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 وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

كتاب النكاح

ذكره بعد العبادات لانه اقرب اليها حتى كان الاشتغال به افضل من التخلي لنوافل العبادات وقدم على الجهاد لاشتماله على المصالح الدينية والدنيوية وامر المناسبة سهل واختلف في معناه لغة على اربعة اقوال فقيل مشترك بين الوطي والعقد وهو ظاهر ما في الصحاح فانه قال النكاح الوطء وقد يكون العقد تقول نكحها ونكحت هي اي تزوجت وهي ناكح في بني فلان اي ذات زوج والمراد بالمشترك اللفظي وقيل حقيقة في العقد مجاز في الوطي وهو نسبة الاصوليون الى الشافعي في بحث متى امكن العمل بالحقيقة سقط المجاز وقيل بالعكس وعليه مشايخنا صرحوا به هكما في فتح القدير وجزم به في المغرب وذكر الاصوليون ان ثمرة الاختلاف بيننا وبين الشافعي تظهر في حرمة موطوءة الاب من الزنا احذا من قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء فلما كان حقيقة في العقد عنده لم تحرم موطوءته من الزنا وحرمت معقودة الاب بغير وطي بالاولى وتفرع على اصلنا ما لو قال لامرأته ان نكحتك فانت طالق فانه للوطي فلو ابانها ثم تزوجها لم تحنث ولا يرد علينا ما لو قال لاجنبية ذلك فانه للعقد لتعذر الوطي شرعا فكانت حقيقة مهجورة كما في الكشف وكذا لو قال ذلك لمن لا تحل له ابدا بان قال ان نكحتك فعبدي حر انصرف الى النكاح الفاسد كما في المحيط وقيل حقيقة في الصحيح صرح به مشايخنا ايضا لكن قال في فتح القدير انه لا منافاة بين كلامهم لان الوطي من افراد الضم والموضوع للاعم حقيقة في كل من افراده كانسان في زيد فهو من قبيل المشترك المعنوي الى آخر ما ذكره وهو مردود فان الوطي مغاير للضم ولذا قال في المغرب وقولهم النكاح الضم مجاز كاطلاقه على العقد الا ان اطلاقه على الضم من باب تسمية المسبب باسم السبب واطلاقه على العقد على العكس ومما يدل على مغايرة القولين ان صاحب المحيط ذكر انه حقيقة في الضم الشامل للوطي والعقد باعتبار ضم الايجاب الى القبول فهو حقيقة في العقد ايضا وعلى القول الثالث مجاز فيه ورجح في غاية البيان الاول بان الاصل في الكلام الحقيقة والمشترك مستعمل في الموضوع الاصلي دون المجاز انتهى وهو غفلة عما في الاصول فان الاصح انه اذا دار اللفظ بين الاشتراك والمجاز فالمجاز اولى لانه ابلغ واغلب والاشتراك مخل بالتفاهم ويحتاج الى قرينتين كما ذكره السنبي في شرح المنار وقال في البديع انه الحق والمتحقق بالاستعمال في كل من هذه المعاني الثلاثة لكن الشان في تعيين المعنى الحقيقي له واما معناه شرعا ففي فتح القدير حيث اطلق في الكتاب والسنة مجردا عن القرائن فهو للوطي فقد تساوى المعنى اللغوي والشرعي ولذا قال قاضيخان انه في اللغة والشرع حقيقة مجاز في العقد واما ما ذكره المصنف وغيره من انه اسم للعقد الخاص فهو معناه في اصطلاح الفقهاء ولذا قال في المجتبى انه في عرف الفقهاء العقد فقول من قال انه في الشرع اسم للعقد الخاص كما في التبيين محمول على ان المراد

