بسم الله الرحمن الرحيم

المملكة العربية السعودية

وزارة التعليم العالي

جامعة ام القرى

مكتبة الملك عبدالله بن عبدالعزيز الجامعية

قسم المخطوطات

بداية المخطوطة

بسم الله الرحمن الرحيم **كتاب النكاح** الكلام في هذا الكتاب في الاصل في اربعة مواضع في بيان صفة النكاح وفي بيان ركن النكاح وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم النكاح **اما الاول** فنقول لا خلاف في ان النكاح في حالة التوقان حتى ان من خاف نفسه الى الزنا يجب عليه النكاح ولا يمكنه الصبر عنهن وهو قادر على المهر والنفقة فلم يتزوج يأثم واختلف فيما اذا لم يخف نفسه الى الزنا عند التقدير الذي ذكرنا قال نقاة القياس مثل داود بن علي الاصفهاني وغيره من اصحاب الظواهر النكاح في حين بمنزلة الصوم والصلوة وكل هذا من فروض الاعيان حتى ان من تركه مع القدرة على المهر والنفقة والوطء يأثم وقال الشافعي انه مباح كالبيع والشراء واختلف اصحابنا فيه قال بعضهم انه مندوب اليه وهو مذهب الكرخي من اصحابنا وقال انه فرض كفاية اذا قام به البعض سقط عن الباقين بمنزلة الجهاد وصلوة الجنازة وقال بعضهم انه واجب ثم القائلون بالوجوب اختلفوا في كيفية الوجوب قال بعضهم انه واجب على سبيل الكفاية كمرة السلام وقال بعضهم انه واجب عيناً لكن عملاً لا اعتقاداً على طريق التعيين كصدقة الفطر والوتر والاضحية اصح اصحاب الظواهر بظواهر النصوص من كوفقه توفانكحوا ما طاب لكم من النساء وفقه وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم وقراءة تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز له عرش الرحمن وقوله تناكحوا تكاثروا فاني اباهي بكم الامم يوم القيامة امر الله تعالى بالنكاح مطلقاً والامر المطلق للفرضية والوجوب قطعاً الا ان يقوم الدليل بخلافه ولان الامتناع من الزنا واجب ولا يتوصل اليه فيكون واجباً ضرورة واصح الشافعي بقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع عليم وقوله تعالى وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يغنيهم الله من فضله وقوله عليه السلام من استطاع منكم الباءة فليتزوج

٦٨٢

MILL... SI
KI... Ferzullah
E... 682
Y...
TA...

وقف

ومن لم يستطع فليصم فان الصوم له وجاء اقام الصوم مقام النكاح والصوم ليس بواجب فدل على ان النكاح ليس بواجب ايضا لان غير الواجب لا يقوم مقام الواجب ولان من الصحابة رضي الله عنهم من لم يكن له زوجة ورسول الله صلى الله عليه وسلم علم حاله بذلك ولم ينكر عليه فدل انه ليس بواجب ومن قال منهم انه فرض او واجب على سبيل الكفاية احتج بالامر في باب النكاح والامر المطلق للفرضية والوجوب قطعاً لا يحتمل ذلك على سبيل التعيين لان كل واحد من آحاد الناس لو تركه لا يأثم فيحمل على الفرضية والوجوب على سبيل الكفاية فاشبه الجهاد وصلوة الجنازة ورد السلام ومن قال منهم انه واجب عيناً لكن عملاً لا اعتقاداً على طريق التعيين يقول صيغة الامر المطلقة عن القرينة تحتمل الفرضية وتحتمل الندب والامر دعاء وطلب معنى الدعاء والطلب موجود في واحد منهما فيؤتى به بالفعل لا محالة ونعتقد على الاحتمال ما اراد الله تعالى بالصيغة من الوجوب القطعي والندب فوجوب لانه ان كان واجباً عند الله تعالى يخرج عن العهدة بالعمل فيأمن الضرر وان كان مندوباً يحصل له الثواب فكان القول بالوجوب على هذا الوجه اخذاً بالثقة والاحتياط واحترازاً عن الضرر بالقدر الممكن فانه عقلاً وشرعاً وعلى هذا الاصل بنى اصحابنا في قالوا انه ان النكاح فرض او واجب فانه يفضله على التخلي للنوافل لان الاشتغال به من اعلى الفرائض واسنى اولى من التخلي لنوافل العبادة من ترك النكاح وهو قول اصحاب الظواهر لان الاشتغال بالفرض والواجب كيف ما كان اولى من الاشتغال بالتطوع ومن قال منهم انه مندوب ومستحب فانه يرجح على النوافل من وجه لقوله عليه السلام انه سنتي قالوا ترك النكاح سنتي والسنن مقدمة على النوافل بالاجماع ولانه توعد على ترك السنة بعدمه من سنتي فليس مني ولا وعيد على ترك النوافل والتطوع ولان النبي عليه السلام فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وواظب عليه اي واوم وثبت عليه بحيث لم يخل عنه بل كان يزيد عليه حتى تزوج عدة نسوة اما بيان له من النساء ولو كان التخلي للنوافل افضل لما فضل لان الانبياء صلوات الله عليهم لا يتركون الافضل فيما حصل ولما ذم ثبت الافضلية في حق النبي عليه السلام ثبت في حق الامة لان الاصل في الشرائع العموم والخصوص بدليل والثالث انه سبب يتوصل به الى مقصود هو مفضل على النوافل لانه سبب لصيانة نفسه عن الهلاك بالنفقة والكف واللبس وسبب لحصول الولد للموحد وكل واحد من هذه المقاصد مفضل على النوافل فكذا السبب الموصل اليها بالجهاد والقضاء وعند الشافعي التخلي للنوافل اولى ويخرج المسئلة على اصل ظاهر لان النوافل مندوب اليها فكانت مقدمة على النكاح والمباح وما ذكر من دلائل الاباحة

