.

وإذا قتل العبد رجلين عمداً، ولكل واحدٍ منهما وليّان فعفاً أحد وليي كل واحدٍ منهما فإنّ المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم، فإن كان قتل أحدهما عمداً والآخر خطأ فعفاً أحد وليي العمد فإن فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفاً خمسة آلاف للذي لم يعفَ/[٣٣٩ظ] من وليّ العمد، وعشرة آلاف لوليّ الخطأ، وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثاً، ثلثاه لوليّ الخطأ، وثلثه لغير العافي من وليّ العمد عند أبي حنيفة رحمهم الله، وقالوا: يدفعه أربعاً ثلاثة أربعاً لوليّ الخطأ، وربعة لوليّ العمد، فالقسمة عندهما بطريق المنازعة، فيسلّم النصف لوليّ الخطأ بلا منازعة، واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فينتصف، فلهذا تقسم أربعاً، وعنده يقسم بطريق العول، والمضاربة أثلاثاً؛ لأنّ الحقّ يتعلّق بالرقبة، أصله التركة المستغرقة بالديون، فيضرب هذا بالكلّ، وذلك بالنصف، قال صاحب الهداية: ولهذه المسألة نظائر ذكرناها في الزيادات.

وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولىً لهما، أي قريباً لهما، فعفاً أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة، وقالوا: يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر، أو يفديه بربع الدية، وذكر في بعض النسخ، أي نسخ الجامع الصغير قول مُحمّد رحمه الله مع قول أبي حنيفة رحمهم الله.

فصل

ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته، لا تزد على عشرة آلاف درهم، فإن كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر قضى له عشرة آلاف إلّا عشرة، وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلّا عشرة، هذا عند أبي حنيفة ومُحمّد رحمهما الله، وقال أبو يوسف والشافعيّ رحمهما الله: يجب قيمته بالغة ما بلغت.

ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً، فهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع، وفي يد العبد نصف قيمته، لا يزد على خمسة آلاف إلّا خمسة، وكلّ ما يقدر من دية الحرّ فهو مقدّر من قيمة العبد. وإن غصب أمةً قيمتها عشرون ألفاً فماتت في يده فعليه تمام قيمتها.

ومن قطع يد عبدٍ فأعتقه المولى ثم مات من ذلك فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه، وإلّا اقتصر منه، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال مُحمّد: لا قصاص في ذلك، وعلى القاطع أرش اليد وما نقصه ذلك إلى أن أعتقه، ويبطل الفضل، والمراد من الفضل ما بقي من قيمته بعد أخذ أرش اليد وما نقصه، كذا في بعض الشروح.

ومن قال لعبديه: أحكما حرّاً، ثم شجّ فأوقع العتق على أحدهما فأرشمهما للمولى، ولو قتلهما رجل تجب دية حرّ وقيمة عبد، بخلاف ما إذا قتل كلّ واحدٍ/[٣٤٠و] منهما رجل، حيث تجب قيمة المملوكين.

ومن فقأ عيني عبدٍ فإن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته وإن شاء أمسكه، ولا شيء له من النقصان عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته، وقال الشافعيّ رحمه

الله يضمنه كل القيمة، ويمسك الجئة، وهو يجعل الضمان مقابلاً بالغائب، فبقي الباقي على ملكه، كما إذا قطع إحدى يديه، أو فقاً إحدى عينيه، وجوابه عندنا أنَّ المالية قائمة في الذات، وهي معتبرة في حق الأطراف، وإذا كانت معتبرة، وقد وجد إتلاف النفس من وجهٍ بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقيد بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجئة دفعاً للضرر، ورعاية للمماثلة بخلاف ما إذا فقاً عيني حرّ؛ لأنّه ليس في معنى المالية، وبخلاف عيني المدبر؛ لأنّه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك، وفي قطع إحدى اليدين، وفقاء إحدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة.

ولو قطع عبدٌ يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع والفداء بالاتفاق، وفي هذا المحلّ تفصيل في الهداية، اكتفينا بهذا القدر اللازم ذكره، وتركنا الباقي لئلا نخرج عن مقصدنا.

فصل في جناية المدبر وأمّ الولد

وإذا جنى المدبر وأمّ الولد جناية ضمن المولى الأقلّ من قيمته ومن أرشها، وكذا إذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم، وجنایات المدبر وإن توالّت لا توجب إلّا قيمة واحدة، ويتضاربون بالحصص فيها، ويعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه، فإن جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى وليّ الجناية الأولى بقضاء فلا شيء عليه، وإن كان دفعها بغير قضاء فالوليّ بالخيار إن شاء اتّبع المولى وإن شاء اتّبع وليّ الجناية، وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وقالوا: لا شيء على المولى.

وإذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنایات لم يلزمه إلّا قيمة واحدة، وأمّ الولد بمنزلة المدبر في جميع وصفنا، وإذا أقرّ المدبر بجناية لم يجز إقراره، ولا يلزمه به شيء عتق أو لم يعتق.

باب غصب العبد والمدبر والصبيّ والجناية عليه

ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل فمات في يده من القطع فعليه قيمته / [٣٤٠ ظ] أقطع، وإن كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه، وإذا غصب العبد المحجور عليه عبداً محجوراً عليه فمات في يده فهو ضامن.

ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية، ثم ردّه على المولى فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان، ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب؛ لأنّه استحقّ نصف العبد بهذا السبب، وفي العناية أي بسبب كان عند الغاصب كما إذا غصب عبداً فجنى في يده، فردّه المولى فجنى جنايةً، فدفع إلى وليّ الجنائين، كان للمولى أن يأخذ من الغاصب نصف قيمته، كذا هذا، انتهى.

ويدفعه إلى وليّ الجناية الأولى، ثم يرجع بذلك على الغاصب، وهذا عند أبي حنيفة وإبي يوسف رحمهما الله، وقال مُجَدِّ رحمه الله: يرجع بنصف قيمته، فيسلم له، وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل، فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان، ويرجع بنصف قيمته على الغاصب، فيدفعه إلى وليّ الجناية الأولى، ولا يرجع به على

الغاصب، وهذا بالإجماع. ثم وضع المسألة في العبد، يعني أنَّ مُحمَّدًا رحمه الله وضع في الجامع الصغير هذه المسألة في العبد بعد ما وضعه في المدبّر، كذا في العناية.

قال: ومن غصب عبداً فجنى في يده، ثم ردّه فجنى جناية أخرى فإنّ المولى يدفعه إلى وليّ الجنابيتين، ثم يرجع على الغاصب، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال مُحمَّد رحمه الله: يرجع بنصف القيمة، ويسلم له، وإن جنى عند المولى ثم غصبه فجنى جناية أخرى عنده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول ويرجع به، والجواب في العبد كالجواب في المدبّر في جميع ما ذكرنا إلّا أنّ في هذا الفصل يدفع المولى العبد، وفي المدبّر يدفع القيمة. ومن غصب مدبّراً فجنى عنده جناية ثمّ ردّه على المولشم غصبفجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى القيمة بينهما نصفان ثمّ يرجع بقيمته عللاً الغاصب فيدفع نصفها إلى الأول، ويرجع به على الغاصب، ولا يدفعه إلى وليّ الجناية الأولى ولا إلى وليّ الجناية الثانية، ثم قيل هذه المسألة على الاختلاف كالأولي، وقيل على [٣٤١و] الاتفاق.

ومن غصب صبيّاً حرّاً فمات في يده فجأةً أو بحمّى فليس عليه شيء، وإن مات من صاعقةٍ أو نُهشة حيّة فعلى عاقلة الغاصب الدية استحساناً، والقياس أن لا يضمن في الوجهين، وهو قول زفر، والشافعيّ رحمهما الله، ولو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن بالاتفاق، ولو نقله إلى موضع يغلب فيه الحمى والأمراض يقول بأنّه يضمن، ويجب الدية على العاقلة،

وإذا أودع صبيّاً عبداً فقتله فعلى عاقلته الدية بالاتفاق، وإن استهلك مالاً من غير إيداع ضمن، قال في العناية: وذكر في شرح الطحاوي: ومن أودع عند صبيّ مالاً فهلك في يده لا ضمان عليه بالإجماع، وإن استهلكه الصبيّ فإنّه ينظر إن كان محجوراً عليه، ولكنّه قبل الوديعة بأمر وليّه ضمن بالإجماع، وإن قبل بغير إذن وليّه فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة ومُحمَّد، لا في الحال ولا بعد الإدراك، وقال أبو يوسف: يضمن في الحال، وأجمعوا على أنّه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده وديعة ضمن في الحال، وهذا تقسيم حسن، انتهى.

باب القسامة

وإذا وجد القتل في محلّة لا يعلم قاتله استحلف خمسون رجلاً منهم يتخيّرهم الوليّ بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً، وقال الشافعيّ رحمه الله: إذا كان هناك لوثٌ استحلف الأولياء خمسين مميّناً ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمداً كانت الدعوى أو خطأً، وقال مالك رحمه الله: يقضى بالقود إذا كانت الدعوى في العمد، وهو أحد قولي الشافعيّ رحمه الله.

واللوث عندهما: أن يكون هناك علامة القتل على واحدٍ بعينه، أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهر، أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أنّ أهل المحلّة قتلوه. وإن لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه مثل مذهبنا غير أنّه لا يكرّر اليمين بل يردّها على المولى، وإن حلفوا لا دية عليهم عنده.

وقوله: يتخيّرهم الوليّ إشارة إلى أنّ اختيار تعيين الخمسين إلى الوليّ، ولو اختاروا أعمى أو محدوداً في قذف جاز، وإذا حلفوا قضى على أهل المحلّة بالدية، ولا يستحلف الوليّ، وقال الشافعيّ رحمه الله: لا تجب الدية، ومن أبي

منهم اليمين حبس حتى يحلف، ولا يسقط اليمين ببدل الدية،/[٣٤١ظ] هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة، وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم، والدعوى في العمد أو في الخطأ، ولو ادعى على البعض على أعيانهم أنهم قتلوا وليه خطأ أو عمدا فكذلك الجواب يدل على إطلاق الجواب في الكتاب، وهكذا الجواب في المبسوط.

وعن أبي يوسف رحمه الله في غير رواية الأصول أنَّ في القصاص تسقط القسامة، والدية عن الباقيين من أهل المحلة، ويقال للولي ألك بيّنة؟، فإن قال: لا، يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة.

وإذا ادعى على واحد من غيرهم سقط القسامة عنهم، ويكون ذلك إبراء لأهل المحلة حتى لا يسمع بعد ذلك دعواه عليهم، كذا في الدرر والغرر، ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادّعاه إذا كان له بيّنة، وإن لم تكن استحلف يمينا واحدة؛ لأنّه ليس بقسامة، ثم إن حلف بريء، وإن نكل فالدعوى في المال يثبت به، وإن كان في القصاص فهو على الاختلاف المذكور في كتاب الدعوى.

وإن لم يكمل أهل المحلة كترت عليهم الأيمان حتى يتم خمسون يمينا، وإن كان العدد كاملا فأراد الولي أن يكرّر على واحد منهم فليس له ذلك.

ولا قسامة على صبي ولا مجنون ولا امرأة ولا عبد، وإن وجد ميت لا أثر به فلا قسامة ولا دية؛ لأنّه ليس بقتيل؛ لأنّ القتل في العرف من فانت حياته بسبب يباشره حي، وهذا ميت حتف أنفه، فلا بد أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلا، وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق، وكذا إذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه، بخلاف ما إذا خرج من فيه أو دبره أو ذكره.

ولو وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن، أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية، وإن وجد نصفه مشقوقا بالطول، أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس، أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم، ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس فيه أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة، وإن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم، وإن كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم.

وإذا وجد القتل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة،/[٣٤٢و] وكذا إذا كان قائدها أو راكبها، فإن اجتمعوا فعليهم؛ لأنّ القتل في أيديهم، فصار كما إذا وجد في دارهم، وإذا مرت دابة بين قريتين وعليها قتل فهو على أقربهما، قيل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت، وإن وجد القتل في دار إنسان فالقسامة عليه، والدية على عاقلته، ولا يدخل السكّان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة رحمهم الله، وهو قول محمد رحمه الله، وقال أبو يوسف هي عليهم جميعا، وهو ^{١٦٠٠} على أهل الخطة ^{١٦٠١} دون المشتركين، وهذا قول أبي حنيفة

^{١٦٠٠} أي القسامة والدية.

^{١٦٠١} الخطة المكان المختط لبناء دار وغيرها من العمارات، ومعناه على أصحاب الأملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الإمام البلدة وقسمها بين الغائين بخطّ خطّه لتمييز أنصبتهم، النهاية والعناية، من م.

وَمُجَّدَ رَحْمَهُمَا اللَّهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الْكَلَّ مُشْتَرَكُونَ فِيهِ، وَقِيلَ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رحمه الله بَنَى ذَلِكَ عَلَى مَا شَاهَدَ بِالْكُوفَةِ، وَإِنْ بَقِيَ مِنْهُمْ رَجُلٌ وَاحِدٌ فَكَذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَبْقَ مِنْهُمْ أَحَدٌ فَهُوَ عَلَى الْمُشْتَرَكَيْنِ.

وَإِذَا وَجَدَ قَتِيلًا فِي دَارٍ فَالْقِسَامَةُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ وَعَلَى قَوْمِهِ، وَيَدْخُلُ الْعَاقِلَةُ فِي الْقِسَامَةِ إِنْ كَانُوا حُضُورًا، وَإِنْ كَانُوا غُيُبًا فَالْقِسَامَةُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ، يَكْرَرُ عَلَيْهِ الْإِيمَانُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُجَّدَ رَحْمَهُمَا اللَّهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا قِسَامَةَ عَلَى الْعَاقِلَةِ.

وَإِنْ وَجَدَ الْقَتِيلَ فِي دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ نَصْفَهَا لِرَجُلٍ وَعُشْرُهَا لِرَجُلٍ وَآخَرُ مَا بَقِيَ فَهُوَ عَلَى رُؤُوسِ الرِّجَالِ.

وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا فَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّى وَجَدَ فِيهَا قَتِيلًا فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ الَّذِي الدَّارُ فِي يَدِهِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وَقَالَا: إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ خِيَارٌ فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ الْمُشْتَرِي، وَإِنْ كَانَ فِيهِ خِيَارٌ فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ الَّذِي يَصِيرُ الدَّارَ لَهُ، كَمَا إِذَا أُوْدِعَ رَجُلًا وَدَارًا، فَوُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ فَالْدِيَّةُ عَلَى عَاقِلَةِ صَاحِبِ الدَّارِ دُونَ الْمَدْفُوعِ لِعَدَمِ مَلَكِهِ، وَفِي الْعِنَايَةِ، وَكَذَا فِي الْمُسْتَعِيرِ وَالْمُسْتَأْجَرِ، انْتَهَى.

وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ دَارٌ فَوُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ لَمْ تَعْقِلْهُ الْعَاقِلَةُ حَتَّى يَشْهَدَ الشُّهُودُ أَنَّهَا لِلَّذِي فِي يَدِهِ، فَإِنْ وَجَدَ قَتِيلًا فِي سَفِينَةٍ فَالْقِسَامَةُ عَلَى مَنْ فِيهَا مِنَ الرُّكَّابِ وَالْمَلَّاحِينَ، وَاللَّفْظُ يَشْتَمِلُ أَرْبَابَهَا وَغَيْرَهُمْ حَتَّى يَجِبَ عَلَى أَرْبَابِهَا الَّذِينَ فِيهَا وَعَلَى السُّكَّانِ، وَكَذَا مِنْ بَيْتِهَا، وَالْمَالِكُ فِي ذَلِكَ وَغَيْرُ الْمَالِكِ سُوءٌ، وَكَذَلِكَ الْعَجَلَةُ، وَهَذَا عَلَى مَا رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ ظَاهِرٌ، وَالْفَرْقُ لِهَمَا أَنَّ السَّفِينَةَ تَنْقَلُ وَتَحُولُ [٣٤٢ ظ] فَيَعْتَبَرُ فِيهَا الْيَدُ دُونَ الْمَلِكِ، كَمَا فِي الدَّابَّةِ بِخِلَافِ الْحَلَّةِ وَالِدَارِ؛ لِأَنَّهَا لَا تَنْقَلُ.

وَإِنْ وَجَدَ فِي مَسْجِدٍ مُحَلَّةٍ فَالْقِسَامَةُ عَلَى أَهْلِهَا، وَإِنْ وَجَدَ فِي الْمَسْجِدِ الْجَامِعِ وَالشَّارِعِ الْأَعْظَمِ فَلَا قِسَامَةَ فِيهِ، فَالْدِيَّةُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ، وَكَذَا الْجَسُورُ لِلْعَاقَةِ، وَمَالُ بَيْتِ الْمَالِ مَالُ عَاقَةِ الْمُسْلِمِينَ.

وَلَوْ وَجَدَ فِي السُّوقِ فَإِنْ كَانَ مَمْلُوكًا فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجِبُ عَلَى السُّكَّانِ، وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ عَلَى الْمَلَّاحِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَمْلُوكًا كَالشَّوَارِعِ الْعَامَّةِ الَّتِي بَنِيَتْ فِيهَا فَعَلَى بَيْتِ الْمَالِ.

وَلَوْ وَجَدَ فِي السِّجْنِ فَالْدِيَّةُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ الدِّيَّةُ وَالْقِسَامَةُ عَلَى أَهْلِهِ، قَالُوا: وَهَذِهِ فُرْيَعَةُ الْمَالِكِ وَالسَّاكِنِ، وَهِيَ مُخْتَلِفَةٌ فِيهَا بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحْمَهُمَا اللَّهُ.

وَإِنْ وَجَدَ فِي بَرِّيَّةٍ لَيْسَ بِقَرْبِهَا عِمَارَةٌ فَهُوَ هَدْرٌ، وَتَفْسِيرُ الْقَرَبِ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ اسْتِمَاعِ الصَّوْتِ، وَهَذَا إِذَا لَمْ تَكُنْ مَمْلُوكًا لِأَحَدٍ، فَإِنْ كَانَتْ فَالْقِسَامَةُ وَالْدِيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ.

وَإِنْ وَجَدَ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ كَانَ عَلَى أَقْرَبِهِمَا، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ، وَإِنْ وَجَدَ فِي وَسْطِ الْفُرَاتِ يَمْرُؤٌ بِهَ الْمَاءِ فَهُوَ هَدْرٌ، وَإِنْ كَانَ مُحْتَبَسًا بِالشَّطَائِطِ فَهُوَ عَلَى أَقْرَبِ الْقَرْيَةِ مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ عَلَى التَّفْسِيرِ الَّذِي تَقَدَّمَ، بِخِلَافِ النَّهْرِ الَّذِي يَسْتَحَقُّ بِهِ الشَّفْعَةُ لِاخْتِصَاصِ أَهْلِهِ بِهِ لِقِيَامِ يَدِهِمْ عَلَيْهِ، فَيَكُونُ الدِّيَّةُ وَالْقِسَامَةُ عَلَيْهِمَا.

وَإِنْ ادَّعَى الْوَلِيَّ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْحَلَّةِ بَعِينَهُ لَمْ يَسْقُطِ الْقِسَامَةُ عَنْهُمْ، وَقَدْ ذَكَرْنَا آنَفًا. وَذَكَرَ صَاحِبُ الْهِدَايَةِ فِيهِ الْقِيَاسَ وَالِاسْتِحْسَانَ، وَإِنْ ادَّعَى عَلَى وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ سَقَطَ عَنْهُمْ.

وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلّوا^{١٦٠٢} عن قتيل فهو على أهل المحلّة، إلّا أن يدّعي الأولياء على أولئك، أو على رجل منهم بعينه فلم تكن على أهل المحلّة ولا على أولئك حتى يقيموا البيّنة، ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا بفلاة لا ملك لأحد فيها، وإن وجد في خباء^{١٦٠٣} أو فسطاط فعلى من يسكنها القسامة والدية، وإن كان خارجاً عن الفسطاط فعلى قرب الأخبية، وإن كان القوم لقوا قتالاً ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية، وإن لم يلقوا عدوً فعلى ما بيّناه، وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكّان، فيجب [٣٤٣و] على المال عند أبي حنيفة رحمه الله خلافًا لأبي يوسف رحمه الله.

وإذا قال المستحلف: قتله فلان استحلف بالله ما قتلته فلاناً ولا عرفت له قاتلاً غير فلان^{١٦٠٤}.

وإذا شهد اثنان من أهل المحلّة على رجل من غيرهم أنّه قتله لم تقبل شهادتهما، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: تقبل، قال رحمه الله: وعلى هذين الأصلين يخرج كثير من المسائل من هذا الجنس.

ولو ادّعى على واحدٍ من أهل المحلّة بعينه، فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة، وعن أبي يوسف رحمه الله، أنّ الشهود يحلفون بالله ما قتلنا، ولا يزدادون على ذلك.

ومن جرح في قبيلة فنقل إلى أهله فمات من تلك الجراحة، فإن كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف: لا ضمان فيه ولا قسامة، كما إذا لم يكن صاحب فراش، ولو أنّ رجلاً معه جرح^{١٦٠٥} به رمق^{١٦٠٦} حمله إنسان إلى أهله فمكث يوماً أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول أبي يوسف رحمه الله، وفي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله يضمن.

ولو وُجد الرجلُ قتيلاً في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومُحمّد وزفر رحمهم الله: لا شيء فيه بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلاً في دار نفسه، فإنّه يهدر دمه.

ولو أنّ رجلين كانا في بيتٍ وليس معهما ثالث وجد أحدهما مذبوحاً، قال أبو يوسف رحمه الله: يضمن الآخر الدية، وقال مُحمّد رحمه الله: لا يضمنه.

ولو وُجد قتيلٌ في قرية مملوك لامرأة فعند أبي حنيفة ومُحمّد رحمهما الله: القسامة عليها يكرّر عليها الأيمان، والدّية على عاقلتها أقرب القبائل إليها في النسب، وقال أبو يوسف رحمه الله: القسامة على العاقلة أيضاً، قال المتأخرون: إنّ المرأة تدخل مع العاقلة في التحمّل في هذه المسألة.

^{١٦٠٢} أي انكشفوا عنه وانفجروا، العناية، من م.

^{١٦٠٣} الخباء الخيمة من صوف، والفسطاط الخيمة العظيمة، فكان أعظم من الخباء، العناية، من م. | ل: الخباء.

^{١٦٠٤} فيحلف أنه يعرف القاتل وأن غيره أو نفسه لم يشاركه في القتل.

^{١٦٠٥} ن ف: جريح.

^{١٦٠٦} الرمي بقية حياة، جمعه أرماق، القاموس، من م.

ولو وجد رجل قتيلاً في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها، قال: هو على صاحب الأرض.

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقولة، وهي الدية، وتسمى الدية عقلاً؛ لأنها تعقل الدماء من أن تُسفك أي تُسك. والدية في شبه العمد والخطأ. وكلّ^{١٦٠٧} دية تجب بنفس القتل على العاقلة، والعاقلة الذين يعقلون [٣٤٣ظ] يعني يؤدّون العقل، وهو الدية، وقد ذكرناه في الديات.

والعاقلة أهل الديوان إن كان القاتل من أهل الديوان، يؤخذ من أعطائهم في ثلاث سنين، وأهل الديوان هم أهل الرايات، وهم أهل الجيش الذين كتبت أسماؤهم في الديوان، قال الشافعي رحمه الله: الدية على أهل العشيرة، وقالوا لو كان اليوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة، وإن كان بالحلف فأهله، والحلف بكسر الحاء العهد يكون بين القوم، ومنه قولهم: تحالفوا على التناصر، والمراد به ههنا ولاء الموالاة، كذا في النهاية.

والدية صلة كما قال أي الشافعي، لكن إيجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى منه في أصول أموالهم، فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها لحصول المقصود، وتأويله إذا كانت العطايا للسنين المستقبلية بعد القضاء حتى لو جمعت في السنين الماضية قبل القضاء، ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها، ولو خرجت للقابل ثلاث عطايا في سنة واحدة، معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية، وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة.

وإذا كان الواجب بالفعل ثلث دية النفس أو أقل، كان في سنة واحدة، وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية، وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة، وما وجب على العاقلة من الدية بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ماله في ثلاث سنين، وقال الشافعي: ما وجب على القاتل في ماله فهو حال.

ولو قتل عشرة رجالاً خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين، وإنما يعتبر مدّة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية؛ لأنّ الواجب الأصلي المثل، والتحوّل إلى الدية بالقضاء، فيعتبر ابتداءها من وقته كما في ولد المغرور.

وإذا قتل رجلان رجالاً خطأ يجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد منها كفارة، ذكرها في آخر باب الجنايات من الصوم.

^{١٦٠٧} ل: لكل.

ومن لم يكن من أهل الديوان فعائلته قبيلته، ويقسم عليهم في ثلاث سنين، لا يزداد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة، وينقص عنها، قال عليه السلام: كذا ذكره القدوري في مختصره، وهذا إشارة إلى أنه يزداد على أربعة من جميع [٣٤٤و] الدية، وقد نصَّ محمد رحمه الله على أنه لا يزداد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين، على ثلاثة أو أربعة، فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلاث دراهم، وهو الأصح.

وإن لم تكن تتسع القبيلة لذلك ضمَّ إليهم أقرب القبائل معناه نسباً، كل ذلك لمعنى التخفيف، ويضمُّ الأقرب فالأقرب على ترتيب العصابات: الأخوة، ثم بنوهم، ثم الأعمام ثم بنوهم، وأما الآباء والأبناء: قيل يدخلون لقربهم، وقيل: لا يدخلون؛ لأنَّ الضمَّ لنفي الحرج، حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة، وهذا إنما يتحقق عند الكثرة، والآباء والأبناء لا يكثر، وعلى هذا حكم الرايات^{١٦٠٨} إذا لم تتسع لذلك أهل راية^{١٦٠٩} ضمَّ إليها أقرب الرايات،^{١٦١٠} يعني أقربهم نصرةً إذا حزبهم أمرٌ يضمُّ الأقرب فالأقرب، ويفوّض ذلك إلى الإمام؛ لأنه هو العالم به، ثم هذا كله عندنا، وعند الشافعي رحمه الله: يجب على كل واحد نصف دينار، فيسوي بين الكل.

ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق، يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين، في كل سنة الثلث، ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة، فكما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء، وإن كان يخرج في كل ستة أشهر، وخارج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية، وإن كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث، وإن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر، وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر، وأعطيته في كل سنة فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق، وأدخل القاتل مع العاقلة، فيكون فيما يؤدى كأحد، وقال الشافعي: لا يجب على القاتل شيء من الدية.

وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل، ولو كان القاتل صبيّاً أو امرأة لا شيء عليها من الدية بخلاف الرجل، ولا يعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم؛ لأنهم أتباع لأهل المصر؛ فإنهم إذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلوهم أهل المصر، باعتبار معنى القرب والنصرة.

ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة يعقل عنه أهل الكوفة؛ لأنه يستنصر بأهل ديوان لا يجيرانه، والحاصل أنَّ الاستنصار [٣٤٤ظ] بالديوان أظهر، فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكني وغيره.

وبعد الديوان النصرة بالنسب، وعلى هذا يخرج كثير من مسائل المعاقلة.

ومن جنى جناية من أهل المصر وليس له في الديوان عطاء وأهل البادية أقرب إليه ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر، لم يشترط محمد رحمه الله أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة، وقيل: هو صحيح، وقيل: تأويله إذا كان قريباً لهم، ولو كان البدوي نازلاً في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر، كما أنَّ أهل البادية لا

^{١٦٠٨} ل م س ف: الروايات.

^{١٦٠٩} ل س ف: الرواية.

^{١٦١٠} ل: الروايات.

يعقل عن أهل المصر النازل فيهم، وإن كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلاً فدّيته على عاقلته بمنزلة المسلم، وإن لم تكن لهم عاقلة معروفة فالذمة في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حقّ المسلم؛ لأنّ الوجوب على القاتل، وإنما يتحوّل عنه إلى العاقلة، إن لو وجدت، وإذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل أحدهما صاحبه، يقضى بالدية عليه في ماله؛ لأنّ أهل دار الاسلام لا يعقلون عنه، وتمكّنهم من هذا القتل ليس بنصرتهم.

ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر، والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم، قالوا: هذا إذا لم يكن المعادة فيما بينهم ظاهرة، أمّا إذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يعقل بعضهم عن بعض، وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله، والعواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة، فتكون الذمة في ماله، ذكرها في باب أحكام المرتدين من السير.

ولو كان القاتل من أهل الكوفة، وله بها عطاء فحوّل ديوانه إلى البصرة، ثم رفع إلى القاضي فإنّه يقضى بالذمة على عاقلته من أهل البصرة، وقال زفر رحمه الله: يقضى على عاقلته من أهل الكوفة، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله، ولو حوّل ديوانه إلى البصرة بعد القضاء لا ينتقل، لكن حصّة القاتل يؤخذ من عطاياه بالبصرة، بخلاف ما إذا قلّت العاقلة بعد القضاء عليهم، حيث يضمّ إليهم أقرب القبائل في النسب، ولو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقضَ عليه حتى استوطن البصرة قضى^{١٦١١} بالذمة على أهل البصرة، ولو كان / [٣٤٥و] قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنه.

وكذا البدويّ إذا لحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء، يقضى بالدية على أهل الديوان، وبعد القضاء على عاقلته بالبادية، لا يتحوّل عنهم، وهذا بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم في أموالهم في ثلاث سنين، ثم جعلهم الإمام في العطايا، حيث يصير الدية في أعطياتهم^{١٦١٢} وإن كان قضى بها أوّل مرّة في أموالهم، إلّا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه، فإن كان القضاء بالإبل والعطاء دراهم فحينئذٍ لا يتحوّل إلى الدراهم أبداً، لكن يقضى ذلك من مال العطاء؛ لأنّه أيسر.

وعاقلة المعتق قبيلة مولاه، ومولى المولاة يعقل عنه مولاه وقبيلته، وفيه خلاف الشافعيّ رحمه الله، وقد مرّ في كتاب الولاء. ولا تعقل العاقلة أقلّ من نصف عشر الدية، ويتحمّل نصف العشر فصاعداً، وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني، والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير، فيجب الكلّ على العاقلة كما ذهب إليه الشافعيّ أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء، إلّا أنّا تركناه استحساناً، ووجه الاستحسان مذكور في الهداية.

^{١٦١١} جميع النسخ بزيادة الواو قبل فعل الجواب، وفي نسخ الهداية: "قضى" بحذف الواو، وهذا هو الصواب ليكون جواباً للشرط، لذا حذفنا الواو في المتن احترازاً عن الخطأ البين، (المعلّق).

^{١٦١٢} ل م س ف: أعطائهم.

ولا يعقل العاقلة جناية العبد، أي بأن يجني العبد على الحرّ بإضافة المصدر إلى الفاعل، ولا ما لزم بالصلح أو باعتراف الجاني إلّا أن يصدّقه.^{١٦١٣}

ومن أقرّ بقتل الخطأ ولم يترافعوا إلى القاضي إلّا بعد سنين قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي، ولو تصادق القاتل ووليّ الجناية على أنّ قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة، وكذّبهما^{١٦١٤} العاقلة فلا شيء على العاقلة، ولم يكن عليه شيء في ماله، إلّا أن يكون له عطاء معهم، فحينئذ يلزمه بقدر حصّته.

وإذا جنى الحرّ على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته، وفي أحد قولي الشافعيّ رحمه الله يجب في ماله. ودون النفس من العبد لا تتحمّله العاقلة، وفي أحد قوليّه تتحمّله كما في الحرّ، وقد مرّ من قبل. قال أصحابنا: إنّ القاتل إذا لم تكن له عاقلة فالدية في بيت المال، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية شاذّة: أنّ الدية في ماله.

وابن الملاعة تعقله عاقلة أمّه؛ لأنّ نسبه ثابت منها دون الأب، فإن عقلوا عنه ثم ادّعاه الأب رجعت عاقلة الأمّ [٣٤٥ ظ] بما أدّت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأمّ على عاقلة الأب، وكذلك إن مات المكاتب عن وفاء، وله ولد حرّ، فلم يؤدّ كتابته حتى جنى ابنه، وعقل عنه قوم أمّه ثم أدّيت الكتابة، وكذلك رجل أمر صبيّاً بقتل رجل فقتله وضُمنّت عاقلة الصبيّ الدية، رجعت بها على عاقلة الأمر إن كان الأمر ثبت بالبينة، وفي مال الأمر إن كان ثبت بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الأمر أو على عاقلته.

قال رضي الله عنه: ههنا عدّة مسائل ذكرها محمد رحمه الله متفرّقة، والأصل الذي يخرج عليها أن يقال: حال القاتل إذا تبدّل حكماً فانتقل ولاءه إلى ولاء بسبب حادث لم ينتقل جنايته عن الأول، فُضي بها أو لم يقض، وإن ظهرت حالة خفيّة مثل دعوة ولد الملاعة حوّلت الجناية إلى الأخرى، وقع القضاء بها أو لم يقع، ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدّلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء، فإن كان قضى بها على الأولى لم تنتقل إلى الثانية، وإن لم يكن قضى بها على الأولى فإنّه يقضى بها على الثانية، وإن كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده، إلّا فيما سبق أداؤه، فمَنْ أحكم هذا الأصل متأمّلاً يمكنه التخيير فيما ورد عليه من النظائر والأضداد.

وإذا ناول صبيّاً سلاحاً فقتل به آخر ضمن عاقلة الصبيّ لا يرجع به على الآخر، ذكرها في باب جناية البهيمية.

^{١٦١٣} أي ألا أن يصدّق العبد الجاني عاقلته، (المعلق).

^{١٦١٤} ل س ف: وكذّبهما.

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية

ما يجوز من ذلك، وما يستحب منه، وما يكون رجوعاً عنه

الوصية غير واجبة، وهي مستحبة، والقياس بأبي جوازها إلا أننا استحسناه لحاجة الناس إليها، وتفصيلها المذكور في الهداية، ولم نتعرض له لكونه خارجاً عن مقصدنا، ومن أراد الوقوف عليه فليراجع إليه.

ثم تصح في الثلث للأجنبي من غير إجارة الورثة، ولا تجوز بما زاد على الثلث إلا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار، ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته، وإذا لم يكن [٣٤٦و] له وارث يجوز له أن يوصي لآخر بجميع ماله، وهذه في كتاب الإقرار، وعند الشافعي رحمه الله لا يصح الوصية بجميع المال، وإن لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال، وإنما تصح في الثلث، وهذه في آخر كتاب الولاء.

وكذلك إن كانت الوصية للوارث وأجازت البقية، فحكمه ما ذكرناه، يعني إن أجازوا بعد الموت ليس لهم أن يرجعوا عنها، وإن أجازوا في حال الحياة فلهم أن يرجعوا بعد الموت، كذا في الكافي.

وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا، وعند الشافعي رحمه الله من قبل الوارث، والصحيح قولنا.

ولا تجوز [أي الوصية] للقاتل -عمداً كان أو خطأ- بعد أن كان مباشراً، وهذا القيد احتراز عن التسبب، كذا قالوا، وقال الشافعي رحمه الله: تجوز للقاتل، وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا، وعنده لا تبطل. ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يجوز.

ولا تجوز لوارثه، ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت الموت، لا وقت الوصية. والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية؛ لأنه وصية حكماً، حتى تنفذ من الثلث، وإقرار المريض للوارث على عكسه إلا أن يجيزه الورثة، قال في العنانية: أي على عكس الوصية بتأويل الإيصاء أو المذكور، أي يعتبر في الإقرار للوارث وقت الإقرار لا وقت الموت، انتهى.

ولو أجاز بعض ورثاً بعضٌ يجوز على المحيز بقدر حصته ويبطل في حق الراد.

ويجوز أن يوصي المسلم للكافر، والكافر للمسلم، وفي الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب باطلة.

وقبول الوصية بعد الموت، فإن قبلها الموصي له في حال حياته أو ردّها فذلك باطل. ويسحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث، سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء، ثم الوصية بأقل من الثلث أولى، أو تركها، قالوا: إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى، وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى، وقيل في هذا الوجه، أي الوجه الثاني: يخير.

والموصي به يملك بالقبول / [٣٤٦ ظ] خلافاً لفر رحمه الله، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله، ونحن نقول: الوصية إثبات ملك جديد، ولهذا لا يرد الموصي له بالعيب، ولا يرد عليه بالعيب،^{١٦١٥} ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله، أما الورثة خلافه حتى يثبت فيها هذه الأحكام، فتثبت جبراً من الشرع من غير قبول إلا في مسألة واحدة استثناءً من قوله: "يملك بالقبول" وهو أن يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول، فيدخل الموصى به في ملك وارثه استحساناً، والقياس أن تبطل الوصية، ووجهها مذكور في الهداية.

ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية، إلا أن يرثه الغريب. ولا تصح وصية الصبي إلا إذا كان في تجهيزه وأمر دفنه، وقال الشافعي رحمه الله: تصح إذا كان في وجوه الخبر. وكذا^{١٦١٦} إذا أوصى ثم مات بعد الإدراك، وكذا إذا قال إذا أدركت فثلثي لفلان وصية بخلاف العبد والمكاتب، يعني إذا أضافها إلى ما بعد عتقهما حيث يصح. ولا تصح وصية المكاتب وإن ترك وفاءً، وقيل على قول أبي حنيفة رحمهم الله: لا تصح، وعندهما تصح ردًا لها إلى مكاتب يقول: كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر، ثم عتق فملك، والخلاف فيها معروف عرف في موضعه، وفي العناية يعني في باب الحنث في ملك المكاتب والمأذون من إيمان الجامع الكبير، وما عرف فله ثمة هو أن المكاتب إذا قال: كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر، فملك لم يعتق عند أبي حنيفة، وعتق عندهما، انتهى.

وتجوز الوصية للحمل والحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية، ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء، ولو استثنى خدمتها تصح الوصية ولا يصح الاستثناء، ذكرها في باب البيع الفاسد.

ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية، وإذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً، ثم كل فعل لو فعله الإنسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فإذا فعله الموصي كان رجوعاً، قال صاحب الهداية: وقد عدنا هذه الأفعال في كتاب الغصب.

وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين إلا بما فهو رجوع إذا فعله، مثل السويق يلقه بسمن، والدار بيني فيها الموصي، / [٣٤٧ و] والقطن يحشو به، و^{١٦١٧} البطانة يبطن بها، والظهار يظهر بها، وغيرها لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة، ولا يمكن نقصها بخلاف تخصيص الدار الموصي بها وهدم بنائها؛ لأنه تصرف في التابع.

وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما إذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه. وذبح الشاة الموصى بها رجوعاً، وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعاً.

ومن جحد الوصية لم يكن رجوعاً، كذا ذكر محمد رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: يكون رجوعاً. ولو قال: كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام، أو ربوا لا يكون رجوعاً بخلاف ما إذا قال: فهي باطلة، ولو قال: أحرقتها لا يكون رجوعاً بخلاف ما إذا قال: تركت لأنه اسقاط.

^{١٦١٥} ن - ولا يرد عليه بالعيب.

^{١٦١٦} أي لا يصح الوصية.

^{١٦١٧} ل م س ف و.

ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعاً، بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر، حيث لا يكون رجوعاً، بل يكون مشتركاً بينهما؛ لأنَّ المحلَّ يحتمل الشركة، واللفظ صالح لها، وكذلك إذا قال: فهو لفلان وارثي يكون رجوعاً عن الأول، ويكون وصية للوارث، وقد ذكرنا حكمه.

ولو كان فلان الآخر ميتاً حين أوصى، فالوصية الأولى على حالها، ولو كان فلان حين قال ذلك حياً، ثم مات قبل موت الموصي، فهو للورثة أي ورثة الموصي، والتركة مبقاة على ملك الميت قبل القسمة، حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها، وتقضى ديونه منها، بخلاف ما بعد القسمة، ذكرها في أول كتاب القسمة، والمال يتعين في الوصية كما في الهبة، ذكرها في كتاب الشركة

باب الوصية بثلث المال

ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما.

ويجوز الشيوخ في الوصية، ولا يبطل التبرع كما إذا أوصى لرجلين بألف درهم، فإنه صحيح، ذكرها في أول كتاب الهبة.

وإن أوصى لأحدهما بالثلث، ولآخر بالسدس، فالثلث بينهما أثلاثاً. وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم يجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما، وقال أبو حنيفة رحمته الله: الثلث بينهما نصفان، ولا يضرب أبو حنيفة رحمته الله للموصي له بما زاد على الثلث إلا في المحابة والسعاية والدراهم المرسلة.

قوله: "ولا يضرب" قال في النهاية: قالوا: ضرب في ماله سهماً، أي جعل كأثره يجعل له شيئاً [٣٤٧ ظ] فيه، ولا يعطيه، والدراهم المرسلة أي المطلقة، وهي ما كان وصية بشيء غير عينه، ولم ينسبه إلى جزء من المال، انتهى. ولو أوصى بعين من تركته قيمته تزيد على الثلث ^{١٦١٨} فإنه أي أبا حنيفة يضرب بالثلث، وإن احتمل أن المال فيخرج من الثلث، لكن هناك الحق يتعلق بعين من التركة بدليل أنه لو هلك واستفاد مالا آخر يبطل الوصية، وفي الألف المرسلة لو هلكت تنفذ فيما يستفاد، فلم يكن متعلقاً بعين ما تعلق به حق الورثة، وفي العناية قوله: وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث يعني بأن كان عبداً أوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد ولم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان، وإن احتمل أن يكتسب هذا العبد مالاً فيصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير ^{١٦١٩} العبد ثلث المال، انتهى.

وإذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة، ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز، وقال زفر رحمه الله: يجوز الأول أيضاً. ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس، فيتم له السدس ولا يزداد عليه، وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على الثلث إلا أن يميز الورثة، والمراد بالسهم عند

^{١٦١٨} ل م س ف: الثلاثة.

^{١٦١٩} ل س ف — يصير.

أبي حنيفة رحمه الله هو السدس، فإنه يذكر ويراد به السدس، فإن إياساً^{١٦٢٠} يعني إياس بن معاوية قاضي البصرة قال: السهم في اللغة عبارة عن السدس، ويذكر، ويراد به سهم من سهام الورثة، فيعطى الأقل، وهو السدس، قالوا هذا كان في عرفهم، وفي عرفنا السهم كالجزة.