انه

انه في عرف اهل الشرع وهم الفقهاء فلا مخالفة وسبب مشروعيته مع ان الاصل في النكاح الحظر او الاباحة للضرورة كما في الكشف تعلق بقاء العالم به المقدر في العلم الازلي على الوجه الاكمل والا فيمكن بقاء النوع بالوطي على غير الوجه المشروع لكنه مستلزم للتطاول والتفكك وضياع الانساب بخلافه على الوجه المشروع وشرطه نوعا عام في تفيد كل تصرف دائر بين النفع والضرر وخاص فالاول الاهلية بالعقل والبلوغ قال في فتح القدير وينبغي ان يراد في الاول الاهلية للزوج والزوجة ولا في متولي العقد فان تزويج الصغير والصغيرة جائز وتوكيل الصبي الذي يعقل العقد ويقصده جائز في البيع عندنا فتصحيحه هنا اولى لانه محض سفير واما الحرية فشرط النفاذ بلا اذن احد انتهى وضم الزيلعي الحرية الى العقل والبلوغ في الشرط العام والتحقيق ان التمييز شرط في متولي العقد للانعقاد اصيلا كان او لم يكن فلم ينعقد النكاح بمباشرة المجنون والصبي الذي لا يعقل واما البلوغ والحرية فشرط النفاذ في متولي العقد لنفسه لا لغيره فتوقف عقد الصبي العاقل والعبد على اجازة الولي والمولى واما المحلية فقال في فتح القدير انها من الشروط العامة وتختلف بحسب الاشياء والاحكام كمحلية المبيع للبيع والاولى للنكاح انتهى والاولى ان يقال ان محلية الانثى المحققة من بنات آدم وليست من المحرمات وذكر في العناية محله امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي فخرج الذكر والخنثى مطلقا والجنية للانسي وما كان من النساء محرما على التابيد كالمحارم ولذا قال في التبيين من كتاب الخنثى لو زوجه ابوه او مولاه امرأة او رجلا لا يحكم بصحته حتى يتبين حاله انه رجل او امرأة فاذا ظهر انه خلاف ما زوج به تبين ان العقد كان صحيحا والا فباطلا لعدم مصادفة المحل وكذا اذا زوج الخنثى من خنثى آخر لا يحكم بصحة النكاح حتى يظهر ان احدهما ذكر والآخر انثى انتهى وفي القنية لا يجوز التزوج بجنية واجازه الحسن البصري بشهود وذكر اهل الاصول انا لنهي عن نكاح المحارم مجاز عن النفي فكان نسخا لعدم محله وصرح كثير من الفقهاء بعدم محلية المحارم للنكاح وجزم به في غاية البيان لكن يشكل عليه اسقاط ابي حنيفة الحد عمن وطئ بحرمة لعدم العقد عليها فانها اذا لم تكن محلا لم تتبق شبهة بالعقد والجواب انها لم تخرج عن المحلية للنكاح افضلا بدليل حل تزوجها لمن لم يكن محرما لها فابو حنيفة نظر الى هذا ومما نظر الى خروجها عن المحلية بالنسبة الى الواطئ وهو الظاهر فلذا قال في الخلاصة اخ الفتوى على قولهما [illegible] وسيأتي تمامه في محله ان شاء الله تعالى والثاني اعني الشرط الخاص للانعقاد سماع اثنين بوصف خاص للايجاب والقبول زاد في المحيط وكون المرأة من المحلات وقد علمت ما فيه وركنه الايجاب والقبول حقيقة او حكما كاللفظ القائم مقامهما من متولي الطرفين شرعا وحكمه حل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعا وحرمة المصاهرة وملك كل واحد منهما بعض الاشياء على الآخر مما سيرد عليك كذا في فتح القدير وقد ذكر احكامه في البدائع في فصل على حدة فقال منها حل الوطي الا في الحيض والنفاس والاحرام وفي الظهار قبل التكفير ووجوب قضاء مرة

واحدة وديانة فيما زاد عليها وقيل يجب قضاء ايضا ومنها حل النظر واللمس منها
الى قدمها الا لمانع ومنها ملك المتعة وهو اختصاص الزوج بمنافع بضعها وسائر اعضائها
استمتاعا وملك الحبس والقيد وهي صيرورتها ممنوعة عن الخروج والبروز ومنها
وجوب المهر عليه ومنها وجوب النفقة والكسوة ومنها حرمة المصاهرة ومنها
الارث من الجانبين ومنها وجوب العدل بين النساء في حقوقهن ومنها وجوب
طاعته عليها اذا دعاها الى الفراش ومنها ولاية تأديبها اذا لم تطعه بان نشزت
ومنها استحباب معاشرتها بالمعروف وعليه حمل الامر في قوله تعالى وعاشروهن
بالمعروف وهو مستحب لها ايضا والمعاشرة بالمعروف الاحسان قولا وفعلا وخلقا
الى آخر ما في البدايع ومن احكامه ان لا يصح تعلقه بالشرط لكن قال في التتمة تزوج
امرأة ان شاءت او قالت ان شاء زيد فابطل صاحب المشيئة مشيئته في المجلس فالنكاح
جائز لان المشيئة اذا بطلت في المجلس صار نكاحا بغير مشيئة كما قالوا فيما اذا ابطل
الخيار في المجلس جاز التسليم ولو بدأ الزوج فقال تزوجت ان شئت ثم قبلت المرأة
من غير شرط تم النكاح ولا يحتاج الى ابطال المشيئة بعد ذلك قال تزوجتك بالف
درهم ان رضي فلان اليوم فان كان فلان حاضرا فقال قد رضيت جاز النكاح استحسانا وان كان
غير حاضر لم يجز ولينظر هذا لقوله قد تزوجتك ولفلان الرضا
هذا قول قد وجب وشرط خيار والاول لم يوجب وجعل الايجاب مخاطرة ولو
قال تزوجتك اليوم على ان لك المشيئة اليوم الى الليل فالنكاح جائز والشرط
باطل كشرط الخيار انتهى هكذا في البزازية لكن قال قبله لو قالت زوجت نفسي منك
ان رضي ابي لا يصح لانه علقه بالخطر انتهى وقياس ما تقدم ان الان كان حاضرا
في المجلس ورضي وفي البزازية خطب بنت رجل لابنه فقال ابوها زوجتها قبلك
من فلان فكذبه الابن فقال ان لم اكن زوجتها من فلان فقد زوجتها منك
وقبل اب الابن ثم علم كذبه انعقد لان التعليق بالموجود تحقيق انتهى وفي
المحيط زوجت نفسي منك بعد انقضاء عدتي لا يصح كالتعليق واضافته الى وقت
وصفته فرض وواجب وسنة وحرام ومكروه ومباح اما الاول فبان تخاف
الوقوع في الزنا لو لم يتزوج بحيث لا يمكنه الاحتراز عنه الا به لان ما لا يتوصل الى
ترك الحرام الا به يكون فرضا واما الثاني فبان تخافه لا بالحيثية المذكورة اذ ليس الخوف
مطلقا مستلزما بلوغه الى عدم التمكن وبه يحصل التوفيق بين قول من عبر بالافتراض
وبين من عبر بالوجوب وكل من هذين القسمين مشروط بشرط طرفه الاول ملك المهر
والنفقة فليس من خافه اذا كان عاجزا عنهما اثما بتركه كما في البدايع الثاني عدم خوف
الجور فان تعارض خوف الوقوع في الزنا لو لم يتزوج وخوف الجور لو تزوج قدم الثاني
فلا افتراض بل مكروه كما افاده في فتح القدير ولعله لان الجور معصية متعلقة
بالعباد والمنع من الزنا من حقوق الله تعالى وحق العبد مقدم عند التعارض لاحتياجه
وغنى المولى تعالى واما الثالث فعند الاعتدال وسيأتي بيانه واما الرابع فبان