لا وآم الوارث
بـ الى ظ
والحل

فنحن نقول بوجهين ان النكاح مباح وحلال في نفسه لكنه واجب لغيره او مندوب ومستحب لغيره من حيث
انه صيانة النفس عن الزنا وكونه كذلك مما بيناه ويجوز ان يكون الفعل الواحد حلالاً لجهة واجباً او مندوباً
اليه لجهة اخرى اذ لا تنافي عند اختلاف الجهتين ولقوله تعالى وسيداً او حصوراً او نبياً من الصالحين
فاحتمل ان التخلي للنوافل كان افضل من النكاح في شريعته ثم نسخ ذلك في شريعتنا بما ذكرنا من الدلايل
والله اعلم **فصل** واما ركن النكاح وهو الايجاب والقبول وذلك بالفاظ مخصوصة او ما يقوم مقام اللفظ
فيقع الكلام في هذا الفصل في اربعة مواضع احدها في بيان ان النكاح هل ينعقد بما فيه لفظ واحد او لا
ينعقد الا بما فيه لفظان والثاني في بيان صفة الايجاب والقبول والثالث في بيان اللفظ الذي ينعقد النكاح
به فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في ان النكاح ينعقد بلفظة الانكاح والتزويج وهل ينعقد بلفظ
البيع والهبة والصدقة والتمليك قال اصحابنا رحمهم الله ينعقد وقال ان في لا ينعقد الا بلفظة
الانكاح والتزويج واصح ما روي عن النبي عليه السلام قال اتقوا الله في النساء فانهن عندكم
عوان اخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وكلمته التي احل الفروج بها في كتابه
لفظة الانكاح والتزويج فقط قال الله تعالى وانكحوا الايامى منكم وزوجناكها ولان الحكم الاصلي للنكاح هو
الازدواج والملك يثبت وسيلة اليه فوجب اختصاصه بلفظ يدل على الازدواج وهو لفظ التزويج
والانكاح ولان انعقد نكاح رسول الله عليه السلام بلفظ الهبة فينعقد به نكاح امته وهذا لانه الوصف
قوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان اراد النبي ان يستنكحها معطوفاً على قوله يا ايها
النبي انا احللنا لك ازواجك اخبر ان المرأة المؤمنة التي وهبت نفسها للنبي عليه السلام عند استنكاحه اياها
حلال له وكان مشروعاً في حق النبي عليه السلام يكون مشروعاً في حق امته هو الاصل حتى يقوم دليل الخصوص
ههنا وهو قوله تعالى خالصة لك من دون المؤمنين فالجواب ان المراد منه خالصة لك من دون المؤمنين
بغير مهر فالخصوص برجوع الى الاجر لا الى لفظ الهبة لوجوه احدها ما ذكر عقيبه وهو قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا
عليهم في ازواجهم فدل ان خصوص تلك المرأة كان بالنكاح بلا فرض مهر والثاني انه قال لكي لا يكون عليك
حرج وكان الله غفوراً رحيماً ومعلوم ان لا حرج كان بلحقه في نفس العبارة وانما الحرج في اعطاء
البدل والثالث انه حرج هنا محرج الامتنان عليه والامتنان في لفظة الهبة فدل ان المنة فيها صارت
له بلا مهر فانصرف الخصوص اليه ولان الانعقاد بلفظة الانكاح والتزويج لكونه لفظاً موضوعاً لحكم