ولو أوصى بجزء من ماله، قيل للورثة: أعطوه ما شئتم؛ لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية، والورثة قائمون مقام الموصي، فإليهم البيان.

ومن قال: سدس مالي لفلان، ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر: له ثلث مالي، وأجازت الورثة فله ثلث المال، ويدخل السدس فيه.

ومن قال: سدس مالي لفلان، ثم قال في ذلك المجلس أو في غيره: سدس مالي لفلان فله سدس واحد.

ومن أوصى بثلث دراهمه، أو بثلث غنمه، فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله، فله جميع ما بقي، وقال زفر رحمه الله: [٣٤٨و] له ثلث ما بقي.

ولو أوصى بثلث ثيابه، فهلك ثلثاها وبقي ثلثها، وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق إلا ثلث ما بقي من الثياب، قالوا: هذا إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة، ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم، وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها.

ولو أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له إلا ثلث الباقي، وكذا الدور المختلفة، وقيل هذا قول أبي حنيفة وحده، وقيل هو قول الكل، والأول - وهو أن يكون في المسألة خلاف، كذا في العناية - أشبه للفقهاء المذكور، قال في العناية: وهو أن أبا حنيفة رحمه الله لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة؛ لأنه يجعلها أجناساً مختلفة، وهما يريان ذلك؛ لأنهما يجعلانها جنساً واحداً، انتهى.

ومن أوصى لرجل بألف درهم، وله مال عين ودين، فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إلى الموصى له، وإن لم يخرج دفع إليه ثلث العين، وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الألف.

ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله، فإذا عمرو ميّت فالثلث كله لزيد؛ لأن الميّت ليس بأهل للوصية كما إذا أوصى لزيد وجدار، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا لم يعلم بموته فله أي لزيد نصف الثلث، بخلاف ماذا علم بموته؛ لأن الوصية لعمرو لغو فكان راضياً بكلّ الثلث للحَيّ.

وإن قال: ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيّد ميّت كان لعمرو نصف الثلث؛ لأن قضية هذا اللفظ أن يكون لكلّ منها نصف الثلث، بخلاف ما تقدّم، ألا يرى أن من قال: ثلث مالي لفلان، وسكت كان له كلّ الثلث.

^{١٦٢٠} هو ابن معاوية بن قرة القاضي بالبصرة، ولّاه عمر بن عبد العزيز رحمه الله ومات سنة اثنين وعشرين ومائة، وهو من كبار التابعين، البناية، ٤٢٢/١٣.

ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالاً استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت، وكذلك إذا كان له مال فهلك، ثم اكتسب مالاً.

وفي الوصية لأولاد فلان يدخل من يولد له بعدها، ذكرها في باب الحلف بالعتق.

ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته، أو لم يكن له غنم في الأصل فالوصية باطلة، وإن لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح.

ولو قال: له - أي لفلان - شاة من مالي، وليس له غنم يعطي قيمة [٣٤٨ ظ] شاة، ولو أوصى بشاة ولم يصفه إلى ماله ولا غنم له، قيل لا تصح، وقيل تصح، ولو قال شاة من غنمي، ولا غنم له فالوصية باطلة؛ لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة، حيث جعله جزءاً من الغنم، بخلاف ما إذا أضافه إلى المال، وعلى هذا يخرج كثير من المسائل، وفي العناية: فمنها ما ذكره في المبسوط لو قال يقفيز من حنطة من مالي أو بثوب من مالي فإنه يصح الإيجاب وإن لم يوجد ذلك في ملكه، بخلاف ما لو قال من حنطتي، أو من ثيابي، فإنه إذا لم يوجد ذلك في ملكه، أو هلك قبل موته لا شيء للموصى له، انتهى.

ومن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده - وهن ثلاث - وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد رحمه الله أنه يقسم على سبعة أسهم؛ لهن ثلاثة، ولكل فريق سهمان.

ولو أوصى بثلاثة لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما، وعند محمد رحمه الله ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين. ولو أوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما، وعنده لا يصرفه إلا إلى مسكينين.^{١٦٢١}

ومن أوصى لرجل بمائة درهم، وآخر بمائة ثم قال لآخر: قد أشركتكم معهما فله ثلث كل مائة، بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربعمائة، وآخر بمائتين، ثم كان الاشتراك، وفي العناية أي قال لآخر أشركتكم معهما، فإن له نصف كل ما لكل منهما، انتهى.

ومن قال: لفلان علي دين فصداقه، معناه: قال ذلك لورثته، فإنه يصدق إلى الثلث، وهذا استحسان، وفي القياس: لا يصدق، ووجههما مذکور في الهداية، فليراجع إليه.

ولو قال: إذا جاءكم فلان وادّعى شيئاً فأعطوه من مالي ما شاء يصدق على الثلث دون الزيارة، وإن أوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لأصحاب الوصايا، والثلثان للورثة، وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم، ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم، فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا، والورثة بثلثي ما أقروا، وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم إن ادّعى المقر له زيادة على ذلك.

ومن أوصى لأجنبي ولورثته فلأجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث، بخلاف ما إذا أوصى لحي وميت حيث يكون الكل للحي، وعلى هذا إذا أوصى للقاتل وللأجنبي يعني يكون الكل للأجنبي.

^{١٦٢١} ل: مسكين.

ومن كان له [٣٤٩و] ثلاثة اثواب جيّد ووسط ورديّ، فأوصى بكلّ واحدٍ لرجل بعينه، فضاع ثوب، ولا يدري أيّها هو، والورثة تجحد ذلك فالوصيّة باطلة، ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكلّ واحد منهم بعينه: الثوب الذي هو حقّك قد هلك، فكان المستحقّ مجهولاً وجهالته تمنع صحّة القضاء وتحصيل المقصود فبطل إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين، فإن سلّموا زال المانع وهو الجحود، فيكون لصاحب الجيّد ثلثا الثوب الأجدو، ولصاحب الأوسط ثلث الجيّد وثلث الأدون ولصاحب الأدون ثلث الثوب الأدون.

وإذا كانت الدار بين رجلين أوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فإنّها تقسم، ويجزى على القسمة فيه، فإن وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند مُجَدِّ رحمه الله نصفه للموصى له، وإن وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال مُجَدِّ رحمه الله: مثل ذرع نصف البيت.

ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي، والدائر مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم، تسعة منها للورثة وسهم للموصى له، وهذا عند مُجَدِّ رحمه الله، فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت، وهم بنصف الدار سوى البيت، وهو خمسة وأربعون، فيجعل كلّ خمسة سهماً، فيصير عشرة، وعندهما يقسم على أحد عشر سهماً؛ لأنّ الموصى له يضرب بالعشرة، وهم بخمسة وأربعين فيصير السهم أحد عشر، للموصى له سهمان ولهم تسعة.

ولو كان مكان الوصيّة إقرارٌ قيل: هو على الخلاف، وقيل: لا خلاف فيه لمحمد.

ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه، فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي فإن دفعه فهو جائز، وله أن يمنع، بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث، وأجازت الورثة فإذا أجازوها سقط حقّهم فنفذ من جهة الموصي.

وإذا اقتسم الابنان تركّة الأب ألفاً، ثم أقرّ أحدهما لرجل أنّ الأب أوصى له بثلث ماله فإنّ المقرّ يعطيه ثلث [٣٤٩ظ] ما في يده، وهذا استحسان، والقياس أن يعطيه نصف ما في يده، وهو قول زفر رحمه الله.

ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولداً، وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصي له، وإن لم يخرجاً من الثلث ضرب بالثلث، وأخذ ما يخصّه منهما جميعاً في قول أبي يوسف ومُجَدِّ رحمهما الله، وقال أبو حنيفة رحمه الله يأخذ ذلك من الأمّ، فإن فضل شيء أخذه من الولد، وفي **الجامع الصغير** عيّن صورة، وقال: رجل له ستّمائة درهم، وأمّته تساوي ثلاثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات، فولدت ولداً يساوي ثلاثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الأمّ وثلث الولد عنده، وعندهما ثلثا كلّ واحدٍ منهما، هذا ولدت قبل القسمة، فإن ولدت بعد القسمة فهو للموصى له.

ومن أوصى بملك الغير ثم اشتراه لا تنفذ الوصيّة. والجارية للموصى بها إذا قُتلت تنفذ الوصيّة في بدلها، بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به لا يتعلّق الوصيّة بثمنه؛ لأنّ الوصيّة لا تبطل بالإقدام على البيع، ولا تبطل بالقسمة.

فصل في اعتبار حالة الوصية

وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار، وبطلت الوصية والهبة، ولو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار، وهي نصرانية، ثم أسلمت قبل موته لا يصح الإقرار. وإذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله، وكذا أي يبطل الإقرار لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق. وذكر في كتاب الإقرار إن لم يكن عليه دين يصح؛ لأنه أقر لمولاه وهو أجنبي، وإن كان عليه دين لا يصح لأنه إقرار له وهو ابنه، فالوصية باطلة.

وأما الهبة فيروى أنها تصح، وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية، فلا تصح. والمتعد والمفلوج والأشَلّ والمسلول^{١٦٢٢} إذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت فهبته من جميع المال؛ لأنه إذا تقادم العهد صار طبعاً من طبائعه، ولهذا لا يشتغل بالتداوي، ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث، وإن وهب عندما أصابه ذلك، ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش؛/[٣٥٠] لأنه يخاف منه الموت، ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت.

باب العتق في المرض

ومن أعتق عبداً في مرضه، أو باع وحابي،^{١٦٢٣} أو وهب فذلك كله جائز، وهو معتبر من الثلث، ويضرب به مع أصحاب الوصايا، وفي بعض النسخ: فهو وصية مكان قوله: جائز، والمراد الاعتبار من الثلث، والضرب مع أصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية؛ لأنها إيجاب بعد الموت، وهذا منجز غير مضاف، واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة به، وكذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية.

وإذا وهب في المرض، وله دين مستغرق فالهبة باطلة، ذكرها في الفصل السابق.

وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث وإن أوجبه في حال صحته اعتباراً لحال الإضافة دون حال العقد، وما نفذ من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد، فإن كان صحيحاً فهو من جميع المال، وإن كان مريضاً فمن الثلث، وكل مرض صح منه فهو كحالة الصحة.

فإن حابي ثم أعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة أولى عند أبي حنيفة رحمهم الله، وإن أعتق ثم حابي فهما سواء، وقالوا: العتق أولى في المسألتين، والأصل فيه أن الوصايا إذا لم تكن فيهما ما جاوز الثلث فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض إلا العتق الموقوع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير

^{١٦٢٢} الذي به مرض السل أي الوباء، وهو عبارة عن اجتماع المزة في الصدر وبعثها.

^{١٦٢٣} المحاباة هي النقصان عن قيمة المثل في الوصية بالبيع، والزيادة على قيمته في الشراء، انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ٣٦/

الصحيح^{١٦٢٤} والمحابة^{١٦٢٥} في البيع إذا وقعت في المرض، وإذا قدّم ذلك أي العتق والمحابة فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من أهل الوصايا، ولا يقدر البعض على البعض.

وقال أبو حنيفة: إذا حابي ثم أعتق ثم حابي قسم الثلث بين المحابتين نصفين لتساويهما، ثم ما أصاب المحابة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق؛ لأنّ العتق مقدّم عليها فيستويان، ولو أعتق ثم حابي، ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحابة، وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني، وعندهما العتق أول بكلّ حال.

ومن أوصى بأن يعتق عنه بمائة عبداً فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة عليه السلام، وإن كانت وصية بحجة تحج عنه بما بقي من حيث يبلغ، وإن لم يهلك منها شيء وبقي [٣٥٠ ظ] شيء من الحجة يردّ على الورثة، وقالوا: يعتق عنه بما بقي.

وإذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي إليه. ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبداً قيمته مائة، وقد كان أعتقه في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء. ومن أوصى بعتق عبده ثم مات، فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية كما إذا باعه الموصي أو وارثه بعد موته، قيل يعني بأن يظهر على الميت دين، وقد أوصى بعتق العبد يبيع العبد بدينه، انتهى.^{١٦٢٦} فإن فداه الورثة كان الفداء في ما لهم وجازت الوصية.

ومن أوصى بثلاث ماله لآخر فأقرّ الموصى له والوارث أنّ الميت أعتق هذا العبد، فقال الموصى له: أعتقه في الصحة، وقال الوارث: أعتقه في المرض فالقول قول الوارث، ولا شيء للموصى له إلا أن يفضل من الثلث شيء، أو تقوم له البينة أنّ العتق كان في الصحة.

ومن ترك عبداً فقال للوارث: أعتقني أبوك في الصحة، وقال رجل: لي على أبيك ألف درهم، فقال: صدقتما، فإنّ العبد يسعى في قيمته عند أبي حنيفة عليه السلام، وقالوا: يعتق ولا يسعى في شيء، وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل وترك ألف درهم، فقال رجل: لي على الميت ألف درهم، وقال الآخر كان لي عنده ألف درهم وديعة، فعنده الوديعة أقوى، وعندهما سواء.

وإذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لا يجوز عنده؛ لأنّ حقّ بقية الورثة تعلّق بعينه حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته، أما حقّ الغرماء تعلّق بالمالية لا غير فافتقرا، ذكرها في كتاب المأذون.

المحابة الثابتة في ضمن البيع يكون باطلاً بطلان البيع، كمن باع عبداً قيمته مائة وخمسون في مرض موته بخمسين، وطلب الورثة من المشتري ثلثي قيمته فأبى وفسخ البيع ليس للمشتري أن يدّعي ثلث العبد المشتري؛ لأنّ المحابة ثابتة في ضمن البيع، فإذا بطل البيع بطل المحابة، ذكرها في باب الوصية بالثلث.

^{١٦٢٤} التدبير الصحيح مثل ان يقول الرجل للمملوك: أنت حرّ بعد موتي أو إن متّ أو إذا متّ، واحترز بالصحيح عن التدبير الفاسد كما إذا قال: أنت حرّ بعد موتي بيوم أو بشهر، فإنه لا يكون مقدماً على سائر الوصايا، بل هو وسائر الوصايا سواء، البناية، ٤٤٧/١٣.

^{١٦٢٥} بالرفع، معطوف على قوله العتق الموقع، (المعلّق).