تخاف

خاف الجور بحيث لا يمكنه الاحتراز عنه لانه انما شرع لمصالحه من تحصين النفس وتحصيل
الثواب وبالجور يأثم ويرتكب المحرمات فتنعدم المصالح لرجحان هذه المفاسد واما
الخامس فبان تخافه لا بالحيثية المذكورة وهي كراهة تحريم ومن اطلق الكراهة عند خوف
الجور فمراده القسم الثاني من القسمين واما السادس فبان تخاف العجز عن الايفاء
بواجبه كذا في المجتبى واما محاسنه فكثيرة ودلايله فشهيرة **قوله** هو عقد يرد
على ملك المتعة قصدا اي النكاح عند الفقهاء والمراد بالعقد مطلقا نكاحا كان او غيره
مجموع ايجاب احد المتكلمين مع قبول الآخر سواء كان بالتلفظين المشهورين من زوجت
وتزوجت او غيرهما مما سنذكره او كلام الواحد القائم مقامهما اعني متولي الطرفين
وقولنا الزوج شكلي انه معنى يحل المحل فيتغير به حال المحل وتزوجت وتزوجت آلة انعقاده
اطلاقه على حكمه فان المعنى الذي يتغير به حال المحل من الحل والحرمة هو حكم العقد
وقد صرح باخراج اللفظين عن مسماه وهو اصطلاح آخر غير مشهور كذا في فتح القدير
وملك المتعة عبارة عن ملك الانتفاع والوطئ كما في الكشف ومعنى وروده عليه افاده
له شرعا فلو قال يفيد ملك المتعة او يثبت به ملك المتعة قصدا كان اظهر والمراد
انه عقد يفيد حكمه بحسب وضع الشرع والمراد بالملك الحل لا الملك الشرعي لان
المنكوحة لو وطئت بشبهة فمهرها لها ولو ملك الانتفاع ببعضها حقيقة لكان بدله
له وذكر في البدايع ان من احكامه ملك المتعة وهو اختصاص الزوج بمنافع بضعها
وسائر اعضائها استمتاعا وملك الذات والنفس في حق التمتع على اختلاف مشائخنا
في ذلك واحترز بقوله قصدا عما يفيد الحل ضمنا كما اذا ثبت في ضمن ملك الرقبة
كشراء الجارية للتسري فانه موضوع شرعا لملك الرقبة وملك المتعة ثابت ضمنا
وان قصده المشتري وانما لم يكن ملك المتعة مقصودا كملك الرقبة في الشراء ونحوه لتخلفه
عنه في شراء محرمة نسبا ورضاعا وامة المجوسية **قوله** وهو سنة وعند التوقان
واجب بيان لصفته اما الاول فالمراد به السنة المؤكدة على الاصح وهو محمل من اطلق
الاستحباب وكثيرا ما يتساهلون في اطلاق المستحب على السنة كذا في فتح القدير وصرح
في المحيط ايضا بانها مؤكدة ومقتضاه الاثم لو لم يتزوج لان الصحيح ان ترك المؤكدة
موثم كما في علم الصلاة وافاد بذكر وجوبه حالة التوقان ان محل الاول حالة الاعتدال
كما في المجتمع والمراد بها حالة القدرة على الوطئ والمهر والنفقة مع عدم الخوف
من الزنا والجور وترك الفرائض والسنن فلو لم يقدر على واحد من الثلاثة او خاف
واحدا من الثلاثة فليس بمعتدل فلا تكون سنة في حقه كما افاده في البدايع ودليل السنة
حالة الاعتدال الاقتداء بحاله صلى الله عليه وسلم في نفسه ورده على من اراد من امته
التخلي للعبادة كما في الصحيحين رد البليغ بقوله فمن رغب عن سنتي فليس مني كما
اوضحه في فتح القدير والتوقان مصدر تاقت نفسه الى كذا اذا اشتاقت من
باب طلب كذا في المغرب والمراد به ان يخاف منه الوقوع في الزنا لو لم يتزوج اذ لا يلزم
من الاشتياق الى الجماع الخوف المذكور واراد بالواجب اللازم فيشمل الفرض والواجب