اصل النكاح

اصل النكاح شرعاً وهو الازدواج بالنفط وبثبت الملك الذي يلازمه شرعاً ولفظ التمليك يوضع
لحكم آخر اصلي للنكاح وهو الملك وانه غير مشروع في النكاح بدون الازدواج فاذا اتى بوجب
ان يثبت الملك ويثبت الازدواج الذي يلازمه شرعاً استعمالاً للاحد اللفظين بالآخر وهذا
لانهما حكمان متلازمان لم يشرع احدهما بدون الآخر فاذا ثبت احدهما ثبت الآخر ضرورة ويكون
الرضا به رضاً بالآخر واما الحديث فنقول بموجبه لكن لم قلتم ان استحلال الفرج بهن الا بلفظ
استحلال بغير كلمة الله فيرجع الكلام الى تعيين الكلمة المذكورة فنقول كلمة الله تحتمل حكم الله كقوله تعالى
ولو لا كلمة سبقت من ربك لكان لزاماً فلم قلتم ان حمل النكاح بهن الا بلفظ ليس بحكم الله تعالى الدليل على ان حكم الله تعالى
ما ذكرنا من الدلايل ولان كل لفظ جعل علماً على حكم شرعي فهو كلمة الله تعالى واضافة الكلمة اليه تعالى
باعتبار ان الشارع هو الله تعالى وسواء جعل اللفظ سبباً لثبوت هذا الحكم شرعاً فان كلمة الله من
هذا الوجه على ان الاستحلال بكلمة الله تعالى لا ينفي الاستحلال بغير كلمة الله تعالى فان مسكوتاً فلا يقع الاحتجاج به
فلا ينعقد النكاح بلفظ الاجارة عند عامة مشايخنا والاصل عندهم ان النكاح لا ينعقد الا بلفظ
موضوع لتمليك العين هكذا روى ابن رستم عن محمد رحمه الله انه قال كل لفظ يكون في التمليك
للرقبة يكون في الحرة نكاح وحكى عن الكرخي انه ينعقد بلفظ الاجارة لقوله تعالى فآتوهن اجورهن سمى
المهر اجراً ولا اجر الا باجارة فلو لم يكن الاجارة نكاحاً لم يكن المهر اجراً وجه قوله العامة ان الاجارة
عقد موقت بدليل ان التابيد يبطله والنكاح عقد مؤبد بدليل ان التوقيت يبطله ولان
الاجارة تمليك المنفعة ومنافي البضع في حكم الاعيان فكيف يثبت ملك العين بتمليك المنفعة ولا ينعقد
بلفظ الاعارة لان الاعارة ان كانت اباحة المنفعة فالنكاح لا ينعقد بلفظ الاباحة لانها لا تفيد
التمليك اصلاً وان كانت تمليك المنفعة فالنكاح لا ينعقد الا بلفظ موضوع لتمليك الرقبة ولم يوجد
واختلف المشايخ في لفظ القرض قال بعضهم لا ينعقد لانه في معنى الاعارة وقال بعضهم ينعقد لانه يثبت
به الملك في العين لان المستقرض يصير ملكاً للمقترض وكذا اختلفوا في لفظ السلم قال بعضهم لا ينعقد
لان السلم في الحيوان لا يصح وقال بعضهم ينعقد لانه يثبت به ملك الرقبة في الحيوان منعقد عندنا
حتى لو انفصل به القبض يفيد الملك ملكاً فاسداً لكن لبس كل ما يفسد البيع يفسد النكاح واختلفوا
ايضاً في لفظ الصرف قال بعضهم لا ينعقد به لانه وضع لاثبات الملك في الدراهم والدنانير التي لا تتعين