^{١٦٢٦} لفظ "انتهى" موجود في جميع النسخ، ولم تثبت أوّله.

فصل

ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدّمت الفرائض منها، قدّمها الموصي أو آخرها، مثل الحج والزكاة والكفارات، فإن تساوت في القوة بدئ بما قدّمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث، وذكر الطحاوي أنّه يبتدأ بالزكاة، ويقدمها على الحج، وهو إحدى الروايتين/[٣٥١و] عن أبي يوسف رحمه الله، وفي رواية يقدم الحج، وهو قول محمد رحمه الله، ثم يقدم الزكاة والحج على الكفارات.

والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدّمة على صدقة الفطر، وصدقة الفطر مقدّمة على الأضحية، وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على بعض، وما ليس بواجب قدّم منه ما قدّمه الموصي، وصار كما إذا صرح بذلك، قالوا: إنّ الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله، وما كان للعبد فما أصاب القرب صرف إليها على الترتيب الذي ذكرناه، وتقسم على عدد القرب، ولا يجعل الجميع كوصية واحدة؛ لأنّه إن كان المقصود بجمعها رضا الله تعالى فكلّ واحدة في نفسها مقصودة فتتفرّد كما تتفرّد وصايا الأدميين.

ومن أوصى بحجة الإسلام أحجّوا عنه رجلاً من بلدة يحجّ ركباً؛ لأنّ الواجب لله الحج من بلده، ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده، والوصية أداء ما هو الواجب عليه، وإنّما قال ركباً؛ لأنّه لا يلزم أن يحجّ ماشياً، فانصرف إليه على الوجه الذي وجب عليه، فإن لم يبلغ الوصية النفقة أحجّوا عنه من حيث تبلغ، وفي القياس لا تحجّ عنه؛ لأنّه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه، غير أنّا جوّزناه استحساناً، ووجهه مذكور في الهداية.

ومن خرج من بلده حاجّاً فمات في الطريق وأوصى أن يحجّ عنه تحجّ من بلده عند أبي حنيفة رحمته الله، وهو قول زفر رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد: يحجّ عنه من حيث يبلغ استحساناً، وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق، بخلاف سفر التجارة؛ لأنّه لم يقع قرينة فتحجّ عنه من بلده.

باب الوصية للأقارب وغيرهم

ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة، وقالوا: هم الملاصقون وغيرهم ممّن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة، وهذا استحسان، وقوله قياس، وما قاله الشافعي رحمه الله: الجوار إلى أربعين داراً بعيداً، وما يروى فيه ضعيف، قال في العناية: يعني ما روي أنّه عليه السلام قال: {الجوار أربعون داراً هكذا وهكذا أربع مرّات} إشارة إلى الجوانب الأربعة، فإنّه قيل: هذا خبر لا يعرف روايه، وقال ابن قدامة: هذا إن صحّ كان نصّاً في الباب، وقد طعن في روايه،^{١٦٢٧} انتهى. ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذمي،/[٣٥١ظ] ويدخل فيه العبد الساكن عنده، ولا يدخل عندهما.

ومن أوصى لأصهاره فالوصية لكلّ ذي رحم محرّم من امرأته، وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيد، وكذا يدخل فيه كلّ ذي رحم محرّم من زوجة أبيه، وزوجة ابنه، وزوجة كلّ ذي رحم محرّم منه؛ لأنّ الكلّ أصهار.

ل: رواية.

ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه أو في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية، وإن كانت في عدة من طلاق باين لا يستحقها. ومن أوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرّم منه، وكذا محارم الأزواج؛ لأنّ الكلّ يسمّى ختنًا، قيل هذا في عرفهم، وفي عرفنا لا يتناول إلّا أزواج المحارم. ويستوي فيه الحرّ والعبد والأقرب والأبعد؛ لأنّ اللفظ يتناول الكلّ.

ومن أوصى لأقاربه فهي للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرّم منه، ولا يدخل فيه الوالدان والولد. وهل يدخل الجدّ أو لا؟ ففيه روايتان، ففي ظاهر الرواية لم يجعل الجدّ بمنزلة الأب، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه، نجعل الجدّ فيه بمنزلة الأب، وهذه من جملة المسائل الأربع التي كلّها على الروايتين، ذكرها في باب أحكام المرتدّين من السير، وتكون للثنتين فصاعدًا، وهذا عند أبي حنيفة، وهم لا يُسمّون أقرباء، ومن سمّى والده قريباً كان منه عقوقاً.

وقال صاحبه: الوصية لكلّ من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام، وهو أول أب أسلم أو أول أب أدرك الإسلام وإن لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ، وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب، فإنّه أدرك الإسلام ولم يسلم، وفي العناية يعني أنّ الموصي إذا كان علويّاً فعلى القول الأول أقصى الأب عليّ ﷺ، ولا يدخل في الوصية أولاد عقيل وجعفر رضي الله عنهما، وعلى القول الثاني أقصى الأب أبو طالب؛ لأنّه أدرك الإسلام وإن لم يسلم، فيدخل فيه أولاد عقيل وجعفر، انتهى. وعند الشافعي رحمه الله يقيد بالأب الأدنى.

وإذا أوصى لأقاربه، وله عمّان وخالان فالوصية لعمّيه عند أبي حنيفة ﷺ، وعندهما بينهما أرباعاً، ولو ترك عمّاً وخالين فللعمّ نصف الوصية، والنصف للخالين، بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته، حيث يكون للعمّ كلّ الوصية، ولو كان له عمّ واحد فله نصف الثلث، ولو ترك عمّاً وعمّة وخالاً وخالة فالوصية للعمّ والعمّة بينهما بالتسوية، والعمّة وإن لم تكن وارثة فهي مستحقّة للوصية، [٣٥٢] كما لو كان القريب رقيقاً أو كافراً، وكذا إذا أوصى لذي قرابته أو لأقربائه أو لأنسابه في جميع ما ذكرنا؛ لأنّ كلّ ذلك لفظ جمع، ولو انعدم المحرم بطلت الوصية.

ومن أوصى لأهل فلان فهي على زوجته عند أبي حنيفة ﷺ، وقالوا: يتناول كلّ من يعولهم وتضمّمهم نفقته اعتباراً للعرف، وهو مؤيد بالنصّ، قال الله تعالى: ﴿وَأَتَوْنِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ﴾. ١٦٢٨

ولو أوصى لآل فلان فهو لأهل بيت فلان، يدخل فيه أبوه وجدّه؛ لأنّ الأب أصل البيت، ولو أوصى لأهل نسبه، أو لجنسه، فالنسب عبارة عمّن ينسب إليه، والنسب يكون من جهة الآباء، وجنسه أهل بيت أبيه دون أمّه؛ لأنّ الإنسان يتجنّس بأبيه بخلاف قرابته، حيث يكون من جانب الأمّ والأب.

ولو أوصى لأيتام بني فلان أو لعمّياتهم أو لزمنائهم أو لأراملهم إن كانوا قوماً يُحصّون دخل في الوصية فقرائهم وأغنيائهم ذكرهم وأنثاهم، وإن كانوا لا يحصّون فالوصية للفقراء منهم، بخلاف ما إذا أوصى لشبان بني فلان

وهم يحصون أو لأيامى بني فلان وهم لا يحصون، حيث تبطل الوصية. وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب التصرف إلى اثنين منهم اعتباراً لمعنى الجمع، وأقله اثنان في الوصايا على ما مرّ.

ولو أوصى لبني فلان يدخل فيه الإناث في قول أبي حنيفة رحمه الله أول قوله، وهو قولهما؛ لأنّ جمع الذكور يتناول الإناث، ثم رجع وقال: يتناول الذكور خاصّة؛ لأنّ حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للإناث تجوّزاً، والكلام لحقيقته، بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والإناث؛ لأنّه ليس يراد بها أعيانهم؛ إذ هو مجرّد الانتساب كبني آدم، ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والمولاة وخلفاؤهم.

ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم، الذكور والأنثى فيه سواء؛ لأنّ اسم الولد ينتظم الكلّ انتظاماً واحداً. ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظّ الأنثيين. ومن أوصى لمواليه وله موالٍ^{١٦٩} أعتقهم وموالٍ أعتقوه فالوصية باطلة، وقال الشافعيّ في بعض كتبه: إنّ الوصية لهم جميعاً، وفي الكافي: وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله،/[٣٥٢ظ] وهو قول زفر رحمه الله، انتهى. وذكر أي الشافعيّ رحمه الله في مواضع آخر أنّه يوقف حتى يصلحوا.

ولو أوصى لمواليه وهو حرّ الأصل فالوصية جائزة، ويدخل في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض، ولا يدخل مديروه وأمهات أولاده، وعن أبي يوسف رحمه الله أنّهم يدخلون؛ لأنّ سبب الاستحقاق لازم، ويدخل فيه عبدٌ قال له مولاه: إن لم أضربك فأنت حرّ؛ لأنّ العتق يثبت قبيل الموت عند تحقّق عجزه.

ولو كان له موالٍ وأولاد الموالى وموالي مولاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالى المولاة، وعن أبي يوسف رحمه الله أنّهم يدخلون أيضاً، والكلّ شركاء، ومُجدّ رحمه الله يقول: الجهة مختلفة، في المعتق الإنعام وفي الموالى عقد الالتزام، والإعتاق لازم،^{١٦٣٠} فكان الاسم له أحقّ، ولا يدخل فيهم موالى المولاة؛ لأنّهم موالى غيره حقيقةً، بخلاف موالىه وأولادهم؛ لأنّهم ينسبون إليه بإعتاق وجد منه، بخلاف ما إذا لم يكن له موالٍ، ولا أولاد الموالى؛ لأنّ اللفظ لهم مجاز، فيصرف إليه عند تعدّد اعتبار الحقيقة، ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي لورثته؛ لتعدّد الجمع بين الحقيقة والمجاز، ولا يدخل فيهم موالٍ أعتقهم.

وفي العناية وغيره: هكذا وقع في النسخ، ولكنّ الصواب أن يقال: موالٍ أعتقهم أبوه أو ابنه، كما هو المذكور في الإيضاح؛ لأنّ التعليل يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب، انتهى. والتعليل قوله: لأنّهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازاً، وإنّما يجرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض؛ لأنه ينسب إليه بالولاء.

وفي العناية وقوله: بخلاف معتق البعض، قال في النهاية هكذا وقع في النسخ، وليس بصواب، والصواب أن يقول بخلاف معتق المعتق، كما هو المذكور في الإيضاح؛ لأنّه يثبت بهذا الفرق بين موالى المولاة وبين موالٍ أعتقهم أبوه أو ابنه على ما ذكرنا من النسخة الصحيحة فيه أيضاً، وذلك إنّما يستقيم فيما إذا كان بخلاف معتق المعتق، وأمّا

^{١٦٩} وفي جميع النسخ: الموالى، والصواب: موالٍ، بحذف الباء في آخره حالة الرفع والجرّ بتقدير الضمة والكسرة على قاعدة الأسماء المنقوصة، ولذا صحّحناه في المتن.

^{١٦٣٠} أي لا يحتمل الفسخ، بخلاف عقد المولاة، فإنه يحتمله قبل افتداء بدل جنابة، (المعلّق).

معتق البعض فعند أبي حنيفة لم ينسب إليه بالولاء بعد؛ لأنه بمنزلة المكاتب، والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولي عند قيام الكتابة، وعندهما إن نُسب إليه إنما ينسب إليه بالولاء حقيقة، فلا يحتاج إلى ذكره، انتهى. وفي العناية زيادة بسط في هذا المقام، [٣٥٣و] وقد اكتفينا به، فمن أراد الوقوف فليرجع إليه.

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة، وتجوز بذلك أبداً، ويكون العبد محبوباً على ملكه في حق المنفعة حتى يملكها الموصى له على ملكه، كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف، فإن خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم إليه لخدمته، وإن كان لا مال له غيره خدم للورثة يومين وللموصى له يوماً، بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كان يخرج من الثلث، حيث يقسم عين الدار ثلاثاً للانتفاع؛ لأنه يمكن القسمة بالأجزاء، وهو أعدل للتسوية بينهما زماناً وذاً، وفي المهايأة تقديم أحدهما زماناً، ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان يجوز أيضاً، إلا أن الأول - وهو الأعدل - أولى.

وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار، وعن أبي يوسف أن لهم ذلك، فإن مات الموصى له عاد إلى الورثة أي ورثة الموصى، ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية.

ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه، قيل تجوز ذلك، والأصح أنه لا يجوز.

وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤجر العبد أو الدار، وقال الشافعي رحمه الله: له ذلك. وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك إذا كان يخرج من الثلث.

ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضاً. ونفقة العبد على الموصى له، ذكرها في كتاب الوقف. ولو لم يكن له مالٌ غيره كان له ثلث غلة تلك السنة؛ لأنه عين مالٍ يحتل القسمة بالأجزاء. فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله، فإنه يقول: للموصى له القسمة.

ولو أوصى له بخدمة عبده وآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرغبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة، ولها نظائر، وهو ما إذا أوصى بأمة لرجل، وبما في بطنها لآخر، وهي تخرج من الثلث، أو أوصى لرجل بخاتم، ولآخر بفصّه، أو قال: هذه القوصرة لفلان، وما فيها من التمر لفلان، كان كما أوصى، ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل [٣٥٣ظ] كلها.

أما إذا فصل أحد الإيجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عن أبي يوسف رحمه الله، وعلى قول محمد رحمه الله الأمة للموصى له بها، والولد بينهما نصفان، وكذلك في أخواتها.

ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش، وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل. ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً أو بأولادها أو بلبنها ثم مات

فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي، سواء قال أبداً أو لم يقل.

وإذا أوصى أن يُقرض من ماله ألف درهم فلاناً إلى سنة يلزمه من ثلثه أن يقرضه ولا يطالبوه قبل المدّة، ذكرها في مسائل منشودة من كتاب البيع. والعبد الموصى بخدمته إذا أتلّفه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبداً يقوم مقامه، ذكرها في باب التصرف في الرهن. والعبد الموصى بخدمته لشخص وبرقبته لآخر إذا قتل يجب القصاص، ذكرها في باب ومن قتل عبداً خطأ من كتاب الديّات.