الاصطلاحي فانا قدمنا انه فرض واجب ولم يذكر انه حرام او مكروه كما في المجمع لان الجور حرام بالنسبة الى كل شخص ولئن هو مختصا بالنكاح حتى يجعل من احكامه وصفته والجور الظلم يقال جار في ظلمه وافاد بالنسبة ان الاشتغال به افضل من التخلي للنوافل العبادات ولذا قال في المجمع ونفضله على التخلي للنوافل واستدل له في البدايع بوجوه الاول ان النفس معتدة على النوافل بالاجماع الثاني انه اوعد على ترك السنة ولا وعيد على ترك النوافل الثالث انه فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وواظب عليه وثبت عليه بحيث لم يخل عنه بل كان يزيد عليه ولو كان التخلي للنوافل افضل لفعله واذا ثبت افضليته في حقه يثبت في حق امته لان الاصل في الشرايع هو العموم والخصوص بدليل والرابع انه سبب موصل الى ما هو مفضل على النوافل لانه سبب لصيانة النفس عن الفاحشة ولصيانة نفسها عن الهلاك بالنفقة والتكفي في اللباس والحصول للولد الموحد واما مدحه تعالى يحيى عليه السلام بكونه سيدا وحصورا ومومن لا ياتي النساء مع القدرة فهو في شريعتهم لا في شريعتنا انتهى واشار المصنف بكونه سنة او واجبا الى استحباب مباشرة عقد النكاح في المسجد لكونه عبادة وصرحوا باستحبابه يوم الجمعة واختلفوا في كراهية الزفاف والمختار انه لا يكره اذا لم يشتمل على مفسدة دينية وروى الترمذي عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف كذا في فتح القدير وفي الذخيرة ضرب الدف في العرس مختلف فيه ومحله ما لا جل له اما ما له جل فمكروه وكذا اختلفوا في الغناء في العرس والوليمة فمنهم من قال بعدم كراهته كضرب الدف انتهى وفي فتاوى العلامي من اراد ان يتزوج ندب له ان يستدين له فان الله تعالى ضمن له الاداء فلا يخاف الفقر اذا كان من نيته التحصن والتعفف ويتزوج امراة صالحة معروفة النسب والحسب والديانة فان العرف نزاع ويجتنب المراة الحسناء التي منبت السوء ولا يتزوج امراة لحسبها وعزها ومالها وجمالها فان تزوجها لذلك لم يزدد الا دلا وفقرا ودناءة ويتزوج من هي فوقه في الخلق والادب والورع والجمال ودونه في العز والحرمة والحسب والمال والسن والقامة فان ذلك ايسر من الحقارة والفتنة ويختار البكر لسنة خطبة ومؤنة ونكاح البكر احسن للحديث عليكم بالابكار فانهن اعذب افواها وانقى ارحاما وارضى باليسير ولا يتزوج طويلة مهزولة ولا قصيرة دميمة ولا مكثرة ولا ستينة الخلق ولا ذات ولد ولا مسنة للحديث سوداء ولود خير من حسناء عقيم ولا يتزوج الامة مع طول الحرة ولا حرة بغير اذن وليها لعدم الجواز عند البعض ولانها والمراة تختار لزوج الدين الحسن الخلق الجواد الموسر ولا تتزوج فاسقا ولا يزوج ابنة الشابة شيخا كبيرا ولا رجلا ذميما ويزوجها كفوا فاذا خطبها الكفو لا يؤخرها وهو كل مسلم تقي وتحلية البنات بالحلي والحلل ليرغب فيهن الرجال سنة ونظره الى مخطوبته قبل النكاح سنة

فانه

فانه داعية الى الالفة ولا يخطب مخطوبة غيره لانه خفاء وخيانة وتمامه في الفصل الخامس والثلاثين وفي المجتبى يستحب ان يكون النكاح ظاهرا وان يكون قبله خطبة وان يكون عقده في يوم الجمعة وان يتولى عقده ولي رشيد وان يكون بشهود عدول منها قوله وينعقد بايجاب وقبول وضعا للمضي او احدهما اي ينعقد النكاح اي ذلك العقد الخاص ينعقد بالايجاب والقبول حتى يتم حقيقة في الوجود والانعقاد هو ارتباط احد الكلامين بالاخر على وجه يسمى باعتباره عقدا شرعا ويتعقب الاحكام بالشرائط الاتية كذا قرره الكمال هنا وقرر في كتاب البيع ما يفيد ان المراد هنا من الانعقاد الثبوت وان الضمير يعود الى النكاح باعتبار حكمه فالمعنى يثبت حكم النكاح بالايجاب والقبول ومقصوده في البابين تحقيق ان الايجاب مع القبول عين العقد لا غير كما يفهم من ظاهر العبارة والحق ان العقد مجموع ثلاثة الايجاب والقبول والارتباط الشرعي فلم يكن الايجاب والقبول عين العقد لان جزء الشئ ليس عينه وسيأتي تمامه في البيع انشاء الله تعالى والايجاب لغة الاثبات واصطلاحا هنا اللفظ الصادر اولا من احد المتخاطبين مع صلاحية اللفظ لذلك رجلا كان او امراة والقبول اللفظ الصادر ثانيا من احدهما الصالح لذلك مطلقا فما وقع في المعراج وغيره من انه لو قدم القبول على الايجاب بان قال تزوجت ابنتك فقال زوجتكها فانه ينعقد غير صحيح اذ لا يتصور تقديمه بل قوله تزوجت ابنتك ايجاب والثاني قبول وهل يكون القبول بالفعل كالقول كما في البيع قال في البزازية اجاب صاحب البداية في امراة زوجت نفسها بالف من رجل عند الشهود فلم يقبل الزوج شيئا لكن اعطاها المهر في المجلس انه يكون قبولا وانكره صاحب المحيط وقال لا ما لم يقل بلسانه قبلت بخلاف البيع لانه ينعقد بالتعاطي والنكاح لخطره حتى توقف على الشهود وبخلاف اجازة نكاح الفضولي بالفعل لوجود القول تمة انتهى وهل يكون القبول بالطلاق قال في الخانية من تعليق الطلاق امراة قالت لاجنبي زوجت نفسي منك فقال الرجل فانت طالق طلقت ولو قال انت طالق لا تطلق ولا يكون هذا الكلام قبولا للنكاح لان هذا الكلام اخبار اما في المسئلة الاولى جعل طلاقها جزاء لنكاحها وطلاقها لا يكون جزاء النكاحها الا بالقبول فيكون كلامه قبولا للنكاح ثم يقع الطلاق بعده فقد ساوى النكاح البيع فانه لو قال بعتك هذا العبد بكذا فقال هو حر عتق ولو قال بدون الفاء لا وهذا بخلاف الاقرار قال في البزازية قالت له انا امراتك فقال لها انت طالق يكون اقرارا بالنكاح وتطلق لاقتضاء الطلاق النكاح وضعا ولو قال ما انت لي بزوجة وانت طالق لا يكون اقرار العلم القرينة المتقدمة على انه ما اراد بالطلاق حقيقته انتهى اطلق في التنظيم فشمل التنظيم حكما وهو اللفظ الصادر من متولي الطرفين شرعا وشمل ما ليس بعربي من الالفاظ وما لم يذكر معها المفعولان او احدهما بعد دلالة المقام والمقدمات لان الحذف لدليل كائن في كل لسان وانما اختير لفظ الماضي