والسلم

حتى

بالتعيين والمقصود عليه ههنا يتعين بالتعيين وقال بعضهم ينعقد لانه تبت بملك العين في الجملة واما
لفظ الوصية فلا ينعقد بحذف عامة من نحو ان الوصية لفلان ملك مضاف الى ما بعد الموت والنكاح
المضاف الى زمان في المستقبل لا يصح وحكى عن الطحاوي انه ينعقد لانه تبت بملك الرقبة في الجملة وحكى
ابو عبد الله البصري عن الكرخي انه قال ان قيد الوصية بالحال بان قال اوصيت لك بابنتي هذه الآن
ينعقد لانه اذا قيده بالحال صار مجازا عن التمليك والا ينعقد بلفظ الاحلال والاباحة لانه لا يدل
على التمليك اصلا الا ترى ان المباح له الطعام يتناوله على حكم ملك المبيح حتى كان له حق الحبس والمنع ولا
ينعقد بلفظ المتعة لانه لم يوضع للتمليك ولان للمتعة عقد منوع لما تبين في موضعه ان شاء الله تعالى
ولو اضاف الهبة الى الاب بان قال لرجل وهبت ابنتي هذه منك فان كان الحال يدل على النكاح من
احضار الشهود وتسمية المهر مجملا او مؤجلا ونحو ذلك انصرف الى النكاح بقرينة النية وان لم تنو صرف
الى ملك الرقبة والله اعلم ثم اعلم ان النكاح كما ينعقد بهذه الالفاظ بطريق الاصالة ينعقد بها
بطريق النيابة بالوكالة والرسالة لان تصرف الوكيل كتصرف الموكل وكلام الرسول كلام المرسل
والاصل في جواز النكاح ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم عم حبيبة رضي الله عنها فلما كان
اما ان فعل ذلك بامر النبي صلى الله عليه وسلم او لا بامره فان فعل بامره فهو وكيله وان فعل بغير امره فقد اجاز
النبي صلى الله عليه وسلم عقده فالاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وكما ينعقد النكاح بالعبارة ينعقد بالكتابة
من الاخرس اذا كانت له اشارة معلومة وينعقد بالكتابة لان الكتابة من الغائب خطاب والله
اعلم وكل بيان صيغة اللفظ الذي ينعقد النكاح به فنقول لا خلاف في ان النكاح ينعقد بلفظين
يعبر بهما عن الماضي كقوله زوجت وتزوجت وما يجري مجراه وكل بلفظين يعبر بهما
عن الماضي والآتي عن المستقبل كما اذا قال رجل لرجل زوجني بنتك او قال جئتك خاطبا بنتك او
قال جئتك لتزوجني بنتك وقال الاب قد زوجتك او قال لامرأة اتزوجك على الف درهم فقالت
تزوجتك على ذلك او قال لها تزوجيني وانكحيني نفسك فقالت زوجت او نكحت ينعقد استحسانا
والقياس ان لا ينعقد لان لفظ الاستقبال عدة والامر من فروع الاستقبال فلم يوجد الايجاب الا
انهم تركوا القياس بما روي ان بلالا خطب الى قوم من الانصار فابوا ان يزوجوه فقال لهم ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم امرني ان اخطب اليكم فما خطبت فقالوا له ما كذبت ولم ينقل ان بلالا رضي الله عنه اعاد القبول

ولو فعل

ولو فعل لنقل ولان الظاهر انه اراد به الايجاب لان المساومة لا تتم في النكاح عادة فكان
محمولا على الايجاب بخلاف البيع فان السوم معتاد فيه فيحمل اللفظ عليه فلا بد من لفظ آخر يتأدى
به الايجاب والله الموفق واما بيان النكاح هل ينعقد بعاقد واحد او لا ينعقد الا بعاقدين
فقد اختلفوا في هذا الفصل قال اصحابنا رحمهم الله ينعقد بعاقد واحد اذا كانت له
ولاية من الجانبين سواء كانت ولاية اصالة كالولاية الثابتة بالملك والقرابة او وكالة
كالولاية الثابتة بالوكالة بان كان العاقد مالكا من الجانبين كالولي اذا زوج امته من عبده
او كان وليا من الجانبين كالجد اذا تزوج بنت ابنه الصغيرة من ابن ابنه الصغير
والاب اذا زوج بنت ابنته الصغيرة من ابن ابنته الصغير او كان اصلا ووليا
كابن العم زوج ابنة عمه من نفسه او كان وكيلا من الجانبين او رسولا من الجانبين او كان
وليا من الجانبين جانب ووكيلا من جانب او وكل امرأة رجلا ليزوجها من نفسه
او وكل رجل امرأة لتزوج نفسها منه وهذا مذهب اصحابنا الثلثة وقال زفر لا ينعقد
النكاح بعاقد واحد اصلا وقال الشافعي لا ينعقد الا اذا كان وليا من الجانبين ولقب
المسئلة ان الواحد هل يجوز ان يقوم بالنكاح من الجانبين ام لا وجه قول زفر والشافعي
ان ركن النكاح اسم لشطرين مختلفين وهو الايجاب والقبول فلا يقوم الا بعاقدين كشطري
البيع الا ان الشافعي يقول في الولي ضرورة لان النكاح لا ينعقد الا بولي فاذا كان الولي متعينا
فلو لم يجز نكاح الولية لامتنع نكاحها اصلا وهذا لا يجوز وهذه الضرورة منعدمة في
الوكيل ونحن نقول يتوليه ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم في
الكتاب في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون ان تنكحوهن قيل نزلت الآية
في يتيمة في حجر وليها وهي ذات مال ووجه الاستدلال بالآية ان قوله تعالى لا تؤتونهن ما كتب
لهن وترغبون ان تنكحوهن خرج مخرج العتاب فيدل ان الولي يقوم بنكاح وليته وحده
اذ لو لم يقم به وحده لم يكن للعتاب معنى لما فيه من الحاق العتاب بامر لا يتحقق وهو قوله تعالى
وانكحوا الايامى منكم امر بالنكاح مطلقا من غير فصل بين الانكاح من غير او من نفسه
ولان الوكيل في باب النكاح ليس بعاقد بل هو سفير عن العاقد ومعبر عنه بدليل ان حقوق

وهو الميراث لكن عند عدم ذوي الارحام عرفناه بقوله ﷺ واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض
في كتاب الله واما السنة فما روي عن تميم الداري رضي الله عنه انه قال سألت رسول الله
عمن اسلم على يدي رجل ووالاه فقال صلى الله عليه وسلم هو احق الناس به محياه ومماته
اي حال حياته وحال موته اراد به صلعم محياه في العقل ومماته في الميراث
واما المعقول فهو ان بيت المال انما يرث بولاء الاعتاق فقط لانه بيت
مال المومنين قال الله تعالى والمومنون والمومنات بعضهم اولياء بعض
وللمولي هذا الولاء وولاء المعاقدة وكان اولى من معاقدة المومنين والترجيح
لولاء العتق كذا هذا الا ان مولي الموالاة تتاخر عن سائر الاقارب وموالي
العتاقة تتقدم على ذوي الارحام لان الولاء بالرحم فوق الولاء بالعقد
تتخلف على ذوي الارحام وولاء العتاقة بما تقدم من النعمة بالاعتاق الذي
هو احياء وايلاد معنى العتق بالتعصيب من حيث المعنى وقال صلعم الولاء
لحمة كلحمة النسب واما قولهما ان جناية المسلمين ورثته فلا يقدر على ابطال
حقهم بالعقد فهو قول انما يصير دون ورثته اذا مات قبل المعاقدة فاما بعد
المعاقدة فلا والدليل على بطلان هذا الكلام انه يصح وصيته بالثلث
ولو كان كذلك لما صحت كونها وصية للوارث **واما سبب ثبوته**
بالعقد وهو الايجاب والقبول وهو ان يقول للذي اسلم على يديه اسلمت
له اوليغيره انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت فيقول قبلت
او يقول له وانا قبلت سواء قال ذلك للذي اسلم على يديه
او لآخر بعد ان ذكر الارث في القصد في العقد وهذا قول عامة العلماء وقال
عطا السبب هو نفس الاسلام على يديه حتى لو اسلم على يد انسان ولم يواله
فولاءه موقوف عند عامة العلماء لعدم العقد وعند عطاء ولاءه للذي اسلم
على يديه ولو اسلم على يد رجل ولم يواله ووالى غيره فهو مولى للذي والاه عند
عامة العلماء وعند عطاء هو مولى للذي اسلم على يديه والصحيح قول العامة
لقوله ﷺ والذين عقدت ايمانكم فاتوهم نصيبهم جعل الولاء للعاقد وكذا لم ينقل
ان الصحابة اثبتوا الولاء بنفس الاسلام وكل الناس كانوا مسلمون على عهد رسول الله