باب وصيّة الذمّي

وإذا صنع يهوديّ أو نصرانيّ بيعاً أو كنيسة في صحّته، ثم مات فهو ميراث؛ لأنّ هذه بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمته الله، والوقف عنده قبل الحكم يورث، ولا يلزم، فكذا هذا، وأمّا عندهما فلأنّ هذه معصية فلا تصحّ عندهما، ولو أوصى بذلك لقوم مسيّمين^{١٦٣١} فهو من الثلث، معناه إذا أوصى أن تبني داره بيعاً أو كنيسة فهو جائز من الثلث.^{١٦٣٢}

وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسيّمين جازت الوصيّة عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: الوصيّة باطلة، والحاصل أنّ وصايا الذمّي على أربعة أقسام:

منها أن تكون قرية في معتقدهم ولا يكون قرية في حقّنا، وهو ما ذكرناه، يريد به الوصيّة ببناء البيعة والكنيسة، أمّا إذا أوصى الذمّي بأن تذبّح خنازير ويطعم المشركون؟ وهذه على الخلاف: إذا كان لقوم غير مسيّمين كما ذكرناه.

ومنها إذا أوصى بما تكون قرية في حقّنا ولا تكون قرية في معتقدهم، كما إذا أوصى بأن يحجّ، أو بأن يبني مسجدًا للمسلمين، أو بأن يسرج في مساجد المسلمين، وهذه الوصيّة باطلة بالإجماع، إلّا إذا كان لقوم بأعينهم لوقوعه تملكاً، لا قرية.

ومنها إذا أوصى بما يكون قرية في حقّنا وحقّهم، كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس أو يغزي الترك، وهو من الروم، [٣٥٤و] وهذا جائز سواء كان لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم.

ومنها إذا أوصى بما يكون قرية لا في حقّنا ولا في حقّهم، كما إذا أوصى للمغنيّات والنائحات، فإنّ هذا غير جائز؛ لأنّه معصية في حقّنا وفي حقّهم إلّا أن تكون لقوم بأعيانهم، فيصحّ تملكاً واستخلافاً.

^{١٦٣١} أي: معلومين يحصى عددهم، كما في البناية.

^{١٦٣٢} ل - معناه ... الثلث.

وصاحب الهوى إن كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم؛ لأننا أمرنا بابتناء الأحكام على الظاهر، وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد، فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه رضي الله عنهم أجمعين، وفي المرتدة الأصح أن تصح وصاياها؛ لأنها تبقى على الردة بخلاف المرتد؛ لأنه يقتل أو يسلم.

وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله جاز؛ لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة، ولهذا تنفذ بإجازتهم، وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب؛ إذ هم أموات في حقنا، وفي العناية: قيل: هذا إذا لم تكن الورثة معه، أما إذا كانت فإنها تتوقف على إجازتهم، وإلى هذا أشار بقوله: وليس لورثته حق شرعي لكونهم في دار الحرب، انتهى. فلو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ورد الباقي على ورثته، وذلك من حق المستأمن أيضاً.

ولو أعتق عبده عند الموت أو دبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا، وكذا لو أوصى له مسلم أو ذمي بوصية جاز، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه لا يجوز؛ لأنه من أهل الحرب.

ولو أوصى الذمي بأكثر من الثلث أو لبعض ورثته لا يجوز اعتباراً بالمسلمين؛ لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات. ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتباراً بالإرث؛ إذ الكفر كله ملّة واحدة. ولو أوصى لحربي في دار الإسلام لا يجوز لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين، والوصية أخيه.

باب الوصية وما يملكه

ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصية في وجه الموصي وردّها في غير وجهه فليس بردّ، وإن ردّه في وجهه فهو ردّ. وإن لم يقبل ولم يردّ حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل. فلو أنه باع شيئاً من تركته فقد لزمته، [٣٥٤ ظ] فلا يملك ردّه بعد ذلك، وينفذ البيع لصدوره من الوصية سواء علم بالوصاية أو لم يعلم.

وإن لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل، إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك؛ لأنه مجتهد فيه؛ إذ الردّ صحيح عند زفر رحمه الله تعالى دفعا للضرر عن الوصية، وللقاضي ولاية دفع الضرر عن الناس، فيدفع القاضي الضرر عنه، وينصب حافظاً لمال الميت تصرفاً فيه فيندفع الضرر من الجانبين. فلو قال بعد إخراج القاضي إياه أقبل لم يلتفت إليه.

ومن أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق أخرجه القاضي عن الوصية، ونصب غيرهم، وهذا اللفظ يشير إلى صحة الوصية؛ لأن الإخراج يكون بعدها، وذكر محمد رحمه الله في الأصل أن الوصية باطلة، قيل معناه في جميع هذه الصور ستبطل، وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واسباده، وفي غيره أي في غير العبد معناه سيطل، وقيل في الكافر باطل أيضاً لعدم ولايته على المسلم، وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفاً عليه في المال، وهذا يصلح عذراً في إخراجه وتبديله غيره.

ومن أوصى إلى عبد نفسه، وفي الورثة كبار لم تصح الوصية، وإن كانوا صغاراً كلهم فالوصية جائزة عند أبي حنيفة رحمته الله، ولا يجوز عندهما وهو القياس، وقيل: قول محمد رحمه الله مضطرب فيه يروى مرة مع أبي حنيفة رحمته الله وتارة مع أبي يوسف.

ولو أوصى إلى المكاتب جاز، وفي النهاية فإن عجز المكاتب عن الكتابة وعاد قنأ كان الجواب فيه كالجواب في العبد.

ومن أوصى إلى من يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة. ولو شكاً إليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة، ولو ظهر عند القاضي عجزه أصلاً استبدل به رعاية للنظر من الجانبين، ولو كان قادراً على التصرف أميناً فيه ليس للقاضي أن يخرج له ما أنه مختار الميت ومرضىته، بإبقاؤه أولى، ولهذا قدّم على أب الميت مع وفور شفقتة، فأولى أن يقدم على غيره، وكذا إذا شكاً/[٣٥٥و] الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدو له منه خيانة.

ومن أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله دون صاحبه إلا في أشياء معدودة نبينها إن شاء الله تعالى، وقال أبو يوسف رحمه الله: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء.

وفي العناية: وروي عن أبي القاسم الصفار أنه قال: هذا الخلاف بينهم فيما إذا أوصى إليهما جميعاً معاً بعقد واحد، فأما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة فإنه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف، قال الفقيه أبو الليث: هذا أصح، وبه نأخذ بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل منهما على الانفرد، وحكى عن أبي بكر الإسكاف أنه قال: الخلاف بينهما جميعاً، سواء أوصى إليهما جميعاً أو متفرقاً، وجعل في المبسوط هذا أصح؛ لأن وجوب الوصية إنما يكون عند الموت، وحينئذ تثبت الوصية لهما معاً، فلا فرق بين الاجتماع والافتراق بخلاف الوكالة. وإنما قال: إلا في أشياء معدودة، ولم يذكر كميتها لاختلاف أقوال العلماء فيها، فذكر في الأسرار ستة وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة، وقبول الهبة وجمع الأموال الضائعة من تجهيز الميت وقضاء الدين بجنس حقه وشراء ما لا بد منه للصغير، وبيع ما يسرع إليه الفساد، ورد الغصب والوديعة والخضومة، وذكر في الجامع الصغير لقاضي خان ثمانية، وهي الستة المذكورة في الأسرار، وتنفيذ الوصية وقبول الهبة، وذكر فيه أيضاً جميع الأموال الضائعة، قيل: ويحتمل أن يكون قبول الهبة من جنس جمع الأموال الضائعة، فيعدان واحداً لئلا يزداد ما نص عليه من الثمانية، والذي ذكره المصنف أكثر من ذلك، انتهى كلام العناية.

وتلك الأشياء المعدودة هي ما استثناه في الكتاب، أي الجامع الصغير وأخواتها، فقال: إلا في شري الكفن وتجهيزه، وطعام الصغير وكسوتهم، ورد الوديعة بعينها، ورد المغصوب والمشتري شراء فاسداً، وحفظ الأموال وقضاء الدين، وتنفيذ وصية بعينها، وعقد عبد بعينه، والخضومة في حقوق الميت، وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف، وجمع الأموال الضائعة، وفي الجامع الصغير: وليس لأحد الوصيين أن يبيع أو يتقاضى، والمراد بالتقاضي الاقتضاء، أي القبض إذا كان المراد/[٣٥٥ظ] منه في عرفهم، ولو أوصى إلى كل واحد على الانفرد، قيل يتفرّد كل واحد منهما بالتصرف، وقيل الخلاف في الفصلين أي الانفرد والاجتماع واحد، فإن مات أحدهما جعل القاضي مكانه وصياً آخر بالاتفاق.

والوصيّان إذا أقرّا أنّ معهما ثالثاً يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما إذا أنكر الوصي، أو لم يعرف الموت وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وإن لم يكن الموت معروفاً، ذكرها في باب من تقبل شهادته. ولو أنّ الميت منهما أوصى إلى الحيّ فللحيّ أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر، ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصيّ آخر، وعن أبي حنيفة رحمته الله: أنّه لا يتفرّد بالتصرف.

وإذا مات الوصيّ وأوصى إلى آخر فهو وصيّة في تركته وتركته الميت الأول عندنا، وقال الشافعيّ رحمه الله: لا يكون وصيّاً في تركته الميت الأول.

ومقاسمة الوصيّ الموصى له عن الورثة جائزة، ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطلة. صورته في العناية: أوصى إلى رجل وأوصى لرجل آخر بثلث، وله ورثة صغار أو كبار غُيِّبَتْ، فقام الوصيّ الموصى له نائباً عن الورثة، وأعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة في المنقول والعقار إن كانوا صغاراً، وفي المنقول إن كانوا كباراً حتى لو هلك حصّة الورثة في يده لم ترجع الورثة على الموصى له بشيء، وأمّا إذا كان الوارث كبيراً حاضراً، وصاحب الوصيّة غائباً، فقام الوصيّ مع الوارث عن الموصى له، فأعطى الورثة حقّهم، وأمسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيراً كان أو كبيراً أو غائباً في المنقول والعقار جميعاً حتى لو هلك في يد الوصيّ ما أفرزه كان له أن يرجع على الورثة بثلث ما في أيديهم، انتهى.

ووجهه أنّ الوارث خليفة الميت حتى يرث بالغيب، ويرث عليه، ويصير مغروراً بشري المورث والوصيّ خليفة الميت أيضاً، فيكون خصماً عن الوارث إذا كان غائباً، فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصيّ ليس له أن يشارك الموصى له، أمّا الموصى له ليس بخليفة عن الميت من كلّ وجه، ولأنّه ملكه بسبب جديد، ولهذا لا يرث بالغيب ولا يرث عليه، ولا يصير مغروراً بشري الموصي، فلا يكون الوصيّ خليفة عند غيبته، حتى لو هلك أفرز له عند الوصيّ / [٣٥٦و] كان له ثلث ما بقي؛ لأنّ القسمة لم تنفذ غير أنّ الوصيّ لا يضمن؛ لأنه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة، فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة، فيكون له ثلث الباقي؛ لأنّ الموصى له شريك الوارث، فيتوى ما نوى من المال المشترك، ويبقى ما بقي على الشركة، فإن قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاء رجع الموصى له بثلث ما بقي.

وإن كان الميت أوصى بحجّة، فقام الوصيّ الورثة، فهلك ما في يده حجّ عن الميت من ثلث ما بقي، وكذلك إذا دفعه إلى رجل ليحجّ عنه، فضاء من يده، وصار كما إذا هلك قبل القسمة، فيحجّ بثلث ما بقي، وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان مستغرقاً للثلث لم يرجع بشيء، وإلا يرجع بتمام الثلث، وقال محمد رحمه الله: لا يرجع بشيء، ولو أفرز الموصي بنفسه مالاً ليحجّ عنه فهلك لا يلزمه شيء، وبطلت الوصيّة فكذا إذا أفرزه وصيّ الذي قام مقامه.

ومن أوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة إلى القاضي، فقسمها، والموصى له غائب فقسّمته جائزة؛ لأنّ الوصيّة صحيحة، ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الورثة ميراثاً لورثته، والقاضي نصب ناظر لا سيّما في حق

الموتى والغيب، ومن النظر إفراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصحّ حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل.

وإذا باع الوصي من التركة عبداً بغير محضر من الغرماء فهو جائز؛ لأنّ الوصي قائم مقام الموصى، ولو تولّى شيئاً بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرباء، وإن كان في مرض موته فكذا إذا تولّاه من قام مقامه بخلاف العبد المأذون المديون، يعني إذا بيع العبد المأذون بغير حضرة الغرماء لا يجوز.

ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدّق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن، فضاع في يده فاستحقّ العبد ضمن الوصي، ويرجع فيما ترك الميت، وكان أبو حنيفة رحمته الله يقول: لا يرجع؛ لأنّه ضمن بقبضه، ثم رجع إلى ما ذكرنا، ويرجع في جميع التركة، وعن محمد رحمه الله أنّه يرجع في الثلث، فإن كانت التركة قد هلكت، أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما إذا كان على الميت دين آخر. / [٣٥٦ظ]

وإن قسّم الوصي الميراث فأصاب صغيراً من الورثة عبده فباعه، وقبض الثمن، فهلك واستحقّ العبد رجع في مال الصغير، ويرجع الصغير على الورثة بحصّته.

وإذا احتال الوصي بمال اليتيم، فإن كان خيراً لليتيم جاز، وهو أن يكون أُملي؛ إذ الولاية نظريّة، وإن كان الأوّل أُملي لا يجوز؛ لأنّ فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه. في العناية: ولم يذكر ما إذا كان المحيل والمحال عليه سواء في الملائة، وذكر في الذخيرة أنّ فيه اختلاف المشايخ، وفي العناية تفصيل فليرجع إليه، انتهى.

ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه إلّا بما يتغابن الناس في مثله؛ لأنّه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير؛ لأنّه لا يمكن التحرّز عنه، ففي اعتباره انسداد بابه. والوصي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رحمته الله، وعندهما لا يملكونه.

وإذا كتب كتاب الشري على وصي كتب كتاب الوصيّة على حدة وكتاب الشري على حدة؛ لأنّ ذلك أحوط، ولو كتب جملة عسى يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل، فيصير ذلك حملاً له على الكذب، ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان، ولا يكتب من فلان وصي فلان، وقيل لا بأس بذلك؛ لأنّ الوصاية تعلم ظاهراً.

وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كلّ شيء إلّا في العقار، والقياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً، إلّا أنا جوزناه استحساناً، ووجههما مذکور في الهداية فليرجع إليه، ولا يتجرّ في المال، أي مال الكبير الغائب والصغير، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله، وصي الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الأب في الكبير، وكذا وصي الأم، ووصي العم، وهذا الجواب في تركة هؤلاء؛ لأنّ وصيّهم قائم مقامهم وهم يملكونه ما يكون من الحفظ، فكذا وصيّهم، وفي النهاية وإمّا قيّد بركة هؤلاء؛ لأنّ وصي الأم والأخ في تركة الأب للصغير ليس كوصي الأب، انتهى.

والوصي أحق بمال الصغير من الجد، وقال الشافعي رحمه الله: الجد أحق، فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب؛ لأنه أقرب الناس إليه، وأشفقهم حتى ملك الإنكاح دون الوصي، غير أنه يقدم [٣٥٧] وصي الأب في التصرف.

فصل

في مسائل متفرقة تتعلق بتصرفات الأب والوصي، جمعتها من كتاب الهداية وأوردتها في ذيل هذا الباب

اعلم أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة: نوع هو من باب الولاية لا يملكه إلا من هو ولي كالانكاح والشري والبيع لأموال العينية^{١٦٣٣}، ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار، وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه وأجرة الآطام^{١٦٣٤}، وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالأخ والعَم والأُم والملتقط إذا كان في حجرهم، وإذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي أولى به، إلا أنه لا يشترط في حق الولي أن يكون الوصي في حجره، ونوع ثالث ما هو نفع محض بقبول الهبة والصدقة والقبض، فهذا يملكه الملتقط والأخ والعَم والصبي بنفسه إذا كان يعقل؛ لأنَّ اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظراً للصبي، فيملك بالعقل والولاية والحجر، وصار بمنزلة الإنفاق.

الوصي إذا سافر بمال الصغير فنفقته من المال، ذكرها في كتاب الكراهية.

الأب والوصي إذا أقرّا في مجلس القضاء لا يصح، ولا يدفع المال إليهما، ذكرها في باب الوكالة بالخصومة، يعني إذا ادّعى شيئاً للصغير فأنكر المدعى عليه وصدّقه الأب والوصي ثم جاء يدّعي المال فإن إقرارهما لا يصح، ولا يدفع إليهما لأحدهما أخرجنا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال؛ بسبب إقرارهما بما قال المدعى عليه، انتهى.

وذكر في أوائل القسمة أن الوارث أو الوصي المقرّ بالدين تقبل البينة عليه مع إقراره إذا باع الأب مال الصغير وضمن الثمن لا يصح هذا الضمان؛ لأنه في البيع عاقد مباشر حتى يرجع العهدة عليه والحقوق إليه، فلو صح الضمان يصير ضامناً لنفسه، ذكرها في باب المهر.

الوصي والأب يملكان أن يسافرا بمال الصغير، ذكرها في كتاب الوديعة.

الأب والوصي يزوّجان ممالك الصبي عبيداً أو إماءً، وقال أبو يوسف رحمه الله: لهما تزويج الأمة، ذكرها في كتاب المأذون.

وللأب تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء، وله تملك جارية ابنه للحاجة إلى صيانة المال، غير أن الحاجة إلى إبقاء نسله دونها إلى بقاء^{١٦٣٥} نفسه، فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة، ذكرها في نكاح الرقيق.

^{١٦٣٣} م ف: القنية.

^{١٦٣٤} جمع ظئر.

^{١٦٣٥} م: إبقاء.

الأب أو الوصي إذا باع مال الصبي من غريم نفسه، ويقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما/[٣٥٧ظ] وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة، ذكرها في باب ما يجوز ارتقانه، وقد ذكر هنا أيضاً.

ولو باع الأب مال ابنه الصغير من نفسه جاز لقيام عبارته مقام عبارتين، ذكرها في الرهن.

ولو باع الأب مال الصغير وأبرأ ثمنه يصح إبراءه عند أبي حنيفة ومحمد، ويملك قبضه بعد بلوغه، ذكرها في باب المهر.

ويملك الأب والوصي كتابة عبد للصغير، ذكرها في باب ما يجوز للمكاتب أن يفعل.

وإن أقرض الوصي ضمن، والأب بمنزلة الوصي في أصح الروايتين، ذكرها قبيل باب التحكيم.

أقر الأب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء؛ لأنه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الأخذ، ذكرها في باب ما يجوز ارتقانه.

ويملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار، وكذا حكم وصي الأم والأخ والعم على الصغير، وقيل المنقول على الخلاف، ذكرها في باب القضاء للمواريث.

ولا يملك الأب بيع مال ابنه الغائب بدين له عليه سوى النفقة، ذكرها في باب النفقة.

لا يجوز للأب التصرف في مال البكر البالغة، ذكرها في باب الأولياء.

إذا باع الأب بأقل من القيمة بغبن فاحش، أو اشترى بأكثر منها بذلك بطل البيع، ذكرها في فصل الكفاءة.

وكذا الوصي لا يملك بيعه بالغبن الفاحش، ذكرها في الوكالة بالبيع.

الأخ لا ولاية له في المال، ويملك تسمية الصداق ضرورة، ذكرها في كتاب القسمة. والأولى للموصي التجارة تمييزاً لمال اليتيم، ذكرها في كتاب الرهن.

ومن أوجب بيعاً للصبي صح ردّه من الأب والوصي، ولا يملكان إبطال حقه كديته وقوده، ذكرها في الشفعة.

وللأم إتلاف منافع الصبي بلا عوض بالاستخدام، ذكرها في كتاب اللقيط. ويجوز للأم أن تواقع ابنها إذا كان في حجرها، ولا يجوز للعم، ذكرها في الكراهية. ولا يجوز للأم أن تتصرف في مال الابن، ذكرها في كتاب اللقيط.

وإذا رهن الأب من نفسه أو من صغير له أو عبد تاجر لا دين عليه جاز، ذكرها في باب ما يجوز ارتقانه، وقد ذكر هناك. وفي الكفاية: يعني رهن الأب متاع ابنه الصغير من نفسه بدين له صغير بأن يكون لرجل ابنان صغيران، فصار لأحدهما دين على الآخر بوجه من الوجوه/[٣٥٨و] فلهن الأب متاع ابنه الصغير المديون من ابنه الصغير الذي هو رب الدين أو يكون للأب عبد تاجر ولهذا العبد دين على الصغير فلهن الأب متاع ولده الصغير من عبد نفسه جاز، انتهى.

وإذا قُتل وليّ الصغير أي قريبه فلائيه أن يقتل أي يستوفي القصاص، وله أن يصلح، وليس له أن يعفو، وكذلك إذا قطعت يد الصغير عمداً والوصيّ بمنزلة الأب في جميع ذلك، إلّا أنّه يقتل، ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف، فإنّه أي مُجّد لم يستثنِ إلّا القتل.

وفي كتاب الصلح أنّ الوصي لا يملك الصلح ولا يملك العفو؛ لأنّ الأب لا يملكه، فهو أولى، وقالوا: القياس أن لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لاتّحاد المقصود، وهو التشقي، وفي الاستحسان يملك، ذكرها في باب ما يوجب القصاص من كتاب الجنايات، وقد وضعها هناك في المعنوه، ثم قال: والوصي بمنزلة المعنوه في هذا، والقاضي بمنزلة الأب في الصحيح.

فصل في الشهادة

وإذا شهد الوصيّان أنّ الميت أوصى إلى فلان معهما فالشهادة باطلة، إلّا أن يدعيها المشهود له، وهذا استحسان، وهو في القياس كالأول، ووجهها مذكور في الهداية، وكذلك الابنان، معناه: إذا شهدا أنّ الميت أوصى إلى رجل وهو منكر. ولو شهدا - يعني الوصيّين - لوارث صغير بشيء من مال الميت أو غيره فشهادتهما باطلة، وإن شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز، وإن كان في غير مال الميت جاز، وهذا عند أبي حنيفة رحمهم الله، وقالوا: إن شهدا لوارث كبير يجوز في الوجهين، أي مال الميت وغيره.

وإذا شهد الرجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم، وشهد الآخران للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما، وإن كان شهادة كل فريق للآخر بوصيّة ألف درهم لم يجز، وهذا قول أبي حنيفة ومُجّد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا تقبل في الدين أيضاً، وأبو حنيفة فيما ذكره الخصاف مع أبي يوسف، وعن أبي يوسف مثل قول مُجّد رحمهم الله.

ولو شهدا أنّه أوصى لهذين الرجلين بجارته، وشهد المشهود لهما أنّ الميت أوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق. ولو شهدا أنّه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله، [٣٥٨ظ] وشهد المشهود لهما أنّه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة، ولذلك إذا شهد الأولان أنّ الميت أوصى لهذين الرجلين بعبده، وشهد المشهود لهما أنّه أوصى للأولين بثلث ماله فهي باطلة.

كتاب الخنثى

فصل في بيانه

وإذا كان للمولود فرجٌ وذكرٌ فهو خنثى، فإن كان يبول من الذكر فهو غلام، وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى، وإن بال منهما فالحكم للأسبق، وإن كانا في السبق سواءً فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: ينسب إلى أكثرهما، وإن كان يخرج منها على السواء فهو مشكل بالاتفاق.

وإذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية أو وصل إلى النساء فهو رجل، وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل، أو كان له ثدي مستوي؛ لأن هذه من علامات الذكركان.

ولو ظهر له ثديي كثدي المرأة أو نزل له لبن في ثديه أو حاض، أو حبلى، أو أمكن الوصول من الفرج فهو امرأة؛ لأن هذه من علامات النساء. وإن لم تظهر إحدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل، وكذا إذا تعارضت هذه المعالم.

فصل في أحكامه

الأصل في الخنثى المشكل^{١٦٣٦} أن يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق في أمور الدين، وأن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته، وإذا وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء، فإنه لو كان امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد صلاتهم، ولا النساء لاحتمال أنه رجل ففسد صلاته، وإن قام في صف النساء، قال محمد رحمه الله: فأحب إلي أن يعيد صلاته لاحتمال أنه رجل، وإن قام في صف الرجال فصلاته تامة، ويعيد الذي عن يمينه وعن شماله، والذي خلفه بخدائه صلاتهم احتياطاً، وأحب إلينا أن يصلّي بقناع يعني إذا كان مراهقاً، وأما إذا بلغ باليسر فذلك واجب، كذا في العناية.

ويجلس في صلاته جلوس المرأة، وإن صلى بغير قناع أمرته أن يعيد، وهو على الاستحباب، وإن لم يعد أجزأه.

وتبتاع له أمة تحتته إن كان له مال، ويكره أن تحتته رجل؛ لأنه عساه أنثى، أو تحتته امرأة؛ لأنه لعله رجل، وإن لم يكن له مال ابتاع له الإمام جاريةً من بيت المال، فإذا خنتته باعها، وردّ ثمنها في بيت المال.

^{١٦٣٦} وفي العناية: ولم يقل: "الخنثى" المشكلة؛ لأنه لما لم يعلم تذكيره وتأنيثه والأصل هو الذكر؛ لأن حواء خلقت من ضلع آدم اعتبره، انتهى، وفي قوله: تذكيره وتأنيثه تسامح، والأولى أن يقول: ذكوره وأنوثته، تدبر، من ل.

ويكره له في حياته / [٣٥٩و] لبس الحليّ والحريّر وأن ينكشف قدام الرجال، أو قدام النساء، وفي العناية: والمراد بالانكشاف هو أن يكون في إزارٍ واحدٍ، لا إبداء^{١٦٣٧} موضع العورة؛ لأنّ ذلك لا يحلّ لغير الخنثى أيضاً، وهذه المسألة تدلّ على أنّ نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محرمه، لا نظر الرجل إلى الرجل؛ لأنّه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل لجاز له التكتشف للنساء في إزارٍ واحد، انتهى.

ويكره أن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة، وأن يسافر من غير محرم من الرجال.

وإن أحرم وقد راهق، قال أبو يوسف رحمه الله: لا علم لي في لباسه ألبس المخيط أم لا، وقال مُجَدِّدُ رحمه الله يلبس لباس المرأة، ولا شيء عليه لأنّه لم يبلغ. ومن حلف بطلاق أو عتاق إن كان أوّل ولدٍ تلدينه غلاماً فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين أمر الخنثى.

ولو قال: كلّ عبد لي حرّ، أو قال: كلّ أمة لي حرّة، وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره، وإن قال القولين جميعاً، عتق لتحقق أحدهما بيقين.

وإن قال الخنثى: أنا رجل، أو قال: أنا امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلاً، وإن لم يكن مشكلاً ينبغي أن يقبل قوله. ولو مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة، وتيمّم بالصعيد لتعدّر الغسل.

وفي العناية: وتيمّم بالصعيد مع الخزقة أن تيمّم الأجنبيّ، وبغيرها إن كان ذا رحم محرم من الميت. وينظر الميمّم إلى وجهه، ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز أن يكون امرأة، ولا يشتري جارية للغسل كما كان يفعل للختان؛ لأنّه بعد الموت لا يقبل المالكيّة، فالشراء غير مفيد^{١٦٣٨} بخلاف الشراء للختان فإنّه في حال الحياة، وله أهلية الملك فيها، انتهى.

ولا يحضر إن كان مراهقاً غسل رجل ولا امرأة، وإن سجّى قبره فهو أحبّ، وإذا مات وصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الإمام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى، ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل ويجعل بينهما حاجز من صعيد، وإن كان مع امرأة قدّم الخنثى، وقال مُجَدِّدُ رحمه الله: وإن جعل على السرير نعش المرأة فهو أحبّ إليّ، ويكفّن كما تكفّن الجارية، وهو أحبّ إليّ، يعني بكفن في خمسة أثواب.

ولو مات أبوه فخلف إبناً فالمال بينهما عند أبي حنيفة رضي الله عنه للابن سهمان، وللخنثى سهم، وهو أنثى عنده في الميراث إلّا أن يتبيّن / [٣٥٩ظ] غير ذلك، وقالوا: للخنثى نصف ميراث ذكرٍ ونصف ميراث أنثى، وهو قول الشعبيّ، واختلفوا في قياس قوله، قال مُجَدِّدُ رحمه الله: المال بينهما على اثني عشر سهماً للابن سبعة وللخنثى خمسة، وقال أبو يوسف رحمه الله: المال بينهما على سبعة للابن أربعة، وللخنثى ثلاثة، وأدلة الأقوال المذكورة ذكرت في الهداية، وفي العناية على التفصيل، ولكن تركنا ذكرها خوفاً عن الإطالة.