او وهبها فانها توخذ من المشتري والموهوب له بلا خلاف لبقائها على ملك مالكهما وفي الايضاح قال ابو حنيفة لا يحل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه لانه على ملك المسروق منه وكذا الوخاطه قميصا لا يحل له الانتفاع به وفي المجتبى لو قطع السارق ثم استهلك السرقة غيره لم يضمن لاحد وكذا لو هلك في يد المشتري منه او الموهوب له ولو استهلكه فللمالك تضمينه انتهى **قوله** ولو قطع لبعض السرقة لا يضمن شيئا يعني عند الامام رحمه الله لا يضمن كلها الا التي قطع فيها لان الحاضر ليس بنائب عن الغايب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغايبين فلم يقع القطع لهم فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لا ينبني الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضي اما الوجوب بالجناية واذا استوفى فالمستوفى في كل الواجب الا تري انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف اذا كان النصب كلها لواحد وسرقتها منه مرارا فخاصم في البعض ولذا اطلق المصنف فشمل ما اذا كان الكل لواحد كما شمل ما اذا كان الكل لواحد لمتعدد وحضر البعض وقطع للبعض او حضر البعض فقط **قوله** ولو شق ما سرق في الدار ثم اخرجه قطع كما اذا سرق ثوبا فشقه نصفين ثم اخرجه وعن ابي يوسف عدمه لشبهة الملك فان الحرق الفاحش يوجب القيمة فيملك المضمون وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار البايع ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما يثبت الملك ضرورة اذ الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ونفسه لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق لبايع مبيعا بايعه بخلاف ما ذكر لان البيع وضع لافادة الملك اطلق الشق فشمل ما اذا كان فاحشا او يسيرا لكن الاخلاف في القطع اذا كان يسيرا لعدم وجوب الضمان وترك الثوب عليه فانما يضمن النقصان مع القطع وكذا اذا كان الحرق فاحشا وصحح الخباري عدم وجوب الضمان لانه لا يجتمع مع القطع ورجح في فتح القدير الضمان تبعا لقاضيخان وقال انه الحق لوجوب الضمان بالحرق قبل الاخراج واختلفوا في الفرق بين الفاحش واليسير والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة بل يتعيب به فقط ويرد على المصنف شيئان احدهما ان القطع مقيد بما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب وان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه فلا قطع اتفاقا لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ وقد يجاب بان هذا الاختيار مسقط للقطع بعد وجوبه فصار كما اذا وهبه العين بل اولى لاستناده وانتصار الهبة وكلام المصنف في الوجوب ثانيهما ان الشق لو كان اتلافا فله تضمين القيمة من غير خيار ويملك السارق الثوب ولا يقطع وحد الاتلاف ان ينقص اكثر القيمة فلو قال المصنف قطع ما لم يكن اتلافا كان اولى ولا بد ان يكون قيمة الثوب نصابا بعد الشق **قوله** ولو سرق شاة فذبحها فاخرجها لا اي لا قطع عليه لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه اطلقه فشمل ما اذا ساوت

نصابا

فصابا بعد الذبح وقيد بعدم القطع لانه يضمن قيمتها للمسروق منه **قوله** ولو صنع المسروق دراهم او دنانير قطع وردها اي لو صنع السارق وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا سبيل للمسروق منه عليها واصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب القطع لا يشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا اخر فلم يملك عينه واشار الى انه لو صنع المسروق من النقد آنية كذلك بالاولى وقيد بالنقد لانه في الحديد والرصاص والصفر ان جعله اواني فان كان يباع عددا فهو للسارق بالاجماع وان كان يباع وزنا فهو على اختلافهم في الذهب والفضة كذا في شرح المختار وذكر الاسبيجابي انه لو سرق حنطة فطحنها تكون للسارق بعد القطع **قوله** ولو صبغه احمر فقطع لا يرد ولا يضمن بيان لثلاثة احكام الاول وجوب القطع وان صبغ السارق باعتبار سرقة الثوب الابيض وهو لم يملكه ابيض بوجه ما والمملوك للسارق انما هو المصبوغ فصار كما اذا سرق حنطة فطحنها فانه يقطع بالحنطة وان ملك الدقيق الثاني عدم رد الى المسروق منه وهو قولهما وقال محمد يوخذ منه الثوب ويعطي ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع كون الثوب اصلا قائما وكون الصبغ تابعا لهما ان الصبغ قايم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قايم صورة لا معنى الا يرى انه غير مضمون على السارق بالهلاك وهذا الحكم الثالث الذي افاده بقوله ولا يضمن اي لا يرده حال قيامه ولا يضمنه حال استهلاكه بخلاف الغصب لان حق كل واحد قايم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه ورجحنا جانب المالك لما ذكرنا قيد بكونه صبغه قبل القطع بدليل فاء التعقيب لانه لو صبغه بعد القطع برده لان الشركة بعد القطع لا تسقط القطع كذا في شرح المختار وذكر في الهداية الصبغ بعد القطع فانه قال وان سرق ثوبا فقطع فصبغه احمر لم يوخذ منه الثوب ولا يضمن شيئا وهو مقيد لانه لو صبغه قبل القطع فالحكم كذلك بالاولى وكلام محمد دليل عليه ايضا فانه قال سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب احمر لم يوخذ منه الثوب **قوله** ولو اسود يرد اي لو صبغه السارق اسود برده على المالك يعني عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد زيادة ايضا كالحمرة لكنه لا يقطع حق المالك لما مر وعند ابي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك قالوا وهذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان فان الناس كانوا لا يلبسون السواد في زمنهما وفي شرح الطحاوي لو سرق سويقا فلته بسمن او عسل فهو مثل الاختلاف في الصبغ اي الاحمر والله سبحانه وتعالى اعلم

باب قطع الطريق

بيان للسرقة الكبرى واطلاق السرقة عليه مجاز ولذا لم تقيد بالكبرى

قالوا ان الشرائط المختصة بها ثلاثة في ظاهر الرواية الاول ان تكون من قوم لهم
قوة وشوكة او واحد كذلك الثاني ان لا تكون في مصر او ما هو بمنزلته كما بين المصرين
او القريتين الثالث ان يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر وعن ابي يوسف عتبار
الشرط الاول فقط فيتحقق في المصر لئلا وعليه الفتوى لمصلحة الناس **قوله**
اخذ قاصد قطع الطريق قبله حبس حتى يتوب وان اخذ مالا مغصوبا ما قطع يده
ورجله من خلاف وان قتل قتل حدا او ان عفى الولي وان قتل واخذ قطع وقتل او صلب
بيان لاحوال قاطع الطريق فبين لها اربع الاولى لو امسك بعد ما قصد قطع الطريق
ولم يقطعها على احد وحكمه الحبس حتى يتوب وهو المراد بقوله تعالى او ينفوا
من الارض فالنفي بمعنى الحبس لانه نفي عن وجه الارض وقد عهد عقوبة في الشرع
ولم يذكر المصنف التعزير وفي الهداية ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة
النهي المطلق في اخذه فشمل ما اذا كان باذن الامام او لا ولم يتوبوا بما ذا يتحقق
قصده لظهوره انه يحصل بوقوفه على الطريق لاخافة المارين واما قطع الطريق
حقيقة فبالقتل او اخذ المال وان يكون بالاخافة فقط فالضمير في قوله قبله عائد
الى قطع الطريق لا كما قال الشارح انها ترجع الى غير مذكور وكلامه مبني على ان
مجرد الاخافة قطع وليس كذلك والتوبة وان كانت متعلقة بالقتل لكن
لحصولها امارات ظاهرة فصح ان تكون غاية للحبس الثانية ان يوخذ بعد ما اخذ
المال ولم يقتل النفس وحكمه ان تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى بشرطين احدهما
ان يكون ذلك المال معصوما وموان يكون لمسلم او ذمي فخرج مال الحربي المستامن
الثاني ان يكون نصابا ولم يصرح به للاكتفاء بذكره في السرقة الصغرى فلا قطع
على من اصابه اقل من نصاب ومنوا المراد بقوله او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف
بناء على ان الاجزية متوزعة على الاحوال كما علم في الاصول ولما كانت جنايته
اخس من السرقة الصغرى كانت عقوبته اغلظ وانما كان من خلاف ليلا يفوت
جنس المنفعة ولذا لو كانت يده اليسرى مقطوعة او شلاء ورجله اليمنى كذلك
لا تقطع الثالثة ان يوخذ بعد ما قتل نفسا معصومة ولم ياخذ مالا وحكمه ان
الامام يقتله حدا لله تعالى لا قصاصا حتى لو عفى الاولياء لا يلتفت الى عفوهم واشار
بكونه حدا الى انه لا يشترط في القتل ان يكون موجبا للقصاص من مباشرة الكل
والا لانه وجب في مقابلة الجناية على حق الله تعالى بمقارنته ولذا قال في المحتبى
ويقتل الكل في الحالة الثالثة حدا والقاتل والمعين فيه سواء وانما الشرط القتل
من احدهم وسواء قتلهم بسيف او حجر او عصى او غير مما يصير كالجماعة قتلوا واحدا
به قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في اصحاب اتى برده الرابعة ان يوخذ وقد
قتل النفس واخذ المال فذكر المصنف ان الامام مخير بين ثلاثة اما ان يجمع بين الثلاثة
قطع اليد والرجل من خلاف والقتل والصلب واما ان يقتصر على القتل واما ان
يقتصر على الصلب وهكذا في الهداية ومنع تحتم القطع لانه جناية واحدة

فلا

فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة
والزنى ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن
على الناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل مع الكبرى حدا
واحدا او ان كان في الصغرى حدين ولا تداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في
الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا يتركه
لانه منصوص عليه والمقصود التشهير لمعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل
والمبالغة بالصلب فيخير فيه **قوله** ويصلب حيا ثلاثة ايام ويبعج بطنه
برمح حتى يموت تشهيرا له واستعجالا لموته ومعنى يبعج يشق كذا في المغرب
والصلب حيا ظاهر المذهب كما في المحيط وهو الاصح وعن الطحاوي انه يقتل ثم
يصلب وقيد بالثلاثة لانه لا يصلب اكثر منها توقيتا عن تاذي الناس فاذا تم
له ثلاثة من وقت موته بخلي بينه وبين اهله ليدفنوه وعن ابي يوسف انه يترك
على الخشبة حتى يتقطع فيسقط **قوله** ولم يضمن ما اخذ يعني بعد ما اقيم عليه
الحد كما في السرقة الصغرى ولو قال ولم يضمن ما فعل لكان اولى لانه لا يضمن
ما قتل وما جرح لذلك المعنى **قوله** وغير المباشر كالمباشر يعني في الاخذ والقتل
حتى تجري الاحكام على الكل بمباشرة البعض لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون
البعض ردا للبعض حتى اذا رأت اقدامهم اظفارهم اليهم وانما الشرط القتل من
واحد منهم وقد تحقق **قوله** والعصا والحجر كالسيف لانه يقع قطعا للطريق
بقطع المارة **قوله** وان اخذ مالا وجرح قطع وبطل الجرح بيان للحالة الخامسة
ان يوخذ المال ويجرح انسانا فتقطع يده ورجله من خلاف ولا يجب شيء
لاجل الجرح لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا للعبد
كما تسقط عصمة المال **قوله** وان جرح فقط او قتل فتاب او كان بعض القطاع
غير مكلف او ذا رحم محرم من المقطوع عليه او قطع بعض القافلة على البعض او
قطع بعض القافلة على البعض او قطع الطريق ليلا او نهارا بمصر او بين مصرين
لم تحد فاذا الولي او عفى بيان للمسائل التي لا حد في فيها وهي ست مسائل الاولى
لو جرح ولم يقتل ولم ياخذ مالا فلا قود لاحد في هذه الجناية فتظهر حق العبد فيقتص
منه مما فيه القصاص واخذ الارش منه مما فيه الارش وذلك الى
الاولياء كذا في الهداية وفيه نظر لان ذلك للمجروح لا لوليه فان افضى
الجرح الى القتل ينبغي ان يجب الحد ولما كان اخذ المال الموجب للحد هنا هو
النصاب كان اخذ ما دونه بمنزلة العدم فاذا اخذ ما دون النصاب
وجرح فهو داخل تحت قوله وان جرح فقط وكذا اذا اخذ مالا يقطع فيه
كالاشياء التي تتسارع اليها الفساد قال الشارح ولو كان مع هذا قتل لا يجب
الحد ايضا وهي طعن عيسى فانه قال القتل وحده يوجب الحد فكيف يمتنع مع
الزيادة فجوابه ان قصدهم المال غالبا فينظر اليه لا غير بخلاف ما اذا اقتصروا

وقف

على القتل لانه يتبين ان معتصدهم القتل دون المال فيحدون فعدت هذه
من الغرائب وامر بحفظها في الفوائد الظهيرية وعدها من اعجب المسائل من
ان ازدياد الجناية اورث الخفة الثانية لو قتل فتاب قبل الاخذ لان هذه
الجناية لا تقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص اولان التوبة تتوقف
على رد المال ولا قطع في مثله نظرا لحق العبد في النفس والمال حتى يتساوى الولي
القصاص اذ يعفو ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه كذا في الهداية وانما
قيد في المختصر بالقتل ليعلم حكم اخذ المال بالاولى وفي المبسوط والمحيط ترد المال
من تمام توبتهم لتقطع خصومة صاحبه ولو تاب ولم يرد المال لم يذكره في الكتاب
واختلفوا فيه فقيل لا يسقط الحد كسائر الحدود لا تسقط بالتوبة وقيل تسقط اشار
اليه محمد في الاصل الثالثة والرابعة لو كان بعض القطاع غير مكلف كالصبي
والمجنون او ذا رحم محرم من المقطوع عليه فان القطع يسقط عن الكل لانها جناية واحدة
قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت
الحكم فصار كالخاطئ مع العامد اطلق في ذي الرحم المحرم فشمل ما اذا لم يكن مشتركا
بين المقطوع عليهم وهو الاصح لان الجناية واحدة فالامتناع في حق البعض يوجب
الامتناع في حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن لان الامتناع غير في حقه لخلل
العصمة وهو بحصته انما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد فاذا سقط
الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرنا وان شاؤا قتلوه واءن
شاؤا عفوا واشار بذي الرحم المحرم الى انه لو كان في المقطوع عليه شريك مفاوض
لبعض القطاع لا حد ون كذي الرحم المحرم وفي المبسوط تابوا وفيهم عبد قطع يده
حد دفعه مولاه او فداه كما لو فعله في غير قطع الطريق وهذا لانه لا قصاص بين
العبيد والاحرار فيما دون النفس فيبقى حكم الدفع والفداء فان كانت فيهم امرأة
فعلت ذلك فعليها دية اليه فيما لها لانه لا قصاص بين الرجال والنساء في الاطراف
والواقع منها عمد لا تعقله العاقلة الخامسة لو قطع بعض القافلة على البعض لم
يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة واذا لم يجب الحد
وجب القصاص في النفس ان قتل عمدا بحديدة او يمثل عندها ورد المال ان
اخذه وهو قايم في يده وضمانه ان هلك او استهلك السادسة لو قطع الطريق بمصر
ليلا او نهارا او بين مصرين فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس ان يكون
قاطع الطريق وهو قول الشافعي لوجوده حقيقة وقدمنا المفتى به قوله
ومن خنق في المصر غير مرة قتل به اي مرارا كذا في شرح مسكين لانه صار ساعيا
في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل والخنق عصر الحلق قيد بتعدده لانه
لو خنق مرة واحدة فلا قتل عند الامام وانما تجب الدية على العاقلة وهي نظير
مسئلة القتل بالمثقل وصرح الشارح بان القتل عند التكرار انما هو بطريق
السياسة ومنها ما حكي عن الفقيه ابي بكر الاعمش ان المدعى عليه السرقة

اذا

اذا انكر فللامام ان يعمل فيه باكبر رايه فان غلب على ظنه انه سارق واخذ المال
المسروق عنده عاقبه ويجوز ذلك كما لو رآه الامام حال استماع الفساق في مجلس
الشراب وكما لو رآه يمشي مع السراق وغلبة الظن اجاز واقتل النفس كما اذا دخل
عليه رجل شاهر سيفه وغلب على ظنه انه يقتله وحكي ان عصام بن يوسف انه
دخل على امير بلخ فاتى بسارق فانكر السرقة فقال الامير لعصام ماذا ترى عليه
فقال على المدعي بينة وعلى المنكر اليمين فقال الامير هاتوا بالصوط فما ضرب عشرة
حتى اقر واحضر السرقة فقال عصام ما رايت جورا اشبه بالعدل من هذا انتهى
وفي التجنيس رجل ادعى على آخر سرقة كان على المدعي بينة وعلى السارق اليمين والضرب
خلاف الشرع فلا يفتى به لان فتوى المفتي يجب ان تطابق الشرع كمن هو معروف
بالسرقة وجده رجل يذهب في حاجته غير مشغول بالسرقة ليس له ان يقتله وله ان
ياخذه وللامام ان يحبسه حتى يتوب لان الحبس للزجر لتوبته مشروع رجل استقبله
اللصوص ومعه مال لا يساوي عشرة حل له ان يقاتلهم لقوله عليه الصلاة والسلام قاتل
دون مالك واسم المال يقع على القليل والكثير اللص اذا دخل دار رجل واخذ المتاع
واخرجه فله ان يقتله ما دام المتاع معه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك فان
رمى به ليس له ان يقتله لانتهاء القتال الحديث انتهى وفي الذخيرة رجل ادعى على رجل
سرقة وقدمه الى السلطان وطلب من السلطان ان يضربه فضربه السلطان
مرة او مرتين ثم اعيد الى السجن من غير ان يعذب فخاف المحبوس من التعذيب
والضرب فصعد السطح ليقفز فسقط من السطح ومات وقد لحقته غرامة في هذه
الحالة وقد ظهرت السرقة على يدي رجل آخر كان للورثة ان ياخذوا صاحب السرقة
بدية ابيهم وبالغرامة التي ادتها الى السلطان لان الكل حصل بتسببه وهو متعد
في هذا التسبيب هكذا ذكر الامام في مجموع النوازل قيل هذا الجواب مستقيم في
حق الغرامة اصله مسئلة الشكاية غير مستقيم في حق الدية لانه صعد السطح باختياره
وقيل هو مستقيم في حق الدية ايضا لانه مكره على السقوط للفرار من حيث
المعنى لانه انما تصد الفرار خوفا على نفسه من التعذيب انتهى ولم ار في كلام
مشايخنا تعريف السياسة قال المقريزي في الخطط يقال ساس الامر سياسة بمعنى
قام به وهو سائس من قولهم ساسه وسوسه القوم جعلوه ليسوسهم والسوس
الطبع والخلق يقال للفصاحة من سوسه والكرم من سوسه اي من طبعه فهذا
اصل وضع السياسة في اللغة ثم سميت بانها القانون الموضوع لرعاية الاداب
والمصالح ولانتظام الاموال والسياسة نوعان سياسة عادلة تخرج الحق
من الظالم الفاجر فهي من الشريعة علمها من علمها وجهلها من جهلها وقد صنف
الناس في السياسة الشرعية كتبا متعددة والنوع الاخر سياسة ظالمة فالشريعة
تحرمها الى آخر ما ذكره من النصف الثاني عند ذكر جيوش الدولة التركية وصلى
الله على سيدنا محمد خاتم النبيين والمرسلين وعلى اله وصحبه وسلم تسليما كثيرا وحسبنا
ونعم الوكيل ولا حول ولا قوة الا بالله
العلي العظيم

نهاية المخطوطة