والصحابة

والصحابة والتابعين وكان لا يقول احد لمن اسلم على يد احد انه ليس له ان يوالي غير الذي
اسلم على يده فثبت ان نفس الاسلام على يد رجل ليس بسبب لثبوت
الولاء له بل السبب هو العقد فلم يوجد لا يثبت الارث والعقل
واما شرائط العقد فمنها عقل العاقدين اذ لا صحة للايجاب والقبول
بدون العقل واما البلوغ فهو شرط الانعقاد في جانب الايجاب ولا ينعقد
الايجاب من الصبي وان كان عاقلا حتى لو اسلم الصبي العاقل على يد رجل
ووالاه لم يجز وان اذن ابوه الكافر يثبت لان هذا عقد وعقود الصبي العاقل
انما تقف على اذن وليه ولا ولاية للاب الكافر على ولده المسلم فكان اذنه
والعدم بمنزلة واحد ولهذا لا يجوز سائر عقوده باذنه كالبيع ونحوه
كذا عقد الموالاة واما من جانب القبول فهو شرط النفاذ حتى لو والى
بالبيع صبيا فقبل الصبي ينعقد موقوفا على اجازة ابيه او وصيه
فان اجاز جاز لان هذا نوع عقد وكان قبول الصبي فيه بمنزلة قبوله
في سائر العقود فيجوز باذن وليه ووصيه كسائر العقود والاب والوصي
وفي الصبي اذا اجاز الاب او الوصي فيكون الولاء من الصبي وانما كان كذلك
لان العبد لا يملك شيئا فوقع قبوله لمولاه الا يرى انه لو اشترى شيئا كان
المشترى لمولاه واما الصبي فهو من اهل الملك الا يرى انه لو اشترى شيئا
شيئا كان المشترى له ولو والى رجل مكاتبا جاز وكان مولى المولى المكاتب
لان قبول المكاتب صحيح الا يرى انه يملك الشراء فجاز قبوله الا ان الولاء
يكون للمولى لان المكاتب ليس من اهل الولاء الا يرى انه لو كاتب عبدا
فادى وعتق كان الولاء للمولى بخلاف الصبي فانه من اهل الولاء الا يرى انه لو
كاتب عبد ابنه الصغير فادى فعتق يثبت الولاء من الابن واما الاسلام
فليس بشرط لصحة هذا العقد فيصح فيجوز موالاة الذمي الذمي والذمي المسلم
والمسلم الذمي لان الموالاة بمنزلة الوصية بالمال ولو اوصى ذمي لذمي او مسلم
او مسلم لذمي بمال جازت الوصية كذا الموالاة وكذا الذمي اذا والى ذميا ثم اسلم

الاسفل جاز لما قلنا وكذا الذكورة ليست بشرط فيجوز موالاة الرجل امراة والمراة
رجلا وكذا دار الاسلام حتى لو اسلم حربي فوالى مسلما في دار الاسلام او في دار الحرب
فهو مولاه لان الموالاة عقد من العقود فلا تختلف بالذكورة والانوثة وبدار الاسلام
وبدار الحرب **ومنها** ان لا يكون للعاقد وارث وهو ان لا يكون له من اقاربه من يرثه
فان كان لم يصح العقد لان القرابة اقوى من العقد ولقوله عليه السلام واولوا الارحام بعضهم
اولى ببعض في كتاب الله واذا كان له زوج او زوجة يصح العقد ويعطى نصيبهما
والباقي للمولى **ومنها** ان لا يكون من العرب حتى لو كان والي عربي رجلا من غير قبيلته
لم يكن مولاه ولكن ينسب الى عشيرته وهم يعقلون عنه لان جواز الموالاة للتناصر
والعرب يتناصرون بالقبائل وانما يجوز موالاة العجم لانه ليس لهم قبيلة فيتناصرون
بها فيجوز موالاتهم لاجل التناصر واما الذي هو من العرب فله قبيلة ينصرونه
والنصرة بالقبيلة اقوى فلا يصير مولى ولهذا لم يثبت عليه ولاء العتاقة
كذا ولاء الموالاة ولانه لما لم يثبت عليه ولاء العتاقة مع انه اقوى فولاء
الموالاة اولى وكذا الوالدة امراة من العرب رجلا من غير قبيلتها لما بينا
ومنها ان لا يكون من موالي العرب لان مولاهم منهم لقوله عم وان مولى القوم
منهم **ومنها** ان لا يكون معتق احد فان كان لا يصح منه عقد الموالاة لان ولاء
العتاقة اقوى من ولاء الموالاة لانه لا يلحقه الفسخ وولاء الموالاة يلحقه الفسخ
فلا يجوز رفع الاقوى بالاضعف **ومنها** ان لا يكون قد عقل عنه بيت المال لانه
لو عقل عنه بيت المال فقد صار ولاؤه لجماعة المسلمين فلا يجوز تحويله الى واحد
منهم بعينه فان كان قد عقل عنه لم يجز ايضا لانه سواء كان عاقد عن عنه فعقد
عنه او عقل عنه بيت المال حتى لو مات كان ميراثه لمن عاقده او الى فعقل عنه
او لبيت المال لانه لما عقد عنه فعقل عنه فقد تاكد عقده ولزم وخرج عن احتمال
النقض والفسخ لما بذكر فلا يصح معاقدته عنه ولذا اذا عقل عن الذي يواليه
وان كان عاقد عنه ولم يعقل عنه جاز مع اخر لان مجرد العقد بدون العقل غير لازم
وكان اقدامه على الثاني فسخا للاول **واما صفة العقد** فهو عقد جائز غير لازم
حتى لو والى رجلا كان له ان يتحول عنه مولاه الى غيره لانه عقد لا يملك به شيئا فلم يكن
لازما كالوكالة والشركة ولانه يجنى له الوصية بالمال والوصية غير لازمة وكذا عقد
الموالاة اذا عقل عنه لانه اذا عقل عنه فقد تاكد العقد بقضاء القاضي وفي التحول به الى غيره

نسخة قضاءه

فسخ قضاءه فلا يملك فسخ القضاء وكذا له ان يفسخه صريحا قبل ان يعقل عنه لان كل عقد
غير لازم لكل واحد من العاقدين فسخه كسائر العقود القابلة للفسخ وههنا
يجوز لاحد العاقدين فسخه وهو القابل وكذا الاخر الا انه ليس له ان يفسخه
الا بحضرة الآخر اي بعلمه لانه تعلق به حق الاخر فلا يملك اسقاطه مقصودا من غير
علمه كعزل الوكيل مقصودا من غير علمه الا ان يوالي الاسفل جزء فيكون ذلك بقضاء
دلالة وان لم يحضر صاحبه او انقطع ضرورة لانه لا يمكن موالاة غيره الا بانفساخ
الاول فيفسخ الاول دلالة او ضرورة وقد يثبت الشيء دلالة او ضرورة
وان كان لا يثبت قصدا كمن وكل رجلا ببيع عبده ثم عزله والوكيل غائب
لم يعلم به لم ينعزل وله ان يبيع العبد او اعتقه انعزل الوكيل علم او لم يعلم كذا هذا
واما حكم العقد فالعقد في حال الحياة والارث بعد الموت وهو ان المولى يعقل
عنه في حال حياته ويرثه بعد موته فيرث الاعلى من الاسفل عندنا لما ذكرنا من الدلائل
فيما تقدم ويرث الاسفل من الاعلى ايضا اذا شرطا ذلك في المعاقدة بخلاف
ولاء العتاقة ان هناك يرث الاعلى من الاسفل ولا يرث الاسفل من الاعلى
لان سبب الارث هناك العقد وقد شرط فيه التوارث من الجانبين فيعتبر
ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وكما يثبت حكم الولاء
في الرجال يثبت في اولادهم الصغار حتى لو والى انسانا ثم ولد له اولاد صغار صاروا
موالي للذي والاه وكذا اذا والى انسانا ثم ولد له اولاد دخلوا في ولاء الاب
بطريق التبعية وليس للاب ولاية على ولده الصغير فينفذ عتقه عليه ولا يصير
اولاده الكبار موالي لموالاة الاب لانقطاع التبعية والولاية بالبلوغ حتى لو والى
الاب انسانا وله ابن كبير فوالى رجلا اخر فولاءه له لا للمولى ابيه ولو كبر بعض
اولاده الصغار تحاروا التحول عنه الى غيره فان كان المولى قد عقل عنه او عن ابيه
او عن احد اخوته لم يكن له ان يتحول وان لم يكن عقل عن واحد منهم كان له ذلك
اما جواز التحول عند عدم العقل فلانه لو كان كبيرا وقت عقد الاب لجاز له التحول
وكذا اذا كبر في العقد لان البائع من الزيادة في الحالين واحد وهو عدم التبعية
والولاية فاذا عدم الجواز عند العقل فلما ذكرنا من انفصال قضاء القاضي به وفي التحول فسخه

وهذا لايجوز فيلزم ضرورة ولو عاقدت امرأة عقد الولاء ولها اولاد صغار لايصير ذا موالي
للذين والت امهم ولاتثبت الام في هذا الباب الاب لانه ليس للمرأة ولاية على اولادها
الصغار الاترى انها لاتشتري لهم ولا تبيع عليهم والاب ان يفعل ذلك وذكر القاضي
في شرحه مختصر الطحاوي الخلاف في المسئلة فقال يثبت حكم ولائها في اولادها
الصغار من قوله ابي حنيفة وعندهما لايثبت ولو والي رجل رجلا ثم والي من امرأة
قد والت رجلا فولاء الولد لموالي الاب لانه اجتمع ولاء ان ولاء الاب وولاء الام فترجح
جانب الاب لان للاب ولاية عليهم ولا ولاية للام الايرى ان للاب ان يعقد على ولده
عقد البيع والنكاح وليس للام ذلك وكذا عقد الولاء وكذا لو قالت وهي حبلى
ولايثبت هذا ولاء العتاقة لان في ولاء العتاقة اذا اعتقها وهي حبلى يثبت
الولاء بالعتق والعتق يثبت بالولد كما يثبت في الام فكان للولد ولاء نفسه
لكونه اصلا في العتق فاما ولاء الموالاة يثبت الولاء بالعقد وعقدها لايجوز
على ما في بطنها فلم يصر الولد اصلا في الولاء فكان يتبعا في الولاء للاب كما في المسئلة الاولى
وكذلك لو كان لها اولاد صغار فوالت الام انسانا ثم والي الاب آخر فولاء الاولاد
لموالي الاب لما قلنا ذمية اسلمت فوالت رجلا ولها ولد صغير من غيره لم يكن
ولاء ولدها لمولاها في قول ابي يوسف ومحمد وفي القياس قول ابي حنيفة يكون
ولاء ولدها لمولاها جنى له العتاقي وجه قولهما ان الام لا ولاية لها على الولد بدليل
انه لايجوز لها ان تعقد على ولدها عقد البيع والنكاح فكذلك عقد الولاء ولابي حنيفة
ان الذمي لا ولاية له على ولده المسلم فيقدر اثبات الولاء من الاب والولاء اذا تعذر
اثباته من جهة الاب يثبت من جهة الام كما اذا كان الاب عبدا ولو قدم حربي
الينا بامان فاسلم ووالى رجلا ثم سبي ابنه فاعتق لم يجز ولاء الاب وان سبي ابوه
فاعتق جر ولاء ابنه الى موالية لان الابن يتبع الاب في الولاء كما ذكرنا فاما الاب
فلا يتبع الابن لانه لا ينسب اليه وانما ينسب الابن الى ابيه فان كان ابن الابن
اسلم ووالى رجلا لم يجر الجد ولاءه وذكر في الاصل وقال لان الحر لا يجر الولاء
الا ان يجره ولاء ابنه فيجر بجر والي ابنه ولاءه وقال الحاكم الشهيد وجه هذه
المسئلة اذ يكون الاسفل موالي الاوسط حربيا والجد معتقا فلا يجر ولاء
الاسفل الا ان يسلم الاوسط ويوالي فيجر الجد ولاءه وولاء الاسفل فجره
ولاءه ولو اسلم حربي او ذمي على يدي رجل ووالاه ثم اسلم ابنه الكبير على يدي رجل آخر
ووالاه كان كل واحد منهما مولى للذمي والاه ولا يجر بعضهم الى بعض وليس هذا

للعتاق

كالعتاق انه اذا اعتق ابوه جر ولاء الولد الى نفسه لان ههنا ولاء كل واحد منهما ثبت بالعقد
وعقد كل واحد منهما يجوز على نفسه ولا يجوز على غيره وهناك ولاء الولد يثبت
بالعقد وولاء الام يثبت بالعتق وولاء العتق اقوى من ولاء الموالاة
فيستتبع الاقوى الاضعف وههنا بخلافه لان ولاء كل واحد منهما ليس
اقوى من ولاء صاحبه لثبوت كل واحد منهما بالعقد فهو الفرق **واما صفة الحكم**
منها ان الولاء الثابت بهذا العقد لا يحتمل التمليك **بالبيع** والهبة والصدقة
والوصية لانه ليس بمال فلا يكون محلا للبيع كالنسب وولاء العتاقة ولقوله ﷺ
الولاء لا يباع ولا يوهب حتى لو باع رجل ولاء موالاة او عتاقة بعبد وقبضه
ثم اعتقه كان اعتاقه باطلا لانه قبضه بغير بدل اذ الولاء ليس بمال فلم يملكه
فلم يصح اعتاقه كما لو اشترى عبدا بميتة او دم او خمر وقبضه ثم اعتقه
ولو باع المولى الاسفل ولاءه من آخر ووهبه لا يكون بيعا ايضا وهبة لما قلنا
لكنه يكون نقضا للمولاة الاولى وموالاة لهذا الثاني لان الولاء لا قبض عنه
فيبطل الفرض وبقي قوله الولاء لك فيكون موالاة بينه وبين الثاني كما لو صح
الشفعة حال صحة المسلم لكن لا يجب المال **واما بيان ما يظهر به** فانه يظهر
بما يظهر به ولاء العتاقة وهو الشهادة المفسرة اولا قرار سواء كان الاقرار
في الصحة او في المرض لانه فيه متهم في اقراره اذ لم يكن له وارث معلوم فيصح اقراره
كما يصح وصيته بجميع ماله اذ لم يخاصمه احد لان القاضي انما يبيت المال
او لغيره وهو يدعي انه له ولا مانع عنه فلا يتعرض له فان خاصمه احد سأله
القاضي البينة لانه لا بد له وكان مدعيا فعليه البينة **تم كتاب الولاء**

يتلوه كتاب البيع

تم تم

نهاية المخطوطة