^{١٦٣٧} ل: لا بداء.

^{١٦٣٨} ل س ن ف: مقيد.

ولو كان الورثة زوجاً وأماً وأختاً للأب، وأمّ وهي خنثى أو امرأة وأخوين لأمّ، وأختاً لأب وأم، وهي خنثى فعندنا في الأولى للزوج النصف، وللأم الثلث، والباقي للخنثى، وفي الثانية للمرأة الربع وللأخوين لأم الثلث والباقي للخنثى.

مسائل شتى

وإذا قرأ على الأخرس كتاب وصيّة فقل له أتشهد عليك بما في هذا الكتاب، فأومى برأسه أي نعم أو كتب، فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنّه إقرار فهو جائز، ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه، وكذلك الذي صمت يوماً أو يومين بعارضٍ، وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان، وقال الشافعي رحمه الله: يجوز في الوجهين، ولا فرق بينهما عنده، والفرق لأصحابنا أنّ الإشارة إنّما تعتبر إذا صارت معهودة معلومة، وذلك في الأخرس دون المعتقل لسانه، حتى لو امتدّ ذلك في الأخرس دون المعتقل لسانه، حتى لو امتدّ ذلك، وصارت له اشارات معلومة، قالوا: هو بمنزلة الأخرس.

وإذا كان الأخرس يكتب كتاباً أو يومئ إيماءً يعرف به فإنّه يجوز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه ويقتض من له ويحد ولا يحد له.

ثم الكتابة على ثلاث مراتب؛ مستبين مرسوم أي معنوّ، وهو أن يكتب في صدره: من فلان إلى فلان، كذا في العناية، وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا.

أو مستبين غير مرسوم، كالكتابة على الجدار وأوراق الأشجار، وينوي فيه أي يطلب منه البيّنة مثل الطلاق والنكاح وغيرهما؛ لأنّه بمنزلة صريح الكناية القولية، كقول: أنت باين وأمثاله، كذا في العناية، فلا بدّ من البيّنة.

وغير مستبين، كالكتابة على الهواء والماء، وهو بمنزلة كلام غير مسموع، فلا يثبت به [٣٦٠] الحكم، وذكر في كتاب الإقرار أنّ الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاصٍ يجب عليه، ويحتمل أن يكون الجواب ههنا كذلك، ويكون مفارقاً لذلك؛ لأنّه يمكن الوصول إلى نطق الغائب، فيكون لقيام أهلية النطق، ولا كذلك الأخرس؛ لتعذر الوصول إلى النطق للآفة المانعة.

ودلّت المسألة على أنّ الإشارة معتبرة وإن كان قادراً على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنّه لا يعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة؛ لأنّه حجة ضرورية، ولا ضرورة أي في الأخرس القادر على الكتابة؛ لأنّه أي محدّ رحمه الله جميع ههنا بينهما بناءً على أنّ كلّ واحدٍ منهما حجة ضرورية، وفي الكتابة زيارة بيان لم توجد في الإشارة، وفي الإشارة زيادة أمر لم يوجد في الكتابة بناءً على أنّه أقرب إلى النطق من آثار الأقلام، فاستويا.

وإذا كان الغنم مذبوحة، وفيها ميتة، فإن كان مذبوحة أكثر تحري فيها وأكل، وإن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يؤكل، وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار، أمّا في حالة الضرورة يحلّ له التناول في جميع ذلك، وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز الأكل في حالة الاختيار وإن كانت المذبوحة أكثر.

قد استراح أقدام الأقلام، عن السير في ميادين صفحات هاتيك الأرقام، بعون الله الملك العلام، وعن تبييضها وتصحيحها وتحذيقها وتنقيحها، وقت الضحوة الكبرى من يوم الأربعاء، الحادي عشر من شهر جمادى الآخرة، من شهور سنة أربع وعشرين بعد الألف (١٠٢٤) من الهجرة النبوية، على صاحبها أفضل الصلاة وأكمل التحية،

حامداً ومصلِّياً ومسلِّماً ومحققاً

وقد قلت فيه منشأ ومؤرخاً:

أحمد الله الذي من فضله تمّ هذا الجمع لي والانتخاب^{١٦٣٩}

قد بذلت الجهد في تحريره وتحرّيت له محض اللّباب

غرر الفقه غدت سافرة فيه حتى ما عليها من نقاب

فاجعل اللّهمّ سعّي خالصاً لك مشكوراً إذا أقام الحساب

واكسه ثوئي قبولٍ ورضى من أولي الفضل وأصحاب الصواب

فلكم أسهرت عيني متعباً فيه فكري أبتغي حسن الثواب

إن ترم تاريخ إتمام له كاملاً أرّخه: قل تمّ الكتاب.

^{١٦٣٩} ل ن س: انتخاب.

المصادر والمراجع

- إختيار لتعليل المختار؛
عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي (٦٨٣هـ / ١٢٨٤م)، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٩٣٧.
- الأصل المعروف بالمبسوط؛
أبو عبد الله محمد بن الحسن فرقد الشيباني (١٨٩هـ / ٨٠٥م)
تحقيق: أبو الوفا الأفعاني، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، بدون تاريخ.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق؛
زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري (٩٧٠هـ / ١٥٦٣م)
وفي آخره تكملة محمد بن حسين الطوري (١١٣٨هـ) وحاشية منحة الخالق لابن عابدين
دار الكتب الإسلامية، بدون تاريخ.
- البنائة شرح الهداية؛
أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد العينتايي الحنفي بدر الدين العيني (٨٥٥هـ / ١٤٥١م)
دار الكتب العلمية، الطبعة الاولى، بيروت، ٢٠٠٠.
- تاج العروس من جواهر القاموس؛
محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الملقب بمرتضى الزبيدي (١٢٠٥هـ / ١٧٩٠)
دار الهداية، بدون تاريخ.
- تحفة الفقهاء؛
محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (٥٤٠هـ / ١١٤٥م)
دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤.
- التنبيه على مشكلات الهداية؛
صدر الدين عليّ ابن أبي العزّ الحنفي (٧٩٢هـ / ١٣٩٠م)
تحقيق ودراسة: عبد الحكيم بن محمد شاكر، أنور صالح أبو زيد، رسالة ماجستير
مكتبة الرشد ناشرون، السعودية، ٢٠٠٣.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع؛
علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (٥٨٧هـ / ١١٩١م)
دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق؛
عثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين الزيلعي (٧٤٣هـ / ١٣٤٢م)
ومعه حاشية الشلبي لشهاب الدين أحمد بن محمود الشلبي (١٠٢١هـ / ١٦١٢)
المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ١٣١٣هـ.

- تهذيب اللغة؛
مُجَدُّ بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور (٣٧٠هـ / ٩٨١)
دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠١.
- الجامع الصغير؛
أبو عبد الله مُجَدُّ بن الحسن الشيباني، (١٨٩هـ / ٨٠٥م)
ومعه شرحه النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير لمحمد عبد الحلي بن مُجَدُّ
عبد الحليم الأنصاري اللكنوي الهندي (١٣٠٤هـ / ١٨٨٧م)
عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٦.
- الجوهرة النيرة على مختصر القدوري؛
أبو بكر علي بن مُجَدُّ الحدّادي الزبيدي الحنفي (٨٠٠هـ / ١٣٩٨م)، المطبعة الخيرية، ١٣٢٢.
- حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح؛
أحمد بن مُجَدُّ بن إسماعيل الطحطاوي الحنفي (١٢٣١هـ / ١٨١٦م)
تحقيق: مُجَدُّ عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧.
- درر الحكام شرح غرر الأحكام؛
منلا خسرو، مُجَدُّ بن فرامرز بن علي الشهير بملّا أو منلا أو المولى خسرو (المتوفى: ٨٨٥)
دار إحياء الكتب العربية، بدون تاريخ.
- الدراية في تخريج أحاديث الهداية؛
أبو الفضل أحمد بن عليّ بن مُجَدُّ بن أحمد بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ / ١٤٤٩م)
تحقيق: السيد عبدالله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ.
- درر الحكام شرح غرر الأحكام؛
مُجَدُّ بن فرامرز بن عليّ الشهير بملّا خسرو (٨٨٥هـ / ١٤٨٠م)، دار الكتب العربية، بدون تاريخ.
- ردّ المختار على الدرّ المختار؛
ابن عابدين مُجَدُّ أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (١٢٥٢هـ - ١٨٣٦م)
دار الفكر، بيروت، ١٩٩٢.
- سرّ صناعو الإعراب؛
أبو الفتح عثمان بن جني الموصلي (المتوفى: ٣٩٢هـ)
دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، الطبعة: الأولى ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- صحيح البخاري؛
مُجَدُّ بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي (٢٥٦هـ)
التحقيق: مُجَدُّ زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية
بإضافة ترقيم ترقيم مُجَدُّ فؤاد عبد الباقي)، دمشق، ١٤٢٢ هـ.

- صحيح مسلم؛
مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١ هـ)
التحقيق: مُحمَّد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ.
- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية؛
أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (٣٩٣هـ/١٠٠٢م)
تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٧.
- عمدة القاري شرح البخاري؛
بدر الدين العيني (٨٥٥ هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ.
- العناية شرح الهداية؛
مُحمَّد بن محمود أكمل الدين أبو عبد الله بن الشيخ شمس الدين الرومي الباذري، (٧٨٦هـ/١٣٨٤م)
دار الفكر، بدون طبخ، بدون تاريخ.
- عيون المسائل؛
أبو الليث نصر بن مُحمَّد بن أحمد بن إبراهيم السمرقندي (٣٧٣هـ/٩٨٣م)
تحقيق: صلاح الدين الناهي، مطبعة أسعد، بغداد، ١٣٨٦هـ.
- فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي؛
كمال الدين مُحمَّد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي (ت ٨٦١هـ)
ومعه تكملة نتائج الأفكار لقاضي زاده شمس الدين أحمد الرومي (٩٨٨هـ-١٤٥٧م)
دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ.
- الفقه الإسلامي وأدلته؛
وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، بدون تاريخ.
- فقه اللغة وسرّ العربية؛
عبد الملك بن مُحمَّد بن بن إسماعيل الثعالبي (٤٢٩هـ/١٠٣٨)، دار إحياء التراث العربي،
٢٠٠٢.
- كنز الدقائق؛
أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي (٧١٠هـ/١٣١٠م)
تحقيق: أ. د. سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، ٢٠١١.
- كشف الخفاء ومزيل الإلباس؛
إسماعيل بن مُحمَّد العجلوني (١١٦٢هـ/١٧٤٩م)، مكتبة القدسي، القاهرة، ١٣٥١.
- اللباب في شرح الكتاب؛
عبد الغني بن طالب حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي (١٢٩٨هـ/١٨٨١م)

- تحقيق: مُجَدّ محي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت، بدون تاريخ.
- المبسوط؛
- مُجَدّ بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (٤٨٣هـ / ١٠٩٠م)، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣.
- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر؛
- عبد الرحمان بن مُجَدّ بن سليمان المدعوّ بشيخي زاده داماد أفندي (١٠٧٨هـ / ١٦٦٧م) دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ.
- المحيط البرهاني في الفقه النعماني؛
- أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري (٦١٦هـ / ١٢١٩م)
- تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلميّة، بيروت، ٢٠٠٣.
- مختار الصحاح؛
- زين الدين أبو عبد الله مُجَدّ بن أبي بكر الحنفي الرازي (٦٦٦هـ / ١٢٦٨م)
- تحقيق: يوسف الشيخ مُجَدّ، المكتبة العصرية، دار النموذجية، بيروت، ١٩٩٩.
- مُختصر القدوري؛
- أحمد بن مُجَدّ بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري (٤٢٨هـ / ١٠٣٧م)
- تحقيق: كامل مُجَدّ عويضة، دار الكتب العلمية، ١٩٩٧.
- مراقي الفلاح شرح متن نور الإيضاح؛
- حسن بن عمار بن علي الشرنبلالي المصري الحنفي (١٠٦٩هـ / ١٦٥٩م)، المكتبة العصرية، ٢٠٠٥.
- مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح؛
- علي بن (سلطان) مُجَدّ، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري (المتوفى: ١٠١٤هـ)
- دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٢.
- المعجم الوسيط؛
- إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، مُجَدّ النجار، دار الدعوة، إستانبول، ١٩٩٠.
- معجم لغة الفقهاء؛
- مُجَدّ رواس قلعجي - حامد صادق قنبي، دار النفائس، ١٩٨٨.
- المغرب في ترتيب المغرب؛
- ناصر بن عبد السيد أبي المكارم ابن عليّ أبو الفتح برهان الدين الخوارزمي (٦١٠هـ / ١٢١٣م)
- دار الكتاب العربي، بدون تاريخ.
- ملتقى الأبحر؛

- إبراهيم بن مُجَدِّد بن إبراهيم الحلبي (٩٥٦هـ/١٥٤٩م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨.
- نصب الراية لأحاديث الهداية؛
- جمال الدين أبو مُجَدِّد عبد الله بن يوسف الزيلعي (٧٦٢هـ/١٣٦١م)
- تحقيق: مُجَدِّد عَوَّامة، مؤسسة الريان، بيروت، ١٩٩٧.
- النهاية في غريب الحديث والأثر؛
- محمد الدين أبو السعادات المبارك الشيباني الجزري ابن الأثير (٦٠٦هـ/ ١٢٠٩م)
- مكتبة العلمية، بيروت، ١٩٧٩.
- النهر الفائق شرح كنز الدقائق؛
- سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجم الحنفي (١٠٠٥هـ/١٥٩٦م)، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٢.
- نيل الأوطار؛
- الشوكاني، مُجَدِّد بن علي بن مُجَدِّد بن عبد الله اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، دار الحديث، مصر، ١٩٩٣.
- الهداية شرح بداية المبتدي؛
- برهان الدين علي بن أبي بكر الفرغاني المرغيناني (٥٩٣هـ/١١٩٧م)
- تحقيق: طلال يوسف، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